

## Zwischen Theorie und Praxis – Herausforderungen des Arbeitsrechts

5. Assistententagung im Arbeitsrecht vom 16.7.2015 – 17.7.2015 an der Ruhr-Universität in Bochum

Samir Buhl und Karola Wendel\*

Vom 16.7 – 17.7.2015 fand in Kooperation der Universitäten Bielefeld und Bochum an der Ruhr-Universität Bochum die bereits fünfte Assistententagung im Arbeitsrecht statt. Das Vortragsmotto der Tagung lautete: „Zwischen Theorie und Praxis – Herausforderungen des Arbeitsrechts“. Auch in diesem Jahr konnten die Gastgeber auf die Anwaltssozietät CMS Hasche Sigle als Hauptsponsor setzen. Daneben erfuhren sie Unterstützung vom Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht, der Stiftung Theorie und Praxis des Arbeitsrechts sowie den Verlagen C.H. Beck, Nomos und Duncker & Humblot. Aufgrund des offenen Tagungsthemas erhofften sich die Teilnehmerinnen und Teilnehmer eine gewisse Bandbreite an Einzelvortragsthemen. Sie sollten nicht enttäuscht werden – aber der Reihe nach:

Die von *Dr. Anne Christin Wiefeld* und *Dr. Tim Husemann* organisierte Tagung wurde mit einem Grußwort von *Prof. Dr. Jacob Joussen* eröffnet. Im Anschluss daran hielt *Prof. Dr. Matthias Jacobs* einen Festvortrag zu seinem Leib- und Magenthema – „... denn sie wissen nicht, was sie tun – die Tarifeinheit im Betrieb ist wieder da“. In dem Festvortrag stellte *Jacobs* das neue Tarifeinheitsgesetz vor. Nach einer gründlichen Überprüfung arbeitete *Jacobs* die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes heraus. Der sehr intensive Eingriff in die Koalitionsfreiheit sei nicht durch kollidierendes Verfassungsrecht zu rechtfertigen. Auf Ebene der Verhältnismäßigkeitsprüfung scheitere der Gesetzesentwurf schon daran, dass es mildere Mittel gebe. Eigentlich ginge es darum, Arbeitskämpfe von Funktionseliten zu regulieren. Daher wären gesetzliche Regelungen über Arbeitskämpfe von Funktionseliten oder in der Daseinsvorsorge naheliegender. Schließlich stellte der Referent einige offenen Fragen, die das Gesetz nicht beantwortet – z. B. Probleme bei der Ermittlung der Mehrheit. Schließlich prognostizierte *Jacobs*, dass die zahlreichen bereits anhängigen Verfassungsbeschwerden Erfolg haben werden. Bemerkenswert war, dass sich aus dem sonst kritischen Plenum keinerlei Widerspruch zu den verfassungsrechtlichen Bedenken regte. Letztere wurden vielmehr durch in der Diskussion aufkommende Erwägungen zu einer möglichen verfassungskonformen Auslegung der Vorschrift bestätigt.

Nach dem Festvortrag war es *Dirk Selzer* (Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München), der mit dem ersten Assistentenvortrag begann. *Selzer* referierte

\* *Karola Wendel* ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Arbeitsrecht und Sozialrecht bei *Prof. Dr. Jacob Joussen* an der Ruhr-Universität Bochum. *Samir Buhl* LL.M. (Boston University) ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Zivilprozessrecht von *Prof. Dr. Matthias Jacobs* an der Bucerius Law School in Hamburg.

über das neuere Phänomen des Crowd-Working. Die Grundstruktur erkläre sich am einfachsten über das Outsourcing. Ein Unternehmen ver gebe beim Crowd-Working einen Auftrag nicht an ein anderes Unternehmen. Vielmehr werde vom auftraggebenden Unternehmen (Crowdsourcer) eine Internetplattform zwischengeschaltet, die den Auftrag in kleinere Bestandteile parzelliert, welche dann von vielen einzelnen Menschen (Crowd) bearbeitet werden können. *Selzer* stellte dar, dass das Crowdsourcing in verschiedenen Spielarten möglich sei. So könne etwa das Crowdsourcing sowohl unternehmensintern als auch unternehmensextern erfolgen. Im Kern des Vortrags ging es darum, ob und wenn ja, welche Antworten das Arbeitsrecht für das Phänomen des Crowd-Workings parat hält. Sind Crowdworker Arbeitnehmer, arbeitnehmerähnliche Personen, Heimarbeiter i.S.d. Heimarbeitergesetz oder werde gar Mindestlohn geschuldet? *Selzer* arbeitete heraus, dass in Abgrenzung zu anderen Vertragsformen für die Anwendbarkeit des Arbeitsrechts insbesondere eine zeitabhängige Daueraufgabe als Bezugspunkt entscheidend sei. Er differenzierte je nach Spielart des Crowdsourcings und fand jeweils Lösungen für die aufgeworfene Fragestellung. Bedenkt man zudem, dass die Idee des Transportdienstes Uber im Prinzip ein Paradebeispiel für Crowdsourcing ist, waren vereinzelte Anmerkungen von Teilnehmern aus der Praxis, die die praktische Relevanz anzweifeln, vielleicht etwas zu vorschnell.

Mit dem Vortrag „Vom „Collective Begging“ zur Kampfmittelparität – praktische Auswirkungen der Anerkennung eines Streikgrundrechts“ setzte *Dr. Elisabeth Kohlbacher* von der Wirtschaftsuniversität Wien die Vortragsreihe fort. In Österreich wurden lange Zeit Streikmaßnahmen nach der dort vorherrschenden Trennungstheorie stets als Vertragsbruch angesehen, sodass Arbeitnehmer Gefahr liefen, entlassen zu werden. Durch neuere Urteile des EGMR (Rechtssachen *Enerji Yapi-Yol Sen*,<sup>1</sup> *Kaya und Seyhan*)<sup>2</sup> sei auch in Österreich von der Gewährleistung eines Streikrechts durch Art. 11 EMRK auszugehen. Diese hat in Österreich im Gegensatz zu Deutschland Verfassungsrang. *Kohlbacher* stellte heraus, dass in Deutschland die Orientierungswirkung der EGMR-Judikatur nicht zu verkennen sei und verwies dabei auf die aktuelle Debatte zum statusabhängigen Beamtenstreikverbot. Schließlich, so *Kohlbacher*, könnte eine Kodifikation eines Streikrechts zur „besseren Planbarkeit“ in bestimmten Bereichen durchaus sinnvoll sein.

Letzter Referent am ersten Veranstaltungstag war *Stephan Seiwerth, LL.M. (Leuven)* (Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn) „zur Zukunft des tarifdispositiven Rechts“. Nach *Seiwerth* stellt sich die Frage gerade deshalb, weil das Kräftegleichgewicht der Tarifparteien unter den Bedingungen der Schwäche der Tarif-

1 Vgl. EGMR NZA 2010, S. 1423 ff.

2 Dazu *K. Lörcher*, Menschenrecht auf Streik im öffentlichen Dienst – Keine Disziplinierung bei Teilnahme, *ArbuR* 2011, S. 304 ff.

autonomie ins Ungleichgewicht gerate. Ein Vorgeschmack könnten die Fehlentwicklungen in der Leiharbeit sein. Darauf könne entweder mit der Einschränkung der Gestaltungsfreiheit der Tarifparteien durch tarifdispositives Gesetzesrecht oder durch Ansatz am Kräftegleichgewicht reagiert werden. *Seiwerth* führte verschiedene in der Literatur entwickelte Ansätze aus, die zu Einschränkungen der privaten Gestaltungsfreiheit führten. Weiterhin dachte er Grenzen der arbeitsvertraglichen Bezugnahmemöglichkeiten an. *Seiwerth* kam indes zu dem Schluss, dass das tarifdispositive Gesetzesrecht und die Stärkung der Tarifautonomie in einer Schicksalsgemeinschaft stünden. Vorzugswürdig sei der Versuch einer Sicherstellung des Kräftegleichgewichts. Solange die Tarifautonomie nicht aufgegeben werde, müsse auch tarifdispositives Gesetzesrecht Zukunft haben.

Im Anschluss an die Vorträge stand noch ein Besuch der Jahrhunderthalle in Bochum auf dem Programm, sodass insbesondere den externen Teilnehmern die Möglichkeit geboten wurde, nach dem fachlichen Part der Tagung noch etwas über die Ruhrgebietskultur zu erfahren. Auf Einladung der Kanzlei CMS Hasche Sigle folgte das Abendessen "zwischen Theorie und Praxis" in einem Lokal in der Bochumer Innenstadt, bevor der Abend individuell ausklang.

Mit dem Thema „Anspruch und Wirklichkeit des gesetzlichen Mindestlohns“ leitete *Daniel Hlava, LL.M.* (Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht, Frankfurt a. M.) den zweiten Tag der Veranstaltung ein. *Hlava* unterzog die aktuelle Wirklichkeit des Mindestlohns einer kritischen Betrachtung. Im Anwendungsbereich des nationalen Arbeitsrechts sprach sich *Hlava* dafür aus, die Anspruchsgrundlage für den Mindestlohn in § 611 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 1 Abs. 1, 20 MiLoG zu sehen, und führte aus, dass der Mindestlohn ein unabdingbarer Sockelanspruch in grundsätzlich jedem Arbeitsverhältnis sei.<sup>3</sup> Daran anschließend blickte er über den Tellerrand Deutschlands hinaus und kam zu dem Schluss, dass sich das MiLoG bisher insgesamt bewährt hat. Ein Rückgang an sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungen sei gerade nicht zu prognostizieren. Allenfalls gehe die Anzahl von geringfügig Beschäftigten zurück, was jedoch zu begrüßen sei. Nachdem *Hlava* zum Anspruch auf den Mindestlohn und zur gelebten Wirklichkeit referiert hat, legte er einen Schwerpunkt auf die Frage der Durchsetzung des Mindestlohns. Der Gesetzgeber habe verschiedene Instrumente installiert, um die Durchsetzbarkeit sicherzustellen. Neben Straf- und Bußgeldvorschriften ist gerade bei der Fremdvergabe von Aufträgen sicherlich § 13 MiLoG (Unternehmerhaftung), der ins Arbeitnehmerentsendegesetz (§ 14 AEntG) verweist, von Bedeutung.

An den Vortrag von *Hlava* schloss sich direkt ein Praktiker-Vortrag von *Dr. Richard Jansen, LL.M. (London)* der Kanzlei CMS Hasche Sigle an. *Jansen* referierte über

3 Siehe dazu *U. Preis/D. Ulber*, Ausschlussfirsten und Mindestlohngesetz, HSI-Schriftenreihe Bd. 12, S. 36.

„Die Anwendung des Mindestlohns im grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr“. Er unterschied dabei drei Szenarien. Zunächst widmete sich *Jansen* der sog. Kabotagebeförderung, bei der der Arbeitgeber im Ausland sitzt und seine Transportleistungen im Inland erbringt. Unter Anwendung von Art. 8 Abs. 1 Rom-I-VO erklärte *Jansen* das MiLoG für anwendbar. Im nächsten Szenario startet die Beförderungsleistung im Ausland, die Be- und Entladung findet jedoch im Inland statt. Schließlich beleuchtete *Jansen* noch das dritte Szenario, bei dem sowohl Start- als auch Zielort außerhalb von Deutschland liegen, Deutschland jedoch passiert wird. Bei den sog. Transitfahrten sei eine Anwendbarkeit des MiLoG unpassend. Daher solle das MiLoG in diesem Szenario keine Anwendung finden. *Jansen* begründete dies damit, dass eine Anwendung des MiLoG gegen Europarecht, namentlich die Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 ff. AEUV) und die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 ff. AEUV) verstoßen würde. Die Aktualität der Fragestellung wird dadurch flankiert, dass die EU-Kommission am 19.5.2015 ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland aus diesem Grund angestoßen hat.<sup>4</sup>

*Dr. Alexander Stöhr* (Philipps-Universität Marburg) sprach sich in seinem Vortrag „Theorie und Praxis der arbeitsvertraglichen Inhaltskontrolle“ für die Anerkennung der geltungserhaltenden Reduktion bei der vertraglichen Inhaltskontrolle aus. In einer empirischen Untersuchung wies *Stöhr* eine hohe Fehlerquote in Arbeitsverträgen nach und folgerte, dass auch der Gesetzgeber ein sog. „Alles-oder-nichts-Prinzip“ nicht gewollt habe. In vielen Fällen sei eine geltungserhaltende Reduktion interessengerechter. Um Missbrauch zu verhindern, schloss *Stöhr* den Weg über die geltungserhaltende Reduktion allerdings bei einer vorsätzlichen Verwendung unwirksamer Klauseln aus. Beweisschwierigkeiten wollte er mit dem Anscheinsbeweis begegnen. Die Thesen *Stöhrs* wurden im Anschluss an den Vortrag auf hohem Niveau kontrovers diskutiert. *Stöhr* hat es daher zweifelsohne geschafft, den inhaltlichen Diskurs anzukurbeln und konnte seine Position stets argumentativ untermauern.

Der letzte Vortrag der Tagung war *Dr. Diana Niksova* von der Universität Wien vorbehalten. Sie wusste von der „grenzüberschreitenden Umstrukturierung zwischen Theorie und Praxis“ zu berichten und fragte, ob es an der „Zeit für eine Neuausrichtung [sei]?“. *Niksova* exemplifizierte das Problem anhand eines BAG-Urteils aus dem Jahre 2011.<sup>5</sup> Der Fall diene als Beispielfall für eine Standortverlagerung von Deutschland in die Schweiz (Entfernung 60km). Von Interesse sei insbesondere, ob der Kündigungsschutz aus § 613a Abs. 4 S. 1 BGB und die Eintrittspflicht aus § 613a Abs. 1 S. 1 BGB bei grenzüberschreitenden Betriebsübergängen, die mit einer Verlagerung des Betriebsstandortes aus einem Mitgliedsstaat in einen Drittstaat ein-

4 <http://www.otto-schmidt.de/news/arbeits-und-sozialrecht/vertragsverletzungsverfahren-eu-kommission-wendet-sich-gegen-die-anwendung-des-milog-auf-den-transitverkehr-2015-05-20.html> (zuletzt besucht am 21.7.2015).

5 Vgl. BAG NZA 2011, S. 1143 ff.

hergehen, durchschlagen. Problematisch sei dabei, dass die Betriebsübergangsrichtlinie<sup>6</sup> in der aktuellen Fassung keine expliziten Regelungen treffe. Die Referentin sah daher eine Reform als erstrebenswertes Ziel an. De lege lata stellte *Niksova* heraus, dass die Betriebsübergangsrichtlinie auch auf länderübergreifende Sachverhalte, bei denen zwei Mitgliedsstaaten betroffen sind, anwendbar sei. Bei einem Betriebsübergang in einen Drittstaat, könnten die Eintrittspflicht und der Kündigungsschutz nur dann gewährleistet werden, wenn es im Drittstaat mit der Betriebsübergangsrichtlinie vergleichbare Bestimmungen gebe. Damit schloss sich *Niksova* der Auffassung an, welche eine Statutenkumulation verlangt. Überdies ging *Niksova* auf die Auswirkungen grenzüberschreitender Standortverlagerungen ein und behandelte etwa die Frage, ob der Arbeitnehmer verpflichtet werden kann, am neuen Betriebsort für den ausländischen Erwerber tätig zu werden.

Zusammenfassend muss man den Organisatoren der diesjährigen Assistententagung ein besonderes Kompliment aussprechen. Die Tagung war ein voller Erfolg. Der thematische Austausch ging über die Vorträge hinaus und das Rahmenprogramm rundete die gelungene Veranstaltung ab. Denjenigen, die zur diesjährigen Tagung nicht erscheinen konnten, sei der bald erscheinende Tagungsband besonders ans Herz gelegt. Ort und Datum der sechsten Assistententagung sind übrigens schon bekannt – sie wird vom 14.7.-16.7.2016 in Wien stattfinden. Passend zum Veranstaltungsort wird die Tagung unter dem Thema „Arbeitsrecht und Arbeitswelt im europäischen Wandel“ stehen.

6 Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12.3.2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Wahrung von Ansprüchen beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- und Betriebsteilen, ABl. Nr. L 82 S. 16.