

Soziales Recht

Wissenschaftliche Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Olaf Deinert und
Prof. Dr. Rüdiger Krause,
Institut für Arbeitsrecht
der Georg-August Universität
Göttingen



in Zusammenarbeit mit



Abhandlungen

- Datenschutzgrundverordnung und Betriebsverfassung – Eine Positionsbestimmung unter besonderer Berücksichtigung des primären Unionsrechts**
Johannes Heuschmid Seite **1**
- Die Veränderung des Arbeitszeitvolumens im Spannungsverhältnis zwischen persönlichen und betrieblichen Arbeitszeitinteressen**
Martin Franzen Seite **12**
- Die Änderung der Entsenderichtlinie**
Thomas Klein/Alexander Schneider Seite **21**

Rezensionsaufsätze

- Bernd Waas/Guus Heerma van Voss, Restatement of Labour Law in Europe, Vol I: The Concept of Employee**
Sudabeh Kamanabrou Seite **37**
- Laura Schmitt, Die Haftung betriebsverfassungsrechtlicher Gremien und ihrer Mitglieder**
Ulrich Koch Seite **40**

- Zusammenfassungen (Abstracts) | Vorschau** Seite **44**

Teilhabe und Inklusion – Die Rechtsgrundlagen



Bolwig / Conrad-Giese / Groskreutz / Hlava / Ramm

Behindertenrecht in der Arbeitswelt

Gesetze/Verordnungen · Einleitungen
Übersichten · Rechtsprechung
3., überarbeitete, aktualisierte Auflage
2019. 577 Seiten, kartoniert
€ 24,90

ISBN 978-3-7663-6861-4

www.bund-verlag.de/6861

»Behindertenrecht in der Arbeitswelt« stellt die wichtigsten Gesetze, Verordnungen und andere Vorschriften aus dem Recht der Menschen mit Behinderungen im Hinblick auf die Arbeitswelt dar:

- › Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
- › Arbeitssicherheitsgesetz und Verordnungen (Arbeitsstättenverordnung, Technische Regeln für Arbeitsstätten ASR V3a.2)
- › Behindertengleichstellungsgesetz und Verordnungen (Barrierefreie-Informationstechnik-Verordnung, Behindertengleichstellungsschlichtungsverordnung, Kommunikationshilfenverordnung, Verordnung über barrierefreie Dokumente in der Bundesverwaltung)
- › Betriebsverfassungs- und Personalvertretungsgesetz (Auszug)
- › SGB IX und Verordnungen zum SGB IX (Eingliederungshilfeverordnung, GdS-Tabelle, Kraftfahrzeughilfe-Verordnung, Schwerbehinderten-Ausgleichsabgabenverordnung, Schwerbehindertenausweisverordnung, Versorgungsmedizinische Grundsätze, Wahlordnung Schwerbehindertenvertretungen, Werkstätten-Mitwirkungsverordnung, Werkstättenverordnung)
- › UN-Behindertenrechtskonvention

Vorteile auf einen Blick

- › Alle Gesetze und Verordnungen für die Vertretung von Menschen mit Behinderungen
- › Kurze Einführungen zu allen Gesetzen
- › Rechtsprechung mit aktuellen Leitsätzen

Soziales Recht

1/2019
ISSN 2193-5157
Februar 2019, 9. Jahrgang

Herausgeber

Prof. Dr. Olaf Deinert (geschäftsführend)
Prof. Dr. Rüdiger Krause
Institut für Arbeitsrecht der
Georg-August-Universität Göttingen

in Zusammenarbeit mit:

Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht, Frankfurt

Redaktion

Prof. Dr. Olaf Deinert
Dr. Manfred Walser, LL.M.

Anschrift der Redaktion

Institut für Arbeitsrecht der
Georg-August-Universität Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 6
37073 Göttingen
Tel. 0551 / 39 – 279 48
Fax: 0551 / 39 – 272 45
E-Mail: sekretariat.deinert@
jura.uni-goettingen.de

Verlag

Bund-Verlag GmbH

Geschäftsführer

Rainer Jöde

Geschäftsbereich Zeitschriften

Bettina Frowein (verantwortlich)
Tel. 069/79 50 10-83

Anschrift des Verlages

Bund-Verlag GmbH
Heddenheimer Landstraße 144
60439 Frankfurt/Main
(ladungsfähige Anschrift)
Tel. 069/79 50 10-0
Fax: 069/13 30 77-666

Anzeigen

Peter Beuther (verantwortlich)
Thorsten Kauf
Tel. 069/79 50 10-602
thorsten.kauf@bund-verlag.de

Erscheint 6 x jährlich als Supplement
der Zeitschrift Arbeit und Recht.

Im Abonnementpreis der Zeitschrift
Arbeit und Recht enthalten.

Umschlag und Layout

Ute Weber, Geretsried

Druckvorstufe

Da-TeX Gerd Blumenstein, Leipzig

Druck

Druckerei Marquardt GmbH, Aulendorf

Mit Namen gekennzeichnete Beiträge,
Beilagen und Anzeigen geben nicht unbedingt die
Meinung der Herausgeber, der Redaktion oder des
Verlages wieder.

Alle in diesem Supplement veröffentlichten
Beiträge und Abbildungen sind
urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung – auch auszugsweise – bedarf der
vorherigen Zustimmung des Verlages.

Datenschutzgrundverordnung und Betriebsverfassung – Eine Positionsbestimmung unter besonderer Berücksichtigung des primären Unionsrechts

Dr. Johannes Heuschmid, Berlin*

I. Einleitung

Seit dem 25. Mai 2018 ist die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) nunmehr in Kraft. Nicht erst seit diesem Zeitpunkt steht sie im Zentrum des juristischen Diskurses und hat zuletzt zu Rekordiaufgaben bei den einschlägigen Kommentaren geführt. Diese Fokussierung betrifft nicht nur die DSGVO und deren Umsetzungsgesetz im reformierten BDSG, sondern auch den spezifischen Bereich des Beschäftigtendatenschutzes und damit die Betriebsverfassung. Die Stellungnahmen in der Literatur bezüglich der unionsrechtlich induzierten Auswirkungen der Neuregelungen auf die Domäne des Beschäftigtendatenschutzes sind allerdings sehr disparat. Während auf der einen Seite davon ausgegangen wird, dass die Änderungen moderat ausfallen¹, vertreten andere, dass wir es mit einem Paradigmenwechsel zu tun haben, der sich ua. auch grundlegend auf die Betriebsverfassung auswirken wird.² Dieses vielseitige Meinungsbild dürfte zu einem nicht unerheblichen Teil auf die unterschiedlichen rechtskulturellen Hintergründe der Autoren zurückzuführen sein, die sich nunmehr mit dem Beschäftigtendatenschutz befassen. Wenig verwunderlich ist insofern, dass »IT-Juristen« einen anderen Zugang zum Beschäftigtendatenschutz und der Betriebsverfassung haben, als die »klassischen Arbeitsrechtler«. Abgesehen davon geht die bestehende Rechtsunsicherheit im Hinblick auf die Bedeutung der DSGVO, wie regelmäßig bei Unionsrechtsakten, in nicht unerheblichem Ausmaß auch auf den unglücklich formulierten Wortlaut vieler Bestimmungen zurück.³ Bei Entscheidungen des EuGH führt diese Problematik dazu, dass die Bedeutung des Wortlauts bei der Auslegung von Unionsrecht relativiert wird.⁴

Besonders hervorzuheben ist zunächst der spezifische Rechtscharakter der DSGVO.⁵ Diesen beschreibt

der Bundesgesetzgeber als »dogmatisches Novum«, was vor dem Hintergrund der dem Unionsgesetzgeber üblicherweise zur Verfügung stehenden rechtlichen Handlungsformen zutreffend sein dürfte.⁶ Während Verordnungen nach Art. 288 Abs. 2 AEUV unmittelbar und zwingend gelten, überlassen Richtlinien gem. Art. 288 Abs. 3 AEUV den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung einen mehr oder weniger großen »Spielraum«, sofern das Richtlinienziel nicht aus den Augen verloren wird. Die DSGVO kombiniert nun diese beiden Ansätze, indem sie auf der einen Seite im klassischen Sinn einer Verordnung Regelungen enthält, die unmittelbar und zwingend gelten.⁷ Auf der anderen Seite ist sie aber auch an zahlreichen Stellen durch den nationalen Gesetzgeber »ergänzungsbedürftig«. ⁸ Letzteres gilt insbesondere für die mehr als 30 »Öffnungsklauseln«⁹ der DSGVO.¹⁰ Hierzu gehört aufgrund von Art. 88 DSGVO auch der

* dka Rechtsanwälte, Berlin und Lehrbeauftragter Universität Frankfurt (Oder). Der Autor bedankt sich bei Wolfgang Däubler und Martin Bauer für die wertvollen Anregungen.

- 1 Körner, Wirksamer Beschäftigtendatenschutz im Lichte der Europäischen Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO), HSI-Schriftenreihe Bd. 18, Frankfurt aM. 2017, abrufbar unter <https://www.hugo-sinzheimer-institut.de/veroeffentlichungen/hsi-schriftenreihe.html> (6.12.2018), S. 21; Düwell/Brink, NZA 2017, 1081, 1085.
- 2 Wybitul, NZA 2017, 413, 415; Taeger/Rose, BB 2016, 819, 831; Kort, ZD 2017, 3, 5 f.; Kleinebrink, DB 2018, 2566 ff.
- 3 Middel, AuR 2018, 411, 413; Däubler, Gläserne Belegschaften, 7. Aufl., Frankfurt aM. 2017, Rn. 42c.
- 4 Levits, SR 2015, 121, 124.
- 5 Kühling/Martini, EuZW 2016, 448, 449; Körner, NZA 2016, 1383, 1386.
- 6 BT-Drs. 18/11325, S. 73.
- 7 Ebd.
- 8 Ebd.
- 9 Körner, Beschäftigtendatenschutz (Fn. 1), S. 50; Däubler, Gläserne Belegschaften (Fn. 3), Rn. 42e; ausführlich zu den ergänzungsbedürftigen Regelungen Kühling/Martini ua., DSGVO und das nationale Recht, Münster 2016, S. 14 ff.
- 10 Insgesamt geht der Bundesgesetzgeber von einem Ergänzungsbedarf durch nationale Regelungen in ca. 70 Fällen aus, BT-Drs. 18/11325, S. 73.

Bereich des Beschäftigtendatenschutzes. Falsch wäre es nun jedoch, die den Öffnungsklauseln unterfallenden Bereiche phänotypisch der Handlungsform der Richtlinie zuzuordnen, wie es bisweilen geschieht.¹¹ Der Unterschied von Art. 88 DSGVO zu herkömmlichen Richtlinien besteht nämlich darin, dass die Regelung keine spezifische Verpflichtung zur Umsetzung auf ein Ziel enthält. Vielmehr sind die Mitgliedstaaten nach der Konzeption von Art. 88 DSGVO frei, von der Öffnungsklausel Gebrauch zu machen oder dies zu unterlassen. Im Fall des Unterlassens würden dann die allgemeinen Vorschriften gelten. Wie sogleich noch zu zeigen sein wird, ist letzteres im Bereich des Beschäftigtendatenschutzes aufgrund von kompetenzrechtlichen Überlegungen allerdings nicht der Fall.

Darüber hinaus ist die DSGVO auch nicht mit der SE-VO¹² vergleichbar, die in Art. 9 SE-VO ebenfalls ein komplexes dogmatisches Konstrukt regelt, das zwischen Unionsrecht, nationalem Recht und Satzungsrecht der Gesellschaften hin und her changiert. Im Unterschied zu Art. 88 DSGVO ordnet die SE-VO in Art. 9 Abs. 1 lit. c explizit die Anwendung des nationalen Gesellschaftsrechts für die sog. »regelungsoffenen Bereiche«¹³ an. Es liegt bei der SE-VO also nicht in der Hand der Mitgliedstaaten darüber zu entscheiden, ob sie einen bestimmten Bereich regeln wollen oder sich auf das »allgemeine« Unionsrecht zurückziehen. Die darüber hinaus in der SE-VO bestehenden Öffnungsklauseln für spezifische Regelungen, wie etwa Art. 48 Abs. 1 S. 2 SE-VO, sind mit Art. 88 DSGVO ebenfalls nicht vergleichbar, da es sich dabei regelmäßig um punktuelle Öffnungen in Einzelfragen handelt und gerade keine ganzen Rechtsbereiche für nationale Regelungsregimes geöffnet werden.

Im Fokus dieses Beitrags soll die Thematik stehen, welche Konsequenzen sich aus der DSGVO für das deutsche Betriebsverfassungsrecht ergeben. Damit ist auch die Frage aufgeworfen, inwieweit die bisherige Rechtsprechung des BAG zu Datenschutzfragen aufrechterhalten werden kann, bzw. ob ggf. eine Neuausrichtung geboten ist.¹⁴ Bevor jedoch auf spezifische betriebsverfassungsrechtliche Fragestellungen eingegangen werden kann, ist zunächst der primärrechtliche Rahmen für die DSGVO genauer zu untersuchen. Auf dieser Basis lassen sich Aussagen zur exakten Reichweite der Öffnungsklausel des Art. 88 DSGVO und damit auch zur Ausgestaltung des relevanten rechtlichen Rahmens treffen.

II. Die Datenschutzgrundverordnung und der Beschäftigtendatenschutz im Kontext des primären Unionsrechts

Festzuhalten ist zunächst, dass für die Auslegung der DSGVO als sekundäres Unionsrecht iSv. Art. 288 Abs. 2 AEUV insbesondere das primäre Unionsrecht von Bedeutung ist. Letzteres geht dem abgeleiteten Unionsrecht vor.¹⁵ Im Konfliktfall ist Sekundärrecht primärrechtskonform auszulegen.¹⁶ Soweit ein Unionsrechtsakt einer primärrechtskonformen Auslegung nicht zugänglich ist und damit gegen Unionsrecht verstößt, wird dieses vom EuGH für ungültig erklärt.¹⁷ Das gilt auch, wenn sich die Ungültigkeit aus einer fehlenden EU-Kompetenz ergibt.

Zu klären ist deshalb die Frage, auf welcher Kompetenzgrundlage die DSGVO beruht und inwieweit diese Kompetenzgrundlage Regelungen für den Beschäftigtendatenschutz ermöglicht. Ausgangspunkt für die Suche nach einer Rechtsgrundlage muss das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung in Art. 5 Abs. 2 EUV sein, nach dem die Union nur rechtsetzend tätig werden darf, soweit ihr eine ausdrückliche Kompetenz zusteht. Aus dem Kompetenzkatalog des AEUV kommen insoweit verschiedene Titel in Betracht. Die Wahl der Rechtsgrundlage muss nach ständiger Rechtsprechung des EuGH auf objektiven und gerichtlich nachprüfbaren Umständen beruhen.¹⁸ Von vornherein ausgeschlossen ist allerdings die Harmonisierungskompetenz des Art. 114 AEUV¹⁹, da dieser in Abs. 2 eine Kompetenz zur Regelung von »Bestimmungen über die Rechte und die Interessen der Arbeitnehmer«

11 BT-Drs. 18/11325, S. 73

12 Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates v. 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. 2001, L 294/1.

13 Heuschmid/Schmidt, NZG 2007, 54.

14 Dazu auch Kort, NZA 2018, 1097, 1105.

15 EuGH, 9.11.2010 – C-92/09 – Slg. 2010, I-11063 (Schecke), Rn. 45 f.; Skouris, AuR 2015, 294, 298.

16 EuGH, 1.3.2011 – C-236/09 – Slg. 2011, I-773 (Test-Achats), Rn. 17; Heuschmid/Lörcher, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau (Hrsg.), *Gesamtes Arbeitsrecht*, Baden-Baden 2016 (im Folgenden: NK-GA), Vor GRCh Rn. 25 mwN.

17 EuGH, 8.4.2014 – C-293/12 – EuZW 2014, 459 (Digital Rights Ireland), Rn. 65 ff.; NK-GA-Heuschmid/Lörcher (Fn. 16), Vor GRCh Rn. 38 mwN.

18 EuGH, 19.7.2012 – C-130/10 – ECLI:EU:2012:472 (Parlament/Rat), Rn. 42.

19 Im Rahmen ihres Entwurfes stützte sich die EU-Kommission noch auf Art. 114 AEUV, vgl. Selk, in: Ehmman/Selmayr (Hrsg.), *DS-GVO*, 2. Aufl., München 2018 (im Folgenden: Ehmman/Selmayr), Art. 88 Rn. 12.

ausklammert.²⁰ Damit stellt sich die Frage, ob Art. 16 Abs. 2 AEUV, den der Unionsgesetzgeber in der DSGVO »insbesondere« als Rechtsgrundlage angegeben hat, Regelungen des Beschäftigtendatenschutzes ermöglicht. Die Norm enthält zwei Alternativen. Zum einen eine Kompetenz für Rechtsakte, die auf den »Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union sowie durch die Mitgliedstaaten« abzielen. Zum anderen eine Kompetenz für Regelungen »über den freien Datenverkehr«. Im hiesigen Kontext kommt allein ein Rückgriff auf die Alternative »freier Datenverkehr« in Art. 16 Abs. 2 UAbs. 1 S. 1 Hs. 2 AEUV in Betracht, da die erste Alternative nur die Datenverarbeitung durch die Organe der Union bzw. der Mitgliedstaaten erfasst, nicht aber die Datenverarbeitung von Privatrechtssubjekten wie Unternehmen.²¹ Allerdings ist durchaus zweifelhaft, ob auch der Beschäftigtendatenschutz hierauf gestützt werden kann. Dies gilt insbesondere deshalb, weil die Daten, die bei der Durchführung eines Arbeitsverhältnisses zwischen den Arbeitsvertragsparteien anfallen, ganz überwiegend nicht in der Sphäre des grenzüberschreitenden »freien Datenverkehrs« entstehen.²² Der Beschäftigtendatenschutz betrifft also keinen freien Binnenmarkt, sondern allenfalls einen sehr regulierten Bereich. Folglich spricht einiges dagegen in Art. 16 Abs. 2 AEUV eine Kompetenzgrundlage zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes zu sehen. Möglicherweise lassen sich diese Bedenken durch eine großzügige Interpretation von Art. 16 Abs. 2 AEUV überspielen, die darauf abstellt, dass es hier darum geht, Beschränkungen des Datenaustausches aufgrund von nationalen Vorschriften zu verhindern.²³ Letztlich kann diese Frage offen bleiben, da eine Regulierung des Beschäftigtendatenschutzes jedenfalls durch eine EU-Verordnung wegen der Vorschriften der Art. 153 Abs. 2 lit. b AEUV iVm. Art. 153 Abs. 1 AEUV und Art. 153 Abs. 4 AEUV, aus denen sich ein Harmonisierungsverbot ableiten lässt, ausgeschlossen ist.²⁴ Der EuGH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass es nicht zulässig ist, allgemeine Kompetenztitel des AEUV heranzuziehen, um unionsrechtliche Harmonisierungsverbote zu überspielen.²⁵ Auf den Bereich des Beschäftigtendatenschutzes bezogen bedeutet dies, dass eine vollharmonisierende Regelung zum Beschäftigtendatenschutz aufgrund der fehlenden Regelungskompetenz der EU unwirksam wäre und deshalb vom EuGH aufgehoben werden müsste.²⁶ Denkbar

wäre allenfalls eine mindestharmonisierende Regulierung auf der Basis einer Richtlinie, die auf Art. 153 Abs. 1 lit. b AEUV gestützt werden könnte.²⁷ Diese müsste allerdings als gesonderter Rechtsakt erlassen werden, da ein Rückgriff auf die Rechtsprechung des EuGH zur »doppelten Kompetenzgrundlage«²⁸ vorliegend aufgrund der unterschiedlichen Verfahrensanforderungen von Art. 16 Abs. 2 AEUV und Art. 153 Abs. 2 AEUV ausgeschlossen ist. Eine Vollharmonisierung²⁹ des Beschäftigtendatenschutzes durch die DSGVO ist danach generell unzulässig.³⁰

Das erklärt, warum für den Bereich des Beschäftigtendatenschutzes mit Art. 88 DSGVO eine weitreichende Öffnungsklausel in der DSGVO verankert ist.³¹ Diese spiegelt die kompetenzrechtliche Situation wider.³² Die Union darf zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes folglich keine EU-Verordnung mit vollharmonisierender Wirkung erlassen. Unproblematisch ist hingegen eine Kompetenzgrundlage in Art. 16 Abs. 2 UAbs. 1 S. 1 Hs. 2 AEUV zur

20 Wroblewski, NZA 21/2015, Editorial; Korte, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl., München 2016 (im Folgenden: Calliess/Ruffert), Art. 114 AEUV Rn. 13 ff.

21 Ehmann/Selmayr-Selk (Fn. 19), Art. 88 Rn. 13; aA. Calliess/Ruffert-Kingreen (Fn. 20), Art. 16 AEUV Rn. 6.

22 Ehmann/Selmayr-Selk (Fn. 19), Art. 88 Rn. 13.

23 Ehmann/Selmayr-Selk (Fn. 19), Art. 88 Rn. 19; Voraussetzung wäre hier allerdings eine Qualifizierung des Beschäftigtendatenschutzes als »Nebensache« zur allgemeinen Regulierung des Datenschutzes, vgl. EuGH, 19. 7. 2012 – C-130/10 – ECLI:EU:2012:472 (Parlament/Rat), Rn. 43.

24 EuGH, 5. 10. 2000 – C-376/98 – Slg. 2000, I-8419 (Deutschland/Parlament und Rat), Rn. 77 ff.; EuGH, 19. 12. 2013 – C-426/13 P(R) – ECLI:EU:C:2013:848 (Kommission/Deutschland), Rn. 75; Calliess/Ruffert-Calliess (Fn. 20), Art. 5 EUV Rn. 13; Rebhahn/Reiner, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2012, Art. 153 AEUV Rn. 68 ff.

25 EuGH, 5. 10. 2000 – C-376/98 – Slg. 2000, I-8419 (Deutschland/Parlament und Rat), Rn. 77 ff.; EuGH, 19. 12. 2013 – C-426/13 P(R) – ECLI:EU:C:2013:848 (Kommission/Deutschland), Rn. 75; Calliess/Ruffert-Calliess (Fn. 20), Art. 5 EUV Rn. 13; BVerfG, 12. 10. 1993 – 2 BvR 2134/92 ua. – BVerfGE 89, 155.

26 EuGH, 5. 10. 2000 – C-376/98 – Slg. 2000, I-8419 (Deutschland/Parlament und Rat), Rn. 77 ff.; Körner, Beschäftigtendatenschutz (Fn. 1), S. 67. Nach den Grundsätzen des EuGH wäre eine Teilnichtigkeitserklärung für den Bereich des Beschäftigtendatenschutzes möglich, so dass die Rest-DSGVO, vorbehaltlich anderer Kompetenzverstöße, aufrechterhalten werden könnte. Vgl. EuGH, 5. 10. 2000 – C-376/98 – Slg. 2000, I-8419 (Deutschland/Parlament und Rat), Rn. 117.

27 AA. Ehmann/Selmayr-Selk (Fn. 19), Art. 88 Rn. 18 f.

28 EuGH, 19. 7. 2012 – C-130/10 – ECLI:EU:2012:472 (Parlament/Rat).

29 Vgl. etwa ErwG. 10 DSGVO.

30 Wroblewski, NZA 21/2015, Editorial; Franzen, RDV 2014, 200 f.; Middel, AuR 2018, 411, 415; aus diesem Grund ist übrigens auch ein Rückgriff auf Art. 352 Abs. 2 AEUV nicht möglich, da dieser durch seinen Abs. 3 gesperrt ist.

31 Körner, Beschäftigtendatenschutz (Fn. 1), S. 67; Ehmann/Selmayr-Selk (Fn. 19), Art. 88 Rn. 11.

32 Körner, Beschäftigtendatenschutz (Fn. 1), S. 67.

allgemeinen Regelung der Datenschutzmaterie auf der Basis einer harmonisierenden Verordnung iSd. Art. 288 Abs. 2 AEUV gegeben.

Neben der Frage der richtigen Kompetenznorm ist unter primärrechtlichen Gesichtspunkten zudem die Europäische Grundrechtecharta (EU-GRC) als materieller Maßstab für die Auslegung der DSGVO gem. Art. 51 EU-GRC zu beachten.³³ Die EU-GRC enthält verschiedene Grundrechte, die spezifisch für das Arbeitsrecht gelten. Dazu gehört auch die Gewährleistung des »Rechts auf Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Unternehmen« in Art. 27 EU-GRC. Oft wird angeführt, dass der Inhalt dieser Regelung nicht hinreichend geklärt sei.³⁴ Das kann jedenfalls dann nicht überzeugen, wenn man Art. 27 EU-GRC, wie ua. von Art. 6 Abs. 1 UAbs. 3 EUV, Abs. 5 der Präambel sowie Art. 52 Abs. 7 und Art. 53 EU-GRC gefordert, völkerrechtsfreundlich auslegt.³⁵ Ausweislich der insoweit »gebührend zu berücksichtigenden« Erläuterungen sind im Zusammenhang mit Art. 27 EU-GRC insbesondere Art. 21 (revidierte) Europäische Sozialcharta und Nr. 17 und 18 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer in die Auslegung miteinzubeziehen.³⁶ Dazu gehört auch die Berücksichtigung der Spruchpraxis des Ausschusses für Soziale Rechte³⁷, der davon ausgeht, dass Beteiligungsrechte »effektiv garantiert« sein müssen.³⁸ Ein so ausgelegter Art. 27 EU-GRC muss im Einzelfall mit kollidierenden Grundrechten, wie etwa dem Grundrecht auf Schutz personenbezogener Daten in Art. 8 EU-GRC oder dem Grundrecht der unternehmerischen Freiheit in Art. 16 EU-GRC, abgewogen werden. Zwischen den kollidierenden Rechtsgütern ist eine praktische Konkordanz³⁹ dergestalt herzustellen, dass sie jeweils möglichst optimal zur Geltung kommen.⁴⁰ Demzufolge sind strukturelle Einschnitte in die Betriebsverfassung durch abgeleitetes Unionsrecht nicht mit Art. 27 EU-GRC zu vereinbaren und damit primärrechtswidrig.

Schließlich ist Art. 151 AEUV in die Betrachtung einzubeziehen. Diese Vorschrift wird vom EuGH regelmäßig zur Auslegung anderer Normen des Unionsrechts herangezogen.⁴¹ Nach Art. 151 AEUV verfolgt die Union das Ziel der »Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen«. Das bedeutet auch, dass Verschlechterungen der Lebens- und Arbeitsbedingungen unzulässig sind. Dies kann nur so verstanden werden, dass Art. 151 AEUV ein

Rückschrittsverbot zu entnehmen ist, nach dem es unzulässig wäre, in soziale Besitzstände der Mitgliedstaaten einzugreifen.⁴² Auch deshalb wären strukturelle Eingriffe in die Betriebsverfassung nicht mit primärem Unionsrecht vereinbar.

Auf der Basis einer Gesamtschau dieses primärrechtlichen Rahmens steht fest, dass der Unionsgesetzgeber über keine Kompetenz verfügt, den Bereich des Beschäftigtendatenschutzes und damit auch die Regelungen der Betriebsverfassung zu harmonisieren. Art. 88 DSGVO ist daher kompetenzkonform dahingehend auszulegen, dass die Regelung nur so verstanden werden kann, dass der Beschäftigtendatenschutz in den Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten fällt. Selbst wenn man, entgegen der hier vertretenen Auslegung der primärrechtlichen Kompetenzbestimmungen, davon ausgehen würde, der Bereich des Beschäftigtendatenschutzes dürfe durch die DSGVO harmonisiert werden, müsste jedenfalls die strukturelle Garantie der Betriebsverfassung in Art. 27 EU-GRC sowie die Regelung des Art. 151 AEUV bei der Auslegung der DSGVO berücksichtigt werden.

33 EuGH, 26.2.2013 – C-617/10 – EuZW 2013, 302 (Åkerberg Fransson), Rn. 21 ff.; EuGH, 10.7.2014 – C-198/13 – EuZW 2014, 795 (Hernández), Rn. 32 ff.; BVerfG, 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14 – BVerfGE 140, 317, Rn. 36.

34 EuGH, 15.1.2014 – C-176/12 – NZA 2014, 193 (AMS), Rn. 45 ff.; krit. Heuschmid, EuZA 2014, 514; EuGH, 6.11.2018 – C-569/16 ua. – NZA 2018, 1467 (Bauer), Rn. 87.

35 NK-GA-Heuschmid/Lörcher (Fn. 16), Vor GRCh Rn. 30 ff.

36 Heuschmid, EuZA 2014, 514, 520 f.

37 Heuschmid, in: Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid (Hrsg.), Handbuch Arbeitsrecht, 9. Aufl., Frankfurt aM. 2017, § 8 Rn. 116 ff.

38 Europäischer Ausschuss für soziale Rechte (ECSR), Schlussfolgerungen 2003, Rumänien S. 420.

39 EuGH, 13.5.2014 – C-131/12 – EuZW 2014, 541 (Google Spain und Google), Rn. 81; NK-GA-Heuschmid/Lörcher (Fn. 16), Vor GRCh Rn. 17.

40 Teilweise lässt es der EuGH allerdings schon ausreichen, wenn nur der Schutzbereich eines Grundrechts betroffen ist. Dann kommt es nicht zu einer weiteren Abwägung mit entgegenstehenden Grundrechten.

41 EuGH, 6.11.2018 – C-569/16 ua. – NZA 2018, 1467 (Bauer), Rn. 81; EuGH, 7.9.2017 – C174/16 – NZA 2017, 1381 (H/Berlin), Rn. 33; EuGH, 21.12.2016 – C201/15 – NZA 2017, 167 (AGET Iraklis), Rn. 77; EuGH, 27.2.2014 – C588/12 – NZA 2014, 359 (Lyreco Belgium), Rn. 32.

42 NK-GA-Heuschmid/Lörcher (Fn. 16), Vor GRCh Rn. 31.

III. Reichweite der Öffnungsklausel des Art. 88 DSGVO und die Geltung des nationalen Rechts

Damit stellt sich die Frage, welche Gestaltungsmöglichkeiten der nationale Gesetzgeber nach Art. 88 DSGVO im Bereich des Beschäftigtendatenschutzes unter Berücksichtigung der soeben dargestellten Wertungen des primären Unionsrechts hat.

Trotz der soeben dargestellten kompetenzrechtlichen Situation wird bisweilen vertreten, dass Art. 88 DSGVO eine Vollharmonisierung des Beschäftigtendatenschutzes ermögliche.⁴³ Würde man davon ausgehen, hätten die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber lediglich die Kompetenz, die Vorgaben der DSGVO durch »spezifische Regelungen« zu konkretisieren, nicht aber den materiellen Schutzstandard zu modifizieren.⁴⁴ Zur Begründung dieses Ansatzes wird auf verschiedene Vorschriften der DSGVO verwiesen, die den Grundsatz der »Vollharmonisierung« statuieren. Dies ist etwa in den ErwG. 10 und 13 DSGVO der Fall.⁴⁵ Auch wenn das Sekundärrecht einen solchen Ansatz verfolgen sollte, können sekundärrechtliche Regelungen das zuvor dargestellte unionsrechtliche Kompetenzgefüge jedenfalls nicht außer Kraft setzen. Deshalb können Regelungen der DSGVO, die eine Vollharmonisierung erzielen sollen, nur so verstanden werden, dass dies innerhalb der primärrechtlichen Kompetenzvorschriften unter Geltung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung erfolgt. Demzufolge ist eine Vollharmonisierung für den Bereich des Beschäftigtendatenschutzes ausgeschlossen. Auch aus der Rechtsprechung des EuGH⁴⁶ zur bisherigen Datenschutz-RL⁴⁷ lassen sich keine Rückschlüsse für eine Interpretation der DSGVO im Sinne einer Vollharmonisierung des Beschäftigtendatenschutzes ziehen.⁴⁸ Hiergegen spricht zunächst, dass das Regelungskonzept der Datenschutz-RL mangels Öffnungsklauseln nicht mit dem der DSGVO verglichen werden kann. Gerade die kompetenzrechtlich notwendigen Öffnungsklauseln stehen ja, wie oben bereits darlegt, dem Ansatz einer Vollharmonisierung im Wege.⁴⁹ Zudem betreffen die im Schrifttum angeführten EuGH-Entscheidungen Konstellationen, die klassische Anwendungsfälle des »freien Datenverkehrs« sind. Regelmäßig ging es dabei nicht um spezifische Fragen des Beschäftigtendatenschutzes, der eigenen Gesetzmäßigkeiten unterliegt. Ableitungen für den Bereich des Beschäftigtendatenschutzes sind demzufolge ausgeschlossen. Der Ansatz der Vollharmonisie-

rung kann daher nicht auf den Bereich des Beschäftigtendatenschutzes angewendet werden.⁵⁰

Überzeugend ist es daher allein Art. 88 DSGVO im Lichte einer primärrechtskonformen Auslegung dahingehend zu verstehen⁵¹, dass die Sphäre des Beschäftigtendatenschutzes weiterhin in die ausschließliche Kompetenz der Mitgliedstaaten fällt.⁵² Der in Art. 88 DSGVO verwendete autonom unionsrechtliche Begriff des »Beschäftigtendatenschutzes«⁵³ bestimmt damit die Reichweite der unionsrechtlichen Öffnung zugunsten der Mitgliedstaaten.

Fraglich kann dann allenfalls sein, welche materiellrechtliche Bedeutung den Konditionierungen des Art. 88 Abs. 2 DSGVO beigemessen wird. Genauer gesagt ist zu klären, ob die Konditionierung kraft der Wirkung des Unionsrechts unmittelbar aus Art. 88 Abs. 2 DSGVO heraus gilt oder ob sich die Konditionierung aus der Anordnung des nationalen Rechts, genauer gesagt aus § 26 Abs. 4 BDSG, ergibt. *Kühling* und *Martini* führen in ihrem Gutachten zur Umsetzung der DSGVO in nationales Recht überzeugend aus, dass aus Art. 88 DSGVO keine unionsrechtliche Konditionierung erfolge.⁵⁴ Im Umkehrschluss ergibt sich die Geltung von Art. 88 Abs. 2 DSGVO aus dem nationalen Recht.⁵⁵ Dies überzeugt vor dem Hintergrund des oben dargestellten kompetenzrechtlichen Kontextes. Da die Mitgliedstaaten die alleinige Kompetenz im Bereich des Beschäftigtendatenschutzes haben, kann eine Geltung des Art. 88 Abs. 2

43 *Franzen*, in: *Franzen/Gallner/Oetker* (Hrsg.), *Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht*, 2. Aufl., München 2018 (im Folgenden: *EUArbR*), Art. 88 DSGVO Rn. 7 ff.; zurückhaltender noch *Franzen*, *RDV* 2014, 200 f.

44 *Maschmann*, in: *Kühling/Buchner* (Hrsg.), *DS-GVO/BDSG*, 2. Aufl., München 2018, Art. 88 DSGVO Rn. 32; ähnlich *EUArbR-Franzen* (Fn. 43), Art. 88 DSGVO Rn. 10.

45 *Ehmann/Selmayr-Selk* (Fn. 19), Art. 88 Rn. 13.

46 EuGH, 24.11.2011 – C-468, 469/10 – *Slg.* 2011, I-12181 (ASNEF), Rn. 29; EuGH, 19.10.2016 – C-582/14 – *EuZW* 2016, 909 (Breyer), Rn. 57.

47 BAG, 29.6.2017 – 2 AZR 597/16 – AP Nr. 262 zu § 612 BGB, Rn. 36.

48 So aber *EUArbR-Franzen* (Fn. 43), Art. 88 DSGVO Rn. 9 f.; *Ehmann/Selmayr-Selk* (Fn. 19), Art. 88 Rn. 16; *Maschmann*, in: *Kühling/Buchner*, *DS-GVO/BDSG* (Fn. 44), Art. 88 DSGVO Rn. 30.

49 *Middel*, *AuR* 2018, 411, 415 f.; aA *EUArbR-Franzen* (Fn. 43), Art. 88 DSGVO Rn. 9 f.

50 AA *BAG*, 29.6.2017 – 2 AZR 597/16 – AP Nr. 262 zu § 626 BGB, Rn. 36.

51 *BT-Drs.* 18/11325, S. 97.

52 *Kühling/Martini* ua., *DSGVO* (Fn. 9), S. 298; *Körner*, *Beschäftigtendatenschutz* (Fn. 1), S. 50 ff.; *Middel*, *AuR* 2018, 411, 415 f.

53 *Körner*, *Beschäftigtendatenschutz* (Fn. 1), S. 51; restriktiv *Tiedemann*, in: *Sydow* (Hrsg.), *DSGVO*, 2. Aufl., Baden-Baden 2018 (im Folgenden: *Sydow, DSGVO*), Art. 88 DSGVO Rn. 2.

54 *Kühling/Martini* ua., *DSGVO* (Fn. 9), S. 298.

55 *BT-Drs.* 18/11325, S. 98.

DSGVO nur über § 26 Abs. 4 BDSG vermittelt werden. Aus materiellrechtlicher Sicht wäre diese Frage ohnehin zu vernachlässigen, wenn sich der datenschutzrechtliche Standard des nationalen Rechts mit dem von Art. 88 Abs. 2 DSGVO vorausgesetzten Standard decken würde. Im nationalen Recht ergibt sich der materiell zwingend zu garantierende Standard aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG in seinen Ausprägungen des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung⁵⁶ und dem Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme⁵⁷. Dieses Grundrecht umfasst auch eine Schutzpflicht. Letztere ist im Betriebsverfassungsrecht durch die Regelung des § 75 Abs. 2 BetrVG, die den Arbeitgeber und Betriebsrat zum Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts verpflichtet, in einfaches Gesetzesrecht umgesetzt worden. Dies entspricht im Wesentlichen dem Schutzstandard des Art. 88 Abs. 2 DSGVO. Demzufolge sind die Vorgaben des § 26 Abs. 4 iVm. Art. 88 Abs. 2 DSGVO bereits durch nationales Recht erfüllt. Von diesem Standard darf schon nach nationalem Recht nicht zulasten der Arbeitnehmer abgewichen werden.⁵⁸

Geht man demzufolge davon aus, dass die DSGVO den Bereich des Beschäftigtendatenschutzes nicht unmittelbar reguliert, hat das Folgewirkungen für die Reichweite der Verdrängungswirkung der DSGVO im nationalen Recht. Für den Beschäftigtendatenschutz⁵⁹ iSd. Art. 88 Abs. 2 DSGVO bedeutet dies konkret, dass die unmittelbare und zwingende Wirkung der DSGVO nach Art. 288 Abs. 2 AEUV insoweit aufgehoben ist. Hiervon geht auch der Bundesgesetzgeber im Kontext der Umsetzung der DSGVO in nationales Recht aus, wenn er davon spricht, dass der Unionsgesetzgeber »durch die zahlreichen Ausgestaltungsspielräume für den nationalen Gesetzgeber selbst die unmittelbare Wirkung beschränkt.«⁶⁰ Die Wirksamkeit von mitgliedstaatlichen oder kollektivvertraglichen Vorschriften im Beschäftigtendatenschutz bestimmt sich daher allein nach den Vorgaben des nationalen Rechts. Eine Unanwendbarkeit nationalrechtlicher Vorschriften wegen einer Kollision mit den Anforderungen des Art. 88 Abs. 2 DSGVO ist folglich ausgeschlossen. Vielmehr kann sich die Unwirksamkeit einer Regelung nur aus den Wertungen des nationalen Rechts ggf. iVm. § 134 BGB oder anderen gesetzlichen Regelungen ergeben.

Grundsätzlich gelten die Regelungen der DSGVO im Bereich des Beschäftigtendatenschutzes demzufolge nur, sofern der nationale Gesetzgeber dies explizit angeordnet

hat. Neben § 26 Abs. 4 BDSG kommt der Regelung des § 26 Abs. 5 BDSG insoweit besondere Bedeutung zu. Letzterer implementiert Art. 5 DSGVO in den Bereich des nationalen Rechts. Neben dem Grundsatz des »Verbots mit Erlaubnisvorbehalt«⁶¹ werden dadurch die besonders relevanten »Verarbeitungsgrundsätze« im nationalen Recht verbindlich gemacht. Die Formulierung »insbesondere« in § 26 Abs. 5 BDSG kann so verstanden werden, dass im Beschäftigungskontext auch all die Regelungen gelten, welche die Verarbeitungsgrundsätze konkretisieren. Dazu gehören beispielsweise die Betroffenenrechte der Art. 12 ff. DSGVO oder bestimmte Vorschriften, die sich an den Verantwortlichen richten, wie etwa die Art. 25, 30 oder 35 DSGVO. Weitere Bezugnahmen auf die DSGVO finden sich in § 26 Abs. 2 und 3 BDSG.

Für die Auslegungspraxis bedeutet dies, dass die bundesdeutschen Gerichte die Zuständigkeit im Bereich des Beschäftigtendatenschutzes weitgehend behalten. Die Bestimmungen der DSGVO sind nur heranzuziehen, soweit das durch § 26 BDSG angeordnet wird.⁶² Es macht also einen Unterschied bei der Anwendung der DSGVO, ob diese tatsächlich unmittelbar und zwingend gilt oder ob die Wertungen der DSGVO durch nationales Recht vermittelt werden. In der Literatur wird oft mit dem undifferenzierten Verweis auf Art. 288 Abs. 2 AEUV eine generelle unmittelbare Wirkung der DSGVO suggeriert⁶³, die es so nicht geben kann.

Das hat auch Konsequenzen für die Anwendung der Grundrechte als Prüfungsmaßstab. Für Bereiche, in denen die DSGVO wie eine Verordnung unmittelbar und zwingend gilt, finden allein die Unionsgrundrechte, also insbesondere Art. 8 EU-GRC Anwendung, da von einer »Determiniertheit«⁶⁴ iSd. Art. 51 EU-GRC auszugehen ist. In

56 BVerfG, 15. 12. 1983 – 1 BvR 209/83 ua. – BVerfGE 65, 1 ff.

57 BVerfG, 27. 2. 2008 – 1 BvR 370/07 ua. – BVerfGE 120, 274 ff.

58 BAG, 25. 4. 2017 – 1 ABR 46/15 – AP Nr. 48 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung, Rn. 19 f.; Kort, NZA 2018, 1097, 1101.

59 Zum Begriff *Körner*, Beschäftigtendatenschutz (Fn. 1), S. 51 ff.

60 BT-Drs. 18/11325, S. 73.

61 Weichert, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer (Hrsg.), EU-Datenschutzgrundverordnung und BDSG-neu, Frankfurt aM. 2018 (im Folgenden: KK-DSGVO), Art. 5 DSGVO Rn. 16.

62 Ähnlich im Zusammenhang mit § 26 Abs. 1 BDSG im Verhältnis zu Art. 6 DSGVO: Kort, NZA 2018, 1079, 1100.

63 Pötters/Gola, RDV 2017, 279, 283; Kiesche/Wilke/Berger, AiB 8/2018, 46; Däubler, Gläserne Belegschaften (Fn. 3), Rn. 42a.

64 BVerfG, 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 – BVerfGE 140, 317, Rn. 36; Heuschmid, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2018, § 11 Rn. 122.

diesem Bereich fehlt dann allerdings auch ein der Verfassungsbeschwerde vergleichbarer Individualrechtsbehelf zur Durchsetzung der Grundrechte.⁶⁵ Die Betroffenen sind vielmehr darauf zurückgeworfen, ihre Grundrechte im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens⁶⁶ (Art. 267 AEUV) durchzusetzen. Anders ist die Situation in Bereichen wie dem Beschäftigtendatenschutz, in denen die Mitgliedstaaten auf der Basis einer Öffnungsklausel in der DSGVO primärzuständig bleiben. In diesen Bereichen sind die nationalen Grundrechte und damit auch das nationale Verfassungsprozessrecht weiterhin anwendbar.⁶⁷

Als Zwischenergebnis bleibt festzuhalten, dass der nationale Gesetzgeber aus Kompetenzgründen über einen weitreichenden Ausgestaltungsspielraum für den Beschäftigtendatenschutz verfügt.⁶⁸ Die Konditionierungen des Art. 88 Abs. 2 DSGVO gelten im nationalen Recht lediglich aufgrund der Anordnung des nationalen Gesetzgebers in § 26 Abs. 4 BDSG. Das gilt auch für die anderen Vorgaben der DSGVO. Demzufolge besteht keine unmittelbare Wirkung der DSGVO im Bereich des Beschäftigtendatenschutzes.

IV. Einzelfragen

Nach diesen Vorklärungen sind nun einige praktische Problemstellungen zu klären, die sich aus der Anwendung der DSGVO im Bereich der Betriebsverfassung ergeben.

1. Der Betriebsrat und die DSGVO

a) Der Betriebsrat als »Verantwortlicher« iSd.

Art. 4 Nr. 7 DSGVO?

Fundamental für die Wirkung der DSGVO im Betriebsverfassungsrecht ist zunächst die Frage, ob der Betriebsrat selbst Adressat der Vorschriften der DSGVO ist oder ob er, wie es früher unter Geltung des BDSG vertreten wurde, lediglich Teil⁶⁹ der verantwortlichen Stelle »Arbeitgeber« ist.⁷⁰ Diese Frage ist deshalb so bedeutsam, weil sämtliche Verpflichtungen der DSGVO den »Verantwortlichen« adressieren.⁷¹ Das gilt ua. für die allgemeinen Verarbeitungsvorschriften in Art. 5 DSGVO, die Betroffenenrechte in den Art. 12 ff. DSGVO oder die Haftungs- und Bußgeldvorschriften in Art. 82 ff. DSGVO.

Der Begriff des »Verantwortlichen« ist in Art. 4 Nr. 7 DSGVO legaldefiniert. Verantwortlicher ist danach »die natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung

oder andere Stelle, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet; sind die Zwecke und Mittel dieser Verarbeitung durch das Unionsrecht oder das Recht der Mitgliedstaaten vorgegeben, so können der Verantwortliche beziehungsweise die bestimmten Kriterien seiner Benennung nach dem Unionsrecht oder dem Recht der Mitgliedstaaten vorgesehen werden«.

Da der Betriebsrat weder eine juristische Person noch eine Behörde ist, kommt als Tatbestandsalternative, unter die der Betriebsrat subsumiert werden könnte, allenfalls die »Einrichtung oder andere Stelle« in Betracht. Allerdings bestehen an einer solchen Einordnung erhebliche Bedenken. Ganz im Gegenteil sprechen systematische Überlegungen für eine Auslegung dahingehend, dass nur juristische oder natürliche Personen eine verantwortliche Stelle iSv. Art. 4 Nr. 7 DSGVO sein können.⁷² So nimmt etwa Art. 3 Abs. 1 DSGVO rechtlich unselbstständige Niederlassungen aus der Verantwortlichkeit heraus, indem allein das übergeordnete Unternehmen als datenschutzrechtlich Verantwortlicher in die Pflicht genommen wird.⁷³ Außen vor bleiben demzufolge Niederlassungen, Abteilungen oder sonstige Stellen – also alle denkbaren Untergliederungen innerhalb eines Unternehmens. Wenn aber Untergliederungen eines Unternehmens nicht Verantwortlicher sein können, muss dies auch für den Betriebsrat gelten. Bestätigt wird dies durch die Empfehlungen der sog. »Artikel-29-Datenschutzgruppe«, die seit jeher das »Unternehmen« als Verantwortlichen im Blick

65 Calliess/Ruffert-Kingreen (Fn. 20), Art. 16 AEUV Rn. 4; Körner, Beschäftigtendatenschutz (Fn. 1), S. 18 f.; NK-GA-Heuschmid/Lörcher (Fn. 16), Art. 8 GRCh Rn. 5 ff.; Däubler, Gläserne Belegschaften (Fn. 3), Rn. 42a.

66 Ausf. Roloff, in: Preis/Sagan (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, Köln 2015, § 13.

67 BVerfG, 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 – BVerfGE 140, 317, Rn. 36; Körner, Beschäftigtendatenschutz (Fn. 1), S. 19; NK-GA-Heuschmid/Lörcher (Fn. 16), Art. 51 Rn. 25.

68 Tiedemann, in: Sydow, DSGVO (Fn. 53), Art. 88 DSGVO Rn. 24; Zum selben Ergebnis kommt Franzen, der von einer vollharmonisierenden Wirkung der DSGVO ausgeht: EUArbR-Franzen (Fn. 43), Art. 88 DSGVO Rn. 13 f.

69 BAG, 14. 1. 2014 – 1 ABR 54/12 – AP Nr. 77 zu § 80 BetrVG 1972, Rn. 28; BAG, 12. 8. 2009 – 7 ABR 15/08 – AP Nr. 2 zu § 34 BetrVG 1972, Rn. 27; BAG, 11. 11. 1997 – 1 ABR 21/97 – AP Nr. 1 zu § 36 BDSG, Rn. 35; Pötters/Gola, RDV 2017, 279; KK-DSGVO-Weichert (Fn. 61), Art. 4 Rn. 86.

70 Kort, NZA 2018, 1097, 1103.

71 Kleinebrink, DB 2018, 2566.

72 KK-DSGVO-Weichert (Fn. 61), Art. 4 DSGVO Rn. 87 f.

73 Pötters/Gola, RDV 2017, 279, 280 f.; Middell, AuR 2018, 411, 416; Hartung, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG (Fn. 44), Art. 4 DSGVO Nr. 7 Rn. 9; EUArbR-Franzen (Fn. 43), Art. 4 DSGVO Rn. 12.

hat.⁷⁴ Unterstützend kann zudem die Regelung des § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG herangezogen werden. Die Norm stellt klar, dass es sich bei der Datenübermittlung zwischen dem Arbeitgeber und Betriebsrat um einen weiteren »innerbetrieblichen Vorgang bzw. um eine Datennutzung durch den Arbeitgeber handelt und gerade keine eigene datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit des Betriebsrats begründet werden soll.⁷⁵

Darüber hinaus finden sich weitere Anhaltspunkte im Wortlaut der Vorschrift. Folgt man diesem, müsste der Betriebsrat über die »Zwecke und Mittel« der Verarbeitung »entscheiden«. Auch das ist nicht der Fall. Zum einen ergeben sich die Zwecke der Datenverarbeitung durch den Betriebsrat aus dem Betriebsverfassungsgesetz. Eine grundsätzliche Entscheidung über die Zwecke kann er nicht treffen.⁷⁶ Zum anderen hat der Betriebsrat nicht die Möglichkeit, uneingeschränkt über die Mittel der Datenverarbeitung zu entscheiden.⁷⁷ Folglich sind die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 4 Nr. 7 DSGVO nicht erfüllt.

Zudem setzen die Haftungsvorschriften der DSGVO in den Art. 82 f. DSGVO die Rechtsfähigkeit des Verantwortlichen voraus. Gerade das ist beim Betriebsrat nicht der Fall, da er über keine generelle Rechts- und Vermögensfähigkeit verfügt.⁷⁸ Vielmehr ist er nur insoweit Rechtssubjekt, als ihm das BetrVG Rechte und Pflichten zuweist.⁷⁹ Auch die Haftung einzelner Betriebsratsmitglieder ist aus Gründen der Funktionsfähigkeit der Betriebsverfassung streng limitiert.⁸⁰ In diesem Kontext sind auch die oben dargestellten Wertungen des primären Unionsrechts in die Betrachtung einzubeziehen. Schon aufgrund der kompetenzrechtlichen Situation ist es ausgeschlossen, dass die DSGVO die betriebsverfassungsrechtlichen Eigengesetzlichkeiten dahingehend regelt, dass plötzlich eine generelle Schadensersatzhaftung des Betriebsrats als Organ oder seiner Mitglieder für Datenschutzverstöße eingeführt wird. Durch eine solche Lesart würde seine bereits bestehende partielle Rechtsfähigkeit⁸¹ deutlich jenseits der ihm durch das BetrVG eingeräumten Rechtspositionen ausgeweitet. Damit verbunden wäre eine strukturelle Verschiebung der Haftungsrisiken zulasten des Betriebsrats bzw. seiner Mitglieder, die einen weitreichenden Einfluss auf seine Amtsausübung haben würde. Ein solcher Übergriff auf die Betriebsverfassung wäre nach den oben dargelegten Grundsätzen primärrechtlich nicht zulässig.⁸²

Schließlich ergibt sich auch aus der Rechtsprechung des EuGH zur Frage nach der Verantwortlichkeit auf der Basis

der Datenschutz-RL keine andere Bewertung. Zwar hat der EuGH den Begriff des »Verantwortlichen« in seinen Entscheidungen zuletzt aus Schutzgesichtspunkten weit ausgelegt.⁸³ Diese Auslegung im Sinne des »effet utile« ist darauf gerichtet, Lücken beim Datenschutz zu vermeiden. Da bei Fragen des Beschäftigtendatenschutzes mit dem Arbeitgeber jedoch regelmäßig ein »Verantwortlicher« iSd. DSGVO vorhanden ist, gehen diese Überlegungen insoweit ins Leere. Abgesehen davon waren die den Entscheidungen zugrundeliegenden Sachverhalte auch strukturell nicht mit der spezifischen Situation im Bereich der Betriebsverfassung vergleichbar.

Im Ergebnis ist der Betriebsrat damit kein »Verantwortlicher« iSd. Art. 4 Nr. 7 DSGVO.⁸⁴ Die zahlreichen Verpflichtungen der DSGVO richten sich nicht an ihn, sondern an den Arbeitgeber bzw. den entsprechenden Rechtsträger in Form eines Unternehmens. Insbesondere gehen Überlegungen, eine datenschutzrechtliche Haftung auf der Basis der DSGVO für den Betriebsrat als Organ bzw. für seine Mitglieder einzuführen, ins Leere.⁸⁵ An diesem Ergebnis ändert der bevorstehende Beschluss der Aufsichtsbehörden, nach dem Betriebsräte eigene Verantwortliche im Sinne der DSGVO sein sollen, nichts.⁸⁶ Ein solcher Beschluss wäre für Gerichte nicht bindend. Gleichwohl wäre es aus Rechtssicherheitsgesichtspunkten sinn-

74 Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 1/2010 zu den Begriffen »für die Verarbeitung Verantwortlicher« und »Auftragsdatenverarbeiter«, WP 169, S. 19.

75 Pötters/Gola, RDV 2017, 279, 281.

76 Middel, AuR 2018, 411, 417; Althoff, ArbRAktuell 2018, 414, 415 f.

77 Ebd.

78 BAG, 24. 4. 1986 – 6 AZR 607/83 – AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972.

79 Fitting/Engels/Schmidt/Trebinge/Linsenmaier (Hrsg.), BetrVG, 29. Aufl., München 2018 (im Folgenden: Fitting), § 1 Rn. 194; Kleinebrink, DB 2018, 2566, 2570.

80 Fitting (Fn. 79), § 1 Rn. 214 ff.; aA. Kleinebrink, DB 2018, 2566, 2570.

81 Fitting (Fn. 79), § 1 Rn. 210.

82 Ähnlich Middel, AuR 2018, 411, 417.

83 EuGH, 10. 7. 2018 – C-25/17 – EuZW 2018, 897 (Jehovan todistajat), Rn. 66.

84 Hartung, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG (Fn. 44), Art. 4 DSGVO Nr. 7 Rn. 11; Pötters/Gola, RDV 2017, 279, 280 f.; Middel, AuR 2018, 411, 416 ff.; EUArbR-Franzen (Fn. 43), Art. 4 DSGVO Rn. 12; KK-DSGVO-Weichert (Fn. 61), Art. 4 DSGVO Rn. 87 f.; Althoff, ArbRAktuell 2018, 414, 415 f.; Nicolai, in: Hess/Worzalla ua. (Hrsg.), 10. Aufl., München 2018, § 80 BetrVG Rn. 5; krit. Kort, NZA 2018, 1097, 1103; Kleinebrink, DB 2018, 2566 ff.

85 So aber Kurzböck/Weinbeck, BB 2018, 1652, 1655.

86 Althoff, ArbRAktuell 2018, 414, 416.

voll, die Thematik durch eine Vorlage beim EuGH kurzfristig zu klären.

Abschließend sei noch darauf verwiesen, dass der Wortlaut von Art. 4 Nr. 7 DSGVO die Möglichkeit zulässt, spezifische Regelungen zum Verantwortlichen zu treffen. Denkbar wäre hier zunächst eine Regelung in einer freiwilligen Betriebsvereinbarung, nach der allein der Arbeitgeber »Verantwortlicher« iSd. DSGVO ist.⁸⁷ Noch besser könnte die zwischenzeitlich entstandene Rechtsunsicherheit allerdings durch eine entsprechende Klarstellung des Bundesgesetzgebers in § 26 BDSG beseitigt werden.

b) Die Sicherstellung des Datenschutzes durch den Betriebsrat

Der Betriebsrat ist aufgrund des Grundsatzes der vertrauensvollen Zusammenarbeit gem. § 2 Abs. 1 BetrVG zu einer Unterstützung der Datenschutzcompliance seitens des Arbeitgebers verpflichtet. Demzufolge hat der Betriebsrat als Teil des datenschutzrechtlich verantwortlichen Arbeitgebers diejenigen Mitwirkungshandlungen vorzunehmen, die in seinen Verantwortungsbereich fallen.⁸⁸ Praktisch wird dies immer dann, wenn es dem Arbeitgeber aufgrund der betriebsverfassungsrechtlichen Gegebenheiten allein nicht möglich ist, die Einhaltung der Vorgaben der DSGVO zu erfüllen. Liegt ein solcher »Unmöglichkeitsfall« vor, muss der Betriebsrat unterstützend tätig werden. Derartige Mitwirkungspflichten können sich etwa im Zusammenhang mit der Einhaltung der Verarbeitungsgrundsätze nach Art. 5 DSGVO ergeben. Ähnliches gilt für die Umsetzung der Betroffenenrechte (Art. 12 ff. DSGVO) oder etwa die Verpflichtung zur Führung eines Verfahrensverzeichnis nach Art. 30 DSGVO. Die Grenze der Mitwirkungspflicht des Betriebsrats ist allerdings dann erreicht, wenn die Mitwirkung zu strukturellen Einschnitten in seine betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben führen würde.⁸⁹ In der Praxis bietet es sich an, hierzu auf der Basis einer (Rahmen-) Betriebsvereinbarung Verfahren zu regeln, die eine Datenschutzcompliance im Unternehmen ermöglichen. Auf dieser Ebene kann auch die Handhabung der Betroffenenrechte durch den Betriebsrat ausgestaltet werden.

Darüber hinaus hat der Betriebsrat im Rahmen seiner eigenen Tätigkeit sicherzustellen, dass der Datenschutz hinreichend gewährleistet ist.⁹⁰ Eine Unterschreitung des gesetzlichen Datenschutzniveaus ist unzulässig.⁹¹ Soweit es um die Berücksichtigung der Verarbeitungsgrundsätze im Rahmen von Betriebsvereinbarungen geht, müssen

diese schon aufgrund der Verpflichtung des Arbeitgebers als »Verantwortlichem« iSv. Art. 4 Nr. 7 DSGVO gem. § 26 Abs. 5 BDSG iVm. Art. 5 DSGVO beachtet werden.⁹² Aus § 26 Abs. 4 BDSG ergibt sich ferner, dass Art. 88 Abs. 2 DSGVO und damit § 75 Abs. 2 BetrVG zu beachten ist.⁹³ Bei der sonstigen Datenverarbeitung durch den Betriebsrat hat eine Orientierung an den gesetzlichen Vorgaben von BDSG und DSGVO zu erfolgen.⁹⁴ Nur wenn letzteres der Fall ist, wird der Betriebsrat auch das Vertrauen der Beschäftigten gewinnen können. Regelungen zum Datenschutz im Betriebsratsbüro sind daher auch in seinem vitalen Eigeninteresse. Aus praktischer Sicht sollte in kleineren Gremien ein für den Datenschutz verantwortliches Betriebsratsmitglied benannt werden.⁹⁵ In größeren Gremien wird der entsprechende Ausschuss (§ 28 BetrVG) für diese Fragen zuständig sein. Generell bietet es sich an ein Rollenkonzept, Löschfristen und technische Vorkehrungen zum Datenschutz praktisch zu nutzen. Soweit bei Datenschutzthemen Beratungsbedarf besteht, sind Sachverständige auf der Basis des § 80 Abs. 3 BetrVG hinzuzuziehen. Dies wird typischerweise bereits im Verfahren der Informationserteilung nach § 80 Abs. 2 BetrVG der Fall sein. Aus teleologischen Gründen kann es dabei wegen der oft komplexen IT-Fragen nicht auf eine »vorherige« Zustimmung des Arbeitgebers ankommen. Vielmehr kann diese auch nachträglich noch durch das Arbeitsgericht ersetzt werden.⁹⁶ Abgesehen davon kann in der Praxis der

87 Kleinebrink, DB 2018, 2566, 2571.

88 Middel, AuR 2018, 411, 417.

89 Ebd.

90 BAG, 12. 8. 2009 – 7 ABR 15/08 – AP Nr. 2 zu § 34 BetrVG 1972; BAG, 18. 7. 2012 – 7 ABR 23/11 – AP Nr. 109 zu § 40 BetrVG 1972, Rn. 31; Althoff, ArbRAktuell 2018, 414, 416; IG Metall, Handlungshilfe für Betriebsräte und Vertrauensleute Nr. 19, S. 62 f.

91 Seifert, in: Simitis (Hrsg.), BDSG, 8. Aufl., Baden-Baden 2014, § 32 BDSG Rn. 167.

92 Kiesche/Wilke/Berger, AiB 8/2018, 46, 53 ff.; Schrey/Kielkowski, BB 2018, 629, 635; Fitting (Fn. 79), § 83 Rn. 21.

93 Noch auf der Basis der alten Rechtslage: BAG, 9. 7. 2013 – 1 ABR 2/13 – AP Nr. 7 zu § 29 BetrVG 1972, Rn. 39 f.

94 BAG, 18. 7. 2012 – 7 ABR 23/11 – AP Nr. 109 zu § 40 BetrVG 1972, Rn. 31; IG Metall, Handlungshilfe für Betriebsräte und Vertrauensleute Nr. 19, S. 62 f.

95 Däubler, Gläserne Belegschaften (Fn. 3), Rn. 641; ein betrieblicher Datenschutzbeauftragter iSv. § 38 Abs. 1 BDSG kann aber nicht bestellt werden, da der Betriebsrat kein »Verantwortlicher« iSv. Art. 4 Nr. 7 DSGVO ist; aA. IG Metall, Handlungshilfe für Betriebsräte und Vertrauensleute Nr. 19, S. 63.

96 LAG Frankfurt aM., 11. 11. 1986 – 5 TaBV 121/86 – BetrR 1987, 621; Buschmann, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Hrsg.), BetrVG, 16. Aufl., Frankfurt aM. 2018, § 80 Rn. 155; Däubler, Gläserne Belegschaften (Fn. 3), Rn. 643 ff.

erforderliche Sachverstand auch durch eine entsprechende Besetzung einer Einigungsstelle herangeholt werden.

Rechtlich abgesichert ist die Zusammenarbeit des Betriebsrats mit dem Arbeitgeber auf betriebsverfassungsrechtlicher Ebene durch die Möglichkeit, im Fall von »groben Verletzungen« gesetzlicher Verpflichtungen aus dem BetrVG nach § 23 Abs. 1 BetrVG vorzugehen.⁹⁷ Zudem gelten die allgemeinen Haftungsvorschriften des BGB, die allerdings im Sinne der Funktionsfähigkeit der Betriebsverfassung restriktiv ausgelegt werden.⁹⁸ Selbstverständlich unterliegt der Betriebsrat auch der Überwachung durch die zuständige Aufsichtsbehörde nach Art. 51 DSGVO und §§ 9, 40 BDSG.⁹⁹ Die zuständige Aufsichtsbehörde ist in diesem Zusammenhang nach § 40 Abs. 5 BDSG etwa berechtigt, ein Betriebsratsbüro zu betreten. Nach Art. 77 DSGVO kann jede betroffene Person eine Beschwerde bei Datenschutzverstößen einreichen. Auf eine Anrufung durch den betrieblichen Datenschutzbeauftragten ist die Aufsichtsbehörde nicht angewiesen; vielmehr ist sie verpflichtet jeder schlüssig begründeten Beschwerde nach Art. 77 DSGVO nachzugehen. Ein weiterer Schutz der Betroffenen wird dadurch gewährleistet, dass die Mitglieder des Betriebsrats nach § 79 BetrVG zur Geheimhaltung verpflichtet sind. Diese Verpflichtung ist in § 120 Abs. 1 BetrVG strafrechtlich sanktioniert.

2. Verhältnis des betrieblichen Datenschutzbeauftragten zum Betriebsrat

Umstritten ist überdies das Verhältnis des betrieblichen Datenschutzbeauftragten (Art. 37 Abs. 1 DSGVO iVm. § 38 BDSG) zum Betriebsrat. Im Zentrum der Diskussion steht die Frage, ob der Datenschutzbeauftragte den Betriebsrat kontrollieren darf. Vor dem Inkrafttreten der DSGVO ging das BAG im Einklang mit der herrschenden Meinung davon aus, dass eine Kontrolle des Betriebsrats durch den betrieblichen Datenschutzbeauftragten ausgeschlossen ist. Begründet wurde dies mit der »insoweit bestehenden Unabhängigkeit von Betriebsrat und Arbeitgeber«, die ein tragendes Strukturprinzip der Betriebsverfassung darstelle, das in zahlreichen Regelungen des BetrVG zum Ausdruck komme.¹⁰⁰ Diese Unabhängigkeit sei gefährdet, wenn der vom Arbeitgeber bestellte Datenschutzbeauftragte, der Aufgaben des Arbeitgebers wahrnimmt und dessen Dienstaufsicht unterliegt, einen umfassenden Einblick in die Datenverarbeitungsvorgänge des Betriebsrats bekommen würde. Das gelte insbesondere auch deswegen, weil

kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Bestellung des betrieblichen Datenschutzbeauftragten bestehe.¹⁰¹

In der Literatur wird nunmehr vereinzelt davon ausgegangen, dass diese datenschutzrechtliche Sonderstellung des Betriebsrats unter dem Regime der DSGVO nicht mehr aufrechterhalten werden könne.¹⁰² Die besseren Argumente sprechen jedoch dafür, die Grundsätze der bisherigen Rechtsprechung auch unter der DSGVO weitergelten zu lassen.¹⁰³ So hat sich insbesondere die rechtliche Situation durch die Neuregelung nicht geändert. Vielmehr besteht weiterhin die Gefahr, dass eine Kontrolle des Betriebsrats durch den betrieblichen Datenschutzbeauftragten dessen Unabhängigkeit gefährdet.¹⁰⁴ Ferner trägt der Verweis auf die unmittelbare Wirkung einer Rechtsverordnung nach Art. 288 Abs. 2 AEUV hier nicht¹⁰⁵, da die DSGVO im Bereich des Beschäftigtendatenschutzes gerade keine unmittelbare Wirkung entfaltet. Auch aus den insoweit maßgeblichen Bestimmungen des nationalen Rechts ergibt sich nichts Abweichendes. Insbesondere fehlt es an einer expliziten Regelung der Verschwiegenheitspflicht des betrieblichen Datenschutzbeauftragten gegenüber dem Arbeitgeber.¹⁰⁶ Schließlich wurde oben bereits dargelegt, dass eine Auslegung des BetrVG, die zu einer Einschränkung der Strukturprinzipien der Betriebsverfassung führen würde, mit den Wertungen des primären Unionsrechts, das der DSGVO vorgeht, nicht vereinbar ist. Letzteres wäre der Fall, wenn der Betriebsrat der Kontrolle des betrieblichen Datenschutzbeauftragten unterliegen würde.

Damit bleibt festzuhalten, dass auch unter Geltung der DSGVO eine Kontrolle des Betriebsrats durch den betrieblichen Datenschutzbeauftragten nicht in Betracht kommt.¹⁰⁷ Zudem führt die Verneinung der Kontrollbe-

97 LAG Berlin-Brandenburg, 15. 5. 2014 – 18 TaBV 828/12 ua. – BeckRS 2015, 65268.

98 Fitting (Fn. 79), § 1 Rn. 218.

99 Kleinebrink, DB 2018, 2566, 2570.

100 BAG, 11. 11. 1997 – 1 ABR 21/97 – AP Nr. 1 zu § 36 BDSG, Rn. 31 ff. mwN. aus der Literatur; Fitting (Fn. 79), § 83 Rn. 27.

101 BAG, 11. 11. 1997 – 1 ABR 21/97 – AP Nr. 1 zu § 36 BDSG, Rn. 31 ff.

102 Kort, ZD 2017, 3, 6; Pötters/Gola, RDV 2017, 279, 283; Kleinebrink, DB 2018, 2566, 2570 f.

103 So auch Fitting (Fn. 79), § 83 Rn. 27; IG Metall, Handlungshilfe für Betriebsräte und Vertrauensleute Nr. 19, S. 63.

104 Kiesche, AiB Sonderausgabe 8/2018, 13, 17.

105 So aber Pötters/Gola, RDV 2017, 279, 283.

106 Pötters/Gola, RDV 2017, 279, 283; BAG, 11. 11. 1997 – 1 ABR 21/97 – AP Nr. 1 zu § 36 BDSG, Rn. 45.

107 Körner, Beschäftigtendatenschutz (Fn. 1), S. 63; aA. Kleinebrink, DB 2018, 2566 ff.

fugnis des betrieblichen Datenschutzbeauftragten nicht etwa dazu, dass sich der Betriebsrat in einem datenschutzfreien Raum bewegen würde.

3. Beschränkung von Beteiligungsrechten?

Aus der Neufassung des § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG (»erforderlich«) wird abgeleitet, dass künftig bei der Ausübung von Beteiligungsrechten zwischen den objektiven Informationsinteressen des Betriebsrats und den davon betroffenen Interessen und Grundrechten der Arbeitnehmer und des Arbeitgebers im Einzelfall eine Interessensabwägung durchzuführen ist.¹⁰⁸ Diese Einschränkung solle vor allem im Bereich von § 80 Abs. 2 BetrVG gelten, während die Beteiligungsrechte im Rahmen des § 87 Abs. 1 BetrVG davon unberührt bleiben.¹⁰⁹ In diesem Rahmen soll es dem Arbeitgeber dann auch möglich sein, sich – entgegen der bisherigen Rechtsprechung des BAG¹¹⁰ – auf die Interessen der betroffenen Arbeitnehmer zu berufen.¹¹¹

Gegen diesen Ansatz spricht, dass Arbeitgeber und Betriebsrat bereits durch § 75 Abs. 2 BetrVG verpflichtet sind, das Persönlichkeitsrecht der betroffenen Arbeitnehmer zu achten.¹¹² Selbst, wenn man § 26 Abs. 4 BDSG iVm. Art. 88 Abs. 2 DSGVO mithinzuzieht, ändert sich daran nichts. Die grundsätzlich notwendige Abwägung der betroffenen Interessen hat bereits der Gesetzgeber durch die Regelung des BDSG und BetrVG im Rahmen seines nationalen Auslegungsspielraums vorgenommen.¹¹³ Eine darüberhinausgehende Abwägung ist nicht erforderlich.¹¹⁴ Bestätigt wird dies durch § 26 Abs. 6 BDSG, der klarstellt, dass die »Beteiligungsrechte« der Beschäftigten unberührt bleiben sollen.¹¹⁵ Gemeint sind damit vornehmlich die Beteiligungsrechte aus § 80 BetrVG und § 87 BetrVG.¹¹⁶ Da die Regelung pauschal von Beteiligungsrechten spricht, kann es nicht auf die teilweise in der Literatur vorgenommene Differenzierung zwischen verschiedenen Kategorien von Beteiligungsrechten im BetrVG ankommen.¹¹⁷ Diese Wertung des bundesdeutschen Gesetzgebers zugunsten einer uneingeschränkten Anwendung des BetrVG im Datenschutzkontext ist von dem schon aus Kompetenzgründen bestehenden weitgehenden Ausgestaltungsspielraum bei der Umsetzung der DSGVO gedeckt. Darüber hinaus wäre ein Verständnis der DSGVO, das zu einer weitreichenden Einschränkung der Betriebsverfassung führt, nicht mit den oben dargestellten primärrechtlichen Wertungen zu vereinbaren.

V. Fazit

Festzuhalten ist, dass es sich bei der DSGVO um ein dogmatisches Novum handelt. Eine Kompetenz der Union zur harmonisierenden Regelung des Beschäftigtendatenschutzes und damit der Betriebsverfassung durch die DSGVO besteht nicht. Selbst wenn es eine solche Kompetenz gäbe, konstituieren jedenfalls die primärrechtlichen Vorschriften des Art. 27 EU-GRC und Art. 151 AEUV eine Auslegungsdirektive nach der strukturelle Einschnitte in die Betriebsverfassung durch die DSGVO unzulässig sind.

Da zahlreiche Fragen im Hinblick auf den konkreten Bedeutungsgehalt der DSGVO alles andere als geklärt sind und hierdurch ein beträchtliches Maß an Rechtsunsicherheit entstanden ist, wäre eine zeitnahe gerichtliche Klärung in einem Musterverfahren vor dem EuGH wünschenswert. Dabei würde es schon ausreichen, dem EuGH eine Frage zur Auslegung der Öffnungsklausel des Art. 88 DSGVO im Kontext des primärrechtlichen Kompetenzgefüges vorzulegen. Würde er der hier vertretenen Ansicht folgen, nach der der Beschäftigtendatenschutz weiterhin im Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten liegt, könnten nach einer entsprechenden Entscheidung des EuGH alle weiteren Fragen des Beschäftigtendatenschutzes durch die nationalen Gerichte entschieden werden. Dadurch wäre in einem überschaubaren Zeitraum ein hohes Maß an Rechtssicherheit gewährleistet und der EuGH erheblich entlastet. Abgesehen davon ist der nationale Gesetzgeber aufgerufen in § 26 BDSG klarzustellen, dass der Arbeitgeber und nicht der Betriebsrat »Verantwortlicher« iSd. Art. 4 Nr. 7 DSGVO ist.

108 *Wybitul*, NZA 2017, 413, 416; *Gola/Pöppers*, RDV 2017, 111, 114 f.

109 *Wybitul*, NZA 2017, 413, 418; ähnlich *Kort*, NZA 2018, 1097, 1104.

110 BAG, 20.12.1988 – 1 ABR 63/87 – AP Nr. 5 zu § 92 ArbGG 1979, Rn. 38; BAG, 14.1.2014 – 1 ABR 54/12 – AP Nr. 77 zu § 80 BetrVG 1972, Rn. 30; LAG München, 27.9.2017 – 11 TaBV 36/17 – ZD 2018, 226.

111 *Pöppers/Gola*, RDV 2017, 279, 282.

112 BAG, 25.4.2017 – 1 ABR 46/15 – AP Nr. 48 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung, Rn. 19; *Däubler*, Gläserne Belegschaften (Fn. 3), Rn. 698.

113 BAG, 29.6.2017 – 2 AZR 597/16 – AP Nr. 262 zu § 626 BGB, Rn. 22.

114 So wohl auch LAG Hamm, 19.9.2017 – 7 TaBV 43/17 – NZA-RR 2018, 82, Rn. 47.

115 *Fitting* (Fn. 79), § 83 Rn. 18; *Kort*, NZA 2018, 1097, 1103.

116 *Kort*, NZA 2018, 1097, 1103.

117 So aber *Wybitul*, NZA 2017, 413, 418.

Die Veränderung des Arbeitszeitvolumens im Spannungsverhältnis zwischen persönlichen und betrieblichen Arbeitszeitinteressen

Prof. Dr. Martin Franzen, Ludwig-Maximilians-Universität München*

I. Bisherige Rechtslage: Zeitlich begrenzte Teilzeitanprüche mit Grund (Elternzeit nach § 15 BEEG; Pflege nach § 3 PflegezeitG, § 2 FPfZG) und zeitlich unbegrenzte Teilzeitanprüche ohne Grund (§ 8 TzBfG)

1. Allgemeine Bewertung der Teilzeitarbeit

Um die Jahrtausendwende und noch davor hat man Teilzeitarbeit überwiegend positiv bewertet. Man hat die Teilzeitarbeit als eine Möglichkeit gesehen, Personen verstärkt in den Arbeitsmarkt zu integrieren. Diese Vorstellung lag auch dem mit dem TzBfG im Jahr 2001 eingeführten Teilzeitanpruch nach § 8 TzBfG zugrunde: Der Gesetzgeber erhoffte sich hierdurch eine gleichmäßigere Verteilung des Arbeitsvolumens auf mehr Beschäftigte.¹

Inzwischen sieht man Teilzeitbeschäftigung kritischer: Zum einen wird zunehmend erkannt, dass Teilzeitarbeit nicht notwendigerweise, aber häufig ertragschwache Arbeitsverhältnisse generiert. Das wirkt sich auf die Einkommensverhältnisse der Beteiligten und auf deren Ruhegeldansprüche und insgesamt auf die sozialen Sicherungssysteme negativ aus.² Zum anderen steht hinter der Idee der »Umverteilung« von Arbeit auf mehrere Personen durch vermehrte Teilzeitbeschäftigung die Vorstellung, ein bestimmtes Arbeitsvolumen sei gleichsam naturgesetzlich oder anderweitig vorgegeben. Diese Vorstellung ist ökonomisch kaum haltbar. Arbeit in den Formen des Arbeitsrechts wird nachgefragt, weil die entsprechende Tätigkeit für einen anderen – den Arbeitgeber – wirtschaftlich verwertbar ist. Daher dürfte der Gedanke plausibler sein, dass – angemessen entlohnte – Beschäftigung die Nachfrage nach weiterer Arbeit erst stimuliert.

2. Befristete Teilzeit mit Grund am Beispiel der Elternzeit (§ 15 BEEG)

a) Voraussetzungen des Anspruchs auf vollständige Freistellung (Elternzeit)

Arbeitnehmer, die mit ihrem Kind in einem Haushalt leben und dieses selbst betreuen, haben einen Anspruch auf Elternzeit bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes (§ 15 Abs. 1 iVm. Abs. 2 BEEG). Davon können bis zu zwölf Monate bis zur Vollendung des achten Lebensjahres des Kindes aufgeschoben werden (§ 15 Abs. 2 S. 4 BEEG). Die Elternzeit kann nach § 15 Abs. 3 BEEG, auch anteilig, von jedem Elternteil allein oder von beiden gemeinsam in Anspruch genommen werden.

Während der (vollständigen) Freistellungsphase im Rahmen der Elternzeit ruht der Anspruch auf Arbeitsentgelt. Finanziell wird dies durch den Anspruch auf Elterngeld nach § 2 BEEG kompensiert, das längstens bis zur Vollendung des 14. Lebensmonats des Kindes in Höhe von 67% des bisherigen Einkommens – maximal 1.800 € – bezahlt wird (§ 2 Abs. 1 BEEG, § 4 Abs. 1 BEEG). Hinzu kommt noch das Elterngeld plus, das zu einer weiteren Verlängerung der Elterngeldzahlung führen kann. Darauf möchte ich nicht eingehen, weil die Finanzierung nicht unser Thema ist und außerdem vom Staat (§ 12 Abs. 2 BEEG) sichergestellt wird.

* Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser auf dem 16. Göttinger Forum zum Arbeitsrecht am 25.10.2018 gehalten hat. Das Göttinger Forum stand unter dem Generalthema: »Arbeitszeit – Wer bestimmt? Arbeitszeitgestaltung im Spannungsfeld von Unternehmens- und Beschäftigteninteressen«. Die Vortragsform wurde beibehalten, das Manuskript Ende November 2018 abgeschlossen.

1 BT-Drs. 14/4347, S. 11, 17.

2 In dieser Richtung vor allem *Waltermann*, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Gutachten B zum 68. Deutschen Juristentag, München 2010, B 25 ff.

b) Teilzeitbeschäftigung während der Elternzeit (§ 15 Abs. 4 BEEG)

Viele Eltern wollen aber wenigstens teilweise im Beruf bleiben. Die Gründe sind vielfältig: Man braucht das Geld; man will vermeiden, dass berufliche Dequalifikation eintritt; und schließlich ist es nicht jedermanns Sache, »hauptberuflich« Mutter oder Vater zu sein.³

Diesem Anliegen trägt die sogenannte Elternteilzeit Rechnung: Eltern in Elternzeit können während der Elternzeit einer Erwerbstätigkeit von maximal 30 Wochenstunden im Durchschnitt eines Monats nachgehen (§ 15 Abs. 4 BEEG). Dies kann auch beim selben Arbeitgeber geschehen, was eine Teilzeitbeschäftigung ermöglicht. Hierbei muss man zwei Verfahren zur Verringerung der Arbeitszeit unterscheiden: Das Konsensverfahren nach Maßgabe von § 15 Abs. 5 BEEG und das Anspruchsverfahren nach Maßgabe von § 15 Abs. 6 und 7 BEEG. Beim Konsensverfahren sollen sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf den Umfang der während der Elternzeit zu leistenden Teilzeitarbeit einigen.

c) Voraussetzungen des Anspruchs auf Verringerung der Arbeitszeit nach § 15 Abs. 7 BEEG

Darüber hinaus kann der sich in Elternzeit befindliche Arbeitnehmer innerhalb der Elternzeit zweimal eine Verringerung seiner Arbeitszeit nach Maßgabe von § 15 Abs. 7 BEEG beanspruchen. Dieser Anspruch setzt voraus, dass der Arbeitnehmer dem Betrieb mindestens sechs Monate angehört, der Arbeitgeber mehr als 15 Arbeitnehmer beschäftigt und der Verringerung keine dringenden betrieblichen Gründe entgegenstehen. Die Verringerung der Arbeitszeit muss für mindestens zwei Monate geplant sein und die Arbeitszeit auf einen Umfang zwischen 15 und 30 Wochenstunden festlegen. Der Arbeitnehmer muss dies sieben bzw. 13 Wochen je nach Alter des Kindes (§ 15 Abs. 7 Nr. 5 BEEG) vor dem geplanten Beginn beim Arbeitgeber beantragen und soll gleichzeitig die gewünschte Verteilung der verringerten Arbeitszeit angeben. Lehnt der Arbeitgeber den Antrag innerhalb von vier Wochen mit schriftlicher Begründung ab, bleibt es bei der bisherigen Vereinbarung über die Dauer der Arbeitszeit. Der Arbeitnehmer muss dann Klage vor dem Arbeitsgericht erheben, um die Arbeitszeit mit Erfolg reduzieren zu können. In diesem Rahmen prüft das Arbeitsgericht, ob dringende betriebliche Gründe vorgelegen haben. Dieser unbestimmte Rechts-

begriff stellt hohe Anforderungen auf; die entgegenstehenden betrieblichen Interessen müssen zwingende Hindernisse für die beantragte Verkürzung der Arbeitszeit darstellen.⁴

Die Unterscheidung zwischen beiden Verfahren zur Verringerung der Arbeitszeit – Konsens- und Anspruchsverfahren – ist deshalb wichtig, weil das BAG die einvernehmliche Verringerung im Rahmen des Konsensverfahrens nicht auf das Anspruchsverfahren anrechnet – der Arbeitnehmer kann dann noch zweimal einen Verringerungsanspruch geltend machen.⁵ Dieses Erfordernis kann allerdings kontraproduktiv wirken, da Arbeitgeber davon abgehalten werden können, einem Antrag des Arbeitnehmers auf Arbeitszeitverringerung in der Elternzeit einfach zuzustimmen.

3. Unbefristete Teilzeit ohne Grund (§ 8 TzBfG)

a) Grundkonzeption

Außerhalb der Elternzeit existiert der allgemeine Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit nach § 8 TzBfG. Dieser Anspruch ist ähnlich konzipiert wie derjenige nach § 15 Abs. 7 BEEG. Manche Voraussetzungen wie Unternehmensgröße (§ 8 Abs. 7 TzBfG, § 15 Abs. 7 S. 1 Nr. 1 BEEG) und Vorbeschäftigung (§ 8 Abs. 1 TzBfG, § 15 Abs. 7 S. 1 Nr. 2 BEEG) sind deckungsgleich. Außerdem ist ein Verringerungsverlangen nach § 8 Abs. 6 TzBfG nur alle zwei Jahre zulässig. Im Gegensatz zum Elternteilzeitanspruch nach § 15 Abs. 7 BEEG ist der allgemeine Teilzeitanspruch nach § 8 TzBfG nur unbefristet ausgestaltet. Hat der Arbeitnehmer die Reduzierung der Arbeitszeit durchgesetzt, gilt die neue Arbeitszeit dann als maßgebliche zeitlich unbegrenzt.

b) Verfahren

In der Sache muss wie im Rahmen der Elternteilzeit der Arbeitnehmer aktiv werden und die Arbeitszeitverringerung nach Maßgabe von § 8 Abs. 2 TzBfG beim Arbeitgeber beantragen. Der Arbeitgeber ist nach der gesetzgeberischen Konzeption gehalten, mit dem Arbeitnehmer den Verringerungswunsch zu erörtern und eine Einigung zu erzielen. Lehnt der Arbeitgeber die Verrin-

³ Zum Verhältnis von Arbeitszeit und Lebenszufriedenheit aus soziologischer Sicht Schröder, Zeitschrift für Soziologie 2018, 47 (1), 65–82.

⁴ S. etwa BAG, 15.12.2009 – 9 AZR 72/09 – AP Nr. 2 zu § 15 BEEG.

⁵ BAG, 19.2.2013 – 9 AZR 461/11 – AP Nr. 4 zu § 15 BEEG.

gerung frist- und formgerecht ab, bleibt es bei der bisherigen Vereinbarung der Arbeitszeit (§ 8 Abs. 5 S. 2 und 3 TzBfG). Der Arbeitnehmer hat nun die Handlungslast und muss Klage beim Arbeitsgericht erheben, um die Verringerung der Arbeitszeit zu erreichen. Das Arbeitsgericht prüft, ob betriebliche Gründe nach § 8 Abs. 4 TzBfG der Verringerung der Arbeitszeit entgegenstehen.

In dieser materiell-rechtlichen Anspruchsvoraussetzung unterscheidet sich der allgemeine Teilzeitananspruch nach § 8 TzBfG dem Gesetzestext nach erheblich von dem Elternteilzeitananspruch nach § 15 Abs. 7 BEEG. Dort muss der Arbeitgeber wie dargelegt dringende betriebliche Gründe gegen den Teilzeitananspruch geltend machen; bei § 8 TzBfG genügen betriebliche Gründe. Allerdings hat die Rechtsprechung des BAG die Anforderungen an die betrieblichen Gründe des § 8 TzBfG durch das Erfordernis einer dreistufigen Prüfung⁶ verschärft und damit etwas an die dringenden betrieblichen Gründe des § 15 Abs. 7 BEEG angenähert.⁷

c) Entgegenstehende betriebliche Gründe des Arbeitgebers (§ 8 Abs. 4 S. 2 TzBfG)

Das BAG verlangt hierbei grundsätzlich rationale und nachvollziehbare, hinreichend gewichtige Gründe. Auf der ersten Stufe prüft das BAG, ob der Arbeitgeber ein Organisationskonzept vorgegeben hat, das die bisherige Arbeitszeitregelung im Sinne einer Ursächlichkeit bedingt.⁸ Auf der zweiten Stufe muss festgestellt werden, inwieweit die Arbeitszeitregelung dem Arbeitszeitverlangen des Arbeitnehmers entgegensteht. Dabei ist zu fragen, ob eine dem Arbeitgeber zumutbare Änderung des Personaleinsatzes unter Wahrung des Organisationskonzepts mit dem Arbeitszeitverlangen des Arbeitnehmers vereinbart werden kann.⁹ Auf der dritten Stufe prüft das BAG das Gewicht der entgegenstehenden betrieblichen Gründe. Dabei scheidet ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Verringerung seiner Arbeitszeit aus, wenn die gewünschte Arbeitszeitregelung die in § 8 Abs. 4 S. 2 TzBfG genannten Interessen des Arbeitgebers wesentlich beeinträchtigt.¹⁰

d) Kein besonderes berechtigtes Interesse des Arbeitnehmers an der Teilzeitarbeit

Der allgemeine Teilzeitananspruch des § 8 TzBfG setzt auf Seiten des Arbeitnehmers kein besonderes Interesse voraus. Der durch § 8 TzBfG einseitig legitimierte Eingriff in die vertragliche Gestaltung der Arbeitszeit wird also nur durch den Wunsch auf Ausdehnung von Teilzeitarbeit auf

Seiten des Arbeitnehmers gestützt. Es ist gleichgültig, wie der Arbeitnehmer die gewonnene freie Zeit zu verwenden beabsichtigt.¹¹

Dies ist im Rahmen des Elternteilzeitanpruchs nach § 15 Abs. 4–7 BEEG anders. Zwar setzt dieser Anspruch nach dem Gesetzestext nicht ausdrücklich voraus, dass der Arbeitnehmer die zusätzliche freie Zeit bestimmten, für nützlich gehaltenen Zwecken widmet – wegen des Zusammenhangs mit der Elternzeit kann man aber davon ausgehen, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitszeit reduziert, um Familienpflichten nachzukommen. Der Teilzeitananspruch nach § 3 Abs. 4 PflegeZG, der aber von vornherein nach § 4 Abs. 1 PflegeZG auf sechs Monate begrenzt ist, setzt die Pflege eines nahen Angehörigen sogar ausdrücklich als Anspruchsvoraussetzung voraus – darauf sei nur nebenbei hingewiesen.

e) Fazit

Als Fazit kann man festhalten: Der allgemeine Teilzeitananspruch nach § 8 TzBfG verlangt kein für gewichtig empfundenen Interesse des Arbeitnehmers an der Reduzierung der Arbeitszeit; der Grund, weshalb der Arbeitnehmer entgegen der vertraglichen Vereinbarung weniger arbeiten möchte, hat niemanden zu interessieren. Demgegenüber wird die im Rahmen der freilich zeitlich begrenzten Teilzeitanprüche der § 15 Abs. 4–7 BEEG gewonnene Zeit in aller Regel der Familie zugutekommen; § 3 Abs. 4 PflegeZG und § 2 Abs. 1 FPfZG setzen dies sogar tatbestandlich voraus.

4. Aufstockung der Arbeitszeit

Diese vorstehend herausgearbeitete Antinomie der nach dem Gesetz bestehenden Teilzeitanprüche setzt sich bei der Aufstockung der Arbeitszeit fort. Endet die Elternzeit oder die Pflegezeit, gilt die ursprünglich vor diesen Freistellungsphasen vereinbarte Arbeitszeit. Eltern in

6 Ständige Rechtsprechung seit BAG, 18.2.2003 – 9 AZR 164/02 – AP Nr. 2 zu § 8 TzBfG (unter A III 3); vgl. BAG, 13.10.2009 – 9 AZR 910/08 – AP Nr. 29 zu § 8 TzBfG, Rn. 21.

7 Kritisch hierzu etwa Preis, in: Müller-Glöße/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Aufl., München 2019 (im Folgenden: ErfK), § 8 TzBfG, Rn. 23 f.

8 BAG, 18.2.2003 – 9 AZR 164/02 – AP Nr. 2 zu § 8 TzBfG (unter A III 3).

9 BAG, 18.2.2003 – 9 AZR 164/02 – AP Nr. 2 zu § 8 TzBfG (unter A III 3).

10 Ebd.

11 Vgl. BT-Drs. 17/9000, S. 124.

Elternteilzeit, die auch nach Ablauf der Elternzeit weiter auf Teilzeitarbeit angewiesen sind, müssen daher den Anspruch aus § 8 TzBfG geltend machen. Sie konkurrieren dann mit den nicht notwendigerweise familienbedingten Teilzeitwünschen anderer Arbeitnehmer. Betriebliche Gründe, die eine Ablehnung der Teilzeit nach Maßgabe von § 8 Abs. 4 TzBfG dann rechtfertigen könnten, dürften allerdings in solchen Konstellationen kaum vorliegen.¹²

Will in einer solchen Konstellation derjenige Elternteil, welcher die Familienlasten überwiegend übernommen hat, mit zunehmendem Alter der Kinder aber die Arbeitszeit wieder verlängern, ist dies mit Schwierigkeiten verbunden. Denn nun befinden sich diese Eltern in dem allgemeinen Teilzeitsystem des TzBfG. Die entsprechende Anspruchsnorm des § 8 TzBfG sieht keinen Anspruch auf befristete Arbeitsreduzierung vor. Außerdem setzt § 8 TzBfG ein irgendwie geartetes privilegiertes Interesse des Arbeitnehmers an einer Reduzierung der Arbeitszeit nicht voraus und behandelt insoweit die Teilzeitwünsche aller Arbeitnehmer ungeachtet ihrer Motivation gleich.

Die einschlägige Vorschrift des § 9 TzBfG kennt daher auch keinen Rechtsanspruch auf Rückkehr in die Vollzeitbeschäftigung. Der Arbeitgeber ist im Rahmen von § 9 TzBfG nur verpflichtet, den Verlängerungswunsch eines teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmers bei gleicher Eignung vorrangig zu berücksichtigen, sofern ein freier Arbeitsplatz im Betrieb zur Verfügung steht.¹³ Diese Norm ist für sich genommen konsequent, wenn man sie im Kontext des Teilzeitkonzepts des TzBfG sieht. Dieses sieht Teilzeitarbeit generell positiv¹⁴ und differenziert auf Arbeitnehmerseite nicht nach den Motiven, welche den Wunsch nach Verringerung der Arbeitszeit tragen. Aus Sicht des Arbeitgebers stellt sich das Reduzierungsverlangen des Arbeitnehmers demgegenüber als Eingriff in die bisherige vertragliche Vereinbarung dar, welcher nicht durch ein spezifisches Interesse des Arbeitnehmers gerechtfertigt werden muss. Das Reduzierungsverlangen löst im Gegensatz zu sonstigen Änderungen anderer Verträge aufgrund gesetzlicher Ansprüche auch kein Sonderkündigungs- oder Rücktrittsrecht des Vertragspartners aus – etwa wie im Reisevertragsrecht nach § 651g Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB oder im Mietvertragsrecht nach § 561 BGB. Ein Rückkehrwunsch des Arbeitnehmers in die Vollzeitbeschäftigung ist dann richtigerweise nicht mehr besonders privilegiert. Ein entsprechender voraussetzungsloser Anspruch auf Aufstockung der Arbeitszeit

würde die Abschlussfreiheit des Arbeitgebers unangemessen stark belasten.

II. Das Gesetz zur Weiterentwicklung des Teilzeitrechts – Einführung einer Brückenteilzeit

1. Zeitlich begrenzte Verringerung der Arbeitszeit (sog. Brückenteilzeit nach § 9a TzBfG nF.)

a) Eigenständiger Anspruch neben § 8 TzBfG

An diese skizzierte Rechtslage knüpft die sogenannte Brückenteilzeit (genauer: Anspruch des Arbeitnehmers auf »zeitlich begrenzte Verringerung der Arbeitszeit« nach § 9a TzBfG nF.) an. § 9a TzBfG nF. will die Rückkehr in Vollzeit dadurch erleichtern, dass die Teilzeit nur für einen bestimmten Zeitraum gelten soll.

Nach dem Willen der Bundesregierung sollen Arbeitnehmer freiwillig in Teilzeit arbeiten können, aber nicht unfreiwillig in Teilzeit verbleiben müssen.¹⁵ Dieser Anspruch auf Brückenteilzeit tritt neben den bisherigen Anspruch auf »zeitlich nicht begrenzte Verringerung der Arbeitszeit« nach § 8 TzBfG. In der Überschrift zu § 8 TzBfG wird dies nun klargestellt und die Bezeichnung dieses Anspruchs entsprechend geändert.¹⁶ Wenn ein Arbeitnehmer einen Anspruch geltend macht, muss also auf eine klare Abgrenzung geachtet werden. Dem dient auch das neu eingeführte Erfordernis der Geltendmachung durch Textform (§ 8 Abs. 2 S. 1 TzBfG nF. und § 9a Abs. 3 S. 1 TzBfG nF.). Für Arbeitgeber gilt dieses Formerfordernis aber nicht: Sie müssen die Ablehnung des Teilzeitwunsches nach wie vor in Schriftform fassen (§ 8 Abs. 5 S. 1 TzBfG).

b) Anwendungsbereich

Das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers, der einen Anspruch geltend macht, muss sechs Monate bestanden haben. Der Anspruch besteht nur, wenn der Arbeitgeber mehr als 45 Arbeitnehmer beschäftigt. Im Korridor zwi-

¹² Vgl. Laux, in: Laux/Schlachter (Hrsg.), Teilzeit- und Befristungsgesetz, 2. Aufl., München 2011, § 8 Rn. 153.

¹³ S. BAG, 15. 8. 2006 – 9 AZR 8/06 – AP Nr. 1 zu § 9 TzBfG, Rn. 18.

¹⁴ S. o. I. 1.

¹⁵ BT-Drs. 19/3452, S. 10

¹⁶ BT-Drs. 19/3452, S. 7.

schen 45 und 200 Arbeitnehmern besteht der Anspruch nicht, wenn zum Zeitpunkt des begehrten Verlangens eine bestimmte Arbeitnehmerzahl bereits die Arbeitszeit nach § 9a Abs. 1 TzBfG nF. verringert hat. Die Staffelung steigt in 15er Schritten von vier Arbeitnehmer auf 14, also: ab 46 bis zu 60 Arbeitnehmern im Betrieb mindestens vier Arbeitnehmer, ab 61 Arbeitnehmern bis zu 75 mindestens fünf und so weiter. Diese Regelung soll kleine Unternehmen vor Überlastung schützen (Zumutbarkeitsgrenze). Die Darlegungs- und Beweislast hierfür trägt nach der gesetzlichen Ausgestaltung der Arbeitgeber. Beschäftigt der Arbeitgeber mehr als 200 Arbeitnehmer, spielt diese Beschränkung des Tatbestands keine Rolle mehr.

c) Verfahren

Der Arbeitnehmer muss in Textform drei Monate vor dem geplanten Beginn der Verringerung verlangen, dass seine Arbeitszeit befristet verringert wird. Dabei muss er den Zeitraum, für den die Verringerung gelten soll, angeben – auch zur Abgrenzung gegenüber dem Anspruch nach § 8 TzBfG. Der Zeitraum kann mindestens ein bis maximal fünf Jahre betragen. Einvernehmlich können auch andere Zeiträume gewählt werden. Außerdem können die Tarifvertragsparteien den gesetzlich festgelegten Zeitraum verändern (§ 9a Abs. 6 TzBfG nF.). Von dem angegebenen Zeitraum kommt der Arbeitnehmer einseitig nicht mehr weg, konsensual mit dem Arbeitgeber natürlich schon. Dies ergibt sich aus § 9a Abs. 4 TzBfG nF. und dient der Planungssicherheit des Arbeitgebers.¹⁷ Danach kann der Arbeitnehmer während der Dauer der zeitlich begrenzten Verringerung der Arbeitszeit keine weitere Verringerung oder Verlängerung der Arbeitszeit »nach diesem Gesetz« – dem TzBfG – verlangen; ausdrücklich ausgeschlossen ist die Verlängerung der Arbeitszeit nach § 9 TzBfG (§ 9a Abs. 4 Hs. 2 TzBfG nF.).

Das Verfahren im Übrigen richtet sich nach § 8 Abs. 2–5 TzBfG (§ 9a Abs. 2 TzBfG nF.). Damit wird ein zwar bürokratischer, aber in der Praxis bereits erprobter Weg beschritten. Der Arbeitnehmer muss also sein Verlangen in Textform nach den beschriebenen Vorgaben geltend machen. Der Arbeitgeber soll mit dem Arbeitnehmer die Angelegenheit erörtern (§ 8 Abs. 3 TzBfG) und kann die gewünschte Verringerung der Arbeitszeit nach Dauer, Lage und Frist unter Berufung auf betriebliche Gründe ablehnen (§ 8 Abs. 4 TzBfG). Die Entscheidung des Arbeitgebers – auch die positive –

ist dem Arbeitnehmer einen Monat vor dem gewünschten Beginn in Schriftform mitzuteilen (§ 8 Abs. 5 S. 1 TzBfG). Unterlaufen dem Arbeitgeber insoweit Fehler, gilt nach § 8 Abs. 5 S. 2 bzw. S. 3 TzBfG das ursprüngliche Arbeitszeitverlangen des Arbeitnehmers als vereinbart.

Lehnt der Arbeitgeber frist- und formgemäß das Teilzeitverlangen ab, bleibt dem Arbeitnehmer nur der Rechtsweg. Bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Gerichts gelten die bisherigen Arbeitsbedingungen fort. Die rechtskräftige Entscheidung des Gerichts ersetzt nach § 894 ZPO die Zustimmung des Arbeitgebers.

Der Arbeitnehmer kann eine erneute Verringerung der Arbeitszeit ein Jahr nach der Rückkehr zu seiner früheren Arbeitszeit verlangen (§ 9a Abs. 5 S. 1 TzBfG nF.). Hat der Arbeitgeber die Verringerung berechtigterweise abgelehnt, gilt die Zwei-Jahres-Sperrfrist des § 8 Abs. 6 TzBfG (§ 9a Abs. 5 S. 2 TzBfG nF.). Berufet sich der Arbeitgeber, der zwischen 45 und 200 Arbeitnehmer beschäftigt, berechtigterweise auf die skizzierte Zumutbarkeitsregel zur quotalen Beschränkung des Anspruchs auf befristete Arbeitszeitverringering, gilt nach § 9a Abs. 5 S. 3 TzBfG nF. allerdings eine Sperrfrist von nur einem Jahr.

d) Bewertung

(1) Zielsetzung: Vermeidung der sogenannten »Teilzeitfalle«

Das Anliegen des Gesetzgebers erscheint in der Zielsetzung berechtigt. Es dient der Vereinbarkeit von Familie und Beruf. In Deutschland ist die Möglichkeit, zum Zweck der Kinderbetreuung aus dem Berufsleben partiell auszusteigen, recht gut ausgestaltet. Probleme bereitet allerdings die Rückkehr in das Erwerbsleben. Gerade Frauen wollen nach der zeitintensiven Phase der Kinderbetreuung in deren ersten Lebensjahren häufig ihre Arbeitszeit aufstocken, was nach geltender Rechtslage nicht einfach ist; insoweit wird nicht ganz zu Unrecht von einer »Teilzeitfalle« gesprochen.¹⁸

Diese Bewertung hat sich auch die Gesetzesbegründung zu eigen gemacht: Das Gesetz will vermeiden, dass Arbeitnehmer nicht »unfreiwillig in Teilzeitarbeit verbleiben müssen«¹⁹. Allerdings kommt eine aktuelle Studie des Instituts der deutschen Wirtschaft zum Ergebnis, dass diese »Teilzeitfalle« möglicherweise überschätzt wird.²⁰ Diese Studie hat

¹⁷ Boecken/Hackenbroich, DB 2018, 956, 962.

¹⁸ Thüsing, BB 2018, 1076.

¹⁹ BT-Drs. 19/3452, S. 10.

²⁰ Schäfer, IW-Trends 3/2018, S. 61, 62f.

die Datenbasis des Sozio-oekonomischen Panels (SOEP) im Hinblick auf die individuellen Arbeitszeitwünsche von Teilzeitbeschäftigten ausgewertet.²¹ Dabei zeigt sich zunächst, dass die meisten Arbeitnehmer ihre Arbeitszeit nicht drastisch verändern, sondern eher graduell um wenige Stunden erhöhen oder verringern möchten.²² Die Wünsche von Teilzeitbeschäftigten, ihre Arbeitszeit zu erhöhen, wurden für das Jahr 2013 aufgrund der Daten des SOEP ermittelt und im Zeitverlauf gefragt, ob diese Wünsche erfüllt werden konnten. Bereits ein Jahr später – 2014 – hatte fast jeder Dritte eine Vollzeitstelle gefunden und drei Jahre später knapp die Hälfte (48,6%).²³ Außerdem zeigt die Studie, dass der Anteil von Teilzeitarbeitnehmern, die mehr als 25 Stunden pro Woche arbeiten, in den letzten Jahren kontinuierlich gestiegen ist.²⁴ Die Gründe dafür, weshalb sich ein Wunsch auf Vollzeitbeschäftigung oder Aufstockung der Arbeitszeit nicht hat realisieren lassen, kann die Studie allerdings nicht klären. Denkbar sind folgende Gründe: gesundheitliche Einschränkungen oder fehlende Kinderbetreuung, aber auch fehlende betriebliche Nachfrage.²⁵ Nicht einmal dieser zuletzt genannte Erklärungsansatz der fehlenden betrieblichen Nachfrage könne – so die Studie – als fehlender Wille der Arbeitgeber zur Erhöhung individueller Arbeitszeiten gedeutet werden, sondern beruhe auf nachvollziehbaren betrieblichen Bedürfnissen:²⁶ Arbeitnehmer mit einem Wunsch nach Arbeitszeitverlängerung seien nämlich häufig mit einfachen Tätigkeiten beschäftigt und arbeiteten häufig in Branchen, in denen eine punktuelle Arbeitsnachfrage zur Abdeckung von Spitzenlasten charakteristisch ist.²⁷

Schließlich ist auf die gleichstellungspolitische Dimension des gesetzgeberischen Anliegens hinzuweisen:²⁸ Da überwiegend Frauen eine familienbedingte Auszeit nehmen, tragen Hemmnisse hinsichtlich der Rückkehr in den Arbeitsmarkt zu einer niedrigeren Frauenerwerbsquote und in der Folge zu einem niedrigeren Erwerbseinkommen von Frauen bei. Dies ist eine Ursache für die vielbeklagte »Entgeltzahlungslücke«²⁹, die bereits wenig zielführend in der letzten Legislaturperiode mit dem Entgelttransparenzgesetz³⁰ bekämpft werden sollte.³¹

(2) Umsetzung

Kritikwürdig ist allerdings die bürokratische Umsetzung zum einen und zum anderen das Gestrüpp an Teilzeitanträgen, das wir bekommen werden: Anspruch auf zeitlich unbegrenzte Verringerung der Arbeitszeit nach § 8 TzBfG, Anspruch auf zeitlich begrenzte Verringerung der Arbeitszeit nach § 9a TzBfG, Anspruch auf

Verringerung der Arbeitszeit aus bestimmten Gründen (Elternzeit, Pflege). Dies alles ist nicht sehr konsistent.

Zwischen dem Anliegen des Gesetzes und seinen Anwendungsvoraussetzungen klafft eine Lücke:³² Das Gesetz will, dass Arbeitnehmer leichter in Teilzeit wechseln und aus ihr zurückkehren können, um mit der gewonnenen Zeit für einen begrenzten Zeitraum sinnvolle Dinge zu tun, wie die Erfüllung von Familienpflichten und ehrenamtliches Engagement.³³ Diese Zwecke der Teilzeit sind aber nicht in die Anwendungsvoraussetzungen des Anspruchs eingegangen. Der befristete Verringerungsanspruch wird ebenso wie bereits § 8 TzBfG ohne Anknüpfung an solche Anliegen gewährt.³⁴ Warum soll der Arbeitgeber eigentlich vom ursprünglich abgeschlossenen Vertrag aufgrund eines Rechtsanspruchs des Arbeitnehmers abweichen müssen, nur weil der Arbeitnehmer öfter segeln gehen oder Motorrad fahren möchte oder weil er bei einem anderen Arbeitgeber einen Minijob antritt, um mehr Geld netto zur Verfügung zu haben? Dafür gibt es keinen einleuchtenden Grund.³⁵ Der Arbeitnehmer mag sich bei solchen Wünschen mit dem Arbeitgeber auf eine neue Arbeitszeit einigen oder eben kündigen.

Außerdem zeigt das Gesetz zur Weiterentwicklung des Teilzeitrechts deutlich, dass sich gegenüber der Entste-

21 Schäfer, IW-Trends 3/2018, S. 61, 64.

22 Schäfer, IW-Trends 3/2018, S. 61, 68.

23 Schäfer, IW-Trends 3/2018, S. 61, 72.

24 Schäfer, IW-Trends 3/2018, S. 61, 72, Abb. 2.

25 Schäfer, IW-Trends 3/2018, S. 61, 75.

26 Ebd.

27 Ebd.

28 Vgl. BT-Drs. 19/3452, S. 10.

29 Näher zur Entgeltzahlungslücke Finke, in: Statistisches Bundesamt (Hrsg.), *Wirtschaft und Statistik*, Januar 2011, S. 36, 47, abrufbar unter: <https://www.destatis.de/DE/Publikationen/WirtschaftStatistik/Archiv/WirtschaftStatistikArchiv.html> (30.11.2018); Schmidt/Diekmann/Schäfer, in: Institut der deutschen Wirtschaft Köln e.V. (Hrsg.), *Die Lohnungleichheit zwischen Frauen und Männern*, 2009, S. 12 ff., abrufbar unter: <https://www.iwkoeln.de/studien/iw-analysen/beitrag/holger-schaefer-joerg-schmidt-die-lohnungleichheit-zwischen-maennern-und-frauen-62509.html> (30.11.2018); Franzen, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), *Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht*, 2. Aufl., München 2018, Art. 157 AEUV Rn. 9 ff.

30 Gesetz zur Förderung der Entgelttransparenz zwischen Frauen und Männern (Entgelttransparenzgesetz – EntgTranspG) v. 30.6.2017, BGBl. I S. 2152.

31 Vgl. Franzen, NZA 2017, 814, 819.

32 Ebenso Thüsing, BB 2018, 1076, 1077.

33 So deutlich BT-Drs. 19/3452, S. 10.

34 Kritisch insoweit auch Bayreuther, NZA 2018, 566, 568.

35 Ebenso Baeck/Winzer/Abend, NZG 2018, 816, 818; Schiefer/Köster/Borchard/Korte, DB 2018, 1341, 1345; Thüsing, BB 2018, 1076, 1077.

hungszeit des TzBfG mit § 8 TzBfG Anfang der 2000er Jahre die Bewertung der Teilzeit geändert hat:³⁶ Die Neuregelung bahnt nun Wege aus der Teilzeit, während § 1 TzBfG als Gesetzesziel ausdrücklich die Förderung der Teilzeit nennt. Die Neuregelung passt deshalb nicht so ganz ins System.³⁷ Besser wäre es, das System der Teilzeitanprüche vor dem Hintergrund veränderter Bewertungen insgesamt neu zu strukturieren.³⁸ Dabei plädiere ich für folgendes: Streichen aller grundlosen Verringerungsansprüche wie etwa § 8 TzBfG und auch § 9a TzBfG und stattdessen eine viel flexiblere Ausgestaltung von Verringerungsansprüchen und korrespondierenden Erhöhungsansprüchen bei berechtigtem Interesse des Arbeitnehmers. Dazu zählen die Erfüllung von Familienpflichten (Elternzeit, Pflege), ehrenamtliches Engagement, eventuell noch Fortbildung des Arbeitnehmers, soweit diese auch im Interesse des Arbeitgebers liegt, nicht aber reine Freizeit- oder andere Interessen des Arbeitnehmers. Diese Verringerungsansprüche müssen dann selbstverständlich auch außerhalb der entsprechenden Tatbestände wie Elternzeit oder Pflegezeit bestehen.³⁹

Schließlich ist folgendes kritikwürdig: Wenn man Arbeitszeitvolumina gesetzlich reduziert, muss man dem Arbeitgeber die Möglichkeit geben, dies durch vorübergehende Personalmaßnahmen auszugleichen. Das bedeutet: Zulassung von Leiharbeit und befristeter Beschäftigung. Beides tut der Gesetzgeber gerade nicht: Er hat die Leiharbeit mit der AÜG-Novelle von 2017 erheblich erschwert⁴⁰ und will nun auch noch die befristete Beschäftigung weiter regulieren und verschärfen⁴¹. Diese Kombination wird die Arbeitgeber erheblich belasten: Sie verlieren Arbeitsvolumen und Ausgleichsmaßnahmen werden ihnen erschwert. Ein verantwortungsvoller Gesetzgeber sollte das nicht ermöglichen.

2. Verlängerung der Arbeitszeit (Änderung von § 9 TzBfG)

a) Bisherige Rechtslage

Nach § 9 TzBfG in der bisherigen Fassung muss der Arbeitgeber einen teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer, der seine Arbeitszeit aufstocken möchte, bei der Besetzung eines freien Arbeitsplatzes bei gleicher Eignung bevorzugt berücksichtigen, es sei denn, dringende betriebliche Gründe oder Arbeitszeitwünsche anderer Arbeitnehmer stehen entgegen. Nach § 9 TzBfG muss der Arbeitgeber einen freien Arbeitsplatz eingerichtet haben oder über einen solchen verfügen. Der Arbeitnehmer kann den Arbeitgeber hierzu über § 9 TzBfG nicht zwingen.⁴²

Entgegenstehende dringende betriebliche Gründe beziehen sich nach der Rechtsprechung bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen des § 9 TzBfG auf die personelle Auswahl bei der Besetzung des Arbeitsplatzes.⁴³ Sie können sich grundsätzlich nur aus Umständen ergeben, die mit dem zeitlichen Zuschnitt des Arbeitsplatzes nichts zu tun haben. Vorrangig zu berücksichtigen sind Rechtsansprüche anderer Arbeitnehmer, etwa solche, denen betriebsbedingt gekündigt werden könnte.⁴⁴

Die Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsbegründenden Voraussetzungen trägt der Arbeitnehmer, also für die Anzeige des Wunsches nach Arbeitszeitverlängerung, für das Vorliegen eines freien Arbeitsplatzes sowie für die Frage der Eignung – gegebenenfalls in gestufter Form⁴⁵. Der Arbeitgeber trägt die Darlegungs- und Beweislast für die entgegenstehenden dringenden betrieblichen Gründe.

b) Änderung durch § 9 TzBfG nF.

Im Wesentlichen ändert sich nach dem Regierungsentwurf die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast. Der Arbeitnehmer muss im Gegensatz zum Referentenentwurf den Arbeitszeitverlängerungsanspruch in Zusammenhang mit einer konkreten Besetzung eines freien Arbeitsplatzes geltend machen und nicht wie im Referentenentwurf ganz allgemein und unabhängig davon⁴⁶. Ein freier zu besetzender Arbeitsplatz liegt nach § 9 S. 2 TzBfG nF. nur vor, wenn »der Arbeitgeber die Organisationsentscheidung getroffen hat, diesen zu schaffen oder einen unbesetzten Arbeitsplatz neu zu besetzen«⁴⁷.

36 S. o. I. 1.

37 AA. *Boecken/Hackenbroich*, DB 2018, 956, 964: Befristete Teilzeit füge sich »grds. harmonisch in das geltende System des TzBfG« ein.

38 In der Sache ähnlich *Bayreuther*, NZA 2018, 566, 568, der sich für eine Systematisierung und ggf. Bereinigung der verschiedenen Teilzeitanprüche ausspricht; ähnlich *Preis/Schwarz*, NJW 2018, 3673.

39 S. zu einem solchen Konzept bereits *Franzen*, RdJB 2014, 9, 19 ff.

40 Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze v. 21. 2. 2017, BGBl. I S. 258.

41 Vgl. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD v. 7. 2. 2018, Rz. 2341–2364.

42 Vgl. *ErfK-Preis* (Fn. 7), § 9 TzBfG Rn. 5.

43 Vgl. BAG, 8. 5. 2007 – 9 AZR 874/06 – AP Nr. 3 zu § 9 TzBfG; BAG, 16. 9. 2008 – 9 AZR 781/07 – AP Nr. 6 zu § 9 TzBfG.

44 Vgl. *ErfK-Preis* (Fn. 7), § 9 TzBfG Rn. 7.

45 Vgl. dazu den Hinweis von *Bayreuther*, NZA 2018, 566, 567.

46 Zum Referentenentwurf unter diesem Aspekt krit. *Boecken/Hackenbroich*, DB 2018, 956, 958 f.; für »überschätzt« hält die Regelung *Bayreuther*, NZA 2018, 566, 567.

47 Vgl. auch die Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 19/3452, S. 17.

Der Arbeitgeber trägt dann künftig die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass dieser Arbeitsplatz nicht frei ist, sowie dafür, dass der Arbeitnehmer nicht mindestens gleich geeignet ist wie ein anderer vom Arbeitgeber bevorzugter Bewerber. In der Sache muss der Arbeitgeber damit darlegen und beweisen, dass der von ihm bevorzugte Bewerber besser geeignet ist als der den Verlängerungsanspruch geltend machende Arbeitnehmer.

Nach meiner Einschätzung verbessert die Neuregelung die Beweissituation des Arbeitnehmers im Hinblick auf die Voraussetzungen des § 9 TzBfG. Dies erscheint für die Arbeitgeberseite auch zumutbar. Denn der Arbeitgeber muss nun nicht mehr wie im Referentenentwurf negative Tatsachen darlegen und beweisen. Damit wird der Anspruch aus § 9 TzBfG für den Arbeitnehmer geschärft.

3. Abrufarbeit (Änderung von § 12 TzBfG)

a) Bei fehlender Vereinbarung einer wöchentlichen Arbeitszeit gelten 20 Stunden Arbeitszeit pro Woche statt wie bisher zehn Stunden als vereinbart nach § 12 Abs. 1 S. 3 TzBfG nF.

§ 12 TzBfG reguliert die Abrufarbeit von Teilzeitarbeitsverhältnissen. Die Vorschrift ist anwendbar, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbaren, dass die Arbeitsleistung entsprechend dem Arbeitsanfall zu erbringen ist. Merkmal der Arbeit auf Abruf ist das Recht des Arbeitgebers, entsprechend dem Arbeitsanfall die Lage der Arbeitszeit zu bestimmen, also mit Ankündigungsfrist abzurufen, während die Dauer der Arbeitszeit festgelegt ist.⁴⁸

§ 12 Abs. 1 S. 2 TzBfG verlangt, dass bei solchen Gestaltungen eine bestimmte Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit festgelegt wird. Wird eine wöchentliche Arbeitszeit nicht festgelegt, gilt eine Arbeitszeit von zehn Stunden pro Woche als vereinbart (§ 12 Abs. 1 S. 3 TzBfG). Die Neuregelung erhöht nun diese Stundenzahl auf 20. Demgegenüber bleibt die tägliche Arbeitszeit von drei Stunden bei fehlender Vereinbarung nach § 12 Abs. 1 S. 4 TzBfG unverändert.

Die geplante Regelung schränkt die Flexibilität des Arbeitgebers etwas ein, weil er den Arbeitnehmern nun 20 Stunden pro Woche beschäftigen (und bezahlen) muss, wenn der Arbeitsvertrag keine entsprechende Arbeitszeitvereinbarung enthält. Dies wird entsprechende Anreize setzen, eine solche Vereinbarung vorzusehen, und damit dem Arbeitnehmer insoweit Planungssicherheit geben.

b) Festschreibung der Rechtsprechung des BAG zu den Bandbreitenregelungen (BAG, 7. 12. 2005 – 5 AZR 535/04) nach § 12 Abs. 2 TzBfG nF.

§ 12 Abs. 2 TzBfG nF. kodifiziert nach der Gesetzesbegründung die Rechtsprechung des BAG, nach der Bandbreitenregelungen in gewissen Grenzen zulässig sind⁴⁹. Mit Bandbreitenregelung ist gemeint, dass der Arbeitgeber die Dauer der regelmäßigen Arbeitszeit innerhalb gewisser Bandbreiten selbst festsetzen kann.⁵⁰ Bei Vereinbarung einer Mindestarbeitszeit darf der Arbeitgeber nach dieser Rechtsprechung bis zu 25 % der wöchentlichen Arbeitszeit zusätzlich abrufen, bei Vereinbarung einer Höchstarbeitszeit darf der Arbeitgeber bis zu 20 % der wöchentlichen Arbeitszeit weniger abrufen. Bei einer Vereinbarung einer Mindestarbeitszeit von 20 Stunden pro Woche in der Form von Abrufarbeit kann der Arbeitgeber also bis zu 25 Stunden Arbeit pro Woche abrufen; bei einer Vereinbarung einer Höchstarbeitszeit von 20 Stunden pro Woche kann er diese Arbeitszeit um bis zu vier Stunden unterschreiten.

Diese vom Fünften Senat des BAG aufgestellten Grundsätze geben ein Maß für die Zulässigkeit solcher »Bandbreitenregelungen« vor, waren aber ihrerseits nicht in Stein gemeißelt.⁵¹ So hat beispielsweise der Neunte Senat wesentlich weiter gehende Bandbreitenregelungen allerdings im Sonderfall des öffentlichen Dienstes und der Verwirklichung eines sogenannten »Personalanpassungskonzepts« zugelassen.⁵² Danach sollte das Stundendeputat von Lehrern von einer Mindeststundenzahl von 16 Unterrichtsstunden auf 28 Unterrichtsstunden aufgestockt werden können, was einem Anteil von 75 % der Mindestarbeitszeit und 42,85 % der Höchstarbeitszeit entspricht.⁵³ Der Neunte Senat stellte vor allem darauf ab, dass hierdurch ein Personalanpassungskonzept umgesetzt werden sollte, das von der Arbeitgeberseite und den zuständigen Arbeitnehmerorganisationen vereinbart worden war und das seinerseits dem Erhalt von Arbeitsplätzen diene.⁵⁴

48 Vgl. *ErfK-Preis* (Fn. 7), § 12 TzBfG Rn. 1.

49 BAG, 7. 12. 2005 – 5 AZR 535/04 – AP Nr. 4 zu § 12 TzBfG.

50 S. dazu nur *Weth/Weber*, FS Birk, 2008, S. 993 ff.

51 Ebenso *Bayreuther*, NZA 2018, 566, 568.

52 BAG, 14. 8. 2007 – 9 AZR 18/07 – AP Nr. 2 zu § 6 ATG.

53 BAG, 14. 8. 2007 – 9 AZR 18/07 – AP Nr. 2 zu § 6 ATG, Rn. 38.

53 BAG, 14. 8. 2007 – 9 AZR 18/07 – AP Nr. 2 zu § 6 ATG, Rn. 38.

54 BAG, 14. 8. 2007 – 9 AZR 18/07 – AP Nr. 2 zu § 6 ATG, Rn. 41 f.

Die jetzige Fassung des Gesetzes schließt solche weitergehenden Regelungen in besonderen Situationen aus und geht schon deshalb über eine reine Kodifikation der BAG-Rechtsprechung weit hinaus. Außerdem galt die BAG-Rechtsprechung niemals für Tarifverträge, da sie auf der Grundlage der AGB-Kontrolle nach § 307 BGB ergangen ist, welche Tarifverträge wegen § 310 Abs. 4 S. 1 BGB nicht erfasst. Diese Rechtsprechung war also in jeder Hinsicht tarifdispositiv. Nach der Neuregelung ist dies nun anders. Zwar war § 12 TzBfG wegen § 12 Abs. 3 TzBfG insgesamt tarifdispositiv. Aber diese Vorschrift des § 12 Abs. 3 TzBfG wird künftig § 12 Abs. 6 TzBfG nF. und nimmt die Bezugnahme auf den neu eingefügten Absatz 2 gerade aus.⁵⁵ Dies wird nicht näher begründet und ist offenbar im Gesetzgebungsverfahren nicht näher hinterfragt worden.⁵⁶ Künftig können Tarifverträge von der gesetzlich kodifizierten Bandbreitenregelung nicht mehr abweichen – im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage. Will der Gesetzgeber die Tarifautonomie in diesem Bereich einschränken?⁵⁷ Vielleicht hat man es nicht bemerkt, denn die Änderung ist in der Gesetzesbegründung lediglich als Folgeänderung ausgewiesen.⁵⁸ Diese Annahme würde aber die Gesetzesverfasser nicht in das beste Licht setzen.

c) Gesetzliche Einführung des Referenzprinzips bei der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall als Auffangregelung (§ 12 Abs. 4 TzBfG nF.)

Außerdem enthält § 12 Abs. 4 TzBfG nF. eine Regelung zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall bei Abrufarbeit. Für die Berechnung der Entgeltfortzahlung soll in solchen Fällen das Referenzprinzip, nicht aber das Lohnausfallprinzip maßgeblich sein. Zugrunde zu legen ist demnach die durchschnittliche Arbeitszeit der letzten drei Monate vor dem Beginn der Arbeitsunfähigkeit.

Das Referenzprinzip soll allerdings verdrängt werden, wenn andere Regelungen für den Arbeitnehmer günstiger sind (§ 12 Abs. 4 S. 4 TzBfG nF.). Nach der Gesetzesbegründung bezieht sich dies nicht nur auf arbeitsvertragliche und tarifvertragliche Regelungen, was wegen des allgemein anwendbaren Günstigkeitsprinzips ohnehin gelten würde, sondern auch auf gesetzliche Regelungen⁵⁹ und somit auch das EFZG. Vor diesem Hintergrund dürfte diese Regelung Anwendung finden, wenn im konkreten Fall das Lohnausfallprinzip dem Arbeitnehmer eine höhere Entgeltfortzahlung bescheren würde. Der Arbeitgeber muss also im Anwendungsbereich dieser Vorschrift das

Arbeitsentgelt eines erkrankten Arbeitnehmers stets sowohl nach dem Referenz- als auch dem Lohnausfallprinzip berechnen und den höheren Betrag ausbezahlen.

III. Gesamtbewertung

Die Änderungen im Teilzeitrecht, insbesondere die Einführung einer Brückenteilzeit, sind von nachvollziehbaren Motiven getragen – Stichwort: Vermeidung der Teilzeitfalle vor allem bei Frauen, was zur Entgeltungleichheit beiträgt.

Die Durchführung ist allerdings nicht gut gelungen. Die Regelung dürfte weitere bürokratische Belastungen der Unternehmen verursachen. Wir werden ein Gestrüpp von Befristungsansprüchen bekommen: Anspruch auf unbefristete Verringerung der Arbeitszeit nach § 8 TzBfG, Anspruch auf befristete Verringerung nach § 9a TzBfG nF., Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit unter besonderen Voraussetzungen (Elternzeit, Pflegezeit). Sinnvoller wäre folgendes: Die Ansprüche auf grundlose Verringerung der Arbeitszeit völlig abschaffen und stattdessen für Verringerungen mit Grund (Elternzeit, Pflegezeit, ehrenamtliches Engagement) flexiblere Gestaltungen wählen, was dann einen Rechtsanspruch auf Verlängerung der Arbeitszeit einschließen sollte.

Und schließlich: Wenn der Gesetzgeber eine Brückenteilzeit und damit einen weiteren Anspruch des Arbeitnehmers auf Reduzierung des Arbeitsvolumens schafft, muss er dem Arbeitgeber personelle Ausgleichsmaßnahmen ermöglichen. Das bedeutet: Leiharbeit und befristete Arbeitsverhältnisse! Leider unternimmt der Gesetzgeber mit der AÜG-Novelle 2017 und den geplanten Änderungen im Befristungsrecht eher das Gegenteil. Der Arbeitsmarkt ist leergefegt; gleichzeitig wird das Arbeitsvolumen durch Rechtsansprüche reduziert und den Arbeitgebern Kompensationsmöglichkeiten durch befristete Arbeitsverträge oder Leiharbeit erschwert. Am Ende des Tages könnten die Arbeitnehmer selbst die Leidtragenden sein: durch zunehmende Arbeitsverdichtung und/oder Kompensation fehlender Arbeitskräfte durch Kapitaleinsatz!

⁵⁵ Vgl. BT-Drs. 19/3452, S. 9.

⁵⁶ S. aber den Hinweis von Thüsing, BB 2018, 1076, 1079, der im Gesetzgebungsverfahren auch als Sachverständiger gehört wurde, vgl. Stellungnahme Thüsing, Ausschuss-Drs. 19(11)149, S. 44, 47.

⁵⁷ Ebenso Thüsing, BB 2018, 1076, 1079.

⁵⁸ Vgl. BT-Drs. 19/3452, S. 20, zu lit. e.

⁵⁹ Vgl. BT-Drs. 19/3452, S. 20, zu lit. d.

Die Änderung der Entsenderichtlinie

Akad. Rat Dr. Thomas Klein/Alexander Schneider,
Institut für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der Europäischen Union (IAAEU) Trier

Nach langem Ringen zwischen Kommission, Rat und Parlament wurde im Frühjahr 2018 eine Trilog-Einigung über die Änderung der RL 96/71/EG (im Folgenden: Entsende-RL) erzielt. Die auf Grundlage dieser Einigung beschlossene RL 2018/957/EU¹ (im Folgenden: Änderungs-RL) ist bis zum 30. Juli 2020 von den Mitgliedstaaten umzusetzen. Der Beitrag erläutert die neuen Regelungen und setzt sich mit den durch die Änderungs-RL aufgeworfenen Rechtsfragen auseinander. Er beschränkt sich dabei auf die unionsrechtliche Ebene.

I. Dienstleistungsfreiheit als Ausgangspunkt der Entsende-RL

Eine Entsendung liegt nach dem Begriffsverständnis der Entsende-RL vor, wenn ein Arbeitnehmer während eines begrenzten Zeitraums seine Arbeitsleistung im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats als demjenigen erbringt, in dessen Hoheitsgebiet er normalerweise arbeitet (Art. 2 Abs. 1 Entsende-RL). Es handelt sich also um einen Fall der Arbeitskräftemobilität im EU-Binnenmarkt. Dennoch sind nach ständiger Rechtsprechung des EuGH die Regelungen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 ff. AEUV) grundsätzlich nicht anzuwenden, denn die entsandten Arbeitnehmer kehrten nach Erfüllung ihrer Aufgabe in ihr Herkunftsland zurück und träten zu keinem Zeitpunkt auf dem Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedstaats auf.² Der EuGH ordnet die Entsendung von Arbeitnehmern zur Erbringung von Dienstleistungen in einen anderen Mitgliedstaat vielmehr ausschließlich der Dienstleistungsfreiheit der entsendenden Arbeitgeber zu.³ Nur in den Fällen der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung nach Art. 1 Abs. 3 lit. c Entsende-RL hält er auch den Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit für eröffnet, denn in diesen Fällen werde der entsandte Arbeitnehmer während des Zeitraums der Überlassung typischerweise auf einem Arbeitsplatz im Entleiherunternehmen verwendet, der sonst mit einem Arbeitnehmer dieses Unternehmens besetzt worden

wäre.⁴ Letzteres kann indes auf die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen eines Werkvertrages (Art. 1 Abs. 3 lit. a Entsende-RL) oder innerhalb einer Unternehmensgruppe (Art. 1 Abs. 3 lit. b Entsende-RL) in gleicher Weise zutreffen.⁵ Warum die – allein in der Sphäre der beteiligten Unternehmen liegende – vertragliche Ausgestaltung der Entsendung zu einem qualitativen Unterschied bei der Beurteilung der Anwendbarkeit der Arbeitnehmerfreizügigkeit führen soll, erschließt sich daher nicht. Zumal den Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt des Aufnahmestaats nur in den Fällen Bedeutung zukommt, in denen die Arbeitnehmerfreizügigkeit für die Angehörigen eines Mitgliedstaats wegen entsprechender Übergangsregelungen im Beitrittsvertrag beschränkt ist, um eine Störung der Arbeitsmärkte der übrigen Mitgliedstaaten zu vermeiden.⁶ Aus der Perspektive der Arbeitnehmerfreizügigkeit und insbesondere des in Art. 45 Abs. 2 AEUV verankerten Diskriminierungsverbots muss es hingegen auf die Aufnahme einer Tätigkeit in einem Arbeitsverhältnis im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats ankommen (vgl. Art. 1 Abs. 1 VO (EU) Nr. 492/2011). Für die Beurteilung dieser Frage kann nicht die kollisionsrechtliche Anknüpfung des Arbeitsvertrages oder die vertragliche Ausgestaltung der Entsendung

1 RL 2018/957/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 28.6.2018 zur Änderung der RL 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen.

2 EuGH, 27.3.1990 – C-113/89 – Slg. 1990, I-1417 (Rush Portuguesa), Rn. 15; EuGH, 9.8.1994 – C-43/93 – Slg. 1994, I-3803 (Vander Elst), Rn. 21; zu Recht krit. *Franzen*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl., München 2018, Art. 45 AEUV Rn. 36; *Heuschmid/Schierle*, in: Preis/Sagan (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl., Köln 2019, § 16 Rn. 9; *Schlachter*, ZESAR 2011, 156, 157 f.; *Rebhahn*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2. Aufl., München 2018 (im Folgenden: EuArbR), Art. 56 AEUV Rn. 20; *Zeh*, Der Arbeitnehmer im liberalisierten Welthandel, Freizügigkeit, Entsendung und Freie Exportzonen, Berlin 2018, S. 110.

3 EuGH, 27.3.1990 – C-113/89 – Slg. 1990, I-1417 (Rush Portuguesa), Rn. 11 f.

4 EuGH, 10.2.2011 – C-307/09 ua. – Slg. 2011, I-453 (Vicoplus), Rn. 31.

5 *Heuschmid/Schierle*, in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht (Fn. 2), § 16 Rn. 8; zu den Auswirkungen von Entsendefällen auf den Arbeitsmarkt anderer Mitgliedstaaten vgl. *Schlachter*, ZESAR 2011, 156, 158 mwN.

6 Zu den aktuell noch geltenden Beschränkungen für Kroatien siehe *Kreuschitz*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., Baden-Baden 2015 (im Folgenden: von der Groeben/Schwarze/Hatje), Vorb. zu Art. 45–48 AEUV Rn. 68.

maßgeblich sein. Entscheidendes Abgrenzungskriterium muss vielmehr die Entsendungsdauer sein, denn von dieser hängt es ab, ob der Bezugspunkt für die Beschäftigungsbedingungen des entsandten Arbeitnehmers die Arbeitsbedingungen im Herkunfts- oder im Aufnahmestaat sind.⁷ Mit fortschreitender Entsendungsdauer steigt das Interesse des entsandten Arbeitnehmers an einer Gleichbehandlung mit den Beschäftigten am Arbeitsort.⁸

II. Ziel, Gegenstand und Rechtsgrundlage der Änderungs-RL

1. Kollisionsrechtlicher Hintergrund und Ziel der Entsende-RL

Wird die Entsendung primärrechtlich als Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen ausschließlich der Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 AEUV zugeordnet, hat dies für die entsandten Arbeitnehmer zur Folge, dass sie sich trotz der Arbeitsleistung in einem anderen Mitgliedstaat nicht auf das in Art. 45 Abs. 2 AEUV verankerte Gleichbehandlungsgebot in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen berufen können.⁹ Die Arbeitsbedingungen richten sich stattdessen nach dem auf das jeweilige Arbeitsverhältnis anwendbaren Recht.¹⁰ Auf Grundlage des Kollisionsrechts der Rom-I-VO wäre dies in Ermangelung einer wirksamen Rechtswahl (gemäß Art. 8 Abs. 1 Rom-I-VO) in der Regel das Recht des gewöhnlichen Arbeitsortes (Art. 8 Abs. 2 Rom-I-VO). Dieser gewöhnliche Arbeitsort wechselt nach Art. 8 Abs. 2 S. 2 Rom-I-VO nicht, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit vorübergehend in einem anderen Staat verrichtet. Bei einer vorübergehenden Entsendung bleibt daher typischerweise das Vertragsstatut des Herkunftsstaates maßgeblich, in dem der entsandte Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. Dabei ist für den vorübergehenden Charakter der Entsendung allein maßgeblich, dass von einer Rückkehr in den Herkunftsstaat ausgegangen wird; eine absolute Höchstgrenze – wie sie etwa in Art. 12 VO (EG) Nr. 883/2004 vorgesehen ist – kennt Art. 8 Abs. 2 S. 2 Rom-I-VO nicht.¹¹ Von den Rechtsvorschriften des Aufnahmestaats finden für entsandte Arbeitnehmer daher nur solche ausnahmsweise Anwendung, die vom Aufnahmestaat als so entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses angesehen werden, dass sie

ungeachtet des ansonsten anzuwendenden Rechts für alle in ihren Anwendungsbereich fallenden Sachverhalte Geltung beanspruchen. Diese Rechtsnormen setzen sich als Eingriffsnormen iSd. Art. 9 Rom-I-VO unabhängig vom Vertragsstatut international zwingend durch.¹²

Angesichts der (noch immer) erheblichen Unterschiede zwischen den arbeits- und sozialrechtlichen Standards der Mitgliedstaaten könnte dies zu Wettbewerbsverzerrungen führen, wenn Arbeitnehmer aus einem Mitgliedstaat mit niedrigeren in einen Staat mit höheren Standards entsandt werden. Dadurch gerieten die Wirtschaft und in der Folge die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer im Aufnahmestaat unter Druck.¹³ Zugleich wären die entsandten Arbeitnehmer auf Grundlage ihrer nach den Bedingungen des Herkunftsstaats bemessenen Entlohnung unter Umständen nicht in der Lage, den Lebensunterhalt im Aufnahmestaat zu bestreiten. Die Hochlohnländer hätten, um dem zu begegnen, allenfalls die Möglichkeit, die nach eigener Einschätzung besonders bedeutsamen Vorschriften als Eingriffsnormen iSv. Art. 9 Rom-I-VO auszugestalten. Infolgedessen hätten die entsendenden Unternehmen in jedem Mitgliedstaat andere Bestimmungen als verbindliche Eingriffsnormen zu beachten. Um die damit einhergehenden Unsicherheiten bezüglich des anzuwendenden Rechts zu vermeiden und ein Gleichgewicht zwischen der Dienstleistungsfreiheit, dem Schutz der entsandten Arbeitnehmer und der Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen zu gewährleisten, wurde durch die Entsende-RL aF. eine kollisionsrechtliche Sonderregelung geschaffen, nach der ein »harter Kern« klar definierter Schutzbestimmungen des Aufnahmestaats auf die entsandten Arbeitnehmer als Eingriffsnormen anzuwenden sind.¹⁴

7 Schlachter, FS Evju, 2016, S. 565, 569.

8 Schlachter, FS Evju, 2016, S. 565, 568 f.

9 Schlachter, ZESAR 2011, 156, 158, die zutreffend darauf hinweist, dass die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen in der Logik der Dienstleistungsfreiheit nur als Wettbewerbsbedingungen der entsendenden Unternehmen diskutiert werden.

10 Ausf. Deinert, in: Schlachter/Heinig (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, Enzyklopädie Europarecht Bd. 7, Baden-Baden 2016 (im Folgenden: EnzEuR Bd. 7), § 10 Rn. 1–10.

11 Deinert, Internationales Arbeitsrecht, München 2013, § 9 Rn. 102 ff. mwN.; aA. Heuschmid/Schierle, in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht (Fn. 2), § 16 Rn. 57, die sich in Anknüpfung an Art. 12 VO (EG) Nr. 883/2004 für eine Höchstgrenze von 24 Monaten aussprechen.

12 EnzEuR (Bd. 7)-Deinert (Fn. 10), § 10 Rn. 9.

13 EnzEuR (Bd. 7)-Deinert (Fn. 10), § 10 Rn. 11.

14 ErwG. 14 der Entsende-RL; Heuschmid/Schierle, in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht (Fn. 2), § 16 Rn. 60 ff.

Die Entsende-RL aF. diene also nicht primär sozialpolitischen Zielen, sondern vor allem der Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, weshalb sie auf Art. 47 Abs. 2, 55 EGV und damit auf eine Rechtsgrundlage auf dem Gebiet der Dienstleistungsfreiheit gestützt wurde.¹⁵ Die Änderungs-RL hält hieran grundsätzlich fest.¹⁶ Sie ist ebenfalls auf die Vorschriften über den freien Dienstleistungsverkehr (Art. 53 Abs. 1, 62 AEUV) gestützt. Das verfolgte Ziel wird nunmehr allerdings unmittelbar im RL-Text festgelegt, indem Art. 1 Abs. 1 Entsende-RL um folgenden Satz ergänzt wird (Art. 1 Nr. 1 lit. b Änderungs-RL):

- › Mit dieser Richtlinie wird der Schutz entsandter Arbeitnehmer während ihrer Entsendung im Verhältnis zur Dienstleistungsfreiheit sichergestellt, indem zwingende Vorschriften in Bezug auf die Arbeitsbedingungen und den Schutz der Gesundheit und Sicherheit der Arbeitnehmer festgelegt werden, die eingehalten werden müssen.

Ein eigenständiger Regelungsgehalt kommt diesem Satz nicht zu. Es fällt jedoch auf, dass die gewählte Formulierung dem Arbeitnehmerschutz mehr Gewicht einräumt.¹⁷ Der Arbeitnehmerschutz soll im Verhältnis zur Dienstleistungsfreiheit *sichergestellt* werden. Dieser gesetzgeberische Wille, der auch in den Erwägungsgründen zum Ausdruck kommt,¹⁸ ist künftig bei der Auslegung der Entsende-RL zu beachten.

2. Rechtsgrundlage aus dem Kapitel über den freien Dienstleistungsverkehr

Im Gesetzgebungsverfahren wurde angeregt, die Richtlinie auch auf eine Rechtsgrundlage aus dem Titel Sozialpolitik (Art. 151 ff. AEUV) zu stützen,¹⁹ letztlich wurde hiervon jedoch abgesehen. Gegen die Wahl der Art. 53 Abs. 1, 62 AEUV als Rechtsgrundlage bestehen trotz der stärkeren Akzentuierung des Arbeitnehmerschutzes durch die Änderungs-RL keine Bedenken.²⁰ Die Änderungs-RL enthält wie auch schon die ursprüngliche Entsende-RL²¹ keine materiellen Regelungen zum Schutz der Arbeitnehmer. Sie beschränkt sich auf die Koordinierung der in den Mitgliedstaaten bestehenden arbeitsrechtlichen Vorschriften für den wichtigsten Fall²² der Ausübung der Dienstleistungsfreiheit, die Entsendung von Arbeitnehmern zur Erbringung einer Dienstleistung in einem anderen Mitgliedstaat.

Dass dabei der Arbeitnehmerschutz in der Änderungs-RL mehr Gewicht erhält, ändert nichts daran, dass

die hauptsächliche und überwiegende Zielsetzung der RL²³ die Koordinierung der mitgliedstaatlichen Vorschriften ist, welche die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit vereinfacht. Die Union ist in allen Politikfeldern zur Gewährleistung eines angemessenen sozialen Schutzes verpflichtet (Art. 3 Abs. 3 EUV, Art. 9 AEUV). Wird dieses Querschnittsziel der Union in einem Politikfeld nicht erreicht, gebieten Art. 3 Abs. 3 EUV und Art. 9 AEUV unabhängig von Art. 151 ff. AEUV eine Überprüfung der bestehenden Vorschriften und eine Berücksichtigung der in den genannten Vorschriften festgelegten Ziele.²⁴ Der mit der Änderungs-RL einhergehende bessere Arbeitnehmerschutz ist nach Einschätzung des europäischen Gesetzgebers notwendig, um den freien Dienstleistungsverkehr auf einer fairen Grundlage sicherzustellen.²⁵ Der Unionsgesetzgeber geht also davon aus, dass im Bereich des freien Dienstleistungsverkehrs den Zielvorgaben aus Art. 3 Abs. 3 EUV und Art. 9 AEUV stärker Rechnung zu tragen ist. Vor diesem Hintergrund hat er die in der Entsende-RL festgelegten Rahmenbedingungen für die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit durch Entsendung von Arbeitnehmern zur Erbringung einer Dienstleistung in einem anderen Mitgliedstaat angepasst, ohne dadurch jedoch den Charakter der Entsende-RL als Instrument zur Koordinierung der in den Mitgliedstaaten bestehenden arbeitsrechtlichen Vorschriften zu verändern.

15 Zur Diskussion über die Anwendbarkeit dieser Rechtsgrundlage siehe bejahend *Däubler*, EuZW 1997, 613, 614; ablehnend hingegen *Eichenhofer*, ZIAS 1996, 55, 74 f.

16 Vgl. *ErwG.* 2, 24.

17 *Kellerbauer*, EuZW 2018, 846, 847.

18 Siehe etwa *ErwG.* 10: »Ein besserer Arbeitnehmerschutz ist notwendig, um den freien Dienstleistungsverkehr auf einer fairen Grundlage sowohl kurz- als auch langfristig sicherzustellen, insbesondere indem ein Missbrauch der durch die Verträge garantierten Rechte verhindert wird. [...]«. Bemerkenswert auch *ErwG.* 4, 6, 16.

19 Siehe dazu Amendment 1 des Europäischen Parlaments sowie die Stellungnahme des Rechtsausschusses des Parlaments zur Rechtsgrundlage, Europäisches Parlament Dokument PE-Nummer: PE582.163v02-00 – A-Nummer: A8-0319/2017.

20 AA. *Kellerbauer*, EuZW 2018, 846, 847, der die reformierte Richtlinie geltungserhaltend dahingehend auslegen will, dass ihr Schwerpunkt weiterhin in der Förderung der Dienstleistungsfreiheit zu sehen ist.

21 Vgl. *EuGH*, 12. 2. 2015 – C-396/13 – NZA 2015, 345 (Sähköalojen ammattiliitto), Rn. 31.

22 *Däubler*, EuZW 1997, 613, 614.

23 Siehe dazu *EuGH*, 22. 10. 2013 – C-137/12 – ECLI:EU:C:2013:675 (Kommission/Rat), Rn. 53 mwN.; 8. 9. 2009 – C-411/06 – Slg. 2009, I-7585 (Kommission/Parlament und Rat), Rn. 46 mwN.

24 IdS. auch von der Groeben/Schwarze/Hatje-Rust (Fn. 6), Art. 9 AEUV Rn. 4.

25 *ErwG.* 10 der Änderungs-RL.

3. Verhältnis zur Durchsetzungs-RL

Die Änderungs-RL sollte nach dem Kommissionsvorschlag diejenigen Punkte ausklammern, die Gegenstand der RL 2014/67/EU²⁶ (Enforcement-RL) sind.²⁷ Die nunmehr beschlossene Richtlinie enthält indes eine Neufassung des Art. 5 Entsende-RL (Art. 1 Nr. 4 Änderungs-RL), die Fragen der Überwachung, Kontrolle und Durchsetzung betrifft. Die UAbs. 1–3 des neugefassten Art. 5 gehen allerdings inhaltlich nicht über den Regelungsinhalt der bisherigen Norm bzw. der Enforcement-RL hinaus. Die UAbs. 4 und 5 enthalten hingegen eine Neuerung:

» In dem Fall, dass nach einer von einem Mitgliedstaat gemäß Art. 4 der RL 2014/67/EU durchgeführten Gesamtbeurteilung festgestellt wird, dass ein Unternehmen fälschlicherweise oder in betrügerischer Absicht den Eindruck erweckt hat, dass die Situation eines Arbeitnehmers in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fällt, stellt dieser Mitgliedstaat sicher, dass der Arbeitnehmer in den Genuss des entsprechenden Rechts und der entsprechenden Gepflogenheiten kommt.

Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass dieser Artikel nicht dazu führt, dass für den betreffenden Arbeitnehmer ungünstigere Bedingungen gelten als für entsandte Arbeitnehmer.«

Mit dieser Änderung wird eine Lücke in der Enforcement-RL geschlossen. Deren Art. 4 enthält Regelungen, anhand derer die Mitgliedstaaten bei der Durchführung, Anwendung und Durchsetzung der Entsende-RL feststellen sollen, ob ein Arbeitnehmer tatsächlich als entsandter Arbeitnehmer anzusehen ist. Die Bestimmung soll den Missbrauch und die Umgehung der Entsende-RL verhindern. Die Konsequenzen einer vorgetäuschten Entsendung regelt die Enforcement-RL jedoch nicht; stattdessen wird in deren ErwG. 11 auf die Rom-I-VO und den in deren Art. 8 geregelten Günstigkeitsvergleich verwiesen, wonach eine Rechtswahl der Parteien nicht dazu führen darf, dass dem Arbeitnehmer der Schutz entzogen wird, der ihm durch Bestimmungen des objektiv anwendbaren Rechts gewährt würde.²⁸ Mit der Neuregelung wird nun die Rechtsfolge klargestellt. Die Mitgliedstaaten müssen sicherstellen, dass der Arbeitnehmer in den Genuss des entsprechenden Rechts und der entsprechenden Gepflogenheiten kommt. Sie müssen also gewährleisten, dass das Recht Anwendung findet, das ohne die vorgetäuschte Entsendung auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden wäre. Darüber hinaus müssen sie gewährleisten, dass für

den Arbeitnehmer keine ungünstigeren Bedingungen gelten, als für entsandte Arbeitnehmer, dh. die Arbeitnehmer müssen sich etwa auf den besonderen Gerichtsstand (Art. 6 Entsende-RL) und die Haftung des Auftraggebers (Art. 12 Enforcement-RL) berufen können.

III. Entsendung iSd. RL

Die Entsende-RL setzt voraus, dass eine Entsendung iSv. deren Art. 1 Abs. 3 vorliegt. Die Norm unterscheidet drei Formen der Entsendung: die Entsendung im Rahmen der Erbringung von Dienst- oder Werkvertragsleistungen in einem anderen Mitgliedstaat (lit. a), die Entsendung in eine Niederlassung oder ein Konzernunternehmen (lit. b) und die grenzüberschreitende Leiharbeit (lit. c²⁹).

Die Änderungs-RL fügt Art. 1 Abs. 3 Entsende-RL folgende Unterabsätze an:

» Muss ein Arbeitnehmer, der von einem Leiharbeitsunternehmen oder einem Arbeitnehmer überlassenden Unternehmen einem entleihenden Unternehmen gemäß Buchst. c überlassen wird, Arbeit im Rahmen der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen im Sinne von Buchstabe a, b oder c im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats als demjenigen verrichten, in dem der Arbeitnehmer normalerweise entweder für das Leiharbeitsunternehmen oder das Arbeitnehmer zur Verfügung stellende Unternehmen oder das entleihende Unternehmen arbeitet, so

²⁶ Mit dieser Richtlinie war ein gemeinsamer Rahmen einer Reihe angemessener Bestimmungen, Maßnahmen und Kontrollmechanismen festgelegt worden, die für eine bessere und einheitlichere Durchführung, Anwendung und Durchsetzung der RL 96/71/EG in der Praxis notwendig sind, einschließlich Maßnahmen zur Verhinderung und Sanktionierung jeglichen Missbrauchs und jeglicher Umgehung der anzuwendenden Rechtsvorschriften (Art. 1 Abs. 1). Zum Inhalt der Richtlinie im Einzelnen EnzEuR (Bd. 7)-Deinert (Fn. 10), § 10 Rn. 30; Heuschmid/Schierle, in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht (Fn. 2), § 16 Rn. 69 ff.; vgl. auch auf Grundlage des Richtlinienentwurfs: Schubert, Der Vorschlag der EU-Kommission für eine Monti-II-Verordnung – eine kritische Analyse unter Einbeziehung der Überlegungen zu der Enforcement-Richtlinie, Saarbrücken 2012, S. 42 ff.

²⁷ COM (2016) 128 final, S. 3.

²⁸ EnzEuR (Bd. 7)-Deinert (Fn. 10), § 10 Rn. 30; Schubert, Monti-II-VO (Fn. 26), S. 46.

²⁹ Der Wortlaut des Art. 1 Abs. 3 lit. c wurde durch die Änderungs-RL terminologisch an die Leiharbeits-RL 2008/104/EG angepasst. Anstatt der Begriffe »Arbeitnehmer zur Verfügung stellendes Unternehmen« und »verwendendes Unternehmen« werden die Begriffe »Arbeitnehmer überlassendes Unternehmen« (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. e Leiharbeits-RL) und »entleihendes Unternehmen« (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. d Leiharbeits-RL) eingefügt. Dies geschieht jedoch nicht konsequent; der zweite Satzteil enthält weiterhin den Begriff »Arbeitnehmer zur Verfügung stellendes Unternehmen«. Ebenso inkonsequent werden die Begriffe im mit der Änderungs-RL neu eingefügten Abs. 1b (siehe dazu unten VII.) verwendet. Eine inhaltliche Änderung ist mit der Anpassung der Terminologie nicht verbunden.

gilt der Arbeitnehmer als von dem Leiharbeitsunternehmen oder dem Arbeitnehmer zur Verfügung stehenden Unternehmen, mit dem der Arbeitnehmer in einem Arbeitsverhältnis steht, in das Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats entsandt. Das Leiharbeitsunternehmen oder das einen Arbeitnehmer zur Verfügung stellende Unternehmen ist als ein Unternehmen im Sinne von Abs. 1 zu betrachten und hält die entsprechenden Bestimmungen dieser Richtlinie und der RL 2014/67/EU uneingeschränkt ein.

Das entleihende Unternehmen unterrichtet das Leiharbeitsunternehmen oder das einen Arbeitnehmer überlassende Unternehmen, das den Arbeitnehmer überlassen hat, rechtzeitig vor Beginn der Arbeit nach UAbs. 2.

Die Unterabsätze schließen eine Lücke, die sich daraus ergibt, dass alle der in Art. 1 Abs. 3 lit. a–c Entsende-RL geregelten Fälle voraussetzen, dass für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden (Leiharbeits-) Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht. Dies hat zur Folge, dass die Entsende-RL bei wortgetreuer Auslegung umgangen werden könnte, indem ein weiteres Unternehmen zwischen den Arbeitgeber und das Einsatzunternehmen geschaltet wird. Wird ein Arbeitnehmer zB. von einem Leiharbeitsunternehmen an einen Entleiher überlassen und von diesem sodann ins Ausland entsandt, besteht zwischen dem entsendenden Entleiher und dem Arbeitnehmer kein Arbeitsverhältnis. Mit dem Leiharbeitsunternehmen hingegen besteht zwar ein Arbeitsverhältnis, dieses Unternehmen entsendet den Arbeitnehmer jedoch nicht in einen anderen Mitgliedstaat, sondern überlässt ihn nur innerhalb eines Mitgliedstaates.

Eine ähnliche Situation ergibt sich, wenn der Arbeitnehmer vom Entleiher im Wege der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung an ein Unternehmen in einem anderen Mitgliedstaat überlassen und von diesem dann in einen dritten Mitgliedstaat entsandt wird. In diesem Fall handelt es sich zunächst zwar um eine Entsendung nach Art. 1 Abs. 3 lit. c Entsende-RL. Die weitere Entsendung durch den Entleiher wäre indes wiederum nicht erfasst, da zwischen ihm und dem Arbeitnehmer kein Arbeitsverhältnis besteht.

Art. 1 Abs. 3 UAbs. 2 Entsende-RL nF. sorgt nun dafür, dass in einem solchen Fall das Leiharbeitsunternehmen, das den Arbeitnehmer dem entsendenden Unternehmen überlässt, selbst als entsendendes Unternehmen iSd. Richtlinie anzusehen ist und die entsprechenden Pflichten aus der Entsende-RL sowie aus der Enforcement-RL erfüllen muss.³⁰ Das Leiharbeitsunternehmen wird also so gestellt, als hätte

es den Arbeitnehmer selbst im Wege der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung an das Einsatzunternehmen überlassen. Dabei ist es unerheblich, ob das Leiharbeitsunternehmen den Arbeitnehmer ursprünglich nur innerhalb des Herkunftsstaats oder grenzüberschreitend in einen anderen Mitgliedstaat überlassen hat. Der Unterabsatz setzt zwar voraus, dass der Arbeitnehmer »von einem Leiharbeitsunternehmen [...] einem entleihenden Unternehmen gemäß Buchst. c überlassen wird«. Art. 1 Abs. 3 lit. c Entsende-RL verlangt allerdings keine grenzüberschreitende Überlassung, sondern lediglich, dass das Leiharbeitsunternehmen den Arbeitnehmer einem entleihenden Unternehmen überlässt, das seinen Sitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat oder dort seine Tätigkeit ausübt.³¹ Der Mitgliedstaat kann demnach auch der Herkunftsstaat sein.

Das zweite Unternehmen, das den Arbeitnehmer entliehen und anschließend tatsächlich entsandt hat, wird hingegen nicht als entsendendes Unternehmen iSd. Richtlinie angesehen, sondern nach UAbs. 3 ausschließlich verpflichtet, das Leiharbeitsunternehmen, also den Arbeitgeber des Arbeitnehmers, rechtzeitig vor Beginn der Arbeit im anderen Mitgliedstaat zu unterrichten.

IV. Erweiterung des Katalogs der zu erstreckenden Arbeitsbedingungen

Die Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten (oben II.1. und 2.) erfolgt durch Art. 3 Entsende-RL. Nach dieser Vorschrift ist ein »harter Kern« klar definierter Schutzbestimmungen des Aufnahmestaats auf die entsandten Arbeitnehmer zu erstrecken. Welche Regelungsgegenstände hiervon erfasst sind, richtet sich nach dem in Art. 3 Abs. 1 Entsende-RL enthaltenen Katalog. Die Änderungs-RL ersetzt den in diesem Katalog enthaltenen Begriff »Mindestlohnsätze« durch den Begriff »Entlohnung« (dazu 1.) und fügt zwei neue Regelungsgegenstände hinzu (dazu 2.)

³⁰ Zu diesem Ergebnis kam der EuGH auch auf Grundlage der alten Fassung der Entsende-RL. Er bejahte eine Entsendung von Arbeitskräften iSv. Art. 1 Abs. 3 lit. c Entsende-RL zwischen Kroatien und Österreich in einem Fall, in dem ein italienisches Unternehmen die ihm von einem in Kroatien ansässigen Unternehmen überlassenen kroatischen Arbeitnehmer zur Erbringung von Dienstleistungen nach Österreich entsenden wollte, EuGH, 14.11.2018 – C-18/17 – ECLI:EU:C:2018:904 (Danieli & C. Officine Meccaniche ua.), Rn. 24 ff.; ebenso bereits GA Wahl, 26.4.2018 – C-18/178 – ECLI:EU:C:2018:288 (Danieli & C. Officine Meccaniche ua.), Rn. 36 ff.

³¹ Im Ergebnis ebenso Kellerbauer, EuZW 2018, 846, 848.

1. »Entlohnung« statt »Mindestlohnsätze« und Anrechnung von Entsendungszulagen

Nach Art. 1 Nr. 2 lit. a Änderungs-RL wird der Begriff »Mindestentgeltsätze« in Art. 3 Abs. 1 lit. c Entsende-RL durch den Begriff »Entlohnung« ersetzt. Der Begriff bestimmt sich nach den nationalen Rechtsvorschriften oder nationalen Gepflogenheiten des Mitgliedsstaats, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer entsandt ist,³² und umfasst alle die Entlohnung ausmachenden Bestandteile, die gemäß nationaler Rechts- oder Verwaltungsvorschriften oder durch in diesem Mitgliedsstaat für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge oder Schiedssprüche oder durch Tarifverträge oder Schiedssprüche, die nach Art. 3 Abs. 8 Entsende-RL anderweitig Anwendung finden (dazu unten VI.), zwingend verbindlich gemacht worden sind (Art. 3 Abs. 1 UAbs. 3 Entsende-RL nF.).

Die Änderung findet sich bereits wortgleich im Kommissionsvorschlag, der klarstellt, dass dieser Entlohnungsbegriff auf der Rechtsprechung des EuGH in der Rs. *Sähköalojen*³³ basiert.³⁴ In der genannten Entscheidung hatte der Gerichtshof den Begriff »Mindestlohnsätze« dahingehend interpretiert, dass er nicht bloß den Basislohn umfasst, sondern auch ganze Entgeltgitter mit verschiedenen nach Tätigkeiten und Qualifikationen ausdifferenzierten Entgeltgruppen bzw. -stufen.³⁵ Diese Frage war in der Literatur zuvor umstritten.³⁶ Mit der Änderung des Begriffs wird die Rechtsprechung des EuGH nun durch den Gesetzgeber bestätigt und in der Richtlinie festgeschrieben.³⁷ Darüber hinaus erfasst der neue Begriff alle weiteren die Entlohnung nach nationalem Recht ausmachenden Bestandteile. Hierzu gehören insbesondere Zulagen, Zuschläge und Sonderzahlungen, die neben dem regulären Entgelt gezahlt werden und damit das Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung verändern.³⁸

In Bezug auf das Entgelt bringt die Änderungs-RL eine weitere Neuerung. Nach Art. 3 Abs. 7 UAbs. 2 Entsende-RL aF. waren Entsendungszulagen auf den Mindestlohn anzurechnen, soweit sie nicht als Erstattung für infolge der Entsendung tatsächlich entstandene Kosten wie zB. Reise-, Unterbringungs- und Verpflegungskosten gezahlt werden. Der durch Art. 1 Nr. 2 lit. c Änderungs-RL neugefasste Art. 3 Abs. 7 UAbs. 2 Entsende-RL hält hieran zwar grundsätzlich fest, indem er vorsieht, dass Entsendungszulagen als Bestandteil der Entlohnung gelten, sofern sie nicht als Erstattung von infolge der Entsendung tatsächlich entstan-

denen Kosten gezahlt werden. Diese Regelung wird jedoch durch folgenden UAbs. 3 ergänzt, der eine Vermutungsregelung zugunsten des entsandten Arbeitnehmers enthält:

» Legen die für das Arbeitsverhältnis geltenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen nicht fest, ob und wenn ja welche Bestandteile einer Entsendungszulage als Erstattung von infolge der Entsendung tatsächlich entstandenen Kosten gezahlt werden oder welche Teil der Entlohnung sind, so ist davon auszugehen, dass die gesamte Zulage als Erstattung von infolge der Entsendung entstandenen Kosten gezahlt wird.

Wie aus der Formulierung »so ist davon auszugehen« hervorgeht, handelt es sich um eine unwiderlegliche Vermutung, die bei Vorliegen der in der Norm genannten Voraussetzungen eintritt. Der entsandte Arbeitnehmer hat dann Anspruch auf die Zahlung der Entsendungszulagen zusätzlich zu der ihm nach der Richtlinie zustehenden Entlohnung.

2. Bedingungen für Unterkünfte von Arbeitnehmern sowie Zulagen oder Kostenerstattung für Reise-, Unterbringungs- und Verpflegungskosten

Darüber hinaus erweitert Art. 1 Nr. 2 lit. a Änderungs-RL die in Art. 3 Abs. 1 Entsende-RL enumerativ aufgelisteten Mindestarbeitsbedingungen. Der neue lit. h garantiert die in dem

32 Diesen Verweis enthielt auch bereits Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 aF. in Bezug auf den Begriff »Mindestentgeltsätze«.

33 EuGH, 12.2.2015 – C-396/13 – NZA 2015, 345 (Sähköalojen ammattiliitto).

34 COM (2016) 128 final, S. 8; dazu *Risak*, DRdA 2016, 306, 309 ff.

35 EuGH, 12.2.2015 – C-396/13 – NZA 2015, 345 (Sähköalojen ammattiliitto), Rn. 38–45; dazu *Bayreuther*, EuZA 2015, 346, 352 f.; *ders.*, EuZW 2015, 312 f.; *Hellsten*, AuR 2015, 262; *Heuschmid/Schierle*, in: *Preis/Sagan*, Europäisches Arbeitsrecht (Fn. 2), § 16 Rn. 132; *Heuschmid*, AuR 2016, 164; aA. hingegen GA *Wahl*, 18.9.2014 – C-396/13 (Sähköalojen ammattiliitto), Rn. 79–83; dem folgend *Franzen*, NZA 2015, 338, 339.

36 Für die Erstreckbarkeit ausdifferenzierter Lohngitter etwa *Bayreuther*, NZA 2008, 626, 630; *ders.*, EuZA 2014, 189, 193 f. (zumindest hinsichtlich der Zulässigkeit von Entgelt differenzierungen nach den Tarifgebieten Ost und West sowie nach gelernten und ungelerten Arbeitnehmern); *ders.*, EuZA 2015, 346, 352; *Rödl*, WSI-Mitteilungen 2012, 517, 522 f.; *Hellsten*, AuR 2015, 262, 265; *Heuschmid*, AuR 2016, 164, 165; krit. indes *Konzen*, NZA 2002, 781, 783; zum Streitstand auch *Koberski/Asshoff/Eustrup/Winkler*, AEntG, 3. Aufl., München 2011, § 5 Rn. 2 ff. mwN.

37 *Heuschmid/Schierle*, in: *Preis/Sagan*, Europäisches Arbeitsrecht (Fn. 2), § 16 Rn. 142.

38 *Mävers*, ArbRAktuell 2018, 463, 464; der Begriff Mindestlohnsätze hatte diese Zuschläge und Zulagen nach der Rechtsprechung des EuGH nicht erfasst, vgl. EuGH, 14.4.2005 – C-341/02 – Slg. 2005, I-2733 (Kommission/Deutschland), Rn. 39; 7.11.2013 – C-522/12 – NZA 2013, 1359 (Isbir), Rn. 38 ff.; 12.2.2015 – C-396/13 – NZA 2015, 345 (Sähköalojen ammattiliitto), Rn. 36; siehe dazu auch *Risak*, DRdA 2018, 306, 310.

Mitgliedstaat festgelegten Bedingungen für die Unterkünfte von Arbeitnehmern, wenn sie vom Arbeitgeber für Arbeitnehmer, die von ihrem regelmäßigen Arbeitsplatz entfernt sind, zur Verfügung gestellt werden. Lit. i garantiert die im Aufnahmemitgliedstaat festgelegten Ansprüche auf Zulagen oder Kostenerstattung zur Deckung von Reise-, Unterbringungs- und Verpflegungskosten für Arbeitnehmer, die aus beruflichen Gründen nicht zu Hause wohnen. Auf Grundlage der alten Fassung der Richtlinie waren letztere zwar nicht auf entsandte Arbeitnehmer zu erstrecken. Tatsächlich vom Arbeitgeber gezahlte Unterbringungs- und Verpflegungskosten waren nach der Rechtsprechung des EuGH jedoch nicht als mindestlohnwirksame Leistungen einzustufen und konnten daher nicht auf die nach Art. 3 Abs. 1 lit. c Entsende-RL zu zahlenden Mindestlohnsätze angerechnet werden.³⁹

V. Branchenunabhängige Erstreckung allgemeinverbindlicher Tarifverträge

Die in Art. 3 Abs. 1 Entsende-RL aufgezählten Arbeitsbedingungen sind in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten nicht allein in Rechts- oder Verwaltungsvorschriften geregelt (Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1, 1. Spstr. Entsende-RL). Insbesondere allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge spielen in der Praxis eine wichtige Rolle bei der Festsetzung der Mindestarbeitsbedingungen. Aus diesem Grund sah bereits die alte Richtlinie vor, diese Tarifverträge auf entsandte Arbeitnehmer zu erstrecken (Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1, 2. Spstr. Entsende-RL). Die Regelung war jedoch sachlich auf die im Anhang der Richtlinie näher spezifizierten Bauarbeiten, die der Errichtung, der Instandsetzung, der Instandhaltung, dem Umbau oder dem Abriss dienen,⁴⁰ beschränkt.⁴¹ In allgemeinverbindlichen Tarifverträgen anderer Branchen festgelegte Beschäftigungsbedingungen mussten die Mitgliedstaaten hingegen nicht auf entsandte Arbeitnehmer erstrecken. Nach Art. 3 Abs. 10, 2. Spstr. Entsende-RL stand es vielmehr im Ermessen der Mitgliedstaaten, unter Einhaltung des Vertrags auch diese Tarifverträge auf entsandte Arbeitnehmer zu erstrecken. Die Tatsache, dass diese Möglichkeit unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mit dem Primärrecht stand (»unter Einhaltung des Vertrags«), führte jedoch dazu, dass jede Erstreckung als Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) einer Rechtfertigung bedurfte.⁴²

Mit der Änderungs-RL wurde nun die Begrenzung auf allgemeinverbindliche Tarifverträge der Baubranche in

Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1, 2. Spstr. Entsende-RL aF. aufgegeben. In Tarifverträgen festgelegte Beschäftigungsbedingungen, die einem der in Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a–i Entsende-RL enthaltenen Katalogtatbestände zuzuordnen sind, müssen nun branchenunabhängig auf entsandte Arbeitnehmer erstreckt werden, sofern sie für allgemeinverbindlich erklärt sind oder anderweitig nach Art. 3 Abs. 8 Entsende-RL (dazu VI.) Anwendung finden (Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1, 2. Spstr. Entsende-RL nF.). Der europäische Gesetzgeber hat damit die Abwägung von Arbeitnehmerschutz und Dienstleistungsfreiheit auf einer abstrakten Ebene vorweggenommen und den Arbeitnehmerschutz generell als überwiegend eingeordnet. Die Vereinbarkeit der Erstreckung mit den Verträgen bedarf daher im Einzelfall keiner Begründung mehr. Begründungsbedürftig ist nunmehr stattdessen der etwaige Ausnahmefall einer Verletzung des Primärrechts durch die Erstreckung allgemeinverbindlicher Tarifverträge, der ausnahmsweise einen Verzicht auf die Erstreckung rechtfertigen könnte.

VI. Erstreckung allgemein wirksamer sowie repräsentativer Tarifverträge

Eine weitere Stärkung erfahren tarifvertragliche Regelungen durch die in Art. 1 Nr. 2 lit. d Änderungs-RL enthaltene Änderung des Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 Entsende-RL. Bisher gab diese Vorschrift nur denjenigen Mitgliedsstaaten, die *nicht* über das Regelungsinstrument der Allgemeinverbindlichkeitserklärung verfügen,⁴³ Möglichkeiten an die Hand, mithilfe derer sie die Geltung von »quasi allgemeinverbindlichen«⁴⁴ Tarifverträgen für entsandte Arbeitnehmer durch Beschluss⁴⁵ her-

39 EuGH, 12.2.2015 – C-396/13 – NZA 2015, 345 (Sähköalojen ammattiliitto), Rn. 58 ff.

40 Hierzu zählten nach der nicht abschließenden Aufzählung im Anhang der Richtlinie folgende Tätigkeiten: 1. Aushub, 2. Erdarbeiten, 3. Bauarbeiten im engeren Sinne, 4. Errichtung und Abbau von Fertigbauelementen, 5. Einrichtung und Abbau von Fertigbauelementen, 6. Umbau, 7. Renovierung, 8. Reparatur, 9. Abbauarbeiten, 10. Abbrucharbeiten, 11. Wartung, 12. Instandhaltung (Maler- und Reinigungsarbeiten), 13. Sanierung.

41 EuArbR-*Rebhahn/Windisch-Graetz* (Fn. 2), RL 96/71/EG Art. 3 Rn. 7.

42 Dazu iE. EuArbR-*Rebhahn/Windisch-Graetz* (Fn. 2), RL 96/71/EG Art. 3 Rn. 46–51.

43 EuGH, 3.4.2008 – C-346/06 – Slg. 2008, I-1989 (Rüffert), Rn. 27.

44 Müller, Die Entsendung von Arbeitnehmern in der Europäischen Union, Baden-Baden 1997 (im Folgenden: Entsendung von Arbeitnehmern), S. 133.

45 Der EuGH verlangte für eine Geltungswirkung eine dahingehende Entscheidung des jeweiligen Mitgliedsstaates, EuGH, 18.12.2007 – C-341/05 – Slg. 2007, I-11767 (Laval), Rn. 65 f.

beiführen konnten. Der Unterabsatz hatte also den Zweck, das Fehlen eines Systems der Allgemeinverbindlichkeit zu kompensieren. Dies erklärt seine verhältnismäßig hohen Voraussetzungen.

Durch die Änderungs-RL werden die beiden Möglichkeiten zur Erstreckung von Tarifnormen auch den Mitgliedstaaten eröffnet, die über ein System der Allgemeinverbindlichkeitserklärung verfügen. Letztere können fortan »zusätzlich zu einem solchen System« beschließen, auf eine oder beide Möglichkeiten des Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 Entsende-RL zurückzugreifen. Der Unterabsatz erlangt damit für einen größeren Kreis der Mitgliedstaaten Bedeutung,⁴⁶ weshalb Anlass besteht, die Vorschrift näher zu beleuchten.

Nach dem ersten Spiegelstrich des Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 Entsende-RL können Tarifverträge oder Schiedssprüche erstreckt werden, die für alle in den jeweiligen geographischen Bereich fallenden und die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe ausübenden gleichartigen Unternehmen *allgemein wirksam* sind. Das Merkmal der allgemeinen Wirksamkeit muss von der Allgemeinverbindlichkeit nach UAbs. 1 abgegrenzt werden. Es kann daher nicht um die Wirkung aufgrund eines staatlichen Rechtsakts gehen, wie sie für allgemeinverbindliche Tarifverträge kennzeichnend ist.⁴⁷ Vielmehr muss sich die allgemeine Wirkung aus anderen Gründen ergeben. Zu denken ist etwa an eine Wirkung aufgrund allgemeiner Verbandszugehörigkeit oder infolge einer Durchsetzung des Tarifvertrages durch die Gewerkschaft gegenüber jedem einzelnen Arbeitgeber. Da Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 Entsende-RL keine Vorgaben zur Grundlage der Wirkung des Tarifvertrages enthält, kann auch eine Wirkung aufgrund vertraglicher Bezugnahme ausreichen. Eine Regelung in einem Vergabegesetz, nach der öffentliche Aufträge nur an Unternehmen vergeben werden dürfen, die eine Tariftreue-Erklärung abgegeben haben, genügt nach der Rechtsprechung des EuGH indes nicht, weil in einem solchen Fall die Bindungswirkung herbeiführenden Rechtsvorschriften nur für die Vergabe öffentlicher und nicht für die Vergabe privater Aufträge gelten.⁴⁸

Der zweite Spiegelstrich nennt Tarifverträge, die von den auf nationaler Ebene repräsentativsten Organisationen der Tarifvertragsparteien geschlossen wurden und innerhalb des gesamten nationalen Hoheitsgebiets zur Anwendung kommen. Die Repräsentativität ist nach dem Wortlaut auf beide Tarifvertragsparteien bezogen und auf nationaler Ebene zu bestimmen. Die größte Hürde dürfte in vielen Mitgliedstaaten die Voraussetzung darstellen, dass der

Tarifvertrag »innerhalb des gesamten nationalen Hoheitsgebiets zur Anwendung« kommt. Diese Voraussetzung schließt die Erstreckung von Tarifverträgen aus, die lediglich für einen Teil des Hoheitsgebiets (zB. für eine Region oder ein Bundesland) abgeschlossen wurden. Damit scheidet etwa in Deutschland ein großer Teil der relevanten Tarifverträge aus. Das Parlament hatte in Amendment 33 hingegen vorgeschlagen, auch die Erstreckung derjenigen Tarifverträge oder Schiedssprüche zu ermöglichen, die gemäß der Festlegung durch den Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitsleistung erbracht wird, für den geografischen Bereich und die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe repräsentativ sind und die günstigsten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für den Arbeitnehmer bieten.⁴⁹ Der Vorschlag fand allerdings keine Berücksichtigung.

Beide in Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 Entsende-RL vorgesehene Möglichkeiten stehen unter der Voraussetzung, dass durch die Anwendung der Tarifnormen eine Gleichbehandlung der Entsendeunternehmen gegenüber den ortsansässigen Unternehmen bezüglich der in Art. 3 Abs. 1 Entsende-RL genannten Mindestarbeitsbedingungen gewährleistet wird. In den Fällen des ersten Spiegelstrichs ist dies bereits dadurch sichergestellt, dass der Tarifvertrag im Aufnahmestaat allgemein wirksam ist, dh. die ortsansässigen Unternehmen wenden ihn bereits an. Der zweite Spiegelstrich setzt hingegen lediglich die Anwendung im gesamten Hoheitsgebiet voraus, nicht aber die allgemeine Anwendung für jedes Unternehmen. Nicht tarifgebundene Unternehmen hätten daher gegenüber entsendenden Unternehmen einen Vorteil, sofern der Tarifvertrag lediglich auf letztere erstreckt würde. Es bedarf daher zugleich einer Erstreckung auf alle ortsansässigen Unternehmen, die nicht an den zu erstreckenden Tarifvertrag oder an einen vergleichbaren Tarifvertrag, der von nicht repräsentativen Organisationen oder lediglich für eine bestimmte Region geschlossen wurde, gebunden sind.

Angesichts der Rechtsprechung des EuGH in der Rs. *Laval* ist zudem davon auszugehen, dass für die Geltungs-

46 Der UAbs. betraf bisher vor allem Schweden und Dänemark, weil diese beiden Staaten nicht über ein System der Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Tarifverträgen verfügen, siehe *Schierle*, in: Schlachter (Hrsg.), *EU Labour Law*, Alphen aan den Rijn 2015, Art. 3 Directive No. 96/171/EC unter III.4, S. 184.

47 *Müller*, Entsendung von Arbeitnehmern (Fn. 44), S. 133 f.

48 EuGH, 3. 4. 2008 – C-346/06 – Slg. 2008, I-1989 (Rüffert), Rn. 28 f.

49 Europäisches Parlament Dokument PE-Nummer: PE582.163v02-00 – A-Nummer: A8-0319/2017.

anordnung des Mitgliedsstaates nach Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 Entsende-RL eine *ausdrückliche* hoheitliche Verbindlichkeitserklärung des gewählten tariflichen Regelungssystems (bzw. der gewählten tariflichen Regelungssysteme) vonnöten sein wird.⁵⁰

VII. Neue Regelungen zur grenzüberschreitenden Leiharbeit

Auch die in der Entsende-RL getroffenen Regelungen zur grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung werden durch die Änderungs-RL modifiziert.⁵¹ Schon bisher zählten die Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, insbesondere durch Leiharbeitsunternehmen, gemäß Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 lit. d Entsende-RL zu dem harten Kern derjenigen Arbeitsbedingungen, die auf entsandte Arbeitnehmer zu erstrecken sind. Hieran ändert die Änderungs-RL nichts.

1. Geltung des Equal-Pay-Grundsatzes

Neu in Art. 3 Entsende-RL eingefügt wurde Abs. 1b (Art. 1 Nr. 2 lit. b Änderungs-RL):

- » Die Mitgliedstaaten bestimmen, dass die in Art. 1 Abs. 3 Buchst. c genannten Unternehmen den entsandten Arbeitnehmern die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen garantieren, die nach Art. 5 RL 2008/104/EG für Leiharbeiter gelten, die von im Mitgliedstaat der Leistungserbringung niedergelassenen Leiharbeitsunternehmen zur Verfügung gestellt werden. Das entleihende Unternehmen unterrichtet die in Art. 1 Abs. 3 Buchst. c genannten Unternehmen über die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, die in diesem Unternehmen für die Arbeitsbedingungen und die Entlohnung gelten, soweit sie von UAbs. 1 des vorliegenden Absatzes erfasst sind.

Der Absatz stellt die Geltung des in Art. 5 Leiharbeits-RL normierten Equal-Pay-Grundsatzes auf die im Wege der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung entsandten Arbeitnehmer klar.⁵² Im Schrifttum wurde auf Grundlage des bisherigen Rechts zum Teil angenommen, dass die Bestimmungen der Leiharbeits-RL und die nationalen Umsetzungsgesetze bereits von Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 lit. d Entsende-RL erfasst und daher auf entsandte Leiharbeiter zu erstrecken sind.⁵³ Nach anderer Ansicht sollte sich die Geltung des Equal-Pay-Grundsatzes

für die entsandten Arbeitnehmer aus der Umsetzung der Leiharbeits-RL im Herkunftsstaat ergeben, aufgrund derer der in Art. 5 Leiharbeits-RL normierte Grundsatz auch zugunsten der entsandten Arbeitnehmer gelte.⁵⁴ Es wurde jedoch auch darauf hingewiesen, dass die Anwendung des Equal-Pay-Grundsatzes auf die entsandten Arbeitnehmer in einem gewissen Widerspruch zur restriktiven Rechtsprechung des EuGH (insbesondere in den Rechtssachen *Laval* und *Rüffert*) stehe, wonach die Entsende-RL nur eine Erstreckung von Mindestarbeitsbedingungen und gerade keine Gleichbehandlung von Ortskräften und entsandten Arbeitnehmern erlaube.⁵⁵ Die Anwendbarkeit des Equal-Pay-Grundsatzes wird durch die Reform jetzt bestätigt.

Eine gewisse Unklarheit bringt die Neuregelung aufgrund des Verweises auf »die in Art. 1 Abs. 3 lit. c genannten Unternehmen«, da in Art. 1 Abs. 3 lit. c Entsende-RL sowohl das überlassende als auch das entleihende Unternehmen genannt wird. Der Verweis könnte dahingehend verstanden werden, dass beide Unternehmen alternativ oder kumulativ die Beschäftigungsbedingungen garantieren müssen. Richtigerweise muss der Verweis allerdings einschränkend dahingehend ausgelegt werden, dass nur die in Art. 1 Abs. 3 lit. c Entsende-RL genannten Leiharbeitsunternehmen und überlassenden Unternehmen gemeint sind. Hierfür spricht die an die entleihenden Unternehmen gerichtete Unterrichtungspflicht gegenüber den »in Art. 1 Abs. 3 Buchst. c genannten Unternehmen« in Art. 3 Abs. 1b UAbs. 2 Entsende-RL. Außerdem entspricht dieses Verständnis der Regelungssystematik des Art. 3 Abs. 1 Entsende-RL, wonach der harte Kern an Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen durch »die in Art. 1 Abs. 1 genannten Unternehmen« und damit durch die entsendenden Unternehmen zu garantieren ist. Auch Art. 3 Abs. 9 Ent-

50 So zur alten Rechtslage EuArbR-*Rebhahn/Windisch-Graetz* (Fn. 2), RL 96/71/EG Art. 3 Rn. 10, unter Hinweis auf EuGH, 18. 12. 2007 – C-341/05 – Slg. 2007, I-11767 (*Laval*), Rn. 66 f.

51 Zur Anwendung der Entsende-RL auf die grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung siehe bereits unter III.

52 Vgl. ErwG. 12 der Änderungs-RL.

53 *Heuschmid/Schierle*, in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht (Fn. 2), § 5 Rn. 165; offen gelassen von EuArbR-*Rebhahn/Windisch-Graetz* (Fn. 2), Art. 3 RL 96/71/EG Rn. 33.

54 *Franzen*, EuZA 2011, 451, 461 ff.; idS. auch EuArbR-*Rebhahn/Windisch-Graetz* (Fn. 2), RL 96/71/EG Art. 3 Rn. 32.

55 Ausf. *Nyström*, in: Schlachter, EU Labour Law (Fn. 46), Art. 3 Directive No. 2008/104/EC unter VIII.4, S. 263 f.

sende-RL nF. (dazu 2.), der ebenfalls auf »die in Art. 1 Abs. 1 genannten Unternehmen« abstellt, bestätigt diese Sichtweise.

2. Erstreckung zusätzlicher Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen

Nach Art. 3 Abs. 9 Entsende-RL aF konnten die Mitgliedstaaten vorsehen, dass die entsendenden Unternehmen den im Wege der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung entsandten Arbeitnehmern diejenigen Bedingungen garantieren, die in dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitsleistung erbracht wird, für Leiharbeiter gelten. Diese Regelung wurde ursprünglich vor allem auf deutschen Wunsch in die Entsende-RL aufgenommen, um den in Deutschland schon vor Inkrafttreten der Leiharbeits-RL geltenden Gleichbehandlungsgrundsatz abzusichern.⁵⁶ Zu diesem Zweck ist die Bestimmung aufgrund der unter 1. erläuterten zwingenden Geltung des Art. 5 Leiharbeits-RL für die entsandten Arbeitnehmer nach Art. 3 Abs. 1b Entsende-RL nicht mehr erforderlich. Art. 1 Nr. 2 lit. e Änderungs-RL modifiziert Art. 3 Abs. 9 Entsende-RL daher wie folgt:

» Die Mitgliedstaaten können bestimmen, dass die in Art. 1 Abs. 1 genannten Unternehmen den Arbeitnehmern im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchstabe c zusätzlich zu den in Abs. 1b des vorliegenden Artikels genannten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen andere Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen garantieren, die für Leiharbeiter in dem Mitgliedstaat gelten, in dem die Arbeitsleistung erbracht wird.

Die Vorschrift hat lediglich einen engen Anwendungsbereich. Sie erlaubt die Erstreckung von im Aufnahmestaat für Leiharbeiter geltenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, die nicht bereits von Art. 3 Abs. 1 lit. d Entsende-RL erfasst sind und über Art. 5 Leiharbeits-RL hinausgehen. Ein möglicher Anwendungsfall könnte eine über den von Art. 5 Leiharbeits-RL erfassten Bereich der wesentlichen Arbeitsbedingungen⁵⁷ hinausgehende Gleichbehandlung von entsandten Leiharbeitnehmern und beim Entleiher beschäftigten Stammkräften sein.⁵⁸ Denkbar ist auch die Erstreckung von tarifvertraglichen Regelungen, die für Leiharbeiter zusätzliche Leistungen (zB. Überlassungszulagen) vorsehen.

VIII. Weitere Annäherung der Beschäftigungsbedingungen nach einjähriger Entsendungsdauer

Art. 1 Nr. 2 lit. b Änderungs-RL fügt in Art. 3 Entsende-RL folgenden Abs. 1a neu ein:

» In Fällen, in denen die tatsächliche Entsendungsdauer mehr als 12 Monate beträgt, sorgen die Mitgliedstaaten dafür, dass unabhängig von dem auf das jeweilige Arbeitsverhältnis anwendbaren Recht die in Art. 1 Abs. 1 genannten Unternehmen den in ihr Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmern auf der Grundlage der Gleichbehandlung zusätzlich zu den Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen gemäß Abs. 1 des vorliegenden Artikels sämtliche anwendbaren Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen garantieren, die in dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitsleistung erbracht wird, festgelegt sind

- durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften und/oder
- durch für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge oder Schiedssprüche, oder durch Tarifverträge oder Schiedssprüche, die anderweitig nach Absatz 8 anderweitig Anwendung finden.

UAbs. 1 des vorliegenden Abs. findet keine Anwendung auf folgende Aspekte:

- a. Verfahren, Formalitäten und Bedingungen für den Abschluss und die Beendigung des Arbeitsvertrags, einschließlich Wettbewerbsverboten;
- b. zusätzliche betriebliche Altersversorgungssysteme.

Legt der Dienstleistungserbringer eine mit einer Begründung versehene Mitteilung vor, so verlängert der Mitgliedstaat, in dem die Dienstleistung erbracht wird, den in UAbs. 1 genannten Zeitraum auf 18 Monate.

Ersetzt ein in Art. 1 Abs. 1 genanntes Unternehmen einen entsandten Arbeitnehmer durch einen anderen entsandten Arbeitnehmer, der die gleiche Tätigkeit am gleichen Ort ausführt, so gilt als Entsendungsdauer für die Zwecke dieses Absatzes die Gesamtdauer der Entsendezeiten der betreffenden einzelnen entsandten Arbeitnehmer.

Der in UAbs. 4 dieses Abs. genannte Begriff »gleiche Tätigkeit am gleichen Ort« wird unter anderem unter Berücksichtigung der Art der zu erbringenden Dienstleistung oder der durchzuführenden Arbeit und der Anschrift(en) des Arbeitsplatzes bestimmt.

⁵⁶ Heuschmid/Schierle, in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht (Fn. 53), § 5 Rn. 167.

⁵⁷ Vgl. zu diesem Begriff Art. 3 Abs. 1 lit. f Leiharbeits-RL.

⁵⁸ So auch Kellerbauer, EuZW 2018, 846, 851.

Die Neuregelung enthält keine Entsendehöchstdauer, sondern schafft lediglich eine kollisionsrechtliche Sonderanknüpfung⁵⁹. Letztere greift grundsätzlich ein, wenn die tatsächliche Entsendungsdauer mehr als zwölf Monate beträgt. Ob die Sonderanknüpfung in diesen Fällen bereits von Anfang an gilt oder erst nach Ablauf von zwölf Monaten, lässt sich dem Wortlaut nicht eindeutig entnehmen. Die Anknüpfung an die *tatsächliche* Entsendungsdauer spricht für Letzteres, denn dieses Merkmal kann nur ex post eindeutig festgestellt werden. Zu Beginn der Entsendung kann indes allenfalls die geplante oder erwartete Entsendungsdauer ermittelt werden. Auch UAbs. 4 spricht für dieses Verständnis, da auch die Dauer einer aufeinanderfolgenden Entsendung mehrerer Arbeitnehmer nur ex post zu beurteilen ist. Es ist daher davon auszugehen, dass die Sonderanknüpfung nach Art. 3 Abs. 1a Entsende-RL erst ab dem 13. Monat der Entsendung gilt. Für die ersten zwölf Monate bleibt es hingegen bei der Sonderanknüpfung nach Art. 3 Abs. 1 Entsende-RL, dh. es gilt lediglich der »harte Kern« der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen des Aufnahmestaates.

Die Sonderanknüpfung nach Art. 3 Abs. 1a Entsende-RL gilt »unabhängig von dem auf das jeweilige Arbeitsverhältnis anwendbaren Recht«. Das Arbeitsvertragsstatut wird durch die Neuregelung folglich nicht berührt, sondern richtet sich weiterhin nach Art. 8 Rom-I-VO (dazu bereits oben II.1.). Auch für die Beurteilung des vorübergehenden Charakters der Entsendung (Art. 8 Abs. 2 S. 2 Rom-I-VO) hat die Neuregelung keine Bedeutung. Es kann auch bei einer Entsendungsdauer von mehr als zwölf Monaten weiterhin eine vorübergehende Entsendung iSv. Art. 8 Abs. 2 S. 2 Rom-I-VO vorliegen.

Die von der Kommission ursprünglich vorgeschlagene Regelung sah indes vor, dass der Aufnahmestaat nach einer tatsächlichen Entsendungsdauer von 24 Monaten als der Staat gelten sollte, in dem der Arbeitnehmer seine Arbeit gewöhnlich verrichtet.⁶⁰ Diese Fiktion hätte – vorbehaltlich einer anderweitigen wirksamen Rechtswahl (Art. 8 Abs. 1 Rom-I-VO) – gemäß Art. 8 Abs. 2 Rom-I-VO nach 24 Monaten Entsendungsdauer einen Statutenwechsel zur Folge gehabt.⁶¹ Der Vorschlag konnte sich im Gesetzgebungsverfahren allerdings nicht durchsetzen und wurde schließlich durch die auf einem finnischen Vorschlag basierende Regelung des Art. 3 Abs. 1a Entsende-RL ersetzt.⁶²

Die Sonderanknüpfung nach Art. 3 Abs. 1a Entsende-RL ist wie die Anknüpfung nach Art. 3 Abs. 1 Entsende-RL zwingend und erstreckt sich über den »harten Kern«

hinaus auf sämtliche anwendbaren Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, die im Aufnahmestaat durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften und/oder durch für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge oder Schiedssprüche, oder durch Tarifverträge oder Schiedssprüche, die anderweitig nach Art. 3 Abs. 8 Entsende-RL Anwendung finden (siehe dazu oben VI.), festgelegt sind. Nicht von Art. 3 Abs. 1a Entsende-RL erfasst sind jedoch die sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften, die an die Beschäftigung anknüpfen.⁶³ Für diese Vorschriften gilt unverändert die spezielle Norm des Art. 12 VO (EG) Nr. 883/2004.⁶⁴

Der wesentliche Unterschied zu dem von der Kommission vorgeschlagenen Statutenwechsel ergibt sich aus UAbs. 2. Diese Vorschrift nimmt bestimmte Gegenstände aus, namentlich Verfahren, Formalitäten und Bedingungen für den Abschluss und die Beendigung des Arbeitsvertrags einschließlich Wettbewerbsverbote sowie zusätzliche betriebliche Altersversorgungssysteme. Für diese Gegenstände bleibt allein das Arbeitsvertragsstatut maßgeblich.

Gelten nach dem maßgeblichen Arbeitsvertragsstatut für den entsandten Arbeitnehmer günstigere Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen als nach der Sonderanknüpfung des Art. 3 Abs. 1a Entsende-RL, sind diese maßgeblich. Dies ergibt sich aus dem in Art. 3 Abs. 7 Entsende-RL verankerten Günstigkeitsprinzip.⁶⁵

Nach UAbs. 3 kann das Eingreifen der Sonderanknüpfung sechs Monate hinausgeschoben werden. Die Norm setzt voraus, dass der Dienstleistungserbringer eine mit

59 Deinert, in: Rolfs (Hrsg.), Migration und Sozialstaat, SDSRV Bd. 68, Berlin 2018, S. 75, 105.

60 Art. 1 Abs. 1 (Vorschlag für einen Art. 2a Entsende-RL) des Kommissionsvorschlags COM (2016) 128 final; dazu Risak, DRdA 2016, 306, 312, der für eine Verkürzung des Zeitraums auf zwölf Monate plädierte.

61 Kommissionsvorschlag COM (2016) 128 final, S. 7 f.

62 Vgl. dazu Rat der Europäischen Union, Dok. 9882/17, S. 4 f.

63 Unzutreffend daher Hey, DB 25/2018, M4f.; offen gelassen Sura, BB 2018, 2743, 2745.

64 Vgl. Heuschmid/Schierle, in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht (Fn. 2), § 16 Rn. 35; Steinmeyer, in: Fuchs (Hrsg.), Europäisches Sozialrecht, 7. Aufl., Baden-Baden 2018, Art. 12 VO (EG) Nr. 883/2004 Rn. 3; Otting, in: Ruland/Becker/Axer (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, 6. Aufl., Baden-Baden 2018, § 36 Rn. 48; Fuchs, in: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann (Hrsg.), Kommentar zum Sozialrecht, 5. Aufl., München 2017, Art. 12 VO (EG) Nr. 883/2004 Rn. 70.

65 Dazu Heuschmid/Schierle, in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht (Fn. 2), § 16 Rn. 170 ff.; zweifelnd Sura, BB 2018, 2743, 2745. Es kommt daher nicht zu einer Normenhäufung durch die Anwendung von Rechtsvorschriften des Herkunfts- und des Aufnahmestaats, wie Giesen, in: Rolfs, Migration und Sozialstaat (Fn. 59), S. 111, 142 ff. meint. Vielmehr sind Kollisionen von Rechtsvorschriften des Herkunfts- und des Aufnahmestaats im Wege eines Günstigkeitsvergleichs zu lösen.

einer Begründung versehene Mitteilung vorlegt. Dienstleistungserbringer iSd. Vorschrift ist das entsendende Unternehmen, das von der Dienstleistungsfreiheit Gebrauch macht und Arbeitnehmer in den Aufnahmestaat entsendet. Die Vorschrift enthält keine ausdrücklichen Anforderungen an die Form und den Inhalt der Begründung. Die Verlängerung ist jedoch nur sinnvoll, wenn zu erwarten ist, dass die Entsendungsdauer insgesamt 18 Monate nicht überschreitet. In diesem Fall wird durch die Verlängerung der Frist vermieden, dass das entsendende Unternehmen für einen verhältnismäßig kurzen Zeitraum einen zusätzlichen Verwaltungsaufwand betreiben muss, um weitere Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen des Aufnahmemitgliedstaats zur Anwendung zu bringen. Ist hingegen nach zwölf Monaten bereits abzusehen, dass die Entsendungsdauer von 18 Monaten überschritten wird, muss das Unternehmen diesen Aufwand ohnehin betreiben. Es besteht daher kein Anlass für eine Verlängerung der Frist. Vor diesem Hintergrund muss das Erfordernis der Begründung in UAbs. 3 dahingehend interpretiert werden, dass der Dienstleistungserbringer sachliche Gründe darlegen muss, aufgrund derer zu erwarten ist, dass die Entsendungsdauer insgesamt 18 Monate nicht überschreitet.⁶⁶ Die Begründung muss daher auf Plausibilität überprüfbar sein. Hat der Dienstleistungserbringer eine Begründung vorgelegt, die diesen Anforderungen entspricht, so ist die Frist durch den Mitgliedstaat zu verlängern. Es handelt sich nicht um eine Ermessens-, sondern um eine gebundene Entscheidung.⁶⁷

Durch die UAbs. 4 und 5 soll eine Umgehung des UAbs. 1 durch den Austausch der entsandten Arbeitnehmer vermieden werden.⁶⁸ Die Regelungen dienen vor allem dem Wettbewerbsschutz, indem sie verhindern, dass sich ein Arbeitgeber durch den Austausch der Arbeitnehmer dauerhaft einen Wettbewerbsvorteil verschafft.⁶⁹ Es findet keine arbeitnehmer-, sondern eine arbeitsplatzbezogene Berechnung der Entsendungsdauer Anwendung. Die Entsendungszeiten der Arbeitnehmer, die die gleiche Tätigkeit am gleichen Ort ausführen, werden zusammengerechnet.⁷⁰

Der neue Art. 3 Abs. 1a Entsende-RL wirft neben den Auslegungsfragen auch primärrechtliche Fragen auf. In ErwG. 10 der Änderungs-RL wird ausgeführt, dass Bestimmungen, die für entsandte Arbeitnehmer im Rahmen einer Entsendung von mehr als zwölf oder ggf. 18 Monaten gelten, mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbar sein müssen und demnach nur zulässig sind, wenn sie aus zwingenden Grün-

den des Allgemeininteresses gerechtfertigt sowie verhältnismäßig und erforderlich sind. Diese Feststellung wirft die Frage nach den primärrechtlichen Anforderungen an die nach Ablauf von zwölf bzw. 18 Monaten geltenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen auf. Der EuGH hat die Erstreckung von Arbeitsbedingungen über den in Art. 3 Abs. 1 Entsende-RL definierten »harten Kern« hinaus, bisher einer strengen Prüfung unterzogen und betont, dass diese in Art. 3 Abs. 10 Entsende-RL aF. enthaltene Möglichkeit eine Ausnahme von dem mit der Richtlinie errichteten System sowie von dem ihr zu Grunde liegenden fundamentalen Grundsatz der Dienstleistungsfreiheit darstellt und deshalb eng auszulegen ist.⁷¹ Diese Rechtsprechung kann auf Art. 3 Abs. 1a Entsende-RL nF. nicht übertragen werden.

Erstens handelt es sich bei dieser Regelung nicht um eine Ausnahme von dem mit der Richtlinie errichteten System; sie ist vielmehr Bestandteil eines durch die Änderungs-RL neu austarieren Systems.

Zweitens gelten die über den »harten Kern« hinausgehenden Arbeitsbedingungen erst nach einer Entsendungsdauer von zwölf (bzw. 18) Monaten. Diese längerfristige Entsendungsdauer hat Auswirkungen für die Abwägung auf primärrechtlicher Ebene. Mit zunehmender Entsendungsdauer gewinnt die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV) für die Beurteilung des Sachverhalts an Bedeutung (dazu bereits oben I.). Es bedarf daher eines Ausgleichs zwischen dem in Art. 45 Abs. 2 AEUV verankerten und durch Art. 7 VO (EU) Nr. 492/2011 konkretisierten Gleichbehandlungsgebot einerseits und der Dienstleistungsfreiheit der entsendenden Unternehmen andererseits.⁷² Diesen Ausgleich führt Art. 3 Abs. 1a Entsende-RL herbei, indem er nach einer Frist von zwölf Monaten grundsätzlich das Recht des AufnahmeStaats für anwendbar erklärt. Der Dienstleistungsfreiheit des entsendenden Unternehmens wird zum einen durch UAbs. 3 Rechnung getragen und zum anderen dadurch, dass kein automatischer Statutenwechsel eintritt und für die in UAbs. 2 genannten Gegenstände wei-

66 IdS. wohl auch Kellerbauer, EuZW 2018, 846, 851.

67 Ebenso Kellerbauer, EuZW 2018, 846, 851.

68 ErwG. 11 der Änderungs-RL.

69 Deinert, in: Rolfs, Migration und Sozialstaat (Fn. 59), S. 75, 105 f.

70 Kellerbauer, EuZW 2018, 846, 851.

71 EuGH, 19. 6. 2008 – C-319/06 – Slg. 2008, I-4323 (Kommission/Luxemburg), Rn. 48 ff.; siehe ausf. EnzEuR (Bd. 7)-Deinert (Fn. 10), § 10 Rn. 33 ff. mwN.

72 IdS. auch Heuschmid/Schierle, in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht (Fn. 2), § 16 Rn. 10; Schlachter, FS Evju, 2016, S. 565, 566 ff.

terhin das Arbeitsvertragsstatut maßgeblich ist. Vor diesem Hintergrund werden die Bestimmungen, die für entsandte Arbeitnehmer im Rahmen einer Entsendung von mehr als zwölf oder ggf. 18 Monaten gelten, in der Regel mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbar sein.

IX. »Monti-Klausel«

Durch Art. 1 Nr. 1 lit. b Änderungs-RL wurde in Art. 1 Entsende-RL folgender neuer Abs. 1a eingefügt:

» Diese Richtlinie berührt in keiner Weise die Ausübung der in den Mitgliedstaaten und auf Unionsebene anerkannten Grundrechte, einschließlich des Rechts oder der Freiheit zum Streik oder zur Durchführung anderer Maßnahmen, die im Rahmen der jeweiligen Systeme der Mitgliedstaaten im Bereich der Arbeitsbeziehungen nach ihren nationalen Rechtsvorschriften und/oder ihren nationalen Gepflogenheiten vorgesehen sind. Sie berührt auch nicht das Recht, im Einklang mit den nationalen Rechtsvorschriften und/oder nationalen Gepflogenheiten Tarifverträge auszuhandeln, abzuschließen und durchzusetzen oder kollektive Maßnahmen zu ergreifen.

Die Regelung entspricht fast wortgleich Art. 1 Abs. 2 Enforcement-RL und findet bereits in Art. 2 VO (EG) Nr. 2679/98 (»Monti-I-VO«) sowie in Art. 1 Abs. 2 des letztlich zurückgenommenen Vorschlags für eine »Monti-II-VO«⁷³ ein Vorbild. Die Regelung ist als legislative Reaktion auf die *Laval*-Rechtsprechung⁷⁴ zu verstehen, in der der Gerichtshof die Entsende-RL sowie die Dienstleistungsfreiheit zur Beschränkung der kollektiven Arbeitnehmerrechte heranzog.⁷⁵ Für die Interpretation der Entsende-RL ist die Norm als verbindliche Auslegungsregel zu beachten. Die Auslegung des Primärrechts kann die Richtlinie indes schon aus Gründen der Normenhierarchie nicht regeln. Es bleibt dem EuGH allerdings unbenommen, die Regelung und die darin zum Ausdruck kommende Einschätzung des Gesetzgebers zum Anlass zu nehmen, seine zu Recht kritisierte⁷⁶ Rechtsprechung zu überdenken.

X. Informations- und Unterrichtungspflichten der Mitgliedstaaten

Nach Art. 3 Abs. 1 UAbs. 4–6 Entsende-RL nF. treffen die Mitgliedstaaten informatorische Pflichten, welche die auf

Grundlage der Enforcement-RL bereits bestehenden Pflichten ergänzen. So sind die die Entlohnung ausmachenden Bestandteile gemäß Art. 3 Abs. 1 UAbs. 3 Entsende-RL sowie die in Art. 3 Abs. 1a Entsende-RL genannten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen unverzüglich und in transparenter Weise auf der (einzigen nationalen) Website iSd. Art. 5 Enforcement-RL zu veröffentlichen, wobei die dort bereitgestellten Informationen korrekt und aktuell sein müssen (Art. 3 Abs. 1 UAbs. 5 S. 1 Entsende-RL); die Europäische Kommission hat auf ihrer Website die Websites der Mitgliedsstaaten, die diese Informationen bereithalten, zu veröffentlichen. Art. 3 Abs. 1 UAbs. 6 Entsende-RL sieht eine Sanktionsregelung vor, falls den Websites diese Informationen nicht zu entnehmen sind.

XI. Keine Geltung für den Straßenverkehrssektor

Eine gewichtige Einschränkung des sachlichen Anwendungsbereiches der geänderten Entsende-RL findet sich in Art. 3 Abs. 3 Änderungs-RL. Dieser nimmt den internationalen Straßenverkehrssektor von der Geltung der Änderungs-RL aus bis zum Geltungsbeginn eines Gesetzgebungsakts zur Änderung der RL 2006/22/EG bezüglich der Durchsetzungsanforderungen und zur Festlegung spezifischer Regeln im Zusammenhang mit der Entsende-RL und der Enforcement-RL für die Entsendung von Kraftfahrern im Straßenverkehrssektor.⁷⁷ Begründet wird dies damit, dass in diesem Sektor besondere rechtliche Fragen und Schwierigkeiten auftraten, die im Rahmen des Mobilitätspakets durch besondere Regeln für den Straßenverkehr, die auch der verstärkten Bekämpfung von Betrug und Missbrauch dienen, anzugehen

⁷³ Vorschlag für eine Verordnung über die Ausübung des Rechts auf Durchführung kollektiver Maßnahmen im Kontext der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit, COM (2012) 130 final; dazu *Schubert*, Monti-II-VO (Fn. 26), S. 34 f.

⁷⁴ EuGH, 18.12.2007 – C-341/05 – Slg. 2007, I-11767 (*Laval*).

⁷⁵ *Kellerbauer*, EuZW 2018, 846, 851.

⁷⁶ Statt aller: *Bryde*, SR 2012, 2, 11 ff.; *Rebhahn*, ZESAR 2008, 109 ff.; *Kocher*, AuR 2008, 13 ff.; *Heuschmid*, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2017, § 11 Rn. 70 ff.; *Ulber/Wiegandt*, Die Bindung von Arbeitnehmervereinigungen an die europäischen Grundfreiheiten, Frankfurt aM. 2018, S. 55 ff.

⁷⁷ Der Kommissionsvorschlag der Entsende-RL strebte hingegen noch explizit Veränderungen der sozialen und arbeitsbezogenen Bedingungen im grenzüberschreitenden Straßentransport an, COM (2016) 128 final, S. 4.

seien.⁷⁸ Ein RL-Vorschlag⁷⁹ für eine sektorspezifische Regelung wurde von der Kommission im Jahr 2017 vorgelegt. Er sieht insbesondere vor, dass die Mindesturlaubs- und Mindestentlohnungsregelungen (Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b und c Entsende-RL) auf die grenzüberschreitende Personen- und Güterbeförderung keine Anwendung finden, wenn die Dauer der Entsendung für die Durchführung dieser Beförderungen in das Hoheitsgebiet des Aufnahmestaates in einem Kalendermonat höchstens drei Tage beträgt.⁸⁰ Nach den Erläuterungen der Kommission soll diese Ausnahme von der Anwendung der Entsende-RL nicht für die Kabotage gelten, bei der die gesamte Beförderung in einem Aufnahmemitgliedstaat stattfindet.⁸¹

Der Rat hat sich am 3. Dezember 2018 auf eine allgemeine Ausrichtung zu dem von der Kommission vorgelegten Vorschlag verständigt.⁸² Nach den Vorstellungen des Rates soll die Anwendung der Entsende-RL auf grenzüberschreitende Personen- und Güterbeförderungen noch weiter eingeschränkt werden. Die Entsende-RL soll insbesondere nicht auf bilaterale grenzüberschreitende Beförderungen angewandt werden.⁸³ Eine Stellungnahme des Parlaments liegt noch nicht vor.

Da Art. 3 Abs. 3 Änderungs-RL nur die Geltung der Änderungs-RL für den internationalen Straßenverkehrssektor aufschiebt, ist die Entsende-RL in ihrer bisherigen Fassung auf die grenzüberschreitende Personen- und Güterbeförderung weiter anwendbar.⁸⁴ Für die umstrittene Frage⁸⁵ nach der Geltung der Entsende-RL für den Transit-Verkehr lassen sich aus der Ausnahmenvorschrift in Art. 3 Abs. 3 Änderungs-RL keine neuen Erkenntnisse gewinnen.

XII. Vorschläge zur Revision der Koordinierungsregelungen im Sozialrecht

Die Koordinierung der Anwendung sozialrechtlicher Vorschriften im Falle einer Entsendung erfolgt nicht durch die Entsende-RL, sondern durch die Koordinierungs-VO (EG) Nr. 883/2004 und die Durchführungs-VO (EG) Nr. 987/2009.⁸⁶ Zu diesen beiden Verordnungen hat die Kommission im Jahr 2016 ebenfalls einen Änderungsvorschlag unterbreitet.⁸⁷ Die vorgeschlagenen Änderungen betreffen ua. die für Entsendungsfälle relevanten Vorschriften. Art. 12 Abs. 1 VO (EG) Nr. 883/2004 soll folgende Fassung erhalten:

» Eine Person, die in einem Mitgliedstaat für Rechnung eines Arbeitgebers, der gewöhnlich dort tätig ist, eine Beschäftigung ausübt und die von diesem Arbeitgeber gemäß der RL 96/71/EG in einen anderen Mitgliedstaat entsandt oder von diesem Arbeitgeber in einen anderen Mitgliedstaat geschickt wird, um dort eine Arbeit für dessen Rechnung auszuführen, unterliegt weiterhin den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaats, sofern die voraussichtliche Dauer dieser Arbeit 24 Monate nicht überschreitet und diese Person nicht eine andere abhängig beschäftigte oder selbstständig erwerbstätige Person ablöst, die zuvor gemäß diesem Artikel entsandt oder geschickt wurde.⁸⁸

Durch die Änderung soll im Interesse terminologischer Klarheit gewährleistet werden, dass der Begriff »Entsendung« nur für die Entsendung von Arbeitnehmern im Sinne der RL 96/71/EG verwendet wird.⁸⁹ Eine Änderung des persönlichen Geltungsbereichs des Art. 12 VO (EG) Nr. 883/2004 ist damit nach den Erläuterungen der Kommission nicht verbunden.⁹⁰ Zu der im Änderungsvorschlag neu vorgesehenen zweiten Alternative (»in einen anderen Mitgliedstaat

78 ErwG. 15 der Änderungs-RL.

79 COM (2017) 278 final.

80 Art. 2 Abs. 2 des Kommissionsvorschlags, COM (2017) 278 final, S. 18; dazu Heuschmid/Schierle, in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht (Fn. 2), Rn. 16.85.

81 COM (2017) 278 final, S. 12.

82 Rat der Europäischen Union, Pressemitteilung 711/18 v. 4. 12. 2018.

83 Rat der Europäischen Union, Dok. 15084/18, S. 66. 80 Art. 2 Abs. 2 des Kommissionsvorschlags, COM (2017) 278 final, S. 18; dazu Heuschmid/Schierle, in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht (Fn. 2), Rn. 16.85.

81 COM (2017) 278 final, S. 12.

82 Rat der Europäischen Union, Pressemitteilung 711/18 v. 4. 12. 2018.

83 Rat der Europäischen Union, Dok. 15084/18, S. 66.

84 Vgl. Heuschmid/Schierle, in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht (Fn. 2), § 16 Rn. 109.

85 So leitete die Kommission wegen der Anwendung der Mindestlohnvorschriften im grenzüberschreitenden Verkehrssektor zunächst gegen Deutschland und Frankreich Vertragsverletzungsverfahren ein, s. Europäische Kommission, Pressemitteilung v. 16. 6. 2016 – IP/16/2101, abrufbar unter: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2101_de.pdf (17. 12. 2018). Ein entsprechendes Vertragsverletzungsverfahren wurde zu einem späteren Zeitpunkt auch gegen Österreich eingeleitet, siehe Europäische Kommission, Pressemitteilung v. 27. 4. 2017 –IP/17/1053, abrufbar unter: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1053_de.pdf (17. 12. 2018). Zum Streitstand siehe Heuschmid/Schierle, in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht (Fn. 2), § 16 Rn. 109 f.

86 Dazu Deinert, in: Rolf, Migration und Sozialstaat (Fn. 59), S. 75, 87 ff.

87 COM (2016) 815 final; siehe dazu speziell zu den Entsenderegeln Lhernould, ZESAR 2017, 367 ff.; allgemein zum Vorschlag Eichenhofer, SGB 2017, 605 ff.

88 Art. 1 Nr. 13 des Kommissionsvorschlags, COM (2016) 815 final, S. 32.

89 ErwG. 7 des Kommissionsvorschlags, COM (2016) 815 final, S. 25.

90 COM (2016) 815 final, S. 13 unter Ziff. 16.

geschickt wird«) enthält der Kommissionsvorschlag keine Erläuterungen. Sie dürfte – wie *Deinert* zutreffend annimmt – insbesondere die Fälle erfassen, in denen der Auslandseinsatz des Arbeitnehmers nicht im Rahmen der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen (iSv. Art. 1 Abs. 1 Entsende-RL) erfolgt, sondern zB. der Weiterbildung des Arbeitnehmers oder der Beschaffung von Informationen oder Materialien dient.⁹¹ Die Ausweitung des Ablösungsverbots in Art. 12 Abs. 1 VO (EG) Nr. 883/2004 auf selbstständig erwerbstätige Personen brächte eine Vereinheitlichung für Arbeitnehmer und Selbstständige.⁹²

Wird ein Arbeitnehmer zum Zwecke der Entsendung eingestellt, ist Art. 12 VO (EG) Nr. 883/2004 nach Art. 14 VO (EG) Nr. 2009/987 nur anwendbar, wenn die betreffende Person unmittelbar vor Beginn ihrer Beschäftigung bereits den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats unterliegt, in dem das Unternehmen, bei dem sie eingestellt wird, seinen Sitz hat.⁹³ Nach dem Kommissionsvorschlag soll Art. 14 VO (EG) Nr. 987/2009 dahingehend geändert werden, dass es künftig maßgeblich darauf ankommt, ob die betreffende Person unmittelbar vor Beginn ihrer Beschäftigung bereits den *Rechtsvorschriften des entsendenden Mitgliedstaats* unterlag.⁹⁴ Ob sie hingegen dem System desjenigen Mitgliedstaats angeschlossen war, in dem ihr Arbeitgeber seinen Sitz hat, soll künftig nicht mehr entscheidend sein.⁹⁵

Weitere relevante Änderungen betreffen die A1-Bescheinigung, die nach Art. 19 Abs. 2 VO (EG) Nr. 987/2009 durch den zuständigen Träger desjenigen Mitgliedstaats auszustellen ist, dessen Rechtsvorschriften anzuwenden sind, und die im Entsendungsfall die Anwendung dieser Rechtsvorschriften verbindlich (vgl. Art. 5 VO (EG) Nr. 987/2009) bestätigt.⁹⁶ Der Kommissionsvorschlag sieht in Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 987/2009 eine Ergänzung dahingehend vor, dass die Bindungswirkung für die Träger anderer Mitgliedstaaten voraussetzt, dass sämtliche als obligatorisch gekennzeichneten Abschnitte des Dokuments ausgefüllt wurden.⁹⁷ Ferner soll das Verfahren bei Streitigkeiten über die Gültigkeit und Richtigkeit einer von einem Träger eines Mitgliedstaats ausgestellten Bescheinigung in Art. 5 VO (EG) Nr. 987/2009 neu geregelt werden.⁹⁸ Außerdem soll der zuständige Träger durch eine Ergänzung des Art. 19 VO (EG) Nr. 987/2009 verpflichtet werden, vor der Ausstellung der A1-Bescheinigung eine ordnungsgemäße Bewertung des relevanten Sachverhalts durchzuführen und zu garantieren, dass die Informationen, auf deren Grundlage die A1-Bescheinigung ausgestellt wurde, richtig sind.⁹⁹

Das Gesetzgebungsverfahren zu dem von der Kommission vorgelegten Änderungsvorschlag ist noch nicht abgeschlossen. Der Rat hat sich am 21. Juni 2018 auf eine allgemeine Ausrichtung festgelegt.¹⁰⁰ Das Parlament hat am 11. Dezember 2018 den Bericht des Ausschusses für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten¹⁰¹ angenommen und die Aufnahme von interinstitutionellen Verhandlungen beschlossen.¹⁰²

XIII. Fazit

Die Änderungs-RL entwickelt die Entsende-RL in einigen Punkten weiter und stärkt den Schutz entsandter Arbeitnehmer. Sie schafft damit einen angemesseneren Ausgleich zwischen der Dienstleistungsfreiheit der entsendenden Unternehmen und dem in Art. 45 Abs. 2 AEUV verankerten Grundsatz der Gleichbehandlung. Im Ausgangspunkt ordnet der Unionsgesetzgeber die Entsendung von Arbeitnehmern allerdings weiterhin vor allem der Dienstleistungsfreiheit zu. Diese Betrachtungsperspektive hat zur Folge, dass die Regelungen der Entsende-RL eher als Beeinträchtigungen der Dienstleistungsfreiheit und weniger als Gewährleistungen des in der Arbeitnehmerfreizügigkeit verankerten Gleichbehandlungsgrundsatzes verstanden werden. Das Spannungsverhältnis der beiden Grundfreiheiten wird damit nach wie vor nur unzureichend erfasst und deshalb eher zu Gunsten der Dienstleis-

91 *Deinert*, in: Rofls, Migration und Sozialstaat (Fn. 59), S. 75, 101.

92 ErwG. 7 des Kommissionsvorschlags, COM (2016) 815 final, S. 25; *Lhernould*, ZESAR 2017, 367, 368 f.

93 Dazu *Deinert*, in: Rofls, Migration und Sozialstaat (Fn. 59), S. 75, 90.

94 Art. 2 Nr. 8 lit. a des Kommissionsvorschlags, COM (2016) 815, S. 41 f.; dazu *Lhernould*, ZESAR 2017, 367, 369.

95 COM (2016) 815 final, S. 17.

96 Siehe dazu iE. etwa *Zieglmeier*, in: Körner/Leitherer/Mutschler/Rofls (Hrsg.), Kasseleer Kommentar Sozialversicherungsrecht, 101. EL, München 2018, Vorb. zu §§ 4–6 SGB IV Rn. 7 ff.

97 Art. 2 Nr. 7 des Kommissionsvorschlags, COM (2016) 815, S. 41; dazu *Lhernould*, ZESAR 2017, 367, 370.

98 Art. 2 Nr. 7 des Kommissionsvorschlags, COM (2016) 815, S. 41; dazu krit. *Deinert*, in: Rofls, Migration und Sozialstaat (Fn. 59), S. 75, 103; *Lhernould*, ZESAR 2017, 367, 370.

99 Art. 2 Nr. 11 des Kommissionsvorschlags, COM (2016) 815, S. 43.

100 Rat der Europäischen Union, Dok. 10295/18.

101 Europäisches Parlament, Dokument PE-Nummer: PE 612.058v03-00 – A-Nummer: A8-0386/2018.

102 Europäisches Parlament, Protokoll v. 11. 12. 2018, TOP 5.2.

tungsfreiheit aufgelöst. Die gewählte Rechtsgrundlage aus dem Bereich der Dienstleistungsfreiheit verdeutlicht dies und ist angesichts des Ausgangspunkts des Unionsgesetzgebers nicht zu bemängeln.

Die einzelnen Änderungen bringen in der Sache zum Teil wirkliche Neuerungen. Andere Regelungen bestätigen dagegen lediglich die Rechtslage, von der der EuGH bereits auf Grundlage der alten Richtlinie ausgegangen war (bspw. hinsichtlich der Erstreckung ganzer Entgeltordnungen oder hinsichtlich der Anwendbarkeit der Entsende-RL bei Mehrfachentsendungen).

Von einer Gleichbehandlung im Sinne des Prinzips »Gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort« ist die Entsende-RL nach Inkrafttreten der Änderungs-RL nach wie vor weit entfernt. Die Änderung des Entgeltbegriffs und die Möglichkeit zur Erstreckung nicht allgemeinverbindlicher Tarifverträge haben hier zwar Verbesserungen gebracht. Die für die Festlegung der Arbeitsbedingungen

vor allem relevanten regionalen Tarifverträge können jedoch auch auf Grundlage der geänderten Richtlinie nicht auf die entsandten Arbeitnehmer erstreckt werden, sofern sie nicht allgemeinverbindlich sind. In diesem Punkt hätte durch die Übernahme der vom Parlament vorgeschlagenen Regelung in Amendment 33 eine deutlichere Verbesserung erfolgen können.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass der Unionsgesetzgeber mit der Änderungs-RL einen begrüßenswerten Weg zur Verbesserung des Schutzes entsandter Arbeitnehmer eingeschlagen hat. Für eine tatsächliche Gleichbehandlung von entsandten Arbeitnehmern und Ortskräften bedarf es jedoch weiterer Anstrengungen. Einen Beitrag hierzu kann neben dem Gesetzgeber vor allem der EuGH leisten, indem er der Arbeitnehmerfreizügigkeit in seiner Rechtsprechung zu Entsendefällen mehr Bedeutung beimisst und sie in der Abwägung mit Beeinträchtigungen der Dienstleistungsfreiheit höher gewichtet.

Restatement of Labour Law in Europe, Vol I: The Concept of Employee

Bernd Waas/Guus Heerma van Voss, Hart Publishing/Oxford and Portland/Oregon, 2017, 880 S. (ISBN 9781509912445), 175,- £

Ob eine Person, die Arbeiten für einen anderen ausführt, arbeitsrechtlichen Schutz genießt, hängt davon ab, ob die Person als Arbeitnehmer einzuordnen ist. Diese statusbezogene Sichtweise wird in der Literatur durchaus kritisch gesehen. So zeigte Carlson 2001 in einem Beitrag mit dem Titel »Why the Law Still Can't Tell an Employee When It Sees One and How It Ought to Stop Trying« für das US-amerikanische Recht auf, dass weder gesetzliche Definitionen noch richterliche Bemühungen zur Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs die notwendige Schärfe aufweisen, um Zweifelsfälle zu entscheiden. Angesichts der Schwächen der statusbezogenen Anwendung von Schutzvorschriften regte er an, diese Anknüpfung aufzugeben und stattdessen den einbezogenen Personenkreis nach dem Sinn des jeweiligen Gesetzes zu bestimmen.¹ Solange aber Schutzvorschriften für arbeitende Personen an den Arbeitnehmerbegriff anknüpfen, bleibt dieser bei allen Unzulänglichkeiten für den Anwendungsbereich dieser Schutzvorschriften maßgeblich. Damit ist der Arbeitnehmerbegriff einer der Schlüsselbegriffe des Arbeitsrechts, nicht nur in den USA, sondern auch in Europa. Als Begriff, der sich einer scharfen Grenzziehung entzieht, ist er stark durch Rechtsprechung geprägt. Wer sich mit dem Arbeitnehmerbegriff vertraut machen will, hat also schon für seine eigene Rechtsordnung keine leichte Aufgabe. Klar überfordert ist der Einzelne damit, sich einen Überblick über den Arbeitnehmerbegriff in Europa zu verschaffen. Hilfe bietet nun der erste Band der Reihe »Restatement of Labour Law in Europe«, der das »Konzept Arbeitnehmer« behandelt. Der Band enthält neben Länderberichten aus 36 europäischen Ländern (S. 1–769) einen vergleichenden Überblick (S. xxvii–lxvii) und den Restatement-Text (S. xxiii–xxvi), der durch Auswertung der Länderberichte entwickelt wurde.

I.

Was den Leser erwartet, erschließt sich nicht unmittelbar aus dem Titel. Der Ausdruck Restatement ist wohl vor allem im US-amerikanischen Recht bekannt. Dort bezeich-

net der Begriff des Restatement eine Abhandlung, die generelle Prinzipien des Common Law erfasst, beschreibt und belegt. Es geht also darum, das Fallrecht des Common Law in Form von Regeln zu formulieren und es so für den Rechtsanwender handhabbar zu machen.² Das vorliegende Restatement enthält eine vergleichende Analyse zu nationalen Fragestellungen rund um den Arbeitnehmerbegriff, die sich aus den bereits erwähnten drei Teilen zusammensetzt. Es eröffnet zunächst den Zugang zum Recht verschiedener Staaten, indem ihr Arbeitnehmerbegriff anhand einer für alle Länder einheitlichen Fragestellung erläutert wird. Das Buch geht aber über die Darstellung des Rechts verschiedener Länder hinaus, indem durch einen vergleichenden Überblick die Antworten – seien sie gleichlaufend oder unterschiedlich – verknüpft werden. Es bietet dem Leser ferner eine Zusammenfassung zu Übereinstimmungen und signifikanten Besonderheiten in Form des Restatement-Textes. Gemeinsamkeiten zum Restatement im US-amerikanischen Sinne liegen also in der Zusammenstellung und Ordnung des Stoffes und darin, dass das Werk über das bloße Sammeln und Darbieten hinausreicht. Ein wesentlicher Unterschied liegt aber – und das mag den Leser, dem der US-amerikanische Restatement-Begriff bekannt ist, beruhigen – darin, dass aus der Untersuchung nicht etwa Rechtsregeln im Sinne zusammenfassender Aussagen zu einem bereits vorhandenen europäischen Arbeitnehmerbegriff hervorgehen sollen. Das Ziel wird in der Einleitung wie folgt beschrieben: Es geht darum, Probleme zu identifizieren und Lösungen aus den untersuchten Staaten aufzuzeigen. Harmonisierung ist nicht das Ziel der Studie. Vielmehr soll ein vertieftes Verständnis des Arbeitsrechts durch Arbeitsrechtsvergleichung erreicht werden (S. xxii). Was den Leser erwartet, ist in anderen Worten »A Comparative Analysis of Labour Law in Europe – The Concept of Employee«.

Gegenstand der Untersuchung ist das »Konzept Arbeitnehmer«. Dass dieses nicht mit »Arbeitnehmerbegriff« gleichzusetzen ist, zeigt sich ua. daran, dass die Länderberichte Definitionen zum Arbeitnehmerbegriff und speziell die Frage der Unterordnung als Unterpunkte behandeln

1 Carlson, Berkeley J. Emp. & Lab. L. 22 (2001), 295.

2 Das American Law Institute (ALI) hat zu verschiedenen Rechtsgebieten derartige Restatements veröffentlicht. In jüngerer Zeit betreffen Restatement-Projekte auch Gebiete, die in weiten Teilen durch Gesetzesrecht geprägt sind. Auf diesen Feldern können sie aus Sicht des ALI als Interpretationshilfe für das Gesetzesrecht dienen. Dabei wird insbesondere das Restatement-Projekt zum Copyright kritisch gesehen.

(s.I.-2 und I.-4 im Restatement-Text). Das »Konzept Arbeitnehmer« erfasst also mehr als nur die Kriterien, die eine arbeitende Person zum Arbeitnehmer machen. So finden sich Ausführungen zu der Frage, ob die Abrede oder die tatsächliche Handhabung den Status bestimmen, ob die Sozialpartner Einfluss auf die Begriffsbestimmung haben und ob es spezielle Verfahren zur Statusbestimmung gibt (s.I.-5, I.-8 und I.-10 im Restatement-Text). Erst die Gesamtschau auf die einzelnen Aspekte macht deutlich, wie arbeitende Personen im jeweiligen Land als Arbeitnehmer eingestuft werden.

II.

Da sich knapp 800 Seiten Länderberichte und 40 Seiten Rechtsvergleich in einer Besprechung nicht sinnvoll zusammenfassen lassen, wird der Blick nachfolgend auf einige Details gerichtet. Die Länderberichte treffen ua. Aussagen zum Arbeitsvertrag, zum Arbeitsverhältnis und zu Definitionen des Arbeitnehmerbegriffs. Es ist sinnvoll, diese Teilaspekte gesondert in den Blick zu nehmen, da je nach den Gegebenheiten im untersuchten Land der eine oder andere Teilaspekt im Vordergrund stehen mag, ohne dass damit konzeptionelle Unterschiede verbunden sind. So wurde in Deutschland vor der Einführung der Definition des Arbeitsvertrags in § 611a BGB zunächst eine Fassung der Norm diskutiert, mit der nicht der Arbeitsvertrag, sondern der Arbeitnehmerbegriff definiert worden wäre. Die Umstellung auf eine Definition des Arbeitsvertrags beruhte letztlich darauf, dass das BGB im entsprechenden Abschnitt Vertragstypen definiert, nicht Vertragsbeteiligte. Inhaltlich hat sich durch diese Umgestaltung nichts geändert. Ein weiteres Beispiel, das zugleich die Verflechtung der Begriffe Arbeitsvertrag, Arbeitsverhältnis und Arbeitnehmer aufzeigt, mag weiter verdeutlichen, dass der Standort der Diskussion nicht entscheidend ist: In Ungarn besteht eine Definition des Arbeitsverhältnisses, die auf den Abschluss eines Arbeitsvertrags rückbezogen ist (S. 293). Auch wenn der Arbeitsvertrag nicht eigenständig definiert ist (S. 289), werden in dieser Definition des Arbeitsverhältnisses die Pflichten der Vertragsparteien aus dem Arbeitsvertrag knapp umschrieben. Eine Richtlinie der Exekutive zum Verständnis dieser Pflichten bezieht sich auf diese Regelung (S. 293). Entsprechend ist auch die Diskussion angeknüpft, die Ausführungen zur

Definition des Arbeitnehmerbegriffs fallen dann nachvollziehbarer Weise knapp aus (S. 296, 299). Da der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis die vertragsprägende Leistung erbringt, geht es unabhängig von der Anknüpfung der Diskussion letztlich immer darum, welche Merkmale seine Stellung prägen. Für den Leser, der sich über die Rechtslage in einem einzelnen Land informieren möchte, wäre eine geschlossener Darstellung, die nicht streng den vorgegebenen Fragen folgt, wohl griffiger. Die Auffächerung in Teilaspekte ist aber unerlässlich, um den Vergleich zu ermöglichen. Andernfalls wäre der Band nur ein Sammelwerk, in dem ein Thema aus der Perspektive unterschiedlicher Länder behandelt wird, ohne Vergleichbarkeit herzustellen. Ein solches Werk böte ebenfalls interessante Einblicke in fremdes Recht, aber nicht mehr.

Der Vergleich (S. xxvii ff.) kann naturgemäß in manchen Punkten kaum mehr leisten als eine Gruppenbildung. Das gilt zB. für die Frage, ob der Arbeitsvertrag definiert ist und wenn ja, ob es sich um eine gesetzliche oder richterliche Definition handelt (S. xxvii ff.). Immerhin zeigt sich aber, dass die Zahl der Länder mit gesetzlichen Definitionen gering ist und auch in diesen Ländern die Rechtsprechung eine entscheidende Rolle bei der Konkretisierung spielt (S. xxviii). Auch wenn das Ergebnis nicht unerwartet ist, zeigt der Vergleich auf, dass eine gesetzliche Definition des Arbeitsvertrags es nicht unbedingt einfacher macht, das Phänomen der abhängigen Arbeit in der Praxis zu erfassen. Ähnliches dürfte für den Arbeitnehmerbegriff gelten, der fast ausschließlich in Ländern gesetzlich definiert ist, die keine gesetzliche Definition des Arbeitsvertrags kennen (S. xxvii f. und xxxiv, eine Ausnahme bildet Russland). Eine richterliche Konkretisierung ist auch in diesen Fällen unerlässlich. Erst recht gilt das schließlich für den Begriff des Arbeitsverhältnisses, der im Fall einer gesetzlichen Definition meist weiter gefasst ist als der des Arbeitsvertrags (S. xxxii ff.).

Da »Unterordnung« der entscheidende Faktor für die Einordnung einer Person als Arbeitnehmer ist, geht der vergleichende Teil ausführlich darauf ein, wie dieser Faktor zu bestimmen ist (S. xlv ff.). Es zeigt sich, dass Weisungsbindung ein wichtiger Aspekt ist, daneben aber auch die Eingliederung in die Organisation des Unternehmens, die außerdem als eigenständiger Gesichtspunkt bei der Konkretisierung genannt wird. Die Eingliederung spielt allerdings nicht in allen untersuchten Ländern eine Rolle. Ferner lässt sich feststellen, dass Unterordnung je nach

dem Qualifikationsgrad der Tätigkeit Unterschiedliches bedeuten kann. So ist dem deutschen Leser der im polnischen Recht entwickelte Gedanke vertraut, dass die inhaltliche Weisungsbindung bei Tätigkeiten höherer Art eine geringere Rolle spielt als bei Tätigkeiten, die nur ein geringes Maß an Qualifikation erfordern. Neben der Unterordnung ist außerdem oft die Kontrolle des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber ein wichtiger Faktor bei der Statusbestimmung.

Das Buch eröffnet nebenbei interessante Einblicke in Art und Umfang der Diskussion des Arbeitnehmerbegriffs in den einzelnen Ländern. Die Autorinnen und Autoren greifen in sehr unterschiedlichem Umfang auf Rechtsprechung und Literatur zurück und spiegeln damit die jeweilige nationale Debatte. So zitiert der Bericht für die Slowakei allein Rechtsnormen, was den Leser darauf schließen lässt, dass einschlägige Urteile nicht vorhanden oder nicht zugänglich sind und eine Diskussion in der Literatur nicht stattfindet. Nur wenig ergiebiger scheint die Quellenlage außerhalb von Gesetzestexten in Malta und Montenegro zu sein. In diesen Länderberichten ist keine Literatur zitiert, Urteile werden nur ganz vereinzelt angeführt. Die Länderberichte für Dänemark, Lettland, Luxemburg und Spanien sind, was Quellen außerhalb von Rechtsnormen angeht, fast ausschließlich an der Rechtsprechung orientiert und berücksichtigen daneben ein Lehrbuch bzw. einen Kommentar. Zumindest für Spanien überrascht das angesichts der Diskussionsfreudigkeit auf anderen arbeitsrechtlichen Gebieten. Für Norwegen wird viel Rechtsprechung zitiert, aber keine Literatur. In vielen Ländern befasst sich das Schrifttum dagegen recht ausführlich mit dem Arbeitnehmerbegriff und wird von den Autorinnen und Autoren entsprechend berücksichtigt.

III.

Ziel des Buches ist es, durch Arbeitsrechtsvergleichung ein vertieftes Verständnis des Arbeitsrechts zu fördern. Dieses Ziel hat Band I des Restatement-Projekts bezogen auf das »Konzept Arbeitnehmer« klar erreicht. Die Länderberichte haben für sich genommen schon beträchtlichen Wert, da sie den Leser aus seiner Hilflosigkeit befreien, in den ihm die Zahl an Rechtsordnungen, der fehlende Zugang zur Diskussion in den einzelnen Ländern und nicht zuletzt Sprachbarrieren bringen. Neben den Länderberichten, die

Einsicht in den Arbeitnehmerbegriff einzelner Staaten verschaffen, steht der vergleichende Überblick, der die Gemeinsamkeiten und Unterschiede aufzeigt und so sichtbar macht, welche Aspekte in Europa für den Arbeitnehmerbegriff – bei allen Unterschieden – typisch sind. Dabei ist sowohl das Erstellen von Länderberichten, die für einen solchen Vergleich taugen, als auch die vergleichende Betrachtung selbst sehr aufwändig. Für den Vergleich ist das offensichtlich, müssen doch dafür sämtliche Berichte ausgewertet werden. *Bernd Waas* ist es hier gelungen, die Gemeinsamkeiten herauszustrichen und zugleich wichtige Unterschiede festzuhalten, ohne dass der Text für den Leser unübersichtlich wird. Aber die Arbeit der Autorinnen und Autoren der Länderberichte war nicht minder anspruchsvoll. Wenn es in der Einleitung heißt, dass für ein solches Werk sprachlich ein gemeinsamer Nenner zu finden ist, ohne dass die Eigenheiten der unterschiedlichen Herangehensweisen verlorengehen, dann bringt das zum Ausdruck, was von den Berichterstellerinnen und Berichterstellern zu leisten war. Sie mussten die Diskussion in ihrem Land so aufbereiten, dass sie für andere verständlich wird, die weder das Arbeitsrecht noch überhaupt die Rechtsordnung dieses Landes kennen. Dass sie diesen gemeinsamen Nenner gefunden und die ihnen vertraute Diskussion in das vorgegebene Raster eingefügt haben, hat den Vergleich erst ermöglicht. Einen Mehrwert bringt schließlich der Restatement-Text, der eine Art Kurzfassung des Vergleichs bildet, indem er übereinstimmende, typische und ausnahmsweise gegebene Elemente benennt. Wer am Arbeitsrecht anderer europäischer Staaten interessiert ist, erhält mit dem ersten Band der Restatement-Reihe Zugang zu einem Schlüsselbegriff des Arbeitsrechts – und hofft auf weitere Bände zu anderen arbeitsrechtlichen Themen.

*Prof. Dr. Sudabeh Kamanabrou,
Universität Bielefeld*

Die Haftung betriebsverfassungsrechtlicher Gremien und ihrer Mitglieder

Dissertation von Laura Schmitt, 2017, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 985 S. (ISBN 978-3-8487-4095-6), 199,- € erschienen als Band 129 der Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln

Die nachfolgend zu besprechende, von *Claudia Schubert* betreute Arbeit ist von der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum im Jahr 2016 als Dissertation angenommen worden. Sie ist mit dem Aulinger-Preis, dem Promotionspreis der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum, sowie dem Wissenschaftspreis der Stiftung Theorie und Praxis des Arbeitsrechts (Wolfgang-Hromadka-Stiftung) ausgezeichnet worden. Bereits dies lässt ihren eindrucksvollen wissenschaftlichen Wert erkennen. Unter den mir bekannten Dissertationen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts hebt sie sich bereits auf den ersten Blick durch ihren Umfang hervor. Die inhaltlichen Ausführungen enden auf S. 904. Selbst unter Abzug von Inhaltsübersichten und Literaturverzeichnis (bis S. 87) bleiben immerhin noch 817 S. (davon umfasst die Gesamtzusammenfassung stolze 35 S.). Ziel der Arbeit ist die Entwicklung eines »in sich schlüssigen betriebsverfassungsrechtliches Haftungs- und Sanktionensystems« (S. 87, 91, 316, 871). Dies verbindet sie mit der im Jahr 1990 erschienenen Habilitationsschrift von *Detlef Belling* »Die Haftung des Betriebsrats und seiner Mitglieder für Pflichtverletzungen«, dem für die Bearbeitung des Themas allerdings noch 437 S. ausgereicht haben.

Vorausgeschickt sei, dass die Arbeit das selbst gesetzte wissenschaftliche Ziel mit beeindruckender Stringenz verfolgt. Sie wird – ohne dies zunächst näher zu hinterfragen – von der Annahme geleitet, dass die Ausgestaltung eines Haftungssystems des Betriebsrats und seiner Mitglieder »unter Rekurs auf die Vorgaben des Bürgerlichen Rechts und des Gesellschaftsrechts« vorzugswürdig sei (S. 92). Schon hieraus wird die Größe der Aufgabenstellung erkennbar, denn das Einzelpersonen, Personengesamtheiten und juristische Personen betreffende Haftungssystem im Bürgerlichen- und Gesellschaftsrecht ist eher uneinheitlich ausgestaltet. Überdies drängt sich eine Vergleichbarkeit der Rechts- und Aufgabenstellung des Betriebsrats mit einem Idealverein, dessen Satzungszweck die Aufzucht und Hege von liebevollen Pelztieren ist, oder einem börsennotierten Dax-Konzern nicht unbedingt auf.

Methodisch geht die Arbeit zunächst auf die Begrifflichkeiten »Rechts- sowie Vermögensfähigkeit« ein (S. 97 ff., 137 ff.) und ordnet diese dem Betriebsrat und anderen Arbeitnehmervertretungen zu (S. 143 ff.). Sie erkennt die besondere Stellung des Betriebsrats, den sie als »ein aus eigenem Recht handelndes Interessenvertretungsorgan der Arbeitnehmerschaft« bezeichnet, wobei »nicht der Organbegriff der juristischen Person gemeint ist« (S. 157). Anschließend setzt sich die Verfasserin kritisch mit der wohl überwiegend vertretenen Auffassung auseinander, woraus aus der Vermögensfähigkeit des Betriebsrats seine Verpflichtungsfähigkeit folge. Sie hält diese aber zu Recht für zirkelschlüssig (S. 174). Nach ihrer Auffassung ist der Betriebsrat »Rechtssubjekt in seinem Wirkungskreis« und kann selbst Verträge mit Dritten (Sachverständige, § 80 Abs. 3 BetrVG; Berater, § 111 S. 2 BetrVG) abschließen, weshalb er auch außerhalb der betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsbeziehungen Zuordnungsobjekt von Rechten und Pflichten sei (S. 183). Der jedenfalls nicht fernliegende Gedanke, dass diese »Dritten« normativ bestimmte Handlungssubjekte der Betriebsverfassung sind und sich der Vertragsschluss zwischen ihnen und dem Betriebsrat nicht außerhalb, sondern innerhalb der »betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsbeziehungen« vollzieht, wird nicht erörtert. In einem Zwischenergebnis wird dann festgehalten, dass die Rechtsfähigkeit des Betriebsrats nicht durch seine Vermögensfähigkeit begrenzt werde. Die Vermögensfähigkeit sei wesentlicher, aber nicht notwendiger Bestandteil der Rechtsfähigkeit. Das gelte auch für den Betriebsrat, wobei die auf diesen bezogene Aussage eher begründungslos bleibt (S. 187). Im Ergebnis werde die Rechtsfähigkeit des Betriebsrats (nur) entsprechend den Grundsätzen der im Zivil- und Öffentlichen Recht vertretenen Ultra-Vires-Lehre (S. 113 ff.) begrenzt. Der Betriebsrat sei insoweit rechtsfähig, wie sich seine Handlungen innerhalb seiner Handlungen nach dem Betriebsverfassungsgesetz halten, und zwar unabhängig davon, ob er über einen Kostenerstattungsanspruch verfügt. Ultra vires handle der Betriebsrat, wenn er zB Kaufverträge über Büromaterialien abschließen, erwerbswirtschaftlich tätig werde oder nicht erforderliche Beratungsleistungen abfrage (S. 204).

Bei den Ausführungen zur Vermögensfähigkeit des Betriebsrats (S. 204 ff.) kommt die Arbeit zu dem wenig überraschenden Ergebnis, dass der Betriebsrat vermögensfähig, aber in der Regel vermögenslos ist (S. 228).

Zuvor setzt sie sich in einem »Exkurs« mit der Zulässigkeit von Geldmittelzuwendungen und Kostenpauschalen auseinander; danach folgen rechtsvergleichende Ausführungen und ein eigener Gesetzesvorschlag zu § 37 BetrVG (S. 221). Anschließend werden Rechts- und Vermögensfähigkeit der weiteren betriebsverfassungsrechtlichen Gremien behandelt (S. 237 ff.).

Der Hauptteil beschäftigt sich dann mit der Haftung des Betriebsrats und seiner Mitglieder. Die Arbeit bejaht zutreffend die normative Lückenhaftigkeit des Haftungssystems im BetrVG (S. 332 f.). Die Verfasserin vertritt dabei mit beachtlichen Argumenten, dass insbesondere die beschränkte Vermögensfähigkeit des Betriebsrats erst im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens zu berücksichtigen sei. Für das Verhältnis des Betriebsrats zu den Arbeitnehmern wird vorgeschlagen, auf das Gesellschaftsrecht bei der Lückenfüllung zu rekurrieren (S. 345 ff., 365). Zur Begründung wird angeführt, der Betriebsrat ähnele Organen einer juristischen Person zumindest in Bezug auf die Fremdnützigkeit seiner Amtsführung und die ersetzende Willensbildung, weshalb sich ein Blick auf die Haftung der Organe bzw. Organmitglieder juristischer Personen im Innenverhältnis anbiete (S. 355). Dies überrascht ein wenig, weil die Struktur von juristischen Personen – wie bereits erwähnt (S. 352 f.) – gerade nicht normativ einheitlich ausgestaltet ist, was in der Arbeit nachfolgend (S. 359) nur relativierend berücksichtigt wird. Nach Ansicht der Verfasserin sollen die zivilrechtlichen Haftungsvorschriften (§§ 280 ff., 823 ff., 1004 BGB, S. 333), soweit ihre tatbestandlichen Voraussetzungen vorliegen, auch im Rahmen der Betriebsverfassung anwendbar sein (S. 365).

Dies setzt – was nachfolgend untersucht wird – für Ansprüche aus §§ 280 ff. BGB eine schuldrechtliche Beziehung voraus, die das Verhältnis zwischen Betriebsrat und Arbeitnehmer bzw. dem Arbeitgeber prägt. Die Arbeit verneint ein umfassendes gesetzliches Schuldverhältnis zwischen dem Betriebsrat und einzelnen Arbeitnehmern (S. 428). Ein (haftungsbegründendes) gesetzliches Schuldverhältnis bestehe aber, wenn der Betriebsrat »die Interessen einzelner Arbeitnehmer« vertrete (S. 470 f.). Dies klingt zunächst, als würden davon nur die normativ ausgestalteten Tatbestände erfasst, in denen Betriebsratsmitglieder für Arbeitnehmer tätig werden können. Nach dem Verständnis der Arbeit besteht ein solches Schuldverhältnis aber auch bei der Wahrnehmung von Beteiligungsrechten. Im Bereich der Mitbestimmung in wirtschaftli-

chen Angelegenheiten können »Interessen einzelner Arbeitnehmer« beim Abschluss eines Sozialplans betroffen sein. So soll ein Zurückbleiben eines vereinbarten Sozialplans hinter einem möglichen (dh. fiktiven) Einigungsstellenbeschluss einen Teilerlass darstellen, was als eine Verfügung über die Rechtsposition eines Arbeitnehmers zu begreifen sein soll. Durch den Abschluss einer Namensliste nach § 1 Abs. 5 KSchG werde das Schutzniveau der zu kündigenden Arbeitnehmer erheblich abgesenkt, weshalb der Betriebsrat damit über eine Rechtsposition des Arbeitnehmer verfüge. Ebenso sollen in dem Abschluss einer Betriebsvereinbarung über Kurzarbeit unmittelbar Vergütungs- und Beschäftigungsansprüche einzelner Arbeitnehmer betroffen sein (S. 466). Dies wird auch pauschal für den Bereich der personellen Mitbestimmung angenommen (S. 466). Arbeitnehmer dürften darauf vertrauen, dass der Betriebsrat ihre (individuellen) Vermögensinteressen angemessen berücksichtige (S. 468). Ebenso sollen aus dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit (§ 2 Abs. 1 BetrVG) die »abweichenden Belange einzelner, besonders betroffener Arbeitnehmer« im Rahmen der Mitbestimmung – soweit möglich – zu berücksichtigen sein (S. 469). Die Arbeit hält die Betriebsratstätigkeit in diesem Bereich der Geschäftsbesorgung ohne Auftrag für vergleichbar, wobei zur Begründung auf die Fremdnützigkeit der Amtstätigkeit abgestellt wird (S. 470). An einer vertieften argumentativen Auseinandersetzung fehlt es an dieser Stelle jedoch. Das Ergebnis ist aus meiner Sicht schwerlich vertretbar, auch die Arbeit übersieht nicht, dass der Betriebsrat mit der Wahrnehmung von Beteiligungsrechten regelmäßig ein eigenes »Geschäft« führt, rechtfertigt die vertretene Auffassung aber damit, dass sein Handeln nicht durch »eigennützige Motive« bestimmt werde. Dabei wird nicht erörtert, ob nicht vielleicht die Wahrnehmung von kollektiven Interessen »der Belegschaft« eine eigene und normativ anerkannte Bestimmung für die Wahrnehmung der Beteiligungsrechte ist, die einer Wertung als »Geschäftsbesorgung« für einzelne oder eine Vielzahl von Arbeitnehmern entgegensteht. Im Einklang mit der ganz überwiegend vertretenen Auffassung wird dann die Beziehung zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber als gesetzliches Dauerschuldverhältnis angesehen (S. 484 f.).

Bei der sich daran anschließenden Erörterung der für § 280 Abs. 1 BGB erforderlichen zurechenbaren Pflichtverletzung geht die Arbeit grundsätzlich von einem

Nebeneinander in der Pflichtenstellung von Betriebsrat und seinen Mitgliedern aus, soweit nicht deren Individualpflichten betroffen sind (S. 486 ff.). Für die Zurechnung eines pflichtwidrigen Verhaltens von Betriebsratsmitgliedern konstatiert die Verfasserin eine Regelungslücke, die unter analoger Heranziehung von § 31 BGB zu schließen sei (S. 496 ff.). Bei der Ausgestaltung der sich für die Betriebsratsmitglieder ergebenden Pflichten wird ua. vertreten, dass sich aus § 2 Abs. 1 BetrVG (betriebsverfassungsrechtliche) Treuepflichten gegenüber dem Arbeitgeber und den Arbeitnehmern ergeben, die inhaltlich mit den aus § 242 BGB abzuleitenden, gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten der Gesellschaft gegenüber den Mitgesellschaftern und gegenüber der Gesellschaft vergleichbar seien (S. 518 ff.). Dies verträgt sich nach meinem Dafürhalten schwerlich mit der Stellung des Betriebsrats als Repräsentant der »Belegschaft«. Ebenso vermag der sich daran anschließende Ansatz der Arbeit nicht zu überzeugen. Danach sollen sämtliche Betriebsratsmitglieder verpflichtet sein, auf die Fassung eines nicht nur rechtmäßigen, sondern auch *zweckmäßigen* Betriebsratsbeschlusses hinzuwirken (S. 522 f.), allerdings soll zu ihren Gunsten § 93 Abs. 1 S. 2 AktG analog anwendbar sein (S. 559). Für eine Enthftung sei es aber nicht ausreichend, wenn sich ein dissentierendes Betriebsratsmitglied der Stimme enthalte oder nicht an der Abstimmung teilnehme. Die Abgabe einer Gegenstimme entlaste das Betriebsratsmitglied nur unter der zusätzlichen Voraussetzung, dass es seiner Gegenvorstellungspflicht nachgekommen sei und seine Bedenken bezüglich der Rechtmäßigkeit (auch seiner Zweckmäßigkeit?) artikuliert habe; zu Beweiszwecken solle dies protokolliert werden (S. 536). Auch an dieser Stelle zeigt sich, dass der Rekurs auf das Gesellschaftsrecht als »Lückenfüller« offensichtlich ungeeignet ist. Betrachtet man unvoreingenommen die jeweils Handelnden (Mitglieder von Gremien juristischer Personen und belegschaftsangehörige Betriebsratsmitglieder) wird niemand wirklich auf die Idee kommen, dass für diese identische Handlungspflichten bestehen. Die Einhaltung der vorstehend dargestellten Pflichten zu verlangen ist für mich – der die Akteure der Betriebsverfassung jahrzehntelang in unterschiedlichen Funktionen bei ihrer Arbeit begleitet hat – lebensfremd. Betriebsratsmitglieder sind dazu von ihrer Ausbildung regelmäßig nicht in der Lage und wären schlicht überfordert. Ebenso steht die Ausgestaltung der Betriebsratstätigkeit als Interessenvertreter der Beleg-

schaft (und nicht des Unternehmens) ihrer Vergleichbarkeit mit Gesellschaftern und Mitgliedern von Aufsichtsgremien der Gesellschaft diametral entgegen. Gegen eine Einwirkungspflicht spricht schließlich, dass es dem einzelnen Betriebsratsmitglied verwehrt ist, die Rechtmäßigkeit von Betriebsratsbeschlüssen gerichtlich überprüfen zu lassen.¹ Diese Möglichkeit müsste ein überstimmtes Mitglied aber folgerichtig haben, um den drohenden »Schadenseintritt« und damit seine Haftung zu verhindern.

Die Arbeit behandelt anschließend die Rechtsfolgen von Amtspflichtverletzungen (S. 561 ff.). Dabei werden Ansprüche auf pflichtgemäße Amtsausübung (S. 562 ff.), Unterlassungs- (S. 564 ff.) sowie Schadenersatzansprüche (S. 592 ff.) erörtert. Für eine begangene Amtspflichtverletzung sollen die Betriebsratsmitglieder Arbeitgeber und Arbeitnehmern nach § 280 Abs. 1 BGB auf Schadenersatz haften. Dies ist angesichts der von der Arbeit vertretenen Pflichtenbindung gegenüber den Arbeitnehmern folgerichtig. Der Haftungsmaßstab soll in Analogie zu §§ 31a Abs. 1, 31b Abs. 1 BGB auf das Vorliegen von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit beschränkt sein (S. 610 ff.). Für unerlaubte Handlungen soll mangels einer deliktsrechtlichen Sonderstellung eine Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB bei Verletzungen des Eigentums und des Persönlichkeitsrechts sowie bei einem Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (S. 635 ff.) in Betracht kommen. Daneben können bei Vorliegen von deren tatbestandlichen Voraussetzungen § 823 Abs. 2 BGB (S. 651 ff.) und – im Ausnahmefall – § 826 BGB (S. 681 ff.) als Haftungsnormen einschlägig sein.

Gegen Ende behandelt die Arbeit die Haftung für vertragliche Verbindlichkeiten gegenüber Dritten (S. 695 ff.). Unterschieden wird zwischen der Haftung im Intra-Vires-Bereich (S. 697 ff.) und im Ultra-Vires-Bereich (S. 741 ff.). Handele der Betriebsrat *innerhalb seiner gesetzlichen Zuständigkeit*, soll er Vertragspartner des Dritten werden, sofern die darauf bezogene Willenserklärung von einem ordnungsgemäßen Betriebsratsbeschluss umfasst ist. Nach Durchführung des Vertrags soll keine Möglichkeit bestehen, den Vertragsschluss (nachträglich) zu genehmigen, da eine nach § 40 Abs. 1 BetrVG erforderliche ex-ante-Betrachtung nicht mehr möglich sei. In diesem Fall hafte (nur) das am Vertragsabschluss beteiligte Betriebsratsmitglied, dh. regelmäßig der Betriebsratsvorsitzende oder sein

¹ BAG, 7.6.2016 – 1 ABR 30/14 – BAGE 155, 221.

Stellvertreter; die Möglichkeit eines Haftungsausschlusses oder einer -reduktion verneint die Verfasserin (S. 730 ff.).² Ebenso sollen bei einem fehlenden oder fehlerhaften Betriebsratsbeschluss keine Regressansprüche des nach § 179 BGB in Anspruch genommenen Betriebsratsvorsitzenden gegen die übrigen Betriebsratsmitglieder entstehen; ein handelndes Betriebsratsmitglied könne hingegen den Betriebsratsvorsitzenden, der eine formelle Prüfungspflicht in Bezug auf den gefassten Betriebsratsbeschluss (!) habe, in Regress nehmen (S. 797). Im *Ultra-Vires-Bereich* könne der Betriebsrat als Gremium nicht verpflichtet werden, weil ihm insoweit die Rechtsfähigkeit fehle. Auch eine Haftung des handelnden Betriebsratsmitglieds aus § 179 BGB (S. 744 ff.) oder aufgrund einer analogen Anwendung dieser Vorschrift wird abgelehnt (S. 752 ff.).

Es folgen dann Ausführungen zu den mit der Haftung zusammenhängenden prozess- und zwangsvollstreckungsrechtlichen Fragen (S. 799 ff.). Besonders angesprochen werden der Rechtsweg und die Parteifähigkeit bei Auseinandersetzungen über vertragliche Ansprüche »Dritter« (S. 801 ff.). Bei diesen sei der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten gegeben. § 50 Abs. 1 ZPO lege nahe, dass der Betriebsrat als rechtsfähige Person ebenfalls parteifähig sei (S. 801). Dies entspricht im Ergebnis der Auffassung des Dritten Zivilsenats des Bundesgerichtshofs in seiner Entscheidung vom 25. Oktober 2012,³ der hier von begründungslos und offenbar ohne rechtliches Problembewusstsein ausgegangen ist. Dies »passt« aber nicht wirklich zur Gesetzessystematik. U. Fischer hat völlig zu Recht darauf hingewiesen, dass der Betriebsrat außerhalb des arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahrens nicht Partei eines Rechtsstreit sein könne. Zur Begründung hat er sich auf § 10 ArbGG bezogen, der eine Beteiligtenstellung des Betriebsrats ausschließlich für das Verfahren nach § 2a Abs. 1 Nr. 1 ArbGG normiert, während es an einer entsprechenden Regelung für das arbeitsgerichtliche Urteilsverfahren fehlt.⁴ Warum diese Beschränkung nicht gleichermaßen für die Zivilgerichtsbarkeit gelten sollte, ist nicht erkennbar. Die Arbeit will die Parteifähigkeit des Betriebsrats letztlich über die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG herleiten. Der Ansatz, auch einen Streit zwischen einem Berater/Sachverständigen und dem Betriebsrat als Angelegenheit aus dem BetrVG iSd. § 2a Abs. 1 Nr. 1 ArbGG anzusehen, wird in der Arbeit unter Hinweis auf § 10 S. 1 Hs. 2 ArbGG verworfen. Es spricht nach meinem Dafürhalten aber nichts dagegen, Sachver-

ständige und/oder Berater als betriebsverfassungsrechtliche Stellen anzusehen, weil es sich bei ihnen nach dem BetrVG um Hilfspersonen des Betriebsrats handelt. Rechtsstreitigkeiten über ihre Honoraransprüche wären daher nach § 2a Abs. 1 Nr. 1 ArbGG im Beschlussverfahren auszutragen.

Die Arbeit schließt ihre Untersuchungen mit Fragen zur Haftung der weiteren betriebsverfassungsrechtlichen Gremien und Funktionsträger (S. 828 ff.).

Meine Schlussbewertung? Bei allem Respekt vor der immensen wissenschaftlichen Leistung der Verfasserin halte ich die zentrale These ihrer Arbeit, »die zivilrechtlichen Haftungsvorschriften sind, soweit ihre tatbestandlichen Voraussetzungen vorliegen, im Rahmen der Betriebsverfassung anwendbar« (S. 880), für nicht genügend hinterfragt und praxisfremd. Richtig ist, dass das Haftungssystem des BetrVG planwidrig lückenhaft ist (S. 878). Betriebsratsmitglieder sind aber weder Anteilseigner ihres Unternehmens, noch ist ihnen im Interesse der Anteilseigner – anders als Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat – eine Aufsichtsfunktion über die Unternehmensführung zugewiesen. Deshalb ist es ohne Bedeutung, dass Mitgliedern von anderen Aufsichtsorganen keine Haftungsfreiräume eingeräumt sind. Ebenso ist das Verhältnis zwischen dem Betriebsrat und den von diesem repräsentierten Arbeitnehmern nicht mit einem »Verein« nach bürgerlich-rechtlichem Recht vergleichbar. Allein die (ansatzweise) körperschaftliche Strukturierung von Arbeitnehmervertretungen (S. 881) reicht nicht aus, um bürgerlich-rechtliche oder gesellschaftsrechtliche Haftungsnormen als Haftungsnormen heranzuziehen. Mitglieder eines Betriebsrats nehmen gegenüber dem Betriebsinhaber die Interessen der »Belegschaft« wahr. Sie haben dabei regelmäßig keine besondere Pflichtenstellung gegenüber den Rechtspositionen einzelner Arbeitnehmer, weshalb auch die Annahme eines Schutzpflichtverhältnisses nach zivilrechtlichen Grundsätzen ausscheidet (S. 883 f.).

Prof. Dr. Ulrich Koch,

Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht

2 Allerdings ist m.E. die Haftung summenmäßig auf die Höhe des Freistellungsanspruchs beschränkt. Mehr Vermögen hat der Betriebsrat nicht, der beauftragte Sachverständige und/oder Berater darf daher ohne Kostenzusage des Arbeitgebers ohne Hinzutreten besonderer Umstände nicht darauf vertrauen, der Betriebsratsvorsitzende könne eine darüber hinausgehende Honorarzusage abgeben.

3 BGH, 25. 10. 2012 – III ZR 266/11 – BGHZ 195, 174.

4 Zuletzt in JurisPR-ArbR 15/2014 Anm. 4 (unter E.).

Zusammenfassungen

Heuschmid: Datenschutzgrundverordnung und Betriebsverfassung – Eine Positionsbestimmung unter besonderer Berücksichtigung des primären Unionsrechts

SR 1/2019, S. 1–11

Der Beitrag beleuchtet die Konsequenzen der EU-DSGVO für das deutsche Betriebsverfassungsrecht anhand mehrerer praktischer Einzelfragen: Der Rolle des Betriebsrats bei der Sicherstellung des Datenschutzes im Betrieb, dem Verhältnis von Datenschutzbeauftragten und Betriebsrat wie auch einer möglichen Beschränkung von Beteiligungsrechten, die der Autor im Ergebnis ablehnt.

Franzen: Die Veränderung des Arbeitszeitvolumens im Spannungsverhältnis zwischen persönlichen und betrieblichen Arbeitszeitinteressen

SR 1/2019, S. 12–20

Der Verfasser beschäftigt sich kritisch mit den Änderungen im Teilzeitrecht und deren Hintergründen. Er befürchtet bürokratische Belastungen, eine unübersichtliche Vielfalt an Ansprüchen und mangelnde Möglichkeiten zu personellen Ausgleichsmaßnahmen. Verbesserungspotenzial sieht er etwa darin, den Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit stets an einen Grund zu knüpfen.

Klein/Schneider: Die Änderung der Entsenderichtlinie

SR 1/2019, S. 21–36

Die Verfasser erläutern die neuen Regelungen zur Entsenderichtlinie und zeigen den beabsichtigten Ausgleich zwischen der Dienstleistungsfreiheit und dem Grundsatz der Gleichbehandlung auf. Im Ergebnis verbessere die Änderungsrichtlinie den Schutz entsandter Arbeitnehmer.

Abstracts

Heuschmid: General Data Protection Regulation and works constitution – A positioning under specific consideration of primary union law

SR 1/2019, pp. 1–11

The article analyses the consequences of the EU-GDPR on the German works constitution by means of practical questions: The role of the works council in safeguarding data protection within the company, the relationship of the data security officer and the works council as well as a possible limitation of participation rights which the author ultimately rejects.

Franzen: The change in the working time volume in the light of personal and company working time interests

SR 1/2019, pp. 12–20

The author critically examines the changes in the part-time law and its background. He fears bureaucracy, a confusing diversity of entitlements and a lack of possibilities for personnel compensatory measures. According to him, a possible legal improvement could be a reduction of working time under the condition of a justifying reason.

Klein/Schneider: The Amendment of the Posted Workers Directive

SR 1/2019, pp. 21–36

The authors explain the new rules amending the Posted Workers Directive and show the intended balance between the freedom to provide services and the principle of equal treatment. They conclude that the amending directive ultimately improves the protection of posted workers.

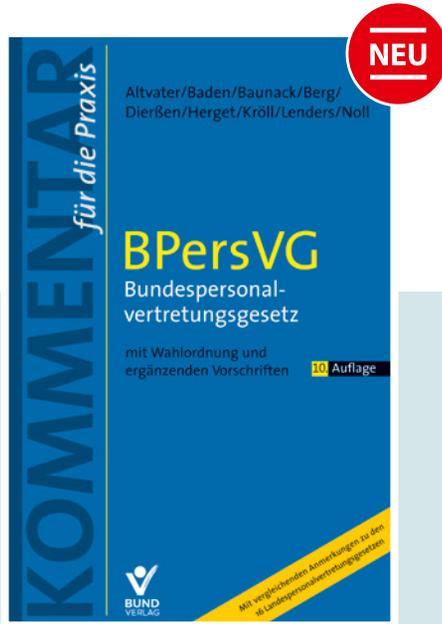
Vorschau | In einer der nächsten Ausgaben von »Soziales Recht« werden Sie voraussichtlich lesen:

Abhandlungen

- *Antoine T.J.M. Jacobs*: Aktuelle Entwicklungen im niederländischen Recht zum Mindestentgeltsschutz von Solo-Selbständigen
- *Katja Nebe*: Gleichberechtigte Erwerbsteilnahme für behinderte Menschen – Impulse durch das BTHG
- *Nadine Absenger/Jens Schubert*: Beamtenstreik
- *Thomas Klein/Alexander Schneider*: Die Umsetzung der Entsenderichtlinie

Rezensionen

- *Peter Hanau*: Michael Kittner, 50 Urteile aus dem Arbeitsrecht
- *Elias Felten*: Moti (Mordehai) Mironi/Monika Schlachter, Regulating Strikes in Essential Services



Altvater / Baden / Baunack / Berg | Dierßen / Hergert / Kröll / Lenders / Noll

BPersVG – Bundespersonalvertretungsgesetz

mit Wahlordnung und ergänzenden Vorschriften | Kommentar für die Praxis mit vergleichenden Anmerkungen zu den 16 Landespersonalvertretungsgesetzen 10., neubearbeitete und aktualisierte Auflage 2019. Ca. 2.700 Seiten, gebunden

Subskriptionspreis bis drei Monate nach Erscheinen: ca. € 169,-

Danach ca. € 189,-

ISBN 978-3-7663-6753-2

Erscheint März 2019

www.bund-verlag.de/6753

**Ausführliche Anmerkungen
mit tabellarischen Übersichten
zu den Vorschriften der
Landespersonalvertretungsgesetze**

**Die neue Rechtsprechung
umfassend ausgewertet**

Der Standardkommentar Umfassend und präzise im Detail

Der in der Praxis seit Langem bewährte Kommentar in neuer, bearbeiteter und aktualisierter Auflage. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur sind bis Juni 2018 berücksichtigt. Die Erläuterungen der Vorschriften des Bundespersonalvertretungsgesetzes sind um Hinweise und Anmerkungen zu den vergleichbaren Bestimmungen in allen 16 Landespersonalvertretungsgesetzen ergänzt. Landesrechtliche Besonderheiten und Abweichungen bei den besonders wichtigen organisations- und beteiligungsrechtlichen Regelungen sind hervorgehoben. Tabellarische Übersichten mit ergänzenden Anmerkungen informieren umfassend und detailgenau über die landesgesetzlichen Tatbestände und Formen der Beteiligung.

Darüber hinaus sind erläutert

- > die Wahlordnung zum Bundespersonalvertretungsgesetz
- > die Vorschriften des Deutschen Richtergesetzes über die gemeinsamen Aufgaben von Richterrat und Personalvertretung
- > die Vorschriften des Deutsche Bahn Gründungsgesetzes über die Personalvertretung der Beamten des Bundeseisenbahnvermögens, die der Deutschen Bahn AG zugewiesen sind
- > die Vorschriften des Postpersonalrechtsgesetzes über die betriebliche Interessenvertretung der Beschäftigten bei den Postnachfolgeunternehmen Deutsche Post AG, Deutsche Postbank AG und Deutsche Telekom AG
- > das Personalvertretungsrecht bei der Bundeswehr mit dem Soldatinnen- und Soldatenbeteiligungsgesetz und dem Kooperationsgesetz der Bundeswehr
- > das Betriebsvertretungsrecht bei den Stationierungsstreitkräften der NATO
- > die einschlägigen Vorschriften des Strafgesetzbuchs
- > die Vorschriften des Sozialgesetzbuches II über die Personalvertretung in den Jobcentern, die als gemeinsame Einrichtungen der Bundesagentur für Arbeit und einer Kommune organisiert sind

Einfach online bestellen:

1. Einsteigen auf www.bund-verlag.de/6753 2. Daten eingeben 3. Absenden
oder Coupon ausfüllen und abschicken:

Expl.	Best.-Nr. 978-3-7663-	Autor / Kurztitel	Preis / €
	6753-2	Altvater u.a. BPersVG – Bundespersonalvertretungsgesetz Subskriptionspreis bis drei Monate nach Erscheinen, danach: ca. € 189,-	ca. 169,-

Absender: Frau Herr

Name / Vorname: _____

Firma / Funktion: _____

Straße / Nr.: _____

PLZ / Ort: _____

Telefon: _____

E-Mail: _____

Datum / Unterschrift: _____



Postfach
60424 Frankfurt am Main

Infotelefon:
069 / 79 50 10-20

Fax:
069 / 79 50 10-11

E-Mail:
kontakt@bund-verlag.de

www.bund-verlag.de

Immer topaktuell informiert sein

- Ja, ich möchte den kostenlosen Newsletter für **Betriebsräte** nutzen.
- Ja, ich möchte den kostenlosen Newsletter für **Personalräte** nutzen.
Den Newsletter kann ich jederzeit wieder abbestellen.



SEI SCHLAU. KITTNER.

DER NEUE MIT PLUS

PRINT:

- Konzentriert lesen
- Wissen vertiefen
- Wichtige Stellen markieren



ONLINE:

- Unterwegs nutzen
- Nach Stichwörtern suchen
- Immer aktuell sein

JETZT BESTELLEN:

Lieferbar ab 14. Februar 2019

www.mein-kittner.de · kontakt@bund-verlag.de · Bestellhotline 069 / 79501020

