

Der erwachte Gesetzgeber – Regulierung und Deregulierung im Arbeitsrecht

Ein Bericht von der 7. Assistent/innentagung im Arbeitsrecht in Hamburg

Stephan Klawitter*

A. Mut zur Mindermeinung!.....	339	D. Von Bügelbrettern und Amateurki-	
B. Liebesgrüße aus Brüssel.....	340	ckern	343
C. Arbeitnehmerüberlassung auf dem		E. Fazit und Ausblick	344
Prüfstand	341		

Es hat wohl nicht erst einer Assistententagung bedurft, um als interessierter Nachwuchs-Arbeitsrechtler zu erkennen, dass der arbeitsrechtliche Gesetzgeber in der mittlerweile vergangenen Legislaturperiode besonders aktiv war: Mit der Einführung des flächendeckenden Mindestlohnes, dem umstrittenen Tarifeinheitsgesetz, der Reform der Arbeitnehmerüberlassung sowie dem Betriebsrentenstärkungsgesetz sollen an dieser Stelle nur einige prominente Vertreter genannt werden, die nicht nur den Rechtsanwender, sondern auch die Wissenschaft vor zahlreiche alte und neue Rechtsprobleme stellen. Für das Hamburger Team der „Jacobs-Allstars“ – bestehend aus ehemaligen und aktuellen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des arbeitsrechtlichen Lehrstuhls von Prof. Dr. Matthias Jacobs – berechtigterweise Grund genug, den „erwachten Gesetzgeber“ zum Oberthema der 7. Assistent/innentagung im Arbeitsrecht zu machen. Vom 27. bis zum 29. Juli 2017 trafen sich zu diesem Anlass über hundert Nachwuchswissenschaftler und –wissenschaftlerinnen aus Deutschland, Österreich und der Schweiz an der Bucerius Law School in Hamburg, um die gesetzgeberischen Glücksgriffe und Fehlritte einer kritischen Analyse zu unterziehen und – nach Feierabend – das Hamburger Nachtleben zu erkunden. Bereits an dieser Stelle soll den dem Organisationsteam rund um Samir Buhl, Dr. Tino Frieling, Christopher Krois, Friederike Malorny, Matthias Münder, Barbara Richter und Laura Schmidt ein großes Lob und Dankeschön für die Ausrichtung einer Tagung ausgesprochen werden, die sich nicht nur durch spannende Vorträge und kontroverse Diskussionen auszeichnete, sondern den Anwesenden auch hinreichend Raum zum gemeinsamen Kennenlernen (oder auf Neudeutsch: „Netzwerken“) ließ.

A. Mut zur Mindermeinung!

Nach Grußworten von *Meinhard Weizmann*, Geschäftsführer der Bucerius Law School, sowie Hamburgs Justizsenator *Dr. Till Steffen* eröffnete die Richterin am Bundesverfassungsgericht *Prof. Dr. Dr. h.c. Susanne Baer, LL.M.*, die Tagung mit

* *Stephan Klawitter* ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht, Anwaltsrecht, Familienrecht und Rechtssoziologie von Prof. Dr. Reinhard Singer an der Humboldt-Universität zu Berlin.

einem Festvortrag über das Verhältnis von Verfassungsrecht und Arbeitsrecht. Dass man zu diesem Thema kaum eine bessere Rednerin hätte gewinnen können, musste jedem Arbeitsrechtsinteressierten spätestens seit zwei Wochen vor der Tagung einleuchten; schließlich war sie es, die – gemeinsam mit dem Richter Paulus – in einem Minderheitenvotum zum Tarifeinheitsgesetz den Gesetzgeber ausdrücklich ermahnte, dass auch die legislative Einschätzungsprärogative nicht unendlich ist, sondern sich vielmehr in den Grenzen des Erforderlichen zu bewegen hat. In ihrer Rede machte sie deutlich, dass das Verfassungsrecht für das Arbeitsrecht wie für kaum eine andere Teildisziplin des Zivilrechts die maßgeblichen Weichenstellungen definiert – und zwar nicht nur materiell durch einen besonders ausgeprägten Grundrechtsbezug, sondern auch durch seine vielfach unterschätzten, formaljuristischen Kompetenz- und Verfahrensnormen. Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts sei demnach, dem Gesetzgeber die Leitplanken seines Regelungsspielraumes zu markieren und deren Einhaltung dort einzufordern, wo die Legislative ihre Kompetenzen überschreitet. Dabei seien es regelmäßig Minderheiten, deren Stimmen auf der Suche nach einem in Gesetz zu gießenden, politischen Konsens oftmals nur unzureichend berücksichtigt werden und zu deren Schutz die Verfassungshüter den Mut aufbringen müssen, Entscheidungen zu treffen, die in der Gesellschaft auf vergleichsweise wenig Gegenliebe stoßen. Gerade deshalb forderte sie die anwesenden Nachwuchswissenschaftler und -wissenschaftlerinnen dazu auf, ebendiesen Mut aufzubringen und auch in der Diskussion abweichende Meinungen zu vertreten. Sie warnte allerdings auch davor, den wissenschaftlichen Diskurs als einen Konkurrenzkampf der Meinungen anzunehmen, und erklärte vielmehr zum Ziel, über den Kompromiss zum Konsens zu gelangen und hierbei das Verfassungsrecht als Ausgangspunkt und kleinsten gemeinsamen Nenner divergierender Rechtsauffassungen zu begreifen.

B. Liebesgrüße aus Brüssel

Nachdem auch *Prof. Dr. Matthias Jacobs* die Assistent/innen mittels Videobotschaft aus dem wohlverdienten Post-Verfassungsbeschwerden-Urlaub begrüßte, zeigten bereits die ersten Fachvorträge, dass sich mit dem Titel „Der erwachte Gesetzgeber“ nicht lediglich der nationale Arbeitsgesetzgeber angesprochen fühlen durfte: So referierte *Jan Alexander Daum* zu der Frage, ob der zur Umsetzung der Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug (RL 2011//7/EU) jüngst in das Schuldrecht aufgenommene § 288 Abs. 5 BGB – die sog. Verzugskostenpauschale – auch im Arbeitsverhältnis zur Anwendung kommt. Zwar ist dies von der unterinstanzlichen Rechtsprechung bisher überwiegend unter Verweis auf die besondere Kostentragungsregel des § 12a Abs. 1 ArbGG abgelehnt worden; *Daum* legte jedoch überzeugend dar, warum weder die Anrechnungsregel des § 288 Abs. 5 S. 3 BGB – die sich nur auf materielle Schadensersatzansprüche be-

zieht -, noch der Telos des § 12a Abs. 1 ArbGG eine solche Benachteiligung des Arbeitnehmers gegenüber dem normalen Verbraucher rechtfertigen.

Am Nachmittag stand mit dem Beschäftigtendatenschutz eine Materie auf dem Plan, bei welcher der nationale Arbeitsgesetzgeber erst infolge eines Weckrufs des europäischen Gesetzgebers zum Aufwachen gezwungen war: So verschaffte zunächst *Miriam Kersting* einen Überblick über die neue Datenschutz-Grundverordnung sowie das im Rahmen ihrer Umsetzung verabschiedete, neue Beschäftigtendatenschutzgesetz. Dabei stellte sie insbesondere heraus, dass der generalklauselartige Charakter des § 26 BDSG-neu als Grundlage für die Zulässigkeit von Datenverarbeitungsvorgängen im Arbeitsverhältnis dem Rechtsanwender kaum konkrete Lösungsansätze an die Hand gibt und deswegen dringend einer Konkretisierung durch Betriebsvereinbarungen, aber auch durch den Gesetzgeber selbst bedarf. Dass die eingeführten Neuregelungen die Arbeitgeber nicht gerade in einen blinden Aktionismus verfallen lassen, zeigte sich im anschließenden Sechs-Augen-Gespräch mit den Anwälten *Dr. Daniel Ludwig* und *Jacob Hinze* (CMS Hasche-Sigle), welche in der Beratungspraxis jedenfalls bisher wenig Nachholbedarf bei den Schutzverpflichteten feststellen konnten. Deutlich wurde aber bereits am ersten Tag, dass Festrednerin Baer mit einer ihrer Kernaussagen Recht behalten sollte: Die zunehmende rechtliche Verzahnung der Mitgliedsstaaten führt auch im Arbeitsrecht dazu, dass Rechtsfragen nicht mehr rein national beantwortet werden dürfen, sondern vielmehr in ihren europäischen und internationalen Kontext eingebettet werden müssen.

Abgerundet wurde der erste Tagungstag mit dem Besuch zweier für Hamburg wegensprägender Sehenswürdigkeiten: Bei einer Führung durch das Hamburger Rathaus konnten sich die Teilnehmerinnen und Teilnehmer zunächst von den Bürgerschaftsabgeordneten *Danial Ilkhanipour* und *Olaf Steinbiß* davon überzeugen lassen, dass Großbaustellen durch Hinzugabe von reichlich Geld und noch viel mehr Bauzeit zu architektonisch prachtvollen Gebäuden heranreifen können (etwas, was vor allem beim Berliner Verfasser dieses Berichtes längst verloren geglaubte Hoffnungen aufkeimen ließ). Anschließend lud die Kanzlei CMS Hasche-Sigle zum Abendessen im nicht weniger prunkvollen Rathauskeller ein, bevor die versammelte Mannschaft den Abend dort ausklingen ließ, wo ein Tagungstag in Hamburg eben zu enden hat: Auf dem Hamburger Kiez wurde unter Missachtung jeglicher gesetzlicher Ruhezeitregelungen bis in die frühen Morgenstunden getanzt und gefeiert.

C. Arbeitnehmerüberlassung auf dem Prüfstand

Wer es am Freitagmorgen pünktlich in die Law School schaffte, wurde nach einem gemeinsamen Frühstück von *Dr. Larissa Schobert* über die Reform des Betriebs-

rentengesetzes aufgeklärt. In der Einführung der reinen Beitragszusagen erkannte sie eine Stärkung der betrieblichen Altersversorgung, die im Hinblick auf die Sicherungsmechanismen des Versicherungsaufsichtsgesetzes auch nicht dadurch geschmälert wird, dass der Arbeitnehmer bei dieser Form der Altersversorgung das Anlagerisiko selbst trägt. Gleichwohl kritisierte sie zu Recht, dass die tarifvertragliche Konzeptionierung der reinen Beitragszusage Tarifaußenseiter nicht hinreichend in das neue Modell der betrieblichen Altersversorgung integriert.

Der Rest des zweiten Tagungstages stand ganz im Zeichen der Arbeitnehmerüberlassung. Bei *Philipp Matzke* stand die jüngste, im April dieses Jahres in Kraft getretene Reform des AÜG auf dem Prüfstand. Er machte als zwei wesentliche Reformziele die Verhinderung verdeckter Arbeitnehmerüberlassung sowie eine dringend erforderliche Modifikation des Gleichstellungsgrundsatzes aus. Hinsichtlich dieser Ziele konnte er dem Gesetzgeber indes kein gutes Zeugnis ausstellen: So löse die Reform weniger Rechtsfragen, als sie neue eröffne. Als besonders ärgerlich empfand er die Abschaffung der vorsorglichen Überlassungserlaubnis, welche nach altem Recht gerade bei typologisch schwer einzuordnenden Grenzfällen für ein Mindestmaß an Rechtssicherheit sorgen konnte. *Ernesto Klengel* sprach anschließend über die Vereinbarkeit der AÜG-Reform mit den Vorgaben der Richtlinie Leiharbeit – und zeigte dabei, wie viele Rechtsprobleme von einem unscheinbaren Wort ausgehen können. Denn auch wenn es auf den ersten Blick danach aussieht, dass die wissenschaftliche Posse über die Höchstdauer einer „vorübergehenden“ Überlassung durch die Quantifizierung einer arbeitnehmerbezogenen Frist in § 1 Abs. 1 S. 4 AÜG n.F. endgültig beendet worden ist, so darf nicht übersehen werden, dass der Gesetzgeber den Begriff „vorübergehend“ bewusst nicht gestrichen hat. Dies sei auch richtig, so *Klengel*, diene der Begriff der europarechtlich gebotenen Missbrauchskontrolle, um insbesondere Arbeitnehmerrondelle, bei denen nacheinander verschiedene Leiharbeitnehmer auf demselben Arbeitsplatz eingesetzt werden, zu verhindern. Als problematisch sah er indes an, dass die Fiktion eines Arbeitsvertrages mit dem Entleiher im Falle einer nicht „vorübergehenden“ Überlassung nach dem Gesetzeswortlaut nur bei Überschreiten der 18-Monats-Frist greifen soll. Hier drohe der Gesetzgeber, hinter dem Schutzniveau des europarechtlichen Rechtsmissbrauchsverbotes zurückzubleiben, was nur durch eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung oder eine Gesetzesänderung verhindert werden könne.

Fachlicher Höhepunkt des zweiten Tages war die hieran anschließende Elefantenrunde: Da gleich drei ansprechende Exposés zum Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern im Arbeitskampf beim Organisationsteam eingegangen waren, machte man aus der Not eine Tugend und lud alle vier hieran beteiligten Nachwuchswissenschaftler und -wissenschaftlerinnen zu einer Podiumsdiskussion ein. Nach

seinem Einführungsreferat diskutierte *Dominik Leist* gemeinsam mit *Hazel Franke*, *Sebastian Beckerle* und *Dr. Thomas Klein* über die Verfassungskonformität des Verbotes, wobei die Runde ihre Standpunkte nicht nur gegenüber den Mitdiskutanten, sondern auch gegenüber Fragen aus dem Publikum verteidigen musste. *Klein* und *Leist* sahen im Streikbrecherverbot keine einseitige Parteinahme zugunsten der Gewerkschaften, sondern vielmehr eine verfassungskonforme Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit. Dem schloss sich auch *Beckerle* an, der betonte, dass die Kampfparität in Anbetracht des realen Kräfteverhältnisses von dem Verbot kaum betroffen sei. *Franke* – die für ihren Beitrag später den Best Speaker Award des Hamburger Vereins für Arbeitsrecht verliehen bekam – sah dies anders: Das Verbot in seiner konkreten Ausgestaltung helfe weder den Leiharbeitnehmern, denen pauschal ein Solidaritätsgefühl unterstellt wird, noch stelle es eine angeblich beeinträchtigte Verhandlungsparität wieder her. Der Gesetzgeber könne jedoch ohne hinreichende Rechtfertigung dem Arbeitgeber kein Arbeitskämpfungsmittel wegnehmen, welches sich über einen langen Zeitraum hinweg herausgebildet hat und fester Bestandteil der bestehenden Gleichgewichtsordnung geworden ist. Befürchtet wurde daneben von den Diskutanten, dass das Streikbrecherverbot für Leiharbeitnehmer in der Praxis zu einem vermehrten Einsatz von Werkverträgen im typologischen Grenzbereich führen könnte, was zusätzliche Rechtsunsicherheiten auslösen würde.

D. Von Bügelbrettern und Amateurkickern

Am Abend ging es auf Einladung der Kanzlei DLA Piper zu einer Barkassenfahrt über die Elbe. Bei guten Cocktails konnten die Teilnehmerinnen und Teilnehmer nicht nur die frische, sommerliche Küstenluft genießen, sondern auch die Speicherstadt und Hamburgs jüngstes Jahrhundertprojekt – die frisch eröffnete Elbphilharmonie – aus einem neuen Blickwinkel kennenlernen. Die musikalische Untermahlung kam dabei vom Bügelbrett – genauer gesagt von DJ Bügelbrett, der mit seiner ungewöhnlichen Plattenkonstruktion wohl sogar bei Kreuzberger Hipstern auf Begeisterung gestoßen wäre.

Im Mittelpunkt des letzten Tagungstages stand eine andere, arbeitsrechtliche Erregenschaft der vergangenen Legislaturperiode: Der Mindestlohn. *Dr. Arendt Gast* stellte dabei nicht die materiellen Regelungen selbst, sondern ihre Durchsetzung in den Mittelpunkt seines Vortrages. Dabei bemängelte er nicht nur die Effektivität der öffentlich-rechtlichen Durchsetzungsmechanismen, sondern wies auch auf praktische Schwierigkeiten bei der zivilrechtlichen Durchsetzung von Mindestlohnansprüchen hin, die ihm im Rahmen seiner anwaltlichen Tätigkeit begegnet sind. Der letzte Vortrag von *Dr. Roland Czycholl* widmete sich dann den Fußballern und damit einer Gruppe von Arbeitnehmern, die man auf den ersten Blick sogar nicht mit dem Thema Mindestlohn in Verbindung bringen will. Doch während

Messi und Kollegen über Lohnmindeststandards nur müde lächeln können, stellt sich bei vielen Amateursportvereinen seit Einführung des flächendeckenden Mindestlohns die Frage, ob ihre Spieler in den persönlichen Anwendungsbereich des Gesetzes fallen. Zwar hat Andrea Nahles die Rechtsansicht geäußert, dass bei Amateursportlern die Förderung des Vereins und der Spaß am Sport im Vordergrund stehe, weshalb sie nicht als Arbeitnehmer, sondern als Ehrenamtliche einzuordnen seien. *Czycholl* wies allerdings zu Recht darauf hin, dass diese Aussage den Vereinen nur insoweit hilft, als dass die Exekutive die Sportvereine nicht auf die Einhaltung des Mindestlohns hin kontrollieren wird. Die zivilrechtliche Frage, ob ein Amateursportler von seinem Verein eine Stundenvergütung von 8,84 EUR verlangen kann, haben jedoch die Gerichte jeweils im konkreten Einzelfall zu entscheiden und dabei zu untersuchen, ob das Spielerverhältnis praktisch als Arbeitsverhältnis gelebt wird. Er riet den Vereinen deshalb, sorgfältig zu prüfen, ob Arbeitsverhältnisse tatsächlich bestehen, und solchen Spielern den gesetzlichen Mindestlohn zu zahlen.

E. Fazit und Ausblick

Der arbeitsrechtliche Gesetzgeber ist erwacht – so viel ist sicher. Deutlich ist allerdings auch geworden, dass er an einigen Stellen noch etwas schlaftrunken unterwegs war und dabei Rechtslagen geschaffen hat, die nicht nur Auslegungsprobleme, sondern auch Fragen der Vereinbarkeit mit Verfassungs- und Europarecht aufgeworfen haben. Ein Abbau des Diskussionsstoffes war jedenfalls auch nach dem gesetzgeberischen Einschreiten in vielen Teilbereichen des Arbeitsrechts nicht festzustellen. Insoweit war die Tagung eine überaus gelungene Möglichkeit, einen weitergehenden Nachbesserungsbedarf zu diskutieren und neue Lösungsansätze zu präsentieren.

Dasselbe soll auch für die nächste Assistent/innentagung gelten, die vom 26. bis zum 28. Juli 2018 in Zürich stattfinden wird. Dort wird das Team um Rahel Nedi, LL.M., und Sarah Hack-Leoni, LL.M., die Tagung unter dem Oberthema „Neue Arbeitsformen im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht“ veranstalten. Sollte die neu zusammengestellte Legislative nicht abermals in einen Winterschlaf fallen, dürfte sie bis dahin für genügend Gesprächsstoff für die Arbeitsrechtswissenschaft sorgen.