

Systembildung im Europäischen Arbeitsrecht

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von
Richard Giesen, Abbo Junker und Volker Rieble

Band 41

Richard Giesen, Abbo Junker und Volker Rieble
(Herausgeber)

Systembildung im Europäischen Arbeitsrecht

13. ZAAR-Kongress
München, 13. Mai 2016



ZAAR Verlag München 2016

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2016 Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Destouchesstraße 68 | 80796 München
www.zaar.uni-muenchen.de | info@kaar.uni-muenchen.de

Druck: AZ Druck und Datentechnik GmbH
Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in Germany

ISSN 1863-0847
ISBN 978-3-939671-36-7

Vorwort

Nachdem die Produktion europäischer Rechtsakte auf dem Gebiet des Arbeitsrechts in den letzten zehn Jahren zurückgegangen ist – die einzige Neuschöpfung war die Richtlinie über die Arbeitnehmerüberlassung (2008) –, befindet sich das Europäische Arbeitsrecht legislatorisch in einer Phase der Konsolidierung durch Überarbeitung bestehender Regelwerke. Umso mehr Beachtung findet die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs: Judikate wie in den Rechtssachen Schultz-Hoff zum Urlaubsrecht, Küçük zum Recht der befristeten Arbeitsverhältnisse oder Balkaya zur Beendigung von Arbeitsverhältnissen stehen beispielhaft für Einschnitte in das deutsche Arbeitsrecht. Die verbreitete Konzentration auf das jeweils Neueste erschwert jedoch das systematische Denken.

Stattdessen soll der 13. ZAAR-Kongress, losgelöst von aktuellen „Aufregern“ der Spruchpraxis des EuGH, grundsätzlich der Frage nachgehen, wie weit sich auf den harmonisierten Teilgebieten des individuellen Arbeitsrechts eine europäische Dogmatik herausgebildet hat. Das Erkenntnisziel ist nicht eine Bestandsaufnahme, sondern der Ansatz zu einer Weiterentwicklung des angeglichenen Rechts durch Diskussion gebietsübergreifender Argumentationsmuster und Methoden der Rechtsfindung. Nach einem einführenden Grundlagenreferat soll die Frage nach einer europäischen Systembildung für vier wichtige Teilbereiche – Nichtdiskriminierungsrecht, Arbeitnehmerüberlassung, Befristung und Massenentlassungen – auf der Basis von Referaten ausgewiesener Kenner der Materien erörtert werden.

Wir möchten Sie einladen, mit uns über diese Themen zu diskutieren.

München, Mai 2016

Professor Dr. Richard Giesen

Professor Dr. Abbo Junker

Professor Dr. Volker Rieble

Inhalt	Seite
Vorwort	5
Inhalt	7
Autoren	9
Abkürzungen	11
 <i>Karl Riesenhuber</i>	
Methodenfragen des Europäischen Arbeitsrechts	15
Diskussion	53
 <i>Jochen Mohr</i>	
Schutz besonderer Persönlichkeitsrechte durch arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote	55
Diskussion	96
 <i>Burkhard Boemke</i>	
Systembildung im Europäischen Arbeitsrecht – Recht der Arbeitneh- merüberlassung	99
Diskussion	127
 <i>Christoph Weber</i>	
Systembildung im Europäischen Arbeitsrecht – Beendigung von Arbeitsverhältnissen	131
Diskussion	153

Sudabeh Kamanabrou

Befristung von Arbeitsverhältnissen..... 155

Diskussion 169

Sachregister 171

Autoren

Boemke, Burkhard, Dr. iur., ordentlicher Professor für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Sozialrecht, Universität Leipzig

Kamanabrou, Sudabeh, Dr. iur., ordentliche Professorin für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Arbeitsrecht, Wirtschaftsrecht und Methodenlehre, Universität Bielefeld

Mohr, Jochen, Dr. iur., ordentlicher Professor für Bürgerliches Recht, Kartell-, Energie- und Arbeitsrecht, TU Dresden

Riesenhuber, Karl, Dr. iur., ordentlicher Professor für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Ruhr-Universität Bochum

Weber, Christoph, Dr. iur., ordentlicher Professor für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht, Julius-Maximilians-Universität Würzburg

Abkürzungen

a.a.O.	am angegebenen Ort	AÜG-RE.....	Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze
Abs.	Absatz, Absätze	Aufl.	Auflage
AcP	Archiv für die zivilistische Praxis (Zeitschrift)	AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
a.E.	am Ende	AVAVG	Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung
AEUV.....	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union	Az.	Aktenzeichen
a.F.	alte Fassung	BA.....	Bundesagentur für Arbeit
AFRG.....	Arbeitsförderungs-Reformgesetz	BAG	Bundesarbeitsgericht
AGG.....	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz	BAGE.....	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
AP	Arbeitsrechtliche Praxis	BB.....	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
ArbG	Arbeitsgericht	Bd.	Band, Bände
ArbR	Arbeitsrecht aktuell (Zeitschrift)	BeckRS	Beck-Rechtsprechung
ArbRB.....	Der Arbeits-Recht-Berater (Zeitschrift)	BeschFG	Beschäftigungsförderungsgesetz
Art.	Artikel	BetrVG.....	Betriebsverfassungsgesetz
AÜG.....	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz	BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
AÜG-GE	Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze	BGH.....	Bundesgerichtshof
		BMAS	Bundesministerium für Arbeit und Soziales
		BR-Drucks.	Bundesrats-Drucksache
		BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
		Buchst.	Buchstabe(n)

BVerfG	Bundesverfas- sungsgericht	EU	Europäische Union
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesver- fassungsggerichts	EuGH	Europäischer Ge- richtshof
BVerfGG	Bundesverfas- sungsgerichtsge- setz	EuR	Europarecht (Zeitschrift)
BVerwG	Bundesverwal- tungsgericht	EUV	Vertrag über die Europäische Union
bzw.	beziehungsweise	EuZA	Europäische Zeit- schrift für Arbeitsrecht
ca.	circa	EuZW	Europäische Zeit- schrift für Wirt- schaftsrecht
DB	Der Betrieb (Zeit- schrift)	EVÜ	Europäisches Schuldvertrags- übereinkommen
dens.	denselben	EWG	Europäische Wirtschaftsge- meinschaft
ders.	derselbe	EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsge- meinschaft
DGB	Deutscher Ge- werkschaftsbund	EzA	Entscheidungs- sammlung zum Arbeitsrecht
d.h.	das heißt	EzAÜG	Entscheidungs- sammlung zum Recht der Arbeit- nehmerüberlas- sung und zum sonstigen drittbe- zogenen Perso- naleinsatz
DRdA	Das Recht der Arbeit (Zeit- schrift)	f., ff.	folgende
EBR	Europäischer Be- triebsrat	FES	Friedrich-Ebert- Stiftung
EG	Europäische Ge- meinschaft/ Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft	Fn.	Fußnote, Fußno- ten
EGMR	Europäischer Ge- richtshof für Menschenrechte	GewO	Gewerbeordnung
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft	GG	Grundgesetz
EMRK	Europäische Menschenrechts- konvention		
endg.	endgültig		
ERCL	European Review of Contract Law		

GmbH.....	Gesellschaft mit beschränkter Haf- tung	NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
GmbHHR	GmbH- Rundschau (Zeit- schrift)	NVwZ.....	Neue Zeitschrift für Verwaltungs- recht
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union	NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union	NZS.....	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
HIV	Human Immuno- deficiency Virus	ÖAT	Zeitschrift für das öffentliche Ar- beits- und Tarif- recht
Hrsg.....	Herausgeber	OLG	Oberlandesge- richt
ILO	International La- bour Organiza- tion	RabelsZ.....	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationa- les Privatrecht
IPR	Internationales Privatrecht	RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
JR	Juristische Rund- schau (Zeit- schrift)	reg.	regulation
Jura	Juristische Aus- bildung (Zeit- schrift)	RIW	Recht der Inter- nationalen Wirt- schaft (Zeit- schrift)
jurisPR-ArbR..	juris PraxisReport Arbeitsrecht	RiWG.....	Richterwahlgesetz
JZ	Juristenzeitung	Rn.	Randnummer, Randnummern
lit.	littera	RV.....	Rahmenvereinba- rung
LMK.....	Kommentierte BGH- Rechtsprechung Lindenmaier- Möhring	s., S.	siehe, Seite, Sei- ten
LSG.....	Landessozialge- richt	SAE.....	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Zeitschrift)
MLR	Modern Law Re- view	sc	scilicet
n.F.	neue Fassung	SCE.....	Societas Coopera- tiva Europaea
NJOZ.....	Neue Juristische Online-Zeitschrift	SE	Societas Euro- paea

SKWPG	Gesetz zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogramms	z.B.	zum Beispiel
sog.	sogenannte, sogenannte, sogenannten	ZESAR.....	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
TU	Technische Universität	ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz	ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
u.a.	und andere, unter anderem	ZGR.....	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
UN.....	United Nations	ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Unterabs.	Unterabsatz	ZJapanR.....	Zeitschrift für Japanisches Recht
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)	ZVersWiss	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft
vgl.	vergleiche	ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht
WM	Wertpapier Mitteilungen (Zeitschrift)		
ZAAR.....	Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht		

Methodenfragen (der Systembildung) im Europäischen Arbeitsrecht*

Karl Riesenhuber

Seite

I. Einführung.....	18
II. System und Systembildung.....	18
1. System und Systembildung.....	18
a) Systembegriffe.....	18
aa) Äußeres System.....	18
bb) Inneres System.....	19
b) Systembildung.....	19
2. System mit mehreren Ebenen	20
a) Die „dritte“ Dimension	20
b) Die „punktuelle“ Rechtsetzung	21
III. Bestandteile des Unionsrechtssystems (Rechtsquellenlehre)	22
1. Unionsrecht	22
a) Primärrecht	22
b) Sekundärrecht.....	23
aa) Arbeitsrecht.....	23
bb) Sonstiges Europäisches Privatrecht.....	23
2. Mitgliedstaatliches Recht	24
3. Internationales (Einheits-) Recht	25
4. Sozialpartner-Vereinbarungen.....	26
5. Vorbildrecht	26
6. Amtliche Regelungsvorschläge.....	27
a) Kein Systembestandteil.....	27
b) Keine „authentische Interpretation“	27
7. Rechtspolitische Absichtserklärungen (die Europäische Sozialcharta)	28
8. Private Regelungsvorschläge und „gemeineuropäisches“ Privatrecht	28
9. Rechtsvergleichung	29

* Erweiterte Fassung meines Vortrags vom 13. Mai 2016. Die Vortragsfassung habe ich im Grundsatz beibehalten, die Nachweise habe ich auf ein Mindestmaß beschränkt.

IV. Auswahl der unionalen Systemelemente (Die Perspektive des Unionsgesetzgebers).....	29
1. Kollisionsrecht	30
2. Grundfreiheiten	30
3. Rechtsetzungskompetenzen	30
4. Regelungsumfeld.....	31
V. Das Beispiel des Europäischen Arbeitsrechts	31
1. Auswahl der Regelungsbereiche (Harmonisierungskonzept).....	31
2. Äußere und innere Ordnung	34
VI. Systemkompetenz (Der EuGH als Systembildner?).....	35
1. Grundpositionen	35
a) Systemnachvollzug als Aufgabe	35
b) Systembildung als Aufgabe.....	35
2. Grundlagen	36
a) Gewaltenteilung.....	37
b) Demokratische Legitimation.....	37
c) Rechtssicherheit	38
d) Weitere Erwägungen	39
aa) Der EuGH als „höchstrangiges Gericht“	39
bb) Keine Beschränkung auf „blinden Gehorsam“?	39
cc) „Dynamik“ des Unionsrechts	40
dd) Funktionale Überlegenheit der Rechtsprechung?	40
3. Fazit	41
VII. Elemente richterlicher Systembildung	41
1. Ziel der Auslegung	42
2. Systematische Auslegung.....	42
a) Auslegung und äußeres System	42
b) Auslegung und inneres System	43
c) Rangfolge der Auslegungskriterien	43
d) Systembrüche	43
3. Rechtsaktübergreifende systematische Auslegung.....	44
a) Wortlaut: Einheitliche Begriffe und Konzepte	44
b) Systematik: Bestandteile eines äußeren Systems.....	44
c) Zweck: Einheitliche Regelungszwecke.....	45
d) Entstehungsgeschichte	45
e) Systemvermutung?	45

4.	Einzelne systembezogene Auslegungsregeln.....	46
a)	Lex superior derogat legi inferiori – Hierarchie-	
	determinierte Auslegung	46
aa)	Primärrechtskonforme Auslegung von Sekundär-	
	recht	46
bb)	Sekundärrechtskonforme Auslegung von Primär-	
	recht?	46
b)	Lex specialis derogat legi generali	48
c)	Sind Ausnahmen eng auszulegen?.....	49
5.	Systematische Rechtsfortbildung.....	50
a)	Interne und externe Lücken	50
b)	Kompetenzielle Grenzen	50
VIII.	Zusammenfassung der wichtigsten Thesen	51
Diskussion		53

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Systembildung im Europäischen Arbeitsrecht* (München 2016), S. 15-52

I. Einführung

Im Rahmen unserer Veranstaltung über „Systembildung im Europäischen Arbeitsrecht“ haben mich die Veranstalter gebeten, einführend über „Methodenfragen“ zu sprechen. Daher soll es im Folgenden um Methodenfragen der Systembildung im Europäischen Arbeitsrecht gehen. „Methoden“ verstehen wir dabei, dem juristischen Sprachgebrauch entsprechend, als Methoden der Rechtsfindung, also von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, und nicht, was thematisch vielleicht auch nicht fern läge, als Methoden der Gesetzgebung.

Wir legen zunächst zwei Grundlagen, indem wir den Systembegriff und seine Tauglichkeit für das Unionsrecht erörtern (II) und vorstellen, welche Regelungen als Systembestandteile in Betracht zu ziehen sind (III). Dabei liegt eine wesentliche Besonderheit des Mehrebenensystems darin, dass die Auswahl der Regelungsbereiche zu untersuchen ist. Dafür ist die spezifische Perspektive des Unionsgesetzgebers einzunehmen (IV). Anschließend erörtern wir die allgemeinen Fragen kurz am Beispiel des Europäischen Arbeitsrechts (V), das in den nachfolgenden Referaten exemplarisch vertieft wird.

Sodann wenden wir uns in zwei Schritten spezifisch den Methodenfragen zu. Auch hier ist zunächst Grund zu legen, und zwar mit einer Stellungnahme zu der umstrittenen Frage, wie weit die „Systemkompetenz“ der Rechtsprechung reicht (VI): Können und dürfen die Gerichte zur Systembildung beitragen? Am Schluss wenden wir uns dem methodischen Handwerkszeug zu, das wir in unserem Zusammenhang als „Elemente richterlicher Systembildung“ kennzeichnen (VII).

II. System und Systembildung

1. System und Systembildung

a) Systembegriffe

Als „System“ bezeichnen wir den Rechtsstoff, wenn er ein „geordnetes Ganzes“ darstellt. Das kann in unterschiedlicher Hinsicht der Fall sein.

aa) Äußeres System

Von einem „äußeren System“ sprechen wir, wenn wir die Anordnung des Rechtsstoffs betrachten.¹ Paradigma ist die Ordnung des BGB: seine Ein-

¹ Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, S. 139 ff., 142; Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983, S. 19 ff.; Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996, S. 9 ff.; Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 73 ff.

teilung in Bücher, Teile, Abschnitte, Kapitel, Paragraphen, Absätze und Sätze. Die äußere Stoffanordnung erfolgt im Gesetz mit Rücksicht auf Sachzusammenhänge, aber auch auf die inneren Zusammenhänge der Regelungen und somit idealerweise schon als ein Vorgriff auf das innere System. Sie ist daher, worauf besonders *Bydlinski* hingewiesen hat, keineswegs gering zu schätzen.²

bb) Inneres System

Von einem „inneren System“ sprechen wir, wenn wir die „inneren“, vor allem die teleologischen Zusammenhänge des Rechtsstoffs betrachten.³ Das Recht ist dann ein System, wenn es den Anforderungen von „Einheit“ und „Ordnung“ entspricht.⁴ Gemeint ist damit, dass die Vielzahl der Regeln auf wenige tragende Prinzipien zurückgeführt werden kann und diese Prinzipien folgerichtig durchgeführt werden: Dass sich die Regeln im Minimum nicht widersprechen und möglichst eins zum anderen passt. *Canaris* definiert System in diesem Sinne als „eine teleologische Ordnung allgemeiner Rechtsprinzipien“.⁵

b) Systembildung

Systembildung ist dementsprechend die Ausbildung einer äußeren und inneren Ordnung. Die äußere Ordnung kann dabei nur durch den Gesetzgeber erfolgen, und zwar unabhängig davon, ob und inwieweit die Rechtsprechung auch Rechtsetzend tätig wird. Denn auch soweit die Gerichte Regeln schaffen, legen sie diese doch nicht „gesetzlich“ nieder.⁶

Auch die innere Ordnung schafft primär der Gesetzgeber. Im Idealfall setzt er Einzelregeln auf der Grundlage von Prinzipien und führt diese folgerichtig durch.⁷ Indes ist es auch eine Aufgabe von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, die inneren Zusammenhänge hervorzuheben, die dem Rechtsstoff zugrunde liegen.⁸ Umstritten ist, wie weit die Befugnisse der Rechtsprechung gehen (dazu unten VI).

2 *Bydlinski* (Fn. 1), S. 13 ff., 49 ff.

3 *Bydlinski* (Fn. 1), S. 31 ff.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 474 ff.; *Höpfner* (Fn. 1), S. 86 ff.

4 *Höpfner* (Fn. 1), S. 7 („Systemkonstitutiva“).

5 *Canaris* (Fn. 1), S. 47.

6 Das gilt auch für Entscheidungen des BVerfG, selbst wenn sie mit „Gesetzeskraft“ ausgestattet und zu veröffentlichen sind, vgl. § 31 Abs. 2 BVerfGG.

7 Dass dieses Ideal unerreichbar ist, steht auf einem anderen Blatt; dazu auch *Canaris* (Fn. 1), S. 112 ff.

8 *Höpfner* (Fn. 1), S. 87 ff.

2. System mit mehreren Ebenen

Ob es im Europäischen (Privat-) Recht System und Systembildung gibt und geben kann, ist – auch jenseits polemischer Zuspitzung – seit langem und auch andauernd umstritten. Soweit ich sehe, hat zuerst *Stefan Grundmann* mit seiner großen halleschen Veranstaltungsreihe das Thema der „Systembildung im Europäischen Privatrecht“ formuliert.⁹ Speziell zum Europäischen Arbeitsrecht hat *Abbo Junker* die Zweifel frühzeitig auf den Punkt gebracht: „Die Europäische Union ... hat seit 1975 eine Reihe von Richtlinien erlassen, die – ohne Konzept und System – punktuell in die nationalen Arbeitsrechte eingreifen“, stellte er 1994 fest.¹⁰ Fehlentwicklungen wie *Christel Schmidt* führt er insbesondere auf „eine pointillistische Rechtsangleichung ohne System und Konzept“ zurück.¹¹ Fünf Jahre später, 1999, konzidiert auch *Junker* (im Rahmen seines Beitrags zur halleschen Ringvorlesung), es seien Anzeichen einer Systembildung für Teilbereiche auszumachen; er spürt dem exemplarisch für die Bereiche des Betriebsübergangsrechts und des Antidiskriminierungsrechts nach.¹²

Zwei Besonderheiten des Unionsrechts kann man unterscheiden.

a) Die „dritte“ Dimension

Das ist zum einen die „dritte Dimension“. Der Ebene des nationalen Rechts fügt das Unionsrecht eine weitere Ebene hinzu. Man spricht daher auch von einem *Mehrebenensystem*.¹³ Der Begriff enthält schon eine positive Antwort auf die Frage, ob es in diesem Bereich eine Systembildung geben kann, weist aber zugleich auch auf die weiteren Fragestellungen hin, die sich daraus ergeben. Wenn die mehreren Ebenen, die sich hier überlagern, ein System darstellen sollen, dann muss (im Idealfall) nicht nur ihr Verhältnis zueinander geregelt sein. Vor allem muss es Grundsätze geben, nach denen Regeln der einen oder anderen Ebene zugeordnet werden. Man spricht – terminologisch etwas verengend – auch von einem *Harmonisierungskonzept*.

9 Grundmann (Hrsg.), Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts, 2000. Siehe auch *dens.*, Europäisches Schuldvertragsrecht, 1999; *dens.*, Systembildung im Europäischen Arbeitsrecht, Gedächtnisschrift Blomeyer, 2004, S. 71-97.

10 *Junker*, Der EuGH im Arbeitsrecht – die schwarze Serie geht weiter, NJW 1994, 2527.

11 *Junker*, NJW 1994, 2527, 2528.

12 *Junker*, Systembildung und Systemlücken im harmonisierten Arbeitsvertragsrecht, NZA 1999, 2 ff.

13 Einführend und weiterführend *Grundmann*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 9 Rn. 2 ff.

Die in der Anfangszeit verbreitete Auffassung, der Unionsgesetzgeber verfare bei der Auswahl der zentral zu regelnden Bereiche völlig planlos, dürfte heute so nicht mehr haltbar sein. In der ökonomischen Theorie wird die Wahl der richtigen Regelungsebene von der sog. Föderalismus-theorie erörtert.¹⁴ Naturgemäß ist auch hier vieles umstritten, nicht allerdings die Fragestellung: Die Auswahl der Regelungsebene kann man nach Sachkriterien begründen. Den ökonomischen Theorien kann die Rechtswissenschaft mit einer spezifisch juristischen Erörterung unter dem Gesichtspunkt der Systembildung gegenüberreten.¹⁵

b) Die „punktuelle“ Rechtsetzung

Mit der Koordination von Rechtsetzung auf zwei Ebenen geht nicht notwendig einher, dass das Unionsrecht nur punktuell Bestandteile ergänzt, in der Praxis des europäischen Privat- und Wirtschaftsrechts ist das indes der Fall. Viele meinen, unter diesen Umständen könne von System und Systembildung nicht die Rede sein. Einen Systembildungswillen, sagt *Rebhahn*, könne man nur bei Rechtsordnungen vermuten, „die auf ein kohärentes und umfassendes Regelungssystem angelegt sind“.¹⁶ Mit ähnlichem Tenor behaupten *Höpfner* und *Rüthers*, das Unionsrecht sei „von einer kohärenten und wertungsmäßig folgerichtigen Ordnung weit entfernt und wird dies aufgrund der Prinzipien der begrenzten Einzelermächtigung und der Subsidiarität *de lege lata* auch bleiben“.¹⁷

Beides ist indes weder näher begründet noch plausibel. Auch auf nationaler Ebene gibt es Teilbereiche – wie das Arbeitsrecht, das Handelsrecht, das Urheberrecht und so fort – die nicht auf Vollständigkeit angelegt sind, sondern auf mehr oder weniger weitreichende (punktuelle oder kleinflächige) Ergänzung des bürgerlichen Rechts. Auch an die Teilregelungen stellt man – zu Recht – die Systemforderungen. Entgegen der Prämisse *Rebhahns* und *Höpfner/Rüthers* gehören die Aspekte von Kohärenz und Vollständigkeit („umfassend“) nicht notwendig zusammen, sondern ist auch an Teilregelungen die Erwartung der Kohärenz zu stellen. Sie ent-

14 *Breton*, A Theory of Government Grants, Canadian Journal of Economics and Political Science 31 (1965), 175-187; *Musgrave*, The Theory of Public Finance, 1959; *Oates*, Fiscal Federalism, 1972; *Olsen*, The Principle of Fiscal Equivalence: The Division of Responsibilities among Different Levels of Government, American Economic Review 59 (1972), 479-487.

15 Siehe wiederum *Grundmann*, in: *Riesenhuber* (Fn. 13), § 9 Rn. 13 ff.

16 *Rebhahn*, in: *Riesenhuber* (Fn. 13), § 18 Rn. 18 mit Fn. 29.

17 *Höpfner/Rüthers*, Grundlagen einer europäischen Methodenlehre, AcP 209 (2009), 1, 3, auch 12.

spricht im Übrigen dem eigenen Anspruch des Unionsgesetzgebers¹⁸ und wird zumindest in Teilbereichen auch erfüllt.

Auch im Unionsrecht sind daher Einheit und Ordnung grundlegende Systemforderungen.¹⁹ Die Vielzahl der Einzelregeln sollte sich auf tragende Prinzipien zurückführen lassen, deren Ausgleich folgerichtig durchgeführt wird.

III. Bestandteile des Unionsrechtssystems (Rechtsquellenlehre)

Aus welchen Bestandteilen kann ein System des Europäischen Arbeitsrechts zusammengesetzt sein?

1. Unionsrecht

Dazu gehört zunächst das Europarecht: das Primärrecht und das Sekundärrecht.

a) Primärrecht

Aus dem Primärrecht sind vor allem die Grundfreiheiten, das Kartellrecht und das Diskriminierungsverbot des Art. 157 AEUV hervorzuheben.

Primärrechtlichen Rang haben auch die Rechte der Grundrechtecharta, die mit dem Lissaboner Vertrag in Kraft getreten ist. Nicht zuletzt sind, wie die (freilich zu Recht umstrittene) Mangold-Entscheidung²⁰ zeigt, gerade auch im Arbeitsrecht die Allgemeinen Rechtsgrundsätze von Bedeutung, denen zumindest teilweise ebenfalls Primärrechtsrang zukommt.

Schließlich gehören die Kompetenznormen zum Primärrecht. Ihr Einfluss auf die Systembildung ist unverkennbar, auch wenn sie erst vollends zum Tragen kommt, wenn die Kompetenz auch ausgeübt wird. Besonders deutlich ist dieser Aspekt etwa bei den Kompetenzen des Antidiskriminierungsrechts und des Kollisionsrechts, die, kaum geschaffen, vom Gesetzgeber kraftvoll genutzt wurden. Dabei können die Kompetenznormen auch Konzepte vorstrukturieren. So sind Grundbegriffe wie „Schutz der Gesundheit und Sicherheit der Arbeitnehmer“ oder „Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer“ (heute) nicht zuletzt durch Kompetenznormen (und Grundrechte) geprägt.

Der Versuch hingegen, schon Kompetenznormen selbst als Systemaussagen fruchtbar zu machen, ist, soweit ich sehe, bislang (zu Recht) nicht er-

18 Besonders deutlich im Vertragsrecht: *von Vogel*, Verbrauchervertragsrecht und allgemeines Vertragsrecht, Fragen der Kohärenz in Europa, 2006.

19 *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrecht, 2003.

20 EuGH 22.11. 2005 – C-144/04 – Mangold.

folgreich. In El Corte Inglés war dem Gerichtshof die Frage gestellt worden, ob die Einfügung der Verbraucherschutz-Zielbestimmung und -Kompetenz des Art. 129 EGV (heute Art. 169 AEUV) – zumindest für den Bereich des Verbraucherschutzes – die Horizontalwirkung von Richtlinien begründen könne, die der EuGH grundsätzlich ablehnte. Der Gerichtshof verneint das (zutreffend) unter Hinweis auf die begrenzte Reichweite der Regelung als Ziel- und Kompetenzbestimmung.²¹

b) Sekundärrecht

Systembestandteile sind aber vor allem die zahlreichen Sekundärrechtsakte gemäß Art. 288 AEUV, namentlich Verordnungen und Richtlinien.²²

aa) Arbeitsrecht

Zum System des Europäischen Arbeitsrechts gehören naturgemäß zunächst die arbeitsrechtlichen Richtlinien und Verordnungen.²³ Ob ein Rechtsakt dem „Arbeitsrecht“ in diesem zuzuordnen ist, kann man insbesondere an seinem Gegenstand festmachen oder an der Kompetenznorm, auf die er gestützt wurde.

bb) Sonstiges Europäisches Privatrecht

Kürzlich hat *Seifert* darauf aufmerksam gemacht, dass das Europäische Arbeitsrecht Teil des „Gesamtgefüges des europäischen Privatrechts“ ist. Er hat insbesondere gerügt, dass die Lehrbücher zum Europäischen Arbeitsrecht „nicht einmal den Versuch (unternehmen), Anschluss an die allgemeine Diskussion über die Fortentwicklung des europäischen Privatrechts zu gewinnen“.²⁴ Freilich hat *Stefan Grundmann* bereits in seinem großen Werk über Europäisches Schuldvertragsrecht von 1999 auch das Arbeitsvertragsrecht eingehend behandelt.²⁵ Und in der von ihm ausgerichteten Ringvorlesung zur „Systembildung in Kerngebieten des Europä-

²¹ EuGH 7.3. 1996 – C-192/94 – El Corte Inglés.

²² Einführend *Riesenhuber*, Stichwort „Verordnung“ in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg.), Handwörterbuch zum Europäischen Privatrecht, 2009, S. 1647 ff.; *Riesenhuber/Möslein*, Stichwort „Richtlinie“, ebenda, S. 1306 ff.

²³ Übersicht bei *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, 2009, § 1 Rn. 19 ff. und passim sowie jetzt eingehend Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Arbeitsrecht, 2016.

²⁴ *Seifert*, Das europäische Arbeitsrecht im Gesamtgefüge des europäischen Privatrechts, ZEuP 2015, 241, 242. Was *mein* Europäisches Arbeitsrecht angeht, ist immerhin auf § 1 Rn. 8-12 und 48-51 hinzuweisen.

²⁵ *Grundmann*, Schuldvertragsrecht (Fn. 9), S. 324-579.

ischen Privatrechts“ spielt das Arbeitsrecht ebenfalls eine hervorgehobene Rolle.²⁶

Allerdings konstatiert *Seifert* schon im Ausgangspunkt, dass die Normsetzung der EU „jede Abstimmung und Verknüpfung des Arbeitsrechts mit anderen Bereichen des europäischen Privatrechts geradezu vollständig vermissen lässt“. ²⁷ Und er schließt seinen Beitrag mit der „ernüchternde[n] Feststellung, dass sich die Verselbständigung gegenüber dem allgemeinen Privatrecht, die sich im Arbeitsrecht der Union ebenso vollzogen hat wie in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, ein Datum ist, das angesichts der Gründe dieses Prozesses nicht mehr rückgängig zu machen ist“. ²⁸

2. Mitgliedstaatliches Recht

Gehört auch das mitgliedstaatliche Recht zum System des Europäischen Arbeitsrechts? Das ist einerseits sicher zu bejahen. Primärrecht und Rechtsetzung der Union auf dem Gebiet des Arbeitsrechts sind in keinem Bereich auf Vollständigkeit angelegt, sondern stets auf Ergänzung der vorausgesetzten mitgliedstaatlichen Rechte. Das Unionsrecht kann für sich allein nicht stehen. Es wirkt auf das mitgliedstaatliche Recht ein und mit diesem zusammen. Soweit die Union durch Richtlinien Recht setzt, sind Unionsrecht und mitgliedstaatliches Recht in einem zweistufigen Rechtsetzungsverfahren geradezu verwoben.

Allerdings darf man nicht übersehen, dass es zwischen beiden Ebenen ein Hierarchieverhältnis gibt.²⁹ Primärrecht kommt Anwendungsvorrang vor dem mitgliedstaatlichen Recht zu.³⁰ Verordnungen haben unmittelbare Wirkung und werden gleichsam in das mitgliedstaatliche Recht hineingesetzt; sie bedürfen keiner Umsetzung und dürfen nicht umgesetzt wer-

26 Siehe die Beiträge von *Junker, Birk* und *Schellhaaß*, in: Grundmann, Systembildung (Fn. 9), S. 357-420 (unter Einschluss der von *Seifert* eher am Rande behandelten ökonomischen Perspektive).

27 *Seifert*, ZEuP 2015, 241, 242.

28 *Seifert*, ZEuP 2015, 241, 272.

29 Zu den verschiedenen Stufen systemkonformer Auslegung eingehend *Höpfner* (Fn. 1), S. 141 ff.

30 Grundlegend EuGH 15.7.1964 – 6/64 – *Costa/E.N.E.L.*; EuGH 13.11.1984 – 98/83 – *Van Gend & Loos*.

den.³¹ Richtlinien begründen Umsetzungspflichten für die Mitgliedstaaten.³² Unionsrecht ist daher durchgehend mit einem Vorrang ausgestattet.

Unser Fokus ist daher im Folgenden ausschließlich auf die Unionsebene des Europäischen Arbeitsrechts gesetzt, nicht auf die mitgliedstaatliche Ebene, die (naturgemäß) national unterschiedlich ausfällt.

3. Internationales (Einheits-) Recht

Auch das Unionsrecht hat in verschiedener Hinsicht Bezüge zum internationalen Recht.³³ Zum Beispiel kann uns das Seearbeitsübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (International Labour Organization, ILO) von 2006 dienen, das auf Unionsebene durch Richtlinie 2009/13/EG umgesetzt wird. Das Übereinkommen wirkt – im Einzelnen umstritten – wie ein völkerrechtlicher Vertrag.³⁴ Blickt man über den engeren Bereich des Arbeitsrechts hinaus, kann man an das Wiener UN-Kaufrecht (*Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, CISG) oder die urheberrechtlichen Übereinkommen³⁵ denken.

Diese völkerrechtlichen Verträge sind grundsätzlich nicht Bestandteil des Unionsrechtssystems. Im Unionsrecht wirken sie erst kraft unionsrechtlicher Umsetzung. Freilich kann ein völkerrechtlicher Vertrag auch nach seiner Umsetzung in Unionsrecht von andauernder Bedeutung sein. So kommt er namentlich im Wege der völkerrechtskonformen Auslegung zum Tragen.³⁶

Ein – heute schon „historischer“ – Sonderfall verdient nach wie vor Hervorhebung.³⁷ Bevor die Union eine zweifelsfreie Kompetenz zur Angleichung des Kollisionsrechts hatte (siehe Art. 81 AEUV), hat sie das Deside-

31 Siehe etwa EuGH 10.10.1973 – 34/73 – *Fratelli Variola S.p.A./Amministrazione delle finanze dello Stato*; EuGH 31.1.1978 – 94/77 – *Zerbone*. Einführend *Riesenhuber*, in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Fn. 22), S. 1647 ff.

32 Siehe etwa EuGH 8.4.1976 – 48/75 – *Royer*; EuGH 18.12.1997 – C-129/96 – *Inter-Environment Wallonie/Région wallonne*. Einführend *Riesenhuber/Möslein*, in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Fn. 22), S. 1306 ff.

33 Siehe auch *Rosenkranz*, Die völkerrechtskonforme Auslegung des EG-Sekundärrechts dargestellt am Beispiel des Urheberrechts, *EuZW* 2007, 238-242.

34 Zur Wirkung von ILO-Übereinkommen einführend *Böhmert*, Das Recht der ILO und sein Einfluß auf das deutsche Arbeitsrecht im Zeichen der europäischen Integration, 2002, S. 150 ff.; *Geiger*, Grundgesetz und Völkerrecht, 6. Aufl. 2013, S. 165 f.; *Leinemann/Schütz*, Wirkungen der IAO-Übereinkommen auf das Recht der Bundesrepublik Deutschland, *ZfA* 1994, 1, 10.

35 EuGH 7.12.2006 – C-306/05 – *SGAE*.

36 *Rosenkranz*, *EuZW* 2007, 241.

37 Näher *Riesenhuber*, *System* (Fn. 19), S. 39 ff., 120 ff.

rat einer Rechtsangleichung in diesem Bereich auf völkervertraglichem Wege befriedigt, namentlich durch das Europäische Vertragsrechtsübereinkommen von 1980. Formal handelte es sich dabei nicht um (damals:) Gemeinschaftsrecht, sondern um einen selbständigen völkerrechtlichen Vertrag. Die Besonderheit lag indes darin, dass dieser Vertrag ausschließlich von den Mitgliedstaaten der (damaligen) EWG/EG geschlossen worden war, ihm ausschließlich Mitgliedstaaten der Gemeinschaft beitreten konnten (Art. 28 EVÜ) und alle (neuen) Mitgliedstaaten der Gemeinschaft beitreten mussten. Das EVÜ nahm zudem auf das Gemeinschaftsrecht Rücksicht und ordnete sich ihm unter (Art. 20 EVÜ). Insofern ließ es sich durchaus dem Gemeinschaftsrecht zuordnen³⁸ (und entwickelte es im Übrigen nach einer Ansicht geradezu systemprägende Kraft)³⁹.

4. Sozialpartner-Vereinbarungen

Vereinbarungen der Sozialpartner gibt es auch auf europäischer Ebene. Art. 155 f. AEUV hat ihnen im Rechtsetzungsverfahren der Union einen besonderen Rang verliehen.⁴⁰ Sozialpartnervereinbarungen sind indes nicht für sich Teil des Europäischen Arbeitsrechts, sondern erst kraft unionsrechtlicher Umsetzung.⁴¹ Ein Beispiel haben wir mit dem Seearbeitsübereinkommen bereits angesprochen: Dieses haben zunächst die Sozialpartner im Wege der Vereinbarung übernommen, bevor es dann der Rat mit der Richtlinie 2009/13/EG unionsrechtlich „durchgeführt“ hat. Ein weiteres Beispiel ist die Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, die die Union durch Richtlinie 1999/70/EG durchgeführt hat.

5. Vorbildrecht

Mitunter orientiert sich die Unionsrechtsetzung an Vorbildern aus dem nationalen oder internationalen Recht. So kann man die der Klauselrichtlinie 93/13/EWG und in der Handelsvertreterrichtlinie 86/653/EWG Anleihen beim deutschen Recht erkennen,⁴² in der Nachweisrichtlinie 91/533/EWG Anleihen aus dem Recht des Vereinigten Königreichs⁴³. Das

38 Grundmann, Schuldvertragsrecht (Fn. 9), 1.01 Rn. 6 ff. (S. 159); Riesenhuber, System (Fn. 19), S. 40.

39 Grundmann, Schuldvertragsrecht (Fn. 9), 1.01 Rn. 18 f., 20 ff. (S. 14 ff.) und 1.01 Rn. 1 ff. (S. 156 ff.); siehe noch nachfolgend V 1.

40 Einführend Riesenhuber, Arbeitsrecht (Fn. 23), § 4 Rn. 30 ff.

41 Zur Stellung des Tarifvertrags im Rechtssystem nach deutschem Recht Löwisch/Rieble, TVG, 3. Aufl. 2012, § 1 Rn. 94 ff., 509 ff., § 5 Rn. 77 ff. Löwisch, Die Arbeitsrechtsordnung unter dem Grundgesetz, in: 40 Jahre Grundgesetz – Der Einfluß des Verfassungsrechts auf die Entwicklung der Rechtsordnung, 1990, S. 59-86.

42 Grundmann, Schuldvertragsrecht (Fn. 9), 3.80 Rn. 3 (S. 563).

43 Grundmann, Schuldvertragsrecht (Fn. 9), 3.20 Rn. 3 (S. 413).

Vorbildrecht wird damit indes nicht Bestandteil des Unionsrechts. Auch insoweit ist nur der Unionsrechtsakt Systembestandteil; nur durch ihn und nur im Ganzen des Unionsrechtssystems wirkt das Vorbildrecht, nicht aber für sich.

Man kann diese Frage im Lichte der Diskussion um die sog. „Rechtstransplantate“ (*legal transplants*) sehen.⁴⁴ Das aus seiner fremden Rechtsordnung übernommene Vorbild entfaltet im System der neuen Rechtsordnung seine eigene Bedeutung. Es steht fortan in diesem Systemzusammenhang.⁴⁵

6. Amtliche Regelungsvorschläge

a) Kein Systembestandteil

Die gesellschaftsrechtlichen Entscheidungen Rabobank⁴⁶ und Audiolux⁴⁷ haben die Frage aufgeworfen, ob auch Regelungsvorschläge Systembestandteil sein können.⁴⁸ Das ist schon deshalb zu verneinen, weil der Vorschlag nicht im Gesetzgebungsverfahren und von den dafür (auch demokratisch) legitimierten Organen verabschiedet wurde.⁴⁹

b) Keine „authentische Interpretation“

Aus diesem Grunde kann der Vorschlag auch keine „authentische Interpretation“ des geltenden Rechts sein, die wiederum nur von dem Gesetzgeber geleistet werden könnte, nicht von einzelnen Gesetzgebungsorganen oder sonstigen Beteiligten.⁵⁰

Für die Rechtsfindung ist ein Regelungsvorschlag gleichwohl nicht völlig unbeachtlich. Ihm kommt das Gewicht einer Stellungnahme der Kommission und damit jedenfalls beträchtliche fachliche und entstehungsgeschichtliche Kompetenz und Autorität zu.

44 Grundlegend Watson, Legal Transplants, 2. Aufl. 1993. Weiterführend Teubner, Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences, MLR 61 (1998), 11-32.

45 Riesenhuber, System (Fn. 19), S. 48 ff.; Riesenhuber, in: Riesenhuber (Fn. 13), § 10 Rn. 39.

46 EuGH 16.12. 1997 – C-104/96 – Coöperatieve Rabobank „Vecht en Plassengebied“/Minderhoud.

47 EuGH 15.10. 2009 – C-101/08 – Audiolux.

48 EuGH 12.3. 1996 – C-441/93 Rn. 43-52 – Pafitis.

49 Riesenhuber, in: Riesenhuber (Fn. 13), § 10 Rn. 27 f.; im Ergebnis ebenso Grundmann, System Building through the Interpretation of European Union Law, *RabelsZ* 75 (2011), 882, 924 f.

50 Riesenhuber, in: Riesenhuber (Fn. 13), § 10 Rn. 28.

7. Rechtspolitische Absichtserklärungen (die Europäische Sozialcharta)

Es scheint nach diesen Vorüberlegungen zu Regelungsentwürfen ein klarer Fall zu sein, dass rechtspolitische Absichtserklärungen schlechterdings kein Systembestandteil sein können. Gerade im Arbeitsrecht haben wir indes mit der sog. Europäischen Sozialcharta einen gewissen Grenzfall.⁵¹ 1989 „feierlich proklamiert“, enthält sie praktisch das rechtspolitische Programm für das folgende Jahrzehnt. Anfangs war zunächst Großbritannien noch nicht dabei. Seit der Amsterdamer Fassung nimmt das Primärrecht auf die Charta Bezug (heute in Art. 151 Abs. 1 AEUV), freilich nur in einer Zielbestimmung und nur „eingedenk“ der Charta. Insofern ist die Gemeinschaftscharta heute, gleichsam vermittelt und verdünnt („eingedenk“) über Art. 151 AEUV durchaus ein Systembestandteil: als Auslegungskriterium für die primärrechtliche Zielbestimmung.⁵² Praktisch lässt sich daraus kaum etwas ableiten.

8. Private Regelungsvorschläge und „gemeineuropäisches“ Privatrecht

Seit den 1980er Jahren haben Gruppen von Wissenschaftlern und Praktikern auch private Regelungsvorschläge zur Vereinheitlichung des Privatrechts in Europa ausgearbeitet.⁵³ An der Spitze der Bewegung stand die sog. Lando-Kommission (*Commission on European Contract Law*), die 1995 und 2002 die *Principles of European Contract Law* (PECL) veröffentlichte.⁵⁴ Auf der Grundlage dieses Entwurfs haben andere Gruppen später den *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) erarbeitet,⁵⁵ den Entwurf für ein Europäisches Vermögensgesetzbuch.

Die PECL enthalten keine Vorschriften für besondere Vertragstypen wie den Arbeitsvertrag, sondern nur Regeln des „allgemeinen“ Vertragsrechts. Der DCFR klammert das Arbeitsrecht eigens aus, Art. I.-1:101 DCFR.⁵⁶ Das *European Labour Law Network* (ELLN) hat sich allerdings vorgenom-

⁵¹ Zu ihr näher Riesenhuber, Arbeitsrecht (Fn. 23), § 2 Rn. 54 ff.

⁵² Riesenhuber, Arbeitsrecht (Fn. 23), § 2 Rn. 58.

⁵³ Zum Folgenden einführend Riesenhuber, System (Fn. 19), S. 44 ff.; Franck/Riesenhuber, Europäisierung des deutschen Vertragsrechts: Unionsrecht und gemeineuropäische Entwicklung, ZJapanR, Sonderheft 7 (2013), S. 179-202.

⁵⁴ Lando/Beale (Hrsg.), *Principles of European Contract Law*, 1995; Lando/Clive/Prüm/Zimmermann (Hrsg.), *Principles of European Contract Law*, Part III, 2003.

⁵⁵ von Bar/Clive (Hrsg.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition*, 2009.

⁵⁶ Dazu Introduction 29 DCFR. Dazu Seifert, ZEuP 2015, 241, 242 f.

men, ein *Restatement* des europäischen Arbeitsrechts auszuarbeiten.⁵⁷ Für Ende dieses Jahres sind die ersten Teile angekündigt: zum Arbeitnehmerbegriff (*concept of employee*) und zu atypischen Arbeitsverhältnissen (*atypical employment relationships*). Das Vorhaben könnte am Ende eine ganz ähnliche Form annehmen wie die PECL. Dann stellt sich auch insofern die Frage, inwieweit diese zur Systembildung beitragen können.

Solche „privaten Regelwerke“ können in vielfacher Hinsicht nützlich und anregend sein, auch für eine zukünftige Systembildung.⁵⁸ Indes handelt es sich dabei nach dem *pedigree*-Test nicht um „Recht“.⁵⁹ Auch vom ELLN ausgearbeitete Grundsätze des europäischen Arbeitsrechts wären nicht Bestandteil des Unionsrechts.

9. Rechtsvergleichung

Aus denselben Erwägungen sind auch die schieren Ergebnisse der Rechtsvergleichung – wie sie auch den Einheitsregeln (oben 7) zugrunde liegen – kein Bestandteil des Europäischen Arbeitsrechts.⁶⁰

IV. Auswahl der unionalen Systemelemente (Die Perspektive des Unionsgesetzgebers)

Will man das System des Europäischen Arbeitsrechts ergründen, so gilt es, sich dabei die Perspektive des Unionsgesetzgebers vor Augen zu führen. Sie unterscheidet sich von der des nationalen Gesetzgebers.

Das Unionsrecht ist, sieht man vom Verfassungsrecht ab,⁶¹ weithin nicht auf eine umfassend-kodifikatorische Regelung angelegt, sondern auf – mehr oder weniger punktuelle – Ergänzung des mitgliedstaatlichen Rechts (oben II 2 b). Es geht daher auch im Arbeitsrecht nicht um eine umfassende Regelung, sondern um die Auswahl einzelner Regelungsbereiche. Für ein Verständnis der Auswahl der Regelungsbereiche ist jedenfalls auch der unionsrechtliche Regelungsrahmen zu berücksichtigen. Exemplarisch ist dafür nach wie vor das bahnbrechende Werk von *Stefan Grundmann*, *Europäisches Schuldvertragsrecht*, von 1999, in dem auch

57 Abzurufen unter <http://www.labourlawrestatement.eu/>. Dazu *Seifert*, ZEuP 2015, 241, 268.

58 *Riesenhuber*, System (Fn. 19), S. 48.

59 *Canaris*, Die Stellung der „Grundregeln des europäischen Vertragsrechts“ und der „UNIDROIT-Grundsätze“ im System der Rechtsquellen, in: Basedow (Hrsg.), *Europäische Vertragsvereinheitlichung und deutsches Recht*, 2000, S. 5-31.

60 Für das Vertragsrecht *Riesenhuber*, System (Fn. 19), S. 47, 71.

61 Zur „Systembildung durch Auslegung“ mit Blick auf das Primärrecht *Grundmann*, *RabelsZ* 75 (2011), 882, 889 ff.

ein – viel zu wenig beachteter – eingehender Abschnitt zum Europäischen Arbeitsrecht enthalten ist.

1. Kollisionsrecht

Geht der Unionsgesetzgeber von mitgliedstaatlichen Arbeitsrechten aus, so gehört zu seinem Regelungsrahmen zunächst zentral das Kollisionsrecht. Bei unterschiedlichen nationalen Rechten ist ein verlässliches, einheitlich angewandtes IPR ein grundlegendes Desiderat. Dieses besteht heute mit den Rom-Verordnungen in weiten Bereichen, namentlich mit Rom I für das Arbeitsvertragsrecht und mit Rom II für das Deliktsrecht.

2. Grundfreiheiten

Ein zweites Datum sind für den europäischen Gesetzgeber die Grundfreiheiten. Soweit ihre liberalisierende Regelung seinen Anliegen bereits Rechnung trägt, bedarf es keiner Rechtsangleichung. So räumt die Arbeitnehmerfreizügigkeit in weiten Bereichen Hindernisse aus.⁶² Umgekehrt kann sich das mitgliedstaatliche Arbeitsrecht aber für andere Freiheiten als Hindernis erweisen. So können disparate nationale Arbeitsrechte die Dienstleistungsfreiheit, die Niederlassungsfreiheit oder auch die Warenverkehrsfreiheit beeinträchtigen.⁶³ Da der Arbeitnehmerschutz als wichtiges Allgemeininteresse anerkannt ist, können sich nationale Regeln im Rahmen der Verhältnismäßigkeit auch gegen Freiverkehrsinteressen durchsetzen. Zum Beispiel ist die Entsenderichtlinie nur vor dem Hintergrund der Grundfreiheitenrechtsprechung des EuGH⁶⁴ zu verstehen.⁶⁵

3. Rechtsetzungskompetenzen

Die Möglichkeiten, die sich nach diesen Vorgaben ergebenden Regelungsinteressen der Union zu befriedigen, bestimmen schließlich die Rechtsetzungskompetenzen. Hier ist insbesondere zu beachten, dass die Union keine umfassende Rechtsetzungskompetenz hat, sondern begrenzte Einzelermächtigungen (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 EUV) geradezu als Prinzip des Unionsrechts angesehen werden. Speziell im Arbeitsrecht ist die Zuständigkeit der Union nach Art. 153 Abs. 4 Spiegelstrich 2 AEUV auf Mindestharmonisierung begrenzt.⁶⁶ Einzelne arbeitsrechtliche Bereiche sind der Unionsgesetzgebung ganz entzogen: das Arbeitsentgelt, das Koalitions-

62 Übersicht bei *Riesenhuber*, Arbeitsrecht (Fn. 23), § 3 Rn. 3-53, mit weiteren Nachweisen.

63 Übersicht bei *Riesenhuber*, Arbeitsrecht (Fn. 23), § 3 Rn. 61, 79.

64 Übersicht bei *Riesenhuber*, Arbeitsrecht (Fn. 23), § 6 vor Rn. 1.

65 Siehe nur *Riesenhuber*, Arbeitsrecht (Fn. 23), § 6 Rn. 1, § 3 Rn. 54-74.

66 *Rebhahn*, in: *Riesenhuber* (Fn. 13), § 18 Rn. 12.

recht, das Streikrecht sowie das Aussperrungsrecht (Art. 153 Abs. 5 AEUV).

4. Regelungsumfeld

Endlich ist auch das Regelungsumfeld zu berücksichtigen, wie es sich für jeden Rechtsakt aus dem Sekundärrecht ergibt. So gehört zu den Richtlinien über Teilzeitarbeit (97/81/EG), befristete Arbeitsverhältnisse (1999/70/EG) und Leiharbeit auch die Richtlinie über Gesundheitsschutz bei der Zeitarbeit (91/383/EWG) und mit ihr die Arbeitsschutz-Rahmenrichtlinie 89/391/EWG. Zur SE-Beteiligungsrichtlinie 2001/86/EG gehört nicht nur die SE-Verordnung (EG) Nr. 2157/2001, sondern zentral auch die EBR-Richtlinie (2009/38/EG), die hier Pate stand, und gehören auch die Richtlinien über grenzüberschreitende Strukturmaßnahmen (z.B. Internationale Verschmelzungsrichtlinie 2005/56/EG und die Vorschläge zur Internationalen Sitzverlegungsrichtlinie), die an die SE-Richtlinie anknüpfen.

Vor diesem Hintergrund mit seinen verschiedenen Bestandteilen ist die Frage zu beantworten, ob die – punktuellen oder auch flächenförmigen – Regeln des Europäischen Arbeitsrechts *ein Ganzes* ausmachen.

V. Das Beispiel des Europäischen Arbeitsrechts

Werfen wir vor dem Hintergrund dieser allgemeinen Erwägungen einen Blick auf das Europäische Arbeitsrecht. Uns geht es dabei nur um eine Übersicht über das Ganze. Einzelne Bereiche erörtern die nachfolgenden Referate näher.

1. Auswahl der Regelungsbereiche (Harmonisierungskonzept)

Einen umfassenden Erklärungsansatz für das Europäische *Schuldvertragsrecht* hat 1999 *Stefan Grundmann* gefunden.⁶⁷ Der europäische Gesetzgeber gleiche das international zwingende Vertragsrecht an, da dieses im Rahmen der Verhältnismäßigkeit einer Grundfreiheitenkontrolle standhalte. Da die „negative Kontrolle“ durch die Grundfreiheiten nicht durchgreife, erfolge eine „positive Angleichung“. Auch soweit eine Mindestharmonisierung erfolge, stelle sie für den grenzüberschreitenden Verkehr zugleich ein Höchstmaß dar, soweit die Angleichung auf einem hohen Niveau erfolge. Denn der über ein hohes Niveau noch hinausgehende Schutz wäre nicht mehr verhältnismäßig.

Grundmann zeigt damit in idealer Weise, wie sich die Rechtsangleichung in einem einheitlichen Ansatz aus dem Kollisionsrecht, den Grundfreihei-

67 *Grundmann*, Schuldvertragsrecht (Fn. 9), Rn. 25 ff. (S. 18 ff.).

ten und den Kompetenznormen erklären lassen. Freilich blieb die Begründung schon für das Schuldvertragsrecht im Allgemeinen umstritten, namentlich mit der Begründung, die Mindestharmonisierung bedeute für den grenzüberschreitenden Verkehr zugleich eine Höchstgrenze.⁶⁸

Im Europäischen Arbeitsrecht kommt hinzu, dass die Rechtsangleichung stets nur Mindeststandards setzt (Art. 153 Abs. 4 Spiegelstrich 2 AEUV). Zudem steht hier – anders als beim Angebot von Waren und Dienstleistungen – nicht der einheitliche grenzüberschreitende Standard im Vordergrund.

Eine Erklärung des Europäischen *Arbeitsrechts* aus einem Guss erscheint denn auch nicht möglich. Vielmehr sind es verschiedene Elemente, die zusammenspielen. Schwerpunkte sind Gleichbehandlung und die Angleichung von Wettbewerbsbedingungen.⁶⁹

Gleichbehandlung hat einen binnenmarktpolitischen und einen sozialpolitischen Aspekt.⁷⁰ In der Wirtschaftsgemeinschaft stand der erstere im Vordergrund. Schon in Defrenne II hat der Gerichtshof indes dem Verbot der Geschlechtsdiskriminierung beim Entgelt auch eine sozialpolitische Komponente beigelegt.⁷¹ Das Generalthema der Nichtdiskriminierung hat sich von da aus zu einem Grundpfeiler des Europäischen Arbeitsrechts entwickelt. Dazu hat die zuerst vom Amsterdamer Vertrag eingeführte Kompetenzgrundlage des Art. 19 Abs. 1 AEUV einen wesentlichen Beitrag geleistet.

Schon in Art. 119 EWGV kam auch der zweite Aspekt der Angleichung der Wettbewerbsbedingungen zum Ausdruck. Schlechtere Entlohnung von Frauen sollte kein Standortvorteil sein. Freilich ist das die Grundlage für eine nahezu umfassende Angleichung des „regulierenden Rechts“, und das Arbeitsrecht ist weithin regulierendes Recht. Ganz so weit geht die Entwicklung bislang nicht und wird sie wohl auch in näherer Zukunft nicht führen. Wiederum *Grundmann* hat in der Angleichungsstrategie auch insoweit eine wertungsmäßige Folgerichtigkeit gesehen.⁷² Der erste Bereich des Arbeitsrechts, der weithin umfassend angeglichen war, war das Arbeitsschutzrecht: die Gesundheit und Sicherheit der Arbeitnehmer. Hier ist in der Tat die Wertung besonders stark, dass kein Mitgliedstaat seinen Unternehmern auf Kosten der Gesundheit der Arbeitnehmer einen Wett-

68 Zustimmend *Riesenhuber*, System (Fn. 19), S. 211 ff.; ablehnend etwa *Leible/Schröder*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 114 AEUV Rn. 30.

69 *Grundmann*, Schuldvertragsrecht (Fn. 9), S. 61, 62.

70 Grundlegend *Basedow*, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im europäischen Privatrecht, ZEuP 2008, 230, 324 ff.

71 EuGH 8.4. 1976 – 43/75 – Defrenne II.

72 Zum Folgenden im Grundsatz *Grundmann*, Schuldvertragsrecht (Fn. 9), S. 324 ff. und zusammenfassend S. 353 ff.

bewerbsvorteil verschaffen soll. Auch das Arbeitszeitrecht – in dem weiten Sinne unionsrechtlicher Terminologie – wird auf europäischer Ebene mit Erwägungen des Gesundheitsschutzes begründet.

Die wirtschaftlichen Interessen der Arbeitnehmer haben demgegenüber nicht denselben Rang. Unionsrechtliche Regelungen gibt es vor allem dort, wo gerade durch die Entwicklung des Binnenmarktes kollektive Sachverhalte betroffen sind. So erwartete man durch die Herstellung des Binnenmarktes in verstärktem Maße (nationale und grenzüberschreitende) Fusionen von Unternehmen, die nicht nur gesellschaftsrechtlich in rechtssicherer Weise ermöglicht werden sollten, sondern auch arbeitsrechtlich flankiert: durch Regeln über Betriebsübergang und Massenentlassungen. Es wird oft darauf hingewiesen, dass die dritte Richtlinie in diesem Paket aus dem 1970er Jahren keine Strukturmaßnahmen betrifft: die Insolvenzschutzrichtlinie 80/987/EWG (jetzt Richtlinie 2008/94/EG). Hier geht es darum, den wirtschaftlichen Folgen des verschärften Wettbewerbs Rechnung zu tragen, der vermehrt zu Insolvenzen führen mag.

Die Unterrichtsrahmenrichtlinie 2002/14/EG ist übrigens in gewisser Weise Fortsetzung dieser Rechtsangleichung, da das Beispiel von *Renault/Villevorde* zeigte, dass die unionsrechtlich determinierte Unterrichtung und Anhörung noch nicht mit dem nötigen Biss ausgestattet war.⁷³

Wir lassen es mit diesen allgemeinen Erwägungen bewenden. Die Ergründung des Harmonisierungskonzepts im Europäischen Arbeitsrecht im Einzelnen ist Sache der nachfolgenden Referate. Die Durchsicht zeigt aber schon jetzt, dass die Rechtsangleichung keineswegs in dem Sinne „punktuell“ erfolgt, dass der Gesetzgeber mal hier und mal da einen Gesichtspunkt herausgriffe. Vielmehr lassen sich Teilbereiche erkennen, die im Zusammenhang unionsrechtlich geregelt werden.

Perspektivisch scheint eine Prognose relativ sicher: Was man erst als Inseln bezeichnete, sind heute zweifellos schon Inselgruppen. Dieser Prozess der unionsrechtlichen Landgewinnung wird anhalten. Die derzeitige Konsolidierungsphase dürfte in eine zunehmende „Kodifikation“ der bestehenden Regelungsbereiche münden – damit bezeichnet man auf Unionsebene die geordnete Neufassung eines Rechtsakts unter Berücksichtigung zwischenzeitlicher Änderungen und gegebenenfalls der Auslegung durch den EuGH –, in deren Verlauf die bestehenden Inseln und Sandbänke noch weiter verbunden werden werden.

73 Riesenhuber, Arbeitsrecht (Fn. 23), § 27 Rn. 3 ff.

2. Äußere und innere Ordnung

Die „äußerlich“-systematische Ordnung der einzelnen Unionsrechtsakte ist schlechterdings nicht zu leugnen.⁷⁴ Mit einer Anordnung nach Zweck, Begriffsbestimmung, Anwendungsbereich, Rechte, Rechtsdurchsetzung und Schlussbestimmungen⁷⁵ folgen europäische Rechtsakte einer sachlich begründeten Struktur. Aber auch innerhalb der einzelnen Rechtsakte, zumal umfassenderer Regelungen wie der EBR-Richtlinie 2009/38/EG, ist eine Stoffanordnung nach Sachzusammenhängen und mit Rücksicht auf die innere Ordnung zu erkennen.

Auch eine innere Ordnung der Unionsrechtsetzung ist gerade auf dem Gebiet des Arbeitsrechts seit geraumer Zeit zu erkennen.

Hervorragendes Beispiel ist das Arbeitsschutzrecht, von dem man gelegentlich sagte, es mache 50 % des Europäischen Arbeitsrechts aus.⁷⁶ Hier hat der Gesetzgeber mit der Rahmenrichtlinie von 1989 und den darauf aufbauenden Einzelrichtlinien einen großen Regelungsbereich schrittweise und nach einheitlichen Prinzipien geordnet.⁷⁷

Beispiel für den kohärenten Aufbau von Regelungen ist heute zweitens das Antidiskriminierungsrecht. Mit den 2000er-Richtlinien und der Konsolidierung der Geschlechtsdiskriminierungsrichtlinie 2006 hat der Gesetzgeber eine inhaltlich weithin abgestimmte Regelung geschaffen. In meinem Lehrbuch habe ich daher schon 2009 den Einzelregeln einen „Allgemeinen Teil“ des Antidiskriminierungsrechts vorangestellt.⁷⁸

Eine ähnliche Konsolidierung finden wir auch bei den atypischen Arbeitsverhältnissen.⁷⁹ Auch hier zeigt sich, dass der Gesetzgeber (im Verein mit den Sozialpartnern) – wenn auch mit Unsicherheiten in Einzelheiten – Instrumentarien entwickelt, die er konsistent zum Einsatz bringt.

Schließlich sind auch im Betriebsverfassungsrecht sowie im Bereich der Arbeitnehmermitbestimmung übergreifende Strukturen zu erkennen. Die EBR-Richtlinie 94/45/EG erwies sich in doppelter Hinsicht als modellhaft. Sie verwendete zuerst das sog. Verhandlungsmodell als Ausgleich

⁷⁴ Zu Kriterien der äußeren Systembildung und spezifisch rechtswissenschaftlicher Systematisierung *Bydlinski* (Fn. 1), S. 9 ff., 13 ff.

⁷⁵ *Riesenhuber*, EU-Vertragsrecht, 2013, S. 6

⁷⁶ *Birk*, Die Rahmenrichtlinie über die Sicherheit und den Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz – Umorientierung des Arbeitsschutzes und bisherige Umsetzung in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, Festschrift Wlotzke, 1996, S. 645, 667.

⁷⁷ *Riesenhuber*, Arbeitsrecht (Fn. 23), § 1 Rn. 3 ff. ; *Wank*, in: Oetker/Preis (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (EAS), B 6000, Juli 2016.

⁷⁸ *Riesenhuber*, Arbeitsrecht (Fn. 23), § 8, Rn. 1 ff.

⁷⁹ Übersicht bei *Riesenhuber*, Arbeitsrecht (Fn. 23), §§ 15-19.

zwischen den disparaten Mitbestimmungsmodellen, die in den Mitgliedstaaten vertreten sind.⁸⁰ Daran konnte der Gesetzgeber bei der SE-Richtlinie, der SCE-Richtlinie sowie den Richtlinien zu internationalen Strukturmaßnahmen anknüpfen.⁸¹ Und sie etablierte mit Unterrichtung und Anhörung die inhaltlichen Grundregeln des unionsrechtlichen Betriebsverfassungsrechts.

VI. Systemkompetenz (Der EuGH als Systembildner?)

Nach dieser Übersicht über System und Systembildung im Europäischen Privat- und Arbeitsrecht im Allgemeinen wenden wir uns nunmehr spezifisch Fragen der Methodenlehre und damit der Rechtsfindung zu. Bevor wir Einzelheiten ansprechen, ist die aktuelle Diskussion zu der Grundfrage aufzugreifen, welche Rolle der Rechtsprechung bei der Systembildung zukommt.

1. Grundpositionen

Hier stehen sich zwei konträre Positionen gegenüber, die in jüngerer Zeit *Höpfner/Rüthers* einerseits und *Grundmann* andererseits vertreten haben.

a) Systemnachvollzug als Aufgabe

Höpfner/Rüthers gehen (noch 2009!) von einem Mangel gesetzgeberischer Systembildung im europäischen Recht aus. Von dieser Prämisse aus (die wir, wie oben V erörtert, jedenfalls für das Arbeitsrecht nicht teilen) weisen sie der systematischen Auslegung eine entsprechend geringe Bedeutung zu. „Dem Rechtsanwender bleibt ... nichts anderes übrig, als sich auf die übrigen Auslegungskriterien zu beschränken oder – wie es der EuGH seit langem praktiziert – jenseits seiner Kompetenzen (regelmäßig auch jenseits der Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft) eigenmächtig Systembildung zu betreiben.“⁸² Systembildung ist mit anderen Worten Aufgabe des Gesetzgebers. Die Gerichte sind darauf beschränkt, das vorgegebene System aufzudecken und nachzuvollziehen.

b) Systembildung als Aufgabe

Ganz anders *Grundmann*: Er sieht den Richter geradezu als „*pontifex ultterior*“, als zweite[n] Systembildner mit weitreichenden Kompetenzen“⁸³

80 Dazu *Riesenhuber*, Arbeitsrecht (Fn. 23), § 28, § 29 Rn. 15

81 *Riesenhuber*, Arbeitsrecht (Fn. 23), § 29 Rn. 18, 62.

82 *Höpfner/Rüthers*, AcP 209 (2009), 1, 12 f.

83 *Grundmann*, *RabelsZ* 75 (2011), 882, 909.

und wünscht sich für ihn „ein weniger enges Korsett“⁸⁴. Der Richter könne im Einzelfall „überlegenes Wissen“ haben, und das spreche dafür, ihm „eine größere Freiheit ... bei der Systembildung“ einzuräumen.⁸⁵ Zumal solle der EuGH – „ein höchstrangiges Gericht“ – „gegenüber dem Gesetzgeber nicht relativ ‚blinden Gehorsam‘ bis hin zur Schwelle der Willkür üben“, sondern sei „stärker gleichrangiger Akteur bei der Systembildung.“⁸⁶ „Systembildung durch Auslegung“ ist in der Gegenwart und auf europäischer Ebene eine so wichtige Aufgabe wie selten zuvor.⁸⁷ *Grundmann* fasst seine Erwägungen in einem Bild zusammen: „Die Entwicklung des Europaprivatrechts zeichnet sich aus durch eine Dynamik, die in großen Teilen des Privatrechts diejenige im rein nationalen Recht in den Schatten stellt. Somit gleicht die Entwicklung des Europaprivatrechts eher einer Seefahrt als einer Stadtfahrt. Da ist es gut, nicht nur auf den guten Schiffsbauer zu vertrauen, sondern auch dem Kapitän auf hoher See die Freiheit und Kompetenz zu geben, für gute Koordination, für ‚System‘ zu sorgen.“⁸⁸

Wo genau diese Überlegungen methodisch zu verorten sind, stellt *Grundmann* nicht eigens heraus. Es dürfte ihm aber um drei Aspekte gehen. Erstens dürfte es ihm um das Ziel der Auslegung gehen, das er wohl stärker objektiv versteht. Zweitens möchte er daraus Folgerungen für das Rangverhältnis der Auslegungskriterien ableiten. Und drittens geht es ihm wohl um die Reichweite der Rechtsfortbildungsbefugnisse des Gerichtshofs. Wenn *Grundmann* den Richter neben dem Gesetzgeber als „zweiten Systembildner mit weitreichenden Kompetenzen“ ansieht, spricht er sich offenbar für eine rechtsetzende Tätigkeit des Gerichts aus. Dieser letzte Aspekt ist zweischneidig. Einerseits ist die Systembildung in dem Sinne, dass Gerichte gesetzliche Wertungen folgerichtig zu Ende denken, anerkannte Rechtsfortbildungsaufgabe. *Grundmann* scheint es aber um mehr zu gehen, nämlich eine eigene Gestaltungsaufgabe – die die herkömmlichen Befugnisse der Gerichte überschreiten würde.⁸⁹

2. Grundlagen

Ausgangspunkt müssen verfassungsrechtliche Überlegungen zu den Aufgaben von Gesetzgebung und Rechtsprechung sein. Bei der folgenden Erörterung setzen wir die anerkannten Rechtsfortbildungsbefugnisse voraus.

84 *Grundmann*, RabelsZ 75 (2011), 882, 922.

85 *Grundmann*, RabelsZ 75 (2011), 882, 922.

86 *Grundmann*, RabelsZ 75 (2011), 882, 922.

87 *Grundmann*, RabelsZ 75 (2011), 882, 930.

88 *Grundmann*, RabelsZ 75 (2011), 882, 930.

89 Für das nationale Recht kürzlich *Neuner*, Die Kontrolle zivilrechtlicher Entscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, JZ 2016, 435.

Die von *Grundmann* aufgeworfene Frage ist, ob der EuGH im Unionsrecht weitergehende Befugnisse hat.

a) Gewaltenteilung

Auch auf Unionsebene gibt es einen Grundsatz der Gewaltenteilung, der im sog. institutionellen Gleichgewicht zum Ausdruck kommt.⁹⁰ Allerdings ist die Aufgabenteilung auf Unionsebene durch die starke Stellung des Rates im Rechtsetzungsverfahren etwas verschoben. Nationalstaatlichen Grundsätzen entspricht aber die Unterscheidung von Gesetzgebung, die in den Händen von Kommission, Parlament und Rat liegt, und Rechtsprechung, die in den Händen des Gerichts liegt. Danach kann kein Zweifel bestehen, dass mit der Rechtsetzung auch die Systembildung primär Aufgabe des Gesetzgebers ist. Allerdings hat die Rechtsprechung im Bereich von Auslegung und Rechtsfortbildung eine legitime Systembildungsaufgabe, soweit es darum geht, die vom Gesetzgeber getroffenen Wertungen weiterzudenken.

b) Demokratische Legitimation

Dem Aspekt der demokratischen Legitimation misst eine jüngere Ansicht kein entscheidendes Gewicht bei.⁹¹ Die Argumentation dürfte zwei Stränge habe. Der erste ist, dass der Unionsgesetzgeber demokratisch nur schwach legitimiert sei. Entscheidend komme es auf Kommission (die das Initiativrecht hat) und Rat an, die aber nur mittelbar legitimiert seien. Mittelbar legitimiert sei aber auch der EuGH, „die Richter des EuGH nur [sc. im Vergleich mit dem Unionsgesetzgeber] ‚noch etwas mittelbarer‘“.⁹² Die gleichsam negative Argumentation ist also: Auf Unionsebene ist die demokratische Legitimation des Gesetzgebers schlecht, und dann muss dem EuGH das gleiche Gewicht zukommen, denn demokratisch schlecht legitimiert ist er auch (wenn auch noch etwas schlechter). In einem zweiten Argumentationsstrang (den die Proponenten freilich nicht verfolgen), gleichsam positiv, könnte man sagen, der EuGH habe eine vergleichbare demokratische Legitimation wie Kommission und Rat und sei daher auch zur Rechtsetzung und Systembildung befugt.

Diese Argumentation überzeugt nicht. Allerdings könnte man erwägen, aus einer *besonderen* demokratischen Legitimation auch die Befugnis ab-

90 Zum Beispiel EuGH 13.6. 1958 – 9/56 – Meroni; EuGH 29.10. 1980 – 138/79 – Roquette; *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 4. Aufl. 2011, Art. 13 Rn. 9-18; *Streinz*, in: *Streinz* (Fn. 68), Art. 13 Rn. 23, 24.

91 *Grundmann*, *RabelsZ* 75 (2011), 882, 908. Ganz entsprechend argumentiert (freilich im Zusammenhang mit der historischen Auslegung) *Martens*, *Methodenlehre des Unionsrechts*, 2013, S. 383.

92 *Grundmann*, *RabelsZ* 75 (2011), 882, 908.

zuleiten, rechtspolitische Wertentscheidungen zu treffen. Dieses positive Argument lässt sich indes für den EuGH gerade nicht ins Feld führen. Aus einem Mangel an demokratischer Legitimation folgt indes nichts, selbst wenn er im selben Maße besteht wie für andere Organe.

Die Annahme einer annähernd gleichwertigen (eigentlich: gleich schlechten) Legitimation ist im Übrigen nicht richtig. Allerdings bleibt das institutionelle Arrangement der Union auch nach dem Lissaboner Vertrag durch die starke Position des Rates unter dem Gesichtspunkt der demokratischen Legitimation problematisch. Indes ist der Rat immerhin mittelbar demokratisch legitimiert, das Parlament, das an der Gesetzgebung ebenfalls entscheidend mitwirkt, unmittelbar.⁹³ Dasselbe lässt sich von den Richtern des EuGH, die von den Regierungen der Mitgliedstaaten im Einvernehmen ernannt werden (Art. 19 Abs. 2 Unterabs. 3 EUV, Art. 253, 255 AEUV) nicht sagen.⁹⁴

c) Rechtssicherheit

Grundmann macht noch einen weiteren Aspekt fruchtbar: Er weist darauf hin, dass Systembildung zur Rechtssicherheit beiträgt, mithin einen Aspekt des Rechtsstaats fördert.⁹⁵ Tatsächlich ist das zunächst plausibel: Systembildung trägt zur Gleichbehandlung wesentlich gleicher Fälle und zur unterschiedlichen Behandlung unterschiedlicher Fälle bei. Die folgerichtige Durchführung einheitlicher Prinzipien macht das Recht besser vorhersehbar.

Wenn es darum geht, Systembildung als Aspekt der Rechtsfindung zu würdigen, ist es indes nicht damit getan, diesen Aspekt für sich zu würdigen. Vielmehr ist Systembildung im Verhältnis zu anderen Kriterien der Rechtsfindung zu bewerten. Da es uns (und *Grundmann*) um die Systembildung durch Gerichte geht, stehen gerade solche Fälle in Rede, in denen der Gesetzgeber entweder noch keine Regelung oder eine solche geschaffen hat, die unter systematischen Erwägungen unbefriedigend ist. Systembildung durch die Gerichte erfolgt daher entweder ohne („wörtliche“) gesetzliche Anordnung oder über diese hinausgehend oder dahinter zurückbleibend.

Die richtige Frage lautet daher, ob unter diesen Prämissen eine richterliche Systembildung mehr Rechtssicherheit bedeutet als eine Entscheidung nach dem Wortlaut des Gesetzes. Diese Frage lässt sich sinnvoll

93 So auch *Grundmann*, Schuldvertragsrecht (Fn. 9), S. 22.

94 Zur Bewertung – auch unter demokratischen Aspekten (Art. 23 Abs. 2 GG) – in Deutschland Übersicht bei *Huber*, in: Streinz (Fn. 68), Art. 253 AEUV Rn. 2 ff. Zum Verfahren § 1 Abs. 3 RiWG.

95 *Grundmann*, *RabelsZ* 75 (2011), 882, 907.

nicht ohne Rücksicht auf die aus der Rechtstradition gespeisten Erwartungen der Rechtsunterworfenen beantworten. Sicher sagen lässt sich allerdings, dass richterliche Systembildung keineswegs klar ein Mehr an Rechtssicherheit verspricht. Intuitiv hat die gegenteilige Auffassung, Festhalten am Wortlaut Sorge für mehr Rechtssicherheit, sicher die höhere Plausibilität.⁹⁶

d) Weitere Erwägungen

aa) Der EuGH als „höchstrangiges Gericht“

Der „Rang“ des EuGH – *Grundmann* bezeichnet ihn als „höchstrangiges Gericht“ – ändert an Aufgabenteilung zwischen Legislative und Judikative auf Unionsebene nichts. Man kann zwar durchaus die nationalen und die europäischen Gerichte – entsprechend den Rechtsordnungen – in einem gewissen Rangverhältnis sehen. Indes geht es bei der hier erörterten Frage nicht um die vertikale Gewaltenteilung zwischen Mitgliedstaaten und Union, sondern um die horizontale zwischen den Organen der Union. Jedenfalls vom Rang her sticht das „höchstrangige Gericht“ den „höchstrangigen Gesetzgeber“ nicht aus.

Man könnte die Aussage – wohl gegen die Intention von *Grundmann* – auch dahin verstehen, es sei eines EuGH-Richters unwürdig, nur Recht anzuwenden. Jemand in einer solchen Position möchte auch politisch gestalten. Eine hervorgehobene Richterpersönlichkeit wolle sich auch entfalten. Was wäre davon zu halten? – Wer gestalten will, muss in die Politik gehen. Am Gerichtshof ist politischer Gestaltungswille fehl am Platz. Die Aufgabe des Gerichtshofs ist in Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV beschrieben: Er sichere die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge.⁹⁷

bb) Keine Beschränkung auf „blinden Gehorsam“?

Wenn *Grundmann* weiterhin (wenn auch in Anführungszeichen) einen „blinden Gehorsam“ bis hin zur Schwelle der Willkür“ geißelt, liegt darin wohl doch eine recht starke Rhetorik und eine sachlich nicht gerechtfertigte Kritik der nationalen Gerichte. Wenn die Gerichte dem Gesetzgeber Gehorsam leisten, erfüllen sie ihre Aufgabe.⁹⁸ Jedenfalls die deutschen Gerichte sind dabei nicht „blind“ an die Gesetze gebunden, sondern aus-

⁹⁶ Vgl. auch den Hinweis bei *Canaris* (Fn. 1), S. 126 f.

⁹⁷ Vgl. zum nationalen Recht *Neuner*, JZ 2016, 435.

⁹⁸ Zur Rechtsfortbildungsbefugnis nach deutschem Recht BVerfG 14.2.1973 – 1 BvR 112/65, BVerfGE 34, 269-293 – Soraya; BVerfG 12.11.1997 – 1 BvR 479/92, 1 BvR 307/94, BVerfGE 96, 375-407 – Kind als Schaden; zur Rechtsfortbildung im Strafrecht BVerfG 15.1.2009 – 2 BvR 2044/07, BVerfGE 122, 248-303.

drücklich an Gesetz und Recht, Art. 20 Abs. 3 GG. Hinzu kommt eine ausgeprägte Zweckorientierung bei der Auslegung und Fortbildung des Rechts, die nachgerade das Gegenteil von Blindheit und Buchstabenjurisprudenz ist.⁹⁹ Wenn schließlich nicht jeder Systembruch zur Verwerfung eines Gesetzes führt, sondern eben erst die Überschreitung der Willkürgrenze, liegt auch darin ein treffendes Verständnis der funktionalen Aufgabenteilung.

cc) „Dynamik“ des Unionsrechts

Rechtfertigt die „Dynamik“, die dem Unionsrecht oft attestiert wird, eine aktivere Rolle der Gerichte bei der Systembildung?¹⁰⁰ *Grundmann* weist im sachlichen Zusammenhang damit u.a. darauf hin, im Sekundärrecht sei der Gleichrang der Gerichte bei der Systembildung umso mehr gerechtfertigt, „weil hier die Erfahrung zeigt, dass der Gesetzgeber tatsächlich auch eine EuGH-Rechtsprechung manchmal wieder ‚korrigiert‘“.¹⁰¹

Man kann sich diesen Erwägungen von drei Seiten nähern. Zunächst ist Dynamik ohnehin ein recht schillernder Begriff. Gemeint ist damit wohl, dass sich das Unionsrecht ständig verändert und weiterentwickelt und dass es auf eine zunehmende Integration gerichtet ist. Das bedeutet indes keine Veränderung der funktionalen Aufgabenteilung. Wenn nicht die Verfassung dem Gericht die besondere Aufgabe zuschreibt, einer „Dynamik“ Rechnung zu tragen, ist es Aufgabe des Gesetzgebers, so er eine solche Dynamik befördern will, sie legislativ umzusetzen. Zweitens ist empirisch zweifelhaft, ob der Unionsgesetzgeber tatsächlich zu einer schnellen und flexiblen Reaktion auf eine verfehlte Rechtsprechung in der Lage ist. Gemeinhin nimmt man eher an, der Unionsgesetzgeber sei schwerfälliger als die nationalen Gesetzgeber. Wenn der Gesetzgeber im Übrigen in der Lage wäre, flexibel auf neue Anforderungen zu reagieren, würde das eher dafür sprechen, dass die Rechtsprechung keiner „Dynamik“ zu folgen braucht. Drittens aber beruht der Hinweis auf die Korrekturmöglichkeit im Kern auf der Prämisse, dass Systembildung eben Aufgabe des Gesetzgebers ist, nicht der Gerichte.

99 Grundlegend *Heck*, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, in: Das Problem der Rechtsgewinnung, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1968, S. 173 f. („Was von ihm [dem Richter] gefordert wird, ist nicht ein blinder Gehorsam, ein Kadavergehorsam, sondern ein suchender, ein ‚denkender Gehorsam‘.“).

100 Dazu auch *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber* (Fn. 13), § 10 Rn. 46.

101 *Grundmann*, *RabelsZ* 75 (2011), 882, 922 f.

dd) Funktionale Überlegenheit der Rechtsprechung?

Und haben die Gerichte – gerade die Unionsgerichte – überlegenes Wissen, das sie zu besseren Systembildnern beruft? Was sie dem Gesetzgeber mitunter voraus haben, ist die Anschauung des Einzelfalls. Indes gilt das doch eher für neue und ungewöhnliche Konstellationen, da die bekannten und vorstellbaren Konstellationen vom Gesetzgeber mit bedacht werden. Das Gesetz ist doch regelmäßig Antwort auf einen in der Praxis wahrgenommenen Missstand irgendeiner Art. Im Übrigen liegt die Funktion eines Gesetzes zumindest auch darin, vom Einzelfall zu abstrahieren und, wenige Kriterien aus der Lebensfülle herausgreifend, einer generalisierenden Tendenz zu folgen. Die Anschauung des Einzelfalls öffnet demgegenüber geradezu mit entgegengesetzter, potenziell systemstörender Wirkung die Möglichkeit, einer individualisierenden Tendenz der Gerechtigkeit Rechnung zu tragen, wofür das Rechtssystem geeignete Überdruckventile bereithält.¹⁰²

Einzelfallwissen muss also nicht zur Systemveränderung genutzt werden. Einzelfallwissen sollte aber auch aus funktionalen Gründen nicht zur Systemveränderung genutzt werden. Der Einzelfall ist ein schlechter Informant, wenn es um das Ganze geht. Er lässt zumeist nicht erkennen, wie repräsentativ er ist, wie häufig solche und ähnliche Fälle auftreten und so fort. Gerichte sind auch nicht dazu ausgestattet, entsprechende Untersuchungen anzustellen. Und sie sind nicht dafür legitimiert, weitergehende Wertungsentscheidungen zu treffen, die gegebenenfalls erforderlich werden.

3. Fazit

Was folgt aus alledem? Argumente, die eine hervorgehobene Rolle der Justiz oder speziell des EuGH bei der Systembildung begründen würden, haben wir nicht gefunden. Es bleibt auch auf der Ebene der Union bei der aus dem nationalen Recht bekannten Gewaltenteilung, nach der Rechtsetzung primär die Aufgabe der Legislative ist, nicht der Judikative.

Auch auf dieser Grundlage ist freilich anerkannt, dass die Gerichte unter bestimmten Voraussetzungen auch rechtsetzend tätig werden dürfen und müssen. Auch im Unionsrecht ist Rechtsfortbildung eine anerkannte Aufgabe der Rechtsprechung. Wo diese Grenzen zu verorten sind und wie ihnen methodisch Rechnung zu tragen ist, ist im Einzelnen umstritten. Indes gibt das Unions(verfassungs)recht nichts dafür her, die Kompetenzen der Gerichte insoweit auf Kosten jener des Gesetzgebers zu erweitern.

Auch Einzelheiten sind naturgemäß umstritten. Methodisch sind die entsprechenden Fragen bei der Bestimmung des Ziels der Auslegung, bei der

102 Canaris (Fn. 1), S. 112 mit S. 83 f.

systematisch-teleologischen Auslegung und der Rangfolge der Auslegungskriterien zu verorten.

VII. Elemente richterlicher Systembildung

Wenden wir uns schließlich Methodenfragen im engeren Sinne zu. Manches von dem, was wir zuvor erörtert haben, können wir wieder aufgreifen, wenn es im Folgenden um das Ziel der Auslegung (1) geht, um die systematische Auslegung des Einzelrechtsakts (2) und rechtsaktübergreifend (3) sowie einzelne systembezogene Auslegungsregeln (4) und schließlich um Fragen der systematische Rechtsfortbildung (5).

1. Ziel der Auslegung

Im Grundsatz sprechen Demokratieprinzip und Gewaltenteilung – das im Unionsrecht sog. institutionelle Gleichgewicht – für eine subjektive Theorie, nach der der Wille des Gesetzgebers zu ermitteln ist (siehe schon oben VI 2).¹⁰³ Dagegen spricht auch nicht, dass sich der Gesetzgeber aus mehreren zusammenwirkenden Gremien zusammensetzt, da diese bekanntlich Verfahren verwenden, um einen einheitlichen Willen zu bilden.¹⁰⁴ Und dagegen spricht auch nicht, dass sich die einzelnen Mitwirkenden nicht über Einzelheiten Gedanken machen, da ihnen doch auch die Entscheidungen zu Einzelheiten zugerechnet werden können.¹⁰⁵

Zumal bei älteren Gesetzen (mit denen wir es im Europäischen Arbeitsrecht freilich bislang kaum zu tun haben) lässt sich ein subjektiver Wille nicht immer und für alle Fallgestaltungen feststellen. Das Gesetz gibt, wie *Larenz* sagt, „Antwort auch auf Fragen, die der Gesetzgeber sich noch nicht gestellt hat“.¹⁰⁶ Auch in diesem Fall aber ist die Antwort doch primär auf das zurückzuführen, was der Gesetzgeber geregelt und beabsichtigt hat, sein Wille mithin fortzudenken auf den neuen Fall.

2. Systematische Auslegung

Grundlage für Systembildung in der Rechtsfindung ist zuerst die systematische Auslegung.

a) Auslegung und äußeres System

In gewisser Weise als Fortsetzung der Wortauslegung orientiert sie sich zunächst am äußeren System, also der Stellung einer Regelung in einem

¹⁰³ Zum nationalen Recht wiederum *Neuner*, JZ 2016, 435 f.

¹⁰⁴ *Höpfner/Rüthers*, AcP 209 (2009), 1, 13.

¹⁰⁵ Ebenso *Höpfner/Rüthers*, AcP 209 (2009), 1, 13 f. (zur historischen Auslegung).

¹⁰⁶ *Larenz* (Fn. 3), S. 317.

Rechtsakt oder in einer Vorschrift. Sie erlaubt freilich nur begrenzte Rückschlüsse. Gleichwohl ist – mit *Franz Bydlinski* – die Bedeutung des äußeren Systems (auch) für die Rechtsfindung zu unterstreichen. Soweit die äußere Systematik eine spezifisch-juristische ist und bereits im Vorgriff auf die inneren Zusammenhänge gewählt wurde, trägt sie ganz wesentlich zur Auslegung und auch zur „inneren“ Systembildung bei.

b) Auslegung und inneres System

Größeres Gewicht kommt der Auslegung mit Rücksicht auf das innere System zu. Wegen ihres Bezugs zu den Prinzipien der Rechtsordnung, die den einzelnen Vorschriften zugrunde liegen, spricht man auch von einer teleologisch-systematischen Auslegung. Ein Beispiel aus dem Arbeitsrecht kann man in der Entscheidung *Katsikas* sehen.¹⁰⁷ Hier hat der Gerichtshof die Vereinbarkeit des Widerspruchsrechts des Arbeitnehmers mit den Vorgaben der Betriebsübergangsrichtlinie unter Berufung – auch – auf den Grundsatz der Vertragsfreiheit bestätigt.

c) Rangfolge der Auslegungskriterien

Dem systematischen Argument kommt bei der Auslegung besonderes Gewicht zu. Das gilt zum einen für den Regelungszusammenhang als Bestandteil der äußeren Auslegungskriterien. Zum anderen gilt es für die teleologischen Zusammenhänge als Bestandteil der inneren Auslegungskriterien. Der Bezug auf das innere System verbreitert das Fundament der teleologischen Auslegung.

Das Verhältnis von systematischer und historischer Auslegung ist vorgeprägt durch die Erwägungen zum Auslegungsziel. Ist dieses, zumal im verhältnismäßig jungen Unionsrecht, primär „subjektiv“ zu bestimmen als Wille des Gesetzgebers, so kommt in entsprechender Weise auch dem historischen Argument besonderes Gewicht zu. Freilich muss ein Gesetzgeberwille auch im verfügenden Teil des Rechtsakts einen Anhaltspunkt finden.¹⁰⁸

d) Systembrüche

In ähnlicher Weise ist mit Systembrüchen umzugehen, also einem Prinzipienwiderspruch oder Mangel an Folgerichtigkeit.¹⁰⁹ Allerdings können gerade die Instrumente der systematisch-teleologischen Auslegung und

¹⁰⁷ EuGH 16.12. 1992 – C-132/91 u.a. Rn. 30-32 – *Katsikas* u.a.

¹⁰⁸ Generalanwältin *Stix-Hackl*, Schlussantrag 25.11. 2003 EuGH – C-222/02 Rn. 59 – *Paul* u.a.

¹⁰⁹ Zur notwendigen Begriffsbestimmung und zur Abgrenzung von verwandten Erscheinungen (insbesondere immanente Schranken, Prinzipienkombination und Prinzipiengegensatz) sei verwiesen auf *Canaris* (Fn. 1), S. 112 ff.

Rechtsfortbildung dazu dienen, Systembrüche zu beheben bzw. zu vermeiden. Beides ist indes (insbesondere dann) nicht möglich, wenn Wortlaut und Sinn der Annahme einer Lücke entgegenstehen, wenn der Gesetzgeber mit anderen Worten spezifisch die Regelung erlassen hat, die zu einem Systembruch führt. Es steht dem Gesetzgeber bis zur Grenze der Willkür frei, unsystematische Anordnungen zu treffen.¹¹⁰ Der Gesetzgeber muss eine Wertung, solange die Regelung dadurch nicht unsinnig, willkürlich oder unverständlich wird, nicht folgerichtig durchführen.¹¹¹ Gerichte können sich bei der Rechtsfindung lediglich bemühen, systemwidrige Regelungen zu isolieren und einzugrenzen.¹¹²

3. Rechtsaktübergreifende systematische Auslegung

a) Wortlaut: Einheitliche Begriffe und Konzepte

Bei der rechtsaktübergreifenden Wortauslegung ist zunächst die bekannte „Relativität der Rechtsbegriffe“ in Rechnung zu stellen. Ein und derselbe Begriff kann in unterschiedlichen Zusammenhängen Unterschiedliches bezeichnen. So muss „Betrieb“ in Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG nicht dasselbe bedeuten wie in der Unterrichtsrahmenrichtlinie 2002/14/EG.

Ungeachtet dessen ist aber die Annahme begründet, dass der Gesetzgeber einen Begriff im selben Regelungszusammenhang einheitlich verwendet. Je enger der inhaltliche Zusammenhang, desto stärker ist auch diese Erwartung begründet. Verwendet der Gesetzgeber etwa in unterschiedlichen Rechtsakten über atypische Arbeitsverhältnisse den „*pro rata temporis*-Grundsatz“, so kann man erwarten, dass damit dasselbe bezeichnet ist.

Noch enger ist der Regelungszusammenhang im Antidiskriminierungsrecht. Hier ist zum einen in der Entwicklung und an der verwendeten Kompetenzgrundlage zu erkennen, dass der Gesetzgeber die einzelnen Rechtsakte in einem Gesamtzusammenhang sieht. Zudem hat er grundlegende Konzepte wie „Benachteiligung“ oder „Belästigung“, „positive Maßnahmen“ oder auch Regelungen über Rechtsbehelfe einheitlich gestaltet. Auch soweit er dies nicht selbst hervorhebt, ist daher der Wortlaut rechtsaktübergreifend einheitlich zu verstehen.

Erst recht ist von einer einheitlichen Begriffsverwendung auszugehen, wenn ein Rechtsakt auf dem anderen aufbaut, so wie das insbesondere bei der Arbeitsschutz-Rahmenrichtlinie und den dazu verabschiedeten Einzelrichtlinien der Fall ist.

110 Riesenhuber, *Damages for Non-Performance and the Fault Principle*, ERCL 2008, 119-153.

111 Näher Canaris (Fn. 1), S. 125 ff.

112 Vgl. Canaris (Fn. 1), S. 131 f. (zu systemfremden Normen).

b) Systematik: Bestandteile eines äußeren Systems

Soweit sich im Europäischen Privatrecht auch rechtsaktübergreifend ein äußeres System herausbildet, kann dieses ganz selbstverständlich auch für die Auslegung genutzt werden. Ein besonderes Beispiel dafür war schon früh die Rechtsangleichung im Gesellschaftsrecht, wo der Gesetzgeber die Regelungsbereiche nach einem Gesamtplan vorstrukturiert und die einzelnen Rechtsakte durchnummeriert hat. Im Europäischen Arbeitsrecht finden sich mit den Richtlinien im Bereich des Arbeitsschutzes – Rahmenrichtlinie und Einzelrichtlinien –, im Bereich des Antidiskriminierungsrechts oder der atypischen Arbeitsverhältnisse hervorragende Beispiele für eine über den einzelnen Rechtsakt hinausgehende äußere Systembildung. Der Gesetzgeber befördert die Entwicklung weitergehend, wenn er in einer sog. Kodifikation (oben V 1) mehrere Rechtsakte zusammengefasst werden. Eine solche Kodifikation hat der Gesetzgeber – nach 30 Jahren auch gute Zeit – insbesondere mit der Geschlechtsdiskriminierungsrichtlinie 2006/54/EG vorgenommen.

Auch hier ist durchaus auch das weitere Umfeld zu berücksichtigen. So hängen etwa die gesellschaftsrechtlichen Richtlinien über Strukturmaßnahmen¹¹³ insbesondere mit der Betriebsübergangsrichtlinie zusammen.

c) Zweck: Einheitliche Regelungszwecke

Bei der teleologischen Auslegung kann ein rechtsaktübergreifend einheitlicher Regelungszweck zur Auslegung herangezogen werden und so zu einem Verständnis der Einzelregelung aus dem inneren System beitragen. Das ist naturgemäß gerade dort von Interesse, wo die begriffliche und sonstige äußere Systembildung weniger ausgeprägt ist. Zum Beispiel mögen die Richtlinien über atypische Arbeitsverhältnisse dienen.

d) Entstehungsgeschichte

Schließlich kann im Einzelfall die Entstehungsgeschichte zur systematischen Auslegung beitragen. So wurde bekanntlich die Rassendiskriminierungsrichtlinie 2000/43/EG aufgrund aktueller politischer Erwägungen – die Regierungsbeteiligung einer rechtspopulistischen Partei in Österreich – aus dem größeren Gesetzgebungsverfahren herausgenommen und vorab verabschiedet, bevor später im selben Jahr die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie 2000/78/EG nachgeschoben wurde. Die Richtlinien gehören also ihrer Entstehungsgeschichte nach systematisch zusammen.

113 Zu diesen nur *Hommelhoff/Riesenhuber*, in: Grundmann (Fn. 9), S. 259 ff., 277 ff.

e) Systemvermutung?

Wir können abschließend erneut die Frage aufgreifen, ob es für das Europäische Arbeitsrecht – nun gerade rechtsaktübergreifend – eine System- oder Systembildungsvermutung gibt. Kann man davon ausgehen, dass der Gesetzgeber die „punktuellen“ Einzelregelungen in einzelnen Rechtsakten als ein geordnetes Ganzes konzipiert hat? Meines Erachtens ist das – entgegen anderslautenden Stimmen in der Literatur (oben II 2 mit Fn. 9, 12, 14, 15) – schlicht empirisch belegt.

4. Einzelne systembezogene Auslegungsregeln

Weiterhin sind einige systembezogene Auslegungsregeln hervorzuheben.

a) *Lex superior derogat legi inferiori* – Hierarchie-determinierte Auslegung

Dazu gehört zuerst die hierarchie-determinierte Auslegung. Ausgangspunkt ist die – freilich eher dem materiellen Recht zuzurechnende – Regel, dass die höherrangige Norm die niederrangige derogiert. Primärrechtswidriges Sekundärrecht ist unwirksam.¹¹⁴

aa) Primärrechtskonforme Auslegung von Sekundärrecht

Die Derogation kann aber unter Umständen im Wege der primärrechtskonformen Auslegung verhindert werden. Lässt das Sekundärrecht verschiedene Auslegungen zu, so sind die Ergebnisse zu vermeiden, die mit dem Primärrecht unvereinbar sind. Freilich darf man damit dem Willen des Gesetzgebers keine Gewalt antun. Hat er spezifisch eine Regelung gewollt, die sich als primärrechtswidrig erweist, ist diese zu kassieren – und damit dem Gesetzgeber die Möglichkeit zurückzuspielen, eine konforme Regelung zu schaffen (oder auch auf eine Regelung zu verzichten).

bb) Sekundärrechtskonforme Auslegung von Primärrecht?

Mitunter stellt sich die Frage, ob Primärrecht sekundärrechtskonform auszulegen ist. Wenn z.B. die Kapitalverkehrsrichtlinie 88/361/EWG die Kapitalverkehrsfreiheit konkretisiert, ist Art. 63 AEUV dann entsprechend auszulegen?¹¹⁵ Wenn die Arbeitnehmerfreizügigkeitsrichtlinie Art. 45 AEUV

¹¹⁴ EuGH 22.10.1987 – 314/85 – Foto Frost; EuGH 5.10.2000 – C-376/98 – Deutschland/Rat.

¹¹⁵ Zu den Hintergründen *Sedlacek/Züger*, in: Streinz (Fn. 68), Art. 63 AEUV Rn. 18 mit Rn. 5 ff.; ferner *Riesenhuber*, Primärrechtliche Grundlagen der Kapitalmarkttransparenz, in: Hopt/Veil/Kämmerer (Hrsg.), Kapitalmarktgesetzgebung im Europäischen Binnenmarkt, 2008, S. 23 ff. Die Besonderheit liegt darin, dass die Kapitalverkehrsfreiheit zunächst schrittweise im Wege der Ge-

konkretisiert¹¹⁶ oder die Richtlinie 75/117/EWG das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung beim Entgelt des Art. 119 EWGV¹¹⁷, bindet das die Auslegung des Primärrechts?

Selbstverständlich kann es eine Umkehrung des Grundsatzes der primärrechtskonformen Auslegung in die Gegenrichtung nicht geben. Grundlage für jenen Grundsatz ist – neben anderen Erwägungen insbesondere – das Hierarchieverhältnis der Rechtsquellen,¹¹⁸ das eben nur eine Über- und Unterordnung kennt.

Das Sekundärrecht ist demgegenüber zunächst eine Stellungnahme des Unionsgesetzgebers dazu, wie er das Primärrecht versteht. Als solcher kann ihr einerseits gewisse „fachliche“ Autorität zukommen. Indes hat diese ganz deutliche Grenzen. Dass die „Primärrechtssicherheit“ des Gesetzgebers nur begrenzt ist, ist empirisch erwiesen und zeigt sich gerade am Grundsatz der primärrechtskonformen Auslegung. Die Irrtumsneigung des Gesetzgebers ist darüber hinaus gleichsam systemisch bedingt, ist seine Aufgabe doch gerade, Wertungsentscheidungen im politischen Widerstreit und im Kompromisswege zu treffen.

Selbstverständlich kann das Sekundärrecht keine authentische Auslegung des Primärrechts sein, da Unionsgesetzgeber und Vertragsgeber verschieden sind (und unterschiedlichen Mehrheitserfordernissen unterliegen).

Dezidiert für einen – freilich nur möglichen und nicht zwingenden – Einfluss ausgesprochen hat sich *Grundmann*. Er plädiert für eine „differenzierende Sicht“, nach der „die spätere sekundärrechtliche Praxis für die Auslegung des EU-Primärrechts ohne jede Bedeutung ist oder aber Bedeutung haben *kann*, wenn auch nicht immer haben *muss*“:

„Für sie spricht – methodisch – zentral das Argument, dass (auch) eine supranationale Rechtsordnung und ihre ‚Verfassung‘ darauf angelegt sind, sich dynamisch zu entwickeln. Angesichts der Fortentwicklung der durch sie verfassten Gemeinschaft ist solch eine dynamische Verfassungsinterpretation zwingend angezeigt, auch wenn solch eine Fortentwicklung sicherlich ihre Grenzen hat, weil Wortlaut und historische Zielsetzung des EU-Vertrages zentral zu berücksichtigen bleiben. Dass in diesem dynamischen Prozess gerade der zentrale

setzung verwirklicht wurde und der Vertragsgeber später die Inhalte der Kapitalverkehrsrichtlinie „auf primärrechtliche Ebene gehoben“ hat (wie *Sedlacek/Züger* in Rn. 7 formulieren).

116 Dazu *Brechmann*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 90), Art. 45 AEUV Rn. 3 f. („Das Verhältnis des Primärrechts zum Sekundärrecht, insbesondere zur VO 1612/68 ist dogmatisch noch nicht geklärt.“, Rn. 4); *Coester/Denkhaus*, in: EAS, B 2100 Rn. 6, Juli 2016; *Franzen*, in: Streinz (Fn. 68), Art. 45 AEUV Rn. 11 ff.

117 Vgl. *Eichenhofer*, in: Streinz (Fn. 68), Art. 157 AEUV Rn. 3; *Krebber*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 90), Art. 157 AEUV Rn. 9.

118 *Leible/Domröse*, in: Riesenhuber (Fn. 13), § 8 Rn. 3, 20 ff.

Akteur einer Fortentwicklung des Unionsrechts, der Unionsgesetzgeber, auch der des EU-Sekundärrechts, gänzlich ausgeschlossen sein soll, ist nicht zu rechtfertigen.“¹¹⁹

Auch an dieser Stelle kommt dem Topos der „Dynamik“ indes kein Argumentationswert zu (siehe schon oben VI 2 d, cc). Da die Entwicklungsfähigkeit und Entwicklungsbedürftigkeit der Union hinreichend bekannt ist, ist vielmehr in Rechnung zu stellen, dass die Vertragsgeber sie durch eine entsprechende Ermächtigung des Gesetzgebers berücksichtigt hätten, wenn sie das gewollt hätten. Ohne solche Ermächtigung ist die Primärrechtsgestaltung durch Sekundärrecht auch aus kompetenziellen Gründen abzulehnen. Sie würde in die Richtung einer Kompetenz-Kompetenz weisen.

Das spricht freilich nicht gegen eine differenzierte Sicht. Nur liegt diese nach hier vertretener Ansicht darin, im Einzelfall die fachliche Autorität des Gesetzgebers zu berücksichtigen.

b) Lex specialis derogat legi generali

Der Spezialitätsgrundsatz *lex specialis derogat legi generali* soll das Verhältnis von zwei Regelungen klären, deren eine (die spezielle) alle Tatbestandsmerkmale der anderen (der allgemeinen) enthält und darüber hinaus noch mindestens ein weiteres.

Ob eine Regelung im Sinne dieses Grundsatzes „speziell“ ist, ist allerdings regelmäßig gerade die – durch Auslegung zu klärende – Frage.¹²⁰

„Soweit nämlich die Rechtsfolgen der konkurrierenden Rechtssätze miteinander verträglich sind, kommt es darauf an, ob die Rechtsfolgen der spezielleren Norm für deren Anwendungsbereich die der allgemeineren Norm nach der Regelungsabsicht des Gesetzes nur ergänzen, sie modifizieren oder an ihre Stelle treten sollen.“¹²¹

Der Spezialitätsgrundsatz beschreibt daher regelmäßig nur das Auslegungsergebnis und gibt die Rechtsfolge der Spezialität an.¹²²

¹¹⁹ Grundmann, RabelsZ 75 (2011), 882, 910 f.

¹²⁰ Kramer, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl. 2013, S. 111 ff.

¹²¹ Larenz (Fn. 3), S. 267 f. Zu spezifischen Fragen des Unionsrechts Schmidt-Kessel, Zur Kollision von Informationspflichten aus EU-Richtlinien im Blick auf die Entwürfe zur Verbraucherrechterichtlinie, GPR 2011, 79, 81.

¹²² EuGH 23.1. 2014 – C-355/12 Rn. 23 – Nintendo; EuGH 3.7. 2012 – C-128/11 Rn. 51, 56 – UsedSoft; EuGH 19.6. 2003 – C-444/00 Rn. 53-57 – Mayer Perry Recycling; EuGH 13.1. 2001 – C-481/99 Rn. 37-39 – Heininger; Martens (Fn. 91), S. 429.

c) Sind Ausnahmen eng auszulegen?

Eine in der Rechtsprechung des EuGH anscheinend nicht auszumerzende Formel lautet, Ausnahmen sind eng auszulegen. Dass diese Regel so attraktiv ist, liegt auch daran, dass sie einen treffenden Aspekt enthält. In der Tat kann sich die Regel in gewisser Weise sogar auf den Systemgedanken berufen. So formuliert *Canaris* im Hinblick auf systemfremde Normen „als grundsätzliche Auslegungsmaxime ein Gebot einschränkender oder wenigstens ein Verbot ausdehnender Auslegung“.¹²³ Das ist der berechnete Kern der Auslegungsregel: Sie hat dort einen guten Sinn, wo es um systemfremde Normen geht, „die sich nicht auf einen allgemeinen Rechtsgedanken zurückführen lassen und die daher innerhalb des Ganzen der Rechtsordnung wertungsmäßig isoliert bleiben“.¹²⁴ Das kann man indes keineswegs von jeder Ausnahmebestimmung sagen. Im Gegenteil gibt es zum einen Vorschriften, die nur aus technischen Gründen (etwa als Unterausnahme oder zur Kennzeichnung der Beweislast) als Ausnahme formuliert sind, zum anderen solche, die teleologisch geradezu geboten sind, weil sie das eigentliche Regelungsanliegen erst verwirklichen. Im Lichte des Gesamtrechtssystems kann z.B. die Ausnahme von einem Diskriminierungsverbot den Grundsatz von Privatautonomie und Vertragsfreiheit erhalten.¹²⁵ Wenn die Beweislastumkehr der Antidiskriminierungsrichtlinien nicht für Verfahren mit Amtsermittlungsgrundsatz gelten, ist auch dies teleologisch begründet.¹²⁶

Aus diesen Gründen ist es ausgesprochen unerfreulich, dass der Gerichtshof oftmals einigermaßen formal an dem Grundsatz festhält, Ausnahmen seien eng auszulegen. Allerdings gibt es in der jüngeren Rechtsprechung Anzeichen für eine Wende. In der Entscheidung *Deckmyn*,¹²⁷ die einen urheberrechtlichen Fall betrifft, geht der Gerichtshof zwar zunächst von dem Postulat enger Auslegung aus, indes nur, um ihn sogleich zu verwerfen:

„22 Diese Auslegung wird durch den Regelungszusammenhang des Art. 5 Abs. 3 Buchst. k der Richtlinie 2001/29 nicht in Frage gestellt, der eine Ausnahme zu den in den Art. 2 und 3 der Richtlinie vorgesehenen Rechten enthält und daher eng auszulegen ist ...

23 Die Auslegung des Begriffs der Parodie muss es nämlich erlauben, die praktische Wirksamkeit der so umrissenen Ausnahme zu wahren und ihre Zielsetzung zu beachten ...

123 *Canaris* (Fn. 1), S. 132.

124 *Canaris* (Fn. 1), S. 131.

125 *Rebhahn*, in: *Riesenhuber* (Fn. 13), § 18 Rn. 28 („bei gesamthafter Betrachtung“); *Riesenhuber*, ebenda, § 10 Rn. 65.

126 Dazu *Riesenhuber*, *Arbeitsrecht* (Fn. 23), § 8 Rn. 51.

127 EuGH 3.9. 2014 – C-201/13 – *Deckmyn*.

24 Der Umstand, dass Art. 5 Abs. 3 Buchst. k der Richtlinie 2001/29 eine Ausnahme darstellt, führt daher nicht zu einer Einschränkung des Anwendungsbereichs dieser Bestimmung ...“

Der Gerichtshof erkennt damit richtig, dass die fragliche Ausnahme für Parodien zur Verwirklichung spezifischer gesetzgeberischer Anliegen teleologisch begründet ist. Dementsprechend muss sie auch nach ihrem Sinn und Zweck ausgelegt werden, der nicht von vornherein eine enge oder weite Auslegung gebietet. Auch hier erweist sich übrigens die Berufung auf den *effet utile* als bloßer Hinweis auf Sinn und Zweck der Regelung.

5. Systematische Rechtsfortbildung

Im Hinblick auf die Systematische Rechtsfortbildung sollen nur zwei Themenkreise angesprochen werden, die für das Europäische Privatrecht (oder allgemeiner: Sekundärrecht) von Bedeutung sind.

a) Interne und externe Lücken

Erweist sich das Unionsrecht als „lückenhaft“, so stellt sich zunächst die Frage, ob die Lücke „intern“ oder „extern“ ist.¹²⁸ Da das Unionsrecht nicht als umfassende Regelung konzipiert ist, kann das „Fehlen“ einer Regelung auch bedeuten, dass die Sachfrage dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten überlassen bleibt. Den Maßstab für die Beantwortung dieser Frage gibt das „Harmonisierungskonzept“, also der Plan, nach dem der Gesetzgeber Regelungsgegenstände der Unionsebene oder der nationalen Ebene zuweist (oben II 2 a).

b) Kompetenzielle Grenzen

Damit eng verbunden ist eine (zweite) Begrenzung der richterlichen Rechtsfortbildung. Während es bei der Unterscheidung interner und externer Lücken um den Regelungsplan des Gesetzgebers geht, stellen kompetenzielle Grenzen Vorgaben für das Handeln der Union dar, die sowohl der Gesetzgeber als auch die Rechtsprechung bei der Rechtsfortbildung beachten müssen. Im Arbeitsrecht sind besonders die Regelungsgegenstände des Art. 153 Abs. 5 AEUV zu beachten, die von der unionsrechtlichen Rechtsetzung von vornherein ausgeschlossen sind (oben IV 3).

¹²⁸ Zur Unterscheidung *Neuner*, in: Riesenhuber (Fn. 13), § 12 Rn. 27 ff.; *Gruber*, Methoden des internationalen Einheitsrechts, 2004, S. 281 ff.; *Kropholler*, Internationales Einheitsrecht, 1975, S. 301 ff.; *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die europäische Gemeinschaft, 1999, S. 605 f.

VIII. Zusammenfassung der wichtigsten Thesen

- (1) Ein Rechtssystem ist durch „Einheit und Ordnung“ gekennzeichnet. Damit bezeichnen wir die Forderungen, dass sich die Vielzahl der Einzelregeln auf eine verhältnismäßig geringe Zahl von Prinzipien zurückführen lassen, deren Ausgleich in den Regeln folgerichtig durchgeführt wird.
- (2) Auch eine Rechtsordnung mit mehreren Ebenen lässt sich sinnvoll als System verstehen. Die zum nationalen Recht hinzutretende „dritte Dimension“ des Rechtssystems wirft die Frage auf, nach welchen Grundsätzen Vorschriften auf der einen oder anderen Ebene loziert werden („Harmonisierungskonzept“). Auch eine bloß „punktuelle“ Regelung kann – und sollte – folgerichtig ausgestaltet sein.
- (3) Um das Harmonisierungskonzept zu ergründen, ist die Perspektive des Unionsgesetzgebers einzunehmen. Dieser geht von den nationalen (Arbeits-) Rechtsordnungen aus, die im grenzüberschreitenden Verkehr durch das Internationale Privatrecht koordiniert und durch die Grundfreiheiten beschränkt werden. Seine Handlungsmöglichkeiten sind durch die Rechtsetzungskompetenzen abgesteckt. Einzelne Regelungen sind – auch über den engeren Bereich der jeweiligen Disziplin hinaus – in ihrem Regelungsumfeld zu würdigen.
- (4) Dem Europäischen Arbeitsrecht lässt sich durchaus ein Harmonisierungskonzept entnehmen. Seine Regelungen sind jedenfalls in vielen Bereichen folgerichtig ausgestaltet. Der pauschale Vorwurf, die Rechtsetzung erfolge „ohne System und Konzept“, lässt sich jedenfalls heute nicht mehr aufrechterhalten.
- (5) Die „Systembildungskompetenz“ der Rechtsprechung, namentlich des EuGH, ist umstritten. Während eine Meinung sie weitgehend ablehnt, möchte eine andere sie außerordentlich weit definieren. Die unionsrechtlichen Verfassungsvorgaben sprechen für eine vermittelnde, aber restriktive Bestimmung der Systembildungsaufgabe.
- (6) Methodisch ist dem auf drei Ebenen Rechnung zu tragen: bei der Bestimmung des Auslegungsziels, der Rangfolge der Auslegungskriterien und der Reichweite der Rechtsfortbildungsbefugnisse.
- (7) Ziel der Auslegung ist, zumal im verhältnismäßig jungen Unionsrecht, primär der Gesetzgeberwille („vermittelnde Theorie“). Der historischen Auslegung kommt demgemäß besonderes Gewicht zu. Bei einem – im Europäischen Arbeitsrecht weithin erkennbaren – Systembildungswillen hat die (teleologisch-) systematische Auslegung indes auch auf dieser Grundlage großes Gewicht.

- (8) Ausnahmen sind nach allgemeinen Grundsätzen auszulegen. Daher ist zwischen verschiedenen Typen von Ausnahmen zu unterscheiden. Das erkennt (ungeachtet abweichender Verbalbeteuerung) auch der EuGH.
- (9) Die (systematische) Rechtsfortbildung hat zum einen das Harmonisierungskonzept des Gesetzgebers, zum anderen die Kompetenzgrenzen der Union zu beachten.

Diskussion*

Die erste Diskussion wurde von Professor Dr. *Abbo Junker* geleitet. Dieser nahm einleitend einen kurzen Rückblick auf die vergangenen ZAAR-Tagungen vor. Im letzten Jahr habe sich der Kongress mit dem Vergaberecht und den Arbeitsbeziehungen beschäftigt. Im Zentrum stand dabei der Zweiklang der Entscheidungen Rüffert und Bundesdruckerei. Weiter sei gerätselt worden, was bei der Sache RegioPost gegen die Stadt Landau herauskommen werde. Diese Entscheidung sei auch heute noch immer für viele unverständlich. Vor zwei Jahren befasste sich der Kongress mit der neuen Tarifrechtspolitik. Aus Anlass des EuGH-Urteil *Alemo-Herron* wurde der Einfluss der Union diskutiert. Die Feststellung der dynamischen Verweisung habe die Sache letztlich nicht geklärt, sondern weitere Vorlagen an den EuGH hervorgerufen. Somit sei die Systembildung im ZAAR schon als Tradition anzusehen. Der Vortrag sei längst überfällig gewesen.

Der erste Redebeitrag kam von Professor Dr. *Clemens Höpfner* (Universität Konstanz). Dieser hatte sich bereits auf eine kontroverse Diskussion gefreut, müsse nun aber dem Referenten in allen Punkten recht geben, da dieser selbst bereits Herr *Grundmann* „zerlegt“ habe. Ergänzend könne er lediglich anmerken, dass das Zitat, welches der Referent *Jörg Neuner* in den Mund gelegt habe, eigentlich direkt vom Bundesverfassungsgericht seit 2009 in ständiger Rechtsprechung stamme. Die Frage, ob Gesetz klüger als der Gesetzgeber und der Richter klüger als der Gesetzgeber sei, sei im Zuge der Kontroverse zwischen *Canaris* und *Hirsch* aufgekommen. *Neuner* habe dazu treffend angemerkt, dass in einer Demokratie nicht der Klügere, sondern der demokratisch Legitimierte entscheide. Auch hinsichtlich der Ausnahmegesetze gebe er dem Referenten recht. *Canaris* habe dazu ausgeführt, dass kaum eine Regel so viel Unheil gestiftet habe, wie der Grundsatz *singularia non sunt defendenda*. Diese Regel sei schon seit 100 Jahren maximal als Eselsbrücke hilfreich. Es wäre schön, wenn dies dann auch beim EuGH ankommen würde. Zu dem Zitat des Referenten von *Rüthers*: „Methodenfragen seien Verfahrensfragen“ merkte Professor Dr. *Höpfner* an, dass die geltende Differenzierung zwischen Fach- und Verfassungsgerichten durch die Kompetenzverteilung zwischen dem EuGH und den nationalen Gerichten abgelöst werden würde. Nachdem der EuGH aber bekanntermaßen nicht über nationales Recht entscheiden dürfe, werde die Systembildung schwierig. Da der Kontext der jeweiligen Entscheidung durch den Vorlagebeschluss sehr eng gefasst sei,

* Die Zusammenfassung der Diskussion wurde erstellt von Ass. iur. *Felisa Frey*.

müsse man sehr vorsichtig sein, aus diesen Entscheidungen abstrahierende Grundsätze abzuleiten.

Der Referent gab zu, dass der Hinweis zu *Neuner* zutreffe und lediglich überlesen worden sei. In seinem Buch versuche er einen systematischen Aufbau und nicht zu verstehen, was der EuGH wolle. In seinem heutigen Vortrag habe er die umgekehrte Herangehensweise versucht. Auch er sehe, dass die EuGH Rechtsprechung nicht immer vor dem Hintergrund der Einschränkung durch den Vorlagebeschluss gelesen werde und so zu breite Aussagen abgeleitet würden. Dies habe sich vor allem auch im Internationalen Gesellschaftsrecht gezeigt.

Professor Dr. *Richard Giesen* schickte seiner Frage voraus, dass *Daily Mail* noch zu der Rubrik der Geheimwissenschaften gezählt werden konnte und erst nach der Entscheidung *Überseering* eine etwas breitere Wahrnehmung begann. Nachdem er bereits vor 1989 mit dem Unionsrecht angefangen habe, scheine ihm persönlich, dass mit Ende des Kalten Krieges ein Bruch auch in der Judikatur des EuGH stattgefunden habe. Vorsichtiger ausgedrückt könnte man diesen als Tendenz von der Vertiefung hin zur Erweiterung umschreiben.

Der Referent war der Auffassung, dass es auch heute tiefgreifende Urteile gebe. Außerdem verdichte sich zunehmend der Stoff, mit welchem der EuGH arbeiten könne. Daher würde er spontan eher zu der gegenteiligen These tendieren.

Die erste Diskussion schloss mit dem Redebeitrag von Herrn Prof. Dr. *Jochen Mohr*. Er merkte an, dass die Auseinandersetzung um 2000 mit der Richtlinie noch sehr schwierig war. Die recht vagen Generalklauseln wurden erst nach und nach durch die EuGH-Rechtsprechung ausgestaltet. Er stelle sich nun die Frage, ob der EuGH nicht zur Systembildung gezwungen sei, wenn er die Normen anwenden wolle. Weiter rückte er die Verknüpfung von System und Telos in die Aufmerksamkeit. Aus dem Blickwinkel des Arbeitsrechts erscheine die Tätigkeit des EuGH oftmals als überschießend. Aus der Perspektive des Wettbewerbsrechts wirke der EuGH dagegen segensreich. Wenn man jedoch nicht nur auf ein Gebiet achte, sondern das Gesamtgefüge analysiere, werde die Problematik sehr komplex.

Der Referent war der Ansicht, dass seit 2000 viele Weichen gestellt worden seien. Einige Konzepte habe der EuGH freihändig entwickelt. Zutreffend sei aber, dass Generalklauseln den Gerichten einen größeren Spielraum gäben und dann auch die Aufgabe der Systembildung gewichtiger werde. Außerdem müsse man immer bedenken, dass auch durch die Rechtsprechung begonnene Rechtsentwicklungen bei anderer Auffassung des Gesetzgebers schon wieder zurückgedrängt worden seien.

Schutz besonderer Persönlichkeitsrechte durch arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote

Jochen Mohr

Seite

I. Europäische Rechtsakte	58
1. Gleichbehandlung von Männern und Frauen (Art. 157 AEUV in Verbindung mit Richtlinie 2006/54/EG).....	58
2. Schutz vor Diskriminierungen wegen der Rasse und der ethnischen Herkunft (Richtlinie 2000/43/EG).....	62
3. Schutz vor Diskriminierungen wegen der Religion, der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung (Richtlinie 2000/78/EG).....	63
4. Grundrechte gegen Diskriminierungen.....	63
a) Nichtdiskriminierung (Art. 21 Abs. 1 GRCh)	63
b) Gleichheit von Männern und Frauen (Art. 23 GRCh).....	66
II. Schutzzwecke	67
III. Geschützte Personen	71
1. Allgemeine Grundsätze.....	72
2. Die einzelnen Merkmale	74
a) Geschlecht.....	74
b) Sexuelle Ausrichtung.....	76
c) „Rasse“ und ethnische Herkunft	76
d) Religion und Weltanschauung	77
e) Behinderung.....	78
f) Alter.....	81
IV. Unzulässige Verhaltensweisen	85
1. Unmittelbare Diskriminierung	85
a) Unwertgehalt	85
b) Anknüpfung an das geschützte Merkmal.....	87
c) Assoziierende Diskriminierung	89
d) Rechtfertigung.....	89
e) Beweislast.....	90
2. Mittelbare Diskriminierung	92
a) Unwertgehalt	92
b) Widerlegung der Vermutungswirkung	93

V. Wesentliche Ergebnisse.....	94
Diskussion	96

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), Systembildung im Europäischen Arbeitsrecht (München 2016), S. 55-95

Der Schutz vor Diskriminierungen bildet seit vielen Jahren einen Schwerpunkt des europäischen Arbeitsrechts.¹ In den ersten Jahrzehnten waren die europäischen Rechtsakte und noch mehr die dazu ergangenen Judikate des EuGH nur schwer mit dem deutschen Arbeitsrecht vereinbar. Manche sprachen angesichts des Fehlens eines übergreifenden Systems von einer „pointillistischen“ europäischen Rechtsangleichung, die zu einer einseitigen Überbetonung der verfolgten Zwecke führe und den komplexen Interessenausgleich der mitgliedstaatlichen Arbeitsrechte zerstöre.² Auch wegen der zunehmenden Dichte europäischer Rechtsakte bilden sich mittlerweile aber übergreifende Strukturen heraus, die es ermöglichen, generelle Prinzipien herauszuarbeiten, ebenso wie fortbestehende Unstimmigkeiten oder sogar Systembrüche. Hierzu will die nachfolgende Untersuchung einen Beitrag leisten. Außer Betracht bleiben dabei die staatsgerichteten Grundfreiheiten der Art. 26 ff. AEUV und die hieraus abgeleiteten Primärvergaberegeln.³ Nicht betrachtet werden zudem die Wettbewerbsregeln der Art. 101 ff. AEUV,⁴ auch wenn diese Normen im

-
- 1 Vgl. *Mohr*, Schutz vor Diskriminierungen im Europäischen Arbeitsrecht, 2004.
 - 2 Vgl. *Buchner*, Die Rolle des Europäischen Gerichtshofs bei der Entwicklung des Arbeitsrechts, ZfA 1993, 332 f.; *Junker*, Der EuGH im Arbeitsrecht – Die schwarze Serie geht weiter, NJW 1994, 2527, 2528; *ders.*, Systembildung und Systemlücken im harmonisierten Arbeitsvertragsrecht, NZA 1999, 2, 10; *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 1999, S. 461 ff.; *Kaiser*, Entzweiung von europäischem und deutschem Arbeitsrecht – Abschied vom Systemdenken? NZA 2000, 1144, 1149.
 - 3 Statt anderer EuGH 10.9. 2009 – C-206/08 Rn. 44 – Eurawasser; EuGH 13.4. 2010 – C-91/08 Rn. 33 – Wall; ausführlich *Säcker/Mohr*, Reintegration von Dienstleistungskonzessionen in das Vergaberecht am Beispiel der Wasserversorgung, ZWeR 2012, 417, 428 ff.
 - 4 Siehe zu den Schutzzwecken *Mohr*, Sicherung der Vertragsfreiheit durch Wettbewerbs- und Regulierungsrecht, 2015, S. 418 ff.; speziell mit Blick auf Art. 101 AEUV *ders.*, Bezwecke und bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV, ZWeR 2015, 1 ff.

Interesse der wirtschaftlichen Selbstbestimmung der Verbraucher⁵ ebenfalls unternehmensbezogene Diskriminierungsverbote enthalten.⁶

I. Europäische Rechtsakte

Nachfolgend werden schlaglichtartig die zentralen europäischen Rechtsakte gegen Diskriminierungen erwerbstätiger Menschen dargestellt.⁷ Völkerrechtliche Verträge wie die EMRK bleiben außer Betracht, auch wenn der EuGH diese als „Rechtserkenntnisquellen“ zur Interpretation der arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbote heranzieht.⁸

1. Gleichbehandlung von Männern und Frauen (Art. 157 AEUV in Verbindung mit Richtlinie 2006/54/EG)

Den Ausgangspunkt des europäischen Arbeitsrechts gegen Diskriminierungen bildete die Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen. Ein primärrechtlicher Schutz vor Diskriminierungen wegen des Geschlechts war bereits in Art. 119 EWGV⁹ vorgesehen,

-
- 5 *Drexel*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 293 f. Das BAG stuft Arbeitnehmer – nicht überzeugend – als Verbraucher im Sinne des § 13 BGB ein; BAG 25.5. 2005 – 5 AZR 572/04, NZA 2005, 1111; kritisch *Mohr*, Der Begriff des Verbrauchers und seine Auswirkungen auf das neugeschaffene Kaufrecht und das Arbeitsrecht, AcP 204 (2004), 660, 689 ff.; *Adomeit*, Schlusswort, in: *Mohr* (Hrsg.), Freiheit und/oder Gemeinwohl, 2016, S. 77, 79. Der Verbraucherbegriff des Wettbewerbsrechts ist nicht deckungsgleich mit § 13 BGB. Auch aus wohlfahrtsökonomischer Sicht können die Regeln gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht nur einem Konsumenten-, sondern auch einem Gesamtwohlfahrtsstandard dienen; vgl. *Rule*, Consumer Welfare, Efficiencies and Mergers, 2005, S. 2 ff.
 - 6 Vgl. zu den Grundfreiheiten EuGH 8.10. 1980 – 810/79 Rn. 16 – Überschar; zum Wettbewerbsrecht siehe BGH 17.12. 2013 – KZR 66/12, NVwZ 2014, 807 Rn. 34 ff. – Stromnetz Berkenthin; *Säcker/Mohr/Wolf*, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts, 2010, S. 75 ff. Im vorliegenden Zusammenhang jüngst *Zoppel*, Europäische Diskriminierungsverbote und Privatrecht, 2015, S. 10 ff.
 - 7 Näher zum persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinien gegen Diskriminierungen *Mohr*, in: *Franzen/Gallner/Oetker* (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Arbeitsrecht 2015, RL 2000/78/EG Art. 3 Rn. 4 ff. Zum unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff siehe *Mohr*, Die Auswirkungen des arbeitsrechtlichen Verbots von Altersdiskriminierungen auf Gesellschaftsorgane, ZHR 178 (2014), 326, 338 ff.
 - 8 Dazu EuGH 24.4. 2012 – C-571/10 Rn. 59 ff. – Kamberaj; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 4: Europäische Grundrechte, 2009, Rn. 39 und 41; *Mohr*, in: *Franzen/Gallner/Oetker* (Fn. 7), GRCh Art. 21 Rn. 33 ff.
 - 9 Durch den Vertrag von Amsterdam wurde Art. 119 EWGV in Art. 141 EG überführt, in Abs. 1 um das Tatbestandsmerkmal der gleichwertigen Arbeit und um

dessen zentrale Aussagen sich heute in Art. 157 Abs. 1 und 2 AEUV finden.¹⁰ Nach Art. 157 Abs. 1 AEUV stellt jeder Mitgliedstaat die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sicher.¹¹ Trotz ihrer programmsatzartigen Formulierung ist die Vorschrift unmittelbar auch in Rechtsverhältnissen unter Privaten anwendbar.¹² Bereits Art. 119 EWGV wurde eine doppelte Funktion zugesprochen:¹³ Zum einen sollte die Vorschrift ursprünglich im Interesse einheitlicher Wettbewerbsbedingungen auf den Arbeitsmärkten eine Rechtsangleichung zwischen den Mitgliedstaaten herbeiführen. Zum anderen wurde ihr mit Blick auf die systematische Stellung im Kapitel über die Sozialpolitik eine sozialpolitische Funktion zugesprochen. Ebenso wie beim Begriff der „Institution“¹⁴ handelt es sich bei der Vokabel „sozial“ freilich um eine mehr oder weniger inhaltsleere Begriffshülse, die in Abhängigkeit vom jeweiligen Vorverständnis mit unterschiedlichsten Inhalten befüllt werden kann.¹⁵ Worin die „soziale“ Funktion des Rechts gegen Diskriminierungen liegt, im effektiven Schutz besonderer Persönlichkeitsrechte und/oder in einer Umverteilung wirtschaftlichen Wohlstands von den „Starken“ zu den „Schwachen“, kann somit erst mit Blick auf seine Schutzzwecke bestimmt werden.

die Kompetenzgrundlage des Art. 141 Abs. 3 EG ergänzt (Art. 157 Abs. 3 AEUV); vgl. *Franzen*, in: *Franzen/Gallner/Oetker* (Fn. 7), AEUV Art. 157 Rn. 2.

10 *Franzen*, in: *Franzen/Gallner/Oetker* (Fn. 7), AEUV Art. 157 Rn. 2.

11 Der „Grundsatz des gleichen Entgelts“ setzt nach ständiger Rechtsprechung voraus, dass sich die betroffenen Arbeitnehmer in einer identischen oder vergleichbaren Lage befinden, vgl. EuGH 9.12. 2004 – C-19/02 Rn. 44 – Hlozek; dazu *Franzen*, Die jüngere Rechtsprechung des EuGH auf dem Gebiet des Arbeitsrechts, EuZA 1 (2008), 1, 5; *Adomeit/Mohr*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2. Aufl. 2011, § 3 Rn. 44 ff. Der auch in Erwägungsgrund 9 der Richtlinie 2006/54/EG enthaltene Ausdruck „vergleichbare Situation“ bildet insoweit den Oberbegriff. Dies wird relevant, wenn Arbeitnehmer gar keine Arbeitsleistung erbringen, weil sie sich z.B. im Mutterschaftsurlaub befinden. In diesem Fall kann nur die persönliche Situation der Betroffenen verglichen werden; vgl. EuGH 13.2. 1996 – C-342/93 Rn. 15 ff. – Gillespie u.a.; EuGH 21.10. 1999 – C-333/97 Rn. 25 ff. – Lewen. Der Anknüpfungspunkt des Vergleichs folgt dabei aus Sinn und Zweck der die Differenzierung enthaltenden Regelung; vgl. *Rupp*, Die unmittelbare Benachteiligung nach § 3 Abs. 1 AGG, RdA 2009, 307; *Mohr*, in: *Franzen/Gallner/Oetker* (Fn. 7), RL 2006/54/EG Art. 4 Rn. 5 ff.

12 EuGH 8.4. 1976 – 43/75 Rn. 8, 11 – Defrenne II; dazu *Franzen* (Fn. 2), S. 25.

13 EuGH 8.4. 1976 – 43/75 Rn. 12 – Defrenne II; dazu *Zoppel* (Fn. 6), S. 4.

14 *Hoppmann*, in: Biedenkopf/Hoppmann/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerb als Aufgabe, 1986, S. 61, 103; *Mestmäcker*, Der verwaltete Wettbewerb, 1984, S. 83; *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht, 2010, S. 62 ff.; *Mohr*, Sicherung (Fn. 4), S. 56 ff.

15 Pointiert *Adomeit*, Political correctness – Jetzt Rechtspflicht! NJW 2006, 2169.

Das primärrechtliche Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts wird schon seit den 1970er Jahren sekundärrechtlich flankiert und näher ausgeformt.¹⁶ Zu nennen sind die Richtlinien 75/117/EWG über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen,¹⁷ 76/207/EWG über den Zugang zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen,¹⁸ 86/378/EWG über die betrieblichen Systeme der sozialen Sicherheit¹⁹ sowie 97/80/EG über die Beweislast.²⁰ Die vorbenannten Rechtsakte wurden mittlerweile durch die Richtlinie 2006/54/EG konsolidiert und an den aktuellen Stand der Dogmatik angepasst.²¹ Die Richtlinie 2006/54/EG bildet somit seit Ablauf der Umsetzungsfrist am 15.8. 2008 die zentrale

-
- 16 Ausführlich *Franzen*, in: *Franzen/Gallner/Oetker* (Fn. 7), AEUV Art. 157 Rn. 5 ff.
 - 17 Richtlinie 75/117/EWG des Rates vom 10.2. 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen (Amtsblatt EG 1975 L 45/19).
 - 18 Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9.2. 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zu Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (Amtsblatt EG 1976 L 39/40), zwischenzeitlich geändert durch die Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.9. 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (Amtsblatt EG 2002 L 269/15).
 - 19 Richtlinie 86/378/EG des Rates vom 24.7. 1986 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit (Amtsblatt EG 1986 L 225/40), geändert durch die Richtlinie 96/97/EG des Rates vom 20.12. 1996 zur Änderung der Richtlinie 86/378/EWG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit (Amtsblatt EG 1996 L 46/20).
 - 20 Richtlinie 97/80/EG des Rates vom 15.12. 1997 über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts (Amtsblatt EG 1998 L 14/6), geändert durch die Richtlinie 98/52/EG des Rates vom 13.7. 1998 zur Ausdehnung der Richtlinie 97/80/EG zur Beweislast in Fällen geschlechtsbedingter Diskriminierung auf das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland (Amtsblatt EG 1998 L 205/66).
 - 21 Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.7. 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Amtsblatt EU 2006 L 204/23).

sekundärrechtliche Grundlage zum Schutz vor Diskriminierungen wegen des Geschlechts.²²

Ergänzt wird die Richtlinie 2006/54/EG neuerdings durch die Richtlinie 2010/41/EU über den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben oder zur Ausübung einer solchen Erwerbstätigkeit beitragen, wobei die Richtlinie 2006/54/EG vorrangig anzuwenden ist.²³ Im Schrifttum werden die Rechtswirkungen der Richtlinie 2010/41/EU derzeit vornehmlich mit Blick auf Fördermaßnahmen für selbständig tätige Frauen bei Schwangerschaft und Mutterschaft diskutiert,²⁴ wie sie für Arbeitnehmerinnen bereits durch Art. 8 der Richtlinie 92/85/EWG vorgegeben werden. Hierauf ist nachfolgend nicht näher einzugehen.²⁵

Die Richtlinie 2006/54/EG ist auf Art. 141 Abs. 3 EG a.F. gestützt, also auf den heutigen Art. 157 Abs. 3 AEUV, der *lex specialis* zur allgemeinen Kompetenznorm des Art. 19 Abs. 1 AEUV²⁶ und wohl auch zur Binnenmarktkompetenz des Art. 114 AEUV ist (Art. 100a EGV, Art. 95 EG).²⁷ Sofern der Rat von den Ermächtigungen in Art. 19 Abs. 1 AEUV und Art. 157 Abs. 3 AEUV Gebrauch machen will, muss er u.a. Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 2 EUV beachten, wonach die Union soziale Ausgrenzung und Diskriminierungen bekämpft sowie soziale Gerechtigkeit und sozialen Schutz, die Gleichstellung von Frauen und Männern, die Solidarität zwischen den Generationen und den Schutz der Rechte des Kindes fördert. In diesem Sinne zielt die Union nach Art. 10 AEUV bei der Festlegung und Durchführung ihrer Politiken und ihrer Maßnahmen darauf ab, Diskriminierungen aus

22 Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem „Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen“, KOM(2004) 279 endg. = BR-Drucks. 366/04 vom 3.5. 2004, S. 6.

23 Vgl. Art. 1 Abs. 1 Richtlinie 2010/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.7. 2010 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben, und zur Aufhebung der Richtlinie 86/613/EWG des Rates (Amtsblatt EU 2010 L 180/1).

24 *Knigge*, Mutterschaftsleistungen für Selbstständige: Umsetzung der Richtlinie 2010/41/EU, ZESAR 2013, 24; *Graue*, Mutterschaftsurlaub – mögliche Inanspruchnahme durch den unselbständig tätigen Vater – fehlende Arbeitnehmer-eigenschaft der Mutter – EWGRL 85/92 – Gleichbehandlungsgrundsatz – EWGRL 207/76, ZESAR 2014, 190.

25 Siehe die Kommentierung von *Mohr*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Fn. 7), RL 2010/41/EU Art. 1 Rn. 1 ff.

26 Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses (Fn. 22), S. 23 f.; *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, 2009, S. 121 ff.

27 Dazu *Zoppel* (Fn. 6), S. 65 ff.

Gründen des Geschlechts sowie solche wegen der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen. Ergänzend stellt Art. 8 AEUV klar, dass die Union darauf hinwirken muss, Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern.

Bei der Verwirklichung dieser Ziele darf der Unionsgesetzgeber zwar den Zeitpunkt seines Tätigwerdens selbst bestimmen. Wird er aber tätig, muss er in kohärenter Weise auf die Erreichung des verfolgten Ziels hinwirken, was Übergangszeiten oder begründete Ausnahmen jedenfalls nicht kategorisch ausschließt (Art. 7 AEUV).²⁸ Auch das Unionsrecht legt somit Wert auf konzeptionelle Stimmigkeit.²⁹ Die Mitgliedstaaten sind ebenfalls aufgefordert, ihre nationalen Umsetzungsmaßnahmen kohärent und widerspruchsfrei zu treffen.³⁰ Das gilt insbesondere für Regelungen, die von den europäischen Vorschriften gegen Diskriminierungen aus berechtigten Gründen abweichen wollen. Das letztgenannte Kohärenzverbot stellt mittlerweile einen zentralen Prüfungspunkt des EuGH dar.³¹

2. Schutz vor Diskriminierungen wegen der Rasse und der ethnischen Herkunft (Richtlinie 2000/43/EG)

Nachdem das Geschlecht auf europäischer Ebene – neben der Staatsangehörigkeit – über viele Jahrzehnte das zentrale Schutzmerkmal darstellte, erfasst die Richtlinie 2000/43/EG seit Beginn der Jahrtausendwende zudem Diskriminierungen wegen der Rasse und der ethnischen Herkunft.

28 EuGH 1.3. 2011 – C-236/09 Rn. 19 ff. – Test Achats u.a.; zur Verknüpfung des Kohärenzgebots mit dem Gleichheitssatz vgl. *Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV, Loseblattausgabe, Stand: Juli 2016, AEUV Art. 7 Rn. 11.

29 *Lippert*, Das Kohärenzerfordernis des EuGH, EuR 2012, 90.

30 *Schlachter*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 16. Aufl. 2016, AGG § 10 Rn. 3; *Schubert*, Der Tarifvertrag in den Schranken Europas – Die Tarifautonomie als Bestandteil der europäischen Wirtschaftsordnung, ZfA 2013, 1, 27 f.

31 Siehe zum Merkmal Alter EuGH 26.9. 2013 – C-476/11 Rn. 67 – Kristensen; dazu *Ulber*, Grenzen der Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen wegen des Alters, EuZA 7 (2014), 202; EuGH 21.7. 2011 – C-159/10 u.a. Rn. 85 – Fuchs und Köhler; EuGH 12.1. 2010 – C-341/08 Rn. 53 – Petersen; zur letztgenannten Entscheidung *Mohr*, Höchstaltersgrenzen für die Einstellung und die Berufsausübung unter Geltung des europarechtlichen Diskriminierungsverbots wegen des Alters, EuZA 3 (2010), 371; EuGH 18.6. 2009 – C-88/08 Rn. 46 f. – Hütter; siehe dazu *Risak*, Altersuntergrenze für entgeltrelevante Berufserfahrung als Altersdiskriminierung, EuZA 3 (2010), 244; vgl. auch die Schlussanträge von Generalanwältin *Kokott* 6.5. 2010 EuGH – C-499/08 Rn. 57 – Andersen; dazu *Mohr*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Fn. 7), RL 2000/78/EG Art. 6 Rn. 15.

Unter verteilungstheoretischen Gesichtspunkten ist diese personelle Ausweitung des Diskriminierungsschutzes von besonderem Reiz, bedeutet sie doch in letzter Konsequenz, dass die Rechtsordnung seitdem nicht nur Konflikte zwischen geschützten und nicht geschützten Personen auflösen muss, sondern auch solche zwischen geschützten Personen mit unterschiedlichen Merkmalen, was insbesondere im Rahmen sog. positiver Fördermaßnahmen (besser: *affirmative action*³²) zum Tragen kommen kann, also bei erlaubten („umgekehrten“) Diskriminierungen im Interesse der tatsächlichen Gleichstellung bestimmter Personengruppen.³³ Zudem sind sachgerechte Lösungen für das Phänomen der mehrdimensionalen Diskriminierung zu entwickeln.³⁴ Die Relevanz dieser – im Folgenden nicht vertieft zu betrachtenden – Fragestellungen wurden durch die Richtlinie 2000/78/EG noch intensiviert.

3. Schutz vor Diskriminierungen wegen der Religion, der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung (Richtlinie 2000/78/EG)

Die Richtlinie 2000/78/EG will einen allgemeinen Rahmen zur Bekämpfung von Diskriminierungen in Beschäftigung und Beruf wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung schaffen.³⁵ Sie wird deshalb umgangssprachlich auch als Rahmenrichtlinie bezeichnet.³⁶ Wie noch zu zeigen ist, hatten in den zurückliegenden Jahren vor allem die Merkmale Behinderung und Alter praktische Relevanz.

4. Grundrechte gegen Diskriminierungen

a) Nichtdiskriminierung (Art. 21 Abs. 1 GRCh)

Seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon enthält Art. 21 Abs. 1 GRCh in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 EUV ein primärrechtliches, ausschließlich staatsgerichtetes Grundrecht auf Schutz vor Diskriminierungen. Verboten sind nach Art. 21 Abs. 1 GRCh „insbesondere“ Diskriminierungen wegen

32 *Adomeit/Mohr* (Fn. 11), § 5 Rn. 9. Derart „aktive Fördermaßnahmen“ beschränken sich nicht auf die umgekehrte Diskriminierung, sondern erfassen auch sonstige Maßnahmen, die gezielt tatsächlich bestehende Nachteile ausgleichen (a.a.O.).

33 Siehe dazu *Burg*, Positive Maßnahmen zwischen Unternehmerfreiheit und Gleichbehandlung, 2009.

34 Näher *Zinsmeister*, Mehrdimensionale Diskriminierung, 2005. Der deutsche Gesetzgeber adressiert diese Problematik u.a. durch § 4 AGG.

35 Ausführlich *Mohr*, Schutz (Fn. 1), S. 180 ff.

36 Statt anderer *Preis/Temming*, Der EuGH, das BVerfG und der Gesetzgeber – Lehren aus Mangold II, NZA 2010, 185.

des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung. Die Norm erfasst somit auch diejenigen Merkmale, die sekundärrechtlich in den Richtlinien 2006/54/EG, 2000/43/EG und 2000/78/EG enthalten sind.

Der EuGH sieht das in Art. 21 Abs. 1 GRCh normierte Grundrecht auf Schutz vor Diskriminierungen als allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts an (vgl. Art. 6 Abs. 3 EUV).³⁷ Vor diesem Hintergrund seien die Diskriminierungsverbote – in der konkreten Entscheidung dasjenige wegen des Alters – nicht in den Richtlinien selbst verankert. Diese konkretisierten die Verbote lediglich im Bereich von Beschäftigung und Beruf, so dass die Tragweite des von den Richtlinien gewährten Schutzes nicht über den mit Art. 21 Abs. 1 GRCh gewährleisteten Schutz hinausgehe.³⁸ Vielmehr habe der Unionsgesetzgeber durch den Erlass der Richtlinien einen genaueren Rahmen definieren wollen, um die konkrete Umsetzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung zu fördern und insbesondere verschiedene Möglichkeiten für eine Abweichung von diesem Grundsatz festzulegen, die mittels einer klareren Definition ihres Anwendungsbereichs eingegrenzt würden.³⁹ Vor diesem Hintergrund wird einerseits verständlich, dass eine Anwendung der Diskriminierungsverbote im Privatrecht voraussetzt, dass ein Sachverhalt in den Anwendungsbereich der Richtlinien gegen Diskriminierungen fällt.⁴⁰ Zum anderen erklärt sich, weshalb der EuGH die Regelungen des Sekundärrechts auch zur Interpretation des Art. 21 Abs. 1 GRCh heranzieht,⁴¹ insbesondere was die Möglichkeiten

37 Vgl. EuGH 19.4. 2016 – C-441/14 Rn. 22 – Dansk Industri; siehe dazu *Sprenger*, Kein Schutz des Vertrauens privater Arbeitgeber in die Anwendung altersdiskriminierender Gesetze, EuZA 9 (2016), 460.

38 Vgl. EuGH 19.4. 2016 – C-441/14 Rn. 23 – Dansk Industri.

39 Vgl. EuGH 19.4. 2016 – C-441/14 Rn. 23 – Dansk Industri.

40 EuGH 19.4. 2016 – C-441/14 Rn. 24 – Dansk Industri.

41 BAG 12.11. 2013 – 3 AZR 356/12, NZA 2014, 848 Rn. 32; zum Diskriminierungsverbot wegen des Alters auch EuGH 22.11. 2005 – C 144/04 Rn. 74 ff. – Mangold; EuGH 19.1. 2010 – C-555/07 Rn. 50 – Küçükdeveci; siehe dazu *Waltermann*, Unanwendbarkeit des nationalen Rechts bei Verstoß gegen das europarechtliche Verbot der Altersdiskriminierung, EuZA 3 (2010), 541; EuGH 8.9. 2011 – C-297/10 Rn. 47 – Hennigs und Mai; siehe dazu *Forst*, Kollektivvertragsfreiheit versus Verbot der Altersdiskriminierung, EuZA 5 (2012), 225; EuGH 13.9. 2011 – C-447/09 Rn. 38 – Prigge u.a.; siehe dazu *Temming*, Diskriminierende Beendigung der Arbeitsverträge von Piloten bei Vollendung des 60. Lebensjahres, EuZA 5 (2012), 205; EuGH 26.9. 2013 – C-476/11 Rn. 19 – Kristensen; EuGH 21.1. 2015 – C-529/13 Rn. 15 ff. – Felber.

einer Rechtfertigung angeht,⁴² aber das Sekundärrecht seinerseits auf Vereinbarkeit mit dem Primärrecht überprüft. So hat der EuGH in *Test Achats*⁴³ die durch Art. 5 Abs. 2 Richtlinie 2004/113/EG eröffnete dauerhafte Möglichkeit einer geschlechtsbezogenen Differenzierung bei privaten Versicherungsverträgen als unvereinbar mit Art. 21, 23 GRCh angesehen, obwohl Privatversicherungen eigentlich dem Grundsatz der risiko- adäquaten Kalkulation folgen und versicherungsmathematisch signifikante Unterschiede zwischen Männern und Frauen bestehen. Dies wurde zu Recht kritisiert:⁴⁴ Zwar beeinflussen auch individuelle Verhaltensweisen die Lebenserwartung und damit versicherungstechnisch relevante Risiken. Derartige Merkmale lassen sich jedoch kaum mit zumutbarem Aufwand erfassen und sind deshalb als Risikoindikatoren ungeeignet.⁴⁵

Sofern die Rechtsprechung die Richtlinien gegen Diskriminierungen in diesem Sinne im Lichte des Grundrechts des Art. 21 Abs. 1 GRCh auslegt, muss sie freilich auch die Grundrechte des Arbeitgebers beachten.⁴⁶ Denn die spezifische Problematik eines privaten Rechts gegen Diskriminierungen liegt gerade im sachgerechten Ausgleich gleichrangiger, aber gegenläufiger Rechtsprinzipien.⁴⁷ Dies hat auch der Unionsgesetzgeber erkannt, wenn er in den Erwägungsgründen 2 und 3 der Richtlinie 2004/113/EG verallgemeinerungsfähig ausführt, der Schutz vor Diskriminierung sei

42 Jüngst EuGH 19. 4.2016 – C-441/14 Rn. 27 a.E. – Dansk Industri.

43 EuGH 1.3. 2011 – C-236/09 – *Test-Achats* u.a.; dazu *Armbrüster*, Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 1.3. 2011 (AZ-C-236/09; Fundstelle: ABl EU 2009, Nr. C 205, 28) – Zur Frage, ob die geschlechtsspezifische Unterscheidung bei Versicherungstarifen gegen Art. 6 EUV verstößt, LMK 2011, 315339.

44 *Armbrüster*, Anmerkung zu Schlussanträgen der Generalanwältin Juliane Kokott vom 30.9. 2010 in der Rechtssache C-236/09 (*Test-Achats*) zur Frage der durch Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113/EG (Gender-Richtlinie) eröffneten Zulässigkeit geschlechtsbezogener Differenzierungen bei Versicherungsverträgen, *VersR* 2010, 1571, 1579 f.; *Karpenstein*, Harmonie durch die Hintertür? Geschlechtsspezifisch kalkulierte Versicherungstarife und das Diskriminierungsverbot, *EuZW* 2010, 885; siehe auch *Adomeit/Mohr* (Fn. 11), Online-Aktualisierung Juni 2012, § 20 Rn. 13.

45 *Armbrüster*, *VersR* 2010, 1571, 1582; *Dörfler/Wende*, Ursachen geschlechtsspezifischer Kostenunterschiede in der Privaten Krankenversicherung – Eine empirische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Anforderungen des AGG, *ZVersWiss* 2010, 17, 25 ff.; *Looschelders*, Das Verbot der geschlechterspezifischen Diskriminierung im Versicherungsvertragsrecht, in: *Leible/Schlachter* (Hrsg.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, 2006, S. 141, 149.

46 *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 4. Aufl. 2011, Art. 15 GRC Rn. 23 mit Fn. 84.

47 *Mohr*, *ZHR* 178 (2014), 326, 348 ff.; *Adomeit/Mohr*, Benachteiligung von Bewerbern (Beschäftigten) nach dem AGG als Anspruchsgrundlage für Entschädigung und Schadenersatz, *NZA* 2007, 179, 182 f.

zwar ein allgemeines Menschenrecht, es dürften durch ihn jedoch nicht andere Grundrechte und Freiheiten beeinträchtigt werden. Die in die Interessenabwägung einzustellenden Rechte der Beschäftigten ergeben sich im vorliegenden Zusammenhang insbesondere aus Art. 21, 23 GRCh sowie aus der Berufsfreiheit gemäß Art. 15 GRCh.⁴⁸ Aufseiten der Arbeitgeber greifen vor allem die Unternehmerfreiheit des Art. 16 GRCh, die Eigentumsfreiheit des Art. 17 GRCh sowie die als Beschränkungsverbote wirkenden Grundfreiheiten als „besondere Berufsfreiheiten der Marktbürger“.⁴⁹ Die Diskriminierungsverbote stehen zu den Freiheitsrechten der Arbeitgeber auch nicht in einem Verhältnis der Spezialität.⁵⁰ Vielmehr sind die widerstreitenden Interessen auch unionsrechtlich in einen möglichst schonenden Ausgleich zu bringen, nach deutschem Sprachgebrauch in eine „praktische Konkordanz“.⁵¹ In die Abwägung mit einzubeziehen sind zudem berechnigte Interessen Dritter, insbesondere wenn sie von der unternehmerischen Tätigkeit unmittelbar betroffen sind.⁵² So kann eine Unterscheidung nach dem Geschlecht zulässig sein, wenn eine Belegarztpraxis überwiegend gynäkologische Operationen an weiblichen Patienten durchführt.⁵³ Dasselbe gilt in sonstigen Fällen eines Schutzes der Intimsphäre Dritter, etwa bei einem Nachtdienst in einem Mädchenpensionat, der auf weibliche Arbeitnehmer beschränkt werden kann.⁵⁴

b) Gleichheit von Männern und Frauen (Art. 23 GRCh)

Art. 21 Abs. 1 GRCh wird bezüglich des Merkmals „Geschlecht“ ergänzt durch Art. 23 Abs. 1 GRCh, wonach die Gleichheit von Frauen und Männern in allen Bereichen sicherzustellen ist. Nach überzeugender Ansicht

48 Siehe einerseits EuGH 8.9. 2011 – C-297, 298/10 Rn. 46 f. – Hennigs und Mai, und andererseits EuGH 5.7. 2012 – C-141/11 Rn. 37 – Hörnfeld; dazu *Gotthardt*, Recht des Arbeitgebers, das Arbeitsverhältnis mit Vollendung des 67. Lebensjahres des Arbeitnehmers einseitig zu beenden, EuZA 6 (2013), 268.

49 Zur Kapitalverkehrsfreiheit siehe EuGH 15.10. 1987 – 222/86 – Heylens; *Schubert*, Der Diskriminierungsschutz der Organvertreter und die Kapitalverkehrsfreiheit der Investoren im Konflikt, ZIP 2013, 289; anderer Ansicht *Kort*, Ungleichbehandlung von Geschäftsleitungsmitgliedern bei AG und GmbH wegen des Alters, WM 2013, 1049, 1056.

50 Vgl. zum deutschen Recht BVerfG 9.1. 2001 – 1 BvR 1036/99, NJW 2001, 1267, 1268.

51 EuGH 12.6. 2003 – C-112/00 Rn. 74, 77 ff. – Schmidberger; EuGH 14.10. 2004 – C-36/02 Rn. 35 ff. – Omega; EuGH 29.1. 2008 – C-275/06 Rn. 64 ff. – Promusicae; Generalanwältin *Sharpston*, Schlussanträge 15.10. 2009 EuGH – C-28/08 Rn. 95 mit Fn. 37 – Kommission/Bavarian Lager; *Mohr*, ZHR 178 (2014), 326, 349.

52 BAG 28.5. 2009 – 8 AZR 536/08, NZA 2009, 1016 Rn. 51.

53 ArbG Hamburg 10.4. 2001 – 20 Ca 188/00, BeckRS 2001, 30790753.

54 BAG 28.5. 2009 – 8 AZR 536/08 (Fn. 52), Rn. 45.

geht der materielle Regelungsgehalt dieser Vorschrift nicht über das Verbot des Art. 21 Abs. 1 GRCh hinaus. Sie hat somit nur klarstellenden Charakter.⁵⁵ Die eigentliche Bedeutung des Art. 23 liegt somit in Abs. 2, wonach das Ziel der tatsächlichen Chancengleichheit von Männern und Frauen im Anwendungsbereich der Grundrechtecharta gemäß Art. 51 GRCh keinen Vergünstigungen für das unterrepräsentierte Geschlecht entgegensteht. Ausgleichsfähig sind hiernach konkret nachweisbare, tatsächliche Nachteile, nicht jedoch historische Benachteiligungen für eine geschützte Personengruppe,⁵⁶ schon weil der relevante Zeitraum kaum rechtssicher zu determinieren wäre. Vor allem aber stellt die Bevorzugung von Personen eines Geschlechts, obwohl diese aktuell gar nicht (mehr) benachteiligt werden, eine unverhältnismäßige Diskriminierung des anderen Geschlechts dar.⁵⁷ Man wird dem Gesetzgeber insoweit aber einen gewissen Beurteilungsspielraum zubilligen müssen.

II. Schutzzwecke

Es hat sich eingebürgert, die Begriffe „Gleichbehandlung“ und „Diskriminierung“ verbal gleichzusetzen. Auch die Schöpfer der Grundrechtecharta haben die Diskriminierungsverbote gemäß Art. 21 und 23 GRCh im Abschnitt über Gleichheitsrechte platziert. Vor diesem Hintergrund kann es nicht überraschen, dass die Diskriminierungsverbote zuweilen auch inhaltlich mit verteilungsbezogenen Aspekten aufgeladen werden.⁵⁸ So sol-

55 Frenz (Fn. 8), Rn. 3394 ff.; Mohr, in: Franzen/Gallner/Oetker (Fn. 7), EU-GRC Art. 23 Rn. 12; anderer Ansicht Nußberger, in: Tettinger/Stern, Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, GRC Art. 23 Rn. 71, die in Art. 23 Abs. 1 GRCh ein materielles Gleichheitskonzept verortet.

56 Mohr, in: Franzen/Gallner/Oetker (Fn. 7), EU-GRC Art. 23 Rn. 16; anderer Ansicht Eichenhofer, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, AEUV Art. 157 Rn. 26.

57 Zu den Schranken positiver Fördermaßnahmen vgl. EuGH 17.10.1995 – C-450/93 Rn. 23 – Kalanke/Freie Hansestadt Bremen; EuGH 19.3.2002 – C-476/99 Rn. 39 – Lommers. Der EuGH hat nach Inkrafttreten des Art. 157 Abs. 4 AEUV – auf den Art. 23 Abs. 2 GRCh Bezug nimmt – offen gelassen, ob seine vormalige Rechtsprechung zur Unzulässigkeit starrer Quotenregelungen fortgilt, vgl. EuGH 30.9.2004 – C-319/03 Rn. 29 ff. – Briheche. Aus seinen nachfolgenden Judikaten lässt sich freilich entnehmen, dass dies wohl der Fall ist, vgl. EuGH 30.9.2010 – C-104/09 Rn. 33 ff. – Roca Álvarez; siehe dazu Dahm, Stillurlaub für Väter?!, EuZA 4 (2011), 396. Näher Mohr, in: Franzen/Gallner/Oetker (Fn. 7), EU-GRC Art. 23 Rn. 17 ff.

58 Zur menschenrechtlichen Begründung siehe etwa Erwägungsgründe 2 und 3 der Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13.12.2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu

len diese etwa nach der Regierungsbegründung zum deutschen AGG „sozial unerwünschte Ungleichbehandlungen“ verhindern und die „soziale Lage“ von strukturell benachteiligten Personengruppen verbessern.⁵⁹ Dies könnte den Schluss nahelegen, dass es dem Gesetzgeber nicht allein um einen abwehrenden Schutz bestimmter Personengruppen vor Herabwürdigungen wegen der geschützten Merkmale, sondern auch um eine „positive“ Gleichstellung bei der Verteilung wirtschaftlichen Wohlstands gegangen ist, unter gewisser Aufweichung des Gegensatzes zwischen einem Schutz vor Benachteiligungen und positiven Förderungsmaßnahmen. Manche betonen ergänzend, dass ein „integrativer Diskriminierungsschutz“ auch den Unternehmen zugutekomme, indem er den „inneren Frieden“ der Gesellschaft sichere.⁶⁰ Diese harmonisierende Einschätzung wurde mittlerweile freilich durch das Phänomen eines berufsmäßig betriebenen Rechtsmissbrauchs relativiert,⁶¹ neudeutsch eines „AGG-Hopping“.⁶² Gleichwohl ist auch im Entwurf der Kommission für die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie zu lesen, dass ein umfassender Diskriminierungsschutz die Staatshaushalte entlaste und das Wirtschaftswachstum stärke, und zwar „durch eine Reduzierung der öffentlichen Ausgaben für soziale Sicherung und soziale Unterstützung, durch die Erhöhung der Kaufkraft der einzelnen Haushalte und durch Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen, die alle auf dem Arbeitsmarkt verfügbaren Ressourcen optimal nutzen“ könnten.⁶³ Nicht zuletzt die durch die Union im Zuge der Finanz- und Wirtschaftskrise getroffenen Maßnahmen zur Reduzierung grundlegender arbeitsrechtlicher Schutzstandards in einzelnen Mitgliedstaaten lassen auch an dieser Einschätzung Zweifel aufkommen.⁶⁴

und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (Amtsblatt EU 2004 L 373/37).

59 Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung, BT-Drucks. 16/1780, S. 22 f.; vgl. auch *Neuner*, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, JZ 2003, 57, 58.

60 *Neuner*, JZ 2003, 57, 58.

61 Dazu *Mohr*, in: *Franzen/Gallner/Oetker* (Fn. 7), RL 2000/78/EG Art. 2 Rn. 18 und 24; mit Blick auf den Ausgleich immaterieller Schäden auch EuGH 17.12. 2015 – C-407/14 – *Arjona Lamacho* mit Anmerkung *Schubert*, EuZA 9 (2016), 480 ff.

62 *Adomeit/Mohr*, Editorial, BB 2008, Heft 34; siehe auch den Vorlagebeschluss BAG 18.6. 2015 – 8 AZR 848/13 (A), NZA 2015, 1063.

63 Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über bestimmte Maßnahmen der Gemeinschaft zur Bekämpfung von Diskriminierungen, KOM(99) 564 endg., Anhang, Folgenabschätzung, 4.

64 Siehe am Beispiel Griechenlands *Busch/Hermann/Hinrichs/Schulten*, Eurokrise, Austeritätspolitik und das Europäische Sozialmodell (FES-Studie), 2012;

Auch dogmatisch ist eine Zusammenführung von allgemeinem Gleichheitssatz und spezifischen Diskriminierungsverboten eher verunklarend, handelt es sich bei Diskriminierungsverboten doch gerade nicht um Gleichheitsrechte, sondern um Abwehrrechte zum Schutz der individuellen Persönlichkeit und, bei besonders schwerwiegenden Benachteiligungen wie solchen wegen einer zugeschriebenen „Rasse“, auch zum Schutz der Menschenwürde.⁶⁵ Privatrechtliche Diskriminierungsverbote schützen damit besondere Persönlichkeitsrechte, die neben den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach § 823 Abs.1 BGB treten.⁶⁶ So beziehen sich arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote anders als der Gleichheitssatz auf einen bestimmten Lebensbereich, weshalb bei ihnen ein Schutzbereich zu ermitteln ist.⁶⁷ Weiterhin wird ihr Tatbestand anders als beim Gleichheitssatz nicht durch das Merkmal der Ungleichbehandlung, sondern durch dasjenige der nicht zulässigen Benachteiligung geprägt. Zwar spricht die Definition der unmittelbaren Diskriminierung von einer Benachteiligung gegenüber einer anderen Person in einer vergleichbaren Situation.⁶⁸ Die dadurch geforderte Vergleichsbetrachtung ist für die Bestimmung des Unwertgehalts einer Verhaltensweise aber nicht konstitutiv, sondern stellt ein normatives Hilfsmittel dar, um die erlaubten von den verbotenen Verhaltensweisen zu unterscheiden. Dies verdeutlicht ein Seitenblick auf das Verbot eines Missbrauchs unternehmerischer Marktmacht gemäß Art. 102 AEUV, das ebenfalls sachwidrige Differenzierungen

Schulten, WSI-Mindestlohnbericht 2012 – Schwache Mindestlohnentwicklung unter staatlicher Austeritätspolitik, WSI-Mitteilungen 2012, 124.

- 65 *Mohr*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Fn. 7), EU-GRC Art. 21 Rn. 2 f.; *Mohr*, ZHR 178 (2014), 326, 349 f.; *ders.*, Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote zwischen Marktwirtschaft und Sozialstaat, Festschrift Adomeit, 2008, S. 477, 480 ff.; *Adomeit/Mohr*, Die mittelbare Diskriminierung als Instrument überindividueller Verhaltenssteuerung, RdA 2011, 102, 104; anderer Ansicht *Schubert*, ZfA 2013, 1, 27 f.; *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 537 ff.
- 66 Siehe zu dieser Unterscheidung statt anderer *Mann*, in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, § 823 BGB Rn. 6; im vorliegenden Zusammenhang BAG 19.12. 2013 – 6 AZR 190/12, NZA 2014, 372 Rn. 38: „Nach der Wertung des Gesetzgebers stellen Benachteiligungen wegen eines der in § 1 AGG genannten Merkmale regelmäßig eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dar.“
- 67 Siehe zu Art. 23 Abs. 2 GG *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Aufl. 2013, Art. 21 EU-GRC Rn. 3.
- 68 Art. 2 Abs. 2 lit. a Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29.6. 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (Amtsblatt EG 2000 L 180/22), Art. 2 Abs. 2 lit. a Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11. 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (Amtsblatt EG 2000 L 303/16) und Art. 2 Abs. 1 lit. a Richtlinie 2006/54/EG (Fn. 21).

verbietet,⁶⁹ wenn auch im Hinblick auf den Schutz der wirtschaftlichen Selbstbestimmung der Verbraucher und damit zusammenhängend der freien Wettbewerbsprozesse.⁷⁰ Jedenfalls für die Generalklausel des Art. 102 Satz 1 AEUV ist seit Langem anerkannt, dass eine Wettbewerbsbeschränkung zwar durch einen Vergleich mit anderen Unternehmen auf vergleichbaren Märkten ermittelt werden kann, was eine praktikable Rechtsanwendung ermöglicht, aber auch durch andere relevante Vorgehensweisen. Es ist mit anderen Worten zwischen dem Kontrollmaßstab und den Kontrollmethoden zu differenzieren.⁷¹ Vor diesem Hintergrund wird im vorliegenden Zusammenhang auch die normative Gleichstellung der Belästigung mit der Diskriminierung verständlich.⁷² Eine solche Gleichstellung ist wertungsmäßig nämlich nur dann stimmig, wenn man die Diskriminierungsverbote auf einen abwehrrechtlichen Schutz der individuellen Persönlichkeit zurückführt; denn die Belästigung einer geschützten Person wird nicht dadurch zulässig, dass eine solche auch gegenüber nicht geschützten Personen erfolgt, in Form einer Gleichbehandlung im Unrecht.⁷³

Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote haben somit eine freiheits-sichernde Ausrichtung.⁷⁴ Sie schützen die tatsächlichen Voraussetzungen, unter denen eine chancengleiche Ausübung von privaten Freiheitsrechten möglich ist,⁷⁵ indem sie besonders verletzliche Ausprägungen der individuellen Persönlichkeit sowie entsprechende Eingriffsformen konkretisie-

69 Diskriminierungen von Handelspartnern werden explizit von Art. 102 Satz 2 lit. c AEUV untersagt. Diskriminierungen von privaten Endverbrauchern fallen unter die Generalklausel des Art. 102 Satz 1 AEUV; vgl. dazu *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), EU-Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, AEUV Art. 102 Rn. 375 ff.

70 *Mohr*, Sicherung (Fn. 4), S. 479 ff.

71 *Neumann*, Allgemeine Wettbewerbstheorie und Preismissbrauchsaufsicht, 1983, S. 380; *Mohr*, in: Berliner Kommentar zum Energierecht (BerlKomm-EnR), 3. Aufl. 2014, § 29 GWB Rn. 28 ff.; *Mohr*, Sicherung (Fn. 4), S. 492 ff.

72 Art. 2 Abs. 3 Richtlinie 2000/43/EG, Art. 2 Abs. 3 Richtlinie 2000/78/EG und Art. 2 Abs. 2 lit. a Richtlinie 2006/54/EG; zur Fiktionswirkung, wonach die zum Diskriminierungsverbot entwickelten Grundsätze auf dasjenige der Belästigung übertragen werden können, vgl. EuGH 17.7. 2008 – C-303/06 Rn. 58 ff. – Coleman; siehe dazu *Sutschet*, Assoziierte Diskriminierung, EuZA 2 (2009), 245.

73 *Thüsing*, Die Entwicklung des US-amerikanischen Arbeitsrechts in den Jahren 1999 und 2000, NZA 2001, 939, 941; *Feuerborn*, Nachbesserungsbedarf beim Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht – Baumängel der Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, JR 2008, 485, 487; *Adomeit/Mohr* (Fn. 11), § 3 Rn. 211.

74 *Mohr*, ZHR 178 (2014), 326, 350; *Wiedemann*, Tarifvertrag und Diskriminierungsschutz, NZA 2007, 950; *Bader*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, S. 50 ff.

75 BAG 19.12. 2013 – 6 AZR 190/12 (Fn. 66), Rn. 38.

ren, im Sinne einer normativ vorstrukturierten Interessenabwägung.⁷⁶ Dies trägt der historisch bestätigten Erfahrung Rechnung, dass eine Ausgrenzung durch sachwidrige Schlechterstellung oder durch unfaire Behandlung ein Leben in chancengleicher Freiheit unmöglich machen oder derart gravierend erschweren kann, dass ein Eingreifen der Rechtsordnung erforderlich ist.⁷⁷ Sofern das Sekundärrecht die Diskriminierungsverbote trotzdem in einen Zusammenhang zum Gleichheitssatz bringt, wird dieser scheinbare Widerspruch durch das Unionsrecht selbst dahingehend aufgelöst, dass die Vokabel „Gleichbehandlungsgrundsatz“ sektorspezifisch als Verbot von Diskriminierungen verstanden wird.⁷⁸ Die Vokabel „Gleichbehandlung“ hat somit eine spezifisch diskriminierungsrechtliche Bedeutung, die trennscharf von einem systemwidrigen Gebot allgemeiner Gleichbehandlung im Privatrecht zu unterscheiden ist.⁷⁹ Sowohl das Individual-⁸⁰ als auch das Kollektivvertragsrecht⁸¹ sind vielmehr weiterhin vom Grundsatz der Vertragsfreiheit geprägt.⁸² Dieser wird auch im Unionsrecht durch spezielle Freiheitsrechte sowie durch die Grundfreiheiten geschützt. Mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit ist eine allgemeine Gleichbehandlung im Privatrecht aber unvereinbar.⁸³

III. Geschützte Personen

Die abwehrrechtliche Funktion der Vorschriften gegen Diskriminierungen setzt sich bei der Interpretation der geschützten Merkmale fort.

-
- 76 *Nettesheim*, Diskriminierungsschutz ohne Benachteiligung?, EuZW 2013, 48, 50; siehe auch BAG 24.9. 2009 – 8 AZR 636/08, NZA 2010, 159 Rn. 46 f.
- 77 *Nettesheim*, EuZW 2013, 48, 50.
- 78 Siehe auch Erwägungsgrund 9 der Richtlinie 2000/78/EG.
- 79 *Richardi*, Janusköpfigkeit der Pflicht zur Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, ZfA 2008, 31; *Stein*, in: Wendeling-Schröder/Stein, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2008, § 1 Rn. 10; *Adomeit/Mohr*, Zugangsgleichheit und Entgeltgleichheit bei Beschäftigungsverhältnissen als verschiedenartige Ziele des AGG, JZ 2009, 183; für ein „egalitaristisches“ Verständnis *Grünberger* (Fn. 65), S. 543 ff., insbesondere S. 560.
- 80 Statt anderer *Linck*, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 16. Aufl. 2015, § 31 Rn. 2.
- 81 Zur Tarifautonomie als kollektiv ausgeübter Privatautonomie *Junker*, Der Flächentarifvertrag im Spannungsverhältnis von Tarifautonomie und betrieblicher Regelung, ZfA 1996, 383, 392; *Henssler*, Tarifautonomie und Gesetzgebung, ZfA 1998, 1, 21; *Däubler*, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 3. Aufl. 2012, S. 56; *Kempen*, in: Kempen/Zachert (Hrsg.), TVG, 5. Aufl. 2014, Grundlagen Rn. 63.
- 82 *Mohr*, Sicherung (Fn. 4), S. 129 ff.
- 83 Gegen eine „Inflation“ des Begriffs der Diskriminierung schon *Adomeit*, Diskriminierung – Inflation eines Begriffs, NJW 2002, 1622 f.; abgedruckt auch in *ders.*, Gleichbehandlung als Problem, 2014, S. 37 ff.

1. Allgemeine Grundsätze

Die Richtlinien gegen Diskriminierungen schützen Personen wegen acht verschiedener Merkmale, die teilweise in engem inhaltlichem Zusammenhang zueinander stehen, man denke an das Geschlecht und die sexuelle Ausrichtung, die „Rasse“ und die ethnische Herkunft, oder die Religion und die Weltanschauung. Die vorbenannten Merkmale betreffen ebenso wie dasjenige der Behinderung insbesondere solche Eigenschaften, die einem Menschen unverfügbar und weitgehend unveränderlich anhaften, und die deshalb seine individuelle Persönlichkeit prägen, ohne den persönlichen Wert oder die individuellen Fähigkeiten in unterschiedlichen realen Zusammenhängen zu determinieren.⁸⁴ Die Diskriminierungsverbote schützen deshalb die Menschen vor irrationalen Typisierungen, die derartig unverfügbare und unveränderliche Merkmale in Zusammenhang mit Eigenschaften stellen, die in Beziehung zu den jeweiligen Umständen individuell verschieden sowie relativ sind.⁸⁵ Privatrechtliche Diskriminierungsverbote dienen damit – wie bereits gesehen – dem Schutz der individuellen Persönlichkeit und der Herstellung gleicher Freiheitschancen.⁸⁶

Gewisse Besonderheiten gelten für das Merkmal „Alter“, da im Gegensatz zu den anderen Merkmalen sehr viel mehr ökonomisch-rationale sowie gesellschaftlich akzeptierte Typisierungen denkbar sind.⁸⁷ Das Verbot der Altersdiskriminierung erfasst deshalb eine viel komplexere Form der irrationalen Verknüpfung von Eigenschaften als die anderen Diskriminierungsverbote.⁸⁸ Dies bricht sich, wie noch zu zeigen ist, in der Komplexität der sekundärrechtlichen Vorgaben und der darauf beruhenden Rechtsprechung Bahn.

Die Aufzählung der geschützten Merkmale in den Antidiskriminierungsrichtlinien ist – wie ein Blick auf deren Rechtsgrundlagen in Art. 19 Abs. 1 AEUV und in Art. 157 Abs. 3 AEUV bestätigt – abschließend. Die geschützten Merkmale können somit nicht erweiternd auf sonstige Personen oder Sachverhalte erstreckt werden.⁸⁹ Vor diesem Hintergrund gewinnt die Ermittlung ihres Aussagegehalts besondere Relevanz. Dies hat unionsrecht-

84 Mager, Altersdiskriminierung – Eine Untersuchung zu Konzept und Funktionen eines ungewöhnlichen Diskriminierungsverbots, Festschrift Säcker, 2011, S. 1075.

85 Mager, Festschrift Säcker, 2011, S. 1075.

86 Grundlegend Lobinger, Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverbote, Privatautonomie im modernen Zivil- und Arbeitsrecht, in: Isensee (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, S. 99, 141 ff.; daran anschließend Mager, Festschrift Säcker, 2011, S. 1075.

87 Mager, Festschrift Säcker, 2011, S. 1075, 1076.

88 Mager, Festschrift Säcker, 2011, S. 1075; Mohr, ZHR 178 (2014), 326, 330.

89 Junker/Aldea, Augenmaß im Europäischen Arbeitsrecht – Die Urteile Adeneler und Navas, EuZW 2007, 13, 17.

lich autonom und einheitlich zu erfolgen.⁹⁰ Das Unionsrecht untersagt es den Mitgliedstaaten zwar nicht, Vorschriften einzuführen oder beizubehalten, die günstiger als die Richtlinien sind.⁹¹ Worin diese „Günstigkeit“ liegt, ist jedoch nicht nach mitgliedstaatlichem Recht, sondern mit Blick auf die Schutzzwecke des unionalen Rechts gegen Diskriminierungen zu bestimmen. Dieses schützt wie gesehen vor allem die Persönlichkeitsrechte vor bestimmten Eingriffsformen. Zu beachten ist zudem die grundrechtliche Überformung des Rechts gegen Diskriminierungen und dessen Einbettung in eine wettbewerbliche und soziale Marktwirtschaft im Sinne des Art. 3 Abs. 3 EUV.⁹² Die Mitgliedstaaten können Arbeitnehmer hiernach zwar auch vor Benachteiligungen wegen anderer, bislang nicht unionsrechtlich anerkannter Diskriminierungsmerkmale schützen.⁹³ Nicht zulässig ist es aber, den Schutz vor Diskriminierungen gesellschaftspolitisch als Gebot einer allgemeinen Gleichbehandlung im Privatrecht umzu-
deuten.

Im Gegensatz zu den Antidiskriminierungsrichtlinien wird das grundrechtliche Verbot von Diskriminierungen wegen personenbezogener Merkmale gemäß Art. 21 Abs. 1 GRCh im Hinblick auf seinen Wortlaut, der von „insbesondere“ spricht, überwiegend als nicht abschließend betrachtet. Das Grundrecht soll vielmehr sachwidrige Unterscheidungen wegen sämtlicher personenbezogener Merkmale erfassen,⁹⁴ weshalb im Schrifttum sogar eine exakte Abgrenzung der einzelnen Merkmale für entbehrlich angesehen wird.⁹⁵ Diese Sichtweise findet eine gewisse Parallele in der Rechtsprechung des EGMR zum akzessorischen Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK, wonach es allein entscheidend sei, dass sich eine unterschiedliche Behandlung auf ein erkennbares, sachliches oder persönliches Merkmal oder einen entsprechenden „Status“ stütze, wodurch sich Personen oder Personengruppen voneinander unterscheiden.⁹⁶ Ein allgemeines Diskriminierungsverbot nähert sich in seiner Kontrollintensität freilich dem Gleichheitssatz des Art. 20 GRCh an, weshalb es im Vergleich zum *Status quo* wohl keine Intensivierung der Schutzintensität mit sich

-
- 90 EuGH 11.7. 2006 – C-13/05 Rn. 40 – Chacón Navás; *Grünberger* (Fn. 65), S. 575.
- 91 Art. 6 Abs. 1 Richtlinie 2000/43/EG, Art. 8 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG und Art. 27 Abs. 1 Richtlinie 2006/54/EG.
- 92 *Mohr*, Festschrift Adomeit, 2008, S. 477 ff.; *Adomeit/Mohr*, RdA 2011, 102 ff.
- 93 Siehe zur symptomlosen HIV-Infektion als Behinderung im Sinne des AGG BAG 19.12. 2013 – 6 AZR 190/12 (Fn. 66); vgl. auch *Oetker*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (MünchArbR), 2009, § 14 Rn. 18; *Mohr*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Fn. 7), RL 2000/78/EG Art. 9 Rn. 4.
- 94 *Streinz*, in: *Streinz* (Fn. 56), EU-GRC Art. 21 Rn. 4.
- 95 *Hölscheidt*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, EU-GRC Art. 21 Rn. 39.
- 96 EGMR 10.3. 2011 – Nr. 2700/10 Rn. 56– Kiyutin/Russland.

bringt.⁹⁷ Vor allem aber ist auch im Anwendungsbereich des Art. 21 Abs. 1 GRCh eine Abgrenzung der einzelnen Merkmale erforderlich, da diese einen normativ divergierenden Schutzgehalt aufweisen, man blicke nur auf das Merkmal „Geschlecht“ in Abgrenzung zum „Alter“. Im Einzelnen:

2. Die einzelnen Merkmale

a) Geschlecht

Der Begriff des Geschlechts ist biologisch zu verstehen, im Sinne einer Unterscheidung zwischen Männern und Frauen.⁹⁸ Mit Blick auf die geschlechtsneutrale Formulierung können sich grundsätzlich auch Männer auf den Schutz vor Diskriminierungen berufen, auch wenn in der Rechtswirklichkeit der Schutz von Frauen im Vordergrund steht.⁹⁹ So sollen etwa nach der Erklärung 28 in der Schlussakte des Vertrags von Amsterdam die Fördermaßnahmen der Mitgliedstaaten nach Art. 141 Abs. 4 EG (Art. 157 Abs. 4 AEUV) in erster Linie der Verbesserung der Lage von Frauen im Arbeitsleben dienen.¹⁰⁰

Der EuGH subsumiert unter das biologische Geschlecht auch die Schwangerschaft und die Mutterschaft einer Frau.¹⁰¹ Nachdem die dogmatische Einordnung dieser Rechtsprechung lange Zeit unklar blieb,¹⁰² wird sie neuerdings – als Ausdruck der Herausbildung allgemeiner Grundsätze des Rechts gegen Diskriminierungen – unter die Überschrift „Diskriminierung von Teilgruppen“ gefasst.¹⁰³ Bei dieser geht es um den Schutz von Personen mit solchen Merkmalen, die nur verbunden mit einem verbotenen Unterscheidungsmerkmal vorkommen, aber eben nicht immer. Im Unterschied zur unmittelbaren Diskriminierung führt die Gruppenbildung also nicht zur Homogenität der benachteiligten wie auch der begünstigten Gruppe hinsichtlich des geschützten Merkmals, sondern nur zur Grup-

97 Zur differenzierten Rechtfertigung siehe EGMR 29.4.2008 – Nr. 13378/05 Rn. 60 – Burden/Vereinigtes Königreich.

98 Mohr, in: Franzen/Gallner/Oetker (Fn. 7), RL 2006/54/EG Art. 1 Rn. 13; Oetker, in: MünchArbR (Fn. 93), § 14 Rn. 10; Preis, Diskriminierungsschutz zwischen EuGH und AGG (Teil I und II), ZESAR 2007, 308, 311.

99 Eine Diskriminierung von Männern behandelt EuGH 17.7.2014 – C-173/13 – Leone; dazu Junker, Die Rechtsprechung des EuGH zum europäischen Arbeitsrecht im Jahr 2014, RIW 2015, 1, 5.

100 Siehe auch die Berichtspflicht in Art. 31 Abs. 2 Richtlinie 2006/54/EG; dazu die Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses (Fn. 22), S. 33.

101 EuGH 12.7.1984 – 184/83 Rn. 24 ff. – Hoffmann; EuGH 8.1.1990 – C-177/88 – Dekker; EuGH 5.5.1994 – C-421/92 – Habermann-Beltermann.

102 Mohr, Schutz (Fn. 1), S. 254 ff.

103 Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2. Aufl. 2013, Rn. 237.

penhomogenität bei den von der Regelung benachteiligten Personen.¹⁰⁴ Mit Blick auf das übergreifende Regelungsziel, die individuelle Persönlichkeit der Betroffenen vor bestimmten sachwidrigen Verhaltensweisen zu schützen, ist die Gleichsetzung von Schwangerschaft und Mutterschaft mit dem Geschlecht nicht zweifelsfrei. Auf der einen Seite handelt es sich aus Sicht der Unternehmen um eine ökonomisch rationale Verhaltensweise, sofern sie die mit einer Schwangerschaft und Mutterschaft verbundenen finanziellen und organisatorischen Belastungen zu vermeiden suchen.¹⁰⁵ Auf der anderen Seite sind Schwangerschaft und Mutterschaft derart „unveränderlich“ und „unverfügbar“ mit dem weiblichen Geschlecht verbunden, dass es wertungsmäßig vertretbar erscheint, sie in den Schutz vor Diskriminierungen wegen des weiblichen Geschlechts mit einzubeziehen.

Wie gesehen, erfassen die geschützten Merkmale auch Unterscheidungen nach vergrößernd-typisierenden Rollenmustern, vorliegend also nach pauschalen Geschlechterrollen.¹⁰⁶ Zwar ist es nicht die Aufgabe der unternehmerischen Personalpolitik, die gesellschaftliche Rollenverteilung zu ändern, zumal bestimmte Gegebenheiten auch auf der selbstbestimmten Entscheidung der Bürger beruhen können.¹⁰⁷ Ein Arbeitgeber wird zudem nur selten in der Lage sein, gesellschaftliche Gegebenheiten, die der Erwerbstätigkeit und dem beruflichen Aufstieg von Frauen entgegenstehen, durch seine Personalpolitik auszugleichen. Es entspricht vielmehr allgemeiner Lebenserfahrung, dass ein beruflicher Aufstieg häufig eine nicht unerhebliche Flexibilität voraussetzt, die sich mit der häufig von Frauen wahrgenommenen Kindererziehung nicht oder nur schlecht vereinbaren lässt.¹⁰⁸ Auch wirken sich längere Unterbrechungen der Erwerbstätigkeit wegen Arbeitsfreistellungen infolge von Schwangerschaft, Mutterschutz und Elternzeit negativ auf die Chancen zum beruflichen Aufstieg aus, obwohl der Arbeitsplatz als solcher während dieser Zeiten grundsätzlich garantiert ist.¹⁰⁹ Nicht zulässig ist es aber mit dem BAG, wenn der Arbeitgeber bei Regelungen oder Maßnahmen zulasten von Individuen an die vorhandene gesellschaftliche Rollenverteilung anknüpft und diese in die Mo-

104 Rupp, RdA 2009, 307, 309.

105 Canaris, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 78; dazu Adomeit, NJW 1998, 3259.

106 BAG 18.9. 2014 – 8 AZR 753/13, AP Nr. 10 zu § 3 AGG Rn. 28 ff.

107 So zum Argument, der berufliche Aufstieg von Arbeitnehmerinnen scheitere an sog. gläsernen Decken, das BAG 27.1. 2011 – 8 AZR 483/09, NZA 2011, 689 Rn. 32.

108 BAG 27.1. 2011 – 8 AZR 483/09 (Fn. 107), Rn. 32.

109 BAG 27.1. 2011 – 8 AZR 483/09 (Fn. 107) Rn. 32; siehe auch Art. 15 Richtlinie 2006/54/EG.

tivation einer Entscheidung mit einbezieht.¹¹⁰ Auf die vom BAG damit vorgenommene Verknüpfung der Benachteiligung mit der Motivation des Arbeitgebers bei personellen Einzelmaßnahmen ist bei der Bestimmung des Unwertgehalts der unmittelbaren Diskriminierung zurückzukommen.

b) Sexuelle Ausrichtung

Vom Geschlecht zu unterscheiden ist die sexuelle Ausrichtung. Diese wird sowohl im Rahmen des Art. 21 Abs. 1 GRCh als auch im Rahmen der Richtlinie 2000/78/EG durch ein eigenes Diskriminierungsmerkmal adressiert und differenziert behandelt. Die „sexuelle Ausrichtung“ knüpft an die unveränderlich-objektive sexuelle Veranlagung eines Menschen an und bezieht sich sowohl auf das eigene Geschlecht als auch auf das Geschlecht des Sexualpartners.¹¹¹ Zur objektiven sexuellen Veranlagung zählen insbesondere die Heterosexualität, die Homosexualität und die Bisexualität. Weiterhin werden von der sexuellen Ausrichtung nach der Rechtsprechung des EuGH auch subjektive Ansichten über die Geschlechtsidentität erfasst,¹¹² da auch diese den Menschen – nach eigener Einschätzung – unverfügbar und unveränderlich anhaftet. Nicht geschützt werden demgegenüber konkrete sexuelle Verhaltensweisen, sofern sie nicht derart eng mit der sexuellen Ausrichtung verbunden sind, dass eine Benachteiligung wegen dieser stellvertretend für eine solche wegen der generellen sexuellen Ausrichtung erfolgt.¹¹³

c) „Rasse“ und ethnische Herkunft

Der Begriff „Rasse“ bezieht sich auf die wissenschaftlich nicht begründete, irrational-typisierende Einteilung von Menschen wegen ihrer Erbanlagen und ihrer morphologischen Züge wie der Hautfarbe oder der Gesichtsfarbe.¹¹⁴ Es handelt sich um kein tatsächliches Merkmal, da es – anders als verschiedene Ethnien – keine verschiedenen menschlichen Rassen gibt.¹¹⁵ Der Schutz von Menschen vor Diskriminierungen wegen einer zugeschriebenen Rasse und der damit verbundenen irrationalen Typisierung soll vielmehr „rassistische Tendenzen“ konsequent bekämpfen, ohne das da-

¹¹⁰ BAG 18.9. 2014 – 8 AZR 753/13 (Fn. 106), Rn. 28 ff.

¹¹¹ Adomeit/Mohr (Fn. 11), § 1 Rn. 164.

¹¹² EuGH 30.4. 1996 – C-13/94 Rn. 20 – P/S; EuGH 7.1. 2004 – C-117/01 Rn. 28 ff. – K.B.; EuGH 27.4. 2006 – C-423/04 Rn. 20 ff. – Richards.

¹¹³ Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, KOM(1999) 565 endg. (Amtsblatt EG 2000 C 177 E/42).

¹¹⁴ Meyer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. 2011, Art. 14 Rn. 21; Hölscheidt, in: Meyer (Fn. 95), EU-GRC Art. 21 Rn. 43; Frenz (Fn. 8), Rn. 3263.

¹¹⁵ Erwägungsgrund 6 Richtlinie 2000/43/EG.

mit irgendwelche „Rassentheorien“ aufgegriffen, geschweige denn anerkannt werden.¹¹⁶

Die ethnische Herkunft zielt auf die Zugehörigkeit eines Menschen zu einer durch Sprache und/oder kulturelle Merkmale verbundenen Gemeinschaft,¹¹⁷ mit anderen Worten zu einem Volk.¹¹⁸ Im Interesse eines effektiven Schutzes von Persönlichkeit und Menschenwürde sind beide Merkmale weit zu verstehen.¹¹⁹ Sie umfassen deshalb auch Kriterien, wie sie das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 7.3. 1966 benennt, namentlich die Hautfarbe, die Abstammung, den nationalen Ursprung und das sog. Volkstum.¹²⁰

Wie Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 2000/43/EG in Verbindung mit Erwägungsgrund 13 klarstellt, zählt die Staatsangehörigkeit kraft gesetzlicher Fiktion nicht zur ethnischen Herkunft im Sinne des sekundären Rechts gegen Diskriminierungen. Allerdings kann eine Diskriminierung wegen der Ethnie vorliegen, wenn eine Regelung oder Maßnahme nur scheinbar an die Staatsangehörigkeit anknüpft, in Wirklichkeit aber die Zugehörigkeit zu einer Volks- und Kulturgemeinschaft ausschlaggebend ist.¹²¹ Das Unionsrecht enthält zudem mit Art. 18 Abs. 1 AEUV, den Grundfreiheiten gemäß Art. 26 ff. AEUV sowie mit Art. 21 Abs. 2 GRCh eigenständige – allerdings an die Union bzw. die Mitgliedstaaten gerichtete – Diskriminierungsverbote wegen der Staatsangehörigkeit.¹²² Ausgeklammert vom privaten Schutz gegen Diskriminierungen bleiben auch Fragen des Ausländerrechts sowie des Rechts auf Asyl, da es sich um hoheitliche Regelungsbereiche handelt.¹²³

d) Religion und Weltanschauung

Die Begriffe Religion und Weltanschauung sind weder in Art. 19 AEUV noch in Art. 1 Richtlinie 2000/78/EG legal definiert. Das BAG versteht unter Religion, im Unterschied zur Weltanschauung, eine mit der Person

116 Adomeit/Mohr (Fn. 11), § 1 Rn. 44; Oetker, in: MünchArbR (Fn. 93), § 14 Rn. 6.

117 Adomeit/Mohr (Fn. 11), § 1 Rn. 49.

118 Hölscheidt, in: Meyer (Fn. 95), EU-GRC Art. 21 Rn. 43; Jarass (Fn. 67), EU-GRC Art. 21 Rn. 20.

119 BAG 21.6. 2012 – 8 AZR 364/11, NZA 2012, 1345 Rn. 31.

120 BT-Drucks. 16/1780, S. 31; dazu BAG 21.6. 2012 – 8 AZR 364/11 (Fn. 119), Rn. 31.

121 BAG 21.6. 2012 – 8 AZR 364/11 (Fn. 119), Rn. 31; Linck, in: Schaub (Fn. 80), § 36 Rn. 8; näher Mohr, in: Franzen/Gallner/Oetker (Fn. 7), RL 2000/43/EG Art. 2 Rn. 2-4.

122 Ausführlich Mohr, in: Franzen/Gallner/Oetker (Fn. 7), EU-GRC Art. 21 Rn. 107 ff.

123 Näher Mohr, in: Franzen/Gallner/Oetker (Fn. 7), RL 2000/78/EG Art. 3 Rn. 31.

des Menschen verbundene Gewissheit über bestimmte Aussagen zum Weltganzen sowie zur Herkunft und zum Ziel des menschlichen Lebens. Eine Religion legt hiernach eine den Menschen überschreitende und umgreifende, transzendente Wirklichkeit zugrunde, während sich die Weltanschauung auf innerweltliche Bezüge bezieht.¹²⁴ Ein wesentliches Merkmal der Religion ist die subjektive Überzeugung des Einzelnen, die einer Erklärung nach wissenschaftlichen Maßstäben nicht zugänglich sein muss.¹²⁵ Eine allein auf das Selbstverständnis des Einzelnen blickende Bestimmung des Schutzbereichs hätte jedoch zur Folge, dass die Religions- und Weltanschauungsfreiheit letztlich alle menschlichen Eigenarten und Handlungen erfasste,¹²⁶ wie dies für das Unionsrecht in der Tat vertreten wird.¹²⁷ Folgerichtig sollte auch unionsrechtlich nicht allein auf das Selbstverständnis des Grundrechtsträgers, sondern zudem auf den geistigen Gehalt und das äußere Erscheinungsbild abgestellt werden.¹²⁸ Eine derartige Einschränkung dient nicht nur dem Schutz der berechtigten Interessen anderer Grundrechtsträger, sondern auch der rechtssicheren Abgrenzung der geschützten Personen. Der Grundsatz der Rechtssicherheit ist auch unionsrechtlich bei der Bestimmung des geschützten Personenkreises relevant, wie sogleich zum Merkmal „Behinderung“ zu zeigen ist.¹²⁹

Anders als es ein Blick auf die aktuelle weltpolitische Situation zu suggerieren vermag, hatten die Diskriminierungsverbote wegen der Religion und Weltanschauung unionsrechtlich bis dato noch keine überragende Relevanz, anders als das entsprechende Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK in Verbindung mit Art. 9 EMRK.¹³⁰ Dies mag auch an der sog. Kirchenklausel in Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2000/78/EG liegen, die einen besonderen Tatbestand zur Rechtfertigung von Benachteiligungen wegen der Religion und Weltanschauung normiert, der seinerseits im Lichte der

124 BAG 22.3. 1995 – 5 AZB 21/94, NJW 1996, 143, 146; siehe auch *Däubler*, in: *Däubler/Bertzbach* (Hrsg.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, 3. Aufl. 2013, § 1 Rn. 51.

125 *Wank*, Diskriminierung in Europa – Die Umsetzung der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien aus deutscher Sicht, NZA 2004, Sonderbeilage zu Heft 22, S. 16, 20.

126 *Schmidt*, in: *ErfK* (Fn. 30), GG Art. 4 Rn. 6.

127 *Däubler*, Weltanschauung auf europäisch, NJW 2006, 2608.

128 So BVerfG 11.4. 1972 – 2 BvR 75/71, NJW 1972, 1183; BVerfG 5.2. 1991 – 2 BvR 263/86, NJW 1991, 2623, 2625.

129 Hiervon trennscharf zu differenzieren ist die Einschränkung der Reichweite der unionsrechtlichen Diskriminierungsverbote aus den nationalrechtlichen Gesichtspunkten der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes; dagegen EuGH 19.4. 2016 – C-441/14 Rn. 28 ff. – *Dansk Industri*.

130 Weitere Nachweise bei *Mohr*, in: *Franzen/Gallner/Oetker* (Fn. 7), RL 2000/78/EG Art. 1 Rn. 15 ff.

Art. 21 Abs. 1 GRCh, Art. 17 AEUV zu interpretierten ist.¹³¹ In Deutschland werden aktuell vor allem religiös motivierte Bekleidungsvorschriften diskutiert, namentlich das Tragen eines Kopftuchs durch Frauen.¹³² Die komplizierte, auch durch das spezifische Verhältnis der Mitgliedstaaten zu den Kirchen geprägte Problematik wäre einen eigenen Beitrag wert.¹³³

e) Behinderung

Zunehmende praktische Relevanz gewinnt der Schutz vor Diskriminierungen wegen einer Behinderung.¹³⁴ Beginnend mit dem Urteil Ring aus dem Jahr 2013¹³⁵ interpretiert der EuGH den Begriff der Behinderung nach dem Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen. Hiernach soll eine „Behinderung“ auch unionsrechtlich als „eine Einschränkung“ zu erfassen sein, „die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen“ ist, „die in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren den Betroffenen an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben, gleichberechtigt mit den anderen Arbeitnehmern, hindern“ können.¹³⁶ Die körperlichen, seelischen, geistigen oder Sinnesbeeinträchtigungen müssen nach Ansicht des EuGH außerdem – d.h. zusätzlich zur Teilhabeeinschränkung – langfristig sein.¹³⁷ Die Dauer der Krankheit bildet hiernach einen „zeitlichen Filter“, der im Interesse der Rechtssicherheit bestimmt, ab wann eine Krankheit als eine Behinderung zu bewerten ist.¹³⁸ Nicht erheblich ist demgegenüber die Ursache der Behinderung, solange sie zu einer qualitativ und quantitativ relevanten Einschränkung der beruflichen Tätigkeit führt.

131 *Mohr*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Fn. 7), RL 2000/78/EG Art. 1 Rn. 22.

132 Zur Verfassungswidrigkeit eines pauschalen Kopftuchverbots für Lehrkräfte an öffentlichen Schulen siehe das BVerfG 27.1. 2015 – 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10, NJW 2015, 1359.

133 Überblick bei *Mohr*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Fn. 7), RL 2000/78/EG Art. 1 Rn. 23.

134 Aus jüngerer Zeit EuGH 11.4. 2013 – C-335/11 u.a. – Ring; siehe dazu *Selzer*, Krankheit und Behinderung im Diskriminierungsrecht, EuZA 7 (2014), 95; EuGH 4.7. 2013 – C-312/11 – Kommission/Italien; EuGH 18.3. 2014 – C-363/12 – Z.; EuGH 22.5. 2014 – C-356/12 – Glatzel; EuGH 18.12. 2014 – C-354/13 – FOA; siehe dazu *Forst*, Adipositas eines Beschäftigten als Behinderung, EuZA 8 (2015), 241.

135 EuGH 11.4. 2013 – C-335/11 u.a. Rn. 28 ff. – Ring.

136 EuGH 11.4. 2013 – C-335/11 u.a. Rn. 3 ff. – Ring.

137 Grundsätzlich EuGH 11.7. 2006 – C-13/05 – Chacón Navás.

138 EuGH 11.7. 2006 – C-13/05 – Chacón Navás; näher *Bayreuther*, Krankheit als Behinderung im deutschen und amerikanischen Diskriminierungsrecht, Festschrift Reuter, 2010, S. 453, 459 f.; *Selzer*, EuZA 7 (2014), 95, 100 f.

Im Schrifttum werden die vorstehend angedeuteten Besonderheiten des Merkmals Behinderung zuweilen als Anknüpfungspunkt für eine teilhaberechtliche Umdeutung desselben genommen.¹³⁹ Bei einer medizinisch-individuellen Sichtweise würden Einschränkungen behinderter Menschen vor allem durch körperliche, geistige und seelische Beeinträchtigungen erklärt. Einer solchen Sichtweise entspreche ein negativer, die individuelle Persönlichkeit schützender Regelungsansatz. Demgegenüber blicke ein teilhabeorientierter Ansatz primär auf soziale und Umweltbarrieren als Ursachen von Störungen, schütze also vor Teilhabebeeinträchtigungen als Folgen der „sozialen Zuschreibung einer Dysfunktionalität“. Eine derartige Sichtweise findet im Unionsrecht keine Stütze. Dieses differenziert vielmehr zwischen einem Schutz vor persönlichkeitsverletzenden Diskriminierungen wegen einer Behinderung und sozialen („positiven“) Förderungsmaßnahmen zur Beseitigung der Barrieren, die die volle und wirk-same Teilhabe von Menschen mit einer Behinderung am Berufsleben ein-schränken.¹⁴⁰ Demgemäß verpflichtet die Richtlinie 2000/78/EG die Mit-gliedstaaten in einer gesonderten Vorschrift, namentlich in Art. 5, zu an-gemessenen Vorkehrungen zur beruflichen Eingliederung von behinderten Menschen. Die Definition des Begriffs „Behinderung“ geht der Bestim-mung und Beurteilung der entsprechenden Eingliederungsmaßnahmen somit voraus.¹⁴¹

Aus der vorstehenden Rechtsprechung folgt zugleich, dass ein Unterlassen angemessener Vorkehrungen zur Ermöglichung einer Beschäftigung von behinderten Menschen wertungsmäßig keiner Diskriminierung durch ak-tives Tun gleichgestellt werden kann.¹⁴² Während Diskriminierungsver-bote eine Ungleichbehandlung von Personen bzw. Personengruppen we-gen eines bestimmten Grundes verbieten, ihren Schwerpunkt somit auf der Ebene des Tatbestands haben, intendieren Gleichstellungsgebote auf der Rechtsfolgenreise eine Angleichung der Lebensverhältnisse durch eine ausnahmsweise erlaubte Ungleichbehandlung.¹⁴³ Dem unterschiedlichen Gerechtigkeitsgehalt von Diskriminierungsverboten und Gleichstellungs-geboten trägt auch die Richtlinie 2000/78/EG Rechnung, wenn sie die

-
- 139 So – auch zum Folgenden – *Pärli/Naguib/Kuratli*, Schutz vor Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit, 2013, S. 65.
 - 140 EuGH 11.4. 2013 – C-335/11 u.a. Rn. 48 ff. – Ring; EuGH 4.7. 2013 – C-312/11 Rn. 56 ff. – Kommission/Italien; dazu *Mohr*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Fn. 7), RL 2000/78/EG Art. 1 Rn. 30.
 - 141 EuGH 11.4. 2013 – C-335/11 u.a. Rn. 45 – Ring.
 - 142 *Mohr*, Diskriminierung wegen Schwerbehinderung, EZA § 81 SGB IX Nr. 6; an-derer Ansicht *Schiek*, Gleichbehandlungsrichtlinien der EU – Umsetzung im deutschen Arbeitsrecht, NZA 2004, 873, 875; *von Medem*, Beweis und Vermu-tung bei diskriminierender Einstellung, NZA 2007, 545, 548.
 - 143 *Adomeit/Mohr* (Fn. 11), § 3 Rn. 16 ff.; *Mohr*, Schutz (Fn. 1), S. 319 ff.

Verpflichtung zu angemessenen Förderungsmaßnahmen in Art. 5 Satz 3 schon bei ökonomischer Unverhältnismäßigkeit entfallen lässt, wohingegen eine unmittelbare Diskriminierung wegen eines geschützten Merkmals, vorliegend einer Behinderung, wie noch zu zeigen ist nur unter engeren Voraussetzungen zulässig sein soll.

f) Alter

Die Richtlinie 2000/78/EG schützt Arbeitnehmer schließlich vor ungerechtfertigten Benachteiligungen wegen des Lebensalters.¹⁴⁴ Das Diskriminierungsmerkmal Alter hat in der Rechtsprechung des EuGH mittlerweile eine ganz zentrale Bedeutung.¹⁴⁵ Dies wird im Schrifttum auch darauf zurückgeführt, dass Unterscheidungen nach dem Alter im Rechtsbewusstsein vieler Bürger bis zum Inkrafttreten der Gleichbehandlungs-Rahmenrichtlinie gar nicht „verpönt“ gewesen seien, weshalb sich seitdem viele neue Rechts- und Regulationsfragen stellten.¹⁴⁶

Im Ausgangspunkt besteht wohl Einigkeit, dass das Verbot der Altersdiskriminierung historisch verfestigte Differenzierungen nach oder in Zusammenhang mit dem Alter auf ihre sozialpolitische¹⁴⁷ und betriebswirtschaftliche Berechtigung¹⁴⁸ hinterfragen will. Noch immer nicht geklärt ist demgegenüber, welche die tragenden Wertungsgesichtspunkte sind. Dies hängt mit den Eigenarten des Diskriminierungsmerkmals zusammen: Während Menschen jedenfalls biologisch entweder Männer oder Frauen sind, haben alle Menschen ein bestimmtes biologisches Alter im Sinne der vergangenen Zeit ihres Lebens.¹⁴⁹ Das Verbot von Diskriminierungen wegen des Alters schützt deshalb *de lege lata* nicht nur Personen mit einem besonders niedrigen oder besonders hohen Lebensalter, sondern Menschen jeden Alters.¹⁵⁰ Folgerichtig kann als Aufhänger einer rechtlichen Prüfung nicht auf das Alter an sich abgestellt werden, sondern allein auf dessen individuelle Divergenz auf einer nach Lebensjahren eingeteilten Skala. Insbesondere aber wird die rechtliche Relevanz des Alters regelmäßig erst im Rahmen des konkreten Sachzusammenhangs begründet, während bei anderen Merkmalen – paradigmatisch sind das Geschlecht oder

144 BAG 20.3. 2012 – 9 AZR 529/10, NZA 2012, 803 Rn. 14.

145 EuGH 22.11. 2005 – C-144/04 – Mangold.

146 Schmitz-Scholemann/Brune, Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz – Eine Zwischenbilanz, RdA 2011, 129, 139.

147 Art. 6 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG.

148 Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG.

149 BAG 25.2. 2010 – 6 AZR 911/08, NZA 2010, 561 Rn. 20; Linsenmaier, Das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters, RdA 2003, Sonderbeilage zu Heft 5, S. 22, 25.

150 EuGH 19.1. 2010 – C-555/07 Rn. 29 – Küçükdeveci.

die Ethnie – eine klarere Bewertung auch unabhängig vom jeweiligen Sachzusammenhang möglich ist.¹⁵¹ In diesem Zusammenhang fungiert das Alter häufig als Stellvertretermerkmal, also als „Proxy“ für andere, gesellschaftlich oder ökonomisch akzeptierte Gesichtspunkte wie die Berufserfahrung¹⁵² oder die Leistungsfähigkeit.¹⁵³ In diesem Sinne gehen die verschiedenen Lebensalter mit verschiedenen Kenntnissen, Fähigkeiten und Bedürfnissen einher, die nach wohl immer noch überwiegender Ansicht in Gesellschaft und Ökonomie auch eine unterschiedliche Behandlung nahe legen. Welches jedoch die aner kennenswerten Kenntnisse, Fähigkeiten und Bedürfnisse sind und wie man diese im Einzelfall gewichtet, wird zunehmend differenziert beurteilt: Es ist weitgehend anerkannt, dass die Chancen für ältere Menschen auf dem Arbeitsmarkt bei typisierender Betrachtung abnehmen.¹⁵⁴ Dasselbe gilt für den Umstand, dass ihre körperliche und psychische Belastbarkeit mit dem Alter sinkt und damit ihre Krankheitsanfälligkeit steigt.¹⁵⁵ Noch ungeklärt ist demgegenüber, ob bei zulässig-typisierender Betrachtung auch von einer sinkenden Mobilität sowie einer abnehmenden Flexibilität älterer Menschen auszugehen ist.¹⁵⁶

Diese komplexe Interessenlage legt es nahe, die zu anderen, „absoluten“ Diskriminierungsmerkmalen entwickelte Dogmatik nicht unbesehen auf das „Alter“ zu übertragen.¹⁵⁷ Vielmehr indiziert eine Differenzierung nach dem Alter – insoweit entgegen der eher schematischen Rechtsprechung des EuGH¹⁵⁸ – selbst dann nicht die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens, wenn sie zur Benachteiligung einer Person oder Personengruppe führt. Um als Diskriminierung bewertet werden zu können, muss sich eine Differenzierung nach dem Alter für eine Person negativ auswirken und sie zugleich nachgewiesenermaßen – also nicht kraft normativer Typisierung –

151 Instrukтив *Mager*, Festschrift Säcker, 2011, S. 1075.

152 Und für die Berufserfahrung dient als Proxy wiederum das Dienstalter.

153 Mit Blick auf Altersgrenzen siehe *Mohr*, Unwirksamkeit tariflicher Altersgrenzen für das Cockpitpersonal von Fluggesellschaften, SAE 2013, 36; vgl. auch *Mohr*, Altersdiskriminierung durch Stellenausschreibung für „Young Professionals“, NZA 2014, 459 ff.

154 Dazu BAG 15.12. 2011 – 2 AZR 42/10, NZA 2012, 1044 Rn. 56.

155 EuGH 13.9. 2011 – C-447/09 Rn. 67 – Prigge u.a.; dazu *Mohr*, SAE 2013, 36, 40.

156 Dagegen der 8. Senat des BAG 24.1. 2013 – 8 AZR 429/11, NZA 2013, 498 Rn. 57 mit kritischer Besprechung *Mohr*, NZA 2014, 459. Dafür der 2. Senat des BAG 15.12. 2011 – 2 AZR 42/10 (Fn. 154), Rn. 56.

157 BAG 25.2. 2010 – 6 AZR 911/08 (Fn. 149), Rn. 19; ausführlich *Mohr*, NZA 2014, 459; *ders.*, ZHR 178 (2014), 326, 330 f.

158 Siehe zu § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB EuGH 19.1. 2010 – C-555/07 Rn. 28 ff. – Küçükdeveci.

in der Persönlichkeit zurücksetzen.¹⁵⁹ Die Rechtswidrigkeit ist somit durch eine Interessenabwägung zu ermitteln, wie sie vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht bekannt ist.¹⁶⁰ In diesem Zusammenhang sind die unterschiedlichen Fähigkeiten und Interessen von Arbeitnehmern verschiedenen Alters mit den berechtigten Interessen der Unternehmen und der Allgemeinheit in einen verhältnismäßigen Ausgleich zu bringen.¹⁶¹

Jedenfalls sind die berechtigten Interessen der Arbeitgeber und der Allgemeinheit im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung zu berücksichtigen. Dies entspricht dem aktuellen Stand des Unionsrechts, das mit Art. 6 Richtlinie 2000/78/EG eine einschlägige Sonderregelung vorhält.¹⁶² Nach deren Abs. 1 sind nachteilig wirkende Ungleichbehandlungen wegen des Alters schon dann zulässig, wenn sie einem legitimen Ziel dienen und verhältnismäßig sind.¹⁶³ Was unter einem legitimen Ziel im Sinne dieser Vorschrift zu verstehen ist, wird freilich unterschiedlich gesehen: Die Regierungsbegründung zum deutschen AGG ging – überzeugend – noch davon aus, dass „legitim“ auch betriebs- und unternehmensbezogene Interessen sind.¹⁶⁴ Demgegenüber ist der EuGH der Ansicht, dass aner kennenswert nur sozialpolitische Ziele insbesondere aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt oder berufliche Bildung seien.¹⁶⁵ Insoweit anerkannt sind die Herstellung von „Generationengerechtigkeit“, die Sicherung der „Vielfalt in Beschäftigung und Beruf“, die „angemessene Verteilung der Berufschancen jüngerer und älterer Arbeitnehmer“ sowie die Sicherung der „Funktionsfähigkeit der sozialen Sicherungssysteme“. ¹⁶⁶ Demgegenüber sollen unternehmensindividuelle Erwägungen wie eine Reduzierung der Kosten oder eine Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit

159 Waltermann, Verbot der Altersdiskriminierung – Richtlinie und Umsetzung, NZA 2005, 1265, 1269; Nettesheim, EuZW 2013, 48.

160 Mager, Festschrift Säcker, 2011, S. 1075, 1077.

161 Dazu EuGH 5.7. 2012 – C-141/11 Rn. 29 – Hörnfeldt; EuGH 21.7. 2011 – C-159/10 u.a. Rn. 49 – Fuchs und Köhler; Bayreuther, Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch Altersgrenzen und die Beschäftigung von „Altersrentnern“, NZA 2015, Beilage zu Heft 3, S. 84 ff.

162 Zu den vertretenen Ansichten ausführlich Mohr, in: Franzen/Gallner/Oetker (Fn. 7), RL 2000/78/EG Art. 6 Rn. 1 ff.

163 EuGH 16.10. 2007 – C-411/05 Rn. 52 – Palacios de la Villa; siehe dazu EzA EG-Vertrag Richtlinie 2000/78 Nr. 3 mit Anmerkung Mohr; Kamanabrou, Vereinbarkeit von Pensionsgrenzen mit Europarecht, EuZA 1 (2008), 251.

164 BT-Drucks. 16/1780, S. 36; ebenso noch BAG 22.1. 2009 – 8 AZR 906/07, NZA 2009, 945; siehe auch BGH 23.4. 2012 – II ZR 163/10, NJW 2012, 2346; dazu Mohr, ZHR 178 (2014), 326 ff.

165 EuGH 5.3. 2009 – C-388/07 Rn. 46 – Age Concern England; siehe dazu Sprenger, Zulässigkeit sozialpolitisch motivierter Ungleichbehandlungen mit unmittelbarem Altersbezug, EuZA 3 (2009), 355.

166 BAG 15.12. 2011 – 2 AZR 42/10 (Fn. 154), Leitsatz 3.

nicht ausreichen, um eine unternehmerische Maßnahme zu legitimieren. Dasselbe soll für Ziele gelten, die wie die Flugsicherheit „lediglich“ im Interesse der allgemeinen Sicherheit und Ordnung stehen, aber keinen Bezug zur Sozialpolitik aufweisen.¹⁶⁷ Ein „sozialpolitisches Ziel“ kann aber nur für staatliche Regelungen gefordert werden, nicht jedoch für individuelle unternehmerische Entscheidungen.¹⁶⁸ In diesem Sinne betraf die Entscheidung *Age Concern England* eine staatliche Rechtsverordnung.¹⁶⁹ Die *Prigge*-Entscheidung zur Zulässigkeit von Altersgrenzen für Piloten bezog sich auf einen Tarifvertrag,¹⁷⁰ also auf eine Kollektivregelung, die nach der Rechtsprechung des EuGH in ihren Wirkungen einer staatlichen Regelung nahesteht.¹⁷¹ Demgegenüber sind private Unternehmen außerhalb besonders regulierter Sektoren wie der Energiewirtschaft¹⁷² nur auf ihre Gesellschafts- und Unternehmensinteressen verpflichtet, nicht jedoch auf Gemeinwohlinteressen.¹⁷³ Vor diesem Hintergrund können unternehmensindividuelle Gesichtspunkte eine Altersdiskriminierung jedenfalls dann rechtfertigen, wenn sie vom nationalen Gesetzgeber in Übereinstimmung mit den Wertungen des Unionsrechts als rechtmäßig anerkannt werden.¹⁷⁴

Wie oben gesehen, orientiert sich der EuGH zur Interpretation der Diskriminierungsverbote in Art. 21 Abs. 1 GRCh an den Vorgaben der Richtlinie 2000/78/EG.¹⁷⁵ So soll kein Verstoß gegen das grundrechtliche Verbot von Altersdiskriminierungen vorliegen, wenn eine Ungleichbehandlung sekundärrechtlich gerechtfertigt wäre.¹⁷⁶ Der Gerichtshof benutzt die Verknüpfung der Rahmenrichtlinie mit Art. 21 Abs. 1 GRCh – in Fortführung seiner *Mangold*-Rechtsprechung¹⁷⁷ – aber auch dazu, das sekundärrechtliche Diskriminierungsverbot auf Sachverhalte zur Anwendung zu bringen, in denen der zeitliche Geltungsbereich der Richtlinie noch gar nicht

167 Diese Ziele sollen von der restriktiven Regelung des Art. 2 Abs. 5 Richtlinie 2000/78/EG erfasst sein; dazu EuGH 13.9. 2011 – C-447/09 Rn. 77 ff. – *Prigge* u.a.; kritisch *Mohr*, SAE 2013, 36, 40.

168 *Mohr*, in: *Franzen/Gallner/Oetker* (Fn. 7), RL 2000/78/EG Art. 6 Rn. 12.

169 EuGH 5.3. 2009 – C-388/07 – *Age Concern England*.

170 EuGH 13.9. 2011 – C-447/09 – *Prigge* u.a.

171 EuGH 15.12. 1995 – C-415/93 – *Bosman*; dazu *Bachmann*, Nationales Privatrecht im Spannungsfeld der Grundfreiheiten, AcP 210 (2010), 424; *Rossi*, Das Diskriminierungsverbot nach Art. 12 EGV, EuR 2000, 197, 217.

172 Zur bipolaren Struktur des Energierechts *Mohr*, (Fn. 4), S. 5, 77, 521 und 643.

173 *Mohr*, ZHR 178 (2014), 326, 331.

174 *Mohr*, NZA 2014, 459, 460.

175 EuGH 22.11. 2005 – C 144/04 Rn. 74 ff. – *Mangold*; EuGH 19.1. 2010 – C-555/07 Rn. 50 – *Kücükdeveci*; EuGH 8.9. 2011 – C-297/10 Rn. 47 – *Hennigs und Mai*; EuGH 13.9. 2011 – C-447/09 Rn. 38 – *Prigge* u.a.; EuGH 26.9. 2013 – C-476/11 Rn. 19 – *Kristensen*; EuGH 21.1. 2015 – C-529/13 Rn. 15 ff. – *Felber*.

176 Jüngst etwa BGH 9.3. 2016 – IV ZR 168/15, BeckRS 2016, 05670.

177 EuGH 22.11. 2005 – C 144/04 Rn. 74 ff. – *Mangold*.

eröffnet war.¹⁷⁸ Dies ist kritisch zu sehen, schon weil damit das Verbot der horizontalen Wirkung von Richtlinien umgangen wird.¹⁷⁹

IV. Unzulässige Verhaltensweisen

Nachdem die unzulässigen Verhaltensweisen vorstehend bereits punktuell thematisiert wurden, sollen sie nachfolgend nochmals unter systematischen Gesichtspunkten erläutert werden. Im Fokus stehen die unmittelbare und die mittelbare Diskriminierung sowie damit zusammenhängende Fragen der Darlegungs- und Beweislast. Die Ausführungen beziehen sich grundsätzlich auf alle drei Richtlinien gegen Diskriminierungen im Arbeitsleben, da der EuGH die primär- und sekundärrechtlichen Definitionen unzulässiger Verhaltensweisen übereinstimmend interpretiert.¹⁸⁰

1. Unmittelbare Diskriminierung

a) Unwertgehalt

Eine unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn eine Person wegen eines geschützten Merkmals in einer wenigstens hypothetisch vergleichbaren Situation¹⁸¹ eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.¹⁸² Das Verbot der

178 BAG 15.2. 2012 – 7 AZR 946/07, NZA 2012, 866 Rn. 17 ff., mit Besprechung *Mohr*, SAE 2013, 36, 41.

179 Dazu *Höpfner*, Altersdiskriminierung und europäische Grundrechte – Einige methodische Bemerkungen zum Richterrecht des EuGH, ZfA 2010, 449 ff.

180 Zur Darlegungs- und Beweislast EuGH 19.4. 2012 – C-415/10, NZA 2012, 493 Rn. 40 – *Meister*; siehe dazu *H. Hanau*, Anspruch eines abgelehnten Bewerbers auf Auskunft über die Besetzung der Stelle? – Ein Beitrag des EuGH zur Quadratur des Kreises, EuZA 6 (2013), 105.

181 Eine unmittelbare Diskriminierung setzt nach Art. 2 Abs. 2 lit. a Richtlinie 2000/78/EG voraus, dass sich der weniger günstig behandelte Anspruchsteller in einer identischen oder jedenfalls in einer vergleichbaren Lage befindet, vgl. EuGH 1.4. 2008 – C-267/06 Rn. 67 ff. – *Maruko*; siehe dazu *Franzen*, Gleichbehandlung eingetragener Lebenspartner mit Ehepaaren bei der Hinterbliebenenversorgung, EuZA 2 (2009), 395; EuGH 10.5. 2011 – C-147/08 Rn. 42 – *Römer*; dazu *Brors*, Diskriminierungsschutz bei der betrieblichen Altersversorgung von *Maruko* zu *Römer* – Vergleichbarkeit von Lebenspartnerschaften und Ehen nach dem konkreten Versorgungszweck, EuZA 5 (2012), 67; EuGH 12.12. 2013 – C-267/12 Rn. 32 ff. – *Hay*. Der EuGH sieht auch einen hypothetischen Vergleich als zulässig an, vgl. EuGH 14.7. 1994 – C-32/93 – *Webb*; ausführlich *Diller/Krieger/Arnold*, Kündigungsschutzgesetz plus Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, NZA 2006, 887, 891. Letzteres erklärt sich aus der persönlichkeitsschützenden Intention der Diskriminierungsverbote; vgl. *Mohr*, in: *Franzen/Gallner/Oetker* (Fn. 7), RL 2000/78/EG Art. 2 Rn. 20 ff.

182 Art. 2 Abs. 2 lit. a Richtlinie 2000/43/EG, Art. 2 Abs. 2 lit. a Richtlinie 2000/78/EG und Art. 2 Abs. 1 lit. a Richtlinie 2006/54/EG.

unmittelbaren Diskriminierung untersagt somit nicht jede weniger günstige Behandlung, sondern nur eine solche, die gerade wegen eines geschützten Merkmals erfolgt. Dies ist nach der Rechtsprechung der Fall, wenn die benachteiligende Regelung oder Maßnahme unmittelbar mit einem geschützten Merkmal begründet wird oder daran anknüpft,¹⁸³ wobei es nicht erheblich ist, ob die Anknüpfung offen oder verdeckt erfolgt.¹⁸⁴ Eine unmittelbare Diskriminierung soll zudem gegeben sein, wenn die Regelung oder Maßnahme eine Ungleichbehandlung tatsächlich bewirkt, sofern sie auf dem geschützten Merkmal beruht.¹⁸⁵ Eine solche Unterscheidung zwischen bezweckten und bewirkten Beeinträchtigungen findet sich auch im europäischen Wettbewerbsrecht, etwa beim Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV.¹⁸⁶

Welche Verhaltensweisen als Diskriminierung anzusehen sind, bestimmt sich nach dem Unwertgehalt der materiellen Verbotsnorm; denn erst wenn das Schutzgut feststeht, können die unzulässigen Verhaltensweisen konkretisiert werden.¹⁸⁷ Davon zu unterscheiden sind – wie oben bereits gesehen – die Methoden, mittels derer ein unzulässiges Verhalten identifiziert wird. Insoweit gilt auch im europäischen Recht gegen Diskriminierungen in Beschäftigung und Beruf der Grundsatz der Methodenpluralität. Unter teleologischen Gesichtspunkten schützen die Diskriminierungsverbote wie gesehen die individuelle Persönlichkeit vor Benachteiligungen, sofern die unternehmerische Verhaltensweise nicht durch entgegenstehende, normativ gleichrangige Interessen getragen ist.¹⁸⁸ Normsetzungstheoretisch kann diese Interessenabwägung wie bei § 823 Abs. 1 BGB offen erfolgen,¹⁸⁹ aber auch vorstrukturiert sein, durch die Legaldefinition tatbestandsmäßiger Verhaltensweisen und zulässiger Rechtfertigungsgründe.¹⁹⁰ Aus materiellem Blickwinkel muss es immer darum gehen, den

183 EuGH. 6.11. 2012 – C-286/12 Rn. 48 ff. – Kommission/Ungarn; BAG 21.6. 2012 – 8 AZR 364/11 (Fn. 119), Rn. 25, unter Verweis auf EuGH 4.10. 2001 – C-438/99 – Jiménez Melgar.

184 BAG 21.6. 2012 – 8 AZR 364/11 (Fn. 119), Rn. 25.

185 EuGH 19.1. 2010 – C-555/07 Rn. 31 – Küçükdeveci.

186 Dazu Mohr, ZWeR 2015, 1 ff.

187 Mohr, ZWeR 2015, 1, 7.

188 Mohr, in: Franzen/Gallner/Oetker (Fn. 7), RL 2000/78/EG Art. 2 Rn. 26.

189 Beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht handelt es sich um ein sog. Rahmenrecht. Dies bedeutet, dass die Rechtswidrigkeit der Verletzung nicht bereits durch die Verwirklichung des Eingriffstatbestands indiziert wird, sondern positiv auf der Grundlage einer Güter- und Pflichtenabwägung im Einzelfall festzustellen ist. Beispielhaft zur Kollision von Kunstfreiheit und allgemeinem Persönlichkeitsrecht BVerfG 3.6. 1987 – 1 BvR 313/85, BVerfGE 75, 369; siehe auch Mohr, Rechtswidrigkeit und Verschulden im Deliktsrecht, Jura 2013, 567, 572.

190 Mann, in: Spindler/Schuster (Fn. 66), § 823 BGB Rn. 6.

Unwertgehalt eines Verhaltens, also seine Rechtswidrigkeit zu bestimmen, indem diejenigen Interessen benannt werden, deren Verletzung in Abwägung mit entgegenstehenden Interessen bestimmte Rechtsfolgen auslöst.¹⁹¹ Das Unionsrecht trägt dieser Abwägungsnotwendigkeit Rechnung, indem es eine Benachteiligung wegen eines geschützten Merkmals als zulässig anerkennt, wenn ein mit dem Merkmal zusammenhängender Umstand eine „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ bedeutet (Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG), eine Typisierung somit nicht irrational, sondern ökonomisch begründet ist. Bei bestimmten Merkmalen werden zudem im weiteren Sinne gesellschaftspolitisch begründete Unterscheidungen anerkannt, etwa bei der Religion und Weltanschauung (Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2000/78/EG) oder dem Alter (Art. 6 Richtlinie 2000/78/EG). Schließlich können private Benachteiligungen auch im Interesse der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zulässig sein (Art. 2 Abs. 5 Richtlinie 2000/78/EG).

b) Anknüpfung an das geschützte Merkmal

Das zentrale Tatbestandsmerkmal der unmittelbaren Diskriminierung ist die Benachteiligung gerade „wegen“ eines geschützten Merkmals. Je nachdem, worin das geschützte Rechtsgut gesehen wird, wird eine objektive oder eine subjektive Anknüpfung für notwendig erachtet.¹⁹² Selbst bei einem eher gleichheitszentrierten Verständnis muss das Motiv des Arbeitgebers jedenfalls beim Zugang zur Erwerbstätigkeit ausschlaggebend sein.¹⁹³ Zwar können Diskriminierungen beim Arbeitsentgelt methodisch „objektiv“ ermittelt werden, durch einen Vergleich des gezahlten Entgelts an die bevorzugte und die benachteiligte Person, sofern sich diese in einer vergleichbaren Situation befinden. Demgegenüber sind Diskriminierungen beim Zugang zur Erwerbstätigkeit mit ähnlicher Sicherheit allenfalls bei abstrakten Zugangsbedingungen feststellbar, etwa beim generellen Ausschluss der Frauen vom Wehrdienst¹⁹⁴ oder bei allgemeinen Altershöchstgrenzen für eine Tätigkeit.¹⁹⁵ Ansonsten ist ein Bewerbungsverfahren nach seiner Struktur regelmäßig auf die Herstellung von Ungleichheit gerichtet, da üblicherweise nur eine Person eingestellt wird, während alle anderen eine Absage erhalten.¹⁹⁶ Selbst bei einem „gleichheitszentrierten Verständnis“ der Diskriminierungsverbote müssen deshalb spezifische Voraussetzungen erfüllt sein, um einen ökonomisch rationalen und gesellschaftlich anerkannten betrieblichen Vorgang als Diskriminierung zu be-

191 *Mohr*, Jura 2013, 567, 569.

192 Nachweise bei *Adomeit/Mohr*, NZA 2007, 179 ff.

193 *Adomeit/Mohr*, JZ 2009, 183.

194 EuGH 26.10. 1999 – C-273/97 – Sidar; EuGH 11.1. 2000 – C-285/98 – Kreil.

195 EuGH 13.11. 2014 – C-416/13 Rn. 33 – Vital Pérez.

196 *Adomeit/Mohr*, NZA 2007, 179.

werten. Objektive Mindestvoraussetzung ist, dass der bzw. die Betroffene im Gegensatz zum Begünstigten zu einer geschützten Personengruppe gehört. Zusätzlich ist ein besonderer Zurechnungszusammenhang notwendig, um eine zulässige Ungleichbehandlung als unzulässige Diskriminierung einstufen zu können. Dieser wird regelmäßig in einer subjektiven Motivation des Normadressaten liegen. Bei Diskriminierungen im Bewerbungsverfahren geht es bei Lichte besehen somit nicht um die Frage, ob eine subjektive Anknüpfung an das geschützte Merkmal erforderlich ist, sondern um die Erleichterung des Nachweises dieser Anknüpfung durch taugliche Indizien, also um die Darlegungs- und Beweislast.

Gegen dieses Verschuldenserfordernis kann nicht eingewandt werden, dass der EuGH eine Haftung unabhängig von Rechtswidrigkeit und Verschulden fordere.¹⁹⁷ Zwar hat der EuGH tatsächlich ausgeführt, dass die Haftung wegen Diskriminierung „keineswegs“ vom Nachweis eines Verschuldens oder eines Rechtfertigungsgrunds abhängig sein dürfe.¹⁹⁸ Zugleich anerkennt er jedoch eine Rechtfertigung von Diskriminierungen über die oben dargestellten Vorschriften, was wertungsmäßig der in Deutschland praktizierten Rechtswidrigkeitsprüfung entspricht. Auch ein Verschulden ist unionsrechtlich nicht etwa unerheblich. So erachtete der EuGH das Motiv des Normadressaten zuweilen bei der Ermittlung einer tatbestandlichen Diskriminierung als relevant, im Sinne eines Abgrenzungskriteriums zwischen unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung.¹⁹⁹ Schließlich ist zwischen dem Tatbestand des Diskriminierungsverbots und den Rechtsfolgen eines gegebenen Verstoßes zu differenzieren. Während Ansprüche auf immaterielle Entschädigung nicht von einem Verschulden abhängig sein dürfen,²⁰⁰ kommt es für die Feststellung der weniger günstigen Behandlung wegen eines geschützten Merkmals darauf an, ob die Benachteiligung an ein geschütztes Merkmal „anknüpft oder dadurch motiviert“ war.²⁰¹ Auch wenn man also die Ansicht vertritt, dass eine Diskriminierung bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses ein

197 EuGH 8.1. 1990 – C-177/88 Rn. 22 ff. – Dekker; dazu *Mohr*, Schutz (Fn. 1), S. 113; siehe auch EuGH 22.4. 1997 – C-180/95 Rn. 17 ff. – Draempaehl; dazu bereits *Adomeit*, Arbeitsrecht auf Abwegen, NJW 1997, 2295 f., nochmals abgedruckt in *ders.* (Fn. 83), S. 31.

198 EuGH 8.1. 1990 – C-177/88 Rn. 22 – Dekker.

199 EuGH 8.1. 1990 – C-177/88 Rn. 17 – Dekker.

200 BAG 22.1. 2009 – 8 AZR 906/07 (Fn. 164), Rn. 61 ff.; siehe auch *Jacobs*, Grundprobleme des Entschädigungsanspruchs nach § 15 Abs. 2 AGG, RdA 2009, 193, 194.

201 BAG 22.1. 2009 – 8 AZR 906/07 (Fn. 164), Rn. 64, unter Verweis auf die Dekker-Entscheidung des EuGH.

subjektives Moment erfordert, können als Rechtsfolge der erwiesenen Diskriminierung verschuldensunabhängige Ansprüche gewährt werden.²⁰²

c) Assoziierende Diskriminierung

Nach dem Konzept der assoziierenden Diskriminierung ist es nicht notwendig, dass eine Person gerade wegen eines in ihrer eigenen Person liegenden Merkmals benachteiligt wird. Es reicht vielmehr aus, dass die Benachteiligung auf das Merkmal einer anderen, ihr nahestehenden Person zurückzuführen ist.²⁰³ Geschützt sind hiernach auch Männer wegen der Schwangerschaft oder Mutterschaft ihrer Frau.²⁰⁴ Im Interesse einer möglichst effektiven Sicherung der individuellen Selbstbestimmung ist es überzeugend, Personen auch vor derartigen Assoziierungen zu bewahren, da es sich auch insoweit um unzulässig-irrationale Typisierungen handeln kann. Noch nicht geklärt ist demgegenüber, ob eine assoziierende Diskriminierung eine gewisse Nähebeziehung zwischen benachteiligter Person und Merkmalsträger voraussetzt.²⁰⁵ Unter dem Blickwinkel eines Schutzes der individuellen Persönlichkeit der benachteiligten Person erscheint eine derartige Nähebeziehung nicht erforderlich. So macht es wertungsmäßig keinen Unterschied, ob jemand wegen der ethnischen Herkunft des Lebenspartners oder derjenigen eines/einer Bekannten benachteiligt wird.

d) Rechtfertigung

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist eine unmittelbare Diskriminierung nur dann gerechtfertigt, wenn der Tatbestand einer Ausnahmeregelung erfüllt ist.²⁰⁶ Eine darüber hinausgehende Rechtfertigung aus allgemein-anerkanntenswerten sachlichen Gründen soll nicht zulässig sein.²⁰⁷

-
- 202 EuGH 22.4. 1997 – C-180/95 Rn. 17 ff. – Draempaehl mit Anmerkung *Adomeit*, NJW 1997, 2295 f.
- 203 Zum Merkmal Behinderung siehe EuGH 17.7. 2008 – C-303/06 Rn. 50 – Coleman; *Bayreuther*, Drittbezogene und hypothetische Diskriminierungen, NZA 2008, 986, 987.
- 204 Erwogen von *Lobinger*, Die Vaterschaft im europäischen Antidiskriminierungsrecht – eine Problemskizze, Festschrift Müller-Graff, 2015, 209, 214.
- 205 Näher *Bayreuther*, NZA 2008, 986, 987.
- 206 EuGH 12.1. 2010 – C-229/08 Rn. 30 ff. – Wolf; siehe dazu *Mohr*, Höchstaltersgrenzen für die Einstellung und die Berufsausübung unter Geltung des europarechtlichen Diskriminierungsverbots wegen des Alters, EuZA 3 (2010), 371; EuGH 19.1. 2010 – C-555/077 Rn. 32 ff. – Küçükdeveci.
- 207 EuGH 12.12. 2013 – C-267/12 Rn. 45 – Hay; anderer Ansicht *Wernsmann*, Bindung Privater an Diskriminierungsverbote durch Gemeinschaftsrecht, JZ 2005, 224, 227 ff.; *P. Hanau*, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (arbeitsrechtlicher Teil) zwischen Bagatellisierung und Dramatisierung, ZIP 2006, 2189, 2194.

Umso wichtiger ist es, im Rahmen der Rechtfertigungsnormen die berechtigten Interessen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern im Wege „praktischer Konkordanz“ in einen angemessenen Ausgleich zu bringen,²⁰⁸ was einer wortlautbezogen-engen Auslegung entgegensteht. Diese Erkenntnis bricht sich schrittweise auch in der Rechtsprechung des EuGH Bahn. So heißt es in Rosenblatt,²⁰⁹ eine Altersgrenze gleiche gegenläufige, aber rechtmäßige Interessen aus. Einerseits biete sie den Arbeitnehmern eine gewisse Stabilität der Beschäftigung und verheiße langfristig einen vorhersehbaren Eintritt in den Ruhestand. Andererseits gewährleiste sie den Arbeitgebern eine gewisse Flexibilität in ihrer Personalplanung. Beide Interessen lassen sich auf Grundrechte zurückführen, namentlich auf die Berufsfreiheit des Arbeitnehmers gemäß Art. 15 GRCh sowie auf die Unternehmerfreiheit des Arbeitgebers gemäß Art. 16 GRCh.²¹⁰

e) Beweislast

Die Interpretation der Tatbestände gegen Diskriminierungen steht in engem Zusammenhang mit der Darlegungs- und Beweislast.²¹¹ Die Beweislastregeln beziehen sich allein auf die Verknüpfung zwischen einem benachteiligenden Verhalten und einem geschützten Merkmal, also „wegen“ des geschützten Merkmals.²¹² Das BAG sieht eine derartige Verknüpfung schon dann als gegeben an, wenn ein geschütztes Merkmal „Bestandteil eines Motivbündels“ gewesen sei, „das die Entscheidung beeinflusst“ habe. Im gleichen Atemzug erhöht das Gericht die Anforderungen an die Widerlegung einer Diskriminierung durch den Arbeitgeber: Dieser müsse negativ – vergleichbar einer *probatio diabolica* – nachweisen, dass das geschützte Merkmal bei seiner Entscheidung überhaupt keine Rolle gespielt habe.²¹³ Trotz der damit erfolgten Anknüpfung an das Motiv des Arbeitgebers hält das BAG formal daran fest, dass weder ein schuldhaftes Handeln noch eine Benachteiligungsabsicht erforderlich seien, wenn sich eine Benachteiligung wegen eines geschützten Merkmals anderweitig feststellen lasse.²¹⁴ Den darin liegenden Widerspruch sucht das Gericht dadurch aufzulösen, dass es seine Motivbündel-Rechtsprechung nicht auf den mate-

208 Henssler/Kaiser, Altersdiskriminierung durch die im BAT festgelegte Vergütung nach Lebensaltersstufen und die Besitzstandswahrung bei der Überleitung in den TVöD, RdA 2012, 248, 249 und 252.

209 EuGH 12.10. 2010 – C-45/09 Leitsatz 3 – Rosenblatt; siehe dazu Maschmann, Tarifliche Rentenaltersgrenze und Altersdiskriminierung, EuZA 4 (2011), 372.

210 Mohr, ZHR 178 (2014), 326, 349.

211 Art. 8 Abs. 1 Richtlinie 2000/43/EG, Art. 10 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG und Art. 19 Abs. 1 Richtlinie 2006/54/EG.

212 BAG 20.5. 2010 – 8 AZR 287/08 (A), NZA 2010, 1006 Rn. 15.

213 Siehe zum Vorstehenden BAG 22.1. 2009 – 8 AZR 906/07 (Fn. 164), Rn. 37.

214 BAG 17.8. 2010 – 9 AZR 839/08, NZA 2011, 153 Rn. 31.

riellen Tatbestand des Diskriminierungsverbots bezieht, sondern auf die Darlegungs- und Beweislast, im Sinne einer für den Betroffenen günstigeren nationalen Regelung.²¹⁵

In der Tat verschärft das BAG die Rechtsprechung des EuGH, wonach ein Arbeitgeber eine durch ein Motivbündel indizierte Benachteiligung eigentlich bereits durch ein Bündel von Gegenindizien widerlegen kann, da dies auch im Interesse des betroffenen Arbeitnehmers liegen kann, etwa zum Schutz eines homosexuellen Arbeitnehmers vor einem ungewollten „Outing“. ²¹⁶ Mit Blick auf das Schutzgut der individuellen Persönlichkeit ist die Rechtsprechung des BAG auch nicht unbedingt als günstiger zu bewerten. So wird die Persönlichkeit von Beschäftigten nicht dadurch „besser“ geschützt, dass zu ihren Gunsten eine Diskriminierung bejaht wird, die in Wirklichkeit gar nicht vorlag. Eben dies kann jedoch der Fall sein, wenn man die Anforderungen an die Widerlegung einer vermuteten Diskriminierung so anspruchsvoll gestaltet, dass sie bei normalem unternehmerischem Geschäftsverkehr nicht zu erbringen sind. ²¹⁷ Die Ansicht des BAG kann auch nicht mit der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 3 Abs. 2 und 3 GG begründet werden, ²¹⁸ da im Anwendungsbereich des Unionsrechts im Sinne des Art. 51 Abs. 1 AEUV allein die Unionsgrundrechte zur Anwendung kommen, deren Auslegung sich nach der Rechtsprechung des EuGH richtet. Wie gesehen, lässt der EuGH aber die Widerlegung einer vermuteten Diskriminierung auf der Grundlage eines Bündels übereinstimmender Indizien zu. ²¹⁹

-
- 215 BAG 26.6. 2014 – 8 AZR 547/13, NZA 2015, 896 Leitsatz = BeckRS 2014, 73097 Rn. 37, unter Verweis auf Erwägungsgrund 25 Richtlinie 2000/43/EG, Erwägungsgrund 28 Richtlinie 2000/78/EG, Erwägungsgrund 30 Richtlinie 2006/54/EG sowie Art. 19 Abs. 2 Richtlinie 2006/54/EG.
- 216 EuGH 25.4. 2013 – C-81/12 Rn. 58 – Accept; siehe dazu *Husemann*, Wer schweigt, verliert: Die Antidiskriminierungspolitik des EuGH, EuZA 7 (2014), 241.
- 217 *Von Medem*, NZA 2007, 545, 547; *Mohr*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Fn. 7), RL 2000/78/EG Art. 10 Rn. 15.
- 218 So aber BAG 26.6. 2014 – 8 AZR 547/13 (Fn. 215), Rn. 34 ff.; grundlegend zum Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts BVerfG 16.11. 1993 – 1 BvR 258/86, NZA 1994, 745.
- 219 EuGH 25.4. 2013 – C-81/12 Rn. 58 – Accept.

2. Mittelbare Diskriminierung

a) Unwertgehalt

Die Richtlinien gegen Diskriminierungen schützen übereinstimmend auch vor mittelbaren Diskriminierungen, die sich nicht auf sachliche Gründe zurückführen lassen.²²⁰ Da der EuGH die Regelungen in Art. 21 Abs. 1 GRCh im Lichte des Sekundärrechts auslegt, ist das Konzept der mittelbaren Diskriminierung auch auf das Grundrecht zu übertragen.²²¹

Eine mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften geschützte Personen gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, diese Vorschriften dienen einem rechtmäßigen Ziel und sind verhältnismäßig. Als Differenzierungskriterium, das die nachteiligen Folgen bewirkt, dient somit nicht unmittelbar die Zugehörigkeit zu einer geschützten Personengruppe. Das scheinbar neutrale Merkmal wirkt sich jedoch überwiegend zulasten geschützter Personen aus.²²² Aus diesem Grunde wird vermutet, dass die Gruppenzugehörigkeit maßgebliche Ursache für die Benachteiligung war, die Benachteiligung also „wegen“ der Gruppenzugehörigkeit erfolgt ist.²²³ Die mittelbare Diskriminierung beinhaltet somit eine Nachweiserleichterung, um bestimmte Verhaltensweisen zu unterbinden, die zwar nicht offenkundig als Diskriminierungen einzustufen sind, für die es aber keine andere rationale Erklärung gibt. Sie hat nach ihrer Grundidee keinen eigenständigen Gerechtigkeitsgehalt, sondern dient als Hilfsinstrument zur Feststellung von unmittelbaren Diskriminierungen,²²⁴ bedeutet also eine spezialgesetzliche Normierung der diskriminierungsrechtlichen Beweislastregelungen.²²⁵

Eine wertungsmäßig kohärente Behandlung wird durch die Formulierung der jüngeren Richtliniengeneration erschwert, wonach eine mittelbare Diskriminierung bereits dann indiziert sein soll, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren geschützte Personen „in besonderer Weise benachteiligen können“.²²⁶ Hieraus folgert das BAG, dass es keines statistischen Nachweises mehr bedürfe, sondern auch „an-

220 Art. 2 Abs. 2 lit. b Richtlinie 2000/43/EG, Art. 2 Abs. 2 lit. b Richtlinie 2000/78/EG sowie Art. 2 Abs. 1 lit. b Richtlinie 2006/54/EG.

221 Mohr, in: Franzen/Gallner/Oetker (Fn. 7), EU-GRC Art. 21 Rn. 94.

222 EuGH 11.4. 2013 – C-335/11 u.a. Rn. 69 ff. – Ring.

223 EuGH 27.10. 1993 – C-127/92 – Enderby.

224 EuGH 27.10. 1993 – C-127/92 Rn. 13 f. – Enderby; Thüsing, Das Arbeitsrecht der Zukunft? – Die deutsche Umsetzung der Anti-Diskriminierungsrichtlinien im internationalen Vergleich, NZA 2004, Sonderbeilage zu Heft 22, S. 3, 6.

225 Art. 8 Abs. 1 Richtlinie 2000/43/EG, Art. 10 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG und Art. 19 Abs. 1 Richtlinie 2006/54/EG.

226 Dazu BAG 22.4. 2010 – 6 AZR 966/08, NZA 2010, 947.

dere Umstände“ ausreichen.²²⁷ Diese anderen Nachweise müssen aber jedenfalls in Summe dieselbe Aussagekraft wie Statistiken aufweisen.²²⁸ In diesem Sinne ergibt eine Analyse der Rechtsprechung des EuGH zum Verbot von Diskriminierungen wegen des Geschlechts, dass die Darlegungs- und Beweislast nicht generell in Richtung einer „wertenden typisierenden Betrachtung“ reduziert werden darf.²²⁹ Der Anspruchsteller muss vielmehr dasjenige darlegen und beweisen, was ihm im konkreten Fall möglich ist.²³⁰ Im Anwendungsbereich des Art. 157 Abs. 1 und 2 AEUV gewährt der EuGH deshalb nur unter engen Voraussetzungen zusätzliche Nachweiserleichterungen, zum Beispiel bei dem Arbeitgeber zurechenbaren, nicht durchschaubaren Entlohnungssystemen.²³¹ Demgegenüber greift kein allgemeiner Auskunftsanspruch des Bewerbers gegen den Arbeitgeber.²³²

Versteht man die mittelbare Diskriminierung in diesem Sinne als Beweiserleichterung, können ebenso wie bei der unmittelbaren Diskriminierung zum Ersten nur objektiv geeignete Bewerber benachteiligt werden.²³³ Die Widerlegung der Indizwirkung setzt zum Zweiten kein sozialpolitisches Ziel analog Art. 6 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG voraus.²³⁴ Zum Dritten ist im Rahmen der Widerlegung keine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen. Vielmehr muss der Nachweis ausreichen, dass ein Nachteil nicht auf einem geschützten Merkmal beruht.²³⁵ Die Rechtsprechung wird diesen Anforderungen nur bedingt gerecht.²³⁶

b) Widerlegung der Vermutungswirkung

Da die mittelbare Diskriminierung von den faktischen Wirkungen einer Regelung auf eine negative Intention oder Anknüpfung schließt, ist es dem Normadressaten gestattet, die Vermutungswirkung zu widerlegen.²³⁷ Er kann somit geltend machen, dass eine Regelung auf sachlichen Kriterien beruht, die in keinem Zusammenhang mit dem geschützten Merkmal ste-

-
- 227 BAG 16.10. 2014 – 6 AZR 661/12, NZA 2015, 827 Leitsatz = NJOZ 2015, 355 Rn. 44.
228 Zu Indizien siehe EuGH 19.4. 2012 – C-415/10 Rn. 42 ff. – Meister.
229 Adomeit/Mohr, RdA 2011, 102, 107 f.
230 Mohr, Schutz (Fn. 1), S. 336; siehe auch BVerwG 22.2. 2008 – 5 B 209/07, BeckRS 2008, 33757 Rn. 4.
231 EuGH 27.10. 1993 – C-127/92 Rn. 14 – Enderby; EuGH 26.6. 2001 – C-381/99 Rn. 53 – Brunnhofer; EuGH 17.10. 1989 – 109/88 Rn. 13 ff. – Danfoss.
232 EuGH 21.7. 2011 – C-104/10 – Kelly; EuGH 19.4. 2012 – C-415/10 – Meister.
233 Überzeugend BAG 14.11. 2013 – 8 AZR 997/12, NZA 2014, 489 Rn. 37.
234 BAG 7.7. 2011 – 2 AZR 355/10, NZA 2011, 1412 Rn. 27.
235 Mohr, in: Franzen/Gallner/Oetker (Fn. 7), RL 2000/78/EG Art. 2 Rn. 43.
236 Näher Adomeit/Mohr, RdA 2011, 102 ff.
237 Adomeit/Mohr (Fn. 11), § 3 Rn. 159.

hen.²³⁸ Als derartig legitime Ziele kommen auf Seiten des Gesetzgebers vor allem sozialpolitische in Betracht.²³⁹ Die Unternehmen können sich auf wirtschaftliche Gesichtspunkte berufen. In diesem Sinne hat der EuGH nationale Regelungen im Interesse der personalwirtschaftlichen Flexibilität,²⁴⁰ zur Optimierung der Personalplanung und zur Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten über die altersbedingte Leistungsfähigkeit²⁴¹ als grundsätzlich zulässig anerkannt. Soweit die Antidiskriminierungsrichtlinien in Übernahme der Rechtsprechung des EuGH zusätzlich eine Verhältnismäßigkeitsprüfung verlangen,²⁴² ist dies mit Blick auf die Funktion als Nachweiserleichterung nur schwer verständlich. Wie gesehen, hat das Verbot der mittelbaren Diskriminierung keinen eigenständigen Gerechtigkeitsgehalt, sondern dient lediglich als Hilfsinstrument zur Feststellung von unmittelbaren Diskriminierungen. Vor diesem Hintergrund kann die Verhältnismäßigkeitsprüfung nur die Aufgabe haben, willkürliche Differenzierungen auszuschließen.

V. Wesentliche Ergebnisse

1. Nachdem das europäische Recht gegen Diskriminierungen viele Jahre von einer eher singulären Rechtsetzung geprägt war, bilden sich zunehmend übergreifende Strukturen heraus. Auf normativer Ebene verdeutlicht dies insbesondere die Richtlinie 2006/54/EG, die das sekundäre Recht gegen Geschlechtsdiskriminierungen in zentralen Punkten an die Richtlinien der „neuen Generation“ angleicht, namentlich die Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG. Hieran anknüpfend legt der EuGH die einzelnen Tatbestände gegen Diskriminierungen übereinstimmend aus, etwa die Regeln über die unzulässigen Verhaltensweisen oder zur Darlegungs- und Beweislast. Zugleich betont der Gerichtshof die Notwendigkeit einer widerspruchsfreien, kohärenten Rechtsetzung.

2. Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote beschirmen das Persönlichkeitsrecht und bei schwerwiegenden Verhaltensweisen auch die Menschenwürde von Personen, die in der Rechtswirklichkeit besonders nachhaltigen Benachteiligungen ausgesetzt waren oder sind. Sie sichern damit die tatsächlichen Voraussetzungen, unter denen eine chancengleiche Ausübung privater Freiheitsrechte möglich ist, indem sie verletzliche Ausprägungen des Persönlichkeitsrechts ebenso wie besonders eingriffsintensive

238 EuGH 27.6. 1990 – C-33/89 Rn. 13 – Kowalska.

239 EuGH 6.2. 1996 – C-457/93 Rn. 36 – Lewark.

240 EuGH 19.1. 2010 – C-555/07 Rn. 36 ff. – Küçükdeveci; EuGH 12.10. 2010 – C-45/09 Leitsatz 3 – Rosenblatt.

241 EuGH 21.7. 2011 – C-159/10 u.a. Rn. 50 – Fuchs und Köhler.

242 EuGH 13.7. 1989 – 171/88 Rn. 13 – Rinner-Kühn; siehe auch *Fastrich*, Gleichbehandlung und Gleichstellung, RdA 2000, 65, 80; *Adomeit/Mohr* (Fn. 11), § 3 Rn. 125.

Verhaltensweisen normativ konkretisieren. Diese Vorstrukturierung der beteiligten Interessen macht einen Rückgriff auf primärrechtliche Wertungen nicht entbehrlich. Sofern die Rechtsprechung die sekundärrechtlichen Diskriminierungsverbote deshalb mit Blick auf das Grundrecht des Art. 21 Abs. 1 GRCh interpretiert, muss sie auch die Grundrechte der Arbeitgeber beachten, namentlich die Unternehmerfreiheit gemäß Art. 16 GRCh und die Eigentumsfreiheit gemäß Art. 17 GRCh. Relevant sind auch die Grundrechte Dritter, die mit der Arbeitsleistung bestimmungsgemäß in Kontakt kommen, etwa die Intimsphäre von Patienten und Schülern.

3. Die geschützten Merkmale betreffen überwiegend Eigenschaften, die Menschen unverfügbar und unveränderlich anhaften, und die deshalb ihre individuelle Persönlichkeit prägen, ohne den persönlichen Wert oder die individuellen Fähigkeiten in verschiedenen sozialen Zusammenhängen zu determinieren. Die Diskriminierungsverbote schützen die Betroffenen deshalb vor irrationalen Typisierungen, die diese Merkmale in Zusammenhang mit Eigenschaften stellen, die in Beziehung zu den jeweiligen Umständen individuell verschieden sowie relativ sind. Sie dienen damit dem Schutz der individuellen Persönlichkeit und der Herstellung gleicher Freiheitschancen. Besonderheiten gelten für das Merkmal Alter, da hier neben unzulässig-irrationalen eine Vielzahl von ökonomisch-rationalen sowie gesellschaftlich akzeptierten Typisierungen denkbar sind.

4. Eine unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn der Arbeitgeber in die normativ ausgeformten besonderen Persönlichkeitsrechte der Beschäftigten eingreift und sein Verhalten nicht durch entgegenstehende, normativ gleichrangige Interessen getragen ist. Die mittelbare Diskriminierung hat keinen eigenständigen Gerechtigkeitsgehalt, sondern erfasst Verhaltensweisen, die zwar nicht unmittelbar mit einem geschützten Merkmal begründet werden oder an dieses anknüpfen, sich aber rational nicht anders erklären lassen. Es handelt sich somit um eine prozedurale Nachweiserleichterung zugunsten der Anspruchsteller, nicht um eine materielle Modifizierung der geschützten Rechtsgüter.

Diskussion*

Nach dem zweiten Vortrag erfolgte mit dem Redebeitrag von Frau Dr. *Elisabeth Brameshuber* (Wirtschaftsuniversität Wien) ein direkter Einstieg in die Diskussion. Sie merkte an, dass es nicht immer nur um die Frauenförderung gehe, sondern Art. 157 AEUV ganz klar feststelle, dass es immer um die Förderung des jeweils unterrepräsentierten Geschlechts gehe. Sie erinnere sich an einen österreichischen Fall, in dem es tatsächlich um die Förderung eines männlichen Prä-Doc-Assistenten ging, da in dem betroffenen Fachbereich bereits ein Frauenanteil von über 50 % vorgelegen habe. Ähnliche Konstellationen seien im Friseurbereich oder im Einzelhandel denkbar. Anschließend fragte sie zu dem Fall des Mädchen- und Jungenpensionats, warum drei Instanzen nötig gewesen seien, um festzustellen, dass das Drittinteresse ebenfalls beachtenswert sei. Fraglich sei, welche Rolle das Kriterium der unmittelbaren Diskriminierung hier gespielt habe.

Der Referent stimmte der ersten Anmerkung vollumfänglich zu. Er merkte weiter an, dass die durch die Wahl des neutralen Ansatzes entstehenden Anwendungsprobleme hinzunehmen seien. Zu der Frage sei zu sagen, dass wesentlich entscheidende berufliche Anforderungen meist auf arbeitstechnische Anforderungen des Betriebs abzielten. Diese müssten für die Tätigkeitsausübung auch entscheidend sein. Ihm falle dazu ein älterer Fall aus Berlin ein, bei dem eine gynäkologische Praxis mit überwiegend muslimischen Patientinnen ausschließlich weibliche Sprechstundenhilfen einstellen wollte, da sonst die Privatsphäre und der Intimbereich der Patientinnen verletzt werden würden. Dies wurde als Ausnahme anerkannt, ebenso bei einer Integrationsbeauftragten, wenn überwiegend Probleme von Frauen vorlägen.

Anschließend begann *Herr Dr. Clemens Latzel* damit, dass er dem Referenten in seinem Ansatzpunkt, dass der Diskriminierungsschutz nur fragmentarisch geregelt sei, zustimme. Es sei nur die Benachteiligung wegen bestimmter Merkmale verboten. Er habe nun eine Frage zu der Systementwicklung: In der Ankündigung des Kongresses sei dieser Vortrag noch mit dem Titel „Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf“ überschrieben gewesen. Dass es einen übergeordneten Gleichbehandlungsgrundsatz gebe, sehe er als Besonderheit des Arbeitsrechts an. Dieser schwebe über den Diskriminierungsmerkmalen. Für ihn stelle sich die Frage, ob es im Arbeitsrecht eine Art Art. 3 Abs. 1 GG gebe oder wir uns dahin entwickeln, dass man sagen können werde: „Man dürfe niemanden ungleich behandeln, es sei denn, man könne dies rechtfertigen.“ Mit ande-

* Die Zusammenfassung der Diskussion wurde erstellt von Ass. iur. *Felisa Frey*.

ren Worten würde sich dieser Bereich des Zivilrechts dahin entwickeln, wo das deutsche Verfassungsrecht mit Art. 3 GG bereits stehe, nämlich dem Erfordernis eines Begründungsgebots. Auf lange Sicht werde man über die einzelnen Merkmale der Diskriminierungsrichtlinie und der Grundrechtecharta hinwegkommen.

Der Referent vertrat hierzu eine sehr dezidierte Ansicht. Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Privatrecht wäre nach aktueller Grundrechte- und Verfassungsordnung verfassungswidrig. Das könne man folglich nicht machen. Dies merke man auch durch einen Blick in das Wettbewerbsrecht. Da eine dynamische Wettbewerbsordnung bestehe, wolle man Ungleichheiten so lange fördern, wie sie positive Effekte für die Wirtschaft zeigten. Das Arbeitsrecht gehöre noch zu dem Privatrecht. Es sei daher wichtig, einen Bereich der privatautonomen Entscheidung zu erhalten. Er finde die Frage auch aus einem zweiten Gesichtspunkt sehr spannend: Es gehe um das Verhältnis zwischen staatlichen und privatrechtlichen Diskriminierungsverboten. Obwohl die Normen gleich klingen würden, hätten sie eine völlig unterschiedliche Zweckrichtung. Spannend werde dies im Europarecht, da das grundrechtliche Verbot der Diskriminierung in Art. 21 GRCh mit „insbesondere“ anfangen, meinten einige, dass die Abgrenzung der Merkmale im Europarecht künftig egal wäre. Im Privatrecht plädiere er dagegen für die Aufrechterhaltung eines gewissen Maßes an Selbstbestimmung.

Die Nächste Wortmeldung kam von *Herrn Dr. Christian Picker*. Dieser fand den freiheitlichen Ansatz der Systembildung interessant, da ihm die Differenzierung zwischen mittelbarer und unmittelbarer Diskriminierung nicht einleuchtete. Er hielte eine Differenzierung noch ökonomisch nachvollziehbarer, also begründeter und irrationaler Diskriminierung sinnvoller. Jedem sei klar, dass im Fall einer irrationalen Diskriminierung, wenn also der bestqualifizierte Bewerber wegen seiner Hautfarbe oder sexuellen Orientierung nicht eingestellt würde, eine Sanktion erforderlich sei. Fraglich sei aber, ob dafür das AGG erforderlich sei, oder ob diese Problematik nicht bereits über §§ 242, 138, 823 BGB als Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gelöst werden könnte. Schwierig sei dagegen die Frage zu beantworten, wie weit der Kreis im Fall einer ökonomisch begründeten Benachteiligung gezogen werden solle. Ökonomisch sei es nämlich nachvollziehbar, eine potenziell wegen Schwangerschaft ausfallende Frau nicht einzustellen. Er fragte, welche staatlichen Schutzmechanismen hier eingreifen würden; sei es nicht Aufgabe des Staates, hier ein Anreizsystem für die Unternehmen zu schaffen?

Der Referent erinnerte, dass er früher vertreten habe, dass viele Probleme gar nicht bestünden, wenn man den Unternehmen durch staatliche Unterstützung die potenziellen Nachteile benachteiligter Gruppen abnehmen würde, da deren Integration ja gesellschaftlich gewollt sei. Daher habe er

große Sympathien für diesen Ansatz der Anreize. Sein heutiger Vortrag habe dagegen lediglich anregen sollen, vor dem neuen Hintergrund der Grundrechtecharta neu über manche, gefestigt scheinende Begriffe und die zu schützenden Interessen nachzudenken.

Die Diskussion endete mit dem Beitrag von *Professor Dr. Clemens Höpfner*, welcher an das Problem der Motivbündel anknüpfte. Das BAG habe die verschärften Anforderungen an den Beweis noch über den EuGH hinaus aufgestellt. Wenn er das richtig sehe, seien sämtliche Diskriminierungsrichtlinien Mindestharmonisierungen. Das privatrechtliche Diskriminierungsrecht werde auf europäischer Ebene durch die Grundrechtecharta veröffentlichungsrechtlich, so dass alle Richtlinien an den Grundrechten und somit auch an der praktischen Konkordanz zu messen seien. Somit werde auch der EuGH über kurz oder lang gezwungen sein, eine solche Güterabwägung vorzunehmen. Fraglich sei dann, inwieweit diese für die nationalen Gerichte verbindlich sei. Mit anderen Worten stelle sich die Frage, ob im Bereich des Diskriminierungsrechts über den Einfluss der Grundrechtecharta eine Vollharmonisierung geschaffen werde. Diesen Gedanken könne man auch noch um eine Ebene erweitern. Art. 14 EMRK enthalte ebenfalls einen Diskriminierungsschutz, welcher mit „insbesondere“ agiere. Nachdem nach Art. 52 GRCh der Schutz der Charta nicht hinter dem der EMRK zurückbleiben solle, stelle sich die Frage, ob der EuGH im Fall einer solchen Abwägung des EGMR an diese gebunden wäre.

Der Referent meinte, dass gerade die letzte Frage mindestens einen weiteren Vortrag, wenn nicht einen Tag füllen könnte, er sich aber recht kurzfassen möchte. Der EuGH winde sich heraus: Die Rechtsprechung des EGMR sei eine Rechtserkenntnisquelle. Er wolle also nicht gebunden sein. Mit der Motivbündelrechtsprechung habe er darauf hinweisen wollen, dass, wenn Tatbestandsmerkmale teleologisch ausgelegt werden, gefragt werden müsse, warum der Mensch geschützt werde. Die Frage, was günstiger sei, könne dabei nicht abstrakt, sondern nach dem Schutzzweck bestimmt werden. Seiner Auffassung nach seien Worte teleologisch zu untermauern. Ob die Interessenabwägung unionsrechtlich völlig vorgegeben werden könne oder ob den nationalen Gerichten noch ein gewisser Spielraum gelassen werden sollte, sei fraglich. Er plädiere für Letzteres, da der EuGH lediglich über abstrakte Rechtsfragen entscheide.

Systembildung im Europäischen Arbeitsrecht – Recht der Arbeitnehmerüberlassung*

Burkhard Boemke

Seite

I. Einleitung.....	101
II. Die (Kern-) Funktion der Arbeitnehmerüberlassung.....	102
1. Revisionistisch-regulatorischer Ansatz	102
2. Privatautonome Betrachtung als Normalarbeitsverhältnisse... ..	104
3. Gesetzliche Wertentscheidungen	106
a) Nationale Betrachtung.....	106
b) Europäischer Rahmen	107
c) Stammarbeitnehmerin – Leiharbeitnehmerin – Dritt- personaleinsatz	109
4. Zwischenergebnis	110
III. Vorübergehend oder nicht (nur) vorübergehend?.....	110
1. Entwicklung des nationalen Rechts	110
2. Europarechtliche Grundlagen	111
3. 18 Monate – und nicht mehr?	113
a) Zulässigkeit einer zeitlichen Begrenzung	113
b) Obiter: Arbeitsplatz- oder Arbeitnehmerinnenbezug	115
IV. Gleichbehandlung – Europarechtliche Beschränkungen.....	118
1. Industrieverbandsprinzip – Kein gleiches Geld für gleiche Arbeit.....	118
2. Europarecht – Kein equal pay im unbefristeten Arbeitsver- hältnis	119
3. Konsequenzen für das nationale Recht	120
4. Zwischenergebnis	121
V. Betrachtung von Einzelregelungen	122
1. Verbot des Kettenverleihs (§ 1 Abs. 1 Satz 3 AÜG-GE)	122
a) Regelungsinhalt und ergänzende Bestimmungen.....	122
b) Fehlende Allgemeininteressen	122
2. Zitiergebot (§ 1 Abs. 1 Satz 5 AÜG-GE)	123
a) Regelungsinhalt.....	123
b) Konsequenzen von Verstößen	123
c) Bewertung	123

* Der Beitrag befindet sich auf dem Stand 15.6. 2016.

3. Verbot des Streikeinsatzes (§ 11 Abs. 5 AÜG-GE)	124
a) Regelungsinhalt	124
b) Streikbrecherinneneinsatz und Art. 9 Abs. 3 GG	124
c) Europarechtliche Bewertung	125
VI. Ergebnisse	125
Diskussion	127

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), Systembildung im Europäischen Arbeitsrecht (München 2016), S. 99-126

I. Einleitung

Das Recht der Arbeitnehmerüberlassung erschien jahrzehntelang als eine Einbahnstraße in Richtung Liberalisierung und Deregulierung. Mit seiner Entscheidung vom 4.4. 1967 erklärte das BVerfG die Einbeziehung der Arbeitnehmerüberlassung in das Arbeitsvermittlungsmonopol der BA durch § 37 Abs. 3 AVAVG für verfassungswidrig¹. In der Folge wurde die Arbeitnehmerüberlassung mit dem am 12.10. 1972 in Kraft getretenen AÜG erlaubnisabhängig gestattet, die Überlassung aber nur für einen vorübergehenden Zeitraum zugelassen. Die Höchstüberlassungsdauer wurde dabei sukzessiv von ursprünglich drei Monaten über sechs (durch das BeschFG vom 26.4. 1985), neun (durch das 1. SKWPG vom 21.12. 1993) und zwölf Monate (durch Art. 63 AFRG vom 24.3. 1997) auf schließlich 24 Monate (Job-AQTIV-Gesetz vom 10.12. 2001) verlängert, ehe diese Begrenzung der Arbeitnehmerüberlassung (durch das Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12. 2002) vollständig gestrichen wurde. Ab dem 1.1. 2003 war Arbeitnehmerüberlassung zeitlich unbeschränkt zugelassen.

Das erste Gesetz über moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt war der legislatorische Höhepunkt der Liberalisierung des Rechts der Arbeitnehmerüberlassung. Trotz der Leiharbeitsrichtlinie vom 19.11. 2008, welche die Verbesserung des Mindestschutzes der Leiharbeiterinnen, aber auch die Abschaffung unangemessener Einschränkungen und Verbote der Leiharbeit zum Ziel hatte (Erwägungsgrund 18), weht der Arbeitnehmerüberlassung seit einem guten Jahrzehnt national ein schärferer Wind entgegen. Der Gesetzgeber nahm die Leiharbeitsrichtlinie nicht etwa zum Anlass, das Recht der Arbeitnehmerüberlassung noch weitergehend dem allgemeinen Arbeits- und Gewerberecht anzupassen. Vielmehr wurde durch das „Erste Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung“ vom 28.4. 2011 sowie das „Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes“ vom 20.7. 2011 die Arbeitnehmerüberlassung nicht etwa liberalisiert, sondern weitergehend reguliert und sogar pönalisiert.

Der nunmehr vorliegende Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze² (GE) sieht weitergehende Verschärfungen vor und macht das Recht der Arbeitnehmerüberlassung noch schwieriger handhabbar als bisher. Als Herausgeber und Mitautor eines Standardkommentars zum AÜG sollte ein solches Vor-

1 BVerfG 4.4. 1967 – 1 BvR 84/65, NJW 1967, 974 ff.

2 Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze vom 2.6. 2016, BR-Drucks. 294/16.

gehen von mir eigentlich nur nachdrücklich begrüßt und unterstützt werden. Als Rechtswissenschaftler und -dogmatiker betrachte ich diese Entwicklung jedoch mit einer gewissen Sorge. Meine Aufgabe ist es an dieser Stelle nicht, die Regelungen des Entwurfs *en detail* rechtspolitisch zu bewerten oder Einzelfragen auf Grundlage des nationalen Rechts zu beantworten. Entsprechend dem Kontext der Veranstaltung will ich stattdessen in meinem Vortrag das Hauptaugenmerk auf den europarechtlichen Rahmen legen, den der nationale Gesetzgeber bei der Regelung des Arbeitnehmerüberlassungsrechts zu beachten hat. Die Fragestellung ist: Welche Grenzen setzt die Leiharbeitsrichtlinie dem nationalen Gesetzgeber bei der Normierung des Rechts der Arbeitnehmerüberlassung?

Bevor ich auf Einzelfragen eingehe, werde ich mich zunächst drei grundsätzlichen Aspekten aus europäischer Sicht widmen, die für den Regelungsrahmen des nationalen Gesetzgebers, aber auch für die Interpretation gesetzlicher Vorschriften meines Erachtens zentrale Bedeutung gewinnen. Erstens geht es um eine, in der deutschen Diskussion bisher sehr einseitig und in ihrer europarechtlichen Dimension aus meiner Sicht zumindest nur sehr verkürzt behandelte Grundsatzfrage, nämlich die nach der Funktion der Arbeitnehmerüberlassung (unter II). Zweitens möchte ich mich der Frage zuwenden, ob durch die Leiharbeitsrichtlinie die dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung untersagt wird (unter III). Die dritte grundsätzliche Fragestellung betrifft die nach den europäischen Grenzen des Gleichbehandlungsgrundsatzes (unter IV). Sodann werde ich unter Berücksichtigung dieser allgemeinen Erwägungen zu drei Einzelkomplexen des GE Stellung nehmen (unter V), ehe ich mit einer knappen Zusammenfassung der Ergebnisse abschließen werde.

II. Die (Kern-) Funktion der Arbeitnehmerüberlassung

Welche Aufgabe, welche Funktion, welchen Anwendungsbereich hat die Arbeitnehmerüberlassung? Die Antwort auf diese Frage ist in ihrer Bedeutung nicht zu vernachlässigen, und zwar nicht nur deswegen, weil gerade in Zusammenhang mit der Erläuterung des „Vorübergehend“ im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG gerne auf die „Funktion der Arbeitnehmerüberlassung“ zurückgegriffen wird. Vielmehr ist sie Ausdruck eines Grundverständnisses, von dem aus die Arbeitnehmerüberlassung betrachtet wird.

1. Revisionistisch-regulatorischer Ansatz

Infolge des „ersten Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung“³ ist bezüglich der Funktion der Arbeitnehmerüberlassung in Recht-

3 Dieses Gesetz soll im Folgenden als Missbrauchsgesetz bezeichnet werden, weil BMAS, Bundeskabinett und Gesetzgeber die Leiharbeitsrichtlinie dazu miss-

sprechung und Literatur ein Vorstellungsbild artikuliert worden, das ich als revisionistisch-regulatorisch bezeichnen möchte. Regulatorisch, weil der Bereich des Einsatzes von Arbeitnehmerüberlassung sehr stark verengt wird; revisionistisch, weil es hinsichtlich des Einsatzbereichs der Arbeitnehmerüberlassung an nicht tragende Überlegungen des BVerfG aus dem Jahre 1967 anknüpft und dabei die allgemein anerkannten Grundsätze des Rechts der Arbeitnehmerüberlassung seit 1972 ausblendet und negiert. Das BVerfG sah zwar aus wirtschaftlichen Gründen einen nur sehr begrenzten Anwendungsbereich für die Arbeitnehmerüberlassung.

„Dafür, daß in Betrieben längere Zeit hindurch fremde Arbeitnehmer tätig sind, die ihnen von anderen Unternehmern überlassen sind, ..., spricht kaum eine Lebenserfahrung.“⁴

Während das BVerfG allerdings in der Arbeitnehmerüberlassung ausdrücklich die Ausübung grundrechtlicher Betätigung sah, wird diese seit einem guten Jahrzehnt zunehmend als „prekär“ empfunden⁵. Legitimer Anwendungsbereich und Aufgabe der Arbeitnehmerüberlassung sei es, einen vorübergehenden Arbeitskräftebedarf flexibel abzudecken.⁶ Demgegenüber dürfe ein dauerhaft bestehender Arbeitskräftebedarf nicht durch Leiharbeiterinnen befriedigt werden.⁷ Die Substitution von Stamm-

braucht haben, abweichend von der angestrebten Liberalisierung der Arbeitnehmerüberlassung die rechtlichen Rahmenbedingungen zu verschärfen. Die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung vom 28.4. 2011, BT-Drucks. 17/4804, wird demzufolge in diesem Beitrag konsequent als Missbrauchs begründung bezeichnet. Hiermit soll keine Wertung vorgenommen, sondern allein terminologische Klarheit geschaffen werden.

- 4 BVerfG 4.4. 1967 – 1 BvR 84/65 – (Fn. 1), Rn. 23. – Wie denn auch, wenn die Arbeitnehmerüberlassung als unzulässige Umgehung des damaligen Vermittlungsmonopols der BA angesehen wurde!
- 5 LAG Niedersachsen 19.9. 2012 – 17 TaBV 124/11, juris Rn. 35; *Schubert*, Das Normalarbeitsverhältnis in der arbeits- und sozialrechtlichen Wirklichkeit, NJW 2010, 2613, 2614 f. – Siehe auch Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Entwurf eines Ersten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 5.11. 2002, BT-Drucks. 15/25, S. 24; *Thüsing*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 7. Aufl. 2016, Vor § 611 Rn. 115.
- 6 Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze vom 2.6. 2016, BR-Drucks. 294/16, S. 1, 9, 10; *Hamann*, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze vom 17.02. 2016, AuR 2016, 136, 138; *Stang/Ulber*, Keine neue Mogelpackung! – Anforderung an eine gesetzliche Neuregelung der Leiharbeit, NZA 2015, 910.
- 7 *Bartl/Romanowski*, Keine Leiharbeit auf Dauerarbeitsplätzen!, NZA 2012, 845 f. – Vgl. auch LAG Schleswig-Holstein 8.1. 2014 – 3 TaBV 43/13, juris Rn. 35, 40.

personal sei gerade nicht Aufgabe der Arbeitnehmerüberlassung.⁸ Vielmehr könne mit der Arbeitnehmerüberlassung nur ein zusätzlicher Beschäftigungsbedarf abgedeckt werden,⁹ der als solcher nur temporär besteht.¹⁰ Hieraus werden insbesondere Folgerungen gezogen, wann eine Arbeitnehmerüberlassung im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG vorübergehend erfolgt¹¹. Darauf werde ich sogleich (unter III) noch eingehen.

2. Privatautonome Betrachtung als Normalarbeitsverhältnisse

An dieser Stelle möchte ich (noch) nicht der Frage nachgehen, wer den Anwendungsbereich der Arbeitnehmerüberlassung bestimmt, die schweigende Minderheit, die grölende Mehrheit oder aber eine wie auch immer geartete Kombination. Der Stigmatisierung der Leiharbeit durch den revisionistisch-regulatorischen Ansatz soll an dieser Stelle die privatautonome These von der Rechtsbeziehung zwischen Verleiherin und Leiharbeiterin als Normalarbeitsverhältnis entgegengesetzt werden. Als „Normalarbeitsverhältnis“ wird häufig das unbefristete Vollzeit-Arbeitsverhältnis zu tariflichen Bedingungen bezeichnet¹²; erst in jüngerer Zeit wurde ergänzend hinzugefügt, dass die Leistungserbringung bei der Vertragspartnerin, also der Arbeitgeberin, direkt erfolgt und nicht etwa bei einem Dritten (z.B. einer Entleiherin)¹³. Ich selbst stehe dem Begriff des Normalarbeitsverhältnisses – auch wenn ich ihn vorliegend verwende – sehr skeptisch gegenüber¹⁴. Normalarbeitsverhältnis kommt von Norm, was Richtschnur oder Regel bedeutet; es geht also um den Durchschnittsstandard¹⁵. Insofern mag phänomenologisch betrachtet das Vollzeitarbeitsverhältnis bei der Vertragsarbeitgeberin unter Anwendung tariflicher Regeln

8 Begründung zum Entwurf eines Gesetzes (Fn. 6), S. 10; Greiner, Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung – Abgrenzungsfragen und aktuelle Rechtspolitik, NZA 2013, 697, 701 und 702; Hamann, Kurswechsel bei der Arbeitnehmerüberlassung?, NZA 2011, 71, 72 ff.

9 Hamann, NZA 2011, 71, 74.

10 Stang/Ulber, NZA 2015, 910, 911

11 Siehe Begründung zum Entwurf eines Gesetzes (Fn. 6), S. 10: „Zur Kernfunktion der Arbeitnehmerüberlassung gehört, dass sie vorübergehend erfolgt“.

12 Däubler, Perspektiven des Normalarbeitsverhältnisses, AuR 1988, 302 ff.; Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 16. Aufl. 2016, § 611 Rn. 144; Lakies, Zunahme der „atypischen Beschäftigung“ – Abschied vom „Normalarbeitsverhältnis“?, ArbR 2013, 459; Zachert, Die Zerstörung des Normalarbeitsverhältnisses, AuR 1988, 129 ff.

13 Schubert, NJW 2010, 2613, 2614; Spellbrink, Rettung des Normalarbeitsverhältnisses durch Abschied von der geringfügigen Beschäftigung?, NZS 2010, 353.

14 Boemke/Föhr, Arbeitsformen der Zukunft, 1999, Rn. 7 ff.

15 Zachert, AuR 1988, 129.

immer noch überwiegen und das Desiderat gewerkschaftlicher Vorstellungen sein. Unter Berücksichtigung grundrechtlicher Wertentscheidungen ist im Zivil- und damit auch im Arbeitsrecht der Grundsatz der Privatautonomie, der durch Art. 12 Abs. 1 GG für das Arbeitsrecht verfassungsrechtlich garantiert wird, die Richtschnur. Normal ist also die freie Vereinbarung der Parteien. Diese entscheiden darüber, wie sich ihre Rechtsbeziehung gestalten soll (vgl. § 105 GewO). In der immer wieder beschworenen multikulturellen Gesellschaft ist nicht das Prinzip der Einheit, sondern der Vielfalt die Norm. Für den Bereich des Arbeitsverhältnisses bedeutet dies, dass es kein vorgezeichnetes Modell des Normalarbeitsverhältnisses mit der Folge gibt, dass Abweichungen einer besonderen Rechtfertigung bedürfen. Vielmehr garantiert die Privatautonomie auch in diesem Bereich eine pluralistische Landschaft, so dass die freie Ausgestaltung der Rechtsbeziehung die Norm ist und jede Beschränkung einer besonderen Rechtfertigung bedarf.¹⁶

Betrachtet man die Arbeitnehmerüberlassung aus der Sicht der Überlassenden, also der Verleiherin im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG, dann bietet sie ihrer Kundin als Vertragspartnerin, also der Entleiherin im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG, als Leistung an, ihr die Dienste einer Dritten zu verschaffen, die unter der Weisung der Entleiherin tätig werden soll. Der Sache nach handelt es sich bei dem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag um einen im besonderen Schuldrecht nicht gesondert normierten Vertragstyp der Dienstverschaffung¹⁷. Kennzeichnend für den Dienstverschaffungsvertrag ist, dass der Dienstverschaffende nicht wie beim Dienstvertrag eine eigene Leistung oder gar – wie bei einem Werkvertrag – einen Erfolg als Gegenleistung für die Vergütung verspricht. Vielmehr erschöpft sich die Leistungspflicht darin, die Dienste einer Dritten zu beschaffen, so dass die Dritte nicht Erfüllungsgehilfin für die Erbringung einer übernommenen Leistungspflicht ist, sondern ihre Dienste selbst deren Gegenstand bilden¹⁸. Im Zusammenhang mit vorliegender Betrachtung ist dabei eins wesentlich: Der Leistungsgegenstand ist die Verschaffung der Dienste; für welche Aufgaben diese Dienste verwendet werden, darüber entscheidet die Leistungsempfängerin im Rahmen der Rechtsordnung selbst und eigen-

16 Boemke/Föhr (Fn. 14), Rn. 9 f.

17 OLG Hamm 13.4. 2016 - 12 U 125/15, juris Rn. 17; OLG Köln 21.5. 2015 - 19 U 21/15, juris Orientierungssatz; Boemke, in: Boemke/Lembke (Hrsg.), Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 3. Aufl. 2013, § 1 Rn. 75; Forst, Leiharbeiter im Betriebsübergang, RdA 2011, 228, 234; Thüsing, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 5), Vor § 611 Rn. 15.

18 Richardi/Fischinger, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, Neubearbeitung 2015, Vor §§ 611 ff. Rn. 72.

ständig. Es gibt keinen *Numerus clausus* von Zwecken oder Aufgaben, für die eine Dienstverschaffung zulässig ist oder erfolgen darf.

Von diesem privatautonomen Ansatz aus gibt es folglich keinen begrenzten Anwendungsbereich der Dienstverschaffung bzw. der Arbeitnehmerüberlassung. Diese ist – wie die Dienstverschaffung im Allgemeinen – nicht auf vorübergehende Aufgaben oder die Vertretung von Personen begrenzt, mit denen die Leistungsempfängerin der Dienstverschaffung in dienstrechtlichen Beziehungen steht. Die Arbeitnehmerüberlassung tritt nach diesem privatautonomen Modell als flexibles Instrument der Deckung des Personalbedarfs eines Unternehmens neben bzw. zwischen die Beschäftigung von Stammarbeitnehmerinnen und die Übertragung von Aufgaben an selbständig tätige Unternehmerinnen und freie Mitarbeiterinnen.

3. Gesetzliche Wertentscheidungen

Welcher der Ansätze zutreffend ist, ergibt sich nicht aus einer wie auch immer gearteten Betrachtung von der Natur der Sache her. Auch das Prekariatsargument, dem ein gewisser Populismus nicht abzusprechen ist, hilft nicht weiter, weil dieses selbst in Widerspruch zum Grundgesetz und deswegen seinerseits prekär ist. Rechtlich und rechtswissenschaftlich ist die Lösung auf Grundlage der gesetzlichen Regelungen und Wertentscheidungen zu suchen.

a) Nationale Betrachtung

Dabei fällt die Entscheidung auf Grundlage der nationalen Bestimmungen relativ einfach. Die legale Arbeitnehmerüberlassung setzt neben dem Vorliegen der behördlichen Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 AÜG den Abschluss eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags voraus. Sie ist hingegen nicht davon abhängig, dass auf Seiten der Entleiherin besondere Umstände vorliegen, die den Einsatz der Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen der Personalbeschaffung rechtfertigen¹⁹. Arbeitnehmerüberlassung ist danach nicht auf die Überbrückung von Personalengpässen aufgrund des Ausfalls von Stammarbeitnehmerinnen oder eines erhöhten betrieblichen Arbeitsanfalls beschränkt. Anders als die Begründung befristeter Arbeitsverhältnisse, die nach § 14 Abs. 1 TzBfG grundsätzlich eines sachlichen Grunds bedürfen, ist der Abschluss von Arbeitnehmerüberlassungsverträgen nach § 12 AÜG zwar an die Schriftform (§ 12 Abs. 1 Satz 1 AÜG), nicht aber an besondere inhaltliche Voraussetzungen geknüpft. Arbeitnehmerüberlassung kann daher von den Unternehmen auch als strategisches Instrument der Personaldeckungsplanung genutzt und zur Erfüllung von Daueraufgaben eingesetzt werden.

19 Daran hält auch die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes fest (Fn. 6), S. 10.

b) Europäischer Rahmen

aa) Angesichts dieses nationalen Stands vor Verabschiedung der Leiharbeitsrichtlinie lag nicht nur aufgrund von Art. 4 Abs. 1 der Leiharbeitsrichtlinie die Annahme nahe, dass der Leiharbeitsrichtlinie das privat-autonome Verständnis der Rechtsbeziehung zwischen Verleiherin und Leiharbeitnehmerin als Normalarbeitsverhältnis und nicht der revisionistisch-regulatorische Ansatz zugrunde liegt. Immerhin wird in Erwägungsgrund 10 festgestellt, dass in Bezug auf die Inanspruchnahme der Leiharbeit, aber auch die rechtliche Stellung, den Status und die Arbeitsbedingungen der Leiharbeitnehmerinnen innerhalb der EU große Unterschiede bestehen. Ziel der Richtlinie war es dabei nicht, diese Unterschiede zu negieren, sondern auf Gemeinschaftsebene einen harmonisierten Rahmen zum Schutz der Leiharbeitnehmerinnen zu schaffen²⁰.

Gleichwohl konnte es angesichts des hohen Niveaus der deutschen Rechtsdogmatik nicht überraschen, dass ausgehend von dem (Fehl-) Verständnis der Leiharbeit als prekärer Rechtsbeziehung die Leiharbeitsrichtlinie auch für einen revisionistisch-regulatorischen Ansatz fruchtbar gemacht wird. Die Leiharbeitsrichtlinie wolle der dauerhaften Substitution von Stamm- durch Leiharbeitnehmerinnen entgegensteuern. Dies folge aus Art. 5 Abs. 5 und Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie²¹.

bb) Insbesondere der Rekurs auf Art. 6 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie, wonach Leiharbeitnehmerinnen über die im entleihenden Unternehmen offenen Stellen unterrichtet werden, damit sie die gleichen Chancen auf einen unbefristeten Arbeitsplatz haben wie die übrigen Arbeitnehmerinnen dieses Unternehmens, lässt sich unzweifelhaft in die Rubrik des – juristisch zweifelhaften, aber gern genutzten – theologischen Arguments einordnen. Aus einer Unterrichtungspflicht über offene Stellen die Verpflichtung herzuleiten, entsprechende unbefristete Dauerarbeitsplätze mit eigenen Arbeitnehmerinnen zu besetzen, bedarf eines sehr starken Glaubens. Zu der vergleichbaren Informationspflicht aus § 18 TzBfG sowie aus dem zugrunde liegenden § 6 Abs. 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, wonach eine Informationspflicht der Arbeitgeberin

20 Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.11. 2008 über Leiharbeit (Amtsblatt EU 2008 L 327/9), Erwägungsgrund 21.

21 LAG Berlin-Brandenburg 19.12. 2012 – 4 TaBV 1163/12, juris Rn. 36 ff.; LAG Schleswig-Holstein 8.1. 2014 – 3 TaBV 43/13 (Fn. 7), Rn. 41; *Hamann*, Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Substitution von Stammarbeitnehmern durch Leiharbeitnehmer?, jurisPR-ArbR 23/2012, Anmerkung 3 unter C. – Siehe auch *Brors*, Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats bei nicht nur „vorübergehender“ Arbeitnehmerüberlassung?, jurisPR-ArbR 16/2012, Anmerkung 6 unter C; *Düwell*, Die vorübergehende Überlassung im Ersten AÜG-Änderungsgesetz, ZESAR 2011, 449, 450.

gegenüber den befristet beschäftigten Arbeitnehmerinnen über freie unbefristete Arbeitsplätze besteht, ist noch nicht die Auffassung vertreten worden, dass Dauerarbeitsplätze nicht befristet besetzt werden dürften, sondern unbefristet ausgeschrieben werden müssten²². Auch schließen diese Bestimmungen es nicht aus, auf einem ausgeschriebenen Arbeitsplatz eine Leiharbeiterin und nicht eine bisher befristet beschäftigte Mitarbeiterin einzusetzen.

Neben einem starken Glauben erfordert dieser Rekurs auch eine hohe Fähigkeit, die rechtlichen Rahmenbedingungen der Leiharbeit in den anderen Staaten der EU auszublenden. Nach einer Studie von *Grabell* und *Groeger*²³ ist die Arbeitnehmerüberlassung z.B. in Österreich, Dänemark, Finnland, Irland, Lettland, den Niederlanden, der Slowakischen Republik, Schweden und dem Vereinigten Königreich unbefristet und damit auch auf Dauerarbeitsplätzen zulässig. Stünde dies in Widerspruch zu Art. 6 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie, wären mit Sicherheit inzwischen entsprechende Vertragsverletzungsverfahren von der Kommission eingeleitet worden.

cc) Daneben wird argumentiert, dass der längerfristige oder dauerhafte Einsatz von Leiharbeiterinnen die Substituierung von Stammarbeitsverhältnissen durch Leiharbeit fördere. Dies stünde in Widerspruch zu Art. 5 Abs. 5 der Leiharbeitsrichtlinie, der die Chancen von Leiharbeiterinnen auf ein Arbeitsverhältnis mit dem entleihenden Unternehmen verbessern wolle. Auch der Rückgriff auf Art. 5 Abs. 5 der Leiharbeitsrichtlinie ist von dem revisionistisch-regulatorischen Gedanken der Leiharbeit als prekärer Rechtsbeziehung getragen²⁴. Verkannt wird dabei, dass Art. 5 Abs. 5 Leiharbeitsrichtlinie nicht aufeinander folgende Überlassungen verbietet, sondern nur solche, mit denen die Bestimmungen der Richtlinie umgangen werden sollen. Insofern hätte es zunächst einmal einer Darlegung bedurft, welche Bestimmungen der Richtlinie unter welchen Voraussetzungen bei aufeinander folgenden Überlassungen umgangen werden können. Diese Darlegung steht noch aus. Überdies sieht auch der europäische Normgeber die Leiharbeit nicht als prekär an, sondern geht insoweit von einem anderen, nämlich privatautonomen Grundverständnis aus. Dies ergibt sich deutlich aus Erwägungsgrund 15 der Leiharbeitsrichtlinie, in dem unbefristete Arbeitsverträge als die übliche Form des Beschäftigungsverhältnisses bezeichnet werden, so dass dem nationalen Gesetzgeber aufgetragen wird, für die unbefristeten Leiharbeitsver-

22 In der deutschen Kommentarliteratur wird diese Frage nicht einmal angesprochen.

23 *Grabell/Groeger*, Temp Worker Regulations Around the World, abzurufen unter <http://projects.propublica.org/graphics/temps-around-the-world>, 2014 (abgerufen 21.4. 2016).

24 *Hamann*, jurisPR-ArbR 23/2012, Anmerkung 3 unter C.

hältnisse Ausnahmen vom Grundsatz der Gleichbehandlung zuzulassen. Damit läuft der Rückgriff auf Art. 5 Abs. 5 Leiharbeitsrichtlinie zumindest für unbefristete Leiharbeitsverhältnisse ins Leere. Das unbefristete Leiharbeitsverhältnis trägt somit zur Schaffung von Arbeitsplätzen und zur Teilnahme am und zur Eingliederung in den Arbeitsmarkt bei (Erwägungsgrund 11).

c) Stammarbeitnehmerin – Leiharbeitnehmerin – Dritt-personaleinsatz

Die Auffassung, die Begrenzung der Leiharbeit führe zu einer von der Leiharbeitsrichtlinie beabsichtigten Stärkung der Stammarbeitsplätze im Einsatzbetrieb, beruht nicht nur auf der theoretischen Fehlannahme, dass die Leiharbeitsrichtlinie die Leiharbeit als prekär und damit nicht wünschenswert ansieht. Das glatte Gegenteil ist der Fall: Die Leiharbeitsrichtlinie will den Sozialschutz der Leiharbeitsnehmerin in ihrer Vertragsbeziehung zur Verleiherin stärken, nicht aber den Anwendungsbereich der Leiharbeit verkürzen.

Ein weiterer fataler Irrglaube im tatsächlichen Bereich ist, dass die Begrenzung der Leiharbeit zwingend zur Folge habe, dass im Einsatzbetrieb zusätzliche Arbeitsplätze geschaffen würden bzw. die zuvor mit Leiharbeiterinnen besetzten Arbeitsplätze mit Stammarbeiterinnen besetzt würden. Hierbei handelt es sich um eine ergebnisorientierte, durch nichts bewiesene Behauptung, die bei sachlicher juristischer Analyse schnell widerlegt werden kann. Leiharbeit steht zwischen der Erledigung von Aufgaben im Betrieb durch Stammarbeiterinnen und der Erledigung betrieblicher Aufgaben im Wege des Outsourcings durch Werkvertragsunternehmerinnen oder freie Mitarbeiterinnen. Bei der Stammarbeitnehmerin besteht die Vertragsbeziehung zur Inhaberin des Einsatzbetriebs, die auch Inhaberin des Weisungsrechts ist. Bei der Leiharbeit hat die Inhaberin des Einsatzbetriebs das Weisungsrecht, aber keine Vertragsbeziehung zur Leiharbeiterin. Beim Einsatz von Werkvertragsunternehmerinnen und freien Mitarbeiterinnen besteht zu den tatsächlich im betrieblichen Interesse tätigen Personen weder eine arbeitsvertragliche Beziehung noch steht der Inhaberin des Einsatzbetriebs ein arbeitsrechtliches Weisungsrecht zu. Wird nun der Anwendungsbereich der Leiharbeit begrenzt, ist ein Ausweichen nicht nur in Richtung Stammarbeitsplätze mit der Begründung einer Arbeitsvertragsbeziehung zur Arbeitnehmerin, sondern auch der Weg in die andere Richtung, nämlich mit der Aufgabe des arbeitsrechtlichen Weisungsrechts hin zur selbständigen Aufgabenerledigung im Rahmen von Dienst- bzw. Werkverträgen möglich. Dass jede betriebliche Tätigkeit durch weisungsabhängig Beschäftigte, aber auch durch weisungsfreie Selbständige erledigt werden kann, habe ich vor fast 20 Jahren an anderer Stelle aufge-

zeigt²⁵; die Moskito-Anschlägerin-Entscheidung des BAG hat dies eindrucksvoll bestätigt²⁶.

4. Zwischenergebnis

Anders als der deutsche Gesetzgeber und die im Vordringen begriffene Auffassung im deutschen Schrifttum betrachtet der europäische Normgeber die Leiharbeit nicht als prekär und erteilt damit dem revisionistisch-regulatorischen Ansatz eine klare Absage. Leiharbeit ist eine nach europäischem Verständnis wünschenswerte Form der Beschäftigung, die dem Unternehmen die Möglichkeit gibt, Beschäftigung flexibel auf der Grundlage von Arbeitsverhältnissen durchzuführen. Arbeitnehmerinnen ermöglicht sie zum einen, Beruf und Privatleben zu vereinbaren; zum anderen trägt Leiharbeit zur Schaffung von Arbeitsplätzen und damit für Erwerbsuchende maßgeblich dazu bei, am Arbeitsmarkt teilzunehmen und in diesen eingegliedert zu werden.²⁷

Es ist ein Irrglaube, dass mit der Leiharbeitsrichtlinie verhindert werden soll, dass Dauerarbeitsplätze in den Unternehmen nicht mit Leiharbeiterinnen besetzt werden sollen. Vielmehr tragen Leiharbeitsverhältnisse als flexible Personalreserve für die Unternehmen gerade dazu bei, sichere und dauerhafte Arbeit zu schaffen. Zum Einsatz von Leiharbeiterinnen gibt es nicht nur den Einsatz eigener Stammarbeiterinnen als Alternative. Vielmehr kommt auch ein Outsourcing in Form der Umwandlung von Arbeitsplätzen in freie Mitarbeiterinnenplätze in Betracht, wie die Moskito-Anschlägerin-Entscheidung des BAG²⁸ nachdrücklich verdeutlicht.

III. Vorübergehend oder nicht (nur) vorübergehend?

1. Entwicklung des nationalen Rechts

Bis zum 31.12. 2003 war die Arbeitnehmerüberlassung in Deutschland auf bestimmte Höchstzeiträume begrenzt. Das Überschreiten der Höchstüberlassungsdauer stellte eine Ordnungswidrigkeit nach § 16 Abs. 1 Nr. 9 AÜG dar²⁹. Verstöße hiergegen konnten gewerberechtliche Konsequenzen bis hin zum Widerruf der Erlaubnis haben³⁰ sowie die Vermutung der

25 Boemke, Neue Selbständigkeit und Arbeitsverhältnis, ZfA 1998, 285 ff.

26 BAG 13.3. 2008 – 2 AZR 1037/06, juris.

27 Erwägungsgrund 11.

28 BAG 13.3. 2008 – 2 AZR 1037/06 (Fn. 26).

29 Boemke/Lembke, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 1. Aufl. 2002, § 16 Rn. 36 ff.

30 Boemke/Lembke (Fn. 29), § 3 Rn. 101.

Arbeitsvermittlung nach § 1 Abs. 2 AÜG begründen³¹. Mit Wirkung zum 1.1. 2003 wurde Arbeitnehmerüberlassung ohne zeitliche Beschränkung zugelassen und damit eine dauerhafte bzw. eine Arbeitnehmerüberlassung auf unbestimmte Zeit ermöglicht.

Aufgrund der Leiharbeitsrichtlinie sah sich dann der bundesdeutsche Gesetzgeber gehalten, in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG „klarzustellen“, dass „die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher ... vorübergehend“ erfolgt. In der Missbrauchs begründung heißt es hierzu, dass diese Einfügung

„der Klarstellung [dient], dass das deutsche Modell der Arbeitnehmerüberlassung dieser europarechtlichen Vorgabe entspricht. Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz regelt ein auf vorübergehende Überlassungen angelegtes Modell der Arbeitnehmerüberlassung, bei dem die Überlassung an den jeweiligen Entleiher im Verhältnis zum Arbeitsvertragsverhältnis zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer vorübergehend ist“³².

Mit der nunmehr geplanten Einführung einer Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten (Art. 1 Nr. 1 lit. c GE) soll das Kriterium der vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung sowie die Rechtsprechung des BAG hierzu konkretisiert und Rechtssicherheit geschaffen werden³³.

2. Europarechtliche Grundlagen

Schon bei näherer Betrachtung ergeben sich deutliche Zweifel, ob die Leiharbeitsrichtlinie verlangt, dass die Arbeitnehmerüberlassung nur vorübergehend erfolgen darf. In der Leiharbeitsrichtlinie wird zwar an verschiedenen Stellen die Formulierung „vorübergehend“ verwendet, ohne dass dabei allerdings zum Ausdruck gebracht wird, dass eine auf Dauer angelegte Überlassung nach europarechtlichen Vorgaben unerwünscht oder gar verboten sei. So bestimmt Art. 1 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie, dass die Richtlinie

„für Arbeitnehmer [gilt], die mit einem Leiharbeitsunternehmen einen Arbeitsvertrag geschlossen haben oder ein Beschäftigungsverhältnis eingegangen sind und die entleihenden Unternehmen zur Verfügung gestellt werden, um vorübergehend unter deren Aufsicht und Leitung zu arbeiten“.

Insoweit wird der Anwendungsbereich der Leiharbeitsrichtlinie auf die vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung beschränkt, ohne dass damit – zumindest ausdrücklich – die dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung ausgeschlossen wird³⁴. Konsequenterweise hinsichtlich des Anwendungsbereichs

31 Wegen der Einzelheiten siehe *Boemke/Lembke* (Fn. 29), § 3 Rn. 102 und § 1 Rn. 137, 138 ff, 150 f.

32 Missbrauchs begründung (Fn. 3), S. 8.

33 Entwurf eines Gesetzes (Fn. 2), S. 16.

34 *Boemke*, in *Boemke/Lembke* (Fn. 17), § 1 Rn. 112.

wird auch in Art. 3 Abs. 1 lit b bis d Leiharbeitsrichtlinie an die vorübergehende Überlassung angeknüpft.

Aus der Anknüpfung der Leiharbeitsrichtlinie an die „vorübergehende“ Überlassung lässt sich auch nicht im Wege der Auslegung schließen, dass die dauerhafte Überlassung damit unzulässig sein soll. Dies zeigt die einfache Überlegung, dass vor Verabschiedung der Leiharbeitsrichtlinie, nach deren Inkrafttreten und auch nach Ablauf der Umsetzungsfrist in zahlreichen Mitgliedstaaten die zeitlich unbegrenzte Überlassung zulässig war und (auch weiterhin) ist³⁵. Hätte der europäische Normgeber in Kenntnis der bestehenden Unterschiede³⁶ die in vielen Mitgliedstaaten zugelassene und praktizierte dauerhafte bzw. auf unbestimmte Zeit vorgesehene Arbeitnehmerüberlassung mit der Leiharbeitsrichtlinie verbieten bzw. für unzulässig erklären wollen, hätte es hierzu einer klaren Regelung bedurft³⁷.

Diese Auffassung ist im letzten Jahr auch von der EU-Kommission bestätigt worden. Bei der EU-Kommission war ein Antrag auf Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 258 AEUV gegen die Bundesrepublik wegen Verstoßes gegen die Leiharbeitsrichtlinie eingereicht worden, weil diese bewusst darauf verzichtet habe, eine dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung gesetzlich zu sanktionieren. Dies sah die Kommission anders und führte hierzu aus:

„Da gemäß der Richtlinie Deutschland und die anderen Mitgliedstaaten nicht verpflichtet sind, eine Höchstdauer für die Überlassung von Leiharbeitnehmern an entleihende Unternehmen festzulegen, verstößt das Fehlen einer solchen Begrenzung in den nationalen Vorschriften zur Umsetzung der Richtlinie nicht gegen ihre Bestimmungen. Auch gegen andere spezifische Bestimmungen des EU-Rechts wird damit nicht verstoßen. Da die langfristige Überlassung von Leiharbeitnehmern an entleihende Unternehmen keinen Verstoß gegen die Richtlinie 2008/104/EG darstellt, sind die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet, Sanktionen für einen solchen Fall vorzusehen.“³⁸

Dies hat – selbst ausgewiesene Kennerinnen des Rechts der Arbeitnehmerüberlassung – überrascht³⁹, liegt aber in der Intention der Leiharbeitsrichtlinie begründet, die Leiharbeit als reguläre Beschäftigung einzuordnen.

35 Siehe oben II 3 b, bb bei Fn. 23.

36 Siehe dazu Erwägungsgrund 10.

37 Boemke, in: Boemke/Lembke (Fn. 17), § 1 Rn. 112.

38 Az. CHAP (2015)00716.

39 Hamann, AuR 2016, 136, 137.

3. 18 Monate – und nicht mehr?

a) Zulässigkeit einer zeitlichen Begrenzung

aa) Eine zwingende zeitliche Obergrenze für die Überlassung wird aus verschiedenen Richtungen kritisiert. Die Vertreterinnen des revisionistisch-regulatorischen Ansatzes kritisieren, dass eine starre Grenze dem Flexibilisierungsgedanken nicht hinreichend Rechnung trage. Eine Grenze dürfe nicht arbeitnehmerbezogen, sondern müsse arbeitsplatzbezogen ausgestaltet werden. Der Gefahr dauerhafter Substitution von Stammarbeitnehmerinnen könne nur entgegengewirkt werden, wenn die Arbeitnehmerüberlassung nur bei einem vorübergehenden Beschäftigungsbedarf gestattet sei.⁴⁰ Dieser vorübergehende Beschäftigungsbedarf könne im Einzelfall durchaus länger als 18 Monate, werde im Regelfalle aber erheblich kürzer sein. Diesen Folgerungen des revisionistisch-regulatorischen Ansatzes muss hier nicht vertieft nachgegangen werden, weil er – wie oben bereits dargelegt – schon im Ausgangspunkt unzutreffend ist. Dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung und damit die Substitution von Stamm- durch Leiharbeiterinnen verbietet die Leiharbeitsrichtlinie nicht⁴¹.

Auch wenn somit die Leiharbeitsrichtlinie dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung nicht ausschließt, folgt hieraus noch nicht zwingend, dass erstens damit ein Verbot dauerhafter Arbeitnehmerüberlassung europarechtswidrig wäre und zweitens, selbst wenn dieses europarechtswidrig wäre, entsprechende unionswidrige nationale Regelungen die Gerichte der Mitgliedstaaten nicht anwenden müssten bzw. dürften⁴².

bb) Hinsichtlich der ersten Frage nach dem Verbot von Bestimmungen, die den Einsatz der Arbeitnehmerüberlassung begrenzen, möchte ich mich auf die Leiharbeitsrichtlinie beschränken und Art. 16 GRCh außen vor lassen⁴³. Das BAG hat in diesem Zusammenhang die Auffassung vertreten, dass selbst dann, wenn die Richtlinie ein Verbot dauerhafter Arbeitnehmerüberlassung nicht verlangen sollte, ihr auch nicht entnommen werden könne, dass der nationale Gesetzgeber daran gehindert wäre, die nicht nur

40 Hamann, AuR 2016, 136, 138; Happ/van der Most, Die Höchstüberlassungsdauer im AÜG – eine „vorübergehende“ Idee?, BB 2015, 565, 568 ff.

41 Wegen des fehlerhaften Abstellens auf den Arbeitsplatz statt auf die Arbeitnehmerin siehe unten III 3 b.

42 Diese feinsinnige Differenzierung trifft EuGH 17.3. 2015 – C-533/13 Rn. 28 – AKT; siehe dazu Boemke/Sachadae, „Im Westen nichts Neues“ – EuGH lässt Frage nach „vorübergehendem“ Charakter der Leiharbeit unbeantwortet, EuZA 8 (2015), 313.

43 Dazu BAG 10.7. 2013 – 7 ABR 91/11, BAGE 145, 355 Rn. 47, einerseits und Thüsing/Stiebert, Zum Begriff „vorübergehend“ in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG, DB 2012, 632, 634, andererseits.

vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung zu verbieten⁴⁴. Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie legt allerdings fest, dass Verbote oder Einschränkungen des Einsatzes von Leiharbeit nur aus Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind. Da ein Verbot der dauerhaften Arbeitnehmerüberlassung wohl unstreitig den Einsatz von Leiharbeit einschränkt, bedürfte es hierfür einer Rechtfertigung durch Allgemeininteressen. Weder in der Missbrauchs begründung noch im GE werden Allgemeininteressen genannt, die eine Einschränkung der dauerhaften Leiharbeit rechtfertigen könnten. Der Gesetzgeber sah sich – wie oben nachgewiesen – rechtsirrig durch die Leiharbeitsrichtlinie dazu gezwungen, die bis dahin unbegrenzt zulässige Arbeitnehmerüberlassung in zeitlicher Hinsicht nur noch vorübergehend zuzulassen und schließlich sogar konkret zeitlich zu begrenzen. Vom Ausgangspunkt der Leiharbeitsrichtlinie, derzufolge das Leiharbeitsverhältnis ein Normalarbeitsverhältnis ist, lassen sich solche Gründe auch nicht finden. Mit den Argumenten des 1. Senats des BAG, wonach die Leiharbeitsrichtlinie ein Verbot der dauerhaften Überlassung nicht ausschließe, kann ich mich an dieser Stelle nicht auseinandersetzen, weil der hohe Senat seine Behauptung leider nicht mit einer Begründung untersetzt hat.

cc) Folgt aus dieser im Widerspruch zur Leiharbeitsrichtlinie stehenden Beschränkung des Einsatzes von Leiharbeit, dass nationale Gerichte § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG und nach der Umsetzung des GE § 1 Abs. 1b AÜG neu mit den Folgeregelungen nicht anwenden dürfen? Dieser Schluss scheint zunächst angesichts der Entscheidung des EuGH in Sachen AKT zumindest zweifelhaft. Kurz und bündig hat der EuGH nämlich ausgeführt, dass Art. 4 Abs. 1 der Leiharbeitsrichtlinie sich nur an die zuständigen Behörden des Mitgliedstaats richte und diesen auferlege, ihre nationalen Regelungen zu überprüfen. Diese Verpflichtungen könnten die nationalen Gerichte nicht erfüllen⁴⁵. Auch wenn diese sehr formelle Argumentation in der Sache wenig überzeugt, kann sie nicht dafür angeführt werden, dass nationale Bestimmungen, die in Widerspruch zu Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie stehen, generell von den Gerichten der Mitgliedstaaten angewendet werden müssten. Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie ist nämlich seinem Wortlaut nach nicht nur an die Behörden der Mitgliedstaaten gerichtet, sondern lässt generell Verbote oder Einschränkungen der Leiharbeit nur aufgrund von Allgemeininteressen zu. Überdies sind bestehende Verbote oder Einschränkungen im Rahmen des Art. 4 Abs. 2 und 3 Leiharbeitsrichtlinie zu überprüfen. Insoweit stellen diese Bestimmungen aus der Sicht des EuGH eine Ausnahme vom Grundsatz des Anwendungsvorrangs dar. Im Übrigen muss es aber bei neu geschaffenen Verboten

44 BAG 10.7. 2013 – 7 ABR 91/11 (Fn. 43), Rn. 46.

45 Diese feinsinnige Differenzierung trifft EuGH 17.3. 2015 – C-533/13 Rn. 28 – AKT.

oder Einschränkungen dabei bleiben, dass gemeinschaftswidrige nationale Normen „ohne weiteres unanwendbar“ bleiben⁴⁶.

b) Obiter: Arbeitsplatz- oder Arbeitnehmerinnenbezug

Nur ganz knapp soll an dieser Stelle zu der Frage Stellung bezogen werden, ob das in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG normierte „vorübergehend“ bzw. die in § 1 Abs. 1b AÜG neu vorgesehene Begrenzung der Höchstüberlassungsdauer arbeitsplatz-⁴⁷ oder arbeitnehmerinnenbezogen⁴⁸ zu verstehen ist, wenn diese Bestimmung entgegen der hier vertretenen Auffassung bei der Anwendung des nationalen Rechts beachtet werden müssten.

Soweit zugunsten eines Arbeitsplatzbezugs sich feinsinnig darauf gestützt wird, nach der Richtlinie werde nicht auf den Verleih, sondern die Überlassung abgestellt⁴⁹, ist dies zwar zutreffend, besagt aber in der Sache nicht das Gewünschte. Die Richtlinie definiert in Art. 3 Abs. 1 lit. c als Leiharbeitnehmerin denjenigen

„Arbeitnehmer, der mit einem Leiharbeitsunternehmen einen Arbeitsvertrag geschlossen hat oder ein Beschäftigungsverhältnis eingegangen ist, um einem entleihenden Unternehmen überlassen zu werden und dort unter dessen Aufsicht und Leitung vorübergehend zu arbeiten“.

Vorübergehend ist also die Tätigkeit der Leiharbeitnehmerin bei der Kundin, nicht aber die Besetzung von Arbeitsplätzen bei der Kundin mit Leih-

46 EuGH 26.9.2000 – C-443/98 Rn. 48 f. – Unilever; EuGH 22.11.2005 – C-144/04 Rn. 77 – Mangold; BVerfG 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06, juris Rn. 69 ff.

47 LAG Berlin-Brandenburg 19.4.2012 – 4 TaBV 1163/12 (Fn. 21), Rn. 34 ff.; LAG Berlin-Brandenburg 9.1.2013 – 15 Sa 1635/12, juris Rn. 61; LAG Hamburg 29.8.2013 – 1 TaBV 3/13, juris Rn. 37 f.; LAG Hamburg 23.9.2014 – 2 TaBV 6/14, juris Leitsätze 2 und 3; ArbG Cottbus 26.9.2012 – 2 BV 85/12, juris Rn. 51; ArbG Darmstadt 17.9.2015 – 7 BV 2/15, juris; Düwell, ZESAR 2011, 449, 454; Grimm/Heppner, Höchstüberlassungsdauer für die Leiharbeit, ArbRB 2016, 112 f.; Hamann, NZA 2011, 71, 72; ders., Umsetzung der Vorgabe „vorübergehend“ in der Leiharbeitsrichtlinie, NZA 2015, 904, 905; Ulber, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 4. Aufl. 2011, § 1 Rn. 230e; Kalb, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 5), § 1 AÜG Rn. 35; Rosenau/Mosch, Neue Regelungen für die Leiharbeit, NJW-Spezial 2011, 242.

48 Bauer, Vorhaben der „GroKo“ zu Leiharbeit und Werkverträgen: Befürchtungen aus Arbeitgebersicht!, DB 2014, 60; Seel, Neue Spielregeln für die Arbeitnehmerüberlassung – Eine Analyse des Referentenentwurf des AÜG, öAT 2016, 27, 28 f.; Willemsen/Mehrens, Beabsichtigte Neuregelung des Fremdpersonaleinsatzes – Mehr Bürokratie wagen?, NZA 2015, 897, 898; Zimmermann, Der Referentenentwurf zur AÜG-Reform 2017, BB 2016, 53 f. – Siehe auch Franzen, Neuausrichtung des Drittpersonaleinsatzes – Überlegungen zu den Vorhaben des Koalitionsvertrags, RdA 2015, 141, 149.

49 Düwell, ZESAR 2011, 449, 453.

arbeitnehmerinnen. Dies entspricht auch dem nationalen Verständnis. Der Gesetzgeber hat hierzu in der Missbrauchsbegründung dargelegt, das AÜG regele ein auf vorübergehende Überlassungen angelegtes Modell der Arbeitnehmerüberlassung, bei dem die Überlassung an die jeweilige Entleiherin im Verhältnis zum Arbeitsvertragsverhältnis zwischen der Verleiherin und der Leiharbeitnehmerin vorübergehend ist⁵⁰. Ob die Überlassung vorübergehend ist, beurteilt sich danach gerade nicht nach der Rechtsbeziehung zwischen Verleiherin und Entleiherin, sondern nach dem Arbeitseinsatz der konkreten Leiharbeitnehmerin. Hierfür spricht zusätzlich, dass im Entwurf der Bundesregierung vom 2.9.2010 zum Missbrauchsgesetz noch zur näheren Konkretisierung des Begriffs „vorübergehend“ erläuternd ausgeführt war:

„Zugleich soll aber ausgeschlossen werden, dass Unternehmen mit Hilfe der Arbeitnehmerüberlassung ihren dauerhaften Bedarf an Arbeitskräften abdecken. In der Regel kann immer dann von einer vorübergehenden Überlassung ausgegangen werden, wenn der Einsatz in dem Entleihunternehmen nicht dauerhaft sein soll und beispielsweise im Rahmen einer Urlaubs- oder Krankenvertretung oder zur Durchführung eines besonderen Projekts oder Auftrags stattfindet.“

Diese, auf die Situation bei der Kundin abhebende Formulierung findet sich in der dem Bundestag und Bundesrat vorgelegten Missbrauchsbegründung nicht mehr.

Dass auch nach dem GE künftig auf den Einsatz der konkreten Leiharbeitnehmerin abgestellt werden soll, zeigt die geplante Neuregelung in § 1 Abs. 1b Sätze 1 und 2 AÜG-GE. Danach darf dieselbe Leiharbeitnehmerin nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate derselben Entleiherin überlassen werden, wobei der Zeitraum vorheriger Überlassungen, die innerhalb einer Karenzfrist von sechs Monaten liegen, auch dann angerechnet werden, wenn diese durch eine andere Verleiherin an dieselbe Entleiherin erfolgten. Abgestellt wird auf die Überlassung „derselben“ Leiharbeitnehmerin, die Überlassung einer anderen Leiharbeitnehmerin ist damit nicht ausgeschlossen. Maßgeblich ist die Überlassung an dieselbe Entleiherin. Eine Überlassung von mehr als 18 Monaten ist danach selbst dann untersagt, wenn diese auf unterschiedliche Arbeitsplätze erfolgt. Den Arbeitnehmerinnenbezug macht schließlich auch die Berücksichtigung von Vorüberlassungen derselben Leiharbeitnehmerin durch andere Verleiherinnen deutlich. Hätte der Gesetzgeber einen Arbeitsplatzbezug herstellen wollen, dann hätte er längerfristige Überlassungen von Leiharbeitnehmerinnen an dieselben Entleiherinnen zulassen müssen, wenn dies auf unterschiedlichen Arbeitsplätzen erfolgt. Im Übrigen hätte er bei der Anrechnung nicht auf die Überlassung derselben Leiharbeitneh-

50 Missbrauchsbegründung (Fn. 3), S. 8.

merin an dieselbe Entleiherin unabhängig von der Person der Verleiherin abheben dürfen, sondern auf die Überlassung auf denselben Arbeitsplatz unabhängig von der Person der Leiharbeiterin abstellen müssen.

Selbst wenn man in der Neuregelung, wonach die Überlassung „vorübergehend“ erfolgt, eine „Reregulierung hin zum alten Modell der Arbeitnehmerüberlassung“⁵¹ sehen sollte, bedeutet dies nicht, dass Bezugspunkt der Beurteilung die Situation im Kundinnenbetrieb ist. Auch nach der alten Rechtslage kam es nämlich allein darauf an, ob die konkrete Leiharbeiterin befristet überlassen wurde. Deren – gegebenenfalls auch wechselnder – Austausch mit anderen Leiharbeiterinnen, auch derselben Verleiherin, war zulässig⁵².

Zugunsten eines Anlassbezugs ließe sich allenfalls der Gesetzeszweck ins Feld führen, der dem Austausch von Stammarbeitsplätzen durch dauerhaften Einsatz von Leiharbeiterinnen entgegenwirken solle⁵³. Dies war allerdings hinsichtlich des Missbrauchsgesetzes reines regulatorisch-revisionistisches Wunschdenken, aber nicht Ziel des AÜG. Auch hier ist wieder darauf zu verweisen, dass sich im Entwurf der Bundesregierung zum Missbrauchsgesetz vom 2.9. 2010 noch die Formulierung fand, dass ausgeschlossen werden solle, dass Unternehmen mit Hilfe der Arbeitnehmerüberlassung ihren dauerhaften Bedarf an Arbeitskräften abdecken. In der dem Bundestag und Bundesrat vorgelegten Missbrauchsbegründung ist dieser Passus aber gestrichen worden. Vielmehr wird ausdrücklich betont, dass die Arbeitnehmerüberlassung in der Regel voll sozialversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse schaffe. Der überwiegende Teil der ehemaligen Leiharbeitskräfte befinde sich auch mittelfristig weiterhin in Beschäftigung und nicht in Arbeitslosigkeit. Damit leiste die Arbeitnehmerüberlassung einen wichtigen Betrag dazu, dass die positive wirtschaftliche Entwicklung schnell in neue Beschäftigungschancen umgesetzt wird. Das Leiharbeitsverhältnis war nach der Sicht des Gesetzgebers kein Arbeitsverhältnis zweiter oder gar dritter Klasse.

Dies könnte sich allerdings für die Zukunft ändern, denn nach der Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung soll gesetzlich der Verdrängung von Stammarbeiterinnen durch Leiharbeiterinnen entgegengewirkt werden⁵⁴. Wenn dies das Ziel war, dann ist dies erstens – wie soeben dargelegt – kräftig misslungen und zweitens mit der

51 *Düwell*, ZESAR 2011, 449, 454.

52 LAG Hessen 16.1. 2007 – 4 TaBV 203/06, EzAÜG § 14 AÜG; *Boemke/Lembke* (Fn. 29), § 3 Rn. 95; *Schüren/Behrend*, Arbeitnehmerüberlassung nach der Reform – Risiken der Neuen Freiheit, NZA 2003, 521, 522.

53 So *Düwell*, ZESAR 2011, 449, 453.

54 Begründung zum Entwurf eines Gesetzes (Fn. 6), S. 10.

europarechtlichen Vorstellung vom Leiharbeitsverhältnis als Normalarbeitsverhältnis nicht zu vereinbaren.

IV. Gleichbehandlung – Europarechtliche Beschränkungen

1. Industrieverbandsprinzip – Kein gleiches Geld für gleiche Arbeit

Einer der tragenden Grundsätze der Leiharbeitsrichtlinie scheint es zu sein, dass Leiharbeiterinnen für die gleiche Arbeit auch das gleiche Arbeitsentgelt sowie dieselben sonstigen Arbeitsbedingungen wie vergleichbare Stammarbeiterinnen des Entleiherinnenbetriebs erhalten müssten. Allgemein gilt Gleichbehandlung als ein Grundprinzip der Gerechtigkeit und kommt populistisch immer gut an. Dass die Gleichheit – auch beim Entgelt – von anderen Prinzipien überlagert werden kann, zeigt schon das Gleichnis von den Arbeiterinnen im Weinberg⁵⁵. Ein allgemeiner tragender Grundsatz, wonach für gleiche Arbeit auch gleiches Geld zu zahlen ist, ist mit dem Grundsatz der Privatautonomie nur schwer zu vereinbaren. Insoweit bestimmt auch das AGG nicht, dass alle Arbeitnehmerinnen gleich behandelt werden müssen, sondern lediglich, dass für eine unterschiedlichen Behandlung nicht bestimmte Kriterien (mit-) ursächlich sein dürfen.

In der betrieblichen Wirklichkeit kann durch die Entscheidung der im DGB organisierten Einzelgewerkschaften für das Industrieverbandsprinzip – mag dies auch aus historischen Gründen nachvollziehbar sein – der *equal pay*-Gedanke aus rechtstatsächlichen Gründen nicht realisiert werden. Die Entscheidung dafür, Vergütungen branchenbezogen auszuhandeln, hatte als zwingende Konsequenz, dass die gleiche Tätigkeit, abhängig davon, in welcher Branche diese geleistet wird, auch unterschiedlichen Vergütungsregelungen unterfällt. Mit dem Industrieverbandsprinzip ist der Anreiz für die Senkung von Personalkosten durch Outsourcing von Tätigkeiten geschaffen worden. Insofern ist es jedenfalls rational nicht recht nachvollziehbar, weswegen die allgemeine Akzeptanz dafür, dass für gleiche Arbeit ungleiches Entgelt gezahlt wird, im Bereich der Leiharbeit einen anderen Zungenschlag bekommt.

Bereits nach geltendem nationalem Recht ist – und das sollte an dieser Stelle festgehalten werden – *equal pay* und *equal treatment* im Leiharbeitsverhältnis der Grundsatz. § 10 Abs. 4 Satz 1 AÜG legt dies eindeutig und zweifelsfrei fest. In der Begründung zum Entwurf eines Ersten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt heißt es hierzu klar und deutlich,

55 Matthäus 20, 1-16. – Siehe dazu *Gast*, Rhetorik der Gleichbehandlung, BB 1997, 1304, 1309.

„dass Leiharbeiter während der Dauer der Überlassung wie vergleichbare Arbeitnehmer des entleihenden Unternehmens hinsichtlich der wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen gleichbehandelt werden müssen“⁵⁶.

Abweichungen vom Grundsatz der Gleichbehandlung sind nur aufgrund eines Tarifvertrags zugelassen worden. Im Klartext bedeutet dies, dass schon *de lege lata* nur mit einem gewerkschaftlichen Einverständnis den Leiharbeiterinnen der gesetzliche Anspruch auf Gleichbehandlung genommen werden kann und auch genommen worden ist.

2. Europarecht – Kein *equal pay* im unbefristeten Arbeitsverhältnis

Der Grundsatz des *equal pay* und *equal treatment* scheint allerdings, so wird immer wieder behauptet, europarechtlich determiniert. Immerhin bestimmt Art. 5 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie, dass

„die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Leiharbeiter ... während der Dauer ihrer Überlassung an ein entleihendes Unternehmen mindestens denjenigen [entsprechen], die für sie gelten würden, wenn sie von jenem genannten Unternehmen unmittelbar für den gleichen Arbeitsplatz eingestellt worden wären“.

Diese Regelung ist aber nur für diejenigen eindeutig, der nicht differenzierende Regelungsrahmen für Leiharbeit in den unterschiedlichen Mitgliedstaaten zur Kenntnis nimmt. In den Mitgliedstaaten gibt es zwei unterschiedliche Prinzipien der Arbeitnehmerüberlassung, nämlich das Agentur- und das Arbeitgeberinnenprinzip. Beim Agenturprinzip, das in zahlreichen Mitgliedstaaten der EU gilt, hat die Verleiherin der Sache nach die Rolle einer Vermittlerin zwischen der Leiharbeiterin und der Entleiherin. Zwar gibt es auch einen Vertrag zwischen Leiharbeiterin und Verleiherin, der aber auf die Länge des Einsatzes im Entleiherbetrieb befristet ist. Dementsprechend wird beim Agenturprinzip kein Lohn bei Urlaub, Nichteinsatz und Krankheit gezahlt. Beim in Deutschland geltenden Arbeitgeberinnenmodell steht der Leiharbeiterin in einem grundsätzlich von der Kundinnenbeziehung unabhängigen Arbeitsverhältnis mit der Verleiherin, in dem insbesondere auch für Zeiten des

56 Begründung zum Entwurf eines Ersten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt (Fn. 5), S. 24. – Siehe auch BT-Drucks. 15/25, S. 38: „Die neue Vorschrift der Nummer 3 bestimmt, dass Leiharbeiter während der Beschäftigung bei einem Entleiher grundsätzlich gegenüber vergleichbaren Arbeitnehmern des Entleihers in Bezug auf die wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts gleich zu behandeln sind. Leiharbeiter haben somit ab dem ersten Tag der Überlassung an einen Entleiher Anspruch auf die im Betrieb des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen eines vergleichbaren Stammarbeitnehmers des Entleihers.“.

Nichteinsatzes das Entgelt geschuldet ist⁵⁷. Beim Agenturprinzip ist *equal pay* und *equal treatment* der Standard.

Vor diesem Hintergrund wird verständlich, dass Art. 5 Abs. 2 Leiharbeitsrichtlinie Abweichungen vom *equal pay* zulässt, wenn die Leiharbeiterin in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis steht und auch während der Zeiten des Nichteinsatzes bezahlt wird. Überdies bestimmt Art. 5 Abs. 3 Leiharbeitsrichtlinie, dass die Mitgliedstaaten die Möglichkeit für Abweichungen vom *equal treatment*-Grundsatz durch Tarifvertrag vorsehen können. Eine genauere Betrachtung zeigt, dass es sich bei dieser „Kann“-Regelung nicht nur um ein „Kompetenz“-Kann handelt, von dem die Mitgliedstaaten nach freiem Belieben Gebrauch machen dürfen⁵⁸. Vielmehr macht Erwägungsgrund 15 der Leiharbeitsrichtlinie deutlich, dass es einer Ermessensentscheidung der Mitgliedstaaten bedarf, die in den Fällen des Arbeitgeberinnenprinzips zu einer entsprechenden Abweichung bzw. Tariföffnungsklausel zwingt. Stehen Leiharbeiterinnen in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis,

„sollte angesichts des hierdurch gegebenen besonderen Schutzes die Möglichkeit vorgesehen werden, von den im entleihenden Unternehmen geltenden Regeln abzuweichen“.

Europarechtlich werden somit unter Geltung des Arbeitgeberinnenprinzips bei unbefristeten Arbeitsverhältnissen Abweichungen vom Grundsatz der Gleichbehandlung gefordert.

3. Konsequenzen für das nationale Recht

Der GE sieht zunächst einmal vor, die bisher in §§ 9 Nr. 2, 10 Abs. 4 und 5 AÜG normierten Bestimmungen in § 8 Abs. 1 und 2 AÜG-GE zu überführen. § 8 Abs. 4 AÜG-GE sieht seinerseits vor, dass Abweichungen beim Arbeitsentgelt nur während der ersten neun Monate zulässig sind und eine längere Abweichung voraussetzt, dass spätestens nach 15 Monaten einer Überlassung an eine Entleiherin ein Arbeitsentgelt erreicht wird, das in dem abweichenden Tarifvertrag als gleichwertig mit dem tarifvertraglichen Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmerinnen in der Einsatzbranche festgelegt ist, und nach einer Einarbeitungszeit von längstens sechs Wochen eine stufenweise Heranführung an dieses (gleichwertige) Arbeitsentgelt erfolgt. Diese Bestimmung lässt nicht nur zahlreiche praktische Fragen offen, z.B. danach, ob das Arbeitsentgelt gleichwertig sein oder nur als solches festgelegt werden muss bzw. wann diese Gleichwer-

57 Enkerts, „Einzelne Regelungen lassen sich nicht so einfach übertragen“, Personaldienstleister 02/2014, S. 8.

58 Zum Kompetenz-Kann siehe LSG Berlin-Brandenburg 15.12.2011 – L 3 U 146/10, juris Rn. 29; LSG Berlin-Brandenburg 18.11.2014 – L 10 AS 2254/14 B ER – BeckRS 2015, 65006.

tigkeit gegeben ist, sie kann überdies zu einer Besserstellung der Leiharbeiterin gegenüber vergleichbaren Arbeitnehmerinnen der Entleiherin führen. Immerhin wird nicht auf das von der Entleiherin, sondern das in der Einsatzbranche gezahlte Arbeitsentgelt mit der Folge abgestellt, dass dort, wo die Entleiherin untertariflich bezahlt, die Leiharbeiterin mehr Arbeitsentgelt erhält als ihre vergleichbare Arbeitskollegin, die von der Entleiherin entlohnt wird.

Unabhängig hiervon steht die Bestimmung in deutlichem Widerspruch zu Art. 5 Abs. 2 und 3 in Verbindung mit Erwägungsgrund 15 Leiharbeitsrichtlinie. Danach sind die Mitgliedstaaten gehalten, Abweichungen vom Grundsatz der Gleichbehandlung vorzusehen, wenn die Leiharbeiterin in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis zur Entleiherin steht und auch während der Zeiten des Nichteinsatzes bezahlt wird. Mit diesen europarechtlichen Vorgaben steht die geplante Begrenzung der Tarifautonomie in § 8 Abs. 4 AÜG-GE nicht in Einklang. Nationalrechtlich ist zu berücksichtigen, dass die Bestimmung die durch Art. 9 Abs. 3 GG garantierte Tarifautonomie beschränkt. Sie lässt unberücksichtigt, dass die Ausnahme es den Tarifvertragsparteien gerade ermöglichen sollte, Pauschalierungen beim Arbeitsentgelt zuzulassen, um insbesondere die Leistungen für Zeiten des Verleihs und Nichtverleihs in einem Gesamtkonzept zu regeln⁵⁹. Diese sinnvolle Möglichkeit wird den Tarifvertragsparteien nunmehr genommen, ohne dass seitens des Gesetzgebers Feststellungen dazu getroffen worden wären, dass die Tarifpartner ihre Verantwortung im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung angemessene tarifliche Regelungen zu finden, nicht sachgerecht wahrgenommen hätten.

4. Zwischenergebnis

Weder das europäische noch das nationale Arbeitsrecht kennt einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, wonach gleiches Geld für gleiche Arbeit zu zahlen ist. Der Gleichbehandlungsgrundsatz in Art. 5 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie trägt dem Agenturprinzip, das in zahlreichen Mitgliedstaaten der EU gilt, Rechnung. Art. 5 Abs. 2 und 3 Leiharbeitsrichtlinie sind unter Berücksichtigung von Erwägungsgrund 15 daher so zu verstehen, dass der nationale Gesetzgeber grundsätzlich Abweichungen von *equal pay* und *equal treatment* zulassen muss, wenn Leiharbeiterinnen in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis stehen und auch während Zeiten des Nichteinsatzes bezahlt werden.

59 Begründung zum Entwurf eines Ersten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt (Fn. 5), S. 38.

V. Betrachtung von Einzelregelungen

Im Folgenden möchte ich abschließend auf drei Regelungskomplexe eingehen, nämlich das Verbot des Kettenverleihs (§ 1 Abs. 1 Satz 3 AÜG-RE), das Zitiergebot (§ 1 Abs. 1 Satz 5 AÜG-RE) sowie das Verbot des Streikeinsatzes (§ 11 Abs. 5 AÜG-RE).

1. Verbot des Kettenverleihs (§ 1 Abs. 1 Satz 3 AÜG-GE)

a) Regelungsinhalt und ergänzende Bestimmungen

Nach § 1 Abs. 1 Satz 3 AÜG-GE soll die Arbeitnehmerüberlassung nur zulässig sein, wenn zwischen der Leiharbeiterin und der Verleiherin ein Arbeitsverhältnis besteht. Diese Bestimmung, die den Kettenverleih verbieten will, wird arbeitsrechtlich durch § 10a AÜG-GE ergänzt, wonach in Verbindung mit § 9 Nr. 1, 1a, 1b und § 10 Abs. 1 AÜG-GE kraft Gesetzes ein Arbeitsverhältnis zwischen der Letztentleiherin und der Leiharbeiterin entsteht, wenn die Zwischenverleiherin nicht über die nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG erforderliche Erlaubnis verfügt, der Überlassungsvertrag zwischen Letztentleiherin und Zwischenverleiherin die Überlassung nicht als solches bezeichnet bzw. die Person der Leiharbeiterin vor der Überlassung nicht konkretisiert oder die Höchstüberlassungsdauer nach § 1 Abs. 1b AÜG-GE überschritten wird. Garniert wird das Ganze durch § 16 Abs. 1 Nr. 1b AÜG-RE, der den Kettenverleih als Ordnungswidrigkeit ausgestaltet, die mit einem Bußgeld bis zu 30.000 € bedroht sein kann.

Der Wortlaut der Regelung ist dabei unklar, weil nach zutreffender Auffassung auch zwischen Entleiherin und Leiharbeiterin ein Arbeitsverhältnis besteht⁶⁰. Dass dieses Arbeitsverhältnis nicht gemeint ist, wird aber aus der Begründung des GE klar, weil hier ausdrücklich auf die vertragliche Arbeitgeberin Bezug genommen wird⁶¹.

b) Fehlende Allgemeininteressen

Eine europarechtliche Bewertung fällt mehr als kritisch aus. Die Verfasserinnen des Gesetzentwurfs der Bundesregierung interessiert es wenig, dass Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie für Verbote und Einschränkungen der Leiharbeit Gründe des Allgemeininteresses fordert. Diese Gründe des Allgemeininteresses beschränken sich darauf, dass zum einen die Verwaltungspraxis der BA bestätigt wird. Die Bestätigung einer rechtlich ungeklärten Verwaltungspraxis stellt aber kein Allgemeininteresse dar. Zum

60 Boemke, Schuldvertrag und Arbeitsverhältnis, 1998, S. 563 ff.; ders., in Boemke/Lembke (Fn. 17), § 11 Rn. 14. – Siehe auch BAG 15.3. 2011 – 10 AZB 49/10, NZA 2011, 653, 654: rechtliche Beziehung mit arbeitsrechtlichem Charakter.

61 Begründung zum Entwurf eines Gesetzes (Fn. 6), S. 14.

anderen soll hierdurch für Leiharbeiterinnen erkennbar sein, wem gegenüber sie zur Erbringung der Arbeitsleistung verpflichtet sind. Das wird aber schon über § 11 Abs. 2 Satz 4 AÜG-GE sichergestellt, wonach Verleiherinnen den Leiharbeiterinnen vor jeder Überlassung darüber zu informieren haben, dass diese als Leiharbeiterinnen tätig werden.

2. Zitiergebot (§ 1 Abs. 1 Satz 5 AÜG-GE)

a) Regelungsinhalt

§ 1 Abs. 1 Satz 5 AÜG-GE sieht ein Zitiergebot vor, wonach in dem Vertrag zwischen Verleiherin und Entleiherin die Überlassung von Leiharbeiterinnen ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung bezeichnet werden soll. Hierdurch soll dem Missbrauch von Werkvertragsgestaltungen entgegengewirkt werden⁶². Vertragskonstruktionen, bei denen unter dem Deckmantel von Werk- bzw. Dienstverträgen Arbeitnehmerüberlassung betrieben würde, seien nicht akzeptabel, weil auf diese Art und Weise den Arbeiterinnen ihnen zustehende Rechte vorenthalten werden könnten⁶³. Daher soll diejenige, die Arbeitnehmerüberlassung unter dem Deckmantel eines Dienst- oder Werkvertrags betreibt, nicht besser stehen als diejenige, die Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis betreibt.

b) Konsequenzen von Verstößen

Verstöße gegen das Zitiergebot sollen zur Folge haben, dass die Arbeitsverträge zwischen Leiharbeiterinnen und Verleiherinnen unwirksam sind (§ 9 Nr. 1a AÜG-RE) und kraft Gesetzes ein Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeiterin und Entleiherin begründet wird (§ 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG-RE), soweit die Leiharbeiterin nicht innerhalb eines Monats nach dem für den Beginn der Überlassung vorgesehenen Zeitpunkt widerspricht. Auch die verdeckte Arbeitnehmerüberlassung soll gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1c AÜG-GE als Ordnungswidrigkeit ausgestaltet werden, die mit einem Bußgeld bis zu 30.000 € bedroht sein kann.

c) Bewertung

Schon nationalrechtlich ist die Bestimmung erheblichen Zweifeln ausgesetzt. Das scharfe Schwert des Arbeitgeberwechsels setzt sachlich eine trennscharfe Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung voraus⁶⁴, die der Gesetzgeber vorliegend nicht leistet und wohl auch nicht leisten kann. Überdies ist die Rechtsfolge, mit der erheblich in

62 Begründung zum Entwurf eines Gesetzes (Fn. 6), S. 2 f.

63 Begründung zum Entwurf eines Gesetzes (Fn. 6), S. 9.

64 Seel, öAT, 2016, 27, 28.

den Grundsatz der Partnerwahlfreiheit eingegriffen wird, für einen bloßen „Formverstoß“ überzogen und damit unverhältnismäßig.⁶⁵ Zumindest mit der einschneidenden Rechtsfolge des Arbeitgeberwechsels gekrönt durch den Ordnungswidrigkeitentatbestand werden europarechtlich mit Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie unvereinbare Hürden für die Arbeitnehmerüberlassung errichtet.

3. Verbot des Streikeinsatzes (§ 11 Abs. 5 AÜG-GE)

a) Regelungsinhalt

Nach § 11 Abs. 5 AÜG-GE darf die Entleiherin Leiharbeiterinnen nicht beschäftigen, soweit ihr Betrieb unmittelbar durch einen Arbeitskampf betroffen ist. Damit soll der Einsatz von Leiharbeiterinnen als Streikbrecherinnen verhindert werden, weil dies nicht zur Kernfunktion der Arbeitnehmerüberlassung gehöre⁶⁶. Hierdurch werde, so die Begründung im GE, die Stellung der Leiharbeiterinnen „weiter gestärkt“⁶⁷. Und damit das Ganze denn auch ordentlich wirkt, wird ein Verstoß hiergegen nach § 16 Abs. 1 Nr. 8 lit. a AÜG-GE als Ordnungswidrigkeit eingestuft, die mit einer Geldbuße bis zu 500.000 € geahndet werden kann.

b) Streikbrecherinneneinsatz und Art. 9 Abs. 3 GG

Bevor ich eine europarechtliche Bewertung vornehme, sei ein kurzer Blick auf das nationale Recht gestattet. Bereits an anderer Stelle habe ich dargelegt, dass eine entsprechende Bestimmung sowohl in die negative Koalitionsfreiheit der Leiharbeiterin eingreift als auch die Arbeitskämpfparität verletzt⁶⁸. In der Begründung des Gesetzes ist in keiner Form dargelegt, dass es auf Grundlage des geltenden Rechts, das den Leiharbeiterinnen ein Wahlrecht zugesteht, zu einer erheblichen Verschiebung der Kampfparität zugunsten der Gewerkschaftsseite kommen würde. Den Leiharbeiterinnen dieses Wahlrecht zu nehmen und zu behaupten, hierdurch werde deren Position gestärkt, ist blanker Hohn⁶⁹. Hierdurch wird in die grundrechtlich geschützte Menschenwürde der Leiharbeit-

⁶⁵ Willemsen/Mehrens, NZA 2015, 897, 903.

⁶⁶ Begründung zum Entwurf eines Gesetzes (Fn. 6), S. 10.

⁶⁷ Begründung zum Entwurf eines Gesetzes (Fn. 6), S. 24.

⁶⁸ Boemke/Sachadae, Rechtscharakter tariflicher Einsatzverbote für Leiharbeiter in bestreikten Betrieben (sog. Streikklauseln), DB 2015, 1467, 1469. – Siehe auch Seel, öAT 2016, 27, 30: „in Ansehung von Art. 9 III GG fragwürdige Zwangssolidarisierung“.

⁶⁹ Zurückhaltender Baeck/Winzer/Hies, Neuere Entwicklungen im Arbeitsrecht – Zweiter Referentenentwurf zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze, NZG 2016, 415, 419: „Stärkung der Position der Leiharbeiter ist damit sicherlich nicht verbunden“.

nehmerin eingegriffen, weil sie beim Arbeitskampf im Entleiherbetrieb vom selbstbestimmten Rechtssubjekt zum fremdbestimmten Rechtsobjekt instrumentalisiert wird. Sie muss einen Arbeitskampf einer Gewerkschaft unterstützen, die im Regelfall nicht einmal ihre Interessen repräsentiert.

c) Europarechtliche Bewertung

Unabhängig hiervon steht die Regelung in Widerspruch zu Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie und wird auch nicht durch Erwägungsgrund 20 gerechtfertigt. Dieser lässt nur bestehende nationale Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten unberührt, die es verbieten, streikende Arbeitnehmerinnen durch Leiharbeiterinnen zu ersetzen. Hingegen können hierauf nicht Bestimmungen gestützt werden, die neue Einsatzverbote im Arbeitskampf schaffen.

VI. Ergebnisse

1. Das Leiharbeitsverhältnis stellt keine prekäre Rechtsbeziehung (so aber der revisionistisch-regulatorische Ansatz) dar.

Der Leiharbeitsrichtlinie liegt vielmehr das privatautonome Verständnis der Rechtsbeziehung zwischen Verleiherin und Leiharbeiterin als Normalarbeitsverhältnis zugrunde. Nicht die Leiharbeit bedarf, sondern diese einschränkenden Regelungen bedürfen einer Rechtfertigung durch Allgemeininteressen.

Der Einsatz eigener Stammarbeiterinnen ist nicht die (einzige) Alternative zur Leiharbeit. Vielmehr kommt auch ein Outsourcing in Form der Umwandlung von Arbeitsplätzen in freie Mitarbeiterinnenplätze in Betracht.

2. Die Leiharbeitsrichtlinie schließt die dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung nicht aus.

Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie steht nationalen Regelungen entgegen, die nach Verabschiedung dieser Richtlinie Arbeitnehmerüberlassung zeitlich begrenzen, ohne dass dafür Gründe des Allgemeinwohls bestehen.

Unabhängig hiervon ist eine etwaige zeitliche Begrenzung der Arbeitnehmerüberlassung nicht arbeitsplatz-, sondern arbeitnehmerinnenbezogen zu verstehen.

3. Einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, wonach gleiches Geld für gleiche Arbeit zu zahlen ist, kennt weder das europäische noch das nationale Arbeitsrecht.

Der Gleichbehandlungsgrundsatz in Art. 5 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie trägt dem Agenturprinzip, das in zahlreichen Mitgliedstaaten der EU gilt, Rechnung. Art. 5 Abs. 2 und 3 Leiharbeitsrichtlinie sind unter Berücksich-

tigung von Erwägungsgrund 15 daher so zu verstehen, dass der nationale Gesetzgeber grundsätzlich Abweichungen von *equal pay* und *equal treatment* zulassen muss, wenn Leiharbeiterinnen in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis stehen und auch während Zeiten des Nichteinsatzes bezahlt werden.

4. Der Regelung in § 1 Abs. 1 Satz 3 AÜG-GE, die den Kettenverleih verbieten will, liegt der regulatorisch-revisionistische Ansatz zugrunde; sachliche Gründe hierfür gibt es vor dem Hintergrund des europarechtlich gebotenen privatautonomen Ansatzes nicht.

Nach § 1 Abs. 1 Satz 5 AÜG-GE ist im Vertrag zwischen Verleiherin und Entleiherin die Überlassung ausdrücklich als solche zu bezeichnen. Verstöße hiergegen sollen den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag unwirksam (§ 9 Nr. 1 lit. a AÜG-GE) machen und kraft Gesetzes ein Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeiter und Entleiher (§ 10 Abs. 1 AÜG-GE) begründen. Die Regelung ist nicht nur rechtspolitisch zweifelhaft, sondern auch in der Rechtsfolge trotz des Widerspruchsrechts der Leiharbeiterin verfassungsrechtlich bedenklich, weil dieser eine neue Arbeitgeberin untergeschoben werden kann. Das Zitiergebot steht in Widerspruch zu Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie, weil bei der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung keine Beeinträchtigung von Arbeitnehmerinneninteressen zu erkennen ist.

§ 11 Abs. 5 AÜG-GE, der die Beschäftigung von Leiharbeiterinnen im Arbeitskampf untersagt, ist nicht nur mit Art. 9 Abs. 3 GG unvereinbar, sondern greift überdies in die Menschenwürde der Leiharbeiterin ein, die im Arbeitskampf im Entleiherinnenbetrieb vom selbstbestimmten Rechtssubjekt zum fremdbestimmten Rechtsobjekt degradiert wird. Die Regelung steht in Widerspruch zu Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie und wird auch nicht durch Erwägungsgrund 20 gerechtfertigt. Dieser lässt nur bestehende nationale Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten unberührt, die es verbieten, streikende Arbeitnehmerinnen durch Leiharbeiterinnen zu ersetzen. Hingegen können hierauf nicht Bestimmungen gestützt werden, die neue Einsatzverbote im Arbeitskampf schaffen.

Diskussion*

Nachdem der Referent, Professor Dr. *Burkhard Boemke* (Universität Leipzig), Österreich angesprochen hatte, nahm ein österreichischer Gast die Gelegenheit wahr, diese Ausführungen aus der Perspektive Österreichs zu ergänzen. Es sei zutreffend, dass in Österreich eine zeitliche Begrenzung der Leiharbeit fehle. Allerdings bestehe eine Verordnungsermächtigung des Arbeitsministers, nach welcher eine solche zeitliche Begrenzung eingeführt werden könne. Er halte dies zeitnah jedoch nicht für sehr wahrscheinlich, da *Faymann* eine solche Regelung über acht Jahre hinweg nicht erlassen habe. Weiter wolle er noch kurz auf den mitbestimmungsrechtlichen Aspekt eingehen. Er kenne viele Musterbetriebsvereinbarungen der Gewerkschaften. In diesen sei die Befristung kein Thema, dagegen sei die Frage der Quoten sehr relevant, welche sich derzeit in der Praxis um die 20 % der Stammbeslegschaft bewege. Er wolle die deutschen Kollegen ausdrücklich ermutigen, den Anfängen der Verdrängung des Arbeitsrechts durch das Strafrecht zu wehren. Österreich befinde sich bereits in diesem Prozess. Jede Überschreitung stelle eine Ordnungswidrigkeit dar, die trotz Existenz hoch spezialisierter Arbeitsgerichte vor den Verwaltungsgerichten verhandelt werde. Ein Paradefall der aktuellen Diskussion sei weiter die Anwendbarkeit von Tarifverträgen im Transit: Das Bordpersonal eines Zugbistros, welches in Ungarn zusteige und bis Rotterdam fahre, passiere zwölf Tarifverträge. Der Gastrotarifvertrag sei in Österreich nämlich nach Bundesländern geordnet. Diese Situation verstoße klar gegen die Dienstleistungsfreiheit. Nachdem sich aber niemand traue, dieses Problem anzugehen, würden andere Wege gesucht. Weitere Probleme mit „schlimmen“ Ergebnissen würden sich bei der Abgrenzung von Leiharbeit zu einem Werkvertrag ergeben.

Der Referent bedankte sich für diese Ergänzung. Sie verdeutliche gut, dass in anderen Ländern die Probleme, die wir diskutierten, teils nicht behandelt würden. Oftmals würde die Entstehung eines Problems nämlich auch mit der allgemeinen Stimmung im Land zusammenhängen. Dies könne bei der Leiharbeit gut nachvollzogen werden. Die Abgrenzung zwischen Leiharbeit und Werkvertrag sei auch in Deutschland sehr schwer, da nichts Greifbares vorhanden sei. Problematisch sei beispielsweise die Erkennbarkeit des Weisungsrechts. Dieses Manko könne seiner Auffassung nach aber nicht dem Gesetzgeber vorgeworfen werden.

Die Diskussion wurde mit der Frage von Dr. *Alexius Leuchten*, wie der Begriff des „Vorübergehens“ zu verstehen sei, weitergeführt. Er habe die Richtlinie gelesen, in der der Begriff häufig vorkomme, und diesen immer

* Die Zusammenfassung der Diskussion wurde erstellt von Ass. iur. *Felisa Frey*.

so verstanden, dass der vorübergehende Einsatz im Betrieb gemeint sei. Der Referent erwiderte, dass die Richtlinie viel offenlasse. So sei etwa fraglich, was unter einem Arbeitsverhältnis im Sinn des Art. 1 der Richtlinie zu verstehen sei. Es sei sowohl eine Anknüpfung an das Grundverhältnis, als auch an die tatsächliche Tätigkeit denkbar. In Art. 1 der Richtlinie gehe es offensichtlich um deren Anwendungsbereich. Damit sei eine dauerhafte Überlassung nicht *per se* ausgeschlossen. Auch wenn er im ersten Vortrag einiges zur Systembildung gelernt habe, so habe doch die Kommission zum Ausdruck gebracht, dass ihrer Meinung nach in Europa dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung zulässig sei. Weiter muss davon ausgegangen werden, dass der Richtliniengeber die nur vorübergehende Zulässigkeit deutlich zum Ausdruck gebracht hätte, da dies entscheidend von der bisherigen Rechtslage der Mitgliedstaaten abweiche. Der Erwägungsgrund, dass dauerhafte Leiharbeit verboten werde, finde sich jedoch nirgends.

Dr. Leuchten erwiderte nochmals darauf, dass in den Erwägungsgründen sehr wohl stehe, dass das Normalarbeitsverhältnis das unbefristete sei und nicht das der Leiharbeit. Letzteres sei doch auch ein defektes Verhältnis.

Der Referent war der Auffassung, dass hier etwas verwechselt werde. Das Leiharbeitsverhältnis könne nicht nur befristet, sondern auch unbefristet eingegangen werden. Bei dem unbefristeten habe der Leiharbeitnehmer aber den vom Gesetzgeber gewollten Schutz. Weshalb Leiharbeit defekt sein solle, müsse man ihm aber erklären. Er habe schließlich aus dem Blick des Europarechts klar dargestellt, dass Leiharbeit auch normal sei. Die Zulässigkeit dürfe nicht mit in Deutschland zu findenden unbedachten Aussagen zur Leiharbeit vermengt werden. Er sehe es gerade als Aufgabe einer solchen Veranstaltung an, über grundsätzlich einfach hingenommene Punkte offen nachzudenken. Dies wollte er mit seinem Beitrag anregen. Für ihn sei das Leiharbeitsverhältnis ein perfektes Arbeitsverhältnis.

Dr. Christian Picker meinte, dass er grundsätzlich viel Sympathie für den Abschied vom Normalarbeitsverhältnis durch den Referenten habe. Dennoch überzeuge ihn ein dogmatisches Argument, weswegen man an dem deutschen Normalarbeitsverhältnis festhalten sollte: Der Arbeitnehmer solle nach dem klassischen Verständnis vom Marktrisiko abgeschottet werden. Im Rahmen der Leiharbeit würde diese Bewahrung vor dem Marktrisiko entfallen, gleichzeitig erfolge aber auch kein Ausgleich für dieses Risiko in Form einer Gewinnbeteiligung. Dies sei aber der Anreiz freier Mitarbeit. Wie solle der Schutz der Leiharbeitnehmer ausgestaltet werden? Die Verlagerung des Wirtschaftsrisikos auf den Arbeitnehmer sei dogmatisch vom deutschen Arbeitsrecht aus seiner Sicht aber nicht gewollt.

Der Referent meint, dass hinsichtlich des Kündigungsschutzes für Leiharbeitnehmer dieselben Grundsätze gelten müssten wie für normale. Denn wie er ausgeführt habe, sei auch der Leiharbeitnehmer aus europarechtlicher Betrachtung als Normalarbeitnehmer anzusehen. Außerdem habe man im Bereich der Leiharbeit auch in der Krise keine hohen Entlassungszahlen gehabt, da die Verleiher besser darauf ausgerichtet seien, neue Einsatzgebiete zu finden. Er habe ein Problem mit der allgemeinen Aussage, dass Leiharbeit etwas Verqueres sei. Dem müsse man deutlich etwas entgegenhalten.

Professor Dr. *Richard Giesen* stieg in diesen Bereich ebenfalls ein. Es könne auch eine nationale Entscheidung des Gesetzgebers sein, durch das AÜG die Leiharbeit zurückzudrängen. Er fragte, ob dies mit der These des Referenten vereinbar wäre.

Dieser hielt eine Einschätzung der Leiharbeit als prekär durch den Gesetzgeber europarechtlich für zulässig, würde dies aber nicht gut finden. Er halte es systematisch für verfehlt, bei den Leiharbeitnehmern anzusetzen, um eine Verdrängung der Normalarbeit zu verhindern.

Systembildung im Europäischen Arbeitsrecht – Beendigung von Arbeitsverhältnissen*

Christoph Weber

	Seite
I. Einleitung.....	132
II. Europäische Regelungen zur Kündigung im Überblick.....	133
1. Recht des Europarats	133
2. Recht der Europäischen Union	134
a) Primärrecht	134
b) Sekundärrecht.....	135
III. Richtlinie zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitglied- staaten über Massenentlassungen	137
1. Systembildung im Rahmen der Massenentlassungsricht- linie?	137
a) Zielrichtung und Grundkonzeption der Richtlinie.....	137
b) Anwendungsbereich der Richtlinie	138
aa) Betrieb	138
bb) Entlassungen	142
cc) Arbeitnehmer	144
c) Vorgaben zum Konsultations- und Anzeigeverfahren	148
2. Systembildung durch die Rechtsprechung des EuGH zur Massenentlassungsrichtlinie?	149
a) Auslegungsmethoden	149
b) Auslegungsmaximen.....	150
IV. Zusammenfassung und Ausblick.....	152
Diskussion	153

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Systembildung im Europäischen Arbeitsrecht* (München 2016), S. 131-152

* Die mündliche Vortragsfassung wurde geringfügig erweitert und um Fußnoten ergänzt. Die Vortragsform wurde beibehalten.

I. Einleitung

Ich möchte meinen Überlegungen drei Vorbemerkungen voranstellen:

1. „Systembildung im Europäischen Arbeitsrecht“, das ist zunächst einmal ein gut gewählter Titel für das Generalthema dieser Tagung. Wir assoziieren mit einem solchen Titel Dogmatik, Struktur, Methode – wir erhoffen uns von einem System Rechtsklarheit und Rechtssicherheit.

Nun weiß jeder, der sich mit dem Europäischen Arbeitsrecht beschäftigt, dass gerade hier „Systembildung“ nicht leichtfällt. Das Europäische Arbeitsrecht als Ganzes hat nur fragmentarischen Charakter, der Kanon arbeitsrechtlicher Richtlinien erfasst wesentliche Regelungsbereiche nicht – namentlich der materielle Kündigungsschutz fehlt. Aus vielerlei Gründen hat die Legislative das Heft der Initiative nie wirklich in die Hand bekommen, von Anfang an war die Judikative ein zentraler Akteur bei der Gestaltung des Europäischen Arbeitsrechts. Sie versteht sich durchaus als Motor der Integration, und zwar gerade auch bezüglich der sozialen Dimension des Binnenmarkts.

Systembildung aber ist ureigenste Aufgabe des Gesetzgebers – jedenfalls aus dem Blickwinkel eines kontinentaleuropäisch denkenden Juristen. Kommt wie im Europäischen Arbeitsrecht einem Gericht eine große Gestaltungsmacht zu, dann ist Systembildung schon strukturell besonderen Schwierigkeiten ausgesetzt, die in der Art und Weise richterlicher Entscheidungsfindung begründet sind.

Wenn also die Organisatoren der Tagung hinter den Titel ein Fragezeichen gesetzt hätten, hätte sich niemand gewundert. Im Anschreiben an die potenziellen Referenten ist Herr *Junker* auch etwas vorsichtiger gewesen und hat davon gesprochen, dass man „abklopfen“ wolle, ob sich „schon so etwas wie eine eigene europäische Dogmatik entwickelt hat“.

Für meinen Vortrag und für das Thema „Beendigung von Arbeitsverhältnissen“ heißt dies alles jedenfalls: Ich werde den Akzent auf die Rechtsprechung des EuGH legen und dort auf den Aspekt der *Systembildung*. Ich werde also einige mir zentral erscheinende Elemente dieser Rechtsprechung zusammenfassen und neben sachlich-inhaltlichen auch Aspekten der Argumentation und Methodik nachgehen.

2. Ich werde – auch dies hoffentlich entsprechend der Grundkonzeption dieser Tagung – den Schwerpunkt ganz auf die europäische Perspektive und die Interpretation der für die Beendigung von Arbeitsverhältnissen maßgeblichen Regelungen durch den EuGH legen. Fragen der Umsetzung im deutschen Recht bleiben außen vor.

3. Die mir gegebene Themenstellung „Beendigung von Arbeitsverhältnissen“ erfordert schließlich eine klarstellende Begrenzung: Bekanntermaßen gibt es keine europäische Richtlinie zum materiellen Kündigungsschutz und es wird sie angesichts des im AEUV vorgesehenen Einstimmigkeitserfordernisses (Art. 153 Abs. 1 lit. d in Verbindung mit Art. 153 Abs. 2 Satz 3 AEUV) auf absehbare Zeit auch nicht geben. „Systembildung bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen“ meint deshalb vor allem (nur): Systembildung im Massenentlassungsrecht.

II. Europäische Regelungen zur Kündigung im Überblick

Um die beschriebene Themeneingrenzung zu erläutern, muss ich mit Ihnen allerdings zunächst einen kurzen Blick auf die übrigen europäischen Regelungen zur Kündigung werfen. Denn die Themeneingrenzung enthält schon eine erste These: Es gibt kein normatives System des Kündigungsrechts in Europa, sondern nur verstreute Einzelregelungen mit unterschiedlichen und im Kern nicht auf den Bestandsschutz als solchen gerichteten Schutzzwecken.

1. Recht des Europarats

Nur ein paar Sätze zum Recht des Europarats: Die Europäische Sozialcharta (ESC) enthält zwar Regelungen zur Kündigungsfrist (Art. 4 Nr. 4 ESC) und zum Kündigungsverbot bei Mutterschaft (Art. 8 Nr. 2 ESC), für beide Vorschriften hat Deutschland allerdings ihre Verbindlichkeit bislang nicht anerkannt (vgl. Teil III Art. 20 ESC).¹ Die revidierte Fassung der Sozialcharta und damit auch deren Art. 24 (Kündigungsschutz) ist von Deutschland insgesamt bislang nicht ratifiziert worden². Im Bereich der Europäischen Menschenrechtskonvention impliziert die dort enthaltene Bestimmung über das Recht auf ein faires Verfahren (Art. 6 Abs. 1 EMRK) auch den Zugang zum Kündigungsschutzverfahren. Bezogen auf Deutschland wird dies soweit ersichtlich bislang nur wenig problematisiert.³ Die

1 Europarat (Hrsg.), Die Europäische Sozialcharta, 2002, S. 248, 250; dazu *Junker*, Europäische Vorschriften zur Kündigung, EuZA 7 (2014), 143, 145 f.; *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2016, ESC Art. 4 Rn. 18, Art. 8 Rn. 8.

2 Europarat (Fn. 1), S. 245; *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Fn. 1), ESC Vor Art. 1 Rn. 8.

3 Vgl. dazu *Junker*, EuZA 7 (2014), 143, 147 f.; *Nußberger*, Auswirkungen der Rechtsprechung des EGMR auf das deutsche Arbeitsrecht, RdA 2012, 270, 274 (zu zwei aktuellen Sonderfällen der Beschäftigung bei internationalen Organisationen vgl. EGMR 6.1. 2015 – Nr. 15521/08 – Perez/Deutschland; EGMR 6.1. 2015 – Nr. 415/07 – Klausecker/Deutschland.). Zu einer Beschränkung des individuellen Klagerechts einzelner Arbeitnehmer auf die Rüge von Verletzungen des Informations- und Konsultationsverfahrens im belgischen Recht vgl. EuGH

weiterhin in der EMRK enthaltenen Freiheitsrechte (Art. 8 ff. EMRK) wirken zwar als Kündigungsverbote und haben den EGMR auch schon mehrfach mit Blick auf Deutschland beschäftigt⁴. Aber der Fokus liegt hier nicht auf dem Schutz des Arbeitsplatzes an sich, sondern eben generell auf demjenigen eines Freiheitsrechts.

2. Recht der Europäischen Union

a) Primärrecht

Nach Art. 30 GRCh haben jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten Anspruch auf Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung. Bei der Frage, ob dies die Basis für eine umfassende Systembildung im europäischen Recht der Beendigung des Arbeitsverhältnisses bilden könnte, muss von vornherein die europäische Perspektive berücksichtigt werden, in welche generell die Grundrechte der Charta gestellt sind. Sie gelten nach Art. 51 Abs. 1 GRCh für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union und begründen nach Art. 51 Abs. 2 GRCh keine neuen Unionszuständigkeiten.

Für das Kündigungsrecht insgesamt enthält Art. 153 Abs. 1 lit. d in Verbindung mit Art. 153 Abs. 2 Satz 3 AEUV aber wie schon erwähnt faktisch politisch eine Art Regelungssperre, da er die Kompetenz des europäischen Gesetzgebers von einer Einstimmigkeit im Rat abhängig macht. Legt man die bisherige Rechtsprechung des EuGH zur Wirkung der Charta zugrunde⁵, dann hat Art. 30 GRCh für die Mitgliedstaaten nur dort Bedeutung, wo der Europäische Gesetzgeber auch tätig geworden ist und deshalb ein Umsetzungsgebot besteht.⁶ Daran fehlt es für den allgemeinen Kündi-

16.7. 2009 – C-12/08 – Mono Car Styling; siehe dazu *Weber*, Beschränkung von Einzelklagen bei Massenentlassung, EuZA 3 (2010), 235.

4 Vgl. EGMR 23.9. 2010 – Nr. 425/03 – Obst/Deutschland; EGMR 23.9. 2010 – Nr. 1620/03 – Schüth/Deutschland; siehe dazu *Sperber*, Arbeitnehmer von Religionsgemeinschaften und ihr Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, EuZA 4 (2011), 407; EGMR 3.2. 2011 – Nr. 18136/02 – Siebenhaar/Deutschland.

5 Vgl. EuGH 26.2. 2013 – C-617/10 – Åkerberg Fransson; EuGH 10.7. 2014 – C-198/13 – Hernandez; EuGH 5.2. 2015 – C-117/14 – Poclava; vgl. auch EuGH 15.1. 2014 – C-176/12 – AMS; siehe dazu *Heuschmid*, Horizontalwirkung von Art. 27 Europäische Grundrechtecharta – Fehlannonce?, EuZA 7 (2014), 514.

6 Vgl. dazu etwa *Franzen*, Europäisches Recht und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen in Deutschland, NZA 2015, Beilage Heft 3, S. 77, 80 ff.; *Schubert*, in: *Franzen/Gallner/Oetker* (Fn. 1), GRC Art. 30 Rn. 15, 18; *Rebhahn*, Europäische Entwicklungen im Kündigungsschutz (Grundrechtecharta und Rechtsvergleich), DRdA 2014, 183 ff.; *Meyer*, Kündigungsschutz im Kleinbetrieb oder in der Wartezeit nach der Grundrechtecharta?, NZA 2014, 993 ff.

gungsschutz.⁷ Eine gewisse Wirkkraft vermag Art. 30 GRCh also in den Einzelbereichen zu entfalten, in denen es im Sekundärrecht Regelungen gibt.⁸ Wie erwähnt und wie ich sogleich noch näher ausführen werde, folgen diese aber keinem übergreifenden Prinzip und haben nicht einmal vorrangig wirklich bestandsschützende Funktion. Vielleicht ließe sich noch eine Entwicklung im Rahmen des Befristungsrechts erwarten, das einerseits der Zielrichtung nach immerhin den Bestandsschutz im Auge hat und für das es mit der Befristungsrichtlinie 1999/70/EG auch eine klare Umsetzungsvorgabe gibt.⁹ Aber die konkrete Bedeutung des Art. 30 GRCh für befristete Arbeitsverhältnisse bedarf noch weiterer Konkretisierung¹⁰. Für eine Systembildung im Recht der Beendigung des Arbeitsverhältnisses über Art. 30 GRCh ist das insgesamt zu wenig.

b) Sekundärrecht

Auf der Ebene des Sekundärrechts gibt es neben der Massenentlassungsrichtlinie einige verstreute Einzelregelungen mit kündigungsrechtlichem Gehalt.

Dazu gehört das Kündigungsverbot nach der Richtlinie zum Mutterschutz (Art. 10 Richtlinie 92/85/EWG). Die einschlägigen Entscheidungen des EuGH sind allerdings durch den spezifischen Schutzzweck der Richtlinie geprägt und haben überdies vielfach ihren Wertungsschwerpunkt im Antidiskriminierungsrecht.¹¹ Weiterreichend und deshalb für unseren Themenkreis interessant ist allerdings die Danosa-Entscheidung zur Arbeitnehmereigenschaft einer Geschäftsführerin¹²; auf sie werde ich im Zusammenhang mit der Massenentlassungsrichtlinie zu sprechen kommen.

Schutz vor Kündigungen gewährt auch die Richtlinie zum Elternurlaub (§ 5 Abs. 4 Anhang Richtlinie 2010/18/EU). Dabei geht es aber, wie auch

7 BAG 8.12. 2011 – 6 AZN 1371/11, NZA 2012, 286 Rn. 12; *Franzen*, NZA 2015, Beilage Heft 3, S. 77, 81; *Meyer*, NZA 2014, 993, 994; vgl. auch EuGH 16.1. 2008 – C-361/07 – Polier.

8 *Franzen*, NZA 2015, Beilage Heft 3, S. 77, 81.

9 Vgl. *Franzen*, NZA 2015, Beilage Heft 3, S. 77, 81.

10 Vgl. dazu *Schubert*, in: *Franzen/Gallner/Oetker* (Fn. 1), GRC Art. 30 Rn. 11 mit weiteren Nachweisen.

11 Vgl. aus neuerer Zeit nur EuGH 19.9. 2013 – C-5/12 – Montull; EuGH 18.3. 2014 – C 167/12 – D.

12 EuGH 11.11. 2010 – C-232/09 – Danosa; siehe dazu *Schubert*, Kündigungsschutz für die Geschäftsführerin einer Kapitalgesellschaft während der Schwangerschaft – Gesundheitsschutz und Diskriminierungsschutz, EuZA 4 (2011), 362.

die dazu ergangene Rechtsprechung des EuGH zeigt¹³, vor allem um einen Schutz vor Benachteiligung gerade wegen der Beantragung oder Inanspruchnahme von Elternurlaub.¹⁴ Die ungehinderte Ausübung von Arbeitnehmerrechten flankieren in ähnlicher Weise auch die Teilzeitrichtlinie (§ 5 Nr. 2 Anhang Richtlinie 97/81/EG) sowie die Arbeitsschutzrichtlinie (Art. 7 Abs. 2 Satz 1, Art. 8 Abs. 4, 5 Satz 2, Art. 11 Abs. 4 Richtlinie 89/391/EWG). Rückwirkungen auf das Kündigungsrecht insgesamt ergeben sich in allen diesen Fällen nicht.

Das Kündigungsverbot der Betriebsübergangsrichtlinie (Art. 4 Richtlinie 2001/23/EG) flankiert lediglich den von der Richtlinie intendierten Bestands- und Inhaltsschutz und hat deshalb keinen eigenen kündigungsrechtlichen Schutzgehalt.¹⁵

In verschiedenen Richtlinien ist weiterhin der Kündigungsschutz von Arbeitnehmervertretern sichergestellt (vgl. Art. 10 Richtlinie 2001/86/EG, Art. 7 Richtlinie 2002/14/EG, Art. 10 Abs. 3 Richtlinie 2009/38/EG). Dabei geht es aber ebenfalls nicht um Bestandsschutz als solchen, sondern um ein Benachteiligungsverbot, das letztlich die Funktionsfähigkeit der Arbeitnehmervertretung gewährleisten soll.¹⁶

Die in der Nachweisrichtlinie enthaltene Verpflichtung des Arbeitgebers zur Information des Arbeitnehmers über Kündigungsfristen (Art. 2 Abs. 2 lit. g Richtlinie 1991/533/EWG) schließlich hat überhaupt keinen materiellen Schutzgehalt in Bezug auf den Bestandsschutz. Wie bei den anderen in der Richtlinie genannten Gegenständen soll der Nachweis lediglich Transparenz und Rechtssicherheit schaffen.¹⁷

Für den Schutz vor diskriminierenden Kündigungen und die Befristung möchte ich auf die dazu vorgesehenen Referate verweisen. Bei den Diskriminierungsverboten geht es im Übrigen ähnlich wie im oben kurz angesprochen Bereich der Art. 8 ff. EMRK der Schutzrichtung nach nicht vorrangig um den Bestand des Arbeitsverhältnisses, sondern um die Einbe-

13 Vgl. EuGH 20.6. 2013 – C-7/12 – Riežniece; EuGH 22.10. 2009 – C-116/08 – Meerts; siehe dazu *Maties*, Kündigungsbedingte Abfindung in der Elternzeit statt Bestandsschutz, EuZA 3 (2010), 226; EuGH 27.2. 2014 – C-588/12 – Lyreco.

14 *Junker*, EuZA 7 (2014), 143, 155; *Risak*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Fn. 1), Anhang RL 2010/18/EU § 5 Rn. 13 ff.

15 *Franzen*, NZA 2015, Beilage Heft 3, S. 77, 78.

16 Vgl. dazu EuGH 11.2. 2010 – C-405/08 – Holst; siehe dazu *Jacobs*, Umsetzung der Richtlinie 2002/14/EG durch Gesetz oder Tarifvertrag – Anforderungen an den Kündigungsschutz von Arbeitnehmervertretern, EuZA 3 (2010), 533; *Weber*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Fn. 1), RL 2002/14/EG Art. 7 Rn. 3 f.

17 Vgl. auch *Meyer*, NZA 2014, 993, 995.

ziehung von Kündigungen in den Katalog der vom Diskriminierungsverbot *generell* erfassten Maßnahmen des Arbeitgebers.

Alles in allem ergibt das kein Gesamtbild, sondern nur eine Vielfalt unterschiedlicher Konzepte und Zielrichtungen. Eine Systematik des europäischen Rechts der Beendigung des Arbeitsverhältnisses lässt sich insoweit auch nicht in Ansätzen erkennen. Vor diesem Hintergrund erschien es mir auch reichlich gewagt, ein Zusammenspiel von Massentlassungsrichtlinie, Befristungsrichtlinie und den geschilderten punktuellen Einzelregelungen anzunehmen und dabei – vielleicht noch im Verbund mit Art. 30 GRCh – doch eine allgemeine Konzeption des europäischen Kündigungsschutzes konstruieren zu wollen¹⁸.

III. Richtlinie zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massentlassungen¹⁹

1. Systembildung im Rahmen der Massentlassungsrichtlinie?

Wenden wir uns also nun dem Recht der Massentlassung zu. Die Frage, ob sich hier ein „System“ herausbildet, werde ich unter zwei Blickwinkeln betrachten. In einem ersten Schritt geht es um „Systembildung im Rahmen der Massentlassungsrichtlinie“, also darum, ob man – selbstverständlich unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH – ein in sich nachvollziehbares Regelungskonzept für Fälle umfangreicher Personalabbaumaßnahmen erkennen kann. In einem zweiten Schritt möchte ich wenigstens kurz die Frage anreißen, ob sich der Rechtsprechung des EuGH zum Massentlassungsrecht methodisch und sachlich Argumentationslinien entnehmen lassen, die möglicherweise über den Regelungsbereich der Richtlinie hinausstrahlen und die deshalb für eine Systembildung im Europäischen Arbeitsrecht insgesamt Bedeutung haben könnten.

a) Zielrichtung und Grundkonzeption der Richtlinie

Die Massentlassungsrichtlinie ist die einzige Richtlinie, deren Schutzrichtung tatsächlich der Bestand des Arbeitsplatzes an sich ist. Allerdings gibt es selbst hier keinen materiellen Schutz in dem Sinne, dass an die Rechtfertigung kollektiver Maßnahmen zum Personalabbau irgendwelche inhaltlichen Anforderungen gestellt würden. Das Schutzinstrumentarium der Massentlassungsrichtlinie ist verfahrensrechtlicher Natur: Die Arbeitnehmervertretung wird mit einem Informations- und Konsultationsrecht ausgestattet, die zuständigen Arbeitsbehörden erhalten Kennt-

¹⁸ Zutreffend *Rebhahn*, DRdA 2014, 183 (unter 1.2.2.).

¹⁹ Vgl. zu den folgenden Überlegungen bereits *Weber*, Neuere Rechtsprechung des EuGH zur Massentlassungsrichtlinie, NZA 2016, 727.

nis über einen bevorstehenden umfangreichen Personalabbau. Anderes ergibt sich auch nicht etwa aus Art. 30 GRCh. Wortlaut und Zweck der Massenentlassungsrichtlinie sind insoweit eindeutig.²⁰ Dabei ist die Einbeziehung der Arbeitsbehörden arbeitsmarktpolitisch motiviert und dient nicht dem Schutz eines bestehenden Arbeitsverhältnisses: Ziel ist die Erleichterung einer *späteren* Wiedereingliederung bereits ausgeschiedener Arbeitnehmer in den Arbeitsmarkt.²¹ Ich werde auf die Schutzzweckfrage noch einmal zurückkommen.

Das Konzept der Richtlinie ist präventiv ausgerichtet, darauf hat der EuGH in der Junk-Entscheidung einen deutlichen Akzent gelegt: Arbeitnehmervertretung und Arbeitsbehörden sollen eingeschaltet werden, bevor Kündigungen ausgesprochen werden.²² Jedenfalls für die Beteiligung der Arbeitnehmervertretung ist dies nachvollziehbar, wenn man darauf abstellt, dass sie die Gestaltung eines größeren Personalabbaus wenn nicht verhindern, so doch in der konkreten Ausgestaltung beeinflussen können soll.

b) Anwendungsbereich der Richtlinie

Der EuGH hat sich von Anfang an vor allem mit dem sachlichen Anwendungsbereich der Massenentlassungsrichtlinie beschäftigt. Dabei geht es um zentrale Begriffe der Richtlinie – aber eben auch des Arbeitsrechts insgesamt: Betrieb, Entlassung und Arbeitnehmer²³.

aa) Betrieb

Bezüglich des Betriebsbegriffs ist methodisch zunächst festzuhalten, dass der EuGH insofern die Definitionshoheit von Anfang an für sich beansprucht hat. Die unionsrechtliche Auslegung dient dabei dazu, den Anwendungsbereich der Richtlinie nicht den Mitgliedstaaten zu überlassen.²⁴

²⁰ *Rebhahn*, DRdA 2014, 183 (unter 1.2.2).

²¹ Die arbeitsmarktpolitische Zielsetzung spielte allerdings in der bisherigen Rechtsprechung des EuGH praktisch keine Rolle. Im Vordergrund stand stets der Individualschutz der Arbeitnehmer; vgl. dazu *Weber*, in: Schlachter/Heinig (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, 2015, § 9 Rn. 11 f. sowie unten im Text bei Fn. 40.

²² EuGH 27.1. 2005 – C-188/03 Rn. 35 ff., 40 ff. – Junk.

²³ Wer Arbeitnehmer im Sinne der Massenentlassungsrichtlinie ist, ist zunächst bei der Berechnung der Schwellenwerte, also im Rahmen des sachlichen Anwendungsbereichs, von Bedeutung (dazu *Weber*, in: Schlachter/Heinig [Fn. 21], § 9 Rn. 45).

²⁴ EuGH 7.12. 1995 – C-449/93 Rn. 25 – Rockfon; EuGH 15.2. 2007 – C-270/05 Rn. 23 – Athinaïki Chartopoiía. Dabei ist es geblieben, vgl. EuGH 30.4. 2015 – C-80/14 Rn. 45 – USDAW und Wilson; EuGH 13.5. 2015 – C-182/13 Rn. 26 – Lyttle u.a.; EuGH 13.5. 2015 – C-392/13 Rn. 42 – Rabal Cañas; siehe zu allen

Zugleich sollen die Richtlinie und das mit ihr verfolgte Schutzkonzept auch nicht in die Disposition des Arbeitgebers gestellt werden.²⁵ Die konkrete Ausgestaltung der Leitungsgewalt und namentlich die Kompetenz zur selbständigen Vornahme von Massenentlassungen sollen deshalb für die Frage, ob ein Betrieb besteht, keine Rolle spielen.²⁶ Die Definition des EuGH lautet dann so: Ein Betrieb ist eine

„unterscheidbare Einheit von einer gewissen Dauerhaftigkeit und Stabilität, die zur Erledigung einer oder mehrerer bestimmter Aufgaben bestimmt ist und über eine Gesamtheit von Arbeitnehmern sowie über technische Mittel und eine organisatorische Struktur zur Erfüllung dieser Aufgaben verfügt.“²⁷

Merkmale der Auslegung des Betriebsbegriffs durch den EuGH sind die Sicherung eines unionseinheitlichen und zugleich eines weiten Anwendungsbereichs²⁸ der Richtlinie.

Nach meinem Eindruck hat es hier im Jahr 2015 eine gewisse Akzentverschiebung gegeben²⁹: Der EuGH hatte die Frage zu entscheiden, ob es für die Berechnung der maßgeblichen Schwellenwerte gemäß Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. a Richtlinie 98/59/EG tatsächlich immer auf den „Betrieb“ ankommt und nicht doch in bestimmten Fällen auf das „Unternehmen“. Der EuGH gibt hier ein klares Bekenntnis zum Bezugspunkt des „Betriebs“ ab. Das liegt auf den ersten Blick auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung, aber – jedenfalls was den Begründungsweg betrifft – eben nur auf den ersten Blick. Zwar hatte das Gericht schon früher klar zwischen dem Betrieb als Organisationseinheit und dem Unternehmen als wirtschaftlicher und rechtlicher Einheit unterschieden.³⁰ Aber Leitmotiv war dabei der weite Anwendungsbereich der Richtlinie.³¹

Die Sachverhalte, die den neuen Vorlageverfahren zugrunde lagen, hätten es aus dieser Perspektive möglicherweise nahegelegt, hier doch auf das Unternehmen abzustellen. Es ging um insolvente Ladenketten in Großbri-

drei Urteilen *Maschmann*, Was ist ein Betrieb im Sinne der Massenentlassungsrichtlinie?, EuZA 8 (2015), 488.

25 Vgl. auch *Spelge*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Fn. 1), RL 98/59/EG Art. 1 Rn. 56; *Weber*, in: Schlachter/Heinig (Fn. 21), § 9 Rn. 21.

26 EuGH 7.12.1995 – C-449/93 Rn. 32, 34 – Rockfon; EuGH 15.2.2007 – C-270/05 Rn. 28 – Athinaïki Chartopoiía.

27 EuGH 15.2.2007 – C-270/05 Rn. 27 – Athinaïki Chartopoiía.

28 Vgl. insofern EuGH 7.12.1995 – C-449/93 Rn. 30 – Rockfon; vgl. auch EuGH 15.2.2007 – C-270/05 Rn. 26 – Athinaïki Chartopoiía.

29 EuGH 30.4.2015 – C-80/14 – USDAW und Wilson; EuGH 13.5.2015 – C-182/13 – Lyttle u.a.; EuGH 13.5.2015 – C-392/13 – Rabal Cañas.

30 EuGH 15.2.2007 – C-270/05 Rn. 27 – Athinaïki Chartopoiía.

31 Vgl. insofern EuGH 7.12.1995 – C-449/93 Rn. 30 – Rockfon; vgl. auch EuGH 15.2.2007 – C-270/05 Rn. 26 – Athinaïki Chartopoiía.

tannien und in Nordirland, bei denen es landesweit zu einem erheblichen Personalabbau kam. In vielen Einzelgeschäften waren allerdings weniger als 20 Arbeitnehmer tätig. Das Vereinigte Königreich hat nun eine Umsetzung nach Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. a, ii Richtlinie 98/59/EG gewählt, bei der die absolute Zahl von 20 Entlassungen im Betrieb erreicht werden muss. Deshalb konnten natürlich die einschlägigen Regelungen über Massenentlassungsverfahren nur in den größeren, nicht aber in den kleinen Ladengeschäften zur Anwendung kommen, obwohl eben landes- und unternehmensweit mehrere tausend Arbeitnehmer ihren Arbeitsplatz verloren hatten. Man hätte nun vielleicht erwarten können, dass der EuGH sich auf das Konzept des *effet utile* besinnt, auch hier alles tut, um den weiten Anwendungsbereich der Richtlinie sicherzustellen, und eben statt auf den „Betrieb“ auf das „Unternehmen“ abstellt.

Das geschieht aber nicht. Der Betriebsbegriff in den beiden von der Richtlinie eröffneten Umsetzungsvarianten für die Schwellenwerte (Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. a, i und ii Richtlinie 98/59/EG) sei gleich auszulegen.³² Bei der Auslegung seien die Ziele der Richtlinie maßgeblich. Als Ziel der Richtlinie benennt der EuGH nun aber nicht mehr nur den Arbeitnehmerschutz: Die Massenentlassungsrichtlinie verfolge auch das Ziel, „für ein vergleichbares Gewicht der Belastungen in allen Mitgliedstaaten zu sorgen“.³³ Das begrenze die Reichweite des Arbeitnehmerschutzes.

Zur Begründung verweist der EuGH vor allem auf die Binnenmarktorientierung der Massenentlassungsrichtlinie³⁴. Das erscheint mir nicht recht überzeugend. Die Binnenmarktorientierung findet sich zwar in der Tat in den Erwägungsgründen der Richtlinie³⁵. Historisch beruht sie aber darauf, dass im Jahre 1975 bei der Verabschiedung der ersten Fassung der Richtlinie der Europäische Gesetzgeber gar keine andere kompetenzielle Möglichkeit hatte, als auf das „Funktionieren des Gemeinsamen Marktes“ abzustellen (damals Art. 100 EWGV, später Art. 100 EGV a.F. sowie Art. 94 EGV n.F., heute Art. 115 AEUV).³⁶ Im Übrigen hat jede arbeitsrechtliche Harmonisierungsmaßnahme Auswirkungen auf den Binnenmarkt. Der Binnenmarktbezug der Richtlinie hat denn auch in der Rechtsprechung des EuGH bislang noch nicht als Gegengewicht zum Arbeitnehmerschutz gedient und zur Begründung einer einschränkenden Interpretation der

32 EuGH 30.4. 2015 – C-80/14 Rn. 54 ff. – USDAW und Wilson; zustimmend Maschmann, EuZA 8 (2015), 488, 491 f.

33 EuGH 30.4. 2015 – C-80/14 Rn. 61 ff. – USDAW und Wilson.

34 EuGH 30.4. 2015 – C-80/14 Rn. 62 f. – USDAW und Wilson.

35 Vgl. die dritte und vierte Begründungserwägung der Richtlinie 98/59/EG.

36 Vgl. Walser, Massenentlassungen – Art 1 Abs 1 UAbs 1 Buchst a EGRL 59/98 – Betriebsbegriff – Methode zur Berechnung der Zahl entlassener Arbeitnehmer, AuR 2016, 119.

Richtlinie geführt³⁷. Ergänzend wird auf die „sozioökonomischen Auswirkungen“ abgestellt, die „Massenentlassungen in einem bestimmten örtlichen Kontext und einer bestimmten sozialen Umgebung hervorrufen können“.³⁸ Wie der damit angesprochene arbeitsmarktpolitische Zweck der Richtlinie, der bisher in der Rechtsprechung des EuGH überhaupt keine Rolle gespielt hatte, zum Arbeitnehmerschutz steht, lässt der EuGH jedoch offen.

Auch wenn mir also die Begründung unzureichend erscheint, so halte ich doch das Ergebnis der Entscheidung für richtig. Dem EuGH ging es letztlich vor allem um eine identische Auslegung der maßgeblichen Begriffe in Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. a, i und ii Richtlinie 98/59/EG. Das ist nun aus Gründen der Rechtssicherheit überzeugend. Vor allem aber ist es aus Gründen des Respekts des Richters vor einer bestimmten gesetzgeberischen Entscheidung geboten. Der Gesetzgeber hatte sich bei der Frage, ob für den Bezugspunkt der Schwellenwerte auf den Betrieb oder das Unternehmen abzustellen ist, bewusst zugunsten des Bezugspunkts „Betrieb“ entschieden.³⁹ Das kann zwar zu Schutzlücken führen, da je nach Fallkonstellation bisweilen der Bezugspunkt „Unternehmen“ den betroffenen Arbeitnehmern einen besseren Schutz ermöglicht. Die bewusste Entscheidung des Gesetzgebers zugunsten eines bestimmten Schutzkonzepts können die Gerichte aber nicht korrigieren.⁴⁰ Das wäre Aufgabe des Gesetzgebers selbst. Ich erinnere insofern an das deutsche Betriebsverfassungsrecht, wo im Jahre 2001 bei den §§ 99 und 111 BetrVG der Begriff des Unternehmens denjenigen des Betriebs ersetzt hat.

Mittelbar bestätigt der EuGH diese Überlegungen auch im Fall Rabal Cañas⁴¹: Das spanische Recht stellt nicht auf den Betrieb ab, sondern auf das Unternehmen. Genau dies führte nun im konkreten Fall wiederum zu

37 Vgl. EuGH 8.6. 1994 – C-383/92 – Kommission/Vereinigtes Königreich; EuGH 12.10. 2004 – C-55/02 – Kommission/Portugal; EuGH 18.1. 2007 – C-385/05 Rn. 43 ff. – CGT u.a.; siehe dazu *Weber*, Schwellenwerte für die Beschäftigtenzahl bei Massenentlassungen, EuZA 1 (2008), 355. Eine Ausnahme macht zwar EuGH 18.10. 2012 – C-583/10 Rn. 34 ff. – Nolan: Hier diene der fehlende Binnenmarktbezug aber zur Begründung der Nichtanwendbarkeit der Richtlinie auf die zivilen Mitarbeiter einer Militärbasis; siehe dazu *Hagemeister*, Massenentlassung, Anwendungsbereich, Zuständigkeit des EuGH bei überschießender Umsetzung, EuZA 6 (2013), 340.

38 EuGH 30.4. 2015 – C-80/14 Rn. 51 – USDAW und Wilson; vgl. auch Generalanwalt *Wahl*, Schlussanträge 5.2. 2015 EuGH – C-182/13 Rn. 49 – Lyttle u.a./Rabal Cañas/USDAW und Wilson.

39 Dazu Generalanwalt *Wahl*, Schlussanträge 5.2. 2015 – C-182/13 Rn. 56 f. – Lyttle u.a./Rabal Cañas/USDAW und Wilson.

40 Vgl. auch *Weber*, in: Schlachter/Heinig (Fn. 21), § 9 Rn. 25.

41 EuGH 13.5. 2015 – C-392/13 – Rabal Cañas.

einer Schutzlücke der betroffenen Arbeitnehmer; sie wären bei einem Abstellen auf den „Betrieb“ bessergestellt gewesen. Der EuGH hält auch hier am Bezugspunkt „Betrieb“ fest, allerdings kommt ein neues Argumentationselement hinzu: Aus der Günstigkeitsklausel in Art. 5 Richtlinie 98/59/EG folgt zwar, dass ein Mitgliedstaat die Möglichkeit hat, zusätzlich auch das Unternehmen zum Bezugspunkt der Schwellenwerte zu nehmen und auf diese Weise den Schutz der Arbeitnehmer und den Anwendungsbereich von Regelungen über Massenentlassungsverfahren zu erweitern.⁴² Nur müssen die Schwellenwerte im Grundsatz auf den „Betrieb“ bezogen sein. Auf das „Unternehmen“, so der EuGH, könne nur als „ergänzendes Element“ Bezug genommen werden, es dürfe nicht die „einzige Referenzeinheit“ sein.⁴³

Beim Betriebsbegriff gibt es also jedenfalls im Ergebnis eine durchaus konsistente Rechtsprechungslinie – und wenn man so will, kann man diese durchaus als Beitrag zu einer Systembildung bezeichnen.⁴⁴

bb) Entlassungen

Der Begriff der Entlassungen (Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. a Richtlinie 98/59/EG) ist ein weiterer zentraler Baustein bei der Ermittlung des Anwendungsbereichs der Massenentlassungsrichtlinie. Hier sind die entscheidenden Weichen schon vor einigen Jahren gestellt worden: Der EuGH hatte in der Junk-Entscheidung den Begriff auf den Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung bezogen und nicht auf denjenigen des tatsächlichen Endes des Arbeitsverhältnisses.⁴⁵ Ich erwähne das schon hier, letztlich geht es aber weniger um den Begriff der Entlassung, als um die Ausgestaltung und den Zweck der Beteiligung der Arbeitnehmervertretung.

Bei der Frage, was inhaltlich unter Entlassung zu verstehen ist und welche Tatbestände dem gleichgestellt werden, kann ich mich kurz fassen. Die Rechtsprechung des EuGH verfolgt hier eine, wie mir scheint, klare Linie:

Der Begriff ist wiederum unionsrechtlich auszulegen.⁴⁶ Er erfasst „jede vom Arbeitnehmer nicht gewollte, also ohne seine Zustimmung erfolgte,

⁴² Vgl. EuGH 30.4. 2015 – C-80/14 Rn. 65 f. – USDAW und Wilson.

⁴³ EuGH 13.5. 2015 – C-392/13 Rn. 52 ff. – Rabal Cañas.

⁴⁴ Zu den Auswirkungen auf das deutsche Recht vgl. etwa *Kleinebrink/Commandeur*, Der „neue“ Betriebsbegriff bei Massenentlassungen, NZA 2015, 853 ff.

⁴⁵ EuGH 27.1. 2005 – C-188/03 – Junk.

⁴⁶ EuGH 12.10. 2004 – C-55/02 Rn. 44 ff. – Kommission/Portugal; EuGH 27.1. 2005 – C-188/03 Rn. 29 f., 33 – Junk; EuGH 7.9. 2006 – C-187/05 u.a. Rn. 28 – Agorastoudis u.a.

Beendigung des Arbeitsvertrags“⁴⁷, also die Arbeitgeberkündigung, auch diejenige im Rahmen einer Insolvenz⁴⁸. Da die Richtlinie gerade die Massenentlassung als unternehmerische Maßnahme regelt und nicht allgemeine Fragen des Kündigungsschutzes, sind nur betriebsbedingte Kündigungen erfasst⁴⁹, insofern aber alle⁵⁰. Gleichgestellt sind nach Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 2 Richtlinie 98/59/EG vom Arbeitgeber veranlasste Eigenkündigungen des Arbeitnehmers und Aufhebungsverträge⁵¹.

Anders ist es bei der Beendigung von Arbeitsverträgen infolge einer Befristung. Hier greift vielmehr die Bereichsausnahme des Art. 1 Abs. 2 lit. a Richtlinie 98/59/EG. Der Schutzzweck der Regelungen zum Massenentlassungsverfahren passt nicht, denn es steht seit Vertragsbeginn fest, dass das Arbeitsverhältnis zu dem im Vertrag festgelegten Zeitpunkt enden wird. Das hat der EuGH im Jahr 2015 aufgrund eines Vorlageverfahrens zum spanischen Recht bestätigt und dabei klargestellt, dass die Bereichsausnahme auch nicht einschränkend ausgelegt werden könne. Sie erfasst befristete Arbeitsverträge nicht nur dann, wenn diese selbst in einer Zahl vorliegen, welche die Schwellenwerte des Art. 1 Abs. 1 Richtlinie 98/59/EG erreicht.⁵² Und sie erfasst alle Fälle von Beendigungen von Arbeitsverhältnissen aufgrund auslaufender Befristungen und nicht nur solche, bei denen die Beendigungsgründe aller betroffenen Arbeitsverhältnisse gleich sind (Beispiel: das gleichzeitige Ende einer Vielzahl von befristeten Arbeitsverhältnissen bei Saisonbetrieben).⁵³

Für den Aspekt der Systembildung festzuhalten ist hier die Verwendung eines systematischen Arguments durch den EuGH: Die Massenentlassungsrichtlinie diene nicht der Kontrolle befristeter Arbeitsverträge. Maßgeblich seien insoweit die Befristungsrichtlinie (Richtlinie 1999/70/EG) sowie die Rahmenrichtlinie zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer (Richtlinie 2002/14/EG).⁵⁴

47 EuGH 12.10. 2004 – C-55/02 Rn. 50 – Kommission/Portugal; EuGH 7.9. 2006 – C-187/05 u.a. Rn. 28 – Agorastoudis u.a.

48 EuGH 3.3. 2011 – C-235/10 u.a. Rn. 31 ff. – Claes/Landsbanki.

49 *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, 2009, S. 392.

50 EuGH 12.10. 2004 – C-55/02 Rn. 50, 61 ff. – Kommission/Portugal.

51 *Boemke*, in: Oetker/Preis (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (EAS), B 7100 Rn 9; vgl. zur Frage der Einbeziehung von Aufhebungsverträgen auch die Vorlage des Juzgado de lo Social n°33 de Barcelona vom 7.11. 2014 – C-422/14, Amtsblatt EU 2014 C 421/20, Vorlagefrage 3 – Pujante Rivera.

52 EuGH 13.5. 2015 – C-392/13 Rn. 61 ff. – Rabal Cañas.

53 EuGH 13.5. 2015 – C-392/13 Rn. 69 ff. – Rabal Cañas.

54 EuGH 13.5. 2015 – C-392/13 Rn. 65 f. – Rabal Cañas.

Insgesamt ist die Auffassung des EuGH zur Bereichsausnahme für das Befristungsrecht zutreffend⁵⁵. Sie bewirkt damit, dass Arbeitsverhältnisse, die wegen einer Befristung (ohnehin) enden, im Rahmen des Informations- und Konsultationsverfahrens nach Art. 2 Richtlinie 98/59/EG sowie des Anzeigeverfahrens nach Art. 3, 4 Richtlinie 98/59/EG nicht zu berücksichtigen sind. Darüber hinaus ist die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses durch Zeitablauf aufgrund einer Befristungsabrede bei der Berechnung des Schwellenwerts generell nicht als „Entlassung“ mitzuzählen.

cc) Arbeitnehmer

Besondere Aufmerksamkeit hat zuletzt die Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitnehmerbegriff erlangt.

Wegen des Sachzusammenhangs mit dem Befristungsrecht schicke ich die Bemerkung vorweg, dass bei der Zahl der „in der Regel“ Beschäftigten im Sinne des Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. a Richtlinie 98/59/EG befristete Arbeitsverhältnisse sehr wohl zu berücksichtigen sind. Auch das hat der EuGH kürzlich entschieden.⁵⁶ Befristet Beschäftigte sind Arbeitnehmer.⁵⁷ „In der Regel“ beschäftigt sind sie allerdings nur, wenn es sich um regelmäßig auf diese Weise besetzte Arbeitsplätze handelt. Dazu sagt der EuGH leider nichts.⁵⁸

Für das Leitthema dieser Tagung interessant ist die Grundsatzfrage, wer als Arbeitnehmer im Sinne der Massenentlassungsrichtlinie zu betrachten ist. Hier hat der EuGH in der Balkaya-Entscheidung vom 9.7. 2015 zur Arbeitnehmereigenschaft von GmbH-Geschäftsführern und Praktikanten eine weittragende Weichenstellung vorgenommen.⁵⁹ Ich beschränke mich

55 Zustimmend auch *Benecke/Groß*, Der europäische Betriebsbegriff, EuZW 2015, 506, 508; *Maschmann*, EuZA 8 (2015), 488, 498; vgl. aber *Hütter*, Anmerkung zu EuGH 11.11. 2015 – C-422/14 – Pujante Rivera, ZESAR 2015, 27, 28 f.

56 EuGH 11.11.2015 – C-422/144 Rn. 24 ff. – Pujante Rivera; siehe dazu *Sittard/Rawe*, Änderungen der wesentlichen Bestandteile eines Arbeitsvertrags als Entlassung im Sinne der Massenentlassungsrichtlinie, EuZA 9 (2016), 490.

57 EuGH 11.11. 2015 – C-422/144 Rn. 38 ff. – Pujante Rivera.

58 *Franzen*, Begriff der Entlassung nach der Massenentlassungsrichtlinie, NZA 2016, 26, 27; *Hütter*, ZESAR 2015, 27, 29; vgl. auch Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge 3.9. 2015 EuGH – C-422/14 Rn. 36 – Pujante Rivera.

59 EuGH 9.7. 2015 – C-229/14 – Balkaya; vgl. dazu *Hohenstatt/Naber*, EuZA 9 (2016), 22; *Klein*, Anmerkung zu EuGH 9.7. 2015 – C-229/14 – Balkaya, AuR 2016, 77; *Lunk*, Der EuGH und die deutschen GmbH-Fremdgeschäftsführer – Auf dem Weg zum Arbeitnehmerstatus?, NZA 2015, 916; *Lunk/Hildebrand*, GmbH-Geschäftsführer und Massenentlassungen – Konsequenzen der Balkaya-Entscheidung des EuGH für Geschäftsführer, Arbeitnehmer und Gesellschafter, NZA 2016, 129; *Ulrici*, Massenentlassungsrichtlinie 98/59/EG: Geschäftsführer und Praktikanten als Arbeitnehmer, jurisPR-ArbR 35/2015 Anmerkung 3;

im Folgenden auf Überlegungen zu den Geschäftsführern, weil sich hieraus für unsere Themenstellung die interessantesten Ableitungen ergeben⁶⁰.

Unionsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff

Wie bei den anderen, für den Anwendungsbereich der Massenentlassungsrichtlinie maßgeblichen Begriffen nimmt der EuGH eine unionsrechtliche Auslegungsperspektive ein. Begründet wird dies mit dem Harmonisierungsziel der Richtlinie und dem Argument, dass den Mitgliedstaaten die Bestimmung der Reichweite des Anwendungsbereichs der Richtlinie nicht überlassen werden dürfe.⁶¹ Ebenso hatte das Gericht im Jahr 2014 in einer Entscheidung zum italienischen Recht zur Qualifikation leitender Angestellter⁶² argumentiert, und jedenfalls in der Tendenz auch schon in einer Entscheidung zum französischen Recht aus dem Jahr 2007, bei der es um die Frage der Nichtberücksichtigung jüngerer Arbeitnehmer bei der Berechnung der für die Massenentlassungsrichtlinie maßgeblichen Schwellenwerte ging.⁶³

Insoweit lässt sich also eine klare Rechtsprechungslinie nachweisen. Sie ist nach meiner Auffassung auch zutreffend, und zwar vor allem aus systematischen Gesichtspunkten⁶⁴: Wenn den Mitgliedstaaten auch bezüglich des Anwendungsbereichs einer Regelung Spielraum eröffnet werden soll, verweisen die einschlägigen Richtlinien ausdrücklich auf das mitgliedstaatliche Recht.⁶⁵ Das gilt namentlich auch für die Rahmenrichtlinie zur

Weber/Zimmer, Fremdgeschäftsführer und Praktikanten als Arbeitnehmer im Sinne der Massenentlassungsrichtlinie, EuZA 9 (2016), 224.

60 Zur Problematik des Praktikanten vgl. *Forst*, GmbH-Fremdgeschäftsführer als Arbeitnehmer im Sinne des Unionsrechts, EuZW 2015, 664, 665; *Lunk*, NZA 2015, 917, 919; *Spelge*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Fn. 1), RL 98/59/EG Art. 1 Rn. 53 f.; *Weber/Zimmer*, EuZA 9 (2016), 224, 234 f., 243.

61 EuGH 9.7. 2015 – C-229/14 Rn. 32 f. – Balkaya.

62 EuGH 13.2. 2014 – C-596/12 Rn. 16 – Kommission/Italien.

63 EuGH 18.1. 2007 – C-385/05 Rn. 47 – CGT u.a.; dazu *Weber*, EuZA 1 (2008), 355.

64 *Weber/Zimmer*, EuZA 9 (2016), 224, 228 ff.; zustimmend auch *Forst*, EuZW 2015, 664, 665; *Kiel*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 16. Aufl. 2016, § 17 KSchG Rn. 6; *Klein*, AuR 2016, 77; *Spelge*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Fn. 1), RL 98/59/EG Art. 1 Rn. 45; vgl. auch *Lunk/Hildebrand*, NZA 2016, 129, 130 („vertretbar“); anderer Ansicht *Hohenstatt/Naber*, EuZA 9 (2016), 22, 24; *Ulrici*, jurisPR-ArbR 35/2015 Anmerkung 3, S. 2, 4.

65 Vgl. auch EuGH 14.10. 2010 – C-428/09 Rn. 27 f. – Union syndicale Solidaires Isère; ebenso EuGH 26.3. 2015 – C-316/13 Rn. 25 – Fenoll; siehe dazu *Seifert*, Arbeitszeitrechtlicher Arbeitnehmerbegriff – Horizontalwirkung des Rechts auf bezahlten Urlaub (Art. 31 Abs. 2 GRCh), EuZA 8 (2015), 500; ferner *Preis/*

Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer. Mich überzeugt auch nicht das häufig zu lesende Argument, dass aus systematischen Gesichtspunkten der Begriff des Arbeitnehmers wie derjenige des Arbeitnehmervertreters ausgelegt werden müsse, für den Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. b Richtlinie 98/59/EG in der Tat ausdrücklich auf das mitgliedstaatliche Recht verweist.⁶⁶ Der funktionale Zusammenhang der beiden Begriffe spricht gegen eine Gleichstellung: In dem einen Fall geht es um den Anwendungsbereich der Richtlinie, in dem anderen um die Ausgestaltung der Informations- und Konsultationspflicht nach Art. 2 Richtlinie 98/59/EG.⁶⁷

Allerdings ist nicht zu bestreiten, dass die vom EuGH vorgenommene konkrete Umsetzung der Auslegung, nämlich die weitgehende Einbeziehung von Mitgliedern einer Unternehmensleitung in den Anwendungsbereich der Richtlinie, aus der Sicht des deutschen Betriebsverfassungsrecht zu Problemen führt, die jedenfalls *de lege lata* kaum lösbar erscheinen⁶⁸. Aber hier zeigt sich nicht mehr und nicht weniger als ein Grundproblem des europäischen Arbeitsrechts im Allgemeinen und des europäischen Mitbestimmungsrechts im Besonderen. Es gibt dort kein in sich geschlossenes abgestimmtes System. Die Rahmenrichtlinie zur Unterrichtung und Anhörung mag für den Begriff des Arbeitnehmers auf das nationale Recht verweisen, der europäische Gesetzgeber hat insoweit Zurückhaltung walten lassen (vgl. Art. 2 lit. d Richtlinie 2002/14/EG). Das könnte man durchaus für eine entsprechende Vorgehensweise auch bei der Massenentlassungsrichtlinie ins Feld führen. Aber das Argument wird sogleich entkräftet, wenn man die Begriffsdefinitionen der Arbeitnehmerbeteiligungsrichtlinie insgesamt in den Blick nimmt. Auch beim Betriebsbegriff, für den bei der Massenentlassungsrichtlinie die unionsrechtliche Betrachtung

Sagan, Der GmbH-Geschäftsführer in der arbeits- und diskriminierungsrechtlichen Rechtsprechung des EuGH, BGH und BAG, ZGR 2013, 26, 46 f.

66 *Boemke*, EAS B 7100 Rn 57; *Hohenstatt/Naber*, Sind Fremd-Geschäftsführer Arbeitnehmer im Sinne der Massenentlassungsrichtlinie?, NZA 2014, 637, 639; *Lunk/Rodenbusch*, Der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff und seine Auswirkungen auf das deutsche Recht, GmbHR 2012, 188, 190; *Naber/Sittard*, in: *Preis/Sagan* (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 10 Rn 18; *Pottschmidt*, Arbeitnehmerähnliche Personen in Europa, 2006, S. 379 ff.; *Riesenhuber* (Fn. 49), § 23 Rn. 9; *Vielmeier*, GmbH-Geschäftsführer als Arbeitnehmer im Rahmen der Massenentlassungsrichtlinie?, NJW 2014, 2678, 2680; *Wank*, Die personellen Grenzen des Europäischen Arbeitsrechts: Arbeitsrecht für Nicht-Arbeitnehmer?, EuZA 1 (2008), 172, 184; *Ziegler*, Arbeitnehmerbegriffe im Europäischen Recht, 2011, S. 359 ff.; vgl. auch *Giesen*, Der europäische Arbeitnehmerbegriff, ZfA 2016, 47, 62.

67 Vgl. schon *Weber/Zimmer*, EuZA 9 (2016), 224, 229.

68 *Giesen*, ZfA 2016, 47, 62; *Lunk/Hildebrand*, NZA 2016, 129, 132; *Vielmeier*, NJW 2014, 2678, 2680; dazu auch *Weber/Zimmer*, EuZA 9 (2016), 224, 236 ff.

tungsweise soweit ersichtlich nicht bestritten ist, verweist Art. 2 lit. b Richtlinie 2002/14/EG jedenfalls partiell auf das mitgliedstaatliche Recht. Auch hier divergieren also bei dem gleichen Begriff die Methoden der Begriffsbildung. Im Sinne einer Systembildung möchte man sich zwar eine einheitliche Methode der Begriffsfindung wünschen, wenn es wie etwa bei der Massenentlassungsrichtlinie und der Rahmenrichtlinie zur Unterrichtung und Anhörung von Arbeitnehmervertretern Überschneidungen gibt. Aber der Anwendungsbereich der jeweiligen Richtlinien muss ersichtlich nicht identisch sein, die Tiefe des Eingriffs in das nationale Recht kann unterschiedlich stark sein⁶⁹.

Teleologischer Arbeitnehmerbegriff?

Bei der konkreten Sachfrage nach der Einordnung von Mitgliedern einer Unternehmensleitung greift der EuGH zunächst seine allgemeine Definition auf, die er im Freizügigkeitsrecht entwickelt hatte⁷⁰: Kennzeichnend für das Arbeitsverhältnis sei, dass eine Person während einer bestimmten Zeit für eine andere nach deren Weisung Leistungen erbringt, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält.⁷¹ Bei der Konkretisierung in Bezug auf Geschäftsführer fragt der EuGH nicht nach der systematischen Einbindung des Weisungsrechts und meint, die Natur eines Beschäftigungsverhältnisses nach nationalem Recht sei ohne Bedeutung für die Qualifikation als Arbeitnehmer.⁷² Die hierzulande geläufige Unterscheidung zwischen Organstellung und Anstellungsverhältnis spielt damit keine Rolle. Da der Fremdgeschäftsführer einer deutschen GmbH gesetzlich typisierter Abberufbarkeit und Weisungsunterworfenheit ausgesetzt ist, erfüllt er in der Regel die Voraussetzungen der Arbeitnehmereigenschaft.⁷³

Bemerkenswert für die Perspektive dieser Tagung erscheint mir die mit dieser Argumentation verbundene Methodik. Eine teleologische Herleitung für den Arbeitnehmerbegriff der Massenentlassungsrichtlinie fehlt zunächst ganz. Stattdessen überträgt der EuGH, ähnlich wie zuvor schon in der Danosa-Entscheidung zur Mutterschutzrichtlinie⁷⁴, lediglich die Kernelemente der im Freizügigkeitsrecht entwickelten Definition auf die

69 Die Arbeitsschutzrahmenrichtlinie unterscheidet sogar ausdrücklich zwischen unionsrechtlichem Arbeitnehmerbegriff und mitgliedstaatlichem Arbeitnehmervertretungsbegriff (vgl. Art. 3 lit. a und c Richtlinie 89/391/EWG).

70 EuGH 3.7. 1986 – 66/85 Rn. 19 ff. – Lawrie-Blum.

71 EuGH 9.7. 2015 – C-229/14 Rn. 34 – Balkaya.

72 EuGH 9.7. 2015 – C-229/14 Rn. 35 f. – Balkaya.

73 EuGH 9.7. 2015 – C-229/14 Rn. 40 f. – Balkaya; zustimmend hierzu *Lunk/Hillenbrand*, NZA 2016, 131; *Wank*, Die personelle Reichweite des Arbeitnehmerschutzes aus rechtsdogmatischer und rechtspolitischer Perspektive, EuZA 9 (2016), 143, 153.

74 EuGH 11.11. 2010 – C-232/09 – Danosa.

Massenentlassungsrichtlinie. Die teleologische Begründung wird dann letztlich nur nachgeschoben: „Diese Auslegung wird im Übrigen durch die Zielsetzung der Richtlinie bestätigt“, heißt es im Urteil⁷⁵. In der Sache argumentiert der EuGH dann so: Der Geschäftsführer sei jedenfalls im Hinblick auf die Beteiligung der Arbeitsbehörde schutzbedürftig.⁷⁶ Außerdem gefährde eine Nichtberücksichtigung des Geschäftsführers bei den Schwellenwerten die Interessen der Belegschaft insgesamt.⁷⁷ Hier kann man durchaus Zweifel hegen. Weder lässt sich allein aus der organrechtlichen Weisungsunterworfenheit eines Geschäftsführers ein Schutzbedürfnis ableiten, noch überzeugt vor allem das Argument, dass das Mitzählen des Geschäftsführers notwendig sei, damit die Schwellenwerte im Interesse der Gesamtbelegschaft eher erreicht werden.⁷⁸ Insgesamt scheint es fast, als käme es dem EuGH weniger auf den konkreten Normzusammenhang und den Schutzzweck der Richtlinie an als auf die Entwicklung eines einheitlichen, also rechtsaktübergreifenden Arbeitnehmerbegriffs. Ich werde diesen Aspekt anschließend noch einmal kurz aufgreifen.

c) Vorgaben zum Konsultations- und Anzeigeverfahren

Der materielle Kernregelungsgehalt der Richtlinie, die Ausgestaltung des Konsultations- und Anzeigeverfahrens, hat den EuGH bislang nur wenig beschäftigt.⁷⁹ Ich möchte mich hier auch mit Blick auf das Thema „Beendigung von Arbeitsverhältnissen“ ganz kurz fassen:

Die Richtlinie greift im Einklang mit der generellen Zurückhaltung des Europäischen Gesetzgebers im Bereich der Arbeitnehmerbeteiligung auch hier nur begrenzt in das mitgliedstaatliche Recht ein. Namentlich für den Begriff des Arbeitnehmervertreters verweist Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. b Richtlinie 98/95/EG auf das nationale Recht. Allerdings betrifft diese Verweisung nur das „Wie“ der Ausgestaltung der Arbeitnehmerbeteiligung. Das „Ob“ liegt nicht in der Hand der Mitgliedstaaten.⁸⁰ Das hat der EuGH sehr früh zum Recht des Vereinigten Königreichs klargestellt⁸¹. Dieses Urteil kann ebenso wie die bereits angesprochene Junk-

75 EuGH 9.7. 2015 – C-229/14 Rn. 44 – Balkaya.

76 EuGH 9.7. 2015 – C-229/14 Rn. 45 f. – Balkaya.

77 EuGH 9.7. 2015 – C-229/14 Rn. 47 – Balkaya.

78 Vgl. dazu bereits *Weber/Zimmer*, EuZA 9 (2016), 224, 233.

79 EuGH 8.6. 1994 – C-383/92 – Kommission/Vereinigtes Königreich; EuGH 27.1. 2005 – C-188/03 – Junk; EuGH 16.7. 2009 – C-12/08 – Mono Car Styling; EuGH 10.9. 2009 – C-44/08 – Akavan, Eritysalojen, Keskusliitto AEK u.a.; siehe dazu *Domröse*, Die Konsultationspflicht des Arbeitgebers nach der Massenentlassungsrichtlinie bei Strukturentscheidungen im Konzern, EuZA 3 (2010), 396; EuGH 3.3. 2011 – C-235/10 u.a. – Claes/Landsbanki.

80 *Weber*, in: *Schlachter/Heinig* (Fn. 21), § 9 Rn. 57.

81 EuGH 8.6. 1994 – C-383/92 Rn. 19 – Kommission/Vereinigtes Königreich.

Entscheidung⁸² zum Entlassungsbegriff in eine einheitliche Rechtsprechungslinie eingeordnet werden, die von dem Bestreben gekennzeichnet ist, das mit der Richtlinie verfolgte Ziel einer effektiven Einbeziehung von Arbeitnehmervertretern in die Entscheidungsfindung durch entsprechende Auslegung der Richtlinie sicherzustellen. Dazu passt es, dass nach Auffassung des EuGH die Informations- und Konsultationspflicht nach Art. 2 Abs. 1 Richtlinie 98/95/EG bereits mit der Absicht des Arbeitgebers entsteht, Massenentlassungen vorzunehmen.⁸³

Keine Rechtsprechung gibt es bislang zu den inhaltlichen Anforderungen an die Ausgestaltung der Arbeitnehmerbeteiligung. Es existiert nur ein, allerdings eine spezielle Konstellation des belgischen Rechts betreffendes Urteil zur Rechtsdurchsetzung.⁸⁴ Hier ließen sich unter dem Gesichtspunkt der Systembildung einige Überlegungen anstellen, da es insoweit Überschneidungen mit der Rahmenrichtlinie zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer gibt.⁸⁵ Im vorgegebenen Zusammenhang würde das aber zu weit führen.

2. Systembildung durch die Rechtsprechung des EuGH zur Massenentlassungsrichtlinie?

Stattdessen möchte ich abschließend noch einen Perspektivwechsel vornehmen. Wenigstens kurz will ich die Frage ansprechen, ob sich der Rechtsprechung des EuGH zum Massenentlassungsrecht Auslegungsmethoden und -maximen entnehmen lassen, die vielleicht Bausteine bei der Systembildung im Europäischen Arbeitsrecht insgesamt werden könnten. Beides ist im Grundlagenreferat von Herrn *Riesenhuber* schon ausführlich behandelt worden, so dass ich mich auf einige Bemerkungen beschränke.

a) Auslegungsmethoden

Hinsichtlich der Auslegungsmethoden dominiert ganz sicher auch im Massenentlassungsrecht die teleologische Auslegung. Das Konzept des *effet utile* wird nicht ausdrücklich instrumentalisiert, prägt aber die Rechtsprechung, wenn es darum geht, den Anwendungsbereich der Richtlinie nicht den Mitgliedstaaten zu überlassen und Grundsätze für die zeitliche Ausgestaltung des Verfahrens der Arbeitnehmerbeteiligung zu formulieren.

82 EuGH 27.1. 2005 – C-188/03 Rn. 40 ff. – Junk.

83 EuGH 10.9. 2009 – C-44/08 Rn. 41 – Akavan, Erityisalojen, Keskusliitto, AEK u.a.

84 EuGH 16.7. 2009 – C-12/08 – Mono Car Styling mit Anmerkung *Weber*, EuZA 3 (2010), 235.

85 Vgl. etwa *Weber*, in: Schlachter/Heinig (Fn. 21), § 9 Rn. 72, 95 ff.

Es gibt im Massenentlassungsrecht aber durchaus auch Ansätze einer systematischen Auslegung: In den Urteilen zum Betriebsbegriff verweist der EuGH zur Absicherung seiner Gegenüberstellung von „Betrieb“ und „Unternehmen“ auf die Rahmenrichtlinie über die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer, die in der Tat hierzu eine ausdrückliche Regelung vorsieht (Art. 2 lit. a und b Richtlinie 2002/14/EG).⁸⁶ Und bei der Frage nach der Reichweite der Bereichsausnahme für befristete Arbeitsverhältnisse kann man das Argument lesen, dass die Massenentlassungsrichtlinie nicht der Kontrolle befristeter Arbeitsverträge diene. Maßgeblich seien insoweit die Befristungsrichtlinie (Richtlinie 1999/70/EG) sowie die Rahmenrichtlinie zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer (Richtlinie 2002/14/EG).⁸⁷

Die Methode der systematischen Auslegung wäre natürlich *per se* „die“ Methode zur Bildung eines Systems des Europäischen Arbeitsrechts. In Teilbereichen, etwa bei der Arbeitnehmerbeteiligung, dürfte hier auch noch Potenzial liegen.

b) Auslegungsmaximen

Damit bin ich bei meinem letzten Gliederungspunkt angelangt, den Auslegungsmaximen. In Teilbereichen des Europäischen Arbeitsrechts ist die Rechtsprechung der entscheidende Gestaltungsfaktor. Vor allem im Diskriminierungsrecht und im Recht des Betriebsübergangs trat der EuGH bisweilen wie ein Ersatzgesetzgeber auf. Die Ausstrahlungswirkung der Rechtsprechung zum Kündigungsrecht ist demgegenüber jedenfalls bislang nicht vergleichbar stark. Immerhin scheinen mir zwei Aspekte erwähnenswert, die es weiter zu beobachten gilt.

Der erste ist die beschriebene Tendenz zur Inanspruchnahme unionsrechtlicher Begriffsbildungshoheit, wenn es um den Anwendungsbereich von Richtlinien geht. Das lässt sich für das Massenentlassungsrecht beim Betriebsbegriff und beim Arbeitnehmerbegriff gut nachweisen. Dabei geht es natürlich in erster Linie um Auslegungsfragen. Aber hinter dieser Konzeption steht auch das Selbstverständnis des EuGH als Hüter des Unionsrechts und Motor der Integration. Und immer dann, wenn eine solche Auslegungsmaxime mit der Methode der teleologischen Auslegung verbunden wird, entfaltet die Rechtsprechung des Gerichtshofs ihre besondere Dynamik. Ob die bei den Entscheidungen zur Abgrenzung von Betrieb und Unternehmen zu beobachtende Akzentverschiebung durch die Betonung der Binnenmarktorientierung der Richtlinie ein Einzelfall bleibt oder auch in anderen Richtlinien zu beobachten sein wird, ist schwer ab-

86 EuGH 30.4. 2015 – C-80/14 Rn. 69 – USDAW und Wilson

87 EuGH 13.5. 2015 – C-392/13 Rn. 65 f. – Rabal Cañas.

zuschätzen.⁸⁸ Die dabei in der Sache geübte Zurückhaltung gegenüber Modifikationen des in der Richtlinie zutage getretenen Regelungskonzepts des Gesetzgebers erscheint mir jedenfalls begrüßenswert.

Mit dem zweiten Aspekt greife ich abschließend noch einmal die Diskussion zum Arbeitnehmerbegriff auf. Wenn der EuGH bei der Massenentlassungsrichtlinie insoweit eine unionsrechtliche Auslegung vornimmt, muss dies noch nicht bedeuten, dass der Arbeitnehmerbegriff auch einheitlich in allen Teilbereichen des Europäischen Arbeitsrechts auszulegen ist.⁸⁹ Dass die unterschiedlichen Regelungen im europäischen Primär- und Sekundärrecht eben auch in unterschiedlichen Normzusammenhängen stehen und es um unterschiedliche Zwecksetzungen geht, hat Herr *Junker* vor einem halben Jahr in Göttingen dargelegt.⁹⁰ Allerdings: Auch wenn es vielleicht noch zu früh ist, von einem einheitlichen europäischen Arbeitnehmerbegriff zu sprechen⁹¹, auf dem Weg dahin befinden wir uns – hier ist eine Systembildung im Gang.⁹² Bei der Balkaya-Entscheidung jedenfalls werden konkreter Normzusammenhang und Schutzzweck zugunsten eines rechtsaktübergreifenden Arbeitnehmerbegriffs hintangestellt. Bezüglich der Arbeitnehmereigenschaft eines GmbH-Geschäftsführers habe ich schon vorhin darauf hingewiesen; bei der Passage zur Arbeitnehmereigenschaft eines Praktikanten taucht die Massenentlassungsrichtlinie und ihr Normzweck übrigens überhaupt nicht mehr auf⁹³.

Die Entwicklung hin zu einem rechtsaktübergreifenden einheitlichen Arbeitnehmerbegriff scheint mir für das Sekundärrecht an sich nicht falsch; natürlich nur dort, wo die jeweilige Richtlinie eine unionsrechtliche Begriffsbildung verlangt. Trotz aller Unterschiede im Detail bildet

88 Vgl. dazu etwa *Wißmann*, Europäisches Arbeitsrecht – Sockel oder Deckel? RdA 2015, 301, 303 („Binnenmarkt-Richtlinien in arbeitsrechtlicher Verpackung“).

89 Vgl. *Junker*, Die Einflüsse des europäischen Rechts auf die personelle Reichweite des Arbeitnehmerschutzes, EuZA 9 (2016), 184, 190.

90 *Junker*, EuZA 9 (2016), 184, 190 ff.

91 *Junker*, EuZA 9 (2016), 184, 190 ff.; vgl. auch *Reinhard*, Einflüsse und Auswirkungen der Rechtsprechung des EuGH auf das nationale Recht – Betrachtung des Unternehmers K., RdA 2015, 321, 328: Der EuGH befinde sich auf der „offenen Suche nach dem europäischen Arbeitnehmerbegriff“; ausführlich *Ziegler* (Fn. 66), passim.

92 Vgl. etwa EuGH 4.12. 2014 – C-413/13 – FNV Kunsten; siehe dazu *Goldmann*, Tarifverträge für selbständige Dienstleistungsanbieter als Verstoß gegen EU-Kartellrecht?, EuZA 8 (2015), 509; EuGH 26.3. 2015 – C-316/13 – Fenoll; EuGH 10.9. 2015 – C-47/14 – Holterman; dazu erneut *Junker*, EuZA 9 (2016), 184, 190 ff. sowie *Giesen*, ZfA 2016, 47, 53 ff. und *Knöfel*, Grenzüberschreitende Organhaftung als Arbeitnehmerhaftung?, EuZA 9 (2016), 348; vgl. auch *Reinfelder*, Arbeitnehmer-Gesellschafter-Geschäftsführer, RdA 2016, 87, 89.

93 *Weber/Zimmer*, EuZA 9 (2016), 224, 234.

der Schutz des Arbeitnehmers stets das Leitmotiv arbeitsrechtlicher Richtlinien. Insofern gilt das Gleiche wie im nationalen Recht. Auch dort gibt es einen gemeinsamen Nenner der unterschiedlichen arbeitnehmerschützenden Regelungen, auf den bezogen ein entsprechender einheitlicher Arbeitnehmerbegriff zu formulieren ist. Dass Rechtssicherheit und Rechtsklarheit im Europäischen Sekundärarbeitsrecht eine geringere Rolle spielen sollten, ist nicht ersichtlich. Es muss nur tatsächlich auch eine teleologische Begriffsbildung erfolgen. Die bloße Transformation von Begriffselementen aus dem Freizügigkeits- in das Sekundärrecht erscheint mir hier nicht ausreichend.

IV. Zusammenfassung und Ausblick

Ich komme zum Schluss. Für das Kündigungsrecht insgesamt kann man bis heute sicher noch nicht von einem europäischen System sprechen. Eine *Systembildung* ist ebenfalls noch nicht zu erkennen und auch Art. 30 GRCh dürfte dem EuGH dazu nicht genug Nährstoff bieten. Innerhalb des Massenentlassungsrechts lässt sich hingegen beim Anwendungsbereich und den dafür maßgeblichen Begriffen eine Systematik durchaus ausmachen. Vor allem die Balkaya-Entscheidung hat darüber hinaus Wirkkraft über das Massenentlassungsrecht hinaus; sie ist ein Schritt auf dem Weg zu einem rechtsaktübergreifenden europäischen Arbeitnehmerbegriff.

Diskussion*

Professor Dr. *Hermann Reichold* stellte bezogen auf die beiden vorangegangenen Vorträge fest, dass sich im Fall der Überkreuzung mehrerer Richtlinien oft interessante Probleme ergäben. Er frage daher, ob die Leiharbeitnehmer auch im Bereich der Massenentlassungsrichtlinie zu dem geschützten Arbeitnehmerkreis zu zählen seien. Der Referent kenne dazu keine Entscheidung, würde diese Frage jedoch klar verneinen. Die Massenentlassungsrichtlinie schütze die Stammbeslegschaft. Die Leiharbeitnehmer seien keine Vertragsarbeitnehmer, welche von dem Entleiher entlassen werden können.

Professor Dr. *Richard Giesen* ergänzte hierzu, dass die Leiharbeitsrichtlinie an den nationalen Arbeitnehmerbegriff anknüpfe, die Massenentlassungsrichtlinie aber ausdrücklich nicht.

Auch Professor Dr. *Martin Franzen* äußerte sich zum Arbeitnehmerbegriff. Er stimme dem Referenten zu, dass dort eine Tendenz zur Systembildung festgemacht werden könne. Entwickelt worden sei er durch den EuGH zur Arbeitnehmerfreizügigkeit und werde zumindest teilweise auch auf sekundärrechtliche Regelungen angewandt. Im nationalen Recht werde der Arbeitnehmer vom Selbständigen abgegrenzt. Diese Aufgabe könne der Arbeitnehmerbegriff der Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht in dem Maße lösen. Daher komme man zu der Frage, welche Gruppen abhängig Beschäftigter noch unter den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff zu fassen seien. Er sehe hier eine gewisse Tendenz. Unionsrechtlich müsse die Grenze nur vor dem Hintergrund der kompetenziellen Zulässigkeit des Art. 153 AEUV gezogen werden. Wie diese der Referent beurteile, interessiere ihn.

Der Referent hielt einen einheitlichen Begriff für das Sekundärrecht für eine vernünftige Entwicklung. Die Übertragung auf das Primärrecht halte er für nicht begründbar. Nachdem der EuGH immer nur eine konkrete Frage entscheide, sehe er keine Kompetenzprobleme, auch wenn der Betroffene aus einer nationalen Perspektive vielleicht den Selbständigen zuzuordnen wäre.

Professor Dr. *Richard Giesen* meinte, dass Art. 153 AEUV weiter sei als der Arbeitnehmerbegriff des EuGH. Kompetenztechnisch könne es sinnvoll sein, auch Selbständige zu erfassen. Daher würde er den Arbeitnehmerbegriff des EuGH auf primärrechtlicher Ebene nicht heranziehen.

Dr. *Erika Kovács* bezog sich ebenfalls auf die Fragen der Reichweite der Massenentlassungsrichtlinie. Sie denke, dass dazu in der Literatur ver-

* Die Zusammenfassung der Diskussion wurde erstellt von Ass. iur. *Felisa Frey*.

schiedene Ansätze vertreten würden. Wenn sie den Wortlaut zutreffend in Erinnerung habe, beziehe sich dieser auf in der Regel im Betrieb Beschäftigte. Demnach könnten auch Leiharbeitnehmer erfasst werden, wenn sie länger in demselben Betrieb eingesetzt werden würden. Außerdem habe sie noch eine Frage zum Betriebsbegriff. Sie stimme diesbezüglich zu, dass in der Rechtsprechung keine Wende ersichtlich sei. Sie fragte, ob der Referent sich vorstellen könne, dass in besonderen Fällen – etwa der gleichzeitigen Schließung mehrerer Filialen – nicht jede als Betrieb anzusehen sei, sondern dass wegen den sozioökonomischen Auswirkungen das Unternehmen als Betrieb im Sinn der Massenentlassungsrichtlinie anzusehen sei.

Wenn Leiharbeitnehmer bei der Belegschaft mitgerechnet werden würden, würde dies von Leuten vertreten, die damit den Schutz der Leiharbeitnehmer verstärken wollten. Er halte dies jedoch für ein Eigentor. Die Arbeitnehmer würden nämlich bei der Gesamtbelegschaft mitgerechnet werden. Dadurch müssten die Schwellenwerte noch schwerer erreichbar sein. Zu der zweiten Frage: Man müsse zwischen der Frage, wie sich eine Massenentlassung im konkreten Fall auswirke, und der Frage, wie man den Betriebsbegriff grundsätzlich auslege, differenzieren. Man könne nicht nach der Rosinentheorie seine Auslegung ändern. Beide Konzepte, sowohl Betrieb als auch Unternehmen, enthielten Schutzlücken. Der Gesetzgeber habe sich bewusst für den Betrieb entschieden. Der Rechtsprechung sei es somit verwehrt, das Konzept einfach auszutauschen.

Professor Dr. *Richard Giesen* ergänzte noch, dass bei diesen Überlegungen bedacht werden müsse, dass die Unternehmensstrukturen der verschiedenen Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich seien.

Die Diskussion endete mit einer Wortmeldung von Professor Dr. *Volker Rieble*. Er habe ein Problem mit dem Schutzlückenargument. Wenn die Richtlinie den Betrieb und nicht das Unternehmen wähle, sei dies eine politische Entscheidung. Er sehe hier die Lücke nicht. Auch wenn es sachlogisch sei, das Unternehmen zu wählen, könne dies mangels Gesetzgebungsentscheidung so nicht erfolgen. Wenn man sich weiter wirklich dafür ausspräche, bei Unternehmen mit mehreren Filialen diese zusammenzuzählen, würde man damit nicht nur einen Anreiz auslösen, dass jede Filiale als eigene Limited organisiert werden würde.

Der Referent meinte, dass aus der Sicht des Gesetzgebers vielleicht keine Schutzlücke bestehe, sehr wohl aber aus der Sicht der betroffenen Arbeitnehmer. Es sei aber zutreffend, dass der Gesetzgeber Regelungslücken lassen könne. Zu der zweiten Frage merkte er an, dass er dies nicht befürwortet habe, sondern lediglich die Möglichkeit einer Legitimation dieser Ansicht sehe.

Befristung von Arbeitsverhältnissen

Sudabeh Kamanabrou

Seite

I. Einführung.....	156
II. Diskriminierungsverbot und Kettenbefristungsschutz.....	156
1. Das Diskriminierungsverbot	156
2. Der Kettenbefristungsschutz.....	158
3. Zwischenergebnis	159
III. Regelungsmodelle und Grundkonzepte des Kettenbefristungs- schutzes	160
IV. Die Sachgrundbefristung	162
1. Sachgründe und das Erfordernis des vorübergehenden Bedarfs.....	162
2. Missbrauchskontrolle bei der Sachgrundbefristung.....	163
V. Die sachgrundlose Befristung.....	164
1. Begrenzung der Höchstdauer und -zahl.....	165
a) Regelungsmodelle, die allein die sachgrundlose Befristung verwenden	165
b) Kombinationsmodelle.....	165
c) Zwischenergebnis	166
2. Begrenzung der Höchstdauer	166
VI. Europäische Dogmatik des Kettenbefristungsrechts?	167
Diskussion	169

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Systembildung im Europäischen Arbeitsrecht* (München 2016), S. 155-168

I. Einführung

Wer sich auf die Suche nach einer europäischen Dogmatik des Befristungsrechts begibt, sollte sich zunächst vor Augen führen, dass das Befristungsrecht in Europa durch die Richtlinie 1999/70/EG nur in Ansätzen geregelt ist. Neben recht allgemein gehaltenen Informationspflichten erfasst die Richtlinie nur zwei Aspekte des Befristungsrechts: den Diskriminierungsschutz und den Schutz vor missbräuchlichen Kettenbefristungen. Formale Fragen befristeter Arbeitsverträge regelt die Richtlinie nicht. Erstbefristungen oder einzelne befristete Verträge unterfallen lediglich dem Diskriminierungsschutz. Grenzen setzt die Richtlinie nur aufeinanderfolgenden befristeten Verträgen. Der europäische Befristungsschutz lässt sich also auf Diskriminierungsschutz und Kettenbefristungsschutz reduzieren.

Die eigentlichen befristungsrechtlichen Regelungen enthält nicht die Richtlinie 1999/70/EG selbst, sondern die Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, die die Sozialpartner auf europäischer Ebene 1999 geschlossen haben. Die Richtlinie 1999/70/EG führt diese Rahmenvereinbarung durch. Das europäische Befristungsrecht entstammt damit dem in Art. 154 AEUV vorgesehenen sozialen Dialog. Diesen Ursprung merkt man ihm durchaus an. Der Kompromisscharakter der Rahmenvereinbarung tritt vor allem in der Präambel und den allgemeinen Erwägungen zur Rahmenvereinbarung deutlich zutage. Flexibilität einerseits und Sicherheit der Arbeitnehmer andererseits werden mehrfach als Regelungsziele hervorgehoben.

Der EuGH hat sich sowohl mit dem Diskriminierungsverbot als auch mit dem Schutz vor missbräuchlichen Kettenbefristungen wiederholt befasst. Mit Blick auf die Fragestellung nach einer Systembildung im europäischen Arbeitsrecht, nach einer europäischen Dogmatik und Argumentationsmustern bieten die beiden Regelungsmaterien, wie sogleich zu zeigen ist, allerdings unterschiedlich viel Anschauungsmaterial.

II. Diskriminierungsverbot und Kettenbefristungsschutz

1. Das Diskriminierungsverbot

Das Diskriminierungsverbot ist in § 4 RV geregelt. Befristet Beschäftigte dürfen nach § 4 Nr. 1 RV in ihren Beschäftigungsbedingungen gegenüber vergleichbaren Dauerbeschäftigten nicht schlechter behandelt werden, wenn nicht ein sachlicher Grund für die unterschiedliche Behandlung gegeben ist. § 4 Nr. 2 RV enthält darüber hinaus den *Pro rata temporis*-Grundsatz, der gilt, „wo dies angemessen ist“.

Im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsverbot hatte sich der EuGH vor allem mit drei Punkten zu befassen. Er hat mehrfach darüber entschieden, ob eine Regelung oder Maßnahme eine Beschäftigungsbedingung im Sinne der Norm ist.¹ Außerdem hat er sich zur Definition des sachlichen Grundes geäußert² und über die Anwendung des Diskriminierungsverbots im öffentlichen Dienst entschieden.³ Während der EuGH zum Thema Beschäftigungsbedingungen Detailfragen entschieden hat – z.B. die Frage, ob Dienstalterszulagen dazu zählen⁴ – sind seine Aussagen zum sachlichen Grund eher allgemein gehalten. Meist hält der EuGH sich bei der Bewertung im konkreten Einzelfall zurück und überlässt diese – seiner Rolle entsprechend – den nationalen Gerichten. Die Vorgaben zum sachlichen Grund lauten: Es muss sich um genau bezeichnete, konkrete Umstände handeln, die die betreffende Beschäftigungsbedingung in ihrem speziellen Zusammenhang und auf der Grundlage objektiver und transparenter Kriterien für die Prüfung der Frage kennzeichnen, ob die Ungleichbehandlung einem echten Bedarf entspricht und ob sie zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet und erforderlich ist.⁵ Diese Formulierung erinnert an die Rechtfertigung einer mittelbaren Diskriminierung im Rahmen des Art. 157 AEUV.⁶

Spielraum für eine Argumentation, für parallele oder divergierende Entwicklungen in den Mitgliedstaaten bietet sich beim Diskriminierungsverbot kaum. Anders als bei den Diskriminierungsverboten der Antidiskriminierungsrichtlinien wirft das Merkmal, an das das Diskriminierungsverbot angeknüpft wird, keine grundlegenden Fragen auf. Die Definition des befristeten Arbeitsverhältnisses bereitet keine Probleme. Ferner kommt eine sachliche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung nur in Ausnahmefällen in Betracht.⁷ Die deutsche Literatur nennt den Ausschluss von Fortbildungsveranstaltungen, wenn die verbleibende Vertragsdauer des befris-

1 EuGH 13.3. 2014 – C-38/13 Rn. 25 ff., 29 – Nierodzik; EuGH 12.12. 2013 – C-361/12 Rn. 37 – Carratù; EuGH 22.12. 2010 – C-444/09 und 456/09 Rn. 50 – Gavieiro Gavieiro; EuGH 13.9. 2007 – C-307/05 Rn. 48 – Del Cerro Alonso; siehe dazu *Bieder/Diekmann*, Verbot der Diskriminierung befristet Beschäftigter bei der Gewährung von Dienstalterszulagen, EuZA 1 (2008), 515.

2 EuGH 13.9. 2007 – C-307/05 Rn. 58 – Del Cerro Alonso.

3 EuGH 8.9. 2011 – C-177/10 Rn. 49, 58 – Rosado Santana; siehe dazu *Benecke*, Die Folgen des Diskriminierungsverbots für befristet beschäftigte Arbeitnehmer für die Beförderung eines Berufsbeamten, EuZA 5 (2012), 236.

4 EuGH 22.12. 2010 – C-444/09 und 456/09 Rn. 50 – Gavieiro Gavieiro; EuGH 13.9. 2007 – C-307/05 Rn. 48 – Del Cerro Alonso.

5 EuGH 13.9. 2007 – C-307/05 Rn. 58 – Del Cerro Alonso.

6 EuGH 13.5. 1986 – 170/84 Rn. 36 – Bilka; EuGH 31.3. 1981 – 96/80 Rn 11 – Jenkins.

7 *Kamanabrou*, in: Schlachter/Heinig (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, Bd. 7, 2015, § 15 Befristung Rn. 22.

tet beschäftigten Arbeitnehmers zu kurz ist, um die Fortbildungskosten zu rechtfertigen.⁸ Ein weiteres Beispiel ist der Ausschluss bei Sonderleistungen, wenn ihr Zweck darin liegt, Betriebstreue zu fördern, da dieser Zweck nur Dauerbeschäftigten gegenüber sinnvoll erreicht werden kann.⁹ So bleiben als Diskussionsgegenstände nur die Frage der Anwendbarkeit auf den öffentlichen Dienst, die der EuGH mehrfach bejaht hat,¹⁰ und die Einordnung einzelner Maßnahmen und Regelungsgegenstände als Beschäftigungsbedingungen. Zum Begriff der Beschäftigungsbedingungen war vor allem die Frage von Bedeutung, ob der Grundsatz der Nichtdiskriminierung sich auf Entgeltbestandteile erstreckt. Weil Art. 153 Abs. 5 AEUV ausdrücklich das Arbeitsentgelt aus der Regelungskompetenz der EU ausnimmt, hielten einige Mitgliedstaaten das Diskriminierungsverbot bei Dienstalterszulagen für nicht anwendbar.¹¹ Der EuGH hat diese Argumentation zurückgewiesen. Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung sei ein Grundsatz des Sozialrechts der Gemeinschaft, der nicht restriktiv ausgelegt werden dürfe.¹² Danach gab es zwar noch einen Vorstoß der Regierung des Vereinigten Königreichs in der Rechtssache Impact, das Arbeitsentgelt nicht als Beschäftigungsbedingung einzustufen, der aber erfolglos blieb.¹³

Die „großen Fragen“ des Diskriminierungsschutzes befristet Beschäftigter sind damit geklärt. Gelegenheit für eine länderübergreifende Dogmatik bietet sich nicht. Hat der EuGH eine Frage entschieden, ist dieser Aspekt nicht weiter in der Diskussion.

2. Der Kettenbefristungsschutz

§ 5 Nr. 1 RV verlangt von den Mitgliedstaaten, Maßnahmen zur Vermeidung von Missbrauch bei aufeinanderfolgenden befristeten Verträgen vorzusehen. Die Rahmenvereinbarung nennt drei Mittel: Die Mitgliedstaaten können sachliche Gründe für aufeinanderfolgende befristete Verträge vorsehen, die maximal zulässige Dauer aufeinanderfolgender Arbeitsverträge festlegen oder die Höchstzahl der Verlängerung solcher Verträge bestimmen. Ob die Mitgliedstaaten diese Regelungsinstrumente einzeln oder

8 *Schlachter*, in: Laux/Schlachter, Teilzeit- und Befristungsgesetz, 2. Aufl. 2011, § 4 TzBfG Rn. 251.

9 *Schlachter*, in: Laux/Schlachter (Fn. 8), § 4 TzBfG Rn. 255.

10 EuGH 22.12. 2010 – C-444/09 und 456/09 Rn. 36 ff. – Gavieiro Gavieiro; EuGH 4.7. 2006 – C-212/04 Rn. 54 ff. – Adeneler.

11 Siehe EuGH 13.9. 2007 – C-307/05 Rn. 32 – Del Cerro Alonso.

12 EuGH 13.9. 2007 – C-307/05 Rn. 38 – Del Cerro Alonso.; bestätigt in EuGH 12.12. 2013 – C-361/12 Rn. 33 – Carratù; EuGH 13.3. 2014 – C-38/13 Rn. 24 – Nierodzik.

13 EuGH 15.4. 2008 – C-268/06 Rn. 109 f, 112 f. – Impact; siehe dazu *Hanau*, Unmittelbare Anwendbarkeit und inhaltliche Reichweite der Richtlinie über befristete Arbeitsverträge, EuZA 2 (2009), 534.

kombiniert einsetzen, steht ihnen frei. Auch können sie stattdessen gleichwertige Maßnahmen ergreifen. Diese Gestaltungsmöglichkeit spielt aber in der Umsetzungspraxis keine Rolle. Gemäß § 5 Nr. 2 lit. a RV können die Mitgliedstaaten ferner eigenständig regeln, unter welchen Umständen befristete Arbeitsverträge als aufeinanderfolgend zu betrachten sind.

Die Vorgaben der Rahmenvereinbarung zum Schutz vor Kettenbefristungen lassen den Mitgliedstaaten, anders als das Diskriminierungsverbot, viel Spielraum. Sie können aus den vorgesehenen Maßnahmen frei auswählen und sie auf verschiedene Art und Weise kombinieren. Außerdem enthält § 5 Nr. 1 RV keine konkreten Grenzen für die einzelnen Maßnahmen. Die Norm legt weder zulässige Sachgründe fest noch enthält sie Höchstgrenzen für Zahl oder Dauer aufeinanderfolgender Verträge. EuGH-Rechtsprechung findet sich allein zur Sachgrundbefristung und zur Frage der Unterbrechung von Befristungsketten, nicht aber zur Begrenzung aufeinanderfolgender Befristungen nach Zahl oder Dauer zulässiger Verträge.

Diesen Spielraum haben die Mitgliedstaaten genutzt. Im Kettenbefristungsrecht lassen sich verschiedene Regelungsmodelle unterscheiden, die die Maßnahmen einzeln oder in unterschiedlichen Kombinationen einsetzen. Hier lohnt ein Blick auf die verschiedenen Modelle und die zugrunde liegenden Grundkonzepte, um Unterschiede und Gemeinsamkeiten aufzuzeigen. Da dieser Kongress sich als Ansatz zu einer Weiterentwicklung des *angeglichenen* Rechts versteht, ist zuvor eine kurze Anmerkung zur Rechtsangleichung im Befristungsrecht angebracht. Angesichts der vagen Vorgaben und der vielfältigen Kombinationsmöglichkeiten wäre es nicht überraschend, wenn die Regelungen in den Mitgliedstaaten zu unterschiedlich wären, um von einer Rechtsangleichung zu sprechen. Für 15 Mitgliedstaaten der EU habe ich gemeinsam mit Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern die Rechtsangleichung im Recht der Kettenbefristung untersucht. Die Untersuchung, die in Kürze veröffentlicht wird, bezieht sich auf Finnland, Schweden, Dänemark, das Vereinigte Königreich, die Republik Irland, Deutschland, Polen, die Niederlande, Belgien, Luxemburg, Frankreich, Österreich, Italien, Spanien und Malta. Sie hat ergeben, dass in den untersuchten Mitgliedstaaten trotz geringer Regelungsintensität der Rahmenvereinbarung ein im Wesentlichen vergleichbares, wenn auch niedriges Schutzniveau besteht.

3. Zwischenergebnis

Während es beim Diskriminierungsverbot in erster Linie um Einzelfragen geht, bietet die Regelung zum Kettenbefristungsschutz durch ihre Weite Umsetzungsspielräume, die die Mitgliedstaaten unterschiedlich genutzt haben. Für den Kettenbefristungsschutz lässt sich die Frage nach Argu-

mentationsmustern und nach Möglichkeiten, das angegliche Recht weiterzuentwickeln, also sinnvoll stellen. Im Folgenden geht es zunächst um eine kurze Skizze der Regelungsmodelle und Grundkonzepte des Kettenbefristungsschutzes (III). Anschließend werden die Grundkonzepte Sachgrundbefristung und sachgrundlose Befristung (IV und V) näher betrachtet. Vor diesem Hintergrund lässt sich letztlich die Frage nach einer europäischen Dogmatik des Kettenbefristungsrechts beantworten (VI).

III. Regelungsmodelle und Grundkonzepte des Kettenbefristungsschutzes

In den 15 Mitgliedstaaten, für die das Recht der Kettenbefristung untersucht wurde, finden sich, wenn man ganz vereinzelte Regelungen unberücksichtigt lässt, sechs Regelungsmodelle.¹⁴ Diese Regelungsmodelle basieren letztlich auf zwei Grundkonzepten: der Sachgrundbefristung und der sachgrundlosen Befristung. Zwei der sechs Modelle entsprechen diesen Grundkonzepten. Zwei weitere Modelle verschärfen die Sachgrundbefristung, indem sie zusätzlich die Zahl oder die Dauer aufeinanderfolgender befristeter Verträge begrenzen. Diese Modelle bleiben hier außer Betracht, da auch die Dauer der bei diesem Kongress aufeinanderfolgenden Vorträge begrenzt ist und die verschärfte Sachgrundbefristung nur eine Variante des Modells Sachgrundbefristung ist. Bleiben noch zwei Modelle, die die Sachgrundbefristung und die sachgrundlose Befristung kombinieren. Für diese Kombinationsmodelle und die beiden Modelle, die allein einem Grundkonzept folgen, werden nachfolgend Beispiele angeführt.

In Finnland, Dänemark und Österreich sind aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge allein durch das Sachgrunderfordernis begrenzt.¹⁵ Die Sachgründe sind dort nicht abschließend geregelt.

Allein die sachgrundlose Befristung verwenden die Niederlande und Italien. Sie beschränken aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge nach Zahl und Dauer, setzen diese Maßnahmen allerdings unterschiedlich ein. In den Niederlanden dürfen nicht mehr als drei Verträge mit einer Gesamtdauer von nicht mehr als zwei Jahren geschlossen werden.¹⁶ Nach sechsmonatiger Unterbrechung gelten diese Zahlen und Fristen erneut.

¹⁴ Ausführlich dazu Kamanabrou, in: Kamanabrou (Hrsg.), *Rechtsangleichung im Recht der Kettenbefristung in der EU*, 2016, Teil 1, S. 88 ff.

¹⁵ Dänemark: § 5 Abs. 1 des Gesetzes über befristete Arbeit (lov om tidsbegrænset ansættelse); Finnland: Kapitel 1 § 3 des Arbeitsvertragsgesetzes (Työsopimuslaki/Arbetsavtalslag 26.1.2001/55); Österreich: Rechtsprechung, basierend auf § 879 des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs.

¹⁶ Art. 7:668a Burgerlijk Wetboek.

Italien verwendet dagegen eine Höchstgrenze von 36 Monaten und begrenzt zugleich die Zahl der Verlängerungen auf fünf.¹⁷

Eine Kombination aus Sachgrund einerseits oder Begrenzung der Zahl und Dauer andererseits verwenden Deutschland, Polen und Belgien. Das deutsche Recht ermöglicht z.B. eine sachgrundlose Befristung für die Dauer von zwei Jahren, wobei die Zahl zulässiger Verlängerungen begrenzt ist. Außerdem ist die Sachgrundbefristung zulässig.¹⁸ In Polen gilt seit dem 22.2. 2016 folgende Regelung: Befristete Verträge können bis zu einer Höchstdauer von 33 Monaten geschlossen werden. Die Zahl der Verträge innerhalb dieser Zeit ist auf drei begrenzt, Verlängerungen werden wie Neuabschlüsse behandelt. Die Beschränkung nach Zahl und Dauer gilt nicht, wenn einer von vier benannten Sachgründen vorliegt.¹⁹

Das Vereinigte Königreich, die Republik Irland und Malta kombinieren ebenfalls die Sachgrundbefristung mit der sachgrundlosen Befristung, sind bei der sachgrundlosen Befristung aber großzügiger als die eben genannten Mitgliedstaaten, weil sie allein die Dauer aufeinanderfolgender Verträge begrenzen. In allen drei Ländern bedarf eine Befristung eines Sachgrunds, wenn der Arbeitnehmer bereits vier Jahre lang kontinuierlich bei diesem Arbeitgeber befristet beschäftigt war.²⁰ Die Frage der Kontinuität der Beschäftigung ist unterschiedlich geregelt.

Aus welchen Gründen ein bestimmtes Regelungsmodell gewählt wurde und weshalb gerade in dieser Ausgestaltung, wird in den Mitgliedstaaten nicht erläutert oder diskutiert. Das zeigt sich am Beispiel Polens, wo 2015 über die Änderung des Kettenbefristungsrechts beraten wurde, die kürzlich in Kraft getreten ist. Dort wurde zwar über unterschiedliche Regelungsmöglichkeiten diskutiert, nicht aber über die Wahl zwischen Grundkonzepten. In gewissem Maße lässt sich allerdings aus der konkreten Regelung zur Kettenbefristung sowie aus Rechtsprechung und Literatur ableiten, welche Grundgedanken hinter der jeweiligen Regelung stehen.

17 Art. 4 Abs. 1, 5 Abs. 4-bis Decreto Legislativo 368/2001. Neuabschlüsse werden über (geringfügige) Wartezeiten begrenzt, Art. 5 Abs. 3 Decreto Legislativo 368/2001.

18 § 14 Abs. 1, 2 und 2a TzBfG, die Regelung des § 14 Abs. 3 TzBfG bleibt hier außer Betracht.

19 Art. 25¹ §§ 1, 4 des Arbeitsgesetzbuchs (Kodex pracy).

20 Vereinigtes Königreich: reg. 8 (1) bis (3) Fixed-term Employees (Prevention of Less Favourable Treatment) Regulations 2002; Republik Irland: S. 9(1), (2), (4) Protection of Employees (Fixed-Term Work) Act 2003; Malta: Art. 7 Abs. 1 der Verordnung über befristete Arbeitsverträge (Subsidiary Legislation 452.81 Contracts of Service for a Fixed Term Regulations).

IV. Die Sachgrundbefristung

Wenn ein Mitgliedstaat für den Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags einen Sachgrund verlangt, muss der Arbeitgeber den Wunsch nach einer nur zeitweiligen Bindung rechtfertigen. Nur wenn die Rechtsordnung seinen Befristungswunsch akzeptiert, darf er auf den befristeten Arbeitsvertrag zurückgreifen. Bei diesem Grundkonzept lässt sich deutlich der Ausnahmecharakter des befristeten Arbeitsvertrags erkennen. Das unbefristete Arbeitsverhältnis ist der Normalfall, nur bei berechtigtem Bedarf, kann der Vertrag befristet geschlossen werden. Die Sachgrundbefristung setzt dem Arbeitgeber durch das Rechtfertigungserfordernis einerseits enge Grenzen, andererseits ist sie durchaus flexibel: Ist ein Sachgrund von der Rechtsordnung anerkannt, kann der Arbeitgeber seinen Arbeitskräftebedarf wunschgemäß befristet decken, ohne an zeitliche Vorgaben gebunden zu sein.²¹ Eine entscheidende Frage bei der Sachgrundbefristung ist daher, wie eng das Sachgrunderfordernis in der jeweiligen Rechtsordnung ausgestaltet ist.²² Das hängt neben der Anzahl der anerkannten Sachgründe vor allem davon ab, ob die Sachgrundbefristung auf vorübergehenden Bedarf beschränkt ist, und ob bei Vorliegen von Sachgründen Befristungsketten weiter auf Missbrauch zu überprüfen sind.

1. Sachgründe und das Erfordernis des vorübergehenden Bedarfs

Einige Mitgliedstaaten verwenden abschließende Sachgrundkataloge, in anderen Ländern sind die Kataloge nicht abschließend. Eine dritte Gruppe von Mitgliedstaaten hat gar keine geschriebene Regelung zu den anerkannten Sachgründen. Keiner der Mitgliedstaaten, der das Sachgrunderfordernis einsetzt, lässt den bloßen Wunsch des Arbeitgebers nach einer begrenzten Bindung genügen. Das entspräche auch nicht den Vorgaben des EuGH. Der EuGH versteht unter Sachgründen genau bezeichnete, konkrete Umstände, die eine bestimmte Tätigkeit kennzeichnen und daher in diesem speziellen Zusammenhang den Einsatz aufeinanderfolgender befristeter Arbeitsverträge rechtfertigen können.²³

21 Bei der verschärften Sachgrundbefristung gibt es eine Variante, nach der aufeinanderfolgende befristete Verträge zusätzlich zum Sachgrunderfordernis durch die höchstzulässige Dauer der Befristung begrenzt sind. Die verschärfte Sachgrundbefristung bleibt hier aber außer Betracht.

22 Kamanabrou, in: Kamanabrou (Fn. 14), Teil 1, S. 98 ff.

23 EuGH 26.2. 2015 – C-238/14 Rn. 44 – Kommission/Luxemburg; siehe dazu Jousen, Kettenbefristung im Kulturbetrieb, EuZA 8 (2015), 323; EuGH 26.11. 2014 – C-22/13 u.a. Rn. 87 – Mascolo; EuGH 23.4. 2009 – C-378/07 u.a. Rn. 96 – Angelidaki; siehe dazu Kerwer, Verschlechterungsverbote in Richtlinien, EuZA 3 (2010), 253; EuGH 4.7. 2006 – C-212/04 Rn. 69 f. – Adeneler.

In einem anderen Punkt ist die Übereinstimmung des Rechts der Mitgliedstaaten mit den Vorstellungen des EuGH nicht ohne weiteres festzustellen. Der EuGH begrenzt die Sachgrundbefristung auf Fälle des vorübergehenden Arbeitskräftebedarfs.²⁴ Das ist auch der Grundgedanke der Sachgrundbefristung in einigen Mitgliedstaaten, die das Sachgrunderfordernis verwenden. In Finnland, Polen, Luxemburg, Frankreich und Spanien kann der Arbeitgeber sachgrundbefristete Verträge nur bei nicht dauerhaftem Bedarf nutzen.²⁵ In Deutschland, Belgien und Österreich sind dagegen auch Sachgründe anerkannt, die nicht auf vorübergehendem Beschäftigungsbedarf beruhen.²⁶ Ob es sich um die Befristung von Bühnendarstellern, programmgestaltenden Rundfunkmitarbeitern oder Profisportlern handelt, vorübergehend ist der Bedarf in diesen Fällen nicht. Zwar sind das nicht die Fallgruppen, die im Befristungsrecht eine entscheidende Rolle spielen. Weitaus größere Bedeutung haben die Vertretungsbefristung und die Abdeckung von vorübergehend erhöhtem Arbeitskräftebedarf, beides Sachgründe, die vorübergehenden Bedarf voraussetzen. Aber für die hier interessierende Frage, ob die Sachgrundbefristung in den Mitgliedstaaten, die sie verwenden, auf demselben Grundgedanken beruht, spielen diese Fälle doch eine Rolle. Sie zeigen, dass das Grundkonzept Sachgrundbefristung nicht völlig einheitlich gesehen wird. Positiv gewendet lässt sich der Befund wie folgt ausdrücken: Im Großen und Ganzen beruht die Sachgrundbefristung auf dem Gedanken, dass nur vorübergehender Bedarf durch befristete Beschäftigung abgedeckt werden kann. Einige Mitgliedstaaten lassen daneben wiederholte Befristungen in besonderen Fällen des dauerhaften Beschäftigungsbedarfs zu.

2. Missbrauchskontrolle bei der Sachgrundbefristung

In Deutschland hat das BAG nach der Kücük-Entscheidung des EuGH eine Missbrauchskontrolle bei der Sachgrundbefristung eingeführt. Die Entscheidung des EuGH wird in Deutschland überwiegend so verstanden, dass trotz Vorliegen eines sachlichen Grunds zu prüfen ist, ob der Arbeitgeber den Sachgrund nicht missbräuchlich verwendet hat. Das BAG will auf diese Entscheidung hin bei der Missbrauchskontrolle vor allem Zahl und Dauer der wiederholten Befristungen berücksichtigt wissen.²⁷ Andere Mitgliedstaaten, die die Sachgrundbefristung verwenden, haben bislang auf dieses Urteil des EuGH nicht mit einer veränderten Befristungskon-

24 EuGH 13.3. 2014 – C-190/13 Rn. 55 – Márquez Samohano; EuGH 26.11. 2014 – C-22/13 u.a. Rn. 100 – Mascolo; EuGH 26.1. 2012 – C-586/10 Rn. 36 – Kücük; siehe dazu Greiner, Missbrauchskontrolle bei „Kettenbefristungen“, EuZA 5 (2012), 529.

25 Kamanabrou, in: Kamanabrou (Fn. 14), Teil 1, S. 35, 38, 40 f.

26 Kamanabrou, in: Kamanabrou (Fn. 14), Teil 1, S. 37, 39, 41.

27 BAG 18.7. 2012 – 7 AZR 443/09, NZA 2012, 1351, 1353.

trolle reagiert. Das gilt z.B. für Österreich und Spanien. Ähnliche Ergebnisse wie bei einer Missbrauchskontrolle auf der Basis von Zahl und Dauer aufeinanderfolgender befristeter Verträge erzielen dagegen Gerichte in Frankreich und Finnland. In beiden Ländern ist ausdrücklich vorgesehen, dass der Arbeitgeber nur vorübergehenden Bedarf durch befristete Verträge decken darf. Diesen vorübergehenden Bedarf verneinen die Gerichte gelegentlich, wenn Zahl und Dauer aufeinanderfolgender Befristungen erheblich sind.²⁸ In einigen Mitgliedstaaten ist daher mit der Sachgrundbefristung ein doppeltes Risiko verbunden: Der Arbeitgeber muss nicht nur darauf achten, einen an sich anerkannten Sachgrund zu verwenden. Er muss darüber hinaus die Befristungskette im Blick behalten, damit nicht trotz Sachgrunds in jedem Einzelfall die letzte Befristung innerhalb einer Befristungskette als unzulässig bewertet wird. – Besonders schwierig ist der Umgang mit dieser Art der Missbrauchskontrolle allerdings nicht. Das europäische Kettenbefristungsrecht begrenzt allein die aufeinanderfolgende Befristung mit demselben Arbeitnehmer, nicht aber wiederholte Befristungen auf demselben Arbeitsplatz oder für dieselbe Tätigkeit. Daher kann der Arbeitgeber, dem ein Sachgrund zur Verfügung steht, das Risiko der missbräuchlichen wiederholten Befristung vermeiden, indem er den Arbeitnehmer rechtzeitig austauscht.

V. Die sachgrundlose Befristung

Bei der sachgrundlosen Befristung muss der Arbeitgeber seinen Wunsch nach einer zeitlich begrenzten Beschäftigung nicht rechtfertigen. Bei dieser Variante des Kettenbefristungsschutzes bestimmen zeitliche und/oder zahlenmäßige Grenzen die Möglichkeit aufeinanderfolgender befristeter Arbeitsverträge. Ob ein Grund für die Befristung gegeben ist, der als Sachgrund akzeptiert würde, ist irrelevant. Flexibel ist die sachgrundlose Befristung also insofern, als klare Vorgaben bestehen und die Möglichkeit der Befristung nicht von einer Bewertung der Situation abhängt, in der die befristete Einstellung erfolgen soll.

Bei der sachgrundlosen Befristung finden sich in den Mitgliedstaaten allerdings größere Unterschiede in der Ausgestaltung als bei der Sachgrundbefristung. Einige Mitgliedstaaten begrenzen die sachgrundlose Befristung nach Zahl und Dauer der zulässigen Verträge. Andere Mitgliedstaaten beschränken im Rahmen der sachgrundlosen Befristung lediglich die Höchstdauer aufeinanderfolgender befristeter Arbeitsverträge.

28 *Berenbrinker/Kamanabrou*, in: Kamanabrou (Fn. 14), Teil 2, Finnland, S. 135; *Intrup-Dopheide/Korth/Kamanabrou*, in: Kamanabrou (Fn. 14), Teil 2, Frankreich, S. 507 f.

1. Begrenzung der Höchstdauer und -zahl

a) Regelungsmodelle, die allein die sachgrundlose Befristung verwenden

Die Niederlande und Italien begrenzen aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge allein durch Höchstdauer und -zahl zulässiger Verträge, wobei ihre Regelungen recht unterschiedlich ausgestaltet sind. Italien setzt eine absolute Höchstgrenze von 36 Monaten.²⁹ Nach dieser Zeit können die Arbeitsvertragsparteien keine weiteren befristeten Verträge mehr schließen. Nicht absolut ist dagegen die Zweijahresfrist, die in den Niederlanden für aufeinanderfolgende befristete Verträge gilt. Hier lässt eine sechsmonatige Unterbrechung den Zusammenhang zu den vorigen Verträgen abreißen.³⁰

Auch bei der Begrenzung der höchstzulässigen Zahl der Verträge unterscheiden sich die Regelungen. Die Niederlande lassen innerhalb der Zweijahresfrist insgesamt nur drei Verträge zu, wobei dadurch Neuabschlüsse und Verlängerungen gleichermaßen beschränkt sind.³¹ Italien gestattet fünf Verlängerungen und begrenzt die Zahl der Neuabschlüsse gar nicht. Neuabschlüsse sind allerdings erst nach einer Wartezeit von maximal 20 Tagen zulässig.³²

In Italien ist die wiederholte Befristung bis zu einer Dauer von 36 Monaten sehr flexibel möglich, danach aber ausgeschlossen. In den Niederlanden sind wiederholten Befristungen von Anfang an engere Grenzen gesetzt. Allerdings sind dort mithilfe von Unterbrechungen lange Befristungskarrieren möglich, weil die Höchstdauer aufeinanderfolgender befristeter Verträge nicht absolut ist. Gemeinsam ist den Regelungen nur die Entscheidung für die sachgrundlose Befristung mit Begrenzung von Zahl und Dauer zulässiger Verträge. Das bedeutet nicht, dass sie nicht vergleichbaren Kettenbefristungsschutz bewirken. Aber die einzigen gemeinsamen Grundgedanken der Regelungen sind die Abwahl des Sachgrunderfordernisses und die zweifache Begrenzung aufeinanderfolgender Befristungen nach Zahl und Dauer.

b) Kombinationsmodelle

Während die Niederlande und Italien allein die sachgrundlose Befristung kennen, setzen Deutschland, Polen und Belgien sie neben der Sachgrundbefristung ein. Die Befristungsmöglichkeiten sind in diesen Ländern inso-

29 Art. 5 Abs. 4 bis Decreto Legislativo 368/2001.

30 Art. 7:668a Abs. 1 lit. a Burgerlijk Wetboek.

31 Art. 7:668a Abs. 1 lit. b Burgerlijk Wetboek.

32 Art. 4 Abs. 1, 5 Abs. 3 Decreto Legislativo 368/2001.

fern weiter, als beide Befristungskonzepte verwendet werden können. Die deutsche und die belgische Regelung ähneln sich. In Belgien sind für die Gesamtdauer von zwei Jahren maximal vier befristete Arbeitsverträge erlaubt.³³ In Deutschland ist eine sachgrundlose Befristung für die Dauer von zwei Jahren zulässig, wobei innerhalb dieser Zeit nur drei Verlängerungen zulässig sind, nicht aber Neuabschlüsse.³⁴ Die polnische Regelung ist mit 33 Monaten großzügiger, mit der Beschränkung auf drei Verträge oder zwei Verlängerungen aber auch enger.³⁵ In Belgien und Polen ist die Höchstbefristungsdauer für die sachgrundlose Befristung absolut. In Deutschland kann nach einer dreijährigen Beschäftigungspause erneut sachgrundlos befristet werden.³⁶

c) Zwischenergebnis

In den Mitgliedstaaten, die die sachgrundlose Befristung durch Höchstzahl und -dauer aufeinanderfolgender befristeter Verträge beschränken, sind die Regelungen im Detail recht unterschiedlich ausgestaltet. Das betrifft nicht nur die konkrete Grenze für die Höchstdauer, sondern auch die Frage, ob diese Höchstdauer absolut ist und wie viele Verträge in dieser Zeit geschlossen werden dürfen.

2. Begrenzung der Höchstdauer

Die alleinige Begrenzung der Höchstdauer bei der sachgrundlosen Befristung verwenden das Vereinigte Königreich, die Republik Irland und Malta. Sie lassen aufeinanderfolgende befristete Verträge ohne weitere Einschränkungen für die Dauer von vier Jahren zu. Diese großzügige Regelung entspricht den Vorgaben der Rahmenvereinbarung. Sie lässt es zu, allein die Höchstdauer aufeinanderfolgender Verträge zu begrenzen und macht für die Höchstdauer auch keine zeitlichen Vorgaben. Der Grundgedanke einer solchen Regelung scheint freilich darin zu liegen, möglichst viel Freiraum für aufeinanderfolgende befristete Verträge zu schaffen. Das zeigt sich auch darin, dass alle drei Länder im Anschluss an die sachgrundlose Befristung die Sachgrundbefristung zulassen. Hinzu kommt im Vereinigten Königreich eine sehr großzügige Handhabung der Unterbrechung aufeinanderfolgender befristeter Verträge. Bereits eine einwöchige Unterbrechung kann den Zusammenhang zwischen zwei Verträgen auflösen und damit die Befristungskette unterbrechen.³⁷ Diese Regelung wird in der einschlägigen Literatur mit Blick auf die EuGH-Rechtsprechung zu

33 Art. 10bis § 2 Loi relatives aux contrats de travail du 3 juillet 1978.

34 § 14 Abs. 2 TzBfG.

35 Art. 25¹ § 1 Kodeks pracy.

36 BAG 6.4. 2011 – 7 AZR 716/09, NZA 2011, 905, 910.

37 Möller/Kamanabrou, in: Kamanabrou (Fn. 14), Teil 2, Vereinigtes Königreich, S. 232.

Unterbrechungsfristen kritisch gesehen.³⁸ In der Republik Irland wird die Frage der Unterbrechung anders gehandhabt. Dort hat die Rechtsprechung Konsequenzen aus den Entscheidungen des EuGH gezogen. Sie gelangt im Wege der Auslegung dazu, dass selbst Unterbrechungen von mehreren Wochen oder Monaten einer kontinuierlichen Beschäftigung im Sinne des Kettenbefristungsrechts nicht entgegenstehen.³⁹ In Malta führt ohnehin erst eine sechsmonatige Unterbrechung zur Auflösung des Zusammenhangs zwischen zwei Verträgen.⁴⁰ Obwohl der Kettenbefristungsschutz in der Republik Irland und in Malta im Vergleich zur Regelung im Vereinigten Königreich etwas stärker ausgestaltet ist, ist auch in diesen Ländern der Kettenbefristungsschutz durch die Kombination aus der Sachgrundbefristung mit einer vierjährigen sachgrundlosen Befristung vergleichsweise niedrig.

VI. Europäische Dogmatik des Kettenbefristungsrechts?

Wie die vorstehenden Überlegungen zeigen, lassen sich einheitliche Argumentationsmuster oder gar eine Dogmatik des Kettenbefristungsrechts aus dem Recht der untersuchten Mitgliedstaaten nicht ableiten. Das Kettenbefristungsrecht ist in diesen Mitgliedstaaten zwar weitestgehend angeglichen, wenn auch die Republik Irland und Malta und vor allem das Vereinigte Königreich sich mit ihren Schutzstandards deutlich von den übrigen untersuchten Mitgliedstaaten absetzen. Es hätte daher durchaus gemeinsame Grundgedanken und Argumentationsmuster geben können, die in einen Vergleich mit entsprechenden Erkenntnissen zu anderen Regelungsbereichen hätten einfließen können.

Letztlich lassen sich aus dem Kettenbefristungsrecht der hier betrachteten Mitgliedstaaten aber nur zwei Gesichtspunkte herauskristallisieren. Erstens spiegelt die Entscheidung für die Sachgrundbefristung, die sachgrundlose Befristung oder ein Kombinationsmodell die Grundeinstellung des Mitgliedstaats zu wiederholten Befristungen wider. Die beiden Grundkonzepte Sachgrundbefristung und sachgrundlose Befristung stehen vereinfacht ausgedrückt für Kontrolle einerseits und ein gewisses Maß an *laissez faire* andererseits. Mitgliedstaaten, die beide Grundkonzepte kombinieren, suchen für ihre Arbeitgeber das Beste beider befristungsrechtlicher Welten. Zweitens besteht innerhalb der Mitgliedstaaten, die das Sachgrunderfordernis verwenden, ein breiter Konsens darüber, dass Sachgründe mit vorübergehendem Bedarf verknüpft sind. Dagegen sind

38 Siehe die Nachweise bei Möller/Kamanabrou, in: Kamanabrou (Fn. 14), Teil 2, Vereinigtes Königreich, S. 236.

39 Möller/Kamanabrou, in: Kamanabrou (Fn. 14), Teil 2, Republik Irland, S. 274 ff.

40 Art. 7 Abs. 5 Subsidiary Legislation 452.81 Contracts of Service for a Fixed Term Regulations.

die punktuellen Gemeinsamkeiten bei der sachgrundlosen Befristung gering und wohl dem Zufall geschuldet. Mithilfe von zeitlichen und zahlenmäßigen Grenzen lässt sich auf recht unterschiedliche Weise Kettenbefristungsschutz erzielen, so dass die konkrete Ausgestaltung der sachgrundlosen Befristung eher politischen Kompromissen als gesetzgeberischer Planung geschuldet sein dürfte.

Hinzu kommt, dass einige Mitgliedstaaten weitere Maßnahmen im Kettenbefristungsrecht einsetzen, die in der Rahmenvereinbarung nicht genannt sind. So kennen z.B. Frankreich, Luxemburg und Italien Wartezeiten zwischen befristeten Verträgen.⁴¹ Italien hat außerdem eine betriebsbezogene Befristungsquote von 20 % eingeführt.⁴² Zu diesen Maßnahmen kommt eine länderübergreifende Argumentation mangels Verbreitung von vornherein nicht in Betracht. Von einer Systembildung ist das europäische Recht der Kettenbefristung weit entfernt.

⁴¹ Kamanabrou, in: Kamanabrou (Fn. 14), Teil 1, S. 48.

⁴² Art. 1 Abs. 1 Decreto Legislativo 368/2001.

Diskussion*

In der Diskussion über den Vortrag, der wegen Verhinderung der Referentin von Professor Dr. *Abbo Junker* gehalten wurde, wies *Constanze Schmidt* von der Rheinisch-Westfälischen Technischen Hochschule Aachen darauf hin, dass es nicht ganz unumstritten sei, dass das Vorbeschäftigungsverbot nach drei Jahren wieder unbeachtlich sei. Die unteren Instanzen würden dies teils anders sehen.

Professor *Junker* meinte, dass er und Herr *Höpfner* dies auch anders sähen, da sie die Rechtsfortbildung nicht unterstützten. Dies sei jedoch ein typisch deutsches Phänomen, welches nicht Gegenstand der europäischen Debatte sei.

Eine weitere Wortmeldung kam von Dr. *Johannes Sedlmeier*. Dieser bezog sich auf den Verweis im Vortrag auf den Sportler und die Programmgestalter. Dies sei im deutschen Recht nicht beim Sachgrund angesiedelt, sondern es bestehe eine Grundrechtsrelevanz, die dazu führe, dass Arbeitgeber von den Grundrechten direkt betroffen seien.

Professor *Junker* antwortete darauf, dass bereits am Vorabend im Referentenkreis über dieses Thema diskutiert worden sei. Das Arbeitsgericht Mainz habe die aufgeworfene Frage sehr deutlich analysiert, indem es sagte, dass sich die Ausnahmetatbestände für Solisten im Bühnenbereich nicht auf Sportler übertragen ließen, da kein besonderer Grundrechtsschutz bestünde. Ansonsten müsste bei Fußballspielern nachgedacht werden, welcher Sachgrund herangezogen werden könne. Die Argumente des Verschleißes oder der Branchenüblichkeit könnten nicht gelten. Die Grundrechtsrelevanz der europäischen Grundrechtecharta sehe er nicht anders als die nationale. Die Befristung werde durch den EuGH schlicht nicht hinterfragt. Der EuGH sei lediglich bei Grundfreiheiten sehr streng, ansonsten lasse er einiges durchgehen. An dieser Stelle wolle er nochmals auf den Beitrag von Herrn *Weber* und dessen Aussage zum Betriebsbegriff zurückkommen: Normalerweise hätte der EuGH doch gesagt, dass, wenn in England eine Zeche stillgelegt werde und 5.000 Leute entlassen werden, müsse dies eine Massenentlassung sein. Wenn dagegen Uber schließt, welches in England 5.000 Leute beschäftige, die aber über ganz England verteilt seien, müsse man sehen, wie man auch für diesen Fall den Arbeitnehmerschutz konstruieren könne. Diese Verbiegung des Betriebsbegriffs wäre zumindest nicht völlig fremd für das Vorgehen des EuGH. Professor *Junker* sah die Ursache darin, dass der EuGH diese nicht geprüft habe, dass er in diesem Bereich nicht so streng sei; außerdem sei die Anwendung einer Auslegungsmethode „Betrachtung der politischen Landschaft“

* Die Zusammenfassung der Diskussion wurde erstellt von Ass. iur. *Felisa Frey*.

denkbar. Wenn die Engländer eh schon auf dem Absprung seien, dann wolle man ihnen vielleicht nicht noch die Anwendung eines von diesen nie gewollten Arbeitsrechts aufzwingen.

Professor Dr. *Richard Giesen* ergänzte diese Antwort noch um den Aspekt, dass seiner Auffassung nach auch die Erweiterung der Richter aus vielen verschiedenen Ländern eine nicht unerhebliche Rolle spielen werde. Er halte es für möglich, dass der Integrationszwang etwas zurückgehen werde.

Sachregister

Arbeitnehmerüberlassung 5, 99-130

- Funktion 102, 124
- Gleichbehandlung 109, 118-121
- Kettenverleih 122, 126
- Streikeinsatz 124
- Vorübergehende 101, 102, 104, 110-117, 128
- Zitiergebot 123, 126

Beendigung von Arbeitsverhältnissen 131-133, 143, 148

- Befristung 155, 163, 164, 169
- Diskriminierungsverbot 156-159
 - Kettenbefristung 156, 158-161, 164, 165, 167
 - Kombinationsmodell 160, 167
 - Sachgrundbefristung 159-167
 - Sachgrundlose Befristung 160, 161, 164-168

Diskriminierungsverbot 22, 49, 58, 60, 64, 66, 67, 70-73, 77, 78, 80, 84, 86-88, 91, 94, 95, 97, 136, 137, 156-159

- Alter 62-64, 72, 74, 81-84, 87, 95
- Behinderung 62-64, 72, 78-81
- Geschlecht 32, 34, 45, 47, 58, 60-62, 64-67, 72, 74, 75, 93, 94
- Mittelbare Diskriminierung 85, 88, 92-97, 157
- Rasse 45, 62, 64, 69, 72, 76, 77

- Religion 62-64, 72, 77, 78, 87
- Sexuelle Ausrichtung 72, 76
- Unmittelbare Diskriminierung 69, 74, 76, 81, 85-89, 92-97

Europäisches Arbeitsrecht 18, 22-26, 29-35, 42, 45, 46, 51, 57, 58, 121, 125, 132, 137, 146, 149-152, 156

Kündigung 133-138, 142, 143, 152

Massenentlassung 33, 133, 137, 139, 141, 143, 149, 154, 169

- Auslegungsmaxime 150
- Auslegungsmethode 149
- Massenentlassungsrichtlinie 125, 137-153

Methodenfragen 15, 18, 42, 53

- richterliche Systembildung 18, 38, 39, 42
- Systemkompetenz 18, 35

Persönlichkeitsrecht 59, 69, 73, 83, 94, 95, 97

Systembildung 18-23, 29, 35-43, 45, 53, 54, 132-137, 142, 143, 147, 149, 151-153, 156, 168

- äußeres System 18, 42, 43, 45
- inneres System 19, 43
- Mehrebenensystem 18, 20
- unionale Systemelemente 29

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von Richard Giesen, Abbo Junker und
Volker Rieble

ISSN 1863-0847

- Band 1 Zukunft der Unternehmensmitbestimmung
 1. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2004, ISBN 3-9809380-1-8 (ISBN 978-3-9809380-1-3)
- Band 2 Zukunft des Arbeitskampfes
 1. Ludwigsburger Rechtsgespräch
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-2-6 (ISBN 978-3-9809380-2-0)
- Band 3 Zukunft der Arbeitsgerichtsbarkeit
 2. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-3-4 (ISBN 978-3-9809380-3-7)
- Band 4 Robert Lubitz
 Sicherung und Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-4-2 (ISBN 978-3-9809380-4-4)
- Band 5 Transparenz und Reform im Arbeitsrecht
 2. Ludwigsburger Rechtsgespräch
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-5-0 (ISBN 978-3-9809380-5-1)
- Band 6 Reformdruck auf das Arbeitsrecht in Europa – Wie reagieren nationale Rechtsordnungen?
 3. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-7-7 (ISBN 978-3-9809380-7-5)
- Band 7 Till Brocker
 Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 9809380-8-5 (ISBN 978-3-9809380-8-2)

-
- | | |
|---------|---|
| Band 8 | Folgenabschätzung im Arbeitsrecht
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-9809380-9-3 (978-3-9809380-9-9) |
| Band 9 | Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts
3. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-939671-00-2 (978-3-939671-00-8) |
| Band 10 | Unternehmensführung und betriebliche Mitbestimmung
4. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-02-2 |
| Band 11 | Das Grünbuch und seine Folgen – Wohin treibt das europäische Arbeitsrecht?
4. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-03-9 |
| Band 12 | Vereinbarte Mitbestimmung in der SE
5. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-04-6 |
| Band 13 | Arbeitsstrafrecht im Umbruch
5. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-06-0 |
| Band 14 | Jan H. Lessner-Sturm
Gewerkschaften als Arbeitgeber
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-07-7 |
| Band 15 | Zukunft der Zeitarbeit
6. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-08-4 |
| Band 16 | Kartellrecht und Arbeitsmarkt
6. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-10-7 |
| Band 17 | Bernd Wiebauer
Kollektiv- oder individualrechtliche Sicherung der Mitbestimmung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-11-4 |
| Band 18 | Neues Arbeitskampfrecht?
7. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-12-1 |

-
- Band 19 Christian A. Velten
Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat – Eine
verfassungsrechtliche, gesellschaftsrechtliche und
arbeitsrechtliche Analyse
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-13-8
- Band 20 Arbeitsrecht im Konzern
2. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-14-5
- Band 21 Volker Rieble
Verfassungsfragen der Tarifeinheit
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-15-2
- Band 22 Clemens Latzel
Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-16-9
- Band 23 Mindestlohn als politische und rechtliche
Herausforderung
7. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-17-6
- Band 24 Finanzkriseninduzierte Vergütungsregulierung und
arbeitsrechtliche Entgeltsysteme
8. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-18-3
- Band 25 Richard Giesen
Arbeits- und beitragsrechtliche Folgen der CGZP-
Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-19-0
- Band 26 Freie Industriedienstleistung als Alternative zur
regulierten Zeitarbeit
3. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-20-6
- Band 27 Ausweitung der Tarifmacht – Zugriff auf
Unternehmensautonomie und Marktverhalten
8. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-21-3
- Band 28 Onur Sertkol
Deutsch-Türkische Integration am Arbeitsplatz
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-22-0

-
- | | |
|---------|---|
| Band 29 | Know-how-Schutz im Arbeitsrecht
9. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-23-7 |
| Band 30 | Volker Rieble/Clemens Latzel
Wirtschaftsförderung nach sozialen Kriterien
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-24-4 |
| Band 31 | Arbeiten im Alter [von 55 bis 75]
4. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-25-1 |
| Band 32 | Stephan Vielmeier
Tarifzensur
ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-26-8 |
| Band 33 | Funktionswandel der Sozialversicherung – von der
Arbeitnehmer- zur Unternehmenshilfe und zum
Marktakteur
10. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-27-5 |
| Band 34 | Stephan Serr
Private Tariftreue
ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-29-9 |
| Band 35 | Compliance im kollektiven Arbeitsrecht
5. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2014, ISBN 978-3-939671-30-5 |
| Band 36 | Neue Tarifrechtspolitik?
11. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2014, ISBN 978-3-939671-31-2 |
| Band 37 | Entgrenzter Arbeitskampf?
6. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2015, ISBN 978-3-939671-32-9 |
| Band 38 | Vergaberecht und Arbeitsbedingungen
12. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2015, ISBN 978-3-939671-33-6 |
| Band 39 | Industrie 4.0 als Herausforderung des Arbeitsrechts
7. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2016, ISBN 978-3-939671-34-3 |
| Band 40 | Daniel Dommermuth-Alhäuser
Arbeitsrechtsmissbrauch
ZAAR Verlag 2015, ISBN 978-3-939671-35-0 |