



Schriftliche Stellungnahme
Michael Schubert

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 20. Juni 2022 zum
Gesetzentwurf der Bundesregierung
**Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1152 des Europäischen
Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über transparente und vorhersehbare
Arbeitsbedingungen in der Europäischen Union im Bereich des Zivilrechts**
20/1636

Siehe Anlage

Stellungnahme zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1152 - Arbeitsbedingungen-RL (ABRL) – (Stand 02.05.2022) als arbeitsrechtlicher Sachverständiger

*Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht Michael Schubert,
Freiburg, den 08.06.2022,
www.arbeitnehmer-anwaelte.de*

I. Mangelhafte Umsetzung der ABRL - Übersicht

Es ist zu begrüßen, dass die Bundesregierung sich bemüht, noch vor Ablauf der Umsetzungsfrist (31.07.2022) die Umsetzung der ABRL in nationales Recht zu erreichen.

Im vorliegenden Gesetzentwurf sind im Bereich der Nachweispflichten – insbesondere durch vorgeschlagene Änderungen § 2 des Nachweisgesetzes – eine ganze Reihe grundsätzlich korrekter Umsetzungen erfolgt. Hierauf soll in dieser Stellungnahme nicht näher eingegangen werden. Insoweit sei auf die Stellungnahme des DGB-Bundesvorstands - Abteilung Recht – vom 25.04.2022 verwiesen.¹

Entgegen der Behauptung in der Begründung des Gesetzentwurfs (S.19) setzt der vorliegende Entwurf die Vorgaben der ABRL jedoch in ganz wesentlichen Punkten nur mangelhaft oder sogar überhaupt nicht um.²

¹ vgl. näher Stellungnahme des DGB-Bundesvorstands – Abteilung Recht – vom 25.04.2022

² so auch Stellungnahme des DGB-Bundesvorstands a.a.O., S.1, 2 mwN.



ArbeitnehmerAnwälte

Im Arbeitsrecht in Kooperation mit:

■ **Berlin:** dka Rechtsanwälte | Fachanwälte ■ **Bremen:** Dette, Nacken, Ögüt & Kollegen ■ **Dortmund:** Kanzlei für Arbeitsrecht Ingelore Stein ■ **Frankfurt:** (1) Büdel Rechtsanwältin (2) Franzmann, Geilen, Brückmann ■ **Hamburg + Kiel:** Kanzlei Müller-Knapp, Hjort, Wulff, Partnerschaft ■ **Hannover:** Arbeitnehmeranwälte Hannover - Olivia Günter, Annika Wheeler, Svenja Meergans, Christine Matern, Detlef Fricke, Norbert Schuster, Eva Büchele*, Sebastian Stoffregen* ■ **Mannheim:** Dr. Growe & Kollegen ■ **München:** Kanzlei huber, mücke, helm ■ **Münster:** Meisterernst, Düsing, Manstetten ■ **Nürnberg:** Manske & Partner ■ **Offenburg:** Markowski ■ **Stuttgart:** Bartl & Weise ■ **Wiesbaden:** Schütte, Lange & Kollegen – Weitere Informationen: www.arbeitnehmer-anwaelte.de

- So fehlt in § 1 NachwG-E die gem. Art.2 Abs.2 ABRL gebotene Ausdehnung des Geltungsbereichs auf Arbeitnehmer i.S. des **erweiterten unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs** völlig (und in der Begründung fehlt auch jede Befassung damit - vgl. näher IV).
- Völlig unzureichend bzw. völlig fehlend sind auch die erforderlichen und für die praktische Wirksamkeit gerade entscheidenden Regelungen zu den **Durchsetzungsinstrumenten**, also den sog. horizontalen Bestimmungen in Kapitel IV, **Art.15 bis 19 ABRL** (auch hier fehlt in der Begründung die nähere Befassung mit diesen Bestimmungen, vgl. näher V und VIII).
- Mangelhaft sind auch die Umsetzungen der – über die Erweiterung der Unterrichtungspflichten gerade hinausgehenden - Vorgaben aus Kapitel III ABRL –**Mindestanforderungen an die Arbeitsbedingungen** - hier insbesondere zur Probezeit (Art.8 ABRL) , Mehrfachbeschäftigung (Art.9 ABRL) , Vorhersehbarkeit variabler Arbeitsformen (Art. 10 ABRL) und Übergang zu einer sicheren Arbeitsform (Art.12 ABRL) (vgl. näher VII).
- Auch die vorgeschlagenen Regelungen zur Umsetzung von Kapitel II ABRL - gegenüber dem NachwG vom 20.07.1995³ id.F. vom 11.08.2014⁴ geänderter und erweiterter Katalog der **Unterrichtungspflichten** - entsprechen in wichtigen Punkten gerade nicht den grundlegenden Vorgaben der ABRL zur Förderung transparenter und vorhersehbarer Beschäftigung gem. Art. I (1) ABRL und von rechtlich für die Arbeitnehmer durchsetzbaren, wirksamen, angemessenen und abschreckenden Sanktionen bei Verstößen gem. Art, 16, 18 und 19 ABRL. Ein **offenkundiger Verstoß** gegen diese Vorgaben liegt darin, dass in **§ 2 Abs.1 S.2 Nr. 14 NachwG–E** (und analog in § 28 Abs.2 Nr.11 und § 82 Abs.3 Nr.11 SeeArbG-E) – anders als noch im Referentenentwurf - im Anschluss an die richtlinienkonforme Verpflichtung zum **Nachweis der Kündigungsfrist von 3 Wochen** gem. § 4 KSchG ausdrücklich aufgenommen werden soll, dass **auch bei Verstoß gegen diese Nachweispflicht die Wirksamkeit der Kündigung gem. § 7 KSchG** eintreten soll. m.a.W. der Verstoß für den betroffenen Arbeitnehmer folgenlos bleiben soll (hierzu und zu weiteren Verstößen s.u. VI).

³ BGBl.I S. 946

⁴ BGBl.I S. 1348

II. Folgen mangelhafter Umsetzung der ABRL

Die fehlende oder mangelhafte Umsetzung der ABRL zu wesentlichen Komplexen wird voraussehbar zu zahlreichen Verständnis- und Auslegungsproblemen und -streitigkeiten bei den Rechtsanwendern – hier insbesondere ArbeitgeberInnen, ArbeitnehmerInnen, deren RechtsanwältInnen, Gewerkschaften und Arbeitsgerichten – führen. Arbeitsgerichtliche Verfahren zu den betreffenden Komplexen sind zu erwarten bis hin zu Vorlageverfahren und anschließende Vorabentscheidungsverfahren des EuGH gem. Art. 267 AEUV. Der Gesetzgeber ist jedoch gehalten, eben dies durch eine tatsächlich vollständig richtlinienkonforme Gesetzgebung weitgehend zu verhindern. Nur so kann auch das Entstehen ggf. jahrelanger Ungewissheiten für die Rechtsanwender – nicht zuletzt auch die Arbeitgeber - und beträchtlicher staatlicher Mehrkosten durch Arbeitsgerichtsverfahren u.a. vermieden werden.

Insoweit gilt für die Rechtsanwendung (kurz zusammengefasst)

1. Ab Ablauf der Umsetzungsfrist für die ABRL, dem 31.7.2022, gelten die Arbeitnehmerinnen begünstigenden, unbedingten und hinreichend klaren Regelungen der ABRL für den öffentliche Dienst unmittelbar, soweit sie nicht oder nicht korrekt in nationales Recht umgesetzt sind – sog. vertikale Wirkung.⁵ Es gilt dabei der unionsrechtliche – und nicht der wesentlich engere deutsche. – Begriff des öffentlichen Dienstes. Zum öffentlichen Dienst idS. gehören daher nicht nur Bund, Länder, Gemeinden, Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts, sondern auch alle anderen mit hoheitlichen Befugnissen betrauten juristischen Personen, auch wenn sie privatrechtlich organisiert und jedenfalls in Mehrheitsbesitz der öffentlichen Hand sind.⁶ Für diesen gesamten Bereich kann die mangelhafte Umsetzung der ABRL mithin dazu führen, dass die Arbeitsgerichte unmittelbar aus nicht oder mangelhaft umgesetzten ABRL-Bestimmungen betroffenen Beschäftigten Rechtsansprüche zusprechen.

2. Im Verhältnis zu privaten Arbeitgebern müssen die Arbeitsgerichte ab 1.8.2022 die ggf. nicht entsprechend der ABRL geänderten deutschen Gesetze richtlinien- und unionskonform auslegen,⁷ und zwar bis zur Grenze der Auslegbarkeit.⁸ Andernfalls

⁵ Vgl. z.B. *EuGH* 12.7.1990, C188/89, Foster-; Gesamtübersicht zur Rspr. des *EuGH* in HK-ArbR/J.Schubert, 4. Aufl.2017, AEUV Art.45,153,157,267 Rn.36 ff.

⁶ Vgl. z.B. *EuGH* 25.11.2010, C-429/09, Fuß./Stadt Halle.

⁷ Vgl. z.B. *EuGH* 5.10.2004, C-397/04, Pfeiffer; vgl. näher HK-ArbR- J.Schubert, 5.Aufl. 2022, Art.45,153,157,267 AEUV Rn. 31 ff.

⁸ Vgl. z.B. *BAG* 6.11.2008, 2 AZR 523/07, Karmann: unionsrechtskonforme Auslegung von § 2 Abs.4 AGG gegen den Wortlaut („Für Kündigungen gelten ausschließlich die Bestimmungen zum allg. und besonderen Kündigungsschutz“), Diskriminierung als Teil der Sozialwidrigkeitsprüfung gem. § 1 Abs.2 KSchG.

können sie gem. Art. 267 AEUV ein Vorlageverfahren beim EuGH einleiten. Das BAG muss sogar bei Entscheidungsrelevanz ein solches Vorlageverfahren veranlassen.

3. Zudem kommt ein Staatshaftungsanspruch gegen den die RL (hier ABRL) nicht oder nicht vollständig umsetzenden Staat in Betracht.

4. Schließlich kann die Kommission mit einer Feststellungsklage beim *EuGH* gem. Art. 258 AEUV ein Vertragsverletzungsverfahren gegen den EU-Staat einleiten, der seine Umsetzungspflicht nicht oder nicht richtig erfüllt hat. Es besteht die Vollstreckungsmöglichkeit des Art 260 AEUV.

III. Zielsetzung der ABRL

Für die Umsetzung der ABRL in deutsches Recht ist es von entscheidender Bedeutung, ihre Zielsetzung zu verstehen. Der Gesetzentwurf und die Gesetzesbegründung zeigen, dass dies nur unzulänglich geschieht.

Hierzu zusammenfassend:

Die ABRL ist „ein 1. kleiner Schritt, um die Proklamation von Göteborg v. 17.11.2017 zur Europäischen Säule Sozialer Rechte mit konkreten Maßnahmen umzusetzen.“⁹ Der Ausgangspunkt der Proklamation von Göteborg ist: Das Vertrauen der Bürger in die EU lässt sich ohne ernstgemeinte und spürbare Stärkung der sozialen Rechte in Europa nicht erhalten.

Zugleich soll die ABRL den seit der Nachw-RL vom 14.10.1991¹⁰ eingetretenen „tiefgreifenden Veränderungen auf den Arbeitsmärkten“ Rechnung tragen. „Einige neue Arbeitsformen unterscheiden sich erheblich von herkömmlichen Arbeitsverhältnissen im Hinblick auf ihre Vorhersehbarkeit und führen so auf Seiten der Arbeitnehmer zu Ungewissheit bzgl. der geltenden Rechte und des sozialen Schutzes.“¹¹

Das Eingehen der ABRL in verschiedenen Regelungen auf angenommene Flexibilisierungsbedürfnisse „des Marktes“ wurde bereits in der DGB-Stellungnahme vom 26.01.2018 m.E. zu Recht dahingehend problematisiert, dass „die Ausrichtung der RL auf Gewährleistung der Flexibilität des Arbeitsmarkts von der Ermächtigungsgrundlage des Art.153 AEUV nicht gedeckt“ ist.¹² Für die vorliegende Kritik an der mangelhaften Umsetzung der ABRL durch den Gesetzentwurf ist dies jedoch nicht relevant.

⁹ So Stellungnahme des DGB v. 26.1.2018 zu dem Entwurf der EU-RL über transparente und verlässliche Arbeitsbedingungen v. 21.12.2017, www.dgb.de/recht.

¹⁰ ABl.Nr. L 288 S.32

¹¹ So Erwägungsgrund 4 der ABRL.

¹² Stellungnahme des DGB v. 26.1.2018, aaO.

IV. Erweiterter unionsrechtskonformer Arbeitnehmerbegriff

Ausgehend von dieser Zielsetzung, gerade auch Transparenz und Schutz für die in den letzten Jahrzehnten immer mehr zunehmenden neuen, vom herkömmlichen Arbeitnehmerbegriff nicht erfassten Arbeitsformen zu gewährleisten, ist es ein zentrales Anliegen der ABRL, diese Beschäftigten und ihre Arbeitsformen mit zu erfassen. Diese Zielsetzung wird von der EU-Kommission nunmehr mit dem im Dezember 2021 vorgelegten Vorschlag für eine Richtlinie zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit weiterverfolgt.¹³

Dies **übergeht der vorliegende Gesetzentwurf jedoch vollständig** schon dadurch, dass er in § 1 NachwG-E (Anwendungsbereich) die Geltung des Gesetzes „für alle Arbeitnehmer“ unverändert gegenüber dem NachwG a.F. bestehen lässt.

Gem. Art. 1 Abs. 2 ABRL **gelten jedoch die Mindestrechte** – also sowohl gem. Kap.II (Unterrichtung) als auch gem. Kap.III (Mindestanforderungen an die Arbeitsbedingungen) und Kap. IV und V – „für **jeden Arbeitnehmer in der Union**“ „der nach den Rechtsvorschriften, Kollektiv- bzw. TV oder Gepflogenheiten in dem jeweiligen Mitgliedstaat **einen Arbeitsvertrag hat oder in einem Arbeitsverhältnis steht, wobei die Rspr. des Gerichtshofs zu berücksichtigen ist.**“

Hier wird auf den – über § 611a BGB hinausgehenden – **unionsrechtlichen Arbeitnehmer-Begriff gem. ständiger EuGH-Rechtsprechung** im Sinne einer inkorporierten Auslegungsschranke für das einzelstaatliche Recht verwiesen.¹⁴ Es kommt danach nicht auf einen Arbeitsvertrag an und nicht auf feste Eingliederung in eine Arbeitsorganisation in persönlicher Abhängigkeit. Ausreichend ist Leistungserbringung nach Weisung auf bestimmte Zeit mit Vergütung als Gegenleistung – wobei stets eine Gesamtwürdigung erforderlich ist.¹⁵

¹³ Vgl. Pressemitteilung der EU-Kommission vom 09.12.2021 „Vorschläge der Kommission zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen von Menschen, die über digitale Arbeitsplattformen arbeiten.“

¹⁴ So *Schneider-Dörr*, Die neue RL 2019/1152 und die P2B-O 2019/1150 – ein Dilemma für Crowdwork, AuR 2020, 358 (359) ; ebenso *Henssler/Pant*, Europäisierter AN-Begriff – Regulierung der typischen und atypischen Beschäftigung in Deutschland und der Union, RdA 2019,321 (328).

¹⁵ Vgl. schon *EuGH* 14.12.1989, C-3/87, Agegate-; 26.3.2015, C-316/13, Fenoll; 20.11.2018, C 147/17, Sidicatul Familia Constanta u.a.; 11.4.2019.C -254/18, Syndicat des cadres de la securite interieur, AuR 2020, 34 (Anm. *Buschmann*).

Erfasst werden nicht nur Beamte,¹⁶ GmbH-Fremdgeschäftsführer, Praktikanten, behinderte Menschen in Werkstätten und DRK-Schwestern, sondern u.U. auch **„Arbeitnehmer, die auf Abruf, intermittierend, auf der Grundlage von Gutscheinen und auf Online-Plattformen beschäftigt sind.“** (Erwägungsgrund 8 der ABRL).

Zwar kommt bei digitalen Arbeitstätigkeiten über eine Plattform bei genauer Untersuchung der von dieser strukturierten Arbeitsvorgaben nicht selten auch schon ein Arbeitnehmer-Status gem. § 611a BGB in Betracht – wie aus der sorgfältigen Analyse der Wirkungsweise der Plattform bei einem mit kontinuierlicher Durchführung einer Vielzahl von Kleinstaufträgen befassten Crowdworke im Urteil des BAG v. 1.12.2020 ersichtlich.¹⁷

In der Literatur wird jedoch davon ausgegangen, dass – anders noch als gem. § 1 NachwG¹⁸ – nunmehr gem. Art. 1 Abs.2 ABRL für alle in der ABRL geregelten Rechtsansprüche der unionsrechtliche Arbeitnehmer-Begriff auch bei der Umsetzung in nationales Recht zugrunde zu legen ist, der die Erfassung eines deutlich größeren Spektrums angeblich selbständiger Tätigkeiten ermöglicht.¹⁹

Wichtig ist, dass die ABRL nun auch für bestimmte Aspekte des Kündigungsschutzrechts Mindestrechte der Arbeitnehmer festlegt – also für Arbeitnehmer iSd. Art.1 Abs.2 ABRL. Es wird daher zunehmend schwierig, sich -wie das Bundearbeitsgericht - weiterhin für das Kündigungsschutzrecht auf einen nationalen Arbeitnehmer-Begriff „einzuigeln“. ²⁰

¹⁶ Vgl. zur Subsumtion von Beamten unter den AN-Begriff gem. RL 2003/88/EG, Arbeitszeit-RL, *EuGH* 11.4.2019, C 254/18, *Syndicat des cadres*; 21.2.2018, C-518/15, *Matzak*, *AuR* 2018, 205 (Anm. *Buschmann*).

¹⁷ Vgl. *BAG* 1.12.2020, 9 AZR 102/20; vgl.– trotz Verweis auf unionsrechtlichen AN-Begriff, *EuGH* 22.4.2020, C-692/19, *Yodel Delivery Network Ltd.*: Annahme einer selbständigen Tätigkeit wegen angeblicher weiter Entscheidungsspielräume (kein bestimmter Zeitpunkt zur Auftragsausführung, Vertretungs-, Weitergabe- und Ablehnungsrecht, Fehlen von Nebenbeschäftigungs- und Wettbewerbsverboten) ohne Befassung mit der Wirkungsweise der Plattform; zur Kritik vgl. *Gruber-Risak*, AN-Begriff in der Gig-Economy, *AuR* 2020, 524 ; *Schmidt*, Unionsrechtlicher AN-Begriff in der Plattformökonomie, *NZA* 2021,1232 ; zum AN-Begriff bei plattformbasierter Arbeit, vgl. auch *Schneider-Dörr*, *AuR* 2020, 358; *Achleitner*, Plattformbasierte Arbeit als Herausforderung, der EU – Handlungsperspektiven und aktuelle Initiativen der Union, *ZESAR* 2020, 363.

¹⁸ Vgl. *ErfK/Preis*, 22. Aufl. 2022, § 1 NachwG Rn. 5 d) zur bisherigen Fassung des NachwG: nat. AN-Begriff gem. § 611a BGB.

¹⁹ Vgl. *ErfK/Preis* aaO. Rn. 5a; *Preis/Morgenbrodt*, Fn: 15 (Teil I), *ZESAR* 2020,251; *Maul-Sartori*, Fn. 15, *NZA* 2019,1161 (1162); *Kreßel*, Fn. 15, *ZfA* 2021,312; *HK-ArbR/Schmitt*, 5. Aufl. 2022, § 1 KSchG Rn. 5a ; einschränkend hinsichtlich selbständiger Tätigkeit: *Rolfs*, Fn. 15, *ZfA* 2021, 283; *Picker*, Die neue Arbeitsbedingungenrichtlinie: Mehr als (nur) Transparenz wagen, *ZEuP* 2020, 305.

²⁰ So abermals ausdrücklich *BAG* 27.4.2020, 2 AZR 540/20, unter Berufung auf fehlenden Unionsrechtsbezug des Kündigungsschutzrechts, vgl. dag. Art. 30 EU-GRC und Art.153 (1) lit.d – Unterstützung und Ergänzung der Tätigkeit der MS auch bei „Schutz der AN bei Beendigung des Arbeitsertrags“,

In der Konsequenz müsste das zu unterschiedlichen Arbeitnehmer-Begriffen für die erforderlichen Neuregelungen in § 1 Abs.1 und § 4 KSchG (s.u. VI und VII) und für andere Bestimmungen des KSchG führen (wobei allerdings für §§ 17,18 KSchG ohnehin schon der unionsrechtliche Arbeitnehmer-Begriff iSd. RL 98/59/EG – Massenentlassungsrichtlinie²¹ – heranzuziehen ist²²).

V. Gewährleistung effektiver Rechtsdurchsetzung als Maßstab für die Umsetzung der ABRL

Bevor auf Umsetzungsdefizite des Gesetzentwurfs zu Kapitel II bis IV ABRL noch im Einzelnen eingegangen wird, sollen zunächst die grundsätzlichen Maßstäbe hierzu nach Unionsrecht – insbesondere nach der EuGH-Rechtsprechung – und nach innerstaatlichen Zivil- und Zivilprozessrecht kurz dargestellt werden.

1. In den Bestimmungen des Kap.IV ABRL – horizontale Bestimmungen – u.a. Art. 16 –Anspruch der Arbeitnehmer auf Abhilfe - , Art.15 – Beweisvermutungen - und Art.19 – Sanktionen – ist die Verpflichtung des nationalen Gesetzgebers festgehalten, Arbeitnehmern bei Verletzung ihrer Rechtsansprüche aus der ABRL –Unterrichtungsansprüche und Mindestanforderungen an die Arbeitsbedingungen - ihre individuelle Rechtsdurchsetzung u.a. durch Beweisvermutungen und materielle Rechtsansprüche zu gewährleisten. Dies ist eine Konkretisierung des im Völkerrecht. insbesondere aber auch im Unionsrecht anerkannten und in Art. 4(3) EUV (Vertrag über die Europäische Union idF des Vertrags von Lissabon)²³ ausdrücklich verbürgten Rechtsgrundsatzes des „effet utile“.Dieser Rechtsgrundsatz des „effet utile“ ist vom EuGH in ständiger Rechtsprechung in zahlreichen Entscheidungen ausgeformt worden.²⁴

Schon diesen Anforderungen genügt der Gesetzentwurf in keiner Weise, in dem er als Sanktion bei Verletzung der Unterrichtspflichten lediglich OWi-

allerdings besteht sekundärrechtlich bislang nur RL 98/59/EG idFv. Art.4 der ÄndRL 2015/1794/EU (MERL).

²¹ ABl.Nr. L 225 S.16

²² Vgl. Däubler/Deinert/Zwanziger- *Callsen*, Kündigungsschutzrecht-Kommentar, 11. Aufl. 2020, § 17 KSchG, Rn.1,11.

²³ ABl.Nr. C 306,S.1; ABl.2008 Nr. C 111 S.56, abL:“==) Nr: C 290 S.1; ABl.2011 Nr. C 378 S.3

²⁴ Vgl. z.B. EuGH vom 17.09.2002 RS.C 253/00; vgl. auch DGB-Stellungnahme vom 25.04.2022, S.14

Verfahren mit möglichen Bußgeldern vorsieht (§ 4 NachwG-E). Nicht nur werden solche Verfahren bekanntlich äußerst selten eingeleitet. Vielmehr kommen die Bußgelder lediglich der Staatskasse zugute. Durchsetzbare Rechtsansprüche für geschädigte Arbeitnehmer fehlen dagegen im Gesetzentwurf.

2. Zudem ergibt sich auch aus schuldrechtlichen und zivilprozessualen Grundsätzen und aus dem Transparenzgebot (Art. I (1) ABRL) dass Rechtsansprüche für Arbeitnehmer, denen gegenüber Arbeitgeber ihre vertraglichen Unterrichtungspflichten und ihre Pflichten aus Kapitel III ABRL verletzen, im Gesetz geregelt werden müssen.

Mangels entsprechender Regelungen im NachwG a.F. hat das BAG hierzu eine ständige Rechtsprechung zur erleichterten Beweisführung (ohne seinerzeit eine Art: 15 ABRL entsprechende Vermutungsregelung) und zur Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen entwickelt

Dieses Schutzkonzept gem. ständiger BAG-Rechtsprechung bei Verstößen gegen die Nachweispflicht nach dem NachwG a.F. (insbes. bei Nichtunterrichtung über Ausschlussfristen) beinhaltet folgende Rechtsfolgen:²⁵

- a) Erfüllungsanspruch und Zurückbehaltungsrecht mit der Arbeitsleistung (§ 273 BGB) bei nicht erfolgtem, nicht vollständigem und/oder nicht richtigem Nachweis bzw. Nachweisänderungen gem. §§ 2, 3 NachwG ggf. iVm. Entschädigungsanspruch gem. § 61 Abs.2 S.1 ArbGG, Maßregelungsverbot § 612 a BGB (so nun auch Art. 17 ABRL).
- b) Schadensersatzanspruch aus Verzugsschaden bei nicht rechtzeitigem/falschem Nachweis, §§ 280, 286 Abs. 2 Nr. 1, 249 BGB, bei adäquater Kausalität des Schadens (Vermutung aufklärungsgemäßen AN-Verhaltens)²⁶ (nunmehr Art. 16 und 19 ABRL).
- c) Umkehr der Darlegungs- und Beweislast, jedenfalls aber erhebliche Beweiserleichterung, es genügt zunächst Indizienvortrag des AN, pauschales Bestreiten des AG genügt nicht.²⁷ Nunmehr müsste gem. Art. 15 (2) ABRL eine widerlegbare Beweislastumkehr gesetzlich geregelt werden.

An dieses Schutzkonzept könnte und müsste im Gesetz zur Umsetzung der ABRL angeknüpft und es entsprechend Art. 15 ff ABRL weiterentwickelt werden.

²⁵ Vgl. näher HK-ArbR/M.Schubert, 5. Aufl. 2022, § 2 NachwG Rn. 23 ff. mwN; ErfK/Preis, § 2 NachwG, Rn.36 ff. mwN.

²⁶ Vgl. BAG 30.10.2019, 6 AZR 456/18-; BAG 20.6.2018, 4 AZR 235/15; BAG 17.4.2002, 5 Sa 89/01.

²⁷ Vgl. zB. LAG Köln 27.6.2019, 6 Sa 149/19.

VI. Unterrichtungspflichten (Kap. II ABRL) – mangelhafte Regelungen im Einzelnen

- 1. In **§ 2 Abs.1 S.1 und 4 NachwG-E** sollte (statt dem vorgeschlagenen unpraktikablen Modell der Unterrichtung zu drei verschiedenen Zeitpunkten) eine **einheitliche Unterrichtung spätestens am ersten Tag der Arbeitsleistung** vorgesehen werden. Alle erforderlichen Informationen gem. § 1 Abs.1 S. 2 NachwG-E – gerade auch die zu Kündigungsfristen oder für das Arbeitsverhältnis geltenden Tarifverträgen - sind dem Arbeitgeber ohnehin bei Einstellung bekannt. Die Zurückhaltung von Informationen ggf. bis zu einem Monat seit Beginn des Arbeitsverhältnisses kann insbesondere bei prekären Beschäftigungsverhältnissen zu Missbrauch führen.²⁸

- 2. **§ 2 Abs.1 S. 2 Nr. 8 NachwG-E** entspricht insoweit nicht Art. 4 (2) lit I) ABRL (betr. völlig oder größtenteils vorhersehbare Arbeitsmuster) als nicht auch die **Länge des Standardarbeitstages** oder der Standardarbeitswoche aufgenommen wurde. Dies ist jedoch von wesentlicher Bedeutung für den Arbeitnehmer für die Erkennbarkeit von Überstunden und auch für die Mitbestimmung des Betriebsrats (gem. § 87 Abs.1 Nr. 2. und 3. BetrVG) und des Personalrats bei der Dienstplanung bzw. deren Änderung. Die große praktische Bedeutung liegt gerade in Deutschland angesichts der ausufernden Überstunden, davon die Hälfte weder bezahlt noch durch Freizeit ausgeglichen, auf der Hand.²⁹ Zusätzlich muss – über die Voraussetzungen für Schichtänderungen hinaus – die Nachweispflicht auch auf die **Voraussetzungen von Dienstplanänderungen** erstreckt werden.³⁰

- 3. Auch **§ 2 Abs.1 S.2 Nr.9 NachwG-E** enthält keine den Anforderungen von Art.1 (2) und Art.4 (2) lit m) ABRL (betr. völlig oder größtenteils unvorhersehbare Arbeitsmuster) genügende Regelung. Dies schon deshalb nicht, weil sie sich auf Arbeitnehmer gem. **§ 12 TzBfG** (Arbeit auf Abruf) beschränkt. **Nicht erfasst werden damit die zahlreichen anderen Arbeitnehmer i.S. des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs** (s. schon IV), die typischerweise, z.B. in digitaler Plattformarbeit, in größtenteils unvorhersehbaren Arbeitsmustern arbeiten.

²⁸ So auch Stellungnahme des DGB-Bundesvorstands vom 25.04.2022, S. 3

²⁹ Allein für 2018 wurden nach einer Untersuchung des IAB der Bundesagentur für Arbeit in Deutschland über 2 Milliarden Überstunden erfasst, davon die Hälfte weder bezahlt noch durch Freizeit ausgeglichen. Zudem wurden – entgegen dem Urteil des EuGH vom 14.05.2019 – Rs.C 55/19 – CCOO/ Deutsche Bank SAE - nur bei 47% der Arbeitnehmer die Arbeitszeiten durch den Arbeitgeber betrieblich erfasst

³⁰ So auch Stellungnahme des DGB-Bundesvorstands vom 25.04.2022, S.3 und 5

4. Die in **§ 2 Abs.1 S.2 Nr. 14 NachwG-E** neu aufgenommene Unterrichtspflicht zum bei der Kündigung des Arbeitsverhältnisses von Arbeitgeber und Arbeitnehmer einzuhaltenden Verfahren, mindestens das Schriftformerfordernis (§§ 623, 126 BGB), die Kündigungsfristen (§ 622 BGB) und die **Frist für die Erhebung der Kündigungsschutzklage (§ 4 KSchG** – drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung) ist richtlinienkonform³¹ und angesichts der praktischen Bedeutung besonders wichtig.

Einen **offensichtlichen Verstoß gegen die ABRL** stellt dagegen der 2.Halbsatz dar, wonach die **Wirksamkeit der Kündigung gem. § 7 KSchG** (nach Ablauf der Dreiwochenfrist) **auch bei einem nicht ordnungsgemäßen Nachweis der Klagefrist** eintreten soll. Denn, wie dargelegt (oben V), muss durch das Gesetz gerade gewährleistet werden, dass Verstöße gegen Unterrichtspflichten Rechtsansprüche für den davon betroffenen Arbeitnehmer auslösen. Und auch schuldrechtlich müssen Verstöße gegen vertragliche Pflichten Erfüllungs- und/oder Schadensersatzansprüche (diese vorrangig i.S. der Naturalrestitution) bewirken - bei Unterrichtsverstößen auf der Basis der Annahme aufklärungsgemäßen Arbeitnehmergehaltens (wäre der Arbeitnehmer über die Klagefrist unterrichtet worden, hätte er fristgemäß Klage erhoben).

Die adäquate Regelung i.d.S. wäre eine **Ergänzung in § 4 KSchG**, dass der **Beginn der Dreiwochenfrist** für die Kündigungsklage neben dem Zugang der Kündigung in Schriftform **auch die Unterrichtung durch den Arbeitgeber über die Klagefrist des § 4 KSchG gem. § 2 Abs.1 S.2 Nr. 14 NachwG-E** voraussetzt, mindestens aber die Nachholung dieser Unterrichtung im Kündigungsschreiben.³² Zusätzlich sollte sich die Unterrichtspflicht auch noch auf das Schriftformerfordernis bei Auflösungsverträgen (§ 623 BGB), die erforderliche Beteiligung des Betriebs- bzw. Personalrats (§ 102 BetrVG bzw. § 79 BPersVG) und die dreiwöchige Klagefrist bei Befristungen gem. **§ 17 TzBfG** erstrecken. Letzteres erscheint schon wegen des Diskriminierungsverbots von befristet Beschäftigten gem. § 4 Abs.2 TzBfG geboten.³³

- **5.** Die dem bisherigen § 2 Abs.1 S.2 Nr.10 NachwG (bis auf die noch hinzugefügten kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen) entsprechende Regelung in **§ 2 Abs. 1 S.2 Nr.15 NachwG-E** („ein in allgemeiner Form gehaltener Hinweis auf die auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Tarifverträge...“) ist - zumal auf dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung zu § 2 Abs.1 S.2 Nr. 10 NachwG – **nicht ausreichend**. Es muss demgegenüber entsprechend Art. 4 (2) lit n) iVm. Art. 1 (1) ABRL (Förderung transparenter und vorhersehbarer Beschäftigung) aus-

³¹ Vgl. auch Erwägungsgrund (18) ABRL; ebenso: Erfurter Kommentar- Preis, 22.Aufl. 2022, § 1 NachwG Rn 5b, Maul-Sartori,a.a.O., NZA 2019, 1161 (1165)

³² Ähnlich auch Stellungnahme des DGB vom 25.04.2022, S,5

³³ So auch Stellungnahme des DGB vom 25.04.2022, S.4,5

drücklich geregelt werden, dass (zumindest) die auf das Arbeitsverhältnis **anzuwenden Tarifverträge konkret angegeben werden müssen**, dh. mit genauer namentlicher Bezeichnung, abschließenden Tarifparteien, Datum, ggf. dem Zusatz „in jeweils gF.“ (zu späteren Änderungen s. auch § 3 S.2 NachwG).

Die bisherige Rechtsprechung des BAG und vieler LAG hierzu – schon bislang zutreffend als mit Art.2 (2) lit.j) NachwRL (91/533/EWG) unvereinbar kritisiert³⁴ - ist nicht mehr haltbar. Danach sollen nämlich Formulierungen genügen wie: „Für das Arbeitsverhältnis gelten die für den AG geltenden Tarifverträge in der jeweils gültigen Fassung, soweit im Folgenden nichts anderes vereinbart ist“³⁵ oder: „Im Übrigen gelten die gesetzlichen und tariflichen Bestimmungen“ – dies als angeblich ausreichende „globale zeitdynamische TV-Verweisung“³⁶ Von Transparenz für den Arbeitnehmer kann hier ersichtlich keine Rede sein. Für Arbeitgeber, die selbstverständlich wissen, welche Tarifverträge etc. in ihrem Betrieb gelten, ist es ohne Weiteres möglich, diese konkret nachzuweisen.

Zudem erscheint im Hinblick auf Art. 3 iVm. Art. 5 (3) ABRL (Bereitstellung von Informationen) geboten eine Verpflichtung für den Arbeitgeber zu regeln, den Arbeitnehmern jedenfalls **elektronischen Zugang zu den für das Arbeitsverhältnis geltenden Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen pp.** zu gewährleisten. Zusätzlich sollte die Bekanntgabepflicht des Arbeitgebers gem. **§ 8 TVG mit einer gesetzlichen Schadensersatzpflicht bei Verstoß** versehen werden.

Diese zusätzlichen Regelungen sind auch deshalb geboten, weil sonst ausgerechnet Arbeitnehmer, auf deren Arbeitsverhältnisse Tarifverträge Anwendung finden, wegen der Verweisungsmöglichkeit auf tarifliche Regelungen gem. § 2 Abs.4 S. 1 NachwG-E (zu den sonst im Nachweis erforderlichen Angaben gem. § 2 Abs.1 S.2 Nr. 6 bis 8 und 10 bis 14) gegenüber Arbeitnehmern in Arbeitsverhältnissen ohne Tarifbezug schlechter gestellt werden.

6. Zusätzlich ist – auch nach den Erfahrungen mit zahlreichen Arbeitsrechtsstreiten zu dieser Frage (vgl. V.2.) - geboten, ausdrücklich die

³⁴ Vgl. ErfK/Preis, § 2 Rn.22 mwN.; HK-ArbR/M.Schubert, 5. Aufl. 2022, § 2 NachwG Rn.13; Lörcher, AuR 1994, 454; differenzierend Frantzen/Gallner/Oetker/Kolbe, Kommentar zum Eur. Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2020, RL 91/533/EWG Art. 2, Rn. 56; so hinreichende Konkretisierung, zB. nach Branche, erforderlich, dass der AN die für ihn geltenden Regelungen erkennen kann

³⁵ So BAG 20.6.2018, 7 AZR 689/16, AuR 2018, 577.

³⁶ So LAG Baden-Württemberg 17.9.2020, 17 Sa 6/20.

Unterrichtung über eine einzelvertragliche oder tarifliche Ausschlussfrist in den Katalog des § 2 Abs.1 S.2 NachwG aufzunehmen.

Bei Ausschlussfristen handelt es sich unzweifelhaft um **wesentliche Vertragsbedingungen i.S. § 2 Abs.1 S.1 NachwG**³⁷. Aus Art.4 (1) und (2) S.1 ABRL ergibt sich, dass auch der jetzige erweiterte Nachweiskatalog in Art.4 (2) ABRL nicht abschließend ist. Die Ausschlussfristen als arbeitsrechtliche Besonderheit mit materiellrechtlicher Wirkung (d.h. z.B. sehr hohe an sich berechnete Nachzahlungsansprüche sind bereits nach kurzer Zeit wegen nicht rechtzeitiger Geltendmachung verfallen) haben eine außerordentlich große praktische Relevanz.

Nicht (mehr) haltbar ist die bisherige Rechtsprechung, wonach bei allgemeinem Tarifvertragsnachweis (selbst bei derartig vagen Hinweisen wie oben 5. dargestellt.) kein eigener Nachweis auf eine dortige Ausschlussfrist erforderlich sein soll.³⁸ Dies war schon bisher verfehlt, weil die Ausschlussfrist als wesentliche Vertragsbedingung gerade nicht zu den Vertragsbedingungen gehört, deren Angabe durch Tarifvertrags-Verweis gem. § 2 Abs.3 NachwG ersetzt werden können.³⁹ Auch gem. Art. 4 (3) ABRL ist ein solcher Tarifvertrags-Verweis für Ausschlussfristen gerade nicht möglich.

- **7 . Die Umsetzung von Art.7 ABRL in § 2 Abs.2 und 3 NachwG-E betr. Auslandseinsatz** ist insoweit bedenklich, als ohne Weiteres (formal Art.7 ABRL entsprechend) der spezifische Unterrichtsanspruch erst bei Einsatz in mehr als 4 aufeinanderfolgenden Wochen bestehen soll. Es ist nicht nachvollziehbar, warum die betr. **Unterrichtung nicht auch bei kürzerem Auslandseinsatz** erfolgen muss – wobei eine Abgrenzung zu einer bloßen Dienstreise durchaus möglich ist. Das Hinausschieben der Unterrichtungspflicht bei – praktisch immer relevanter werdenden – Auslandseinsätzen birgt das Risiko von Benachteiligungen für die Arbeitnehmer gerade in einem für sie unbekanntem Umfeld und zudem von Umgehungsstrukturen (Einteilung in Einsatzabschnitte jeweils unter vier Wochen).⁴⁰

³⁷ So auch ausdrücklich BAG vom 30.10.2019 - 6 AZR 465/18 - ; ebenso ErfK-Preis, § 2 NachwG Rn.8 mwN.; HK-ArbR- M.Schubert, § 2 NachwG Rn 4

³⁸ Vgl. zB. BAG 23.1.2002, 4 AZR 56/01.

³⁹ Vgl. ErfK/Preis, § 2 NachwG Rn.25 mwN.; HK-ArbR/M.Schubert, 5. Aufl. 2022, § 2 NachwG, Rn.14; Maul-Sartori, Ausschlussfristen aus TV: Verlangt das NachwG einen allg. Hinweis, einen qualifizierten Hinweis oder doch deren Wiedergabe? RdA 2021, 171; in diese Richtung nun auch BAG 30.10.2019, 6 AZR 465/18, allerdings zu einer kirchlichen Arbeitsrechtsregelung; aA. Litschen, Ausschlussfrist – neue Gefahren bei der rechtlichen Ausgestaltung, öAT 2020, 92.

⁴⁰ So auch Stellungnahme des DGB v. 25.04.2022, S.5

VII. Mangelhafte Umsetzung zu neuen Mindestarbeitsbedingungen gem. Kap.III ABRL

1. Höchstdauer einer Probezeit (Art.8 ABRL): Hierzu enthält der Gesetzentwurf nur den Vorschlag eines neuen **§ 15 Abs.3 TzBfG-E**, in dem lediglich vage geregelt werden soll, dass bei Vereinbarung einer Probezeit für ein befristetes Arbeitsverhältnis diese „im Verhältnis zu der erwarteten Dauer der Befristung und der Art der Tätigkeit stehen“ muss. Hier wäre i.S. der Rechtssicherheit eine dahingehende Ergänzung erforderlich, dass die Probezeit höchstens $\frac{1}{4}$ der vereinbarten Befristungsdauer betragen darf (d.h. z.B. bei Befristung auf ein Jahr höchstens 3 Monate). Diese **Umsetzung zu Art.8 (2) S.1 ABRL ist bereits unzureichend**. Zudem **setzt der Gesetzentwurf weder Art.8 (1) ABRL** (Probezeit nicht länger als 6 Monate) , **noch Art.8 (2) S.2 ABRL** (bei Vertragsverlängerung für dieselbe Funktion und dieselben Aufgaben keine neue Probezeit) **um**.

Auch für **§ 622 Abs.3 BGB (auf 2 Wochen abgekürzte Kündigungsfrist bei vereinbarter Probezeit, längstens für 6 Monate), § 1 Abs.1 KSchG (kündigungsschutzrechtliche Wartezeit von generell 6 Monaten) und § 14 Abs.1 S.2 Nr. 5 TzBfG (Sachgrundbefristung zur Erprobung)** sind **Gesetzesänderungen** aufgrund von Art.8 ABRL **erforderlich**. Insoweit ist nämlich davon auszugehen, dass der in der ABRL verwendete **unionsrechtliche Probezeitbegriff** – wie sich auch aus Erwägungsgrund (27) ABRL ergibt (funktionaler Probezeitbegriff) - neben § 622 Abs. 3 BGB auch die Probezeitbefristung in § 14 Abs.1 Nr. 5 TzBfG und die Wartezeit in § 1 Abs.1 KSchG umfasst.⁴¹ Für auf kürzere Zeiten befristete Arbeitsverhältnisse müssen demnach durch entsprechende Gesetzesänderungen die Fristen in § 623 Abs.3 BGB (längstens 6 Monate) und § 1 Abs.1 KSchG (6 Monate) verkürzt werden, z.B. bei Befristung auf 1 Jahr auf 3 Monate.⁴² Sinnvoll ist auch hier – und ebenfalls in § 14 Abs.1 S.2 Nr. 5 TzGfG - eine eindeutige gesetzliche Regelung, dass die Probezeit bzw. Wartezeit bei befristeten Arbeitsverhältnissen $\frac{1}{4}$ bzw. höchstens $\frac{1}{4}$ der vereinbarten Befristungsdauer beträgt.

⁴¹ Vgl. eingehend *Maul-Sartori*, Die Probezeitvorschrift der ABRL: Unionsrechtliche Eingrenzung von Erprobungsbefristung und kündigungsschutzrechtlichen Wartezeiten, AuR 2020, 203; *Stiegler*, Probezeit – Neujustierung durch die „ABRL“, DB 2020, 2577; *ders.*, Das Ende der Wartezeit des § 1 Abs.1 KSchG?, BB 2020, 2617; *Preis/Morgenbrodt*, Die ABRL 2019/1152/EU, Inhalt, Kontext und Folgen für das nat. Recht (Teil II), ZESAR 2020, 409.

⁴² Vgl. Vorschläge im EU-Parlament, A 8-9355/2018 Änderungsantrag 91.

In § 14 Abs.1 S. 2 Nr. 5 TzBfG und auch in § 622 Abs.3 BGB muss zudem – entsprechend Art.8 (1) ABRL (der sich nicht lediglich auf befristete Arbeitsverhältnisse bezieht) - klargestellt werden, dass eine Befristung zur Erprobung für höchstens 6 Monate erfolgen darf.

Zutreffend wird in der Stellungnahme des DGB-Bundesvorstandes vom 25.04.2022 zudem darauf hingewiesen, dass die ABRL keine Ausnahme für Kleinbetriebe i.S. § 23 Abs.1 S.2 bis 4 KSchG vorsieht, sodass (spätestens) nach 6 Monaten auch für Arbeitnehmer in solchen Betrieben kündigungsschutzrechtliche Sicherheit zu gewährleisten wäre.⁴³

2. Mehrfachbeschäftigung (Art. 9 ABRL): Ein Änderungserfordernis – wohl sinnvollerweise durch eine gesetzliche Regelung in der GewO – ergibt sich hinsichtlich Mehrfachbeschäftigungen von Arbeitnehmern aus Art. 9 ABRL, nämlich : Grundsätzliche Unzulässigkeit der Untersagung von Mehrfachbeschäftigung und der Benachteiligung deswegen, Einschränkung von Unvereinbarkeitsbestimmungen auf objektive Gründe.⁴⁴ Hierzu findet sich keine Umsetzung im Gesetzentwurf. Eine entsprechende gesetzliche Regelung für das laufende Arbeitsverhältnis besteht bislang nicht, lediglich einschlägige Rechtsprechung und Literatur, die insbesondere aus Art.12 Abs.1 GG ein generelles Nebentätigkeitsverbot verneint.⁴⁵

3.Mindestvorhersehbarkeit der Arbeit (Art.10 ABRL): Auch hier genügt der Gesetzentwurf mit der lediglich vorgeschlagenen Änderung von § 12 Abs.3 TzBfG (Arbeit auf Abruf) nicht den Umsetzungserfordernissen.

Zunächst entspricht auch hier die Einschränkung auf Arbeitnehmer auf Abruf i.S. § 12 TzBfG nicht den Anforderungen der ABRL hinsichtlich der zu schützenden Arbeitnehmer i.S. des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs (vgl. schon IV. und Vi.3.). Gerade auch z.B. für typischerweise nach größtenteils unvorhersehbaren Arbeitsmustern eingesetzte Plattformbeschäftigte muss ein Schutz gem. Art.10 ABRL gewährleistet werden.

⁴³ So Stellungnahme des DGB-Bundesvorstandes vom 25.04.2022, S. 11

⁴⁴ Vgl. *Lentz*, Der multiple AN: Ausnahme oder neuer Regelfall? Mehrfacher Arbeitsverhältnisse im Lichte aktueller Entwicklungen, *ArbRB* 2021, 153; *Maul-Sartori*, Fn. 15, *NZA* 2019, 1161 (1167): keine unbedingte Verschärfung gegenüber der jetzigen dt. Rechtslage (vgl. Art. 12 GG, § 307 BGB), aber gesetzliche Konkretisierung für Rechtssicherheit und Transparenz geboten.

⁴⁵ Vgl. z.B. BAG v. 26.08.1976 -2 AZR 877/75 - ; BAG v.19-04-2007 – 2 AZR 180/06 - ; *Däubler/Deinert/Zwanziger-Däubler*, *KSchR-Kommentar*, 11.Aufl.2020, § 626 BGB Rn. 183

Aber auch für Arbeitnehmer auf Abruf gewährleistet § 12 Abs.3 TzBfG-E keine den Anforderungen der ABRL genügenden Rechtsansprüche. Das **Leistungsverweigerungsrecht gem. Art.10 (2) ABRL** müsste auch auf die Fälle der fehlenden Vereinbarung der Referenztage und –stunden und nicht nur auf die Fälle der Nichteinhaltung der vorab vereinbarten Referenztage und –stunden erstreckt werden. Zudem muss vorab bei bestimmten Referenztagen und –stunden gewährleistet werden, dass diese nicht kurzfristig – insbesondere auch nicht zugleich mit dem Abruf – einseitig durch den Arbeitgeber geändert werden dürfen.⁴⁶ Entsprechend Art.10 (2) 2.HS (kein Nachteil für Arbeitnehmer bei Verstoß gegen Einsatz an Referenztagen und –stunden) und (3) ABRL muss **zusätzlich in § 12 TzBfG ein Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers und ein eigenständiger Schadensersatzanspruch bei Nichteinhaltung der Abruffrist und/oder der Referenztage/stunden** geregelt werden..⁴⁷

4. Übergang zu einer anderen Arbeitsform (Art. 12 ABRL): Die hierzu im Gesetzentwurf vorgesehenen Regelungen in einem neuen § 13a Abs.2 AÜG-E (für Leiharbeitnehmer), in einem neuen § 7 Abs.3 TzBfG-E (für Teilzeitarbeitnehmer) und in einem neuen § 18 Abs.2 TzBfG (für befristet beschäftigte Arbeitnehmer) sind unzulänglich.

Hinsichtlich der auch hier vorliegenden nicht der ABRL entsprechenden Beschränkung auf die drei Arbeitnehmergruppen (Leiharbeitnehmer, Teilzeitarbeitnehmer, befristet beschäftigte Arbeitnehmer) wird auf VII.3. und IV verwiesen.

Aber auch für die drei genannten Arbeitnehmergruppen sind die vorgeschlagenen Regelungen nicht ausreichend, um für diese effektiv einen Zugang zu einem Arbeitsverhältnis zum Entleiher bzw. zu Aufstockung der Arbeitszeit bzw. zu einem unbefristeten Arbeitsverhältnis zu ermöglichen (zu diesem Inhalt des Übergangs zu einer „sicheren Arbeitsform“ vgl. Erwägungsgrund (36) ABRL). Erforderlich sind vielmehr die **Ergänzung/Korrektur der betr. gesetzlichen Regelungen** wie folgt:

- Verpflichtung des Arbeitgebers im Falle der Ablehnung des Wunsches des Arbeitnehmers dies schriftlich substantiiert innerhalb der Monatsfrist zu begründen – im Falle eines Aufstockungswunsches eines Teilzeitarbeitnehmers unter Wahrung der Voraussetzungen des § 9 TzBfG

⁴⁶ So auch Stellungnahme des DGB-Bundesvorstands vom 25.04.2022, S.9

⁴⁷ Vgl. *Maul-Sartori*, Fn. 15, NZA 2019, 1161 (1166); *Preis/Morgenbrodt*, Fn. 43(Teil II), ZESAR 2020,409; *ErfK/Preis*, 22.Aufl. 2022, § 1 NachwG, Rn. 5c.

- Klarstellung, dass nur dann, wenn eine solche begründete Ablehnung erfolgt ist und sich die betrieblichen Verhältnisse seither nicht geändert haben, bei erneuter Wunschäußerung des Arbeitnehmers innerhalb von 12 Monaten eine mündliche Erörterung genügt (§ 18 Abs.2 S.2 TzBfG-E setzt nach seinem Wortlaut dagegen noch nicht einmal eine vorherige begründete Ablehnung voraus).
- Regelung, was bei Nichteinhaltung dieses Verfahrens geschieht. Naheliegender wäre eine Regelung analog § 8 Abs. 5 S.2 TzBfG (Rechtsanspruch des Arbeitnehmers, wenn keine fristgemäße Antwort des Arbeitgebers erfolgt ist).
- Klarstellung, dass bei Ablehnung durch den Arbeitgeber der Arbeitnehmer die gewünschte sichere Arbeitsform gem. § 894 ZPO (Klage auf Zustimmung zum Angebot auf entsprechenden Vertragsabschluss) im Klageweg geltend machen kann.
- Eine **Betriebsratsbeteiligung** gem. §§ 99, 84, 85 BetrVG bzw. entsprechende **Personalratsbeteiligung** bei diesen Verfahren erscheint schon nach den jetzigen BetrVG/PersVG-Regelungen geboten – eine spezifischere Regelung im BetrVG wäre jedoch sinnvoll.

VIII. Nicht erfolgte Umsetzung zu den horizontalen Bestimmungen gem. Kap. IV ABRL

Durch die **Art. 15 bis 19 ABRL** soll die Durchsetzbarkeit der sich aus Kap. II und III. ergebenden AN-Ansprüche gewährleistet werden,⁴⁸ Es handelt sich dementsprechend um die **entscheidenden Bestimmungen zur Durchsetzung von Rechtsansprüchen von Arbeitnehmern aus der ABRL und zum Schutz vor Benachteiligung wegen Geltendmachung solcher Rechtsansprüche.**

Dennoch enthält der Gesetzentwurf ausgerechnet hierzu keine Regelungen – Es handelt sich um eine „offensichtliche und eklatante Umsetzungslücke“.⁴⁹

1. **Rechtsvermutungen und Verfahren für eine frühzeitige Streitbeilegung (Art. 15 ABRL):** Gem. Art.15 (1) lit a) ABRL muss bei nicht frist- und ordnungsgemäßer Unterrichtung gem. Art. 5 Abs.1 oder Art.6 ABRL eine widerlegbare Beweisvermutung (in Deutschland z.B.

⁴⁸ Vgl. hierzu näher *Daum*, ABRL und das Gebot effektiver Rechtsdurchsetzung, NZA 2021, 920.

⁴⁹ So zutreffend Stellungnahme des DGB-Bundesvorstands vom 25.04.2022, S.11

im NachwG oder ArbGG/ZPO zu regeln)⁵⁰ zugunsten des Arbeitnehmers gesetzlich verankert werden. Das ist bislang durch die einschlägige Rechtsprechung (vgl. schon oben V.2.) nicht gewährleistet.⁵¹

Erforderlich wäre – ähnlich § 22 AGG – bei Verstößen des Arbeitgebers gegen seine Unterrichtungspflichten eine **gesetzliche (widerlegbare) Vermutungsregelung für die vom Arbeitnehmer vorgetragene Arbeitsbedingungen**. Diese Vermutungsregelung sollte auch bei vorgetragenem Verstoß gegen die Mindestarbeitsbedingungen gem. Kap.III ABRL gelten (vgl. Erwägungsgrund (39) ABRL : Vermutung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses – vgl. hierzu weitergehend schon §§ 14 Abs.2,16 TzBfG -, Vermutung einer nicht vereinbarten Probezeit, Vermutung einer Vollzeitstelle).

2. Anspruch auf Abhilfe (Art.16 ABRL): Danach muss ein Anspruch der Arbeitnehmer auf Zugang zu wirkungsvoller und unparteiischer Streitbeilegung und **Abhilfe bei Verletzung ihrer Rechtsansprüche aus der ABRL** sichergestellt werden. Der bloße Verweis auf den bisherige Zugang zum arbeitsgerichtlichen Verfahren und Beschwerdeverfahren beim BR gem. §§ 84, 85 BetrVG ist hierfür nicht ausreichend.⁵² Wie oben zu den einzelnen Regelungen jeweils dargelegt, bedarf es vielmehr zusätzlicher **spezifischer materiellrechtlicher und prozessualer gesetzlicher Regelungen**. Als **Orientierung** sollten **§§ 15 und 22 AGG** dienen. Weiter wäre eine gesetzliche Regelung sinnvoll, dass **Ausschlussfristen erst ab vollständiger Unterrichtung zu laufen beginnen**.

3.Schutz vor Benachteiligung und negativen Konsequenzen (Art. 17 ABRL). Erforderlich ist hier ein **spezifisches Maßregelungsverbot** über § 612a BGB hinaus einschließlich einer Vermutungsregelung entsprechend § 22 AGG.

4. Kündigungsschutz und Beweislast (Art. 18 ABRL): Aus Art.18 ABRL ergibt sich die **Verpflichtung des Gesetzgebers zur Regelung eines besonderen (also von der Geltung des KSchG unabhängigen) Kündigungsschutzes, einer Beweiserleichterung (s.o.), sowie eines**

⁵⁰ Zur bisher insoweit nur vorhandenen – unzulänglichen – Rspr. vgl. oben V.2. und HK-ArbR/M.Schubert, 5. Aufl. 2022, § 2 NachwG Rn.31-33 mwN.

⁵¹ Vgl. Maul-Sartori, Fn. 15, NZA 2019, 1161 (1166), unter Hinweis auf Erwägungsgrund (39) ABRL.

⁵² Vgl. Daum, ABRL und das Gebot der effektiven Rechtsdurchsetzung, NZA 2021,920, der ua. in Frage stellt, ob der § 12a ArbGG (stets eigene Kostentragung der Parteien in der 1. Instanz) mit dem Gebot der effektiven Rechtsdurchsetzung vereinbar ist.

Anspruchs auf schriftliche Begründung für Kündigungen oder sonstige benachteiligende Maßnahmen (z.B. Berufung auf Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Befristung) für Arbeitnehmer, die von Verletzung ihrer Ansprüche aus der ABRL ausgehen.⁵³ Da dies nicht nur die Unterrichtsansprüche gem. Kap.II ABRL, sondern auch die Mindestarbeitsbedingungen aus Kap.III ABRL betrifft, wären entsprechende Regelungen im KSchG (das ja auch in §§ 4-7 KSchG alle Kündigungen betreffende Regelungen enthält) bzw. im BGB (ergänzend zu § 611 ff. BGB) oder ArbGG erforderlich.⁵⁴ Übrigens liegt nach Erwägungsgrund (3) ABRL nahe, dass sogar weitergehend – und auch über § 626 Abs2 S.3 BGB hinaus – bei jeder Arbeitgeberkündigung ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Angabe der Kündigungsgründe gesetzlich zu regeln ist.⁵⁵

Auch hierzu enthält der Gesetzentwurf keinerlei Regelung.

5. Sanktionen (Art.19 ABRL): Art.19 ABRL enthält schließlich ein allgemeines Gebot an die Mitgliedstaaten zur Regelung **wirksamer, angemessener und abschreckender Sanktionen bei Verstößen gegen aufgrund der ABRL erlassener nationaler Rechtsvorschriften (vgl. schon V)**.⁵⁶ Derartige gesetzliche Regelungen sind - bis auf die völlig ungenügenden Bußgeldvorschriften – im vorliegenden Gesetzentwurf nicht enthalten.

Der vorliegende Gesetzentwurf entspricht mithin in erheblichem Umfang nicht der ABRL und bedarf umfangreicher Berichtigungen und Ergänzungen.

Michael Schubert
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht

⁵³ Vgl. ErfK/Preis, 22. Aufl. 2022, § 1 NachwG Rn. 5c.

⁵⁴ Vgl. schon V(9) auch zum Anspruch auf Angabe der Kündigungsgründe bei jeder Kündigung gem. Erwägungsgrund (3) ABRL.

⁵⁵ Vgl. auch Maul-Sartori, a.a.O., NZA 2019, 1161 (1165).

⁵⁶ Vgl. zu diesem Sanktionsmodell – auch nach st. Rspr. des EuGH und zahlreichen anderen RL: schon EuGH 10.4.1984, C -14/83, von Kolson und Kamann; näher Daum, ABRL und das Gebot der effektiven Rechtsdurchsetzung,, NZA 2021, 920.

Ergänzende Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1152 – Arbeitsbedingungen-RL (ABRL) (Stand 02.05.2022) als arbeitsrechtlicher Sachverständiger

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht

Michael Schubert, Freiburg, den 10.06.2022

www.arbeitnehmer-anwaelte.de

Korrekte Umsetzung der ABRL

Im Anschluss an den Hinweis auf S. 1, Abs. 2 meiner Stellungnahme vom 08.06.2022, wonach im vorliegenden Gesetzentwurf eine ganze Reihe grundsätzlich korrekter Umsetzungen der ABRL erfolgt sind, führe ich hierzu noch näher aus:

Richtlinienkonform sind umgesetzt:

- **(1) Zu § 1 NachwG-E:** Hier habe ich in meiner Stellungnahme vom 08.06.2022 darauf hingewiesen, dass anstelle der Beibehaltung des herkömmlichen nationalen Arbeitnehmerbegriffs für den Anwendungsbereich des Gesetzes der erweiterte unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff zugrunde gelegt werden müsste (vgl. näher S.5 f. meiner Stellungnahme vom 08.06.2022).

Richtig und zu begrüßen ist aber, dass nicht nur auf die bisherige (nicht ABRL-konforme) Herausnahme von vorübergehenden Aushilfen (bisher § 1 S.12.HS NachwG) **verzichtet wurde**, sondern auch auf die gem. Art.1 (3) und (4) ABRL ermöglichte **Herausnahme** von Arbeitnehmern mit einem Arbeitsverhältnis, dessen „im Voraus festgelegte und tatsächlich geleistete Arbeitszeit in einem Referenzzeitraum von vier aufeinander folgenden Wochen im Durchschnitt nicht mehr als drei Stunden wöchentlich beträgt“. Nicht nur sind derartige **prekär beschäftigte Arbeitnehmer** besonders schutzbedürftig. Vielmehr dürfte ihre Herausnahme auch gegen § 4 Abs.1 TzBfG (Diskriminierungsverbot für Teilzeitbeschäftigte) verstoßen.

- **(2)** An sich **richtlinienkonform** ist auch die in **§ 2 Abs.1 S.1 und 4 NachwG-E vorgesehene überwiegend erheblich frühere Unterrichtungspflicht** (nämlich am ersten Arbeitstag oder am siebten Kalendertag) als bisher (spätestens einen Monat nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses). Die Kritik auf S.9 meiner Stellungnahme vom 08.06.2022 erfolgt lediglich im Hinblick auf Transparenz, Arbeitnehmerschutz und Praktikabilität der Regelung (drei verschiedene Unterrichtszeitpunkte).

- **(3) Die Beibehaltung der Schriftform der Unterrichtung in § 2 Abs.1 S.1 NachwG-E ist richtlinienkonform und ausdrücklich zu begrüßen.** Ein Wechsel zu der durch Art.3 S.2 ABRL eröffneten elektronischen Form (§ 126a BGB) würde gegen das **Regressionsverbot in Art.20 ABRL** verstoßen. Die Schriftform wird schon jetzt – auch aus eigenem Interesse der Arbeitgeber – durchweg gewahrt – erfolgt doch der Nachweis regelmäßig durch den Abschluss des beiderseits unterzeichneten schriftlichen Arbeitsvertrags gem. § 2 Abs.5 NachwG-E.

- **(4) § 2 Abs.1 S.2 Nr. 4 i.. Nr. 1 NachwG-E** dürfte für die erweiterten Anforderungen zur Unterrichtung zum **Arbeitsort (Art. 4 (2) lit b) ABRL** genügen.

- **(5)** Die Aufnahme auch der **Unterrichtungspflicht zur 3-wöchigen Kündigungsschutzklagefrist gem. § 4 KSchG in § 2 Abs.1 S.2 Nr. 14 1.HS NachwG-E** ist zu begrüßen und **richtlinienkonform** (vgl. ABRL Erwägungsgründe (3) und (18)). Hinsichtlich § 2 Abs.1 S,2 Nr.14, 2.HS NachwG-E (Wirksamkeit der Kündigung gem. § 7 KSchG nach Ablauf der Klagfrist auch bei nicht ordnungsgemäßer Unterrichtung) gehe ich nach wie vor von Verstoß gegen die ABRL aus (s. meine Stellungnahme vom 08.06.2022, S. 10).

- **(6) § 11 Abs.2 S.4 AÜG-E (Mitteilung der Anschrift des Entleihers in Textform)** entspricht **Art.4 (2) lit.f) ABRL**

- **(7) § 2 Abs.1 S.2 Nr. 12 NachwG-E** genügt **Art. 4 (2) lit h) ABRL (vom Arbeitgeber bereitgestellte Fortbildung)**

- **(8) § 2 Abs,1 S, 2 Nr. 6 NachwGE (vereinbarte Probezeit)** korrespondiert mit **Art.4 (2) lit.g ABRL** – allerdings müssen danach nicht nur Dauer sondern auch Bedingungen der Probezeit nachgewiesen werden.

- **(9) § 2 Abs.1 S.2 Nr. 13 NachwG (Name und Anschrift des Versorgungsträgers bei Zusage einer betrieblichen Altersversorgung durch den Arbeitgeber an den Arbeitnehmer)** dürfte **Art. 4 (2) lit.o ABRL genügen**, da die weitergehenden Angaben zu Sozialversicherungsträgern wegen Eigenversicherung der Arbeitnehmer und Bekanntgabe im Betrieb (Berufsgenossenschaft) nicht erforderlich sind.

- **(10) § 2 Abs.2 und 3 NachwG-E (betr. Auslandseinsatz von Arbeitnehmern) sind richtlinienkonform.** Allerdings bestehen im Hinblick auf Arbeitnehmerschutz und Transparenz Bedenken gegen die (an sich richtlinienkonforme) Ausschöpfung der 4-Wochenfrist für die Unterrichtung (vgl. meine Stellungnahme vom 08.06.2022, S. 12).

- **(11) In § 3 S.1 NachwG-E (Mitteilungspflichten bei Änderung des wesentlichen Vertragsbedingungen) sind die Vorgaben aus Art. 6 (1) ABRL erfüllt** (d.h. Mitteilungspflicht an dem Tag, an dem die Änderung wirksam wird – statt bisher spätestens einen Monat).

- **(12) Art. 2 (Änderungen des BBiG), Art.5 (Änderungen des SeeArbG – soweit nicht auf einzelne der Neuregelungen sich die Kritik aus der Stellungnahme vom 08.06.2022 bezieht, z.B. § 26 Abs,2 Nr. 11 und 82 Abs.3 Nr. 11 SeeArbG-E) Art. 6 (neue Fassung des § 111 GewO . Pflichtfortbildung) sind zu begrüßen .**

Michael Schubert
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht