

## „Arbeitsrecht – für wen und wofür?“

Bericht von der 4. Assistententagung im Arbeitsrecht vom 17.-19. Juli 2014 in Bonn

Daniel Hlava\*

Unter dem Titel „Arbeitsrecht – für wen und wofür?“ fand vom 17. bis 19. Juli 2014 die inzwischen 4. Assistententagung im Arbeitsrecht statt. Die Teilnehmerinnen und Teilnehmer, die überwiegend wissenschaftliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter von arbeitsrechtlichen Lehrstühlen waren, nutzten diesen Anlass, um gemeinsam über aktuelle arbeitsrechtliche Themen zu diskutieren. Gastgeberin war in diesem Jahr die Universität Bonn, die hierbei von dem Unternehmen CMS, den Verlagen C.H. Beck und Nomos sowie dem Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht unterstützt wurde.

Das Thema der Tagung mochte auf den ersten Blick etwas verwundern und die aufgeworfene Frage leicht zu beantworten sein. So dient das Arbeitsrecht seit jeher in erster Linie den Arbeitnehmern, die aufgrund ihrer strukturell schwächeren Position gegenüber dem Arbeitgeber einen besonderen Schutz bedürfen.<sup>1</sup> Betrachtet man jedoch die Entwicklungen der vergangenen Jahre, wird schnell deutlich, dass nicht mehr nur „klassische“ Arbeitnehmer<sup>2</sup> schutzbedürftig sind. Dies zeigt sich auch darin, dass der nicht klar umrandete Begriff des Arbeitnehmers in der heutigen Zeit zunehmend an Schärfe verliert und ein Regelarbeitsverhältnis für viele prekär Beschäftigten gleichwohl nicht die Regel ist. Es durfte demnach mit Spannung erwartet werden, welche Problemfelder in diesem Zusammenhang während der Veranstaltung zur Sprache kommen und zur Diskussion gestellt würden.

Nach einer Einführung in die Veranstaltung und einem Grußwort des diesjährigen Veranstalters folgte ein Festvortrag von *Prof. Klaus Bepler*, der gleich zu Beginn die Schwierigkeiten im Umgang mit den Merkmalen des Arbeitnehmerbegriffs veranschaulichte. Anlässlich der wenige Tage zuvor beendeten Fußballweltmeisterschaft referierte *Bepler* über „Profifußball und Arbeitsrecht“. Er führte aus, weshalb auch Profifußballer unter den Arbeitnehmerbegriff zu fassen sind. Aufgrund der hohen Vergütungen, die in diesem Bereich gezahlt werden, könnte die Schutzbedürftigkeit dieser Gruppe jedoch in Zweifel gezogen werden. Letztlich sind jedoch – so *Bepler* – auch diese Personen Weisungen unterworfen und erfüllen auch weitere charakte-

\* Daniel Hlava, LL.M., ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht, Frankfurt am Main.

1 Zu den Entwicklungen des Arbeitnehmerbegriffs und einführend in das Thema der Assistententagung S. *Pötters*, Der personale Anwendungsbereich des Arbeitsrechts: Morgen ist gestern?, NZA 2014, S. 704-708.

2 In der Arbeitssoziologie wird seit Ende der 90er Jahre aufgrund der veränderten Anforderungen in der Arbeitswelt auch vermehrt von einem neuen Basistypus, dem „Arbeitskraftunternehmer“, gesprochen, vgl. grundlegend G. *Voß/H. Pongratz*, Der Arbeitskraftunternehmer. Eine neue Grundform der "Ware Arbeitskraft"?, KZfSS 50/1998, S. 131-158.

ristische Merkmale eines Arbeitnehmers. Sodann ging der Festredner auf einzelne Problemfelder ein, die sich bei Profifußballern aus ihrer Arbeitnehmereigenschaft ergeben (z.B. die Zulässigkeit befristeter Verträge und die Beschäftigungspflicht des Vereins). Der Vortrag führte vor Augen, dass es auch vereinzelte Gruppen von Beschäftigten gibt, die keinen besonderen arbeitsrechtlichen Schutz benötigen. Letztlich stellt die Gruppe der Profisportler und anderer Spitzenverdiener jedoch nur einen Ausnahmefall dar. Der weitaus größte Teil der Beschäftigten ist auf die arbeitsrechtlichen Instrumente angewiesen, um seine berechtigten Interessen gegenüber dem Arbeitgeber behaupten zu können. Im Übrigen ließe sich auch kaum eine konkrete Einkommensgrenze ausmachen, ab der ein Profisportler allein aufgrund seines Verdienstes nicht mehr schutzbedürftig wäre.

Es folgte ein Vortrag von *Laura Schmitt* (Freie Universität Berlin) über „Die Rechtsstellung von Praktikanten de lege lata und de lege ferenda“. Die Beschäftigung von Praktikanten dient nicht selten auch dem kostengünstigen Ersatz von Arbeitskräften (sog. Scheinpraktika). Abgrenzungen zwischen dem Praktikanten- und Arbeitnehmerbegriff gestalten sich oftmals als schwierig. *Schmitt* zeigte in ihrem Vortrag Wege auf, wie diese Abgrenzung vorgenommen werden kann. Entscheidend sei hierbei die Wertung, ob bei einer Tätigkeit der Arbeits- oder der Ausbildungszweck überwiegt. Anschließend setzte sie sich mit verschiedenen Instrumenten auseinander, die zu einem verbesserten Schutz von Praktikanten beitragen könnten (bspw. eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast). Sie ging hierbei auch auf Regelungen zu einem Mindestlohn für Praktikanten und die Vorgaben des Berufsbildungsgesetzes ein. Die Referentin kam zu dem Ergebnis, dass insgesamt nur ein geringer rechtlicher Regelungsbedarf bestehe, da der Missbrauch in der Praxis v.a. eine Tatsachenfrage sei.

Dem schloss sich ein Referat von *PD Dr. Marcus Bieder* (Universität Heidelberg) zu dem Thema „Arbeitsrechtlicher Beschäftigtenschutz für Beamte und Mitarbeiter des öffentlichen Dienstes“ an. *Bieder* machte zunächst darauf aufmerksam, dass Beamte und Mitarbeiter des öffentlichen Dienstes im Vergleich zur Privatwirtschaft oftmals ungünstigere Arbeitsbedingungen vorfinden. Als eine mögliche Reaktion hierauf stellte er verschiedene Strategien vor, wie eine Angleichung der Niveauunterschiede erreicht werden könnte. Der Referent sprach sich u.a. für eine günstigere Auslegung des Dienstrechts für Beamte und Mitarbeiter aus. So sollten auch hier Ansprüche aus betrieblicher Übung möglich sein. Ebenso sollte der Arbeitnehmerbegriff in den europäischen Richtlinien weit ausgelegt werden.<sup>3</sup>

3 Für diese Forderung spricht ebenso, dass der EuGH in der Rs. *Neidel* (v. 03.05.2012 – C-337/10, NVwZ 2012, 688) zu dem Schluss gekommen ist, dass Beamte hinsichtlich des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub grundsätzlich auch als Arbeitnehmer i.S.v. Art. 7 Richtlinie 2003/88/EG angesehen werden können. Insgesamt existieren in der EU zum Teil je nach Rechtsakt unterschiedliche Arbeitnehmerbegriffe.

Besonders interessant waren zudem die Ausführungen *Bieders* zu einem Arbeitskampfrecht für Beamte. Dieses werde oft unter Bezugnahme auf den Beamtenstatus und dem besonderen Verhältnis zum Dienstherrn als unvereinbar angesehen. Das Streikverbot stelle jedoch keine zwingende Rechtsfolge aus Art. 33 Abs. 5 GG dar. Zwar stelle diese Norm darauf ab, dass die „hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums“ bei der Regelung und Fortentwicklung des öffentlichen Dienstrechts zu berücksichtigen sind. Nach diesen Grundsätzen ließe sich ein Arbeitskampfrecht von Beamten wohl tatsächlich nicht herleiten. Es müsse jedoch auch das Grundrecht der Beamten auf Koalitionsfreiheit Beachtung finden. Wie auch in der anschließenden angeregten Diskussion thematisiert wurde, eröffnet Art. 11 Abs. 1 EMRK grundsätzlich jedem die Möglichkeit, kollektive Arbeitskampfmaßnahmen durchzuführen.<sup>4</sup> Eine gesetzliche Beschränkung kann nach § 11 Abs. 2 EMRK lediglich bei der Durchführung hoheitlicher Aufgaben u.a. vorgenommen werden. Eine solche Differenzierung ist in der deutschen Rechtspraxis bei Beamten nicht vorgesehen. Art. 9 Abs. 3 GG trifft keine speziellen Aussagen zum Streikrecht von Beamten. Letztlich sei die verfassungsrechtliche Lage, wie *Bieder* zutreffend ausführt, offener, als bislang angenommen wurde. Lediglich Beamte, die hoheitliche Aufgaben ausführen, könnten vom Streikrecht ausgenommen sein (was in der Praxis jedoch zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen könnte). Eine völkerrechtliche Auslegung des Grundgesetzes sei gegenüber einer historischen Auslegung zu bevorzugen. Für diese Annahme spricht im Übrigen auch, dass Art. 33 Abs. 5 GG gerade eine Fortentwicklung des Rechts des öffentlichen Dienstes fordert. Die althergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums sind hierbei zwar nicht gänzlich außer Acht zu lassen, bedeutende spätere Entwicklungen, wie die Ratifikation der EMRK, die bei der Auslegung des Grundgesetzes zu berücksichtigen ist,<sup>5</sup> müssen jedoch stärker gewichtet werden. Das umfassende, von den Aufgabenbereichen der Beamten unabhängige Verbot kollektiver Kampfmaßnahmen wurde jüngst auch vom Bundesverwaltungsgericht kritisiert und als mit Art. 11 EMRK inhaltlich unvereinbar angesehen.<sup>6</sup>

Mit dem Streik in der Daseinsvorsorge beschäftigte sich *Prof. Dr. Lena Rudkowski* (Freie Universität Berlin). Auch hier zeigten sich Schwierigkeiten bei dem Versuch, den Kreis der Personen, die lebenswichtige Arbeiten erbringen, näher zu bestimmen. *Rudkowski* sprach sich dafür aus, gesetzliche Regelungen zum Arbeitskampfrecht in der Daseinsvorsorge zu treffen, damit auch öffentliche Interessen der Bevölkerung hinreichend Berücksichtigung finden. Hier könnte nach Einschätzung der Referentin u.a. ein obligatorisches Schlichtungsverfahren vor Streikbeginn eingeführt werden.

4 Siehe auch BVerwG v. 27.2.2014 – 2 C 1/13, NVwZ 2014, 736.

5 Ständige Rechtsprechung des BVerfG zur völkerrechtsfreundlichen Auslegung, vgl. nur BVerfG v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, NJW 2004, 3407; sowie BVerfG v. 4.5.2011 – 2 BvR 2333/08 u.a., NJW 2011, 1931.

6 BVerwG v. 27.2.2014 – 2 C 1/13, NVwZ 2014, 736; näher *H. Schwarz*, Ein Grundsatz kommt ins Wanken, PersR 7-8/2014, 49-53.

In der anschließenden Diskussion wurde u.a. problematisiert, dass eine gesetzliche Regelung des Notdienstes nur schwer möglich sei. Ferner sollte die Angst vor einem ausufernden Streik in der Daseinsvorsorge („Panik vor dem Exzess“) relativiert werden, da es grundsätzlich auch nicht im Interesse der betroffenen Arbeitnehmer sei, in lebenswichtigen Bereichen (wie im Krankenhaus) ihre Arbeit ohne Notstandsvereinbarungen niederzulegen.

Sodann referierte *Felix Schörghofer* (Universität Wien) über Zurechnungsfragen im deutschen und österreichischen Diskriminierungsrecht, die sich insbesondere stellen, wenn Arbeitgeberfunktionen innerhalb eines Unternehmens von verschiedenen Personen wahrgenommen werden (z.B. von Projektleitern). *Schörghofer* schilderte hierzu verschiedene Konstellationen und kam u.a. zu dem Ergebnis, dass die Verhaltenszurechnung insbesondere vor der Frage zu bewerten sei, ob man bei einer Diskriminierung der Autorität einer anderen Person im Unternehmen unterworfen ist oder es sich bei den Beteiligten um gleichrangige Arbeitskollegen handelt.

Des Weiteren befasste sich *Simona Kreis* (Universität Freiburg) mit dem Whistleblowing gegenüber Behörden und seiner arbeitsrechtlichen Bewertung, was nicht zuletzt aufgrund der NSA-Affäre eine aktuelle Relevanz hat. Nach Ansicht der Referentin sollten auch öffentliche Interessen stärker als Abwägungsgrund herangezogen werden, wenn es um die Frage ginge, ob Mitarbeiter Missstände im Unternehmen nach außen tragen dürfen (die allgemeine Ansicht von Unternehmen sei dagegen: „Was im Betrieb passiert, bleibt im Betrieb“). *Kreis* machte darauf aufmerksam, dass sich das Arbeitsrecht über das Arbeitsverhältnis hinaus erstrecke und ebenso mit dem Umweltschutz zusammenhänge. Wenn z.B. die gesetzlichen Vorgaben bei der Lebensmittelproduktion nicht eingehalten werden, betrifft dies auch Außenstehende. Durch ein externes Whistleblowing würde die Ahndung von Rechtsverstößen an eine Behörde übertragen werden und der Arbeitnehmer müsse sich nicht selbst mit seinem Arbeitgeber rechtlich auseinandersetzen. Anschließend wurde u.a. sehr kontrovers diskutiert, ob sich ein Arbeitnehmer auch dann an eine Behörde wenden kann, wenn er lediglich den Verdacht einer Rechtsverletzung hat, ohne diese beweisen zu können.

Die möglichen Grenzen des Arbeitsschutzes, wie sie sich insbesondere aus dem Daten- und Diskriminierungsschutz ergeben, waren Thema des Vortrags von *Maximilian Schmidt* (Universität Bonn). Er schilderte das Problem, dass Arbeitgeber möglichst viele Daten von einem Arbeitnehmer erhalten möchten, um passende Arbeitsschutzmaßnahmen ergreifen zu können (z.B. für einen passenden Bürostuhl). *Schmidt* setzte sich mit den rechtlichen Rahmenbedingungen im nationalen und europäischen Recht auseinander. Bei der Abwägung, ob Daten erhoben werden dürfen, müsste auch deren Offensichtlichkeit (z.B. bei der Körpergröße) eine Rolle spielen. Schließlich müsse der Arbeitgeber die Möglichkeit haben, zur Erfüllung seiner ge-

setzlichen Pflichten die erforderlichen Daten zu erheben. Weiterhin wurde die Rolle des Betriebsrats in diesem Zusammenhang behandelt.

Einen thematischen Schwerpunkt bildete das jüngst beschlossene Mindestlohngesetz (MiLoG), dem sich ein Vortrag von *Dr. Daniel Ulber* (Universität Köln) und eine anschließende Podiumsdiskussion widmeten. *Ulber* setzte sich eingehend mit den Ausnahmetatbeständen in § 22 MiLoG auseinander, die einer arbeitsmarktpolitischen Steuerung dienen sollen. Letztlich werde sich jedoch erst in den nächsten Jahren zeigen können, ob das MiLoG seine erhofften Effekte erreichen wird. Im Rahmen einer Podiumsdiskussion wurde sodann über verschiedene Aspekte des neuen Gesetzes diskutiert. Die Höhe des Mindestlohns wurde als zu niedrig angesehen, um z.B. eine über dem Grundsicherungsniveau liegende Altersrente erhalten zu können. Das Thema müsse daher im Zusammenhang von Arbeits- und Sozialrecht gesehen werden. Weiterhin wurde die Rolle der Mindestlohnkommission und ihrer Zusammensetzung thematisiert. Hier wurde angemerkt, dass aufgrund der Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt auch die Bundesagentur für Arbeit und die Deutsche Rentenversicherung hätten beteiligt werden sollen. Ferner wurden Kontrollschwierigkeiten und weitere rechtliche Fragen<sup>7</sup> zu den Regelungen des MiLoG angesprochen.

*Dr. Andrea Potz* (CMS RRH) ging im weiteren Verlauf der Frage nach, welche arbeitsrechtlichen Folgen eine Dienstverhinderung aus religiösen Gründen hat. Sie befasste sich hier v.a. mit religiösen Feiertagen und Freizeit zur Erfüllung religiöser Pflichten. *Potz* kam zu dem Ergebnis, dass eine Gestaltung unter Berücksichtigung der Gleichbehandlungsgebote erfolgen müsse und das Urlaubsrecht großzügig gehandhabt werden sollte.

Einen ebenfalls interessanten Vortrag bot *Stephan Seiwert* (Universität Bonn), der sich mit der partiellen Schwäche der Tarifautonomie durch den rückläufigen Organisationsgrad von Arbeitnehmern in Gewerkschaften und der ebenfalls zurückgegangenen Tarifwirkung befasste. Den Auswirkungen könne entweder durch eine zunehmende Regulierung seitens des Gesetzgebers oder durch eine Stärkung der Tarifautonomie mittels Anreizen begegnet werden.

Ein weiterer Vortrag handelte von Mitarbeitern im kirchlichen Dienst. Der Referent, *Benjamin Bruchmann* (Universität Bochum), ging auf das besondere verfassungsrechtliche Selbstbestimmungsrecht der Kirchen und das damit zusammenhängende Spannungsverhältnis mit den Grundrechten der Mitarbeiter ein.

Im letzten Vortrag der Assistententagung beschäftigte sich *Eva Albers* (Universität Eichstätt-Ingolstadt) mit dem Arbeitsverhältnis bei Arbeitnehmerüberlassungen. Sie

<sup>7</sup> Zu den Auswirkungen der Unabdingbarkeit des Mindestlohns nach § 3 MiLoG siehe die Ergebnisse des Gutachtens von *U. Preis/D. Ulber*, Ausschlussfristen und Mindestlohngesetz, HSI-Schriftenreihe Bd. 12, Frankfurt am Main 2014 (im Erscheinen).

kritisierte die in der Praxis zu lange Wartezeit beim Kündigungsschutz (§ 1 Abs. 1 KSchG), die der tatsächlichen Situation von Leiharbeitnehmern nicht gerecht werde. Des Weiteren zeigte sie die rechtliche Situation bei betriebsbedingten Kündigungen und Befristungen auf.

Die Veranstaltung hat deutlich gemacht, dass die Leitfrage „Arbeitsrecht – für wen und wofür?“ eine viel komplexere Antwort abverlangt, als sie vordergründig zu sein scheint. Arbeitsrecht ist in erster Linie Arbeitnehmerschutzrecht, erstreckt sich aber darüber hinaus auch auf weitere Bereiche und gesamtgesellschaftliche Interessen. Ebenso haben die Vorträge und die angeregten Diskussionen gezeigt, dass bereits die Frage, wann jemand unter den Arbeitnehmerbegriff fällt und damit vielfältige schützende Regelungen in Anspruch nehmen kann, in einigen Konstellationen nicht einfach zu beantworten ist. Der Arbeitnehmerbegriff muss gerade in der heutigen Zeit weiter gedacht und gefasst werden. Dabei konnte die Tagung nur einen Einblick bieten, welche Gruppen von Personen neben den „klassischen“ Arbeitnehmern vom Arbeitsrecht geschützt werden müssten. Wichtig ist, dass die Interessen dieser Gruppen auch durch kollektive Akteure vertreten werden können. Daneben bahnen sich durch die Möglichkeiten des Internets neue Arbeitsformen ihren Weg in die Gesellschaft, wie bspw. beim Crowdsourcing.<sup>8</sup> Ebenfalls problematisch ist der Status von behinderten Beschäftigten an der Schnittstelle zwischen einer Werkstatt für behinderte Menschen (arbeitnehmerähnliches Rechtsverhältnis, soweit sie nicht Arbeitnehmer sind, vgl. § 138 SGB IX) und dem allgemeinen Arbeitsmarkt.<sup>9</sup> Zu denken ist bspw. auch an eine Erweiterung des arbeitsrechtlichen Schutzes auf arbeitnehmerähnliche Beschäftigte und Soloselbstständige, wie es in § 12a TVG und § 1 Abs. 2 HAG bereits gesetzlich angelegt ist.

Die Tagung hat gezeigt, dass in vielen Bereichen weiterer Forschungsbedarf besteht. Die Publikation der Vorträge wird im Rahmen eines Tagungsbands im Nomos-Verlag erfolgen. Die nächste Assistententagung 2015 an der Universität Bochum wird wieder die Möglichkeit bieten, sich weiteren Fragen aus dem Arbeitsrecht zuzuwenden.

8 Einführend in die Probleme ein Interview mit Thomas Klebe von *J. Witte/H. Steiger*, Unfaire Bedingungen für Netzarbeiter, VDI nachrichten, Ausgabe 29 vom 18.7.2014.

9 Zu diesem Problem *S. Wendt*, Ungesicherte Beschäftigungsverhältnisse als Folge der Ausweitung der arbeitnehmerähnlichen Beschäftigung behinderter Menschen über den Bereich anerkannter WfbM hinaus, Forum D, Beitrag D11-2013 unter [www.reha-recht.de](http://www.reha-recht.de).