



*Professor Dr. Abbo Junker – Direktor,
Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht*

„Wohin treibt das europäische Arbeitsrecht?“

Vortrag am 15. September 2016

Der Vortrag analysierte einige aktuelle Entwicklungen. Das europäische Arbeitsrecht befinde sich in einer Phase der Konsolidierung. Außerhalb der Arbeitnehmerüberlassungsrichtlinie beschränke es sich weitgehend auf eine maßvolle Überarbeitung bestehender Regelungen. Der Arbeitnehmerbegriff wurde näher untersucht, da dieser die Reichweite des Arbeitnehmerschutzes bestimme: Im internationalen, durch Verordnungen geregelten Arbeitsrecht werde dieser schon immer unionsautonom ausgelegt. Dagegen sei dessen einheitliche Auslegung im Bereich des materiellen Arbeitsrechts, der Richtlinien, die Ausnahme. Vorherrschend sei dort die Verweisung auf die nationalen Arbeitnehmerbegriffe. Europäische und deutsche Rechtsprechung stimmten hinsichtlich des Kerns des Arbeitnehmerbegriffs überein. So sei nach dem EuGH die geschuldete Leistung nicht erfolgs-, sondern entgeltbezogen zu bestimmen; die Leistung sei weisungsgebunden und es müsse eine Eingliederung in den Betrieb vorliegen. Die Definition des Bundesarbeitsgerichts setze die Entgeltlichkeit unausgesprochen voraus, weiche sonst nicht wesentlich ab. An den Rändern drifteten die Begriffe jedoch spätestens seit der Danosa-Entscheidung deutlich auseinander. Dafür gebe es zwei Gründe: der EuGH habe die Tendenz den Anwendungsbereich des Unionsrechts auszudehnen, um durch einen größeren Anwendungsbereich die Akzeptanz des Europarechts zu erhöhen. Entsprechendes lasse sich nun für den europäischen Arbeitnehmerbegriff feststellen. Die zweite Ursache liege in einem schleichenden Funktionswandel. Das durch den EuGH vertretene Gebot der weiten Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs sei zur Freizügigkeit entwickelt worden. Dort habe es, als Festlegung des Anwendungsbereichs einer Grundfreiheit seine Berechtigung. Dies wurde an Beispielen verdeutlicht. Letzterer Arbeitnehmerbegriff grenze nicht zu den Selbständigen, sondern zu den Nichterwerbstätigen ab. Wird dieses Gebot ohne Änderung von der Regelung des Verhältnisses zu einem Staat auf die Regelung der Beziehungen zwischen Privatrechtssubjekten übertragen, erfahre es einen Funktionswandel. Im Folgenden wurde die in Richtlinien formulierte Verweisung auf mitgliedstaatliches Recht erörtert. Trotz dieser seien die Mitgliedsstaaten nicht völlig frei. Dies wurde an einer Entscheidung des EuGH aus 2016 vertieft. Danach dürften die Mitgliedsstaaten den Begriff nicht so formulieren, dass die soziale Zwecksetzung der Richtlinie begrenzt würde.

Der zweite Schwerpunkt lag auf dem Recht der Massenentlassung. Die Richtlinie (RI) 1998/59 EG sei die einzige, des sekundären Arbeitsrechts, deren Schutzrichtung ausdrücklich der Bestand des Arbeitsverhältnisses sei. Materielle Maßstäbe ließen sich aus ihr nicht ableiten. Haupt Gegenstand der Recht-



sprechung des EuGH sei der Anwendungsbereich, bestehend aus: Arbeitnehmer, Entlassung und Betrieb – die Schlüsselbegriffe auch des deutschen Arbeitsrechts. Mit einer Entscheidung aus 2015 sei Bewegung in deren Anwendung gekommen. Bei den Merkmalen Arbeitnehmer und Entlassung werde die Tendenz der Ausdehnung fortgesetzt. Das Merkmal des Betriebs werde differenzierter betrachtet. Der persönliche Anwendungsbereich wurde anhand der EuGH-Urteile Balkaya/Kiesel Abbruchtechnik und Danosa vertieft. Erörtert wurde unter anderem, dass die Arbeitnehmerstellung des Geschäftsführers von der Reichweite seiner Einflussnahmemöglichkeit auf die Willensbildung des Verwaltungsorgans der Gesellschaft abhängt. Nach der Rechtsprechung des EuGH ersetze das gesellschaftsrechtliche Weisungsrecht somit die arbeitsrechtliche Weisungsbefugnis des Arbeitgebers. Dem könne nicht zugestimmt werden. Für das deutsche Arbeitsrecht bedeute die, dass eine richtlinienkonforme Reduktion des § 17 a KSchG problematisch sei: sie führe im Ergebnis zu einer derzeit nicht anerkannten unmittelbaren Drittwirkung der Mindestvorschriften der RI. Anders wäre dies nur, wenn die Mindestvorschriften der RI aus Art. 30 EuGrCh folgten. Dies wäre der Konstruktion in der Sache Mangold zur Altersdiskriminierung ähnlich. Die Ausführungen zum Arbeitnehmerbegriff der RI endeten mit dem Hinweis, dass der EuGH die Umschülerin als Arbeitnehmerin qualifiziere, wohingegen das BAG dies mit der Betonung des Ausbildungszwecks ablehne. Zu dem Begriff der Entlassung habe der EuGH in der Rechtssache Jung festgestellt, dass eine solche bereits mit Ausspruch der Kündigung vorliege. Dies führe zu Dissonanzen. Das Einzig unstrittige dabei sei, dass sich dieses Urteil auf das deutsche Recht nicht auswirke, da die Änderungskündigung bereits unter den Begriff der Entlassung falle. Der Betriebsbegriff sei für die Schwellenwerte der RI maßgeblich. Die Mitgliedstaaten könnten diese mittels zweier Methoden bestimmen: nach der in Deutschland implementierten sei maßgeblich, dass in Betrieben mindestens 20 Arbeitnehmern beschäftigt würden; nach der in UK angewandten Methode müssten innerhalb von 90 Tagen mindestens 20 Arbeitnehmer entlassen werden. Bei Verletzung der britischen Vorschrift bleibe die Kündigung wirksam, der Arbeitnehmer erhalte eine Entschädigung. Letzteres sei Ausgangspunkt mehrerer Entscheidungen. Der Betriebsbegriff müsse nicht nur die einzelne Filiale, sondern eine größere Einheit erfassen. Dies habe der EuGH verneint.

Neue Herausforderungen gebe es auch beim Betriebsübergang. Seit den Entscheidungen der 90-iger Jahre habe sich im Kern wenig getan. In den jüngeren Entscheidungen TAP Portugal und ADIF (Güterbahnhof Bilbao) zu den Voraussetzungen des Betriebsübergangs habe der EuGH die Anwendbarkeit des Betriebsübergangs auf Fälle des back-sourcing festgestellt. Dies habe auch in der englischen Literatur Zustimmung gefunden (service provision change). Umso erstaunlicher sei die in Deutschland zu findende Auffassung, dass Fälle der Rückverlagerung nicht befriedigend erfasst würden. Das Tatbestandsmerkmal „vertragliche Übertragung“ könne in den Fällen des back-sourcing nicht ohne weiteres bejaht werden. Dagegen sei vorzubringen, dass dieses Merkmal seit der EuGH Entscheidung Scatolon gegenstandslos sei. Ältere BAG Rechtsprechung sei überholt. Die Diskussion im Bereich der Rechtsfolgen sei unruhiger, wie die Entscheidungen Scatolon, Alemo-Herron oder Werhof zeigten: so



sei etwa die willkürliche Streichung von Dienstzeiten nicht gebilligt worden. Außerdem sei entschieden worden, ob die Tarifdynamik nach einem Betriebsübergang fortbestehe. Die RI verwehre einem Mitgliedstaat die Anwendung von dynamischen Klauseln nach einem Betriebsübergang vorzusehen, wenn keine Einflussnahmemöglichkeit des Erwerbers auf die Verhandlungen bestehe. Die Vorlage des BAG in der Sache Asklepios Kliniken stelle die Frage, ob diese Aussage auch für das deutsche Recht gelte. Es bleibe abzuwarten, ob der EuGH zurückrudere. Die Begründung in Alemo-Herron stünde nämlich auf einer dünnen Begründung.

Derzeit am stärksten diskutiert werde die Regelung des Fremdpersonaleinsatzes. Die Mitgliedsstaaten hätten bei der Leiharbeit sehr weite Spielräume. Europarechtlich sehe er mit „vorübergehend“ keine feste Obergrenze normiert. Hinsichtlich des Grundsatzes der Entgeltgleichheit übertreffe das deutsche Recht bereits die Vorgaben der RI erheblich. Tiefer erläutert wurde die Norm der „german derogation“. Im Bereich der Zeitarbeit sei der Einfluss des Europarechts am geringsten.

Der Vortrag schloss mit folgenden Thesen: Der europäische Arbeitnehmerbegriff sei im Kern mit dem deutschen identisch, an den Rändern jedoch neuerdings stark ausgefranst. Im europäischen Massenentlassungsrecht sei er ohne hinreichenden Grund ausgedehnt worden. Der Begriff der Entlassung sei erneut erweitert worden. Die Rechtsfolgen des Betriebsübergangs gerieten immer stärker in Kontroversen. Im europäischen Recht der Arbeitnehmerüberlassung bestehe weites Einschränkungsermessens der Mitgliedsstaaten, andererseits sei weder die Einschränkung der Überlassungsdauer noch Entgeltgleichheit europarechtlich geboten.

Der Schwerpunkt der anschließenden regen Diskussion lag auf dem Arbeitnehmerbegriff. Analysiert wurde etwa die Stellung von Beamten, Folgen für das Sozialversicherungsrecht oder die Einordnung von Uber-Fahrern. Des Weiteren wurde die Bedeutung von „vorübergehend“ vertieft.

Felisa Frey
Wissenschaftliche Mitarbeiterin