

Dreizehntes Göttinger Forum zum Arbeitsrecht – „Wen schützt das Arbeitsrecht?“

Wissenschaftlicher Mitarbeiter *Christian Bock*, Georg-August-Universität Göttingen

Der Verein zur Förderung der Arbeitsrechtsvergleichung und des internationalen Arbeitsrechts e. V. veranstaltete gemeinsam mit dem Institut für Arbeitsrecht der Georg-August-Universität Göttingen am Freitag, dem 13.11.2015, das Dreizehnte Göttinger Forum zum Arbeitsrecht. Unter dem durch die Frage „Wen schützt das Arbeitsrecht?“ aufgespannten Schirm beschäftigten sich die Referenten mit der personellen Reichweite des arbeitsrechtlichen Schutzes in einer sich verändernden Arbeitswelt und bereiteten für die nachfolgende Diskussion die Leitfragen auf, inwiefern der aktuelle Arbeitnehmerbegriff noch zeitgemäß ist oder bereits eine schleichende Erosion des einheitlichen Arbeitnehmerbegriffs eingesetzt hat, die zu einer Aufspaltung des personellen Anwendungsbereichs arbeitsrechtlicher Schutznormen führt. Traditionell begnügen sich die Veranstalter des Göttinger Forums dabei nicht mit einer Analyse des nationalen Regelungsrahmens, sondern suchen rechtsvergleichend in anderen Rechtsordnungen nach einem Lösungsmodell und spüren den Implikationen europäischen und internationalen Rechts auf die nationale Rechtsordnung nach. Aus Wissenschaft, Bundesministerien, Justiz, Anwaltschaft, Unternehmen und Verbänden folgten deshalb trotz des Streiks der Lufthansa rund 130 Teilnehmer der Einladung, die durch ihre unterschiedliche berufliche Tätigkeit und rechtspolitische Anschauung die sich an die Referate anschließenden Diskussionen belebten.

In seiner Begrüßung der Referenten und Teilnehmer machte der Vorsitzende des Fördervereins *Professor em. Dr. Hansjörg Otto* (Universität Göttingen) gleich zu Beginn auf die Zweiteilung des Programms aufmerksam, das vormittags eine arbeitsrechtssoziologische Standortbestimmung sowie die Bestimmung des *status quo* der personellen Reichweite des deutschen Arbeitnehmerschutzes und potentieller Entwicklungsmöglichkeiten, nachmittags den Blick in die Ferne auf länderspezifische Besonderheiten im Recht des italienischen und englischen Arbeitnehmerschutzes wie auch auf die Vorgaben europäischen und internationalen Rechts vorsähe. Im Anschluss daran legte *Professor Dr. Berthold Vogel* (Soziologisches Forschungsinstitut, Universität Göttingen) im Eröffnungsvortrag „Die Dynamik der Unverbindlichkeit – Was wir von der Erwerbsarbeit erwarten können“ aus der Perspektive der Soziologie die arbeitsrechtssoziologischen Grundlagen der modernen Erwerbswirtschaft dar. Ursprünglich habe Erwerbsarbeit die Gesellschaft aus den Betrieben heraus demokratisiert und zu einer Versöhnung mit dem Kapitalismus beigetragen, nunmehr gefährde allerdings eine Entbetrieblichung von Erwerbsarbeit die Erwerbswirtschaft und den gesellschaftlichen Zusammenhalt. Besonderes Augenmerk legte der Referent danach auf die Gefährdung der Erwerbswirtschaft durch die zunehmende Unverbindlichkeit der Erwerbsarbeit, die in einem Spannungsverhältnis zu ihrem Bedeutungsgewinn für das Individuum stehe. Erwerbsarbeit bilde heutzutage ein Statussymbol der eigenen Persönlichkeit, sie markiere die Identität, spiegele die Stellung in der Gesellschaft wider und leite als sozialer Imperativ gar das eigene Handeln. Gesellschaftlich stehe die Erwerbsarbeit im Mittelpunkt der Lebensführung und gewinne für die soziale Integration entscheidende Bedeutung. Die historisch-konventionelle Vorstellung von Erwerbsarbeit habe damit einen Bedeutungszuwachs erfahren, während die Erwerbsarbeit zugleich an Substanz und Verbindlichkeit verliere, weil trotz immer mehr geleisteter Arbeit ein geringerer gesellschaftlicher Zusammenhalt erreicht werde und die Bemühung, Verbindlichkeit

ins Arbeitsverhältnis zu bringen, den Stellenwert einer hohen Entlohnung mittlerweile als Mittelpunkt der Erwerbstätigkeit übertreffe. Mit dem Substanz- und Verbindlichkeitsverlust der Erwerbsarbeit schwänden jedoch ihre Bindekräfte und ihr integrativer Charakter. Exemplarisch stünde für diese Entwicklung das Prekariat der Leiharbeit, denn von ihr werde besonders in robusten Branchen und von am Markt etablierten Unternehmen Gebrauch gemacht. Zum Abbau von Produktionsspitzen und zur Milderung von unternehmerischen Notlagen werde sie nicht vornehmlich eingesetzt. Damit gerate der Kampf um Verbindlichkeit in starken Branchen zum Paradoxon, zumal die meisten Leiharbeiter trotz der vermehrten Flexibilität sich langfristig keine Vorteile am Arbeitsmarkt sichern könnten. Von der neuen Unsicherheit seien zudem vermeintlich sichere Häfen wie der öffentliche Sektor, in den zunehmend flexible Elemente Einzug nehmen, erfasst. Angesichts dessen stand am Ende des Vortrags die zentrale Frage, was man von der Erwerbsarbeit zukünftig erwarten dürfe. Insofern bleibe Erwerbsarbeit der zentrale Motor sozialer Ungleichheit, bilde aber gleichwohl einen

Bock: Dreizehntes Göttinger Forum zum Arbeitsrecht – „Wen schützt das Arbeitsrecht?“ (RdA 2016, 123)

124 ▲
▼

Moderator der gesellschaftlichen Entwicklung. Die Digitalisierung der Arbeitswelt beschleunige unterdessen die Dynamik der Unverbindlichkeit, sodass für zahlreiche flexible Arbeitsverhältnisse ein permanenter Übergangsprozess ohne die Aussicht auf Begründung eines stabilen Arbeitsverhältnisses bestehe.

Im Anschluss beleuchtete der Vortrag „Die personelle Reichweite des Arbeitnehmerschutzes aus rechtsdogmatischer und rechtspolitischer Perspektive“ von *Professor em. Dr. Rolf Wank* (Universität Bochum) den deutschen Regelungsrahmen. Dabei konstatierte der Referent zu Beginn ein Beharrungsvermögen klassisch juristischer Begriffsbildung, dem in seinen festgefahrenen Strukturen nur schwer beizukommen sei. Das verhindere Transparenz bei der Gesetzesanwendung und berge Probleme bei der Bewältigung neuer Problemlagen. Im Beschäftigtenschutz habe sich beispielsweise ein Arbeitnehmerbegriff im Sozialversicherungsrecht etabliert, der mit demjenigen des Arbeitsrechts zwar weitgehend übereinstimme, im Zweifel aber spezialgesetzlichen Besonderheiten folge und sich mit diesem nicht auf einen gemeinsamen Nenner bringen ließe. An die Stelle eines einheitlichen Arbeitnehmerbegriffs sei demnach eine Aufspaltung des personellen Anwendungsbereichs arbeitsrechtlicher Schutznormen nach den einzelnen Regelungsmaterien getreten. Selbst im Arbeitsrecht sei eine einheitliche Definition des Arbeitnehmers bislang nicht gelungen, aber auch nicht in Sicht. So fehlten dem häufig zur Konkretisierung der Arbeitnehmereigenschaft herangezogenen § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB die Merkmale der betrieblichen Eingliederung wie der örtlichen Weisungsbindung. Die positive und negative Legaldefinition in § 5 Abs. 1 und 2 BetrVG sei ebenso wenig gewinnbringend, enthält sie doch keine Kriterien zur Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft und gilt ausschließlich für das BetrVG. Deshalb sprach sich *Wank* für die Bildung eines Grundbegriffs aus, der im Anwendungsbereich bestimmter arbeits- und sozialrechtlicher Schutznormen unter der Prämisse, dass eine Anbindung an den Grundbegriff besteht und der Zweck des Gesetzes ein neues zusätzliches Merkmal erfordert, nach Bedarf um weitere Merkmale ergänzt werden kann. Der Grundbegriff könne mit den Merkmalen der Eingliederung und Weisungsbindung den Facetten des Arbeits- und Wirtschaftslebens jedoch nicht hinreichend Rechnung tragen, weshalb eine teleologische Definition des Arbeitnehmerbegriffs erforderlich sei, die maßgeblich darauf abstelle, inwiefern für den Erwerbstätigen die Freiheit zu unternehmerischen Entscheidungen auf eigene Rechnung bestehe. Entscheidendes Kriterium zur Feststellung unternehmerischer Entscheidungsfreiheit bzw. -unfreiheit sei insofern, ob der Erwerbstätige die Chancen und Risiken seines Handelns

selbst trage. Nach diesen grundlegenden rechtsdogmatischen Ausführungen stand die Betrachtung konkreter rechtspolitischer Problemfälle im Vordergrund. Der Erwerb einer Mehrheits- oder Minderheitsbeteiligung an einem Unternehmen könne nur zum Verlust des arbeitsrechtlichen Schutzes führen, sofern eine unternehmerische Tätigkeit auf eigene Rechnung vorliege. Diese Aussage treffe gleichsam auf den Gesellschafter- und Fremdgeschäftsführer zu. In den übrigen Problemfällen durch Werkverträge, Praktikanten, Nullstundenverträge, Crowdfunding und Honorarärzte solle ebenfalls maßgeblich die wirtschaftliche Risikotragung über die Anwendung arbeitsrechtlicher Schutznormen entscheiden.

Nach der Mittagspause leitete *Professor Dr. Rüdiger Krause* (Universität Göttingen) in das Nachmittagsprogramm ein und übergab daraufhin das Wort an *Professor Dr. Edoardo Ales* (Università di Cassino del Lazio Meridionale), der wegen des Streiks der Flugbegleitergewerkschaft UFO nicht selbst anwesend sein konnte, aber das Referat „Aktuelle Entwicklungen zur personellen Reichweite des Arbeitnehmerschutzes im italienischen Arbeitsrecht“ per Videoübertragung vortrug. Chronologisch zeichnete er die Entwicklung einer zeitweisen Ausdehnung und einer zeitweisen Verengung des personellen Anwendungsbereichs arbeitsrechtlicher Schutznormen nach. Den gesetzlichen Ausgangspunkt bildet die Definition des Arbeitnehmerbegriffs durch Art. 2094 II Codice Civile, der zwar eine sehr ungenaue Definition enthalte und weitgehend der Ausdifferenzierung durch die Rechtsprechung überlassen sei, zumindest aber den Grundgedanken einer Arbeitsgemeinschaft in sich trage. Um der daran anknüpfenden Anwendung arbeitsrechtlicher Schutznormen und dem damit korrespondierenden finanziellen und organisatorischen Druck zu entgehen, habe die Praxis bereits in den fünfziger Jahren Innominatverträge entwickelt, deren Hauptleistungspflichten nicht denen eines Arbeitsverhältnisses entsprechen. Erst 1995 und 2003 sei effektiv gegen den Missbrauch in zwei Schritten vorgegangen worden, indem zunächst eine Rentenversicherungspflicht für solche Verträge eingeführt und später der Abschluss dieser Verträge an die Durchführung eines Projekts gebunden wurde, ohne das ein Arbeitsvertrag zwischen den Vertragsparteien begründet wird. Mit der Einführung der Projektbindung von Innominatverträgen habe ihre praktische Verbreitung erheblich abgenommen, was gerade im Bereich der nicht missbräuchlichen Verwendung Unternehmen in Schwierigkeiten brachte. Nunmehr im Zuge der Bekämpfung der konjunkturellen Schwierigkeiten und der Arbeitslosigkeit habe die Regierung *Renzi* im Jahr 2015 die Projektbindung wieder abgeschafft und damit die Reinkarnation eines vermehrten Einsatzes von Vertragsverhältnissen jenseits des personellen Anwendungsbereichs arbeitsrechtlicher Schutznormen bewirkt. Gleichwohl sei das Schutzniveau der Erwerbstätigen nicht vollständig auf den Stand von vor 2003 zurückgefallen, weil die Rechtsprechung die Anwendung einiger Schutzvorschriften nicht formal an das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses, sondern an die persönliche Leistungserbringung und die Weisungsbindung im Hinblick auf Arbeitszeit und -ort binde.

Den europäischen Rundgang setzte *Professor Dr. Holger Sutschet* (Hochschule Osnabrück) mit einem Vortrag über „Neuere Tendenzen zur personellen Reichweite des Arbeitnehmerschutzes im englischen Arbeitsrecht“ fort. Einleitend wies er auf den grundsätzlichen Unterschied zwischen kodifiziertem Recht und *case law* hin, wobei dieser im Arbeitsrecht nur bedingt bestehe, weil im Vereinigten Königreich der Employment Rights Act von 1996 und Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act von 1992 gilt, wohingegen in Deutschland weder ein Arbeitsgesetzbuch noch ein kodifiziertes Arbeitskämpfrecht existiert. Daraufhin grenzte *Sutschet* Arbeitnehmer von Selbständigen ab und stellte mit dem Control Test, Organisational Test, Economic Reality Test und Multiple Test vier Zuordnungsverfahren vor, von denen mittlerweile vorrangig letzteres zur Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft u. a. anhand des Kontrollmaßes, der Höhe und Regelmäßigkeit der Vergütung, eigener Investitionen und des

Einsatzes eigener Arbeitsmittel genutzt werde. Eindrücklich wurde die Abgrenzung am Fall *Stringfellows Restaurants Ltd. vs. Nadine Quashie* [2012] EWCA Civ 1735 dargelegt, die nach der Beendigung ihrer Tätigkeit als „table-side dancer“ Kündigungsschutzklage erhob und dafür überhaupt unter den Arbeitnehmerbegriff hätte fallen müssen. Vom Court of Appeal wurde sie wegen der Möglichkeit in anderen Nachtclubs aufzutreten, der freien Wahl der Berufsbekleidung sowie des eigenen Risikos für die Bezahlung durch die Kunden als selbständige Unternehmerin qualifiziert. Die sichtlich nicht einfache Abgrenzung werde weiterhin dadurch verkompliziert, dass einige in Anlehnung an section 230 (3) (b) Employment Rights Act 1996 als *limb b) worker* bezeichnete Selbständige arbeitsrechtlichen Schutz genießen, der hinter dem Schutzniveau der Arbeitnehmer (sog. *limb a) worker*) zurück bleibt. So gelte für *limb b) worker* beispielsweise kein Kündigungsschutz, Kündigungsfristen seien nicht anwendbar oder im Fall des Betriebsübergangs bestünden keine Schutzrechte. Die Abgrenzung von Selbständigen ohne und solchen mit Arbeitnehmerschutzrechten solle sich insbesondere danach richten, ob die Dienste in Person geleistet werden müssen und der Empfänger der Dienste kein Klient oder Kunde sei. Dass der Supreme Court im Fall *Clyde & Co LLP et al. vs. Bates van Winkelhof* [2014] UKSC 32 den Partner einer Rechtsanwaltssozietät als einen *limb b) worker* qualifizierte und diesem den Schutz für *Whistleblower* gewährte, sei demgemäß überraschend gewesen. Abschließend problematisierte der Referent noch die Auswirkungen einer Unternehmensbeteiligung auf die Arbeitnehmereigenschaft sowie die Behandlung von Nullstundenverträgen, bevor er eine undurchsichtige und komplexe Rechtslage im Hinblick auf die Anwendung arbeitsrechtlicher Schutznormen resümierte.

Abschließend legte *Professor Dr. Abbo Junker* (Universität München) in seinem Vortrag „Einflüsse des europäischen und internationalen Rechts auf die personelle Reichweite des Arbeitnehmerschutzes“ dar, welche europäischen Regelungen und Gerichtsurteile bindende Vorgaben für das nationale Recht enthalten. Vorwiegend wandte er sich insofern dem sekundären Unionsrecht zu, das zwei unterschiedlichen Regelungstechniken folge. Einerseits sei beispielsweise Art. 2 a) RL 92/85/EG (Mutterschutz) oder Art. 1 Abs. 1 a) RL 98/59/EG (Massenentlassungen)

Bock: Dreizehntes Göttinger Forum zum Arbeitsrecht – „Wen schützt das
Arbeitsrecht?“ (RdA 2016, 123)

125



eine autonom europäische Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs immanent, andererseits verweisen u. a. Art. 2 Abs. 1 RL 94/33/EG (Jugendarbeitsschutz) und Art. 2 Abs. 2 RL 96/71/EG (Arbeitnehmerentsendung) bezüglich der Begriffsbestimmung auf das nationale Recht. Eine Systematik dahinter, wann sich der europäische Regelungsgeber für eine einheitliche europäische Auslegung und wann er sich für eine Verweisung ins nationale Recht entscheide, sei allerdings nicht ersichtlich. Danach näherte sich *Junker* dem einheitlich europäischen Arbeitnehmerbegriff durch eine Analyse aktueller Entscheidungen des EuGH und attestierte der Judikatur insbesondere in der Rs. *Balkaya* (EuGH 9.7.2015 – C-229/14, NZA 2015, 861) ein negatives Zeugnis, da nach ihr Praktikanten ohne eine Vergütung im Gegensatz zu solchen zur Berufsausbildung Beschäftigten mit einer Vergütung keinen arbeitsrechtlichen Schutz genießen. Dies widerspreche indes ihrer Schutzbedürftigkeit. Zum Abschluss standen die Einflüsse aufgrund des primären Unionsrechts und der Europäischen Grundfreiheiten im Mittelpunkt, wobei die Entscheidung in der Rs. *FNV Kunsten* (EuGH 4.12.2014 – C-413/13, NZA 2015, 55) dadurch Irritationen hervorrufe, dass die selbständigen Aushilfsmusiker offenbar Arbeitnehmer oder Scheinselbständige sein könnten und in beiden Szenarien vom Anwendungsbereich des Kartellverbots nach Art. 101 Abs. 1 AEUV ausgenommen sind. Überzeugender sei es unterdessen, mit der Ablehnung der Arbeitnehmereigenschaft eine Scheinselbständigkeit der

Aushilfsmusiker zu verneinen. Ob damit die Kategorie eines arbeitnehmerähnlichen Beschäftigten geschaffen worden sei, bleibe einstweilen abzuwarten. Mit einem Schlusswort von *Dr. Ivo Natzel* (BAVC und stellvertretender Vorsitzender des Fördervereins) sowie der Einladung zum Vierzehnten Göttinger Forum am 27.10.2016 endete die Veranstaltung.

Siehe auch: