

Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht

Zweiwochenschrift für die betriebliche Praxis

Schriftleitung: Prof. Dr. Klaus Schmidt und Hans Joachim Spiegelhalter,
Palmengartenstr. 14, 6000 Frankfurt a. M. 1

NZA 13/1992

5. Juli · 9. Jahrgang 1992 · Seite 577–624

Aufsätze und Berichte

EG-Arbeitsrecht auf dem Vormarsch

Von Professor Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

Das Gemeinschaftsrecht beeinflusst in zunehmendem Maße das nationale Arbeitsrecht. Der Beitrag bietet einen Überblick über diese Entwicklung im Laufe des Jahres 1991.

I. Einleitung

EG-Arbeitsrecht hatte bis vor einigen Jahren den Reiz des Exotischen. In den Lehrbüchern fristete es bestenfalls eine Randexistenz¹, für Theoretiker wie für Praktiker des Arbeitsrechts gehörte es zu jenem Bereich, den „man“ nicht unbedingt kennen mußte – vergleichbar dem Bienenrecht im BGB oder den Vorschriften über die Münzverfälschung im StGB. Dies hing ein wenig damit zusammen, daß das Arbeitsrecht im Gegensatz etwa zum Wirtschaftsrecht in der Tat von der Gemeinschaft nur wenig beeinflusst wurde; trotz umfassender Internationalisierung von Produktion und Handel wurde eben in der Bundesrepublik nach deutschem und in Frankreich nach französischem Recht gearbeitet. Die Ausnahmen waren an den Fingern einer Hand abzuzählen: Wanderarbeitnehmer aus den übrigen EG-Staaten, Gleichberechtigung von Mann und Frau, Wahrung erworbener Rechte beim Betriebsübergang, vielleicht noch Arbeitsschutz und das Verfahren bei Massenentlassungen.

An diesem Zustand hat sich trotz des immer näherrückenden 1. 1. 1993 scheinbar nichts Grundsätzliches geändert. Ein EG-Arbeitsgesetzbuch oder gar eine generelle Degradierung des BAG zur vorletzten Instanz in Arbeitssachen ist nicht in Sicht². Dennoch hat sich in jüngster Zeit in vielen kleinen Schritten ein Wandel vollzogen: Das Gemeinschaftsrecht durchdringt und überlagert eine wachsende Zahl von arbeitsrechtlichen Problemen. Am deutlichsten wird dies an der Rechtsstellung der Teilzeitkräfte³, doch ist beispielsweise auch an die Diskussion um das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers beim Betriebsübergang nach § 613a BGB⁴ oder an das Verbot der Sonntagsarbeit⁵ zu denken. Der EuGH wird auf Vorlage des ArbG Bremen⁶ in Kürze darüber entscheiden, ob Art. 92 und Art. 117 EWGV den Mitgliedstaaten verbieten, die Wettbewerbsfähigkeit der eigenen Unternehmen durch Absenkung von Sozialstandards zu fördern⁷. Die reichhaltige Richtlinien-Produktion im Bereich des Arbeitsschutzes wird erhebliche Änderungen des deutschen Rechts zur Folge haben⁸ – der Punkt ist nicht mehr fern, von dem an die arbeitsrechtlichen Entscheidungen des EuGH zur Pflichtlektüre des deutschen Juristen gehören.

Anhand eines Überblicks über die Rechtsentwicklung des Jahres 1991 soll dies im folgenden exemplifiziert werden. Absolute Vollständigkeit kann dabei allerdings nicht garantiert werden – das Gemeinschaftsrecht ist weniger transparent und schwerer zugänglich als das überkommene nationale Recht.

II. Neue Richtlinien

1. Die Arbeitsverhältnis-Richtlinie

Am 18. 10. 1991 wurde im Amtsblatt der EG die „Richtlinie des Rates über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen“ veröffentlicht⁹. Damit ist ein „Kernbereich“ des Arbeitsrechts erstmals Gegenstand einer gemeinschaftsrechtlichen Normierung geworden. Inhaltlich wirft die Richtlinie allerdings einige Probleme auf.

a) *Der materiellrechtliche Inhalt.* Spätestens 2 Monate nach Aufnahme der Arbeit muß der Arbeitgeber den Arbeitnehmer über die wesentlichen Punkte des Arbeitsvertrags schriftlich informieren. Art. 2 II der Richtlinie zählt auf, was „mindestens“ in diesen Bereich fällt. Genannt werden im einzelnen:

- Personalien der Arbeitsvertragsparteien;
- Sitz bzw. Wohnsitz des Arbeitgebers;

1) So enthielt etwa die 7. Aufl. der „Grundbegriffe des Arbeitsrechts“ von Hans Brox (1985) keine näheren Ausführungen zum EG-Recht, während ihm die 10. Aufl. (1991) gut eine Seite (Rdnrn. 49d bis 49f) widmet.

2) Zum fehlenden ökonomischen Anreiz oder gar Zwang, die Arbeitsbeziehungen zu internationalisieren, siehe Walz, Multinationale Unternehmen und internationaler Tarifvertrag. Eine arbeitskollisionsrechtliche Untersuchung, 1981, S. 101 ff.; Däubler, AuR 1990, 1 ff.

3) Siehe zuletzt BAG, DB 1992, 330 (Lohnfortzahlung bei geringfügig Beschäftigten). Vgl. weiter Colneric, EuZW 1991, 75.

4) Siehe Bauer, NZA 1990, 881 mit Erwiderung von Däubler, NZA 1991, 134; Heither, NZA 1991, 136 und Oetker, NZA 1991, 137 sowie Schlußwort von Bauer, NZA 1991, 139.

5) EuGH, EuZW 1991, 318.

6) AiB 1991, 282.

7) Rs C 72/91 und C 73/91.

8) Dazu Wlotzke, NZA 1990, 418 ff.

9) ABl Nr. L 288/32 ff. Die Richtlinie datiert vom 14. 10. 1991.

- Arbeitsplatz oder gegebenenfalls ein Hinweis darauf, daß der Arbeitnehmer an verschiedenen Orten beschäftigt wird. Der Begriff „Arbeitsplatz“ ist dabei örtlich, nicht funktional zu verstehen;
- kurze Beschreibung der Arbeit oder - nach Wahl des Arbeitgebers - Amtsbezeichnung, Dienstgrad und Art oder Kategorie der Stelle, also der Arbeitsbereich im funktionalen Sinn¹⁰;
- Zeitpunkt des Beginns des Arbeitsvertrags, womit wohl nicht das Abschlußdatum sondern der Zeitpunkt der Entstehung von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerpflichten gemeint ist;
- bei befristeten Arbeitsverhältnissen die „vorhersehbare Dauer“;
- Dauer des Jahresurlaubs bzw. die Modalitäten seiner Gewährung, wenn er im Zeitpunkt der Unterrichtung noch nicht genau bestimmt werden kann;
- Länge der Kündigungsfristen beider Seiten;
- anfänglicher Grundbetrag, andere Bestandteile sowie Periodizität der Auszahlung des Arbeitsentgelts;
- normale Tages- oder Wochenarbeitszeit;
- soweit vorhanden, Tarifverträge oder andere kollektive Vereinbarungen, in denen die Arbeitsbedingungen geregelt sind.

Um unnötigen Aufwand zu sparen, können nach Art. 2 III der Richtlinie die Angaben über den Jahresurlaub, die Kündigungsfristen, die Höhe des Arbeitsentgelts und die normale Tages- oder Wochenarbeitszeit durch einen Hinweis auf bestehende Vorschriften oder Tarifbestimmungen ersetzt werden. Die Information des Arbeitnehmers kann nach Art. 3 der Richtlinie durch einen schriftlichen Arbeitsvertrag, ein Anstellungsschreiben, ein oder mehrere andere Schriftstücke oder durch ein separates Schreiben des Arbeitgebers erfolgen.

b) *Erfasste Arbeitsverhältnisse*. Die Richtlinie gilt für alle Arbeitnehmer, die einer der Arbeitsrechtsordnungen der Mitgliedstaaten unterliegen. Bei bestehenden Arbeitsverhältnissen muß der Arbeitgeber auf Antrag des Arbeitnehmers innerhalb von 2 Monaten die vorgesehene schriftliche Fixierung vornehmen (Art. 9 II der Richtlinie).

Zusätzliche Informationspflichten bestehen gegenüber Arbeitnehmern, die für mehr als einen Monat ins Ausland entsandt werden. Art. 4 der Richtlinie sieht vor, daß sie vor ihrer Abreise im Besitz eines Dokuments sein müssen, das die Dauer der im Ausland ausgeübten Arbeit, die Währung, in der das Arbeitsentgelt ausgezahlt wird, sonstige Vorteile in Geld und in Naturalien sowie die Bedingungen für die Rückführung des Arbeitnehmers ausweist. Auch insoweit genügt gegebenenfalls der Hinweis auf gesetzliche oder tarifliche Bestimmungen. Bedeutsam ist diese „Sachnorm“ für Arbeitsverhältnisse mit Auslandsberührung etwa bei Seeleuten auf Schiffen unter fremder Flagge oder für Angestellte, die vorübergehend oder auf Dauer in einer ausländischen Niederlassung ihrer Firma arbeiten sollen.

Art. 1 II der Richtlinie ermächtigt die Mitgliedstaaten, eine Reihe nicht unwichtiger Ausnahmen vorzusehen. Der Arbeitgeber kann von der Informationspflicht freigestellt werden, wenn das Arbeitsverhältnis höchstens einen Monat dauert, oder wenn die Wochenarbeitszeit nicht mehr als 8 Stunden beträgt. Auch „Gelegenheitsarbeit“ kann ausgenommen werden, womit wohl eine nicht berufsmäßig ausgeübte, nicht auf Wiederholung angelegte Tätigkeit gemeint ist¹¹. Schließlich können - um „für das Arbeitsverhältnis eine gewisse Flexibilität zu wahren“¹² - Tätigkeiten „besonderer Art“ ausgenommen werden, sofern „objektive Gründe“ in diesen Fällen die Nichtanwendung rechtfertigen. Gemeint sind damit Arbeiten mit inhaltlichen Besonderheiten, nicht etwa „Minimaltätigkeiten“, die ja schon durch die anderen Ausnahmetatbestände erfaßt sind. Zu denken ist möglicherweise an leitende Angestellte, bei denen das Informationsproblem eine geringere

Rolle spielen wird. Durch besondere Klarheit zeichnet sich die Formulierung allerdings nicht aus.

c) *Rechtsdurchsetzung*. Art. 8 I der Richtlinie verlangt, daß der Arbeitnehmer seine Rechte gerichtlich geltend machen kann. Dies bedeutet, daß auch nach Ablauf der 2 Monate weiter ein Erfüllungsanspruch besteht. Ein säumiger Arbeitgeber kann daher seine Pflichten noch nachträglich erfüllen.

Weitergehende Sanktionen sieht die Richtlinie nicht vor. Sie ermächtigt die Mitgliedstaaten im Gegenteil, die Klage des Arbeitnehmers davon abhängig zu machen, daß der Arbeitgeber zuerst erfolglos abgemahnt wurde (Art. 8 II). Sehr viel Realitäts-sinn haben die Verfasser hier nicht entwickelt: Die auf der Basis eines 10-Stunden-Vertrags beschäftigte Verkäuferin wird schwerlich gegen ihren Arbeitgeber klagen oder ihn formal abmahnen. Wer abhängig weil ersetzbar ist, wird sich hüten, den Unwillen des Arbeitgebers zu provozieren. In vielen Fällen werden nur Betriebsratsmitglieder oder andere besonders geschützte Arbeitnehmergruppen in der Lage sein, die in der Richtlinie vorgesehenen Befugnisse erfolgreich geltend zu machen. Den Mitgliedstaaten steht es nach Art. 7 der Richtlinie allerdings frei, schärfere Sanktionen vorzusehen. Denkbar wäre z. B. in Anlehnung an § 99 I Nrn. 1 und 2 BBiG die Qualifizierung als Ordnungswidrigkeit, erwägenswert auch die in der Arbeitsgesetzbuchkommission erwogene Möglichkeit, Unklarheiten zu Lasten des Arbeitgebers gehen zu lassen¹³.

d) *Umsetzung in deutsches Recht*. Art. 9 I der Richtlinie sieht vor, daß sie spätestens bis 30. 6. 1993 in nationales Recht umgesetzt sein muß. In der Bundesrepublik bringt dies insoweit eine Veränderung, als vergleichbare Bestimmungen bisher nur in § 4 BBiG sowie in § 11 AÜG vorhanden sind. Dazu kommen tarifvertragliche Schriftformklauseln, die in der Regel nicht die Wirksamkeit des Arbeitsvertrags betreffen, sondern dem Arbeitnehmer nur einen Anspruch auf schriftliche Fixierung des Vereinbarten einräumen¹⁴. In der Praxis überwiegt insbesondere bei sozialversicherungsfreier Beschäftigung die formlose Abrede. Nach einer im Auftrage des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung durchgeführten empirischen Untersuchung hatten 1988 aus dieser immerhin 2,8 Mio. Personen erfassenden Arbeitnehmergruppe nur 14,8% einen schriftlichen Arbeitsvertrag. 32,7% berichteten von verbindlichen mündlichen Abmachungen, 36,7% konnten sich nur auf „sehr vage Absprachen“ stützen¹⁵. Selbst wenn der deutsche Gesetzgeber daher von den in der Richtlinie vorgesehenen Ausnahmen Gebrauch macht, würde sich die Situation zumindest für diejenigen ändern, die bislang 8 bis 15 Wochenstunden gearbeitet haben¹⁶. Auch bei Personen, die unzweifelhaft unter die Sozialversicherung fallen, sind insbesondere in kleineren und mittleren Unternehmen mündliche Absprachen durchaus nicht selten. Soweit schriftliche Verträge vorhanden sind, ent-

10) Zur entsprechenden Differenzierung zwischen Arbeitsplatz und Arbeitsbereich im Rahmen des § 95 III BetrVG s. Kittner, in: Däubler-Kittner-Klebe-Schneider, BetrVG, 3. Aufl. (1992), § 99 Rdnrn. 90ff.

11) Vgl. Dieterich, AR-Blattei, D-Blatt, Aushilfsarbeitsverhältnis, I Übersicht, A V 4.

12) So die Präambel der Richtlinie.

13) Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung (Hrsg.), Entwurf eines Arbeitsgesetzbuches - Allgemeines Arbeitsvertragsrecht - Bonn, 1977, S. 21.

14) Schaub, Arbeitsrechts-Hdb., 6. Aufl., (1987), § 32 III 4 m. w. Nachw.

15) Der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung (Hrsg.), Sozialversicherungsfreie Beschäftigung, Untersuchung von Werner Friedrich (Institut für Sozialforschung und Gesellschaftspolitik Köln), 1989, S. 88. Der Rest von 13,5% machte keine Angaben.

16) § 8 IV Nr. 1 SGB IV nimmt Personen mit weniger als 15 Wochenstunden und einem Einkommen von nicht mehr als 500 DM monatlich von der Sozialversicherung aus.

halten sie keineswegs all jene Punkte, die in Art. 2 II der Richtlinie aufgeführt sind.

e) *Umsetzung durch Tarifvertrag*. Anders als bei früheren arbeitsrechtlichen Richtlinien sind die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet, unter allen Umständen die erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften selbst zu erlassen. Vielmehr reicht es nach Art. 9 I der Richtlinie aus, wenn sich die Mitgliedstaaten spätestens am 30. 6. 1993 „vergewissern, daß die Sozialpartner im Vereinbarungswege die erforderlichen Maßnahmen einführen.“ Dabei treffen die Mitgliedstaaten alle erforderlichen Vorkehrungen, „um jederzeit gewährleisten zu können, daß die in der Richtlinie vorgeschriebenen Ergebnisse erzielt werden.“ Würde es ausreichen, wenn in den wichtigsten Branchen der Inhalt der Richtlinie in die Rahmentarifverträge aufgenommen würde?

Das deutsche Tarifrecht baut auf dem Grundgedanken auf, daß im Prinzip nur die Mitglieder der beiderseitigen Verbände gebunden sind. Selbst wenn man berücksichtigt, daß Außenseiter in der Regel „nach Tarif“ behandelt werden, erfassen die geltenden Tarifverträge faktisch nur etwa 85% aller abhängig Beschäftigten¹⁷. Der Rest kann jederzeit untartarlich vergütet oder zu schlechteren Arbeitsbedingungen beschäftigt werden. Auch eine Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG hilft hier in der Regel nicht weiter: Sie kann lediglich die fehlende Organisationszugehörigkeit ersetzen, nicht aber eine Ausdehnung auf andere Beschäftigtengruppen oder gar auf andere Branchen bewirken. Vom personellen Geltungsbereich her bleiben Tarifverträge daher notwendigerweise hinter dem Gesetz zurück.

Anders ist die Situation in Frankreich und Spanien. Das französische Recht kennt die sogenannten *accords interprofessionnels*, das heißt Rahmenabkommen, die zwischen den Spitzenorganisationen auf Arbeitgeber- und auf Arbeitnehmerseite abgeschlossen werden; nach Art. L 133-12-3 des Code du Travail können sie auf sämtliche Beschäftigten ausgedehnt werden¹⁸. Dasselbe gilt für die „*acuerdos interconfederales*“ des spanischen Rechts¹⁹. Auch in Belgien gibt es entsprechende Möglichkeiten²⁰. Daß Verträge dieser Art den Anforderungen einer EG-Richtlinie genügen können, wird angesichts ihres universellen Geltungsbereichs niemand bestreiten wollen.

Würde man auch Tarifverträge des deutschen Rechts ausreichen lassen, hätte man von vornherein ein gewisses Vollzugsdefizit einkalkuliert. Entsprechendes könnte der Gemeinschaftsgesetzgeber durchaus tun, zumal es vergleichbare Vorstellungen auch im Rahmen der ILO gibt²¹. Im konkreten Fall ist jedoch eine solche „planmäßige Unvollständigkeit“ gerade nicht gewollt, da die Mitgliedstaaten nach Art. 9 I a jederzeit gewährleisten müssen, daß die Richtlinie in vollem Umfang ihr Ziel erreicht²². Will man gleichwohl die Tarifparteien einschalten, bleibt in der Bundesrepublik nur die Möglichkeit, eine subsidiäre gesetzliche Regelung, das heißt tarifdispositives Recht zu schaffen. Die Frage wird angesichts des in Maastricht vereinbarten Protokolls zur Sozialpolitik erhöhte Bedeutung gewinnen²³.

2. Richtlinie über den Arbeitsschutz bei befristeter Beschäftigung und bei Leiharbeit

Als einzige der drei vorgeschlagenen Richtlinien zur Verbesserung der Situation atypisch Beschäftigter²⁴ wurde am 25. 6. 1991 die „Richtlinie zur Ergänzung der Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von Arbeitnehmern mit befristetem Arbeitsverhältnis oder Leiharbeitsverhältnis“ verabschiedet²⁵. Dies hängt damit zusammen, daß nach Art. 118a EWGV eine Mehrheitsentscheidung möglich war.

Inhaltlich wird an die Rahmenrichtlinie vom 12. 6. 1989²⁶ angeknüpft, die viele Änderungen im Bereich des Arbeitsschutzes bringen wird²⁷. Art. 2 I der neuen Richtlinie verlangt, daß gegenüber befristet Beschäftigten und Leiharbeitnehmern dasselbe Schutzniveau wie gegenüber den anderen Arbeitnehmern angewandt wird. Art. 2 II spezifiziert dies in der Weise, daß individuelle Schutzeinrichtungen in gleicher Weise auch von diesen Beschäftigtengruppen in Anspruch genommen werden können. Weiter verlangt Art. 3, daß der einzelne vor Beginn seiner Tätigkeit mit deren Risiken, mit vorausgesetzten beruflichen Fähigkeiten und mit der besonderen ärztlichen Überwachung vertraut gemacht wird. Art. 4 spricht von einer dahingehenden „Unterweisung“, was mehr als „Unterrichtung“ bedeutet. Die französische Fassung spricht von „*formation*“, die italienische von „*formazione*“ und die spanische von „*formación*“; sie geben mit dieser dem deutschen Begriff „Ausbildung“ entsprechenden Wortwahl zu erkennen, daß der einzelne gegebenenfalls auch durch Lehrgänge u. ä. in die Lage versetzt werden muß, die mit seinem Arbeitsplatz verbundenen Risiken im Rahmen des Möglichen zu beherrschen²⁸. Art. 5 I eröffnet den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, befristet Beschäftigte und Leiharbeiter von besonders gefährlichen Arbeitsplätzen generell auszuschließen; geschieht dies nicht, muß eine „angemessene besondere ärztliche Überwachung“ erfolgen. Erwähnenswert ist schließlich die Vorschrift des Art. 8, wonach bei Leiharbeit die arbeitsschutzrechtliche Verantwortung bei dem entleihenden Unternehmen liegt²⁹.

Die bis 31. 12. 1992 (Art. 10 I) umzusetzende Richtlinie ist wichtig in einem zentralen Punkt: Sie verbietet für die Zukunft das Argument, bei einem bloß vorübergehenden Einsatz auf gefährlichen Arbeitsplätzen seien geringere oder keine Sicherheitsvorkehrungen erforderlich. Die atypische Beschäftigung darf nicht zu einer Absenkung des Schutzstandards führen; statt dessen müssen die für die übrigen Arbeitnehmer geltenden Anforderungen auch dann befolgt werden, wenn die tatsächlichen Risiken mit Rücksicht auf die geringere Dauer z. B. einer Schadstoffexposition effektiv weniger gravierend sind.

3. Änderung der Asbest-Richtlinie

Am 25. 6. 1991 wurde die „Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 83/477/EWG über den Schutz der Arbeitnehmer gegen Gefährdung durch Asbest am Arbeitsplatz“ geändert³⁰. Inhaltlich geht es dabei um drei Punkte. Zum

17) Zachert, DB 1991, 1222.

18) Dazu Camerlynck-Lyon-Caen-Pélissier, *Droit du travail*, 13^e édition, 1986, N° 911 („*élargissement*“).

19) Dazu Ojeda Avilés, *Derecho sindical*, quinta edición, 1990, S. 623 ff.

20) Einzelheiten bei Kronke, *Regulierungen auf dem Arbeitsmarkt*, 1990, S. 308.

21) Dazu Faupel, *Tarifhoheit und völkerrechtliche Vertragserfüllungspflicht*, 1969, S. 85 ff., der selbst jedoch einen anderen Standpunkt einnimmt.

22) Dem entspricht die recht strenge Handhabung des Richtlinienvollzugs in der bisherigen Rechtsprechung des EuGH. So wurde etwa in der Entscheidung zur Grundwasserrichtlinie ausgeführt, die Anwendung der Richtlinien müsse auch in rechtlicher und nicht nur in tatsächlicher Hinsicht gewährleistet sein (EuGH, EuZW 1991, 405). Auf demselben Gedanken beruhte die Verurteilung der Bundesrepublik wegen mangelhafter Umsetzung der Luftreinhalte-Richtlinie, da die TA Luft nur die Qualität einer Verwaltungsvorschrift habe (EuGH, EuZW 1991, 440).

23) Dazu unten VII 2.

24) Die drei Entwürfe sind wiedergegeben in BR-Dr 609/90 und in RdA 1991, 44. Zu früheren Entwürfen s. Däubler, in: Däubler-Kittner-Lörcher (Hrsg.), *Internationale Arbeits- und Sozialordnung*, 1990, unter Nr. 430.

25) ABl v. 29. 7. 1991, Nr. L 206/19.

26) ABl v. 29. 6. 1989, Nr. L 183/1, abgedr. auch in *Soziales Europa* 1990, S. 109 ff.

27) Dazu Wlotzke, NZA 1990, 420; Konstanty-Zwingmann, *forumarbeit*, Oktober 1991, S. 16 ff.

28) Dasselbe Problem stellt sich bei Art. 12 der Rahmenrichtlinie vom 12. 6. 1989, die gleichfalls von „Unterweisung“ spricht.

29) Ebenso der Sache nach § 11 VI AÜG.

30) Text in: ABl v. 29. 7. 1991, Nr. L 206/16; die ursprüngliche Fassung findet sich in ABl vom 24. 9. 1983, L 263/25, abgedr. auch in:

einen werden die Grenzwerte herabgesetzt, die die sogenannte Auslöseschwelle bzw. die höchstzulässige Belastung umschreiben. Zum zweiten werden bestimmte Verwendungsarten verboten; außer der schon bisher erfaßten Spritzverarbeitung mittels Beflockung betrifft dies nunmehr auch Tätigkeiten, bei denen asbesthaltige Isoliermaterialien oder Dämmstoffe mit geringer Dichte (weniger als 1 g/cm³) verarbeitet werden (Art. 5). Zum dritten muß vor Beginn von Abbrucharbeiten oder der Entfernung von asbesthaltigen Materialien ein detaillierter Arbeitsplan erstellt werden, der unter anderem den Schutz und die Dekontaminierung des mit Asbest betrauten Personals zum Gegenstand hat. Die Richtlinie ist bis 1. 1. 1993 umzusetzen. Ihr vergleichsweise bescheidener Inhalt macht deutlich, daß sich die Gemeinschaft in Sachen Asbestverbot noch schwerer tut als der nationale Gesetzgeber³¹.

III. Das Recht der Wanderarbeitnehmer

1. Staatsangehörige eines Mitgliedstaats

Die Freizügigkeit der Arbeitskräfte stellt – wie der *EuGH* schon 1974 betonte³² – „eine der Grundlagen der Gemeinschaft“ dar. Die Nähe zu traditionellen Grundrechten wird immer deutlicher; so ist etwa von einer „Verwirklichung der Freizügigkeit in Freiheit und Menschenwürde“ die Rede³³. Dies gebiete eine „weite Auslegung“ der einschlägigen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts³⁴, die sich insbesondere auch auf die Rahmenbedingungen beziehen muß, unter denen die Arbeit in einem anderen Mitgliedstaat erbracht wird. Durch drei Richtlinien hat die Gemeinschaft im Jahre 1990 im übrigen die Freizügigkeit auf andere Personen, insbesondere auf Rentner und Studenten erstreckt; Voraussetzung für einen Daueraufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat ist allerdings, daß ausreichender Krankenversicherungsschutz besteht und die Einkommenssituation die Inanspruchnahme von Sozialhilfe ausschließt³⁵. Im Bereich der Arbeitnehmer sind weitere Verbesserungen, insbesondere eine Ausdehnung des Kreises der Angehörigen geplant, die einen Wanderarbeitnehmer (heute häufig: gehobene Angestellte und Manager) in den anderen Mitgliedstaat begleiten dürfen³⁶.

Der *EuGH* hat im Jahre 1991 seine bisherige Linie konsequent fortgesetzt. Wer in einem anderen Mitgliedstaat Arbeit sucht, kann sich dort grundsätzlich frei bewegen. Die Mitgliedstaaten können das Aufenthaltsrecht allerdings z. B. auf 6 Monate beschränken. Nach ihrem Ablauf ist grundsätzlich eine Ausweisung möglich, es sei denn, der Betroffene könne belegen, daß er weiterhin „mit begründeter Aussicht auf Erfolg“ nach Arbeit suche³⁷. Das deutsche Recht ist insoweit weniger großzügig: Das Aufenthaltsgesetz/EWG³⁸ gewährt in § 8 I lediglich eine Frist von drei Monaten. Obwohl der Wortlaut der *EuGH*-Entscheidung insoweit nicht völlig eindeutig ist, dürfte diese Regelung wohl keinen Bestand mehr haben; der *EuGH* hatte sich ausschließlich die Frage gestellt, ob eine längere Frist als „angemessen“ gelten müsse.

Über eine nicht ganz alltägliche Konstellation entschied der *EuGH* am 5. 2. 1991³⁹. Eine französische Staatsangehörige hatte in Belgien eine Aufenthaltserlaubnis beantragt und dabei betont, sie übe die Tätigkeit einer selbstständigen Serviererin aus. Die belgischen Behörden qualifizierten ihre Beschäftigung als Arbeitsverhältnis und lehnten den Antrag mit der Begründung ab, sie habe die vorgeschriebenen Sozialversicherungsbeiträge nicht erbracht. Der *EuGH* vertrat einen anderen Standpunkt: Die Aufenthaltserlaubnis müsse bei jeder wirtschaftlichen Aktivität gewährt werden, die Qualifizierung als selbständige oder abhängige Tätigkeit spiele keine Rolle. Auch stelle die Nichtbeachtung des geltenden Sozialrechts keinen Grund für die Verweigerung der Aufenthaltserlaubnis dar.

Eine mittelbare Diskriminierung von EG-Ausländern war Gegenstand der Entscheidung des *EuGH* vom 4. 10. 1991⁴⁰. Den Mitgliedstaaten sei es grundsätzlich unbenommen, die Voraussetzungen für die Gewährung einer Invaliditätsrente zu verschärfen, also beispielsweise eine andere Rahmenfrist vorzusehen. Dabei sei jedoch sicherzustellen, daß auch nach der Neuregelung die Leistungsvoraussetzungen von Angehörigen anderer Mitgliedstaaten in gleicher Weise erfüllt werden können; andernfalls läge eine „versteckte Diskriminierung“ vor. Die Entscheidung gibt Anlaß, ein wenig mehr über den Diskriminierungsbegriff nachzudenken; im Rahmen der Gleichbehandlung von Mann und Frau würde ein Tatbestand, wonach eine bestimmte Gruppe von Personen die Voraussetzungen einer Bestimmung nur sehr viel schwerer erfüllen kann, als „mittelbare Diskriminierung“ bezeichnet⁴¹.

Nach Art. 48 IV EWGV gilt die Freizügigkeit der Arbeitnehmer nicht in Bezug auf eine „Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung“. Der *EuGH* legt diesen Begriff recht eng aus und verlangt, daß eine unmittelbare oder mittelbare Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse vorliegt oder daß solche Aufgaben wahrgenommen werden, die auf die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates oder anderer öffentlicher Körperschaften gerichtet sind⁴². Dienstleistungen im Bereich von Bahn und Post oder im Bildungssektor fallen deshalb nicht unter Art. 48 IV. In der Entscheidung vom 27. 11. 1991⁴³ hat der *EuGH* dies für die Beschäftigung eines Lehrers im höheren Schuldienst bestätigt. Für das deutsche Recht bedeutet dies, daß EG-Ausländer insoweit auch zu Beamten ernannt werden müssen; sie generell auf das Angestelltenverhältnis zu verweisen, wäre eine unzulässige Diskriminierung.

Nach Art. 48 III EWGV steht die Freizügigkeit schließlich unter dem Vorbehalt von Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit. Auf diese Ausnahmeklausel beriefen sich Frankreich, Italien und Griechenland, um sich ausländische Fremdenführer vom Hals zu halten; auch wer als Selbständiger oder als Arbeitnehmer mit einer Reisegruppe mitkomme, müsse den nach nationalem Recht vorgesehenen Qualifikationsausweis erbracht haben, soweit es nicht nur um die Besichtigung von Museen oder Geschichtsdenkmälern gehe. Der *EuGH* hatte

Soziales Europa 1990, S. 207, und bei Birk (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, Textausgabe, 1990, Nr. 38. Einen inhaltlichen Überblick gibt Brückner, in: Albracht-Schwerdtfeger (Hrsg.), Herausforderung Asbest, 1991, S. 142f.

31) Siehe neben den umfassenden Informationen bei Albracht-Schwerdtfeger (o. Fußn. 30), S. 142f., Däubler, AiB 1989, 136 ff.

32) *EuGH*, Slg. 1974, 359 (372).

33) *EuGH*, EuZW 1991, 30.

34) *EuGH*, EuZW 1991, 351.

35) Richtlinie vom 28. 6. 1990 über das Aufenthaltsrecht der aus dem Erwerbsleben ausgeschiedenen Arbeitnehmer und selbständig Erwerbstätigen, ABl v. 13. 7. 1990, Nr. L 180/26; Richtlinie v. 28. 6. 1990 über das Aufenthaltsrecht der Studenten, ABl v. 13. 7. 1990, Nr. L 180/30; Richtlinie v. 28. 6. 1990 über das Aufenthaltsrecht, ABl v. 13. 7. 1990, Nr. L 180/26. Alle drei Richtlinien sind bis 30. 6. 1992 in innerstaatliches Recht umzusetzen.

36) Einzelheiten bei Gesser, EuZW 1991, 435.

37) *EuGH*, EuZW 1991, 351.

38) I. d. F. vom 31. 1. 1980 (BGBl I, 116), geändert durch Gesetz vom 11. 9. 1981 (BGBl I, 949), abgedr. auch bei Däubler-Kittner-Lörcher (o. Fußn. 24), unter Nr. 415.

39) Rs C-363/89 Roux, unveröff., wiedergegeben nach dem Tätigkeitsbericht des *EuGH*.

40) Rs C-349/87 Paraschi, NJW 1992, 677 = EuZW 1992, 92.

41) So etwa *EuGH*, NZA 1986, 599 (Benachteiligung von Teilzeitarbeitenden bei der betrieblichen Altersversorgung).

42) So etwa *EuGH*, NVwZ 1987, 41 Lawrie-Blum.

43) Rs C-4/91 Bleis, unveröff., wiedergegeben nach dem Tätigkeitsbericht des *EuGH*.

wenig Verständnis für die Interessen des einheimischen Gewerbes und qualifizierte die Regelung als unverhältnismäßigen Eingriff in die Freiheit zur Erbringung von Dienstleistungen bzw. die Freizügigkeit von Arbeitnehmern⁴⁴.

2. Die Rechtsstellung von Arbeitnehmern aus Drittstaaten

Auch im Verhältnis zu Ländern, die der Gemeinschaft assoziiert sind, besteht keine Freizügigkeit der Arbeitskräfte. Vor einigen Jahren hat dies der *EuGH* in bezug auf die Bestimmungen des Assoziierungsabkommens mit der Türkei bekräftigt und sie als bloße Programmvorschriften qualifiziert⁴⁵ – eine Entscheidung, die sich mehr durch den Gedanken an das politisch Machbare als durch rechtsdogmatische Stringenz auszeichnet.

Davon zu unterscheiden ist die weitere Frage, inwieweit Angehörige von Drittstaaten, die sich erlaubterweise in der Gemeinschaft aufhalten, den „Einheimischen“ gleichzubehandeln sind. In diesem Bereich hat der *EuGH* zwei wichtige Entscheidungen gefällt, die auch in der Bundesrepublik erhebliche Auswirkungen haben.

Im Fall *Bahia Kziber*⁴⁶ ging es um eine marokkanische Staatsangehörige, die das nach belgischem Recht vorgesehene Überbrückungsgeld für junge Arbeitssuchende beanspruchte. Unter Berufung auf die Art. 40 und 41 des Kooperationsabkommens zwischen der EG und Marokko verlangte sie Gleichstellung mit belgischen und anderen EG-Staatsangehörigen. Entscheidend kam es deshalb darauf an, ob das in den genannten Artikeln vorgesehene Verbot der Benachteiligung wegen der Staatsangehörigkeit unmittelbar geltendes Recht war. Der *EuGH* bejahte dies, da es sich um eine klare und eindeutige Verpflichtung handle, deren praktische Umsetzung nicht vom Erlaß eines weiteren Aktes hänge. Die Tatsache, daß das Kooperationsabkommen nicht auf eine Assoziierung oder einen zukünftigen Beitritt Marokkos abziele, ändere daran nichts. Dies bedeutet verbindliche Gleichbehandlung der marokkanischen Staatsangehörigen nicht nur in der Sozialversicherung (einschl. Arbeitsvermittlung) sondern auch bei den Lohn- und Arbeitsbedingungen⁴⁷.

Eine verwandte Problematik hatte die zweite Entscheidung, das sogenannte *Sevince-Urteil* des *EuGH* zum Gegenstand⁴⁸. Bei ihm ging es um die Frage, ob der Beschluß Nr. 1/80 des Assoziationsrates EG-Türkei⁴⁹ in Teilen unmittelbar anwendbares Recht ist. Der *EuGH* bejahte dies für die sogenannte Stillhalteklausele nach Art. 13 des Beschlusses⁵⁰ sowie für das in Art. 6 I dritter Spiegelstrich enthaltene Recht jedes türkischen Staatsangehörigen, nach 4 Jahren ordnungsgemäßer Beschäftigung freien Zugang zu jeder von ihm gewählten Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis zu haben. Zum allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 10 Stellung zu nehmen, bestand kein Anlaß, doch ist schwer vorstellbar, daß der *EuGH* insoweit die unmittelbare Anwendbarkeit verneinen würde: Die Bestimmung entspricht dem Art. 40 des Kooperationsabkommens mit Marokko, sie praktisch umzusetzen, besteht um so mehr Anlaß, als es im Verhältnis zur Türkei ja langfristig um die Vorbereitung eines Beitritts und damit um die Herstellung voller Freizügigkeit geht.

Die praktischen Konsequenzen sind beträchtlich. Türkische und marokkanische Staatsangehörige dürfen in Betrieb und Dienststelle nicht benachteiligt werden. Beim Arbeitsentgelt wie bei den Arbeitsbedingungen im engeren Sinne ist dies mit Rücksicht auf § 75 I BetrVG bzw. § 67 I 1 BPersVG schon bisher kein Problem, doch sind eine Reihe anderer Gleichstellungsdefizite zu beseitigen: Arbeitsplätze im öffentlichen Dienst, die nicht unter die Vorbehaltsklausel des Art. 48 IV fallen⁵¹, stehen nunmehr auch diesen beiden Ausländergruppen ohne Diskriminierung offen. Soweit ein Landespersonalvertretungsrecht das passive Wahlrecht auf EG-Staatsangehörige beschränkt, sind nunmehr auch Türken und Marokkaner einzubeziehen. Wichtig ist schließlich, daß das Arbeitsplatzschutzgesetz nicht nur auf EG-Staatsangehörige sondern auch auf diese Ausländergruppen zu erstrecken ist⁵².

Die Rechtsprechung des *BAG*, die den Interessen der türkischen Arbeitnehmer soweit möglich im Rahmen des Arbeitsvertragsrechts Rechnung trug⁵³, ist insoweit durch die europarechtliche Entwicklung überholt.

Wenig problematisiert wurde bisher die Vorschrift des § 51 I Nr. 3 SGB IV, wonach bei Sozialwahlen nur kandidieren kann, wer das Wahlrecht zum Deutschen Bundestag besitzt, also Deutscher im Sinne des Grundgesetzes ist. Dies erstaunt angesichts der Tatsache, daß die Tätigkeit von Sozialversicherungsträgern als „Dienstleistung“ im weitesten Sinne schwerlich unter die Ausnahmeklausel des Art. 48 IV EWGV fallen kann. Ein Wahlanfechtungsverfahren, das sich auf den Ausschluß anderer EG-Staatsangehöriger wie der gleichzubehandelnden Angehörigen von Drittstaaten stützen könnte, hätte gute Aussichten auf Erfolg.

IV. Gleichbehandlung von Männern und Frauen

Auch der im Gemeinschaftsrecht verankerte Grundsatz der Gleichberechtigung im Arbeitsleben erhielt im vergangenen Jahr einige neue Impulse.

1. Zugang zur Beschäftigung

Nach dem *EuGH*-Urteil vom 8. 11. 1990⁵⁴ stellt die Ablehnung einer Bewerberin wegen ihrer Schwangerschaft eine unmittelbare Diskriminierung dar, die Art. 2 I und Art. 3 I der Gleichbehandlungsrichtlinie⁵⁵ verbietet. Sie läßt sich auch nicht mit dem Argument rechtfertigen, aufgrund des absehbaren Ausfalls der Schwangeren müsse die betriebliche Tätigkeit vorübergehend reduziert werden⁵⁶. Auch spiele es keine Rolle, ob sich außer der abgewiesenen Bewerberin nur Frauen beworben hätten. Weiter dürfe die finanzielle Sanktion, die dann vorzusehen sei, wenn der einzelne Mitgliedstaat in Diskriminierungsfällen keinen Einstellungsanspruch gewähre, nicht vom Verschulden des Arbeitgebers abhängen.

Die Entscheidung erzwingt eine Veränderung der Rechtsprechung des *BAG* in zwei Punkten. Zum einen war die Frage nach der Schwangerschaft bislang jedenfalls dann erlaubt, wenn sich keine Männer um die Stelle beworben hatten und deshalb keine geschlechtsspezifische Diskriminierung drohte⁵⁷. Mit Rücksicht auf den weiteren Diskriminierungsbegriff des *EuGH* läßt sich dies nicht mehr aufrechterhalten: Ist die Benachteiligung der Schwangeren auch dann rechtswidrig, wenn sich ausschließlich Frauen beworben haben, wird die entsprechende Frage insgesamt unzulässig: Der Arbeitgeber hat kein „berechtigtes Interesse“ an der Kenntnis von Umständen, die lediglich Anlaß zu Diskriminierungen sein können⁵⁸.

44) *EuGH*, EuZW 1991, 352.

45) *EuGH*, NJW 1988, 1442.

46) *EuGH*, EuZW 1991, 283.

47) Ebenso Lörcher, EuZW 1991, 397 (Fußn. 28).

48) *EuGH*, NVwZ 1991, 255.

49) ANBA 1981, 2, auszugsweise abgedr. bei Däubler-Kittner-Lörcher (o. Fußn. 24), unter Nr. 419c.

50) Danach dürfen keine neuen Beschränkungen für den Zugang zum Arbeitsmarkt eingeführt werden.

51) Dazu oben 1.

52) Ebenso Lörcher, EuZW 1991, 399, der noch weitere praktische Konsequenzen nennt.

53) *BAG*, NJW 1983, 2782 = DB 1983, 1602 und NZA 1989, 464 = DB 1989, 985.

54) NZA 1991, 171 = DB 1991, 286 = EWIR 1991, 351 mit Anm. Däubler.

55) ABl. v. 14. 2. 1976, Nr. L 39/40, abgedr. auch bei Däubler-Kittner-Lörcher (o. Fußn. 24), unter Nr. 422.

56) Im konkreten Fall ging es um einen holländischen Bildungsträger, der von der öffentlichen Hand finanziert wurde. Da er nach holländischem Recht die Lohnfortzahlung während der Schutzfristen übernehmen mußte, für die Stelle aber nur einmal Mittel bekam, mußte er sein Angebot reduzieren.

57) *BAG*, AP § 123 BGB Nr. 31.

58) Dazu Däubler, Das ArbR 2, 7. Aufl. (1990), S. 80 ff. m. w. Nachw.

Zum zweiten kann sich das BAG bei der Bemessung von Schadensersatz in Zukunft nicht mehr auf eine entsprechende Anwendung des § 847 BGB berufen, der (grobes) Verschulden voraussetzt⁵⁹. Vielmehr geht es nunmehr um eine Sanktion sui generis, die im Haftungssystem des BGB keine Parallele hat⁶⁰ und die am ehesten mit dem Nachteilsausgleich nach § 113 BetrVG vergleichbar ist.

Dieser recht weitgehenden Entscheidung steht eine zweite gegenüber, die das Pendel eher in die andere Richtung ausschlagen läßt⁶¹. Danach stellt es keine Diskriminierung dar, wenn eine Arbeitnehmerin wegen Fehlzeiten gekündigt wird, die auf einer schwangerschaftsbedingten Krankheit beruhen, die sich jedoch erst nach Ende des Mutterschaftsurlaubs und nach Wiederaufnahme der Tätigkeit gezeigt hat. Insofern gehe es um ein allgemeines Krankheitsrisiko – ein Argument, das nur dann überzeugt, wenn man bei Männern aufgrund ihrer spezifischen biologischen Konstitution ähnliche Fehlzeiten feststellen könnte.

2. Arbeitsbedingungen und Lohngleichheit

Relativ große Publizität hatte die *EuGH*-Entscheidung zum Nachtarbeitsverbot für Frauen⁶². Es verstoße gegen Art. 5 I der Gleichbehandlungsrichtlinie⁶³. Die Ausnahmenvorschrift des Art. 2 III der Richtlinie greife nicht ein, da es nicht um den spezifischen Schutz der Frau gehe: Die Nachteile der Nachtarbeit würden Männer und Frauen in der gleichen Weise treffen. Dem entspricht die neueste Rechtsprechung des *BVerfG*⁶⁴, das allerdings anders als der *EuGH* mit Rücksicht auf Art. 2 II GG zugleich eine allgemeine Schutzpflicht des Staates aussprechen konnte.

Nicht unbeträchtlich sind die Auswirkungen der Entscheidung zum tariflichen Bewährungsaufstieg, die sich auf § 23a S. 2 Nr. 6 der bis 31. 12. 1987 geltenden Fassung des BAT bezog⁶⁵. Danach waren für den Aufstieg in eine höhere Vergütungsgruppe Dienstzeiten nur zur Hälfte anzurechnen, wenn die betreffende Person eine Teilzeitkraft mit einer Arbeitszeit zwischen 50 und 75% der regelmäßigen Arbeitszeit war. Da durch diese Regelung erheblich mehr Frauen als Männer betroffen sind, lag ein Verstoß gegen Art. 119 EWGV in der Form einer mittelbaren Diskriminierung vor, es sei denn, die tarifliche Regelung sei durch objektive Kriterien, insbesondere dadurch gerechtfertigt, daß die Anzahl der geleisteten Arbeitsstunden mehr Erfahrung verschaffe⁶⁶. Die seit 1. 1. 1988 geltende Neufassung des § 23a BAT, die jede Tätigkeit ab 18 Wochenstunden voll anrechnet, hat die praktische Bedeutung der Entscheidung kaum gemindert, da sie Personen mit geringerer Arbeitszeit weiterhin ausklammert und überdies nur solche Zeiten erfaßt, die nach dem 1. 1. 1988 zurückgelegt werden⁶⁷.

Bei der praktischen Umsetzung der *EuGH*-Entscheidung wird zunächst danach zu fragen sein, ob die Bewährungszeiten nach den geltenden Tarifverträgen überhaupt auf „gewachsene Erfahrung“ abstellen wollen oder ob es ihnen nur darauf ankommt, eine beanstandungsfrei absolvierte Zeit zu honorieren⁶⁸. Ist letzteres der Fall, besteht kein Anlaß, Teilzeitkräfte anders als Vollzeitbeschäftigte zu behandeln. Ihre Zeiten müssen in gleicher Weise angerechnet werden, und zwar auch dann, wenn sie weniger als 18 Wochenstunden gearbeitet haben. Unterstellt man statt dessen den Tarifparteien die Absicht, ein im Laufe der Zeit erworbenes Erfahrungswissen zum Anknüpfungspunkt für eine Höhergruppierung zu machen, so muß man je nach Tätigkeit unterscheiden: Bei Arbeiten, die man nach einigen Monaten voll beherrscht und bei denen eine Leistungssteigerung auch nach Jahren nicht zu erwarten ist, muß Teilzeittätigkeit voll berücksichtigt werden,

während etwa bei Lehrern oder Justitiaren die Erfahrung sehr wohl zu Buche schlägt und deshalb eine Differenzierung möglich wäre⁶⁹.

3. Sozialleistungen

Die Dogmatik der mittelbaren Diskriminierung ist vom *EuGH* an Fällen aus dem Arbeitsrecht entwickelt worden. Ihre Übertragung in das Sozialrecht geschieht noch recht zögernd⁷⁰, obwohl etwa im Bereich des AFG zahlreiche nicht zu rechtfertigende Benachteiligungen von Frauen vorhanden sind⁷¹. Dies gilt beispielsweise in bezug auf die Ausklammerung aller Teilzeitkräfte mit weniger als 18 Wochenstunden aus der Arbeitslosenversicherung⁷².

Im Jahre 1991 findet sich in der *EuGH*-Rechtsprechung einmal die Aussage, den Mitgliedstaaten stehe es frei, höhere Leistungen an diejenigen zu bezahlen, die unterhaltsberechtigten Angehörige zu versorgen hätten; daß sich dies häufiger zugunsten von Männern als zugunsten von Frauen auswirke, sei unerheblich⁷³. An anderer Stelle wurde betont, wenn bei der Leistungsgewährung an Männer nur auf die Unterhaltsberechtigung von Angehörigen, nicht auf die tatsächliche Gewährung von Unterhalt abgestellt werde, müsse dasselbe auch in bezug auf Frauen gelten; daß dieselben Familienangehörigen auf diese Weise gegebenenfalls doppelt berücksichtigt würden, sei unerheblich⁷⁴. Eine mittelbare Diskriminierung wurde zu Recht dem niederländischen System einer Mindestsicherung bei Arbeitsunfähigkeit attestiert⁷⁵: Nur bei Teilzeitbeschäftigten war die staatliche Leistung durch die bisherige Arbeitsvergütung begrenzt, während vergleichbares bei Vollzeitbeschäftigten, bei Studierenden und im Haushalt der Eltern lebenden unverheirateten Kindern nicht vorgesehen war.

V. Sonstige *EuGH*-Rechtsprechung mit arbeitsrechtlichen Auswirkungen

1. Gewerkschaftsrechte der EG-Beamten

Keine unmittelbaren Auswirkungen im deutschen Recht besitzt ein *EuGH*-Urteil, das die Koalitionsfreiheit der Gemeinschaftsbediensteten zum Gegenstand hatte⁷⁶. Danach ist die in Art. 24a des Beamtenstatuts garantierte „Vereinigungsfreiheit“ ein allgemeiner Grundsatz des Arbeitsrechts, der nicht nur das Recht zur Gewerkschaftsgründung schützt, sondern auch den Vereinigungen selbst das Recht einräumt, die beruflichen Interessen ihrer Mitglieder mit erlaubten Mitteln zu verteidigen. Dies umfasse zwar nicht das Recht, die Botendienste der Kommissionsdienststellen zu benutzen, wohl aber hätten gewerkschaft-

59) BAG, NZA 1990, 21 = NJW 1990, 65 = DB 1989, 2279.

60) Es sei denn, man qualifiziere die Einstellung als gefährliches Tun, vergleichbar der Tierhaltung oder dem Betreiben eines Kraftfahrzeugs – eine etwas verkrampft wirkende Parallele.

61) *EuGH*, NZA 1991, 173 = *EuZW* 1991, 91.

62) *EuGH*, *EuZW* 1991, 666.

63) S. o. Fußn. 55.

64) DB 1992, 377.

65) *EuGH*, *EuZW* 1991, 217 = ZTR 1991, 164 = NZA 1991, 513 L-Fall Nimz.

66) Zust. Mauer, NZA 1991, 501; krit. Bergers/Delhey, ZTR 1991, 318.

67) Zust. Mauer, NZA 1991, 501.

68) Für letzteres Pfaff, Anm. zu BAG, AP § 23a BAT Nr. 24. Vgl. auch die Nachw. bei Wolf, in: Bruse-Görg, u. a., BAT, 1989, § 23a Rdnr. 4.

69) So LAG Köln, ZTR 1991, 434 für die Tätigkeit des Lehrers. Das Gericht beachtet allerdings nicht, daß die Tarifparteien möglicherweise gar nicht auf ein vergrößertes Erfahrungswissen abstellen wollten.

70) Jaeger, NZA 1990, 7.

71) Dazu Däubler, Gleichberechtigung und AFG. Bestandsaufnahme und Novellierungsvorschläge, herausgegeben vom Niedersächsischen Frauenministerium, 1991.

72) Bieback, ZIAS 1990, 17.

73) Entscheidung v. 7. 5. 1991 – Rs 229/89 Kommission gegen Belgien, unveröff., wiedergegeben nach dem Tätigkeitsbericht des *EuGH*.

74) Entscheidung v. 13. 3. 1991 Rs C-377/89 Cotter und McDermott, unveröff., wiedergegeben nach dem Tätigkeitsbericht des *EuGH*.

75) *EuGH*, NZA 1991, 59.

76) *EuGH*, NZA 1991, 189.

liche Funktionsträger einen Anspruch auf bezahlte Freistellung, um im Rahmen des sogenannten Konzertierungsausschusses mit der Arbeitgeberseite zu verhandeln. Mittelbar können diese Aussagen auch im Rahmen einer nationalen Rechtsordnung von Bedeutung sein, wenn dort Gemeinschaftsrecht ausgeführt oder angewandt wird. So hat etwa der *EuGH* schon bei früherer Gelegenheit entschieden, ein Wanderarbeitnehmer dürfe kraft Gemeinschaftsrechts nicht wegen seiner gewerkschaftlichen Betätigung irgendwie benachteiligt werden⁷⁷.

2. Sonntagsarbeit

Das im innerstaatlichen Bereich so viel erörterte Verbot der Sonntagsarbeit⁷⁸ hat auch den *EuGH* beschäftigt. In zwei Entscheidungen vom 28. 2. 1991⁷⁹ hat er einen Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht abgelehnt. Es handle sich nicht um eine unzulässige Beschränkung des Warenverkehrs nach Art. 30 EWGV: Der Vertrieb importierter Ware werde nicht stärker beschränkt als der einheimischer Erzeugnisse, das den nationalen Vorstellungen entsprechende Verbot der Sonntagsarbeit sei nach Gemeinschaftsrecht legitim und führe nicht zu einer unverhältnismäßigen Einschränkung des Handels. Unklar ist, weshalb nicht bereits das erste Argument als ausreichend angesehen wurde; es hätte das Ergebnis schon von sich aus getragen. Bemerkenswert war der Versuch der vorlegenden Gerichte, einen sozialpolitischen Standard auf seine Vereinbarkeit mit dem wirtschaftsrechtlichen Grundsatz des freien Warenverkehrs überprüfen zu lassen; dahinter steht letztlich die Erwägung, arbeits- und sozialrechtliche Normen nicht als Datum des Wettbewerbs zu behandeln, sondern sie ihrerseits unter bestimmten Voraussetzungen zur Disposition zu stellen.

3. Arbeitsvermittlungsmonopol bei Führungskräften

Eine Durchbrechung erfuhr das Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit durch die *EuGH*-Entscheidung vom 23. 4. 1991⁸⁰. Danach stellt die Arbeitsvermittlung eine „wirtschaftliche Tätigkeit“ dar. Auch wenn sie in der Rechtsform einer öffentlichrechtlichen Anstalt betrieben werde, liege deshalb ein Unternehmen im Rechtssinne vor und seien die Art. 85 bis 90 EWGV anwendbar. Die Bundesanstalt für Arbeit sei ein marktbeherrschendes Unternehmen i. S. des Art. 86 EWGV. Im Bereich der Führungskräfte stelle ihr Monopol einen Mißbrauch im Sinne dieser Bestimmung dar, da sie offensichtlich nicht in der Lage sei, die auf dem Markt vorhandene Nachfrage zu befriedigen⁸¹. Der *BGH* hat daraus die Konsequenz gezogen, daß die entsprechenden Vorschriften des AFG auch dann außer Anwendung bleiben müßten, wenn ein rein innerstaatlicher Tatbestand ohne jede potentielle Auswirkung auf den zwischenstaatlichen Handel vorliege: Es sei gleichheitswidrig i. S. des Art. 3 I GG, beide Fälle unterschiedlich zu behandeln⁸².

Der *EuGH* hatte keinen Anlaß, sich zu der Frage zu äußern, inwieweit das Arbeitsvermittlungsmonopol im übrigen mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist. Zwingende Rückschlüsse sind daher nicht möglich⁸³. Auf der anderen Seite wäre es nicht recht verständlich, daß der *EuGH* entscheidend auf die „fehlende Marktausfüllung“ als Mißbrauchstatbestand abstellt, wenn er gleichzeitig Bedenken gegen das Monopol als solches hätte.

VI. Wirksamere Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts

1. Die Ausgangssituation

Das primäre Gemeinschaftsrecht, das heißt insbesondere die Gründungsverträge sind für den einzelnen Bürger verbindlich, soweit sie ihm Rechte einräumen oder Pflichten

auferlegen⁸⁴. Dasselbe gilt für Verordnungen und Entscheidungen i. S. des Art. 189 II bzw. IV EWGV. Ob und in welchem Umfang das EG-Recht gleichwohl nicht beachtet wird, läßt sich derzeit nicht übersehen; eine empirische Untersuchung zu den Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 177 EWGV machte immerhin deutlich, daß die deutschen Gerichte die Entscheidungen des *EuGH* loyal nachvollziehen⁸⁵.

Richtlinien wenden sich demgegenüber gem. Art. 189 III EWGV grundsätzlich nur an die Mitgliedstaaten. Sie sind für diese hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlassen jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel. Bleibt ein einzelner Mitgliedstaat untätig oder setzt er die Richtlinie nur mangelhaft um, darf er sich seinen Bürgern gegenüber nicht auf sein richtlinienwidriges Recht berufen. Soweit einzelne Bestimmungen der Richtlinie so präzise sind, daß sie ohne zusätzlichen Durchführungsakt vollzogen werden können, kann der einzelne Bürger daraus dem Staat gegenüber auch subjektive Rechte herleiten⁸⁶. Ob es neben dieser „vertikalen“ Richtlinienwirkung auch eine „horizontale“, im Verhältnis zu anderen Bürgern bestehende gibt, ist umstritten⁸⁷; der *EuGH* hat sich bislang nicht zu einer entsprechenden Aussage durchringen können. Dies hat zur Folge, daß Richtlinien in einzelnen Mitgliedstaaten unter Umständen ohne Wirkung bleiben, weil sich beispielsweise ein Arbeitnehmer einem privaten Arbeitgeber gegenüber nicht auf sie berufen kann.

Ohne rechtliche Verbindlichkeit sind nach Art. 189 V „Empfehlungen und Stellungnahmen“. Die Gefahr, daß sie deshalb allenfalls ein Achselzucken provozieren, ist bislang nicht von der Hand zu weisen.

In beiden Bereichen hat der *EuGH* jüngst Entscheidungen getroffen, die die Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts deutlich verbessern können.

2. Schadensersatzpflicht des säumigen Mitgliedstaats bei Nichtausführung einer Richtlinie

Im Urteil des *EuGH* vom 19. 11. 1991⁸⁸ ging es um den Schutz der Arbeitnehmeransprüche bei Insolvenz des Arbeitgebers. Die sogenannte Insolvenzrichtlinie vom 20. 10. 1980⁸⁹, die eine Regelung entsprechend unserem Konkursausfallgeldgesetz nach §§ 141 a ff. AFG vorschreibt, ist von Italien bis heute nicht umgesetzt worden. Auf Klage der Kommission hatte der *EuGH* die darin liegende Vertragsverletzung festgestellt⁹⁰, doch hatte sich dadurch für die in Italien beschäftigten Arbeitnehmer nicht das geringste geändert. Als Arbeitnehmer wegen des Konkurses ihres Arbeitgebers auch rückständige Lohnansprüche nicht mehr bezahlt erhielten, verklagten sie den italienischen Staat auf Schadensersatz. Die angerufenen italienischen Gerichte legten die Frage dem *EuGH* vor. Dieser kam zu folgenden Ergebnissen⁹¹:

77) *EuGH*, Slg. 1975, 1219.

78) S. etwa die Nachw. bei *Schatzschneider*, NJW 1989, 682.

79) *EuZW* 1991, 318 f.

80) *EuGH*, NZA 1991, 447.

81) Dazu *Eichenhofer*, NJW 1991, 2857; *Pallasch-Steckermeier*, NZA 1991, 913; *Speyer*, *EuZW* 1991, 399.

82) *BGH*, NZA 1992, 45.

83) Vgl. *Speyer*, *EuZW* 1991, 401.

84) Einzelheiten bei *Oppermann*, *EuropaR*, 1991, Rdnrn. 389 ff.

85) *Schwarze*, Die Befolgung von Vorabentscheidungen des Europäischen Gerichtshofs durch deutsche Gerichte, 1988, S. 37 ff.

86) *EuGH*, Slg. 1982, 53 = NJW 1982, 499.

87) Vgl. zuletzt *Freyer*, *EuZW* 1991, 49 (52); *Herber*, *EuZW* 1991, 401.

88) *EuZW* 1991, 758 – Francovich und Bonifaci.

89) ABl v. 28. 10. 1980, Nr. L 283/23, abgedr. auch bei *Däubler-Kittner-Lörcher* (o. Fußn. 24), unter Nr. 433.

90) *EuGH*, Slg. 1989, 143.

91) S. Fußn. 88.

- Ein Schadensersatzanspruch ist dann gegeben, wenn die Richtlinie dem einzelnen subjektive Rechte verleihen will, wenn der Inhalt dieser Rechte auf der Grundlage der Richtlinie bestimmt werden kann und wenn aufgrund der Pflichtverletzung des Staates dem einzelnen ein Schaden entstanden ist.
- Die volle Wirksamkeit der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen wäre beeinträchtigt, „wenn die einzelnen nicht die Möglichkeit hätten, für den Fall eine Entschädigung zu erlangen, daß ihre Rechte durch einen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht verletzt werden, der einem Mitgliedstaat zuzurechnen ist“. Auch aus Art. 5 EWGV folge die Verpflichtung, die Folgen eines Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht zu beheben.
- Der Ersatzanspruch ist Teil des Gemeinschaftsrechts und verlangt keine weiteren Voraussetzungen. Das nationale Recht entscheidet darüber, welche Gerichte zuständig sind und wie das Verfahren im einzelnen ausgestaltet ist. Die Geltendmachung der Ansprüche darf dadurch allerdings nicht übermäßig erschwert werden.
- Die Insolvenzrichtlinie will zwar dem einzelnen subjektive Rechte einräumen, die sich auch inhaltlich bestimmen lassen, doch bedarf es eines staatlichen Aktes, um eine Institution zu schaffen, die an Stelle des insolventen Arbeitgebers die Zahlungen erbringt. Durch die fehlende italienische Ausführungsgesetzgebung ist den betroffenen Arbeitnehmern ein Schaden entstanden.

Die Entscheidung kann die Durchsetzung zahlreicher Richtlinien wesentlich erleichtern. Während eine wenig gemeinschaftsfreundliche Regierung oder Parlamentsmehrheit bisher allenfalls riskierte, daß einzelne Teile der Richtlinie von den Gerichten wie unmittelbar geltendes Recht behandelt wurden, drohen nunmehr Schadensersatzpflichten. Dabei ist bemerkenswert, daß der *EuGH* ersichtlich kein Verschulden voraussetzt, sondern ähnlich wie in dem erwähnten Fall unmittelbarer Diskriminierung⁹² eine Art Unrechtshaftung vorsieht. Auch wird nicht verlangt, daß zunächst ein Verfahren nach Art. 169 EWGV durchgeführt wird, in dem die Vertragsverletzung festzustellen wäre: Sie ist als entscheidende Vorfrage im Rahmen des Schadensersatzanspruchs des einzelnen zu prüfen. Bedenkt man, daß die Rahmenrichtlinie Arbeitsschutz vom 12. 6. 1989 bis 31. 12. 1992 ausgeführt sein muß⁹³, daß bisher aber nicht einmal ein Regierungsentwurf für ein Ausführungsgesetz vorliegt, so muß man – um es sehr zurückhaltend auszudrücken – dem Bundesarbeitsministerium zu großer Eile raten. Würde ein Arbeitnehmer in nachweisbarer Form geschädigt, z. B. einen Unfall erleiden, weil die bestehenden Vorschriften nicht an die Richtlinie angepaßt wurden, so könnte er Schadensersatz verlangen. Auch die Tatsache, daß bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten grundsätzlich nur die Berufsgenossenschaft einzustehen hat⁹⁴, hilft den Verantwortlichen nicht aus der Bredouille: Der kraft Gemeinschaftsrechts bestehende Anspruch darf nicht durch nationale Regelungen vereitelt werden. Ob für seine Geltendmachung entsprechend Art. 34 S. 3 GG der ordentliche Rechtsweg gegeben ist, braucht hier nicht erörtert zu werden; immerhin besteht ja noch die Chance, daß der Gesetzgeber den Wettlauf gegen die Zeit gewinnt.

3. Empfehlungen als Auslegungsmittel

Große Bedeutung kann weiter eine Entscheidung gewinnen, die sich mit dem unscheinbaren Problem der Empfehlungen nach Art. 189 V EWGV befaßt⁹⁵. Sie bestätigt zunächst den in der Tat auch schwer bestreitbaren Grundsatz, daß Empfehlungen keine unmittelbaren Rechtswirkungen erzeugen und deshalb dem Bürger keine Rechte einräumen können. Gleichzeitig wird jedoch betont – und hierin liegt das entscheidende Novum der Ent-

scheidung – daß Empfehlungen vom Richter „insbesondere dann“ zu berücksichtigen sind, wenn sie Aufschluß über die Auslegung anderer innerstaatlicher oder gemeinschaftsrechtlicher Bestimmungen geben können⁹⁶. Im konkreten Fall war es um zwei Empfehlungen der Kommission zur Annahme einer europäischen Liste der Berufskrankheiten gegangen⁹⁷.

Zunächst wird man das für Empfehlungen der Kommission Gesagte auch auf Empfehlungen und Beschlüsse des Rates erstrecken können: Art. 189 V EWGV differenziert insoweit nicht, vom Rat ausgehende Erklärungen besitzen in der Praxis eher einen höheren als einen geringeren Stellenwert. Dasselbe dürfte für die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer gelten, die von elf der zwölf Mitglieder des Europäischen Rates am 9. 12. 1989 in Straßburg beschlossen wurde⁹⁸.

Die Heranziehung als „Auslegungsrichtlinie“ hat überall dort große Bedeutung, wo das nationale Recht dem Richter Spielräume läßt. Daß dies im Arbeitsrecht eher die Regel als die Ausnahme ist, ist seit der grundlegenden Untersuchung *Gamillschegs* in den 60er Jahren⁹⁹ weithin anerkannt. Dies bedeutet, daß beispielsweise die Empfehlung des Rates zur Förderung positiver Maßnahmen für Frauen vom 13. 12. 1984¹⁰⁰ bei der Beurteilung von Frauenförderplänen erhebliche Bedeutung gewinnen kann. Ähnliches wäre bei den drei Empfehlungen des Rates zur Arbeitszeit denkbar¹⁰¹. Auch die in der *EuGH*-Entscheidung angesprochene Berufskrankheitenliste könnte im Rahmen des § 551 II RVO relevant werden.

VII. Maastrichter Beschlüsse und weitere Perspektiven

Die in Maastricht beschlossene Revision des EWGV kann der Europäisierung unseres Arbeitsrechts zusätzliche Schubkraft verleihen. Zwar war es nicht möglich, innerhalb des Europas der Zwölf zu neuen Grundsätzen über die Sozialpolitik zu gelangen, doch wurde der EWGV durch ein Abkommen ergänzt, das dem Europa der Elf (ohne Großbritannien) neue Handlungsmöglichkeiten auf dem hier interessierenden Gebiet eröffnet.

1. Der erleichterte Erlass von Richtlinien

Nach dem Art. 2 des Abkommens sind drei Sachgebiete zu unterscheiden.

Im ersten Bereich können Richtlinien mit Mehrheit, das heißt mit mindestens 44 Stimmen im Ministerrat verabschiedet werden. Dazu gehören neben der Verbesserung insbesondere der Arbeitsumwelt „Arbeitsbedingungen“, „Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer“, „Chancengleichheit von Männern und Frauen auf dem Arbeitsmarkt und Gleichbehandlung am Arbeitsplatz“ sowie „Berufliche Eingliederung der aus dem Arbeitsmarkt ausgegrenzten Personen“.

92) Oben IV 1.

93) Art. 18 I der Richtlinie, ABl v. 29. 6. 1989, Nr. L 183/1, 8.

94) § 636 RVO schließt die Arbeitgeberhaftung aus, Art. 34 GG i. V. mit § 839 I 2 BGB läßt die Amtshaftung nur subsidiär eingreifen.

95) *EuGH*, NZA 1991, 283.

96) Tz. 18 und 19 der Entscheidung.

97) Empfehlung v. 23. 7. 1962, ABIEG 1962, 2188 und Empfehlung v. 20. 7. 1966, ABIEG 1966, 2696.

98) Abgedr. in Soziales Europa 1990, S. 51 ff.

99) *Gamillscheg*, AcP 164 (1964), 385 ff.

100) ABl Nr. L 331/34, abgedr. auch bei *Birk* (o. Fußn. 30), unter Nr. 30.

101) Empfehlung des Rates über den Grundsatz der 40-Stunden-Woche und den Grundsatz des 4-wöchigen bezahlten Jahresurlaubs vom 22. 7. 1975, Entscheidung des Rates über die Anpassung der Arbeitszeit vom 18. 12. 1979 und Empfehlung des Rates zu den Grundsätzen für ein gemeinsames Vorgehen betreffend die Altersgrenze vom 10. 12. 1982, abgedr. bei *Birk* (o. Fußn. 30), unter Nrn. 18 bis 20.

In einem zweiten Bereich sind nur einstimmige Entscheidungen der Elf möglich. Dazu gehören nach Art. 2 III „Soziale Sicherheit und sozialer Schutz der Arbeitnehmer“, „Kündigungsschutz“, „Vertretung und kollektive Wahrnehmung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen einschließlich der Mitbestimmung“, Beschäftigungsbedingungen von Staatsangehörigen aus Drittländern, die sich regulär in der EG aufhalten, sowie finanzielle Beiträge zur Förderung der Beschäftigung und zur Schaffung von Arbeitsplätzen, die unabhängig von den Regelungen über den Sozialfonds gewährt werden.

In einem dritten Bereich können die Elf für sich allein überhaupt keine Regelungen treffen (Art. 2 III). Dazu zählt das Arbeitsentgelt, das Koalitionsrecht sowie das Streik- und das Aussperrungsrecht. Insoweit bleibt es bei den für alle zwölf Mitglieder geltenden Regeln; Entscheidungen sind nur einstimmig auf der Grundlage von Art. 100, Art. 100a II und Art. 235 EWGV möglich.

2. Verstärkung des sozialen Dialogs

Im Europa der Elf ist die Stellung der Sozialpartner insofern gestärkt worden, als sie nach näherer Maßgabe des Art. 3 des Abkommens vor jeder sozialpolitischen Initiative der Kommission zu konsultieren sind. Dabei steht ihnen das Recht zu, den von der Kommission in Aussicht genommenen Gegenstand in eigene Zuständigkeit zu übernehmen und sich insoweit um eine Vereinbarung zu bemühen. Das von der Kommission eingeleitete Verfahren darf dadurch allerdings nicht länger als 9 Monate unterbrochen werden.

Auch ohne Rücksicht auf die Aktivitäten der Kommission besitzen die Sozialpartner nach Art. 4 das Recht zum sozialen Dialog, der nicht nur wie nach bisherigem Recht zur „Herstellung vertraglicher Beziehungen“¹⁰², sondern auch zum Abschluß von Vereinbarungen führen kann. Sie werden entweder über die Sozialpartner in den einzelnen Mitgliedstaaten oder auf die Weise durchgeführt, daß der Rat auf Vorschlag der Kommission einen „Beschluß“ erläßt, die Abmachung also ins Gemeinschaftsrecht übernimmt. Welchen Rechtscharakter ein solcher „Beschluß“ besitzt, wie seine Verbindlichkeit beschaffen ist, ob eine Verpflichtung zu seinem Erlaß besteht – das alles ist dem neuen Text nicht zu entnehmen¹⁰³. Weitergehende exegetische Bemühungen sollen an dieser Stelle unterbleiben, da es wenig wahrscheinlich ist, daß sich zwischen den Spitzenverbänden der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer auf europäischer Ebene plötzlich jene Einigkeit herstellt, um die man sich seit über 20 Jahren vergeblich bemüht.

Schließlich können die Sozialpartner auf nationaler Ebene gemeinsam den Antrag stellen, daß ihnen der betreffende Mitgliedstaat die Durchführung der auf der Grundlage des neuen Art. 2 erlassenen Richtlinien überträgt. Unberührt bleibt jedoch die Pflicht des Mitgliedstaats, jederzeit dafür zu sorgen, daß die durch die Richtlinie vorgeschriebenen Ergebnisse auch effektiv erzielt werden (Art. 2 IV). Auf die Schwierigkeiten, die sich hier für das deutsche Tarifsysteem ergeben, ist bereits hingewiesen worden¹⁰⁴.

3. Einschätzung

Von den Maastrichter Beschlüssen dürfen keine Wunderdinge erwartet werden. Andererseits werden sie auch zu keinen Katastrophen führen. Die Möglichkeit, ohne Großbritannien Richtlinien zu erlassen, rechtfertigt nicht die Erwartung, nunmehr hätten alle Vorschläge der Kommission freie Bahn. Die Chance, daß es in einigen Jahren wirklich europäische Betriebsräte gibt¹⁰⁵ und daß eine Richtlinie die Einbeziehung aller Teilzeitkräfte ab 8 Wochenstunden in die Sozialversicherung vorschreibt¹⁰⁶, ist zwar deutlich gewachsen, aber es wäre ein wenig vorder-

gründig, das bisherige Verhalten der elf Regierungen unbeschoren auf die Zukunft zu übertragen: Niemand weiß mit Sicherheit, ob ohne ein sicheres englisches Veto dasselbe Maß an sozialem Engagement an den Tag gelegt wird. Trotz dieses Vorbehalts: Das europäische Arbeitsrecht wird sich nicht zuletzt aufgrund der Rechtsprechung des EuGH in naher Zukunft weiter ausdehnen. Die Erfahrungen des Jahres 1991 lassen schwerlich eine andere Prognose zu.

102) Dazu Däubler, Möglichkeiten und Grenzen europäischer Tarifverträge, in: Heinemann (Hrsg.), Das kollektive ArbR in der EG, 1991, S. 16 ff.

103) Zusätzliche Schwierigkeiten ergeben sich daraus, daß die englische, französische, italienische, spanische und portugiesische Fassung denselben Begriff wie in Art. 189 IV EWGV benutzen (decision, décision usw.), also in deutscher Terminologie von „Entscheidung“ als einem verbindlichen Akt sprechen. Die deutsche Differenzierung zwischen „Beschluß“ und „Entscheidung“ findet sich nur im Niederländischen und Dänischen („besluit“ bzw. „afgørelse“ gegenüber „beschikking“ bzw. „beslutning“).

104) Oben II 1 d.

105) S. den entsprechenden Kommissionsvorschlag in ABl vom 15. 2. 1991, Nr. C 39/10; dazu Nagel, AuR 1991, 161 ff.

106) So Art. 2 i. V. mit Art. 1 III des Richtlinienvorschlages über bestimmte Arbeitsverhältnisse im Hinblick auf Wettbewerbsverzerrungen, abgedr. in RdA 1991, 44, BR-Dr 609/90 und in BT-Dr 11/8318.

Die Entwicklung der Rechtsprechung des BAG zum Annahmeverzug des Arbeitgebers

Von Rechtsanwalt Martin Stephan, Moers

Die Sicherung der Vergütungsansprüche zur Erhaltung der wirtschaftlichen Existenzgrundlage des Arbeitnehmers gehört zu den wichtigsten Aufgaben des Anwalts oder Arbeitnehmervertreters, wenn von Arbeitgeberseite die Annahme der Arbeitsleistung abgelehnt wird. Die dazu im Gesetz vorgesehene Vorschrift des § 615 BGB bedurfte, wie darzustellen sein wird, intensiver Bearbeitung durch die Rechtsprechung, um ein für die Praxis akzeptables Ergebnis herbeizuführen.

I. Einleitung

Die Vorschrift des § 615 BGB wirkt auf den ersten Blick völlig unproblematisch. Der Gesetzgeber verzichtet auf eine individuelle Regelung der Tatbestandsvoraussetzungen des Annahmeverzugs des Dienstberechtigten. Es bleibt danach nur, auf die allgemeinen Vorschriften der §§ 293 ff. BGB zurückzugreifen. Dies wiederum zeigt dann erst in der Anwendung der Vorschrift die tatsächlichen Schwierigkeiten auf, weil die §§ 293 ff. BGB historisch nicht auf das Arbeitsverhältnis, sondern mehr auf ein einmaliges Austauschverhältnis wie den Sachkauf ausgerichtet waren¹. In einer Reihe von Entscheidungen hat das BAG diese Thematik aufgearbeitet, wobei eine letzte Entscheidung vom 24. 10. 1991² den vorläufigen Schlußpunkt setzt.

1) Vgl. Konzen, Anm. zu BAG, AP § 615 BGB Nr. 35.

2) NJW 1992, 932 = NZA 1992, 403.