



Schriftliche Stellungnahme
Deutscher Gewerkschaftsbund

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



Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes zum

Gesetzesentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales
zum

**Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU)
2019/1152 des Europäischen Parlaments und des Rates vom
20. Juni 2019 über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedin-
gungen in der Europäischen Union im Bereich des Zivilrechts**

15.06.2022

I. Grundsätzliche Anmerkungen

Der vorliegende Gesetzesentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales setzt die am 20. Juni 2019 erlassene Richtlinie 2019/1152 im Bereich des Zivilrechts um. Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften begrüßen, dass der Gesetzgeber damit voraussichtlich die in Art. 22 der Richtlinie benannte Frist zu deren Umsetzung im zivilrechtlichen Bereich bis zum 31.07.2022 einhalten können wird. Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften erwarten auch die Umsetzung der Vorgaben der Richtlinie für die Staatsbediensteten innerhalb der Umsetzungsfrist.

Deutscher Gewerkschaftsbund
Bundesvorstand

Abteilung Recht

rec@dgb.de

Telefon: 030/24060-0

Henriette-Herz-Platz 2
10178 Berlin

www.dgb.de

Das Wichtigste in Kürze:

- Der Gesetzesentwurf setzt die Vorgaben der Richtlinie im Bereich der Nachweispflichten (Pflicht zur Information über die Arbeitsbedingungen) grundsätzlich korrekt um. Zur Erhöhung der Transparenz sind Korrekturen betreffend des Informationsumfangs, insbesondere bezogen auf die Information über anwendbare Tarifverträge und die Ausschlussfristen wichtig. Zu begrüßen ist, dass der Entwurf die Pflicht zur schriftlichen Information für alle Arbeitsverhältnisse einführt – das ist ein wichtiger Beitrag zur Verhinderung von Missbrauch und Umgehung von Arbeitnehmer*innenrechten. Allerdings finden bei der Neuregelung der Nachweispflichten die Vorgaben der Richtlinie zum europäischen Arbeitnehmerbegriff keine Berücksichtigung, was zu kritisieren ist.
- Beschäftigte sollten grundsätzlich vor Beschäftigungsbeginn über die wesentlichen Arbeitsbedingungen in Schriftform informiert werden. Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften kritisieren, dass der Gesetzesentwurf hierbei nur geringfügig über die Mindestanforderungen der Richtlinie hinausgeht.
- Die Regelungen zur Umsetzung der Mindestanforderungen an die Arbeitsbedingungen sind verbesserungsbedürftig. Unzureichend umgesetzt werden die Vorgaben der Richtlinie zur Probezeit (Art. 8 der Richtlinie), zum Übergang zu einer sicheren Arbeitsform (Art. 12 der Richtlinie) sowie betreffend der Vorhersehbarkeit von variablen Arbeitsformen (Art. 10 der Richtlinie).
- Völlig unzureichend bleibt der Entwurf im Bereich der Durchsetzungsinstrumente. Die durch die Richtlinie zwingend vorgeschriebenen Instrumente zum Schutz der Beschäftigten durch geeignete Verfahren (Art. 15 der Richtlinie), Benachteiligungsschutz (Art. 16 und 17 der Richtlinie) und Kündigungsschutz (Art. 18 der Richtlinie) sind überhaupt nicht umgesetzt worden. Der Gesetzesentwurf beschränkt sich hier auf den Katalog der Ordnungswidrigkeiten bei Verletzung von



Nachweispflichten. In diesem Bereich besteht eine offensichtliche Regelungslücke, die dringend geschlossen werden muss.

II. Zu den ausgewählten Regelungsvorschlägen im Einzelnen:

1. Nachweisgesetz (Art. 1 des Entwurfs)

§ 1 NachwG-E: Anwendungsbereich

Persönlicher Anwendungsbereich

Nach dem vorliegenden Entwurf ist es nicht geplant, den persönlichen Anwendungsbereich des Nachweisgesetzes an die Vorgaben der Richtlinie anzupassen. Damit bleibt der deutsche Gesetzgeber hinter den Vorgaben der Richtlinie zurück.

Die Richtlinie gilt für Personen, die in dem jeweiligen Mitgliedstaat einen Arbeitsvertrag haben oder in einem Arbeitsverhältnis stehen, wobei die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zu berücksichtigen ist (Art. 1 Abs. 2). Nach der Rechtsprechung des EuGH gelten als Arbeitnehmer*innen Personen, die während einer bestimmten Zeit weisungsgebundene Leistungen erbringen, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhalten, somit u. a. auch Beamt*innen, Soldat*innen, Richter*innen, GmbH-Fremdgeschäftsführer*innen, Praktikant*innen, Beschäftigte in WBM und DRK-Schwestern. Die Richtlinie nennt zudem ausdrücklich Beschäftigte auf Online-Plattformen (Erwägungsgrund 8) als potenzielle Adressaten. Eine entsprechende Klarstellung, dass die Nachweispflichten nicht nur für Arbeitnehmer*innen im Sinne des § 611a BGB sowie Praktikant*innen gelten, findet man in der Regelung des § 1 NachwG-E nicht. Die Vorgaben der Richtlinie müssen aber im Rahmen der unionsrechtskonformen Auslegung des neuen Nachweisgesetzes berücksichtigt werden. Hier wäre eine klare Regelung zielführend.

Sachlicher Anwendungsbereich:

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften begrüßen ausdrücklich, dass die Nachweispflichten für alle Arbeitsverhältnisse gelten sollen. **Es ist richtig, dass der Entwurf keine Ausnahme für Arbeitsverhältnisse, die im Durchschnitt maximal drei Stunden wöchentlich betragen** (Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie), **vorsieht**. Eine solche Ausnahme ist sachlich nicht begründet, sie würde zudem ein erhebliches Einfallstor für Umgehungsstrukturen schaffen. Beschäftigte sind allein wegen eines geringen Umfangs der Arbeitspflicht nicht weniger schutzwürdig, im Gegenteil: Gerade Beschäftigte mit einer geringen Stundenzahl, wie die Minijobber*innen, sind von der Umgehung ihrer Arbeitnehmer*innenrechte am häufigsten betroffen. Fehlt ihnen eine Information über die vereinbarten Arbeitsbedingungen, ist auch die Durchsetzung ihrer Rechte erschwert oder gar unmöglich.

Entsprechend den Vorgaben der Richtlinie, welche keine Ausnahmen für Kurzzeit-Arbeitsverhältnisse vorsieht, wird die bisherige Ausnahme für Aushilfearbeitsverhältnisse von bis zu einem Monat gestrichen. Das ist folgerichtig und zu begrüßen.

§ 2 NachwG-E: Nachweispflicht

Zeitpunkt der Information über die Arbeitsbedingungen (Abs. 1 Satz 1 und Satz 4):

Die Mindestvorgaben der Richtlinie (Art. 5 Abs. 1) zum Zeitpunkt der Information über die Arbeitsbedingungen setzt der Entwurf (§ 2 Abs.1 Satz 1 iVm Satz 4 NachwG-E) zwar um. Damit wird aber ein wichtiges Ziel, nämlich Beschäftigte in unsicheren Arbeitskonstellationen vor Umgehung ihrer Rechte abzusichern, verfehlt.



§ 2 Abs. 1 Satz 4 NachwG-E sieht vor, dass dem*der Arbeitnehmer*in die Informationen nach Satz 2 Nummer 1, 7 und 8, ab dem ersten Tag der Arbeitsleistung zu überreichen ist. Die übrigen Kerninformationen nach § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1-10 jedoch erst spätestens am siebten Kalendertag nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses. Die Informationen in Nr. 11 bis Nr. 15 des Entwurfs (Urlaubsanspruch, Fortbildungsanspruch, Informationen zum Versorgungsträger einer etwaigen betrieblichen Altersvorsorge, zum Kündigungsschutz sowie zu den einschlägigen kollektivrechtlichen Vereinbarungen) müssen spätestens einen Monat nach Beschäftigungsbeginn übermittelt werden.

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften begrüßen, dass der Gesetzentwurf nunmehr vorsieht einige Informationen ab dem ersten Tag auszuhändigen. So die Informationen zu den Vertragsparteien, dem Entgelt und der Arbeitszeit. Aus Sicht des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften gibt es keine tragfähigen Gründe, warum der deutsche Gesetzgeber den Zeitraum von sieben Tagen bei der Umsetzung der Richtlinie in Hinblick auf die weiteren wesentlichen Informationen ausschöpfen soll. Dem Arbeitgeber sind die grundlegenden Informationen über das Arbeitsverhältnis spätestens am Tag seines Beginns bekannt und der Zeitaufwand, die weiteren Informationen ebenso auf vorgefertigten Formularen festzuhalten (gem. Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie sind die Formulare durch die Mitgliedstaaten zur Verfügung zu stellen), fällt kaum ins Gewicht.

Die Erfahrungen von gewerkschaftlichen und gewerkschaftsnahen Beratungsstellen mit Beschäftigten in besonders prekären Branchen zeigen hingegen: Wer auf Grundlage mündlicher Zusagen seine Arbeit aufgenommen hat, ist dem Risiko der Verletzung seiner Rechte im Laufe des Arbeitsverhältnisses im besonderen Maße ausgesetzt. Nachträglich, d. h. nach der Aufnahme der Tätigkeit, befinden sich die Beschäftigten bereits in einem Abhängigkeitsverhältnis und sind kaum in der Lage, entsprechende Nachweise einzufordern, geschweige denn ihnen zugesagte Arbeitsbedingungen durchzusetzen. Hinzu kommt, dass den – häufig der deutschen Sprache nicht hinreichend mächtigen – Betroffenen ihr Vertragsarbeitgeber gar nicht bekannt ist, was eine nachträgliche Geltendmachung in vielen Fällen unmöglich macht. **Eine eindeutige Pflicht der Arbeitgeber*innen, die wesentlichen Informationen über die Arbeitsbedingungen am Tag der Aufnahme der Tätigkeit vorzulegen, würde daher wesentlich zur Eindämmung von ausbeuterischen und missbräuchlichen Praktiken auf dem Arbeitsmarkt beitragen und eine wesentliche Schutzlücke schließen.** Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften appellieren daher an den Gesetzgeber, eine Verbesserung im Interesse der Beschäftigten einzuführen und die Ziffern 1.-10. vollständig von der Aushändigspflicht ab dem ersten Tag zu erfassen.

Umfang der Information (Abs. 1 Satz 2):

Die Anpassung des Katalogs der Informationen an die Vorgaben der Richtlinie ist größtenteils gelungen, an einigen Stellen sind allerdings Nachbesserungen erforderlich. Die Vorgabe des Art. 4 Abs. 1 lit. l der Richtlinie zur **Dauer des Standardarbeitstages** oder der Standardarbeitswoche ist bisher nicht umgesetzt worden. In § 2 Abs. 1 Ziff. 8 NachwG-E muss die Vorgabe zur täglichen Arbeitszeit (und nicht nur zu Ruhezeiten und Ruhepausen) aufgenommen werden. Gerade im Niedriglohnbereich sind Arbeitszeitverstöße und erhebliche Schwierigkeiten bei der Geltendmachung von Überstunden zu verzeichnen. Ausbeuterische Modelle lassen sich nur verhindern, wenn die Betroffenen Kenntnis darüber haben, ab wann sie Überstunden leisten. Andernfalls laufen die anderen Vorgaben zur Mitteilung von Überstunden (Möglichkeit der Anordnung und deren Voraussetzungen, vgl. § 2 Abs. 1 Ziff. 7 und, 10 NachwG-E) ins Leere.

Unter Art. 4 Abs. 2 lit. n) sieht die Richtlinie die Verpflichtung gegenüber Arbeitgebern vor, Beschäftigte über die auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Kollektiv- bzw. Tarifverträge zu unterrichten, wobei die Information auch über einen bloßen Hinweis auf die anwendbaren Kollektiv- bzw. Tarifverträge erfolgen kann (Art. 4 Abs. 3 der Richtlinie). Diese Vorgabe setzt der Entwurf unter § 2 Abs. 1 Ziff. 15 NachwG-E formell um. Allerdings ist es zur



effektiven Durchsetzung der Rechte, die aus den Kollektiv- und Tarifverträgen für die Beschäftigten resultieren, **notwendig, die Informationspflichten über die anwendbaren Tarifverträge zu konkretisieren. Deshalb sollte die nach § 8 TVG bestehende Verpflichtung zur Bekanntgabe der im Betrieb anwendbaren Tarifverträge mit einer gesetzlichen Schadenersatzpflicht versehen werden, wenn der Arbeitgeber die bei ihm anwendbaren Tarifverträge nicht bekannt macht.** Es genügt nicht, wenn der Arbeitgeber bloß auf den Tarifvertrag hinweist, dem die vereinbarte Vergütung zu entnehmen ist. Aus dem Erwägungsgrund 20 der Richtlinie geht hervor, dass die Unterrichtung über die Vergütung Informationen zu allen Bestandteilen der getrennt angegebenen Vergütung umfassen sollte, einschließlich – falls zutreffend – der Beiträge in Form von Geld- oder Sachleistungen, Zahlungen für Überstunden, Boni und anderer Ansprüche, die Arbeitnehmer*innen im Hinblick auf ihre auszuübende Tätigkeit direkt oder indirekt zu erhalten haben. So müsste auch eine Unterrichtung zu der vereinbarten Vergütung im Wege des Hinweises auf den anwendbaren Tarifvertrag den Beschäftigten eine Klarheit über alle Leistungen mit Vergütungsfunktion verschaffen, damit die Tarifbeschäftigten im Hinblick auf den Informationsgehalt nicht schlechter gestellt werden als diejenigen Beschäftigten, die über ihre Vergütungsbestandteile unmittelbar informiert werden. Dasselbe gilt für die weiteren Arbeitsbedingungen wie Arbeitszeit etc. Ein bloßer Hinweis genügt daher nicht, vielmehr **ist zu regeln, dass die einschlägigen Regelwerke eindeutig zu nennen und den Beschäftigten zugänglich zu machen sind.**

Zusätzlich sollten die Arbeitgeber verpflichtet werden, ausdrücklich **über die nach sämtlichen, auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Tarifverträgen einzuhaltenden Ausschlussfristen zu unterrichten.** Die Kenntnis der Ausschlussfristen ist für die Durchsetzung der Rechte aus Tarifverträgen von zentraler Bedeutung. Viele Beschäftigte kennen aber weder den Wortlaut der Tarifverträge noch die dort enthaltenen Ausschlussfristen, was in der Praxis die Rechtsdurchsetzung erheblich erschwert.

Ausdrücklich zu begrüßen ist hingegen die Verpflichtung zur Unterrichtung über die im Falle einer Kündigung einzuhaltenden Verfahren und Fristen, insbesondere die **Unterrichtung über die Frist zur Erhebung einer Kündigungsschutzklage (§ 2 Abs. 1 Nr. 14 NachwG-E).** Diese Regelung setzt die Vorgaben des Art. 4 Abs. 2 Buchstabe j der Richtlinie und des zu dessen Auslegung heranzuziehenden Erwägungsgrunds 18 der Richtlinie korrekt um. Demnach gehört zu den Angaben über das im Falle der Kündigung einzuhaltende Verfahren auch die Information über die einzuhaltenden Klagefristen. Zu ergänzen ist die Vorschrift insofern, dass die Unterrichtungspflicht der Arbeitgeber auch das Schriftformerfordernis der Auflösungsverträge erfassen sollte sowie in der Information über das einzuhaltende Verfahren auch die Information über die zwingende Beteiligung des Betriebsrats bzw. des Personalrats gem. § 102 BetrVG bzw. gem. § 79 BPersVG zu nennen ist.

Da der Hinweis auf die **Klagefrist des KSchG** seiner Funktion mit zunehmendem Abstand zwischen dem Zeitpunkt des Abschlusses des Arbeitsvertrags und dem Zugang einer Arbeitgeberkündigung immer weniger gerecht wird, ist es geboten, die Arbeitnehmer*innen **im Kündigungsschreiben nochmals ausdrücklich über die Frist und die Wirksamkeit der Kündigung nach dem Verstreichen der Frist zu informieren.** Vor diesem Hintergrund ist es zudem geboten, bei Abschluss befristeter Arbeitsverträge auch die Pflicht zur Unterrichtung über die Frist des § 17 S. 1 TzBfG zu regeln. Eine Ungleichbehandlung der Beendigungsstatbestände Kündigung einerseits und Befristung andererseits lässt sich nicht rechtfertigen. Diese Unterrichtungsverpflichtungen der Arbeitgeber sind in Ergänzung des Katalogs der Informationen, die zum Beginn des Arbeitsverhältnisses mitzuteilen sind, aufzunehmen.

Dem Sinn und Zweck des Gesetzesvorhaben würde es entsprechen, dass bei Unterbleiben des Hinweises auf die Klagefrist im Kündigungsschreiben oder der Befristungsvereinbarung die Wirkungen der §§ 4, 7 KSchG bzw. § 17 TzBfG nicht eintreten können. Nun aber ist im Gesetzesentwurf ggü. dem Referentenentwurf § 2 Abs. 1 Nr. 14 NachwG-E dahingehend ergänzt worden, dass trotz nicht ordnungsgemäßem Nachweis der Klagefrist gleichwohl § 7 KSchG anwendbar bleibt. Damit wird dem Zweck der Nachweispflicht nicht hinreichend



effektiv Rechnung getragen; denn, dass Kündigungsschutzklagen ggf. wegen keines oder unrichtigen Nachweises über die tatsächlichen Fristen verfristet rechtshängig werden, sollte gerade nicht geschehen.

In § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 des GE ist aufgenommen, dass „vereinbarte Arbeitszeit, vereinbarte Ruhepausen und Ruhezeiten sowie bei vereinbarter Schichtarbeit das Schichtsystem, der Schichtrhythmus und Voraussetzungen für Schichtänderungen“ von der arbeitgeberseitigen Nachweispflicht umfasst sind. Erforderlich ist, dass dies auch für die Abänderung von Dienstplänen gilt. Denn Intention des europäischen Richtliniengebers ist es, dass die Rechte der Arbeitnehmer*innen erweitert werden, u. a. durch „Mindestplanbarkeit der Arbeit mit angemessenem Vorlauf für Arbeitnehmer/innen, deren Arbeitszeitplan unvorhersehbar ist (z. B. Arbeit auf Abruf)“ (siehe <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=de&catId=1313>). Wenn also „Mindestplanbarkeit der Arbeit mit angemessenem Vorlauf für Arbeitnehmer/innen, deren Arbeitszeitplan unvorhersehbar ist (z. B. Arbeit auf Abruf)“ gegeben sein soll, dann gilt das erst recht für dienstplanvorgegebene Arbeitszeit. Demgemäß bedarf es auch der generellen Nachweispflicht über die Voraussetzungen der Änderung von Dienstplänen. In dem Sinne fordern der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften eine Richtlinien-getreue Umsetzung ins nationale Recht.

Form der Information (Abs. 1 Satz 3)

Ausdrücklich ausgeschlossen bleibt die elektronische Form der Unterrichtung. Das ist zu begrüßen, auch wenn die Richtlinie eine Möglichkeit der Unterrichtung in elektronischer Form eröffnet. Nur mit der Wahrung des Schriftformerfordernisses ist gewährleistet, dass Beschäftigte die Informationen in jedem Fall in einer Form erhalten, die im Falle eines Rechtsstreits als Beweismittel dienen kann.

Information für im Ausland eingesetzte Beschäftigte (Abs. 2)

Nach dem Entwurf sollen Beschäftigte, die im Ausland eingesetzt werden, erst dann, wenn die Einsatzdauer länger als vier aufeinanderfolgende Wochen beträgt, über die für sie im Ausland geltenden Arbeitsbedingungen informiert werden (§ 2 Abs. 2 NachwG-E). Diese Umsetzung der Mindestanforderungen des Art. 7 Abs. 1-3 der Richtlinie ist nicht geeignet, um Beschäftigte beim Einsatz im Ausland vor der Umgehung ihrer Rechte bzw. vor der Verletzung der vereinbarten Arbeitsbedingungen zu schützen. Es ist sachlich nicht zu rechtfertigen, warum Beschäftigten mit bis zu vierwöchigen Einsatzzeiten die Informationen über ihre Arbeitsbedingungen vorenthalten bleiben sollen. Zudem werden so neue Umgehungs-konstruktionen auch bei längeren Entsendungen befördert, wenn diese formell in einzelne Einsatz-Abschnitte unter vier Wochen Dauer aufgeteilt werden könnten. Die Informationspflichten sollten bei Entsendungen generell bzw. generell bei Einsätzen im Ausland, die über eine bloße Dienstreise ohne Erbringung von Dienstleistungen hinausgehen, gelten.

§ 4 NachwG-E: Bußgeldvorschriften

Mit der Neuregelung werden diverse Verstöße gegen die Nachweispflichten als Ordnungswidrigkeiten geregelt (§ 4 Abs.1 NachwG-E). Der Gesetzentwurf enthält nun – im Gegensatz zum RefEntwurf – einen Bußgeldrahmen (Geldbuße bis zu 2.000,- EUR). Das genügt jedoch nicht, um die von der Richtlinie in ihren Art. 15 – 19 zwingend vorgeschriebenen Durchsetzungsinstrumente unionsrechtskonform umzusetzen. Es besteht eine offensichtliche Regelungslücke, die dringend geschlossen werden muss (dazu ausführlich unter Kapitel III der Stellungnahme). Dies gilt insbesondere für arbeitsvertragliche Vereinbarungen, die für Arbeitgeber günstig sind und auf die sich diese berufen. Hier reicht weder ein Bußgeldtatbestand noch eine Beweislastumkehr. Hier sollte nach Meinung des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften klargestellt werden, dass sich Arbeitgeber auf arbeitsvertragliche Vereinbarungen, die sie nicht ordnungsgemäß nachgewiesen haben, auch nicht berufen



können (so schon Zwanziger, Ausgewählte Einzelprobleme des Nachweisgesetzes, DB 1996, 2027).

2. Änderungen im Berufsbildungsgesetz (Artikel 2 des Entwurfs)

Der DGB begrüßt die vorgeschlagenen Neuregelungen in § 11 BBiG-E. Die vorgeschlagenen ergänzenden Änderungen verbessern nach unserer Einschätzung nicht nur die Transparenz, sondern erhöhen auch das Schutzniveau innerhalb von Ausbildungsvertragsverhältnissen.

Die vorgeschlagenen Änderungen in Artikel 2 Nr. 1 a) und c) sind bereits Bestandteil des geltenden, vom Hauptausschuss des Bundesinstituts für Berufsbildung 2020 verabschiedeten Ausbildungsvertragsmusters (Empfehlung Nr. 115)¹.

Die im Artikel 2 Nr. 1 d) vorgeschlagenen Ergänzungen begrüßen wir ausdrücklich.

Ebenso begrüßen wir die Ergänzung im Artikel 2 Nr. 1 e). Vor dem Hintergrund, dass ein erheblicher Teil der Auszubildenden regelmäßig Überstunden ableistet und leider davon ausgegangen werden muss, dass mehr als jede*r zehnte Auszubildende weder einen Freizeitausgleich noch eine finanzielle Vergütung der Überstunden erhält², trägt die vorgeschlagene Ergänzung aus Sicht des DGB nicht nur zu einer höheren Transparenz bei, sondern ist dazu geeignet, Auszubildende für den Ausgleich von Überstunden zu sensibilisieren und entsprechendes Fehlverhalten von diesen zukünftig zu reduzieren oder Schadensersatzansprüche von Auszubildenden einfacher zu untermauern.

3. Änderungen des AÜG (Artikel 4 des Entwurfs)

§ 11 AÜG-E: Informationspflichten

Mit den vorgeschlagenen Änderungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes soll der Umfang der Informationspflichten um die Angaben zum Entleiher (§ 11 Abs. 2 AÜG-E) ergänzt werden. Diese Anpassung ist folgerichtig. Zu ergänzen sind diese Anpassungen um die zwingende Informationspflicht für den Fall, dass (fachliche oder disziplinarische) Weisungsrechte durch vor Ort tätige, sog. OnSite-Drittanbieter, ausgeübt werden. Diese Fallkonstellation ist beispielsweise in der Fleischwirtschaft häufig anzutreffen und wird dazu missbraucht, die Verantwortung innerhalb der Überlassungskonstellationen zu verwischen. In der Umsetzung der Pflicht zur Unterrichtung über die „Identität der entleihenden Unternehmen“ in Art. 4 Abs. 2 lit. f) der Richtlinie sollten die Leiharbeitsbeschäftigten auch über diese Konstellationen informiert werden.

§ 13a AÜG-E: Übergang zu einer anderen Arbeitsform

Der § 13a AÜG soll nun in Umsetzung der Vorgaben des Art. 12 der Richtlinie um das Übernahmegesuch des Leiharbeitnehmers ergänzt werden. Dies entspricht dem Ziel der Richtlinie, Beschäftigten in unsicheren Arbeitsverhältnissen, dort wo es dem Arbeitgeber möglich ist, den Übergang in sichere und vorhersehbare Arbeitsverhältnisse zu ermöglichen (vgl. Erwägungsgrund 26). Die Einführung eines strukturierten Verfahrens, die Arbeitgeber zu verpflichten, Beschäftigten auf ihr Ersuchen nach einer anderen Beschäftigungsform innerhalb eines Monats eine schriftliche Antwort zu geben, entspricht den Vorgaben des Art. 2 der Richtlinie und ist zu begrüßen.

¹ Vgl. Empfehlung des Hauptausschusses des Bundesinstituts für Berufsbildung vom 14. April 2020 zum Ausbildungsvertragsmuster, Link: <https://www.bibb.de/dokumente/pdf/HA115.pdf> (abgerufen am 25.01.2022)

² Vgl. DGB-Ausbildungsreport 2020, S. 43 ff. Link: <https://www.dgb.de/+co++b7b5354c-e7ab-11ea-807a-001a4a160123> (abgerufen am 25.1.2022).



Die Einhaltung der Verfahrensvorgaben sowie die Gründe, welche der Arbeitgeber bei Ablehnung des Ersuchens anführt, sollten allerdings ausdrücklich der gerichtlichen Überprüfung zugänglich gemacht und deren Verletzung mit Rechtsfolgen versehen werden. Das Ziel der Regelung, den Beschäftigten einen Wechsel in sichere und vorhersehbare Beschäftigungsverhältnisse zu ermöglichen, wird nicht erfüllt und deren Anspruch auf Abhilfe bei Verletzung der Rechte nach der Richtlinie (Art. 16) nicht gewährt, wenn Arbeitgeber das Ersuchen des Beschäftigten ignorieren können und dies folgenlos bleibt. Eine entsprechende Ergänzung ist daher zur Verwirklichung der praktischen Wirksamkeit der Richtlinie erforderlich. Zudem sind entsprechende Initiativ-, Kontroll- und Durchsetzungsrechte der betrieblichen Interessenvertretungen erforderlich, um die Einhaltung des nach der Richtlinie vorgesehenen Verfahrens durch den Arbeitgeber sicherzustellen.

4. Seearbeitsrecht (Artikel 5 des Entwurfs)

Die Anpassung der Vorschriften des Seearbeitsrechts folgt analog der Anpassung der Nachweispflichten im allgemeinen Arbeitsrecht sowie der entsprechenden Umsetzung der Vorgaben für Mindestarbeitsbedingungen. Die Bewertung der einzelnen Regelungen im allgemeinen Arbeitsrecht gilt daher hierzu entsprechend.

Die Änderungen in dem § 28 dienen vor allem der Klarstellung/Eindeutigkeit von Begrifflichkeiten den Heuertarif betreffend und sind somit folgerichtig. Allerdings ist auch hier zu kritisieren, dass zwar im Heuertarif für den Fall einer arbeitgeberseitigen Kündigung dem*der gekündigten Beschäftigten u. a. die Frist zur Erhebung einer Kündigungsschutzklage nachweisbar mitzuteilen ist, ggü. dem Referentenentwurf nun aber § 28 Abs. 2 Nr. 11 dahingehend ergänzt wird, dass trotz nicht ordnungsgemäßem Nachweis der Klagefrist gleichwohl § 7 KSchG anwendbar bleibt; gerade in der Seefahrtsbranche wird das Verschweigen der ordnungsgemäßen Klagefrist zum Nachteil des*der gekündigten Beschäftigten sein. Das aber bezweckt die Transparenzrichtlinie gerade nicht.

Der neu eingefügte § 32a, Pflichtfortbildungen, regelt die Kostenübernahme und die Anerkennung, dass Fortbildungen außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit als Arbeitszeit gelten. Diese Klarstellung ist zu begrüßen, da Arbeitgeber Fortbildungen gerne auf Kosten der Arbeitnehmer*innen im Urlaub angewiesen haben. Zudem weisen wir darauf hin, dass in der Begründung, Abschnitt V, Gesetzesfolgen, Punkt 4, auf Seite 17 die Zahlen über Seeleute für die Seeschifffahrt ausgewiesen wurden, nicht aktuell sind. Die Statistik für die Seeleutezahlen führt die Knappschaft-Bahn-See (KBS). Danach waren mit Stand 31.12.2021 noch insgesamt 6.927 Seeleute (4.339 Deutsche und 2.588 ausländische Seeleute) an Bord auf Schiffen unter deutscher Flagge.

5. Änderung der Gewerbeordnung (Artikel 6 des Entwurfs)

§ 111 GewO-E: Umsetzung des Rechts auf Übernahme der Kosten der Pflichtfortbildungen

Nach Art. 13 der Richtlinie werden Arbeitgeber verpflichtet, Pflichtfortbildungen vollständig zu bezahlen und die dafür veranschlagte Arbeitszeit als solche anzuerkennen bzw. diese Fortbildungen während der Arbeitszeit anzubieten. Eine entsprechende eigenständige Regelung fehlt bisher im deutschen Recht. Folgerichtig ist daher die allgemeine Regelung, welche der Umsetzung des in Art. 13 der Richtlinie geregelten Rechts der Arbeitnehmer auf kostenlose und während der Arbeitszeit stattfindende Pflichtfortbildungen dient. Der Regelungsvorschlag ist daher außerordentlich zu begrüßen. Die Aufnahme des Rechts auf Übernahme der Kosten der Pflichtfortbildungen unterstreicht aus Sicht des DGB die Verantwortlichkeit des Arbeitgebers für die Finanzierung betrieblicher Weiterbildung in Form von Pflichtfortbildungen, was im Grunde eine Selbstverständlichkeit sein sollte, aber in der Realität zu häufigen Konflikten zwischen Arbeitgebern und den betrieblichen Interessens-



vertretungen führt. Durch diese Normierung erhofft sich der DGB eine Klärung von Verantwortlichkeiten und Zuständigkeiten bei der Umsetzung betrieblicher bzw. betrieblich veranlasster Weiterbildungsmaßnahmen.

6. Änderungen im Teilzeit- und Befristungsgesetz (Art. 7 des Entwurfs)

§ 7 Abs. 3 TzBfG-E und § 18 Abs. 2 TzBfG-E: Verfahren zum Ersuchen einer sicheren Arbeitsform

Mit der Einführung neuer Verfahren zum Ersuchen einer sicheren Arbeitsform – für Teilzeitbeschäftigte in § 7 Abs. 3 TzBfG (Art. 7 Nr. 1 Buchst. b des Gesetzesentwurfs) und für befristet Beschäftigte in § 18 Abs. 2 TzBfG (Art. 7 Nr. 5 Buchst. b des Gesetzesentwurfs) – sollen die Vorgaben des Art. 12 der Richtlinie (Übergang zu einer anderen Arbeitsform) umgesetzt werden. Das Ziel der Regelung des Artikels 12 ist es, das Recht der Beschäftigten zu stärken, in sichere und vorhersehbare Arbeitsverhältnisse zu wechseln (vgl. Erwägungsgrund 26). Gemeint sind hier in erster Linie der Wechsel in unbefristete Beschäftigung und Aufstockung der Arbeitszeit von Teilzeitbeschäftigten (vgl. Erwägungsgrund 26). Auch Beschäftigte in Arbeit auf Abruf bzw. KAPOVAZ nach § 12 TzBfG, die eine besonders unsichere und prekäre Arbeitsform darstellt, gehören dazu. Insofern sollte auch ein entsprechendes Verfahren in § 12 TzBfG eingeführt werden.

Arbeitgeber werden nun verpflichtet, Beschäftigten auf deren Ersuchen innerhalb eines Monats eine schriftliche Antwort zu geben, ob eine Aufstockung der Arbeitszeit (§ 7 Abs. 3 TzBfG-E) bzw. eine Entfristung des Arbeitsverhältnisses (§ 18 Abs. 2 TzBfG-E) möglich ist. Diese Ergänzungen gehen zwar auf die Vorgaben der Richtlinie ein, setzen deren Zielsetzung aber nicht hinreichend um. Die Regelungen bleiben völlig wirkungslos, wenn nicht sichergestellt wird, dass Arbeitgeber an dem Verfahren tatsächlich mitwirken und sich mit dem Ersuchen des Beschäftigten auseinandersetzen müssen. So ist es Auffassung des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften, dass eine Nichtbefassung des Arbeitgebers mit dem Begehren der Arbeitnehmer*in auf Übernahme (§ 18 Abs. 2 TzBfG-E) gem. Satz 2 des GE („Satz 1 gilt nicht, sofern der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber diesen Wunsch in den letzten zwölf Monaten vor Zugang der Anzeige bereits zweimal angezeigt hat.“) nur dann erfolgen darf, wenn er zuvor begründet die Übernahme abgelehnt hat. Nur so kann das Ziel der Regelung, den Beschäftigten einen Wechsel in sichere und vorhersehbare Beschäftigungsverhältnisse zu ermöglichen, erfüllt und deren Anspruch auf Abhilfe bei Verletzung der Rechte aus der Richtlinie (Art. 16 der Richtlinie) gewährt werden. Klar zu regeln sind deshalb die Rechtsfolgen bei Nichteinhaltung des Verfahrens sowie die Möglichkeit, die Ablehnung durch den Arbeitgeber gerichtlich zu überprüfen. Insofern gilt hier die Kritik zu der analogen Regelung im AÜG (s. unter Nr. 3) entsprechend. Unklar bleibt zudem, in welchem Verhältnis das neue Verfahren nach § 7 Abs. 3 TzBfG zu der bereits bestehenden Regelung der Verlängerung der Arbeitszeit nach § 9 TzBfG steht. Es wäre zielführend, beide Verfahren miteinander zu synchronisieren.

Darüber hinaus ist der Aufstockungsanspruch – endlich – praxistauglicher auszugestalten, indem gesetzlich klargestellt wird, dass die Erfüllung angezeigter Wünsche zur Verlängerung der Arbeitszeit teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer*innen die unternehmerische Gestaltungsfreiheit einschränkt, weshalb der Arbeitgeber diese Wünsche bei Stellenschnittsentscheidungen und bei der Verteilung von freien Arbeitszeitvolumen zu berücksichtigen hat.

§ 12 TzBfG-E: Änderungen zu Arbeit auf Abruf

Die Ergänzungen der bestehenden Regelung zu Arbeit auf Abruf in § 12 TzBfG dienen der Anpassung an die Vorgaben des Art. 10 und an die erweiterten Informationspflichten nach Art. 4 der Richtlinie. Das Ziel wird durch den Regelungsvorschlag nur teilweise erfüllt, Korrekturen sind erforderlich.



Grundsätzlich zutreffend werden die Vorgaben der Richtlinie, wonach Arbeitgeber über Referenzstunden und -tage informieren müssen (Art. 4 Abs. 2 Buchs. m der Richtlinie) und die Arbeit außerhalb der festgelegten Referenzzeiten nicht verlangen dürfen (Art. 10 Abs. 1 lit. a), in § 12 Abs. 3 TzBfG-E umgesetzt. Allerdings **müsste das Leistungsverweigerungsrecht entsprechend dem Art. 10 Abs. 2 der Richtlinie auf die Fälle der fehlenden Vereinbarung der Referenztage und -stunden und nicht nur auf die Fälle der Nichteinhaltung der vorab vereinbarten Referenztage und -stunden erweitert werden.**

Die Begründung des Gesetzentwurfs enthält nun im Gegensatz zur Begründung des Referentenentwurf-wurfs nicht mehr den ausdrücklichen Hinweis darauf, dass die Festlegung des Referenzzeitrahmens vom Weisungsrecht des Arbeitgebers erfasst wird.

Die beabsichtigte Neueinführung des §12 Abs. 3 Satz 1 TzBfG bringt dies ihrem Wortlaut nach je-doch nach wie vor nicht zum Ausdruck. Auch und gerade hier ist eine Änderung daher nach wie vor zwingend geboten. So könnte der Arbeitgeber dem Wortlaut der Norm nach den Zeitrahmen immer wieder neu festlegen, wobei nicht ersichtlich ist, welche Ankündigungsfrist hierbei gelten sollte. Nicht ausgeschlossen erscheint damit eine Handhabung, nach der der Arbeitgeber vier Tage im Voraus mitteilt, wie der Zeitrahmen (künftig) aussieht und zugleich dazu auffordert, (ebenfalls) in vier Tagen in einem konkret benannten Zeitraum – gemäß dem (neuen) Zeitrahmen – zu arbeiten. Damit ist dem Anliegen der Richtlinie (Erwägungsgrund 30), dem Arbeitnehmer Planungssicherheit zu geben, in keiner Weise Rechnung getragen.

Es ist deutlich zu betonen: Ein Referenzzeitrahmen kann nur dann einen praktischen Wert für die Planungssicherheit von Beschäftigten haben, wenn seine Festlegung nicht unter den deckungsgleichen Voraussetzungen erfolgen kann, die für den Abruf der Arbeitszeit gelten.

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften weisen erneut darauf hin, dass zudem eine gesetzliche Regelung geboten ist, die dem Beschäftigten auch für den Fall einer fehlenden Vereinbarung eines Referenzzeitrahmens ein Leistungsverweigerungsrecht gewährt.

Im Übrigen verbleibt es auch bei der Forderung, dass die Abänderung des Referenzzeitrahmens nur unter Einhaltung einer angemessenen Ankündigungsfrist zulässig ist. Dieses Erfordernis ist gesetzlich als tatbestandliche Voraussetzung für eine rechtmäßige Abänderungsvereinbarung zu regeln.

Nur vorsorglich weisen wir darauf hin, dass eine Ankündigungsfrist erst recht dann geboten wäre, wenn die Festlegung des Referenzzeitrahmens qua Weisungsrecht vorgenommen werden könnte. Die Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten in Art. 10 Abs. 2. 2. HS, Nachteile auszuschließen, wenn Beschäftigte die unter Verletzung der Referenzzeiten oder der Ankündigungsfrist abgerufene Leistung verweigern. Nachteile manifestieren sich nicht nur in arbeitsrechtlichen Sanktionen, sondern auch in finanziellen Verlusten. Während ersteres durch das Leistungsverweigerungsrecht bereits nach dem geltenden Recht abgedeckt wird, sollte ausdrücklich gesetzlich klargestellt werden, dass Beschäftigte, die aufgrund eines fehlerhaften oder fehlenden Abrufs ihre Arbeitsleistung nicht erbringen, den Vergütungsanspruch in dem vereinbarten bzw. nach der gesetzlichen Regelung des § 12 Abs. 1 Satz 3 TzBfG vorgeschriebenen Umfang nicht verlieren.

In der Praxis entstehen für Arbeitgeber, die die Ankündigungsfrist regelmäßig verletzen³, keine finanziellen Konsequenzen. Finanzielle Einbußen entstehen hingegen vollständig bei den Beschäftigten.

Die Richtlinie verlangt einen vollständigen Ausgleich der Nachteile, die Beschäftigten für den Fall, dass die Arbeitsleistung nicht während der vereinbarten bzw. zu vereinbarenden Referenzzeiten oder innerhalb der Ankündigungsfrist abgerufen wurde, entstehen. **Einzuführen in § 12 TzBfG ist eine eigenständige Schadensersatzregelung.** Beschäftigte sind so

³ DGB Arbeitsmarkt Aktuell 6/2016, S. 12: je nach Art der Beschäftigung zwischen 65 – 83 %



zu stellen, wie sie stehen würden, wenn der Abruf innerhalb des vereinbarten bzw. zulässigen Rahmens und damit mit vereinbarten und zu vergütenden Stundenvolumen und entsprechend der vereinbarten Vergütung erfolgt wäre. Mindestens **muss für Beschäftigte gelten, deren Festlegung der Arbeitszeiten über Dienstpläne erfolgt – auch hier bedarf es einer entsprechenden Schadenersatzregelung.** Zusätzlich einzuführen ist ein ausdrücklicher Schadenersatzanspruch für den Fall des Widerrufs des Einsatzes; **auch hier muss mindestens Gleiches für Beschäftigte gelten, deren Festlegung der Arbeitszeiten über Dienstpläne erfolgt, denn Art. 10 der RL gilt auch für Arbeitszeitgestaltung durch Dienstpläne.** Diese Verpflichtung folgt unmittelbar aus Art. 10 Abs. 3 der Richtlinie. Der Schadenersatzanspruch muss sowohl für die Fälle greifen, in denen der Widerruf unter Verletzung der Vier-Tage-Frist erfolgt als auch für die Fälle des Widerrufs eines bereits zuvor erfolgten Abrufs.

Mit den Anpassungen in **Abs. 6 des § 12 TzBfG-E** wird weiterhin an der Tariföffnungsklausel „nach unten“ festgehalten, was der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften kritisieren. Die darauf basierende Möglichkeit zur Bezugnahme auf einen solchen Tarifvertrag ist abzulehnen.

Hilfsweise – für den Fall, dass es bei einer Tariföffnungsklausel verbleibt – wäre zumindest zu regeln, dass die Abweichung durch Tarif nur dann zulässig ist, wenn der Gesamtschutz gewahrt bleibt. Denn es ist Art. 14 der Transparenzrichtlinie zu berücksichtigen. Danach sind abweichende Regelungen zuungunsten der Arbeitnehmer nicht mehr zulässig. Vielmehr lässt die Richtlinie abweichende Regelungen der Sozialpartner nur unter dem Vorbehalt zu, dass der Schutz der Arbeitnehmer*innen insgesamt gewahrt bleibt. Also ist die Anforderung des Gesamtschutzes auch in die nationale Vorschrift zu übernehmen. Diese Voraussetzung gilt dann entsprechend auch für § 9 a Abs. 6, § 13 Abs. 4 und § 14 Abs. 2 Satz 3 und 4 TzBfG. Erst mit dieser Lösung wäre auch den Anforderungen des Art. 14 der Richtlinie genüge getan.

§ 15 Abs. 3 TzBfG-E: Regelung zu Probezeit

Geplant ist eine Ergänzung des § 15 Abs. 3 TzBfG um eine Bestimmung zur Begrenzung der Dauer der Probezeit bei befristeten Arbeitsverträgen. Die Regelung dient der Umsetzung des Art. 8 der Richtlinie, sie beschränkt sich aber auf die Vorgaben des Abs. 2 des Art. 8 der Richtlinie und ignoriert die Vorgabe des Abs. 1.

Art. 8 Abs.1 der Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu, die zulässige Dauer der Probezeit auf max. sechs Monate zu beschränken. Der Begriff der Probezeit ist entsprechend dem Erwägungsgrund 27 der Richtlinie funktional zu verstehen als Erprobungsphase, nach deren Ablauf die Ungewissheit für den Beschäftigten hinsichtlich seiner Stelle beendet werden soll. Im deutschen Recht manifestiert sich die Erprobungsphase in der verkürzten Kündigungsfrist nach § 622 Abs. 3 BGB sowie in der Wartefrist vor dem Eingreifen des allgemeinen Kündigungsschutzes nach § 1 Abs. 1 KSchG. Die aktuelle Rechtslage wirft Fragen bzgl. deren Vereinbarkeit mit den Vorgaben der Richtlinie auf: Zum einen fehlt bisher in § 622 Abs. 3 BGB eine Regelung, welche die Vereinbarung von Probezeiten mit einer Länge von mehr als sechs Monaten dem Grundsatz nach untersagt. Aufgrund der grundsätzlichen Ausnahme von Beschäftigten in Kleinbetrieben vom Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes (§ 23 Abs. 1 KSchG) ist zweifelhaft, ob der nur auf den Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB gestützte Schutz dieser Personen der Zielsetzung der Richtlinie, die Unsicherheit im Beschäftigungsverhältnis nach spätestens sechs Monaten zu beenden, genügt. Eine Ausnahme für Kleinstunternehmen sieht die Richtlinie aber nicht vor, so dass nach dem Ablauf von sechs Monaten die kündigungsschutzrechtliche Sicherheit für sämtliche Beschäftigte eintreten müsste.

Art. 8 Abs. 2 sieht vor, dass bei befristeten Arbeitsverhältnissen die Probezeitdauer in einem angemessenen Verhältnis zu der Dauer der Befristung zu setzen ist. Diese Vorgabe setzt der neugeplante § 15 Abs. 3 TzBfG um. Allerdings wird nicht näher bestimmt, welche



Dauer für die Probezeit angemessen ist. Diese Vorgabe sollte in Anlehnung an die Vorschläge im Gesetzgebungsverfahren auf maximal ein Viertel der vereinbarten Befristungsdauer konkretisiert werden.

III. Unzureichende Umsetzung der Instrumente zur Durchsetzung der Nachweispflicht und sonstiger Pflichten nach der Richtlinie

Die Richtlinie enthält in den Art. 15 ff. umfangreiche zwingende Vorgaben für die Ausgestaltung von Instrumenten zur Durchsetzung der Rechte nach der Richtlinie bzw. zum Schutz der Beschäftigten bei der Geltendmachung der Rechte nach der Richtlinie. Beschäftigte müssen auf gesetzliche Vermutungen und Verfahren für eine frühzeitige Streitbeilegung bei fehlender oder unzureichender Information über die Arbeitsbedingungen zurückgreifen können (Art. 15 der Richtlinie), dabei muss ihnen wirkungsvoller Benachteiligungsschutz, angelehnt an die Regeln des allgemeinen Antidiskriminierungsrechts, gewährt werden (Art. 17). **Der effektive Kündigungsschutz nach den Vorgaben des Art. 18 der Richtlinie setzt voraus, dass Beschäftigten im Falle einer Kündigung, welche auf eine Maßregelung wegen der Inanspruchnahme der Rechte nach der Richtlinie schließen lässt, vor dieser Kündigung zu schützen sind. Dabei ist ein Auskunftsrecht über die Kündigungsgründe und eine Umkehr der Beweislast zu schaffen. Darüber hinaus sind abschreckende und wirksame Sanktionen bei Verletzung der Rechte nach der Richtlinie zu regeln (Art. 19).**

Der Entwurf bleibt betreffend der Umsetzung dieses Kapitels insgesamt hinter den Vorgaben der Richtlinie zurück. Damit besteht eine offensichtliche und eklatante Umsetzungslücke, die durch den Gesetzgeber zu schließen ist.

1. Anforderungen an die Umsetzung der Vorgaben der Richtlinie zu gesetzlichen Vermutungen und Verfahren für eine frühzeitige Streitbeilegung (Art. 15 der Richtlinie)

Nach der Richtlinie ist Deutschland verpflichtet, die Durchsetzung der aus der Richtlinie resultierenden Verpflichtungen entweder alternativ oder kumulativ über beweisrechtliche Folgen in Form einer widerlegbaren gesetzlichen Vermutung zugunsten der Arbeitnehmer*innen (Art. 15 Abs. 1 lit. a) oder über die Einführung einer qualifizierten Beschwerdemöglichkeit (Art. 15 Abs. 1 lit. b) sicherzustellen. Konkret zu regeln ist, dass Arbeitnehmer*innen entweder in den Genuss von für sie günstigen Vermutungen, die vom Mitgliedstaat festgelegt werden und die vom Arbeitgeber widerlegt werden können, kommen, oder die Möglichkeit haben müssen, bei einer zuständigen Behörde oder Stelle eine Beschwerde einzureichen, um zeitnah und wirksam und angemessen Abhilfe zu erhalten.

Bezogen auf die versäumte oder unzureichende Unterrichtung genügt die Rechtslage in Deutschland diesen Anforderungen nicht. Effiziente Mechanismen zur Durchsetzung der Unterrichtungspflicht, insbesondere aber Instrumente die präventiv gegen die Verletzung der Unterrichtungspflicht wirken, gibt es bisher in Deutschland nicht.

Zwar können Arbeitnehmer*innen ihre Unterrichtsrechte vor den Arbeitsgerichten grundsätzlich einklagen. Allerdings handelt es sich hier nicht um zeitnahe und wirksame Abhilfemöglichkeiten iSv Art. 15 Abs. 1 lit. b der Richtlinie, die den Beschäftigten eine schnelle Information über die vereinbarten Arbeitsbedingungen verschaffen. Einstweiliger Rechtsschutz bezogen auf die Erfüllung der Unterrichtungspflichten ist bereits aufgrund fehlender Dringlichkeit nicht zu erwarten. Aus der Perspektive der Rechtsanwender*innen erscheint es auch wenig zielführend, ein gesondertes Verfahren explizit für die Durchsetzung der Unterrichtungspflichten einzuführen.

Von günstigen Vermutungsregelungen profitieren Beschäftigte, deren Nachweisrecht verletzt wurde, ebenfalls nicht, jedenfalls nicht hinreichend effizient. Die Gerichte wenden



beim Verstoß gegen die Nachweispflichten nach § 2 Abs. 1 NachwG die Grundsätze über die Beweisvereitelung an⁴. Allerdings hängen die konkret hieraus resultierenden Beweiserleichterungen stark vom Einzelfall ab und unterfallen der freien richterlichen Beweiswürdigung gem. § 286 ZPO⁵. Die unterbliebene Aushändigung eines schriftlichen Nachweises führt etwa nicht dazu, dass Arbeitnehmer*innen durch eine bloße Behauptung einer bestimmten Vereinbarung seiner Beweispflicht genügen. Vielmehr muss der bzw. die Beschäftigte Indizien vorbringen, die seinen/ihren Vortrag plausibel erscheinen lassen, etwa zu der Höhe der von ihm/ihr behaupteten, vereinbarten Vergütung⁶. Nur wenn dem Arbeitgeber anschließend der Gegenbeweis misslingt, ist die Behauptung des*der Arbeitnehmer*in als zutreffend zugrunde zu legen.

Um die Durchsetzung der Nachweispflicht entsprechend den Vorgaben der Richtlinie insbesondere dem Art. 15 Abs. 1 lit. a, umzusetzen, **wäre es erforderlich, eine widerlegbare Vermutungsregelung der Arbeitsbedingungen, über die Arbeitgeber entgegen seiner Verpflichtung nicht, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig unterrichtet hat, einzuführen.** Versäumt es der Arbeitgeber, den*die Beschäftigte*n am ersten Arbeitstag über die Kerninformationen sowie innerhalb von einem Monat über die restlichen Informationen zu unterrichten, sind die von dem*der Arbeitnehmer*in vorgetragene(n) Arbeitsbedingungen, zumindest im Umfang der einschlägigen tariflichen Regelungen, widerlegbar zu vermuten. Diese Vermutungsregelung muss sich zumindest auf diejenigen Arbeitsbedingungen des Katalogs des Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie beziehen, die den Leistungsumfang bestimmen (Tätigkeit, Arbeitszeit, Vergütung, Überstunden), aber auch für die Arbeitsbedingungen gelten, für die die Richtlinie ausdrücklich eine Vermutungsfolge ankündigt: Vorhandensein eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses, das Fehlen einer Probezeit oder das Innehaben einer Vollzeitstelle (s. Erwägungsgrund 39).

Zumindest aber sollten die Beweiserleichterungsmechanismen, etwa unter Heranziehung von Indizien, die auf den Leistungsumfang schließen lassen, gesetzlich verankert werden. Gesetzlich zu verankern wäre damit die durch die o. g. landesarbeitsgerichtliche Rechtsprechung entwickelte Rechtsprechung zur Anwendbarkeit der Grundsätze der Beweisvereitelung beim Verstoß gegen die Nachweispflichten nach § 2 Abs. 1 NachwG. Zusätzlich sollte geregelt werden, dass die Ausschlussfristen bis zur vollständigen Unterrichtung nicht zu laufen beginnen.

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften erwarten die Einführung einer ausdrücklichen Vermutungsregelung zugunsten der Beschäftigten bei einer fehlenden oder unzureichenden Information über die Arbeitsbedingungen.

2. Anforderungen an die Umsetzung der Vorgaben zum Benachteiligungsschutz (Art. 17 der Richtlinie)

Nach dem Art. 16 der Richtlinie sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, Arbeitnehmer*innen Zugang zu wirkungsvoller und unparteiischer Streitbeilegung zu gewähren und Anspruch auf Abhilfe einzuräumen, wenn ihre Rechte nach dieser Richtlinie verletzt werden. Die Unterrichtung über die Arbeitsbedingungen aber auch die Durchsetzung der Mindestanforderungen an Arbeitsbedingungen muss auf dem Rechtsweg durchzusetzen sein. Diese Möglichkeit, den Unterrichtungsanspruch gerichtlich durchzusetzen, besteht in Deutschland dem Grundsatz nach. Allerdings genügt weder die grundsätzlich bestehende Klagemöglichkeit noch das allgemeine Maßregelungsverbot des § 612a BGB den Anforderungen der Richtlinie. Denn Art. 17 der Richtlinie verlangt einen konkreten Diskriminierungsschutz, ausgerichtet auf einen Schutz vor jedweder Benachteiligung durch den Arbeitgeber und

⁴ LAG Rheinland-Pfalz, v. 1.6.2012 – 9 Sa 279/11; LAG Niedersachsen v. 21.2.2003 – 10 Sa 1683/02.

⁵ LAG Düsseldorf v. 20.10.2015 – 8 SA 1091/13; LAG Niedersachsen v. 21.2.2003 – 10 SA 1683/02.

⁶ LAG Rheinland-Pfalz v. 1.6.2012 – 9 Sa 279/11; LAG Rheinland-Pfalz v. 10.5.2007 – 11 Sa 25/07.



vor jedweden negativen Konsequenzen für Arbeitnehmer*innen und Arbeitnehmer*innenvertreter, wenn sie Beschwerde beim Arbeitgeber eingereicht oder ein Verfahren angestrengt haben mit dem Ziel, die Einhaltung der im Rahmen dieser Richtlinie gewährten Rechte durchzusetzen. Neben einem spezialgesetzlichen Maßregelungsverbot bei Durchsetzung der Unterrichtungspflichten sowie grundsätzlich auch der weiteren Pflichten nach der Richtlinie, die in der Umsetzung der Art. 8 – 13 zu regeln sind, braucht es eine prozessuale Regelung, welche diesen Benachteiligungsschutz umsetzt. Anzulehnen sind die entsprechenden Regelungen an die § 16 iVm § 22 AGG.

3. Anforderungen an die Umsetzung der Vorgaben zum Schutz vor Kündigungen (Art. 18 der Richtlinie)

Art. 18 der Richtlinie sieht konkrete Vorgaben für einen Kündigungsschutz für diejenigen vor, die wegen der Inanspruchnahme der Rechte nach der Richtlinie gekündigt werden. Diese Vorgaben finden in dem vorliegenden Entwurf keine Berücksichtigung. Die offensichtliche Umsetzungslücke muss geschlossen werden.

Art. 18 Abs. 1 verbietet den Arbeitgebern, Arbeitnehmer*innen wegen der Geltendmachung der Rechte aus der Richtlinie zu kündigen. **Zur Umsetzung dieser Vorgabe genügt das bestehende, in der Praxis wenig hilfreiche, allgemeine Maßregelungsverbot des § 612a BGB jedenfalls nicht**, da hier die volle Beweislast auf dem bzw. der Beschäftigten liegt. Denkbar wäre zwar ein spezieller Kündigungsschutztatbestand, welcher unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen des KSchG bei der Verletzung der Rechte aus der Richtlinie gelten würde. Damit würde aber nur für einen Teil der Maßregelungen, die Beschäftigte bei der Geltendmachung ihrer Rechte erfahren, verstärkter Kündigungsschutz eingerichtet werden. Das Problem ist aber genereller Natur und bedarf einer generellen Lösung: Beschäftigte, die ihre Rechte durchsetzen bzw. in Anspruch nehmen, erfahren oft Maßregelungen bis hin zu Kündigungen, verfügen aber über unzureichende Beweise, um sich dagegen zur Wehr zu setzen. **Ganz grundsätzlich muss daher für Beschäftigte, welche Indizien vorbringen, die auf eine maßregelnde Kündigung schließen lassen, eine Beweislastregelung nach dem Vorbild des § 22 AGG geschaffen werden bzw. dementsprechend ist die Regelung des § 612a BGB anzupassen.** Die Umsetzung dieser Richtlinie sollte für den Gesetzgeber ein weiterer Anlass sein, die Defizite des § 612a BGB in den Blick zu nehmen und Nachbesserungen bei der Beweislastverteilung vorzunehmen.

Eine generelle Neujustierung der Beweislastverteilung bei Maßregelungen infolge der Inanspruchnahme von Rechten ist auch vor dem Hintergrund der weiteren Vorgaben der Richtlinie geboten: Art. 18 Abs. 2 schreibt vor, dass Arbeitnehmer*innen, die der Ansicht sind, dass ihnen aufgrund der Inanspruchnahme der in dieser Richtlinie vorgesehenen Rechte gekündigt worden ist oder dass sie deshalb Maßnahmen mit gleicher Wirkung ausgesetzt sind, vom Arbeitgeber verlangen können, dass dieser hinreichend genau bezeichnete Gründe für die Kündigung oder die Maßnahme mit gleicher Wirkung schriftlich darlegen muss. **Das bisher in dem Fall einer außerordentlichen Kündigung bestehende Auskunftsrecht über die Kündigungsgründe (§ 626 Abs. 2 Satz 3 BGB) ist entsprechend den Richtlinienvorgaben konsequenterweise auf die Fälle der ordentlichen Kündigung nach Inanspruchnahme der Rechte aus der Richtlinie zu erweitern.** Art. 18 Abs. 3 der Richtlinie sieht zudem vor, dass in Fällen, in denen die in Absatz 2 genannten Arbeitnehmer*innen vor einem Gericht oder einer anderen zuständigen Behörde oder Stelle Tatsachen anführen, die darauf schließen lassen, dass eine solche Kündigung oder Maßnahme mit gleicher Wirkung erfolgt ist, die der Arbeitgeber nachzuweisen hat, dass die Kündigung aus anderen als den in Absatz 1 angeführten Gründen erfolgt ist. Zur Umsetzung dieser Vorgabe bedarf es einer Beweisregelung nach dem Vorbild der Regelung des § 22 AGG. Legt der bzw. die Beschäftigte Indizien vor, die auf eine Kündigung aufgrund der Inanspruchnahme der Rechte nach der Richtlinie schließen lassen, hat der Arbeitgeber darzulegen und zu beweisen, dass tragend für die Kündigung ein rechtmäßiger Beweggrund war.



Zudem wäre die Möglichkeit zur Stellung eines Auflösungsantrags nach § 9 KSchG für den Kündigungsberechtigten auszuschließen. **Eine strukturelle Lösung mit dem Ziel, die Beweislast in Fällen, die auf eine Maßregelung schließen lassen, auf die Arbeitgeber zu verlagern, erscheint nicht nur im Anwendungsbereich der Richtlinie, sondern ganz generell, sinnvoll.**

Einzuführen ist zudem, dass die zwingend zu erteilende Information über die einzuhaltende Klagefrist (§§ 4, 7 KSchG und § 17 TzBfG) im Kündigungsschreiben bzw. bei einer Befristungsvereinbarung anzugeben ist, als zwingende Voraussetzung für den Lauf der Kündigungsfristen (s. dazu unter Bewertung zu § 2 Abs. 1 NachwG-E, Umfang der Informationen). Nur so kann gewährleistet werden, dass Arbeitnehmer*innen innerhalb der ohnehin sehr kurzen Zeit ihre Rechte aus der Richtlinie geltend machen können.

4. Unzureichende Umsetzung des Art. 19: Ausdrücklicher Schadensersatzanspruch ist als wirksame, angemessene und abschreckende Sanktion

Die Richtlinie verlangt von den Mitgliedstaaten, Sanktionen festzulegen, die bei Verstößen gegen nationale Rechtsvorschriften, welche gemäß dieser Richtlinie erlassen wurden, oder gegen bereits geltende einschlägige Vorschriften zu den Rechten, die unter diese Richtlinie fallen, anwendbar sind. Die vorgesehenen Sanktionen müssen wirksam, angemessen und abschreckend sein. Damit wurde die bisherige allgemeine EuGH-Rechtsprechung in einer spezifischen Richtlinienbestimmung kodifiziert. Daraus entsteht unmittelbarer Handlungsdruck für den deutschen Gesetzgeber, da das Nachweisgesetz a. F. derartige Sanktionen noch nicht festgelegt hat.

Mit dem Gesetzesentwurf soll die Vorgabe des Art. 19 der Richtlinie in Gestalt eines Bußgeldkatalogs für die Fälle der Verletzung der Nachweispflichten (§ 4 NachwG-E) umgesetzt werden. Die Vorschrift des § 4 NachwG-E, die zwar Verstöße gegen Ordnungswidrigkeiten regeln, aber keinen verbindlichen Bußgeldrahmen setzt, ist nicht ausreichend, zudem verbessert sie die Lage der Beschäftigten, deren Rechte nach der Richtlinie verletzt wurden, nicht unmittelbar. Den Beschäftigten kommt es nicht zugute, wenn der Staat die Verletzung ihrer Informationsrechte mittels Bußgeldandrohung sanktionieren kann (aber noch nicht mal muss). Vielmehr sollte der Schaden, der den Beschäftigten durch die Missachtung ihrer Unterrichtsrechte oder sonstigen materiellen Rechte entsteht, ersetzt werden. In der Praxis kommt bisher nur ausnahmsweise der Schadensersatzanspruch bei Verletzung der Nachweispflicht zur Anwendung, nämlich bei einem Verstoß gegen die Pflicht zum Nachweis über die anwendbaren Tarifverträge (§ 2 I Nr. 10 NachwG), wenn dadurch die tarifvertraglichen Ausschlussfristen versäumt wurden und tarifvertragliche Ansprüche nicht geltend gemacht wurden⁷.

Zielführend wäre zudem eine Regelung, wonach Ausschlussfristen nicht zu laufen beginnen, solange die Unterrichtung nicht vollständig erbracht wurde. Aus Sicht des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften braucht es jedoch eine effektive Schadensersatzregelung. Als Vorbild kann hier die Regelung im § 15 AGG dienen, die im Zusammenhang mit der Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben der EU-Antidiskriminierungsrichtlinien als wirkungsvolle Sanktionen erlassen wurde.

Gerade bei Arbeitsvertragsbestimmungen, die für Arbeitgeber günstig sind, wie etwa Überstundenverpflichtungen, die der Arbeitgeber aber nicht schriftlich nachgewiesen hat, ist die bisherige Gesetzeslage und Rechtsprechung defizitär. Im Sinne einer wirkungsvollen und abschreckenden Sanktion ist daher zu regeln, dass Arbeitgeber sich nicht auf derartige, für sie günstige, aber nicht nachgewiesene Bestimmungen berufen können. Dieser Rechtsfolgenandrohung entspricht im Übrigen den vom EuGH zur Auslegung der EU-Nachweisrichtlinie entwickelten Grundsätzen (EuGH-Entscheidung v. 8.2.2001, C-350/99, Lange ./ Schünemann).

⁷ BAG v. 30.10.2019 – 6 AZR 465/18, Rn. 47.