



Oktober 2010  
AK Studie

# Überlegungen zu weiteren Europäischen Mindeststandards zum Arbeitsrecht

Univ.Prof. Dr. Robert Rebhahn

## Überlegungen zu weiteren Europäischen Mindeststandards zum Arbeitsrecht

1. Vom Unionsrecht geregelte und nicht geregelte Bereiche .....	1
2. Auf der Suche nach neuen Europäischen Mindeststandards .....	5
1. Auswahlkriterien .....	5
2. Politische Agenda der Union .....	10
a. Zur Agenda .....	10
b. Potentielle Themen für Initiativen .....	14
3. Folgen offener Grenzen .....	19
4. „Traditionelles“ Arbeitsrecht .....	21
5. Drei Problembereiche im Besonderen .....	25
a. Vermutungsregel .....	25
b. Unfair Terms und Nebenpflichten .....	27
c. Vereinbarkeit von Beruf und Familie, insb durch Kündigungsschutz .....	29

Unter Arbeitsrecht werden hier jene Regelungen verstanden, die das Arbeitsverhältnis oder Kollektive Arbeitsbeziehungen regeln, also nicht Fragen der Beschäftigungspolitik und der Sozialen Sicherheit. Unter Mindeststandards sind normative Vorgaben der Union zu verstehen, von denen die Mitgliedstaaten zum Vorteil der Arbeitnehmer abweichen können. Das Unionsrecht regelt nur einen Teil jener Fragen, die in Europa herkömmlich im Arbeitsrecht geregelt sind. Dieser Beitrag soll – dem Wunsch der Auftraggeber entsprechend – skizzieren, zu welchen Fragen der traditionellen Regelungsbereiche des Arbeitsrechts die Entwicklung neuer unionsrechtlicher Mindeststandards erfolversprechend sein könnte. Vorweg sei bemerkt, dass die folgenden Erwägungen nicht notwendig eine Empfehlung des Verfassers beinhalten, erwogene Initiativen auch zu ergreifen.

### 1. Vom Unionsrecht geregelte und nicht geregelte Bereiche

Die genannte Aufgabe setzt voraus zu skizzieren, welche Fragen bereits durch Unionsrecht erfasst sind und welche nicht.

Das Arbeitsrecht wird traditionell als Sonderrecht der unselbständig Erwerbstätigen verstanden. Der Begriff des Arbeitnehmers bzw des Arbeitsverhältnisses ist daher der „Eckstein“ des Arbeitsrechts. Das Unionsrecht kennt im Primärrecht den Begriff der Arbeitnehmer,<sup>1</sup> definiert ihn aber nicht. Auch das Sekundärrecht definiert ihn nicht. Der EuGH hat den Begriff primär zur Freizügigkeit konkretisiert, und dabei vorwiegend auf organisatorische Unterordnung abgestellt.

Das Unionsrecht kennt keine besonderen Regeln für eine besondere Gruppe von per-

---

<sup>1</sup> Art 45, 153, 157 AEUV.

sönlich Arbeitenden, die zwar nicht Arbeitnehmer sind, aber doch wirtschaftlich unselbständig oder abhängig für einen oder wenige Vertragspartner tätig sind (Arbeitnehmerähnliche bzw economically dependent). Vielmehr werden im Unionsrecht alle Nicht-Arbeitnehmer als Selbständige iSd Unionsrechtes gesehen. So wie in den wohl meisten nationalen Rechten ist dabei die Arbeitnehmereigenschaft begründungsbedürftig. Das Unionsrecht kennt keine Regeln, welche die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft im Einzelfall erleichtern, wie eine Vermutungsregel.

Weitgehend unionsrechtlich geregelt ist der Zugang zum Arbeitsmarkt der Mitgliedstaaten. Grds haben alle Unionsbürger freien Zugang. Vorübergehend gibt es noch für Bürger mancher neuen Mitgliedstaaten in einigen alten Mitgliedstaaten (darunter Österreich) Einschränkungen, sowie reziproke Einschränkungen. Dasselbe gilt für Bürger des EWR und der Schweiz. Für andere Drittstaatsangehörige können die Mitgliedstaaten den Zugang grds selbst regeln; allerdings haben Familienangehörige von EU-Wanderarbeitnehmern das Recht, in jedem anderen Mitgliedstaat zu arbeiten. Unionsrecht und Abkommen sehen für die Bürger einer Reihe von Staaten vor, dass sie, falls sie legal in einem Mitgliedstaat arbeiten, das Recht auf dieselben Arbeitsbedingungen wie Inländer haben.

Die inhaltlich weitesten Regeln (auch) zum Arbeitsrecht des Unionsrechts finden sich in den Normen gegen Diskriminierung.<sup>2</sup> Sie verlangen von den Mitgliedstaaten, direkte und indirekte Diskriminierungen aufgrund eines der ausdrücklich missbilligten Merkmale – insb Geschlecht, Staatsangehörigkeit, ethnische Herkunft, Alter und Behinderung – zu verbieten und wirksam zu ahnden. Allerdings handelt es sich bei den Verboten selbst nur eingeschränkt um Mindeststandards. In Bezug auf die meisten der genannten Merkmale wirken die Verbote nämlich zweiseitig. Bevorzugungen einer bestimmten Gruppe sind nur beschränkt als „positive Maßnahmen“ zulässig; dazu gibt es aber bereits Ermächtigungen. Als Mindeststandards iSd kann man hier nur die Vorgaben zu den Sanktionen einer Diskriminierung sehen.

Das Unionsrecht enthält keine Regeln zur Arbeitspflicht als Hauptpflicht der Arbeitnehmer, etwa in Bezug auf die erforderliche Umschreibung dieser Pflichten sowie die Möglichkeit einseitiger Änderungen durch den Arbeitgeber. Geregelt sind hingegen Höchstgrenzen der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit sowie Mindestruhezeiten (RL 2003/88/EG). Allerdings erlaubt die Arbeitszeit-Richtlinie, dass die Mitgliedstaaten ein opting-out mit Zustimmung der einzelnen Arbeitnehmer vorsehen. Das Unionsrecht gibt bereits einen Anspruch auf jährlichen bezahlten Erholungsurlaub (Art 7 RL 2003/88/EG).

Bereits sehr ausführlich geregelt sind Fragen zur Gesundheit und Sicherheit am Ar-

---

<sup>2</sup> Insb Art 45, 157 AEUV; RL 2006/54/EG; RL 2000/78/EG; RL 2000/43/EG.

beitsplatz.<sup>3</sup> Allerdings gelten die Vorschriften nur für Arbeitnehmer iSd Richtlinie, nicht auch für andere persönlich Arbeitende.

Das Unionsrecht enthält keine Regeln zum Arbeitsentgelt selbst. Art 153 Abs 5 AEUV schließt eine Regelung dazu auf dieser Kompetenzgrundlage sogar ausdrücklich aus.<sup>4</sup> Eine andere Kompetenz für die unionsweite Regelung eines Mindestentgeltes (etwa in Abhängigkeit vom nationalen Medianlohn) ist nicht erkennbar. Nicht ausgeschlossen ist dadurch allerdings, dass sich andere auf Art 153 AEUV gestützte Regelungen auf das Entgelt auswirken.<sup>5</sup>

Das Unionsrecht enthält keine Regeln zur Risikoverteilung im Arbeitsverhältnis, insb also keine Regelung zur Entgeltspflicht bei Unterbleiben der Dienstleistung aus wirtschaftlichen Gründen (Unternehmens- bzw Betriebsrisiko) sowie zur (Minderung der) Haftung des Arbeitnehmers. Es enthält auch keine Regeln zu Nebenpflichten der Arbeitnehmer, zB Grenzen für nachvertragliche Wettbewerbsverbote (welche die employability beeinträchtigen). Das Unionsrecht enthält – sieht man vom Diskriminierungsverbot und den Normen zu Gesundheit und Sicherheit ab – keine Normen zu den Nebenpflichten des Arbeitgebers. Insb ist das Verbot missbräuchlicher Klauseln (*unfair terms*) der RL 93/13/EWG nur auf Verbraucherverträge anwendbar, nicht auf Arbeitsverträge.

Das Unionsrecht sieht bereits Maßnahmen zum Schutz von Schwangeren vor, einschließlich eines Rechtes auf Mutterschaftsurlaub (RL 92/85/EWG). Es regelt auch das Recht auf Elterurlaub (RL 96/34/EG und nun RL 2010/18/EU).

Das Unionsrecht verbietet bereits die Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigung und unterstützt den Wechsel zwischen Voll- und Teilzeit (RL 97/81/EG).

Das Unionsrecht regelt die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht umfassend, sondern nur bruchstückhaft. Art 153 Abs 1 lit d) AEUV ermächtigt auch zu Regelungen betreffend den „Schutz der Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsvertrags“, allerdings nur bei Einstimmigkeit im Rat. Wohl auch aus diesem Grund enthält das Unionsrecht derzeit keine allg Regeln zur Beschränkung der Kündigung, auch nicht durch nur verfahrensmäßige Anforderungen. Die Normen gegen Diskriminierung gelten allerdings auch bei Beendigungen, was potentiell sehr viele Kündigungen unter Rechtfertigungslast stellt. Für Massenkündigungen sind (nur) Verfahrensanforderungen vorgesehen (RL 98/59/EG), nicht aber inhaltliche Schranken oder das Erfordernis eines Sozialplanes. Die wiederholte Befristung von Arbeits-

---

<sup>3</sup> Vgl insb die Arbeitsschutz-Rahmen-RL 89/391/EWG.

<sup>4</sup> „(5) Dieser Artikel gilt nicht für das Arbeitsentgelt, das Koalitionsrecht, das Streikrecht sowie das Aussperrungsrecht.“

<sup>5</sup> Vgl EuGH C-307/05, Del Cerro Alonso, Slg. 2007, I-7109 Rn. 31 ff.

verträgen muss beschränkt werden, wobei die Grenzen eher weit sind (RL 1999/70/EG). Überdies ist die Diskriminierung aufgrund einer Befristung zu untersagen. Punktuell geregelt ist das Schicksal der Arbeitsverträge bei „Betriebsübergang“ (RL 2001/23/EG): Die Verträge gehen über, die Beendigung aus Anlass des Betriebsüberganges ist zu untersagen.

Seit 2008 geregelt ist die Überlassung von Arbeitskräften (RL 2008/104/EG). Die Richtlinie schützt neben den überlassenen Arbeitnehmern auch die Überlaser gegen Beschränkung von deren Tätigkeit.

Das Unionsrecht regelt die Durchsetzung seiner Anordnungen zum Arbeitsrecht, insb die Durchsetzung von Rechten der einzelnen Arbeitnehmer, kaum näher. Allgemein verlangt das Unionsrecht wirksame und abschreckende Sanktionen, die nicht hinter jenen des nationalen Rechts für vergleichbare Rechte zurückbleiben dürfen.<sup>6</sup> Bisher gibt es aber keine allg Regel die ausdrücklich vorschreibt, dass die Durchsetzung der vom Unionsrecht vorgesehenen Positionen durch staatliche Behörden von Amts wegen zu erfolgen habe oder durch Strafen sanktioniert sein müsse, oder dass kollektive Klagerechte bestehen müssten. Dies gilt insb auch für den Fall, dass Bürger unter Berufung auf die Grundfreiheiten der Selbständigen in einem anderen Mitgliedstaat arbeiten, aber eine tatsächlich unselbständige Tätigkeit nahe liegt. Die Judikatur des EuGH steht „wirksamen“ Kontrollen und Sanktionen eher entgegen.

Seit längerem geregelt ist die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen von Dienstleistungsaufträgen über die Grenze (RL 96/71/EG). Viele haben diese Entsende-Richtlinie als Mindeststandard (miss)verstanden. Der EuGH hat 2007 entschieden, dass die Entsende-Richtlinie abschließend regelt, welche seiner Arbeitsbedingungen der Arbeitsstaat für entsendete Arbeitnehmer vorschreiben darf.<sup>7</sup> Auch die Entsende-Richtlinie regelt die zu ihrer Durchsetzung gegenüber Entsendern erforderlichen Kontrollen und Sanktionen nicht, die Judikatur des EuGH steht auch hier „wirksamen“ Kontrollen und Sanktionen eher entgegen.

Das Koalitionsrecht ist von der Union weitgehend nicht geregelt, und darf gem Art 153 Abs 5 AEUV auch nicht auf Basis von Art 153 geregelt werden. Auch Kollektive Verträge sind von der Union nicht geregelt. Dazu ist strittig, inwieweit sie – insb transnationale Tarifverträge – aufgrund von Art 153 Abs 1 lit f) AEUV<sup>8</sup> geregelt werden dürfen; jedenfalls wäre danach Einstimmigkeit im Rat erforderlich. Das Arbeitskampfrecht darf gem Art 153

---

<sup>6</sup> Malmberg (Hrsg), *Effective Enforcement of EC Labour Law*, 2003. Die Kommission hat 2007 zwar festgestellt, dass die Anhörung zu Grünbuch das Bedürfnis nach besserer Durchsetzung gezeigt habe (IP/07/1584), in der Folge aber offenbar keine weiteren Aktivitäten gesetzt.

<sup>7</sup> EuGH C-341/05, *Laval*, Slg 2007, I-11767 Rn 80 f.

<sup>8</sup> „f) Vertretung und kollektive Wahrnehmung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen, einschließlich der Mitbestimmung, vorbehaltlich des Absatzes 5,“

Abs 5 AEUV nicht auf Basis von Art 153 geregelt werden, und ist auch sonst nicht von der EU gesetzlich geregelt. Allerdings hat der EuGH nun Arbeitskämpfmaßnahmen jedenfalls bei grenzüberschreitenden Sachverhalten (Entsendung, Betriebsverlegung in einen anderen Mitgliedstaat) den Grundfreiheiten unterworfen.

In Bezug auf Vertretungen der Arbeitnehmer in Betrieb und Unternehmen regelt die Union derzeit das Recht auf Information und Konsultation (RL 2002/14/EG) sowie den Europäischen Betriebsrat (RL 94/45/EG). Diese Richtlinie regelt sowohl die Organisation wie das materielle Recht, jene zu Information und Konsultation nur das materielle Recht. Es gibt derzeit keine Vorgaben zur Organisation der Vertretung in Betrieb und Unternehmen unterhalb des Europäischen Betriebsrates. In Bezug auf die Vertretung der Arbeitnehmer in einem Unternehmensorgan (Mitbestimmung im Aufsichtsrat) trifft das Unionsrecht keine eigenständige Regelung, sondern versucht nur zu verhindern, dass allein gesellschaftsrechtliche Änderungen über die Grenze einen Abbau dieser Vertretung erlauben.

Erwähnt sei, dass die Union auch Leistungen bei Arbeitslosigkeit nicht normativ regelt. Es ist fraglich, ob sie dafür kompetent wäre, etwa indem sie eine Mindestersatzrate für bestimmte Zeit in Abhängigkeit von aktiven Bemühungen der Arbeitssuchenden festlegt (und alles Übrige den Mitgliedstaaten überlässt). Die Bemühungen der EU um flexicurity betonen stets die Bedeutung einer ausreichenden Absicherung der Arbeitssuchenden, auch um die leicht(ere) Auflösung des bisherigen Arbeitsverhältnisses besser zumutbar zu machen.

## **2. Auf der Suche nach neuen Europäischen Mindeststandards**

### ***1. Auswahlkriterien***

Bei der Suche nach jenen unregelmäßig, „weißen Bereichen“ des unionsrechtlichen Arbeitsrechts, für die Initiativen für Mindeststandards denkbar und erfolgversprechend sein könnten, sind verschiedene Auswahlkriterien relevant, insb die folgenden drei:

- die mit Mindeststandards verfolgbaren politischen Ziele;
- Regelungskompetenz und damit Regelungsmöglichkeit von Mindeststandards;
- die Erfolgsaussichten einer Initiative.

a. Das erste Auswahlkriterium betrifft die mit der Regelung von Mindeststandards verfolgten *politischen Ziele*.

Aktivitäten der Gemeinschaft bzw Union zum Arbeitsrecht können verschiedene Ziele verfolgen. *Syrpis* hat dazu drei mögliche Ziele genannt:<sup>9</sup> sozialpolitische Ziele, also die Stärkung der Position der Arbeitenden und/oder die Verbesserung der Arbeitsbedingungen;

---

<sup>9</sup> *Syrpis*, EU Intervention in Labour Law (OUP, 2007).

ökonomische Ziele, wie hohe Beschäftigung, Effizienz und ungestörter Wettbewerb; sowie Integrationsziele, va die Beseitigung von Hindernissen für Mobilität und Leistungswettbewerb. Ein weiteres Ziel wäre die Reaktion auf die Öffnung der Märkte durch das Unionsrecht, um dem (nationalen) Arbeitsrecht besser zu ermöglichen, mit offenen Grenzen (zB durch transnationale Tarifverträge) oder mit anderen Vorgaben des Unionsrechtes (zB Dienstleistungsfreiheit) zu leben. In den letzten Monaten wurde im Zusammenhang mit der Krise des Euro und verschiedener Mitgliedstaaten über einen besonderen Aspekt des Integrationszieles diskutiert. Da in der Währungsunion unterschiedliche Entwicklungen (Entwicklung der Löhne und der Produktivität) und Regulierungen der nationalen Arbeitsmärkte nicht mehr durch Anpassung der Wechselkurse aufgefangen werden können, sei es erforderlich, die nationalen Arbeitsmärkte und deren Regulierung stärker an einheitlichen Vorstellungen auszurichten (Entwicklung zu einer „Wirtschaftsunion“).

Mindeststandards dienen primär sozialpolitischen Zielen; diese können damit wirksam verfolgt werden. Ferner kann mit Mindeststandards das Ziel verfolgt werden, auf neue Lagen zu reagieren, die durch die Öffnung der Grenzen und den Binnenmarkt verursacht wurden. Die derzeitigen arbeitsrechtlichen Richtlinien enthalten – sieht man von der Entsende-RL und partiell den Diskriminierungsverboten ab – nur Mindeststandards.

Zur Verfolgung rein ökonomischer Ziele wie Steigerung von Effizienz und Wettbewerbsfähigkeit und Schaffung neuer Jobs eignen sich Mindeststandards hingegen weit weniger. Ökonomische Ziele können durch Regelungen, von denen der Mitgliedstaat stets zugunsten der Arbeitnehmer abweichen kann, jedenfalls in der Regel nicht gezielt beeinflusst oder gefördert werden. Ähnliches gilt in Bezug auf das Verfolgen von Integrations-Zielen. Integrationsziele werden am besten verwirklicht, wenn Unterschiede in den Rechtslagen beseitigt werden. Mindeststandards erfüllen diese Funktion aber notwendigerweise nur partiell. Rein ökonomische Ziele oder Integrationsziele können somit mit Mindeststandards jedenfalls nicht als Primärziele verfolgt werden. Im Vordergrund der Aktivitäten der EU im Bereich des Arbeitsrechts standen in den letzten Jahren allerdings weniger die sozialpolitischen Ziele als vielmehr ökonomische und integrationsbezogene Ziele (dazu unten 2).

Aus der Sicht der österreichischen Arbeitnehmer kommen insb zwei unterschiedliche, aber nicht gegenläufige Ziele für Maßnahmen der Union zum Arbeitsrecht in Betracht: Erstens eine weitere Verbesserung der Position der Arbeitnehmer; zweitens die Absicherung des (bestehenden) sozialpolitischen Standards Österreichs auch in der Union, indem der Mindeststandard auch für andere Mitgliedstaaten angehoben wird. Letzteres verbessert auch die Wettbewerbsposition der österr Wirtschaft in der EU (wenn auch nicht die Position in der

Welt). Aus Sicht der österr Arbeitnehmer steht von den beiden genannten Zielen wohl eher das zweite im Vordergrund: die Absicherung des bestehenden sozialpolitischen Standards Österreichs, insb auch durch Maßnahmen, welche auf Grenzöffnungen reagieren und es den Mitgliedstaaten erlauben, dennoch einen höheren Sozialstandard aufrechtzuerhalten wenn sie dies wollen.

Verschiedentlich wird befürchtet, Mindeststandards der Union könnten bewirken, dass in manchen Mitgliedstaaten bestehende höhere nationale Standards in der Folge abgebaut werden. Bei Vollharmonisierung wäre dies eine notwendige Folge, bei Mindeststandards hängt es hingegen primär von der nationalen Politik ab, ob sie diesen Weg geht. Die Einführung eines Mindeststandards, der unter dem nationalen liegt, gibt dazu keinen unmittelbaren Anlass, sondern kann den höheren nationalen Standard sogar eher stützen falls er dazu beiträgt, dass sich die Unterschiede im Standard innerhalb der EU verringern. Überdies enthalten die meisten arbeitsrechtlichen Mindeststandard-RL schon derzeit eine „Sperrklausel“.<sup>10</sup>

Zumindest partiell könnten jene Ziele, die aus der Sicht der österr Arbeitnehmer genannt wurden, auch durch Vorschriften der Union verfolgt werden, welche neben Mindest- auch Höchststandards und damit einen „Regelungskorridor“ vorsehen (zB Kündigungsfrist zwischen x Wochen y Monaten; Abfindung bei Kündigung zwischen c und y Wochenentgelten; Ersatzrate zwischen x und y Prozent). Solche Regelungen wurden bisher schon deshalb nicht erwogen, weil die Mitgliedstaaten stets Raum für sozialpolitische Verbesserungen haben wollten.<sup>11</sup> Der politische Wunsch nach solchen Regelungen könnte sich nun aber im Zuge der erwähnten Vorstöße für eine „Wirtschaftsunion“ mit einheitlicheren Regeln für den Arbeitsmarkt stellen. Sofern der österr Standard innerhalb des von der Union vorgesehenen Regelungskorridors liegt, dienen auch solche Korridorregelungen der Absicherung des bestehenden sozialpolitischen Standards Österreichs, auch wenn sie in der Folge den nationalen Gestaltungsspielraum nach oben begrenzen.

b. Das zweite Kriterium zur Auswahl von Gegenständen für Initiativen zu Mindeststandards ist die Möglichkeit der Union, (nur oder auch) einen Mindeststandard vorzugeben. Dies ist vor allem eine Frage der *Regelungskompetenzen der Union*.

Einschlägig ist dazu primär Art 153 AEUV (früher Art 137 EG) zur Sozialpolitik, der (nur) das Erlassen von Richtlinien erlaubt, die Mindeststandards enthalten.<sup>12</sup> Diese Kom-

---

<sup>10</sup> Vgl EuGH C-162/08 Lagoudakis, Slg 2009 I-00000.

<sup>11</sup> Überdies hat die EU bisher die Variante von Korridorregelungen wohl überhaupt nur selten genutzt.

<sup>12</sup> Art 153 Abs 4: „Die aufgrund dieses Artikels erlassenen Bestimmungen ... — hindern die Mitgliedstaaten nicht daran, strengere Schutzmaßnahmen beizubehalten oder zu treffen, die mit den

petenz zählt zu den geteilten Kompetenzen, bei denen die Union an die Prinzipien der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit gebunden ist.<sup>13</sup> Überdies sagt Art 153 AEUV, dass die Union „die Tätigkeit der Mitgliedstaaten“ auf den dort genannten Gebieten nur „unterstützt und ergänzt“. Andere für das Arbeitsrecht allenfalls einschlägige Kompetenzgrundlagen der Union sind kaum geeignet, Mindestvorschriften zu tragen.

Mit reinen Mindeststandards – und damit auf Grundlage des Art 153 AEUV – können jedenfalls sozialpolitische Ziele und das Ziel der Reaktion auf die Grenzöffnung verfolgt werden. Insb können damit auch die aus österr Sicht interessanten Ziele einer Absicherung der bestehenden Schutzstandards und damit der innergemeinschaftlichen Wettbewerbsposition sowie – wohl sekundär – die aus Sicht der österr Arbeitnehmer relevante Verbesserung auch der österr Schutzstandards verfolgt werden.

Hingegen können wie gesagt ökonomische oder integrationistische Ziele mit reinen Mindeststandards nur eingeschränkt verfolgt werden. Auch diese Ziele könnten hingegen mit den erwähnten Regelungen mit „Regelungskorridor“ verfolgt werden. Allerdings können solche Regelungen nicht auf Art 153 AEUV gestützt werden.<sup>14</sup> Als Kompetenzgrundlage in Betracht zu ziehen wären dafür die Art 114 – 116 AEUV für Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben. Allerdings steht der hier primär einschlägige Tatbestand des Art 114, bei dem Mehrheitsbeschlüsse möglich sind, gemäß dessen Abs 2 für „Bestimmungen über die Rechte und Interessen der Arbeitnehmer“ nicht zur Verfügung. Für die Kompetenzen aufgrund der Art 115 und 116 AEUV gilt diese Beschränkung zwar nicht, dafür dürften die zusätzlichen Voraussetzungen bei Regelungen zum Arbeitsrecht schwerer zu erfüllen sein.

c. Drittes Kriterium zur Auswahl von Gegenständen für Initiativen zu Mindeststandards sind die *Erfolgsaussichten*. Zentral ist dazu, dass das Monopol für Initiativen zur Gesetzgebung der Union weiterhin weitestgehend bei der Kommission liegt (Art 294 Abs 2 AEUV), die überdies ihren Vorschlag – solange ein Beschluss des Rates nicht ergangen ist – im Verlauf der Verfahren zur Annahme eines Rechtsakts der Union jederzeit ändern kann (Art 293 Abs 2 AEUV). Weder eine Gruppe von Mitgliedstaaten noch das Europäische Parlament ist daher von sich aus in der Lage, ein Verfahren zur Erlassung einer neuen Richtlinie formell einzuleiten. Auch eine Vereinbarung der Sozialpartner im Rahmen des Europäischen Sozial-

---

Verträgen vereinbar sind.“

<sup>13</sup> Art 5 EUV; Art 4 AEUV.

<sup>14</sup> Anderes würde nur gelten, wenn man – wie wohl jüngst bei Beschlüssen zur „Rettung des Euro“ – die Verträge äußerst „großzügig“ interpretiert, um auf „drängende Lagen“ zu reagieren.

dialoges kann vom Rat nur auf Vorschlag der Kommission zur Richtlinie erhoben werden (Art 155 Abs 2 AEUV). Diese Beschränkung des Initiativrechts für Sekundärrecht steht mE zwar in Widerspruch zu Grundsätzen einer Demokratie, ist aber Realität. Für die Erfolgsaussichten ist daher die jeweils aktuelle politische Agenda der Kommission zentral, der aktuelle Politiktrend. Nicht vergessen werden darf überdies, dass bei Gesetzesvorhaben zur Sozialpolitik notwendig die Europäischen Sozialpartner einzubeziehen sind, welche die Initiative an sich ziehen können.

Neben Initiativmonopol der Kommission und deren aktuelle Präferenzen sind ferner die Mehrheitserfordernisse im Rahmen der Gesetzgebung aufgrund Art 153 AEUV zu beachten. Richtlinien aufgrund Art 153 EUV werden grds im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren der EU erlassen; es reicht somit die qualifizierte Mehrheit. Für einige der in Art 153 genannten Materien ist hingegen Einstimmigkeit im Rat erforderlich. Für das Arbeitsrecht ist dies insb der Fall in Bezug auf „Schutz der Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsvertrags“ (lit d) sowie „Vertretung und kollektive Wahrnehmung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen, einschließlich der Mitbestimmung, vorbehaltlich des Absatzes 5“ (lit f).<sup>15</sup> Richtlinien zu einem Allgemeinen Kündigungsschutz oder zu Regelungen für grenzüberschreitende Tarifverträge erforderten somit Einstimmigkeit im Rat. Schon bei jenen Materien, bei denen qualifizierte Mehrheit ausreichend ist, ist zu bedenken dass manche Mitgliedstaaten jeder Initiative für eine neue Regelung zum Arbeitsrecht skeptisch gegenüberstehen, sei es aus grundsätzlichen Erwägungen, sei es weil sie eine Verschlechterung ihrer Wettbewerbsposition in der Union befürchten.

Relevant scheint dazu die Frage, ob mit Initiativen zu arbeitsrechtlicher Rechtssetzung auf Unionsebene primär eine Verbesserung der Standards auch im Inland oder primär eine Absicherung dieser Standards im Binnenmarkt erreicht werden soll. Initiativen, welche das zweitgenannte Ziel verfolgen, erscheinen aussichtsreicher, insb wenn sie auch für Arbeitnehmer in Mitgliedstaaten mit geringeren Sozialstandards einen „Mehrwert“ haben

Im Folgenden sollen drei Themenbereiche beleuchtet werden: erstens Fragen, die von der derzeitigen Agenda der EU nahegelegt werden; zweitens Fragen, die durch die Öffnung der Grenzen aufgeworfen wurden; sowie drittens Fragen des traditionellen Arbeitsrechts. Der Bereich möglicher Initiativen kann dazu nicht vollständig ausgelotet werden. Wiederholt sei, dass die Erwägungen nicht notwendig eine Empfehlung des Verfassers beinhalten, erwogene Initiativen auch zu ergreifen.

---

<sup>15</sup> Einstimmigkeit ist ferner erforderlich für Regelungen betreffend „soziale Sicherheit und sozialer Schutz der Arbeitnehmer“ (lit c) sowie „Beschäftigungsbedingungen der Staatsangehörigen dritter Länder, die sich rechtmäßig im Gebiet der Union aufhalten“ (lit g).

## 2. Politische Agenda der Union

### a. Zur Agenda

Kommission und Rat der EU legen regelmäßig die Schwerpunkte ihrer Arbeit in nächster Zeit fest. Die neue Kommission Barroso II hat am 3.3.2010 den Vorschlag für die neue Strategie „EUROPA 2020 Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum“ beschlossen,<sup>16</sup> und vorgeschlagen, dass der Europäische Rat auf seiner Frühjahrstagung 2010 deren wesentliche Punkte beschließt. Der Rat hat in der Sitzung vom März 2010 diese nur zum Teil beschlossen.<sup>17</sup> Die Kommission hat in der Folge einen Vorschlag für einen „Beschluss des Rates über Leitlinien für beschäftigungspolitische Maßnahmen der Mitgliedstaaten - Teil II der integrierten Leitlinien zu Europa 2020“ beschlossen;<sup>18</sup> der Rat wird darüber im Juni 2010 beraten.

Eine neue Sozialagenda wurde von der neuen Kommission bisher nicht vorgelegt. Die letzte Sozialagenda stammt aus 2008.<sup>19</sup> Die konkreten Prioritäten der Kommission Barroso II zum Arbeitsrecht wurden daher noch nicht geäußert.

Die **Sozialagenda 2008** führte zur Rechtssetzung der Gemeinschaft als Maßnahme zur Umsetzung der Sozialagenda aus: „Die EU hat einen soliden Rechtsrahmen für das Wohlergehen der Europäer eingerichtet. .... In manchen Fällen können neue Rechtsvorschriften der Gemeinschaft eine Lösung darstellen, sofern allgemein Einigkeit über die Relevanz der betreffenden Vorschriften herrscht und es eindeutige Belege für ihren Mehrwert gibt. Die bestehenden Rechtsvorschriften müssen mit Blick auf neu aufkommende Probleme (z. B. in den Bereichen Diskriminierung, Gesundheit und Sicherheit), neue Formen der Arbeitsorganisation (z. B. Europäische Betriebsräte, Vereinbarkeit von Arbeit und Familienleben) und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (z. B. auf den Gebieten Arbeitszeit, soziale Sicherheit, grenzübergreifende Gesundheitsversorgung) angepasst und gestrafft werden.

Außerdem müssen die geltenden Rechtsvorschriften wirksam angewandt und durchgesetzt werden. Oft kommt es durch Wissensdefizite oder durch unzureichende Koordination und Zusammenarbeit zwischen nationalen Stellen zu Problemen bei der ordnungsgemäßen Umsetzung. Um diese Probleme zu beheben, wird die Kommission mit den Mitgliedstaat-

---

<sup>16</sup> Mitteilung KOM (2010) 2020.

<sup>17</sup> Schlussfolgerungen – 25./26. März 2010, EUCO 7/10 10.

<sup>18</sup> KOM(2010) 193/3. Die vorangehenden (Integrierten) Leitlinien für beschäftigungspolitische Maßnahmen der Mitgliedstaaten 2008 – 2010 stammen aus 2008: 2008/618/EG: Entscheidung des Rates vom 15. Juli 2008 über Leitlinien für beschäftigungspolitische Maßnahmen der Mitgliedstaaten ABl. L 198 vom 26.7.2008, S. 47–54

<sup>19</sup> Mitteilung der Kommission vom 2.7.2008, KOM(2008) 412 endg.

ten, den Sozialpartnern und anderen Akteuren zusammenarbeiten und sich dabei auf ihre Mitteilung ‚Ein Europa der Ergebnisse – Anwendung des Gemeinschaftsrechts‘<sup>20</sup> ... stützen.“

Im Zentrum der von der Kommission mitgeteilten **Strategie Europa 2020** stehen drei Schwerpunkte: Intelligentes Wachstum – Entwicklung einer auf Wissen und Innovation gestützten Wirtschaft; Nachhaltiges Wachstum – Förderung einer ressourcenschonenden, umweltfreundlicheren und wettbewerbsfähigeren Wirtschaft; Integratives Wachstum – Förderung einer Wirtschaft mit hoher Beschäftigung und wirtschaftlichem, sozialem und territorialem Zusammenhalt. Dazu werden fünf *EU-Kernziele* genannt. Von diesen sind für das Arbeitsrecht selbst allenfalls zwei relevant:

„– 75 % der Bevölkerung im Alter von 20 bis 64 Jahren sollten in Arbeit stehen.“

„Die Beschäftigungsquote unter den 20- bis 64-jährigen sollte unter anderem durch die vermehrte Einbeziehung der Frauen und älteren Arbeitnehmer sowie die bessere Eingliederung von Migranten in die Erwerbsbevölkerung von derzeit 69 % auf mindestens 75 % ansteigen.“<sup>21</sup>

„– Die Zahl der armutsgefährdeten Personen sollte um 20 Millionen sinken.“

Überdies nennt die Kommissionsmitteilung sieben *Leitinitiativen*, von denen zwei sowie eine weitere für das Arbeitsrecht relevant sein können:

– ‚Leitinitiative ‚Agenda für neue Kompetenzen und neue Beschäftigungsmöglichkeiten‘, um die Arbeitsmärkte zu modernisieren, den Menschen durch den lebenslangen Erwerb von Qualifikationen neue Möglichkeiten zu eröffnen und so die Erwerbsquote zu erhöhen und Angebot und Nachfrage auf dem Arbeitsmarkt u.a. durch Arbeitsmobilität besser aufeinander abzustimmen.“

– Leitinitiative ‚Jugend in Bewegung‘: Einführung eines Rahmens für die Beschäftigung junger Menschen, mit dem deren Arbeitslosigkeit abgebaut werden soll: In Abstimmung mit den Mitgliedstaaten und Sozialpartnern soll der Einstieg junger Menschen in die Arbeitswelt durch Lehrlingsausbildung, Praktika oder sonstige Arbeitserfahrung gefördert werden.“

– ‚Leitinitiative ‚Europäische Plattform zur Bekämpfung der Armut‘, um den sozialen und territorialen Zusammenhalt zu gewährleisten, damit die Vorteile von Wachstum und

---

<sup>20</sup> KOM(2007) 502 vom 5.9.2007.

<sup>21</sup> Dazu sagt die Mitteilung ua: „Trotz positiver Entwicklungen liegen die Beschäftigungsquoten in Europa mit durchschnittlich 69 % bei den 20- bis 64-Jährigen deutlich unter denen in anderen Teilen der Welt. Nur 63 % der Frauen – im Vergleich zu 76 % der Männer – sind erwerbstätig. Nur 46 % der älteren Arbeitnehmer (zwischen 55 und 64 Jahren) sind erwerbstätig (Vereinigte Staaten und Japan: 62 %). Außerdem leisten die Europäer im Durchschnitt 10 % weniger Arbeitsstunden als ihre amerikanischen oder japanischen Kollegen.“

Beschäftigung allen zugute kommen, und Menschen, die unter Armut und sozialer Ausgrenzung leiden, in Würde leben und sich aktiv am gesellschaftlichen Leben beteiligen können.“

Von besonderem Interesse für das Arbeitsrecht ist das Ziel „Integratives Wachstum“. „Integratives Wachstum heißt, die Menschen durch ein hohes Beschäftigungsniveau, Investitionen in Kompetenzen, die Bekämpfung der Armut, und die Modernisierung der Arbeitsmärkte, der allgemeinen und beruflichen Bildung und der sozialen Schutzsysteme zu befähigen, Veränderungen zu antizipieren und zu bewältigen, und gesellschaftlichen Zusammenhalt zu schaffen.“ Dazu wird ua ausgeführt: „Eine Schlüsselrolle kommt dabei der Umsetzung der Flexicurity-Grundsätze und der Befähigung der Menschen zu, sich mittels der Aneignung neuer Qualifikationen an neue Gegebenheiten anzupassen und sich beruflich neu zu orientieren.“ Ferner wird auf die „Armutsbekämpfung“ hingewiesen: „Vor der Krise waren 80 Millionen Menschen von Armut gefährdet, davon 19 Millionen Kinder. 8% der Arbeitnehmer verdienen so wenig, dass sie unterhalb der Armutsgrenze leben. Besonders betroffen sind Arbeitslose.“

In den Schlussfolgerungen legt die Kommission die Aufgaben dar, die sie zur Förderung des integrativen Wachstums auf EU-Ebene übernehmen will. Für das Arbeitsrecht sind daraus folgende Aufgaben relevant:

„– die zweite Phase der Flexicurity-Agenda gemeinsam mit den europäischen Sozialpartnern zu definieren und umzusetzen und zu erkunden, wie wirtschaftliche Übergänge besser bewältigt, die Arbeitslosigkeit besser bekämpft und die Erwerbsquote gesteigert werden können;

– den gesetzgeberischen Rahmen im Einklang mit den Grundsätzen der „intelligenten“ Regulierung an sich wandelnde Beschäftigungsmuster (z.B. Arbeitszeiten, Standort) und neue Risiken für Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz anzupassen;

– die Mobilität von Arbeitskräften innerhalb der EU zu erleichtern und zu unterstützen, Angebot und Nachfrage mit entsprechender finanzieller Flankierung durch die Strukturfonds, insbesondere den Europäischen Sozialfonds (ESF), besser in Einklang zu bringen ...;

– die Kapazitäten der Sozialpartner zu stärken und das Problemlösungspotenzial des sozialen Dialogs auf allen Ebenen (EU, national/regional, sektoral, unternehmensintern) voll auszuschöpfen, ...“

In der Folge sagt die Mitteilung: „Die Mitgliedstaaten wiederum sind aufgefordert,

– ihre nationalen Flexicurity-Konzepte ... umzusetzen, um die Segmentierung des Arbeitsmarktes abzubauen und Übergänge sowie die Vereinbarkeit von Berufs- und Privatleben zu erleichtern;

– die Effizienz der Steuer- und Leistungssysteme zu prüfen und regelmäßig zu beobachten, damit Arbeit sich lohnt. Dabei sollten besonderes Augenmerk auf die Lage gering Qualifizierter gerichtet und Maßnahmen, die den Weg in die Selbständigkeit erschweren, abgeschafft werden;

– neue Formen des Ausgleichs von Berufs- und Privatleben sowie die Verlängerung des Erwerbslebens aktiv zu fördern, und mehr Gleichheit zwischen den Geschlechtern zu gewährleisten.“

Der Vorschlag für die Beschäftigungspolitischen Leitlinien umfasst die Leitlinien 7 bis 10 der zehn Integrierten Leitlinien zu Europa 2020. Die Gesamtzahl der Leitlinien wurde von 24 auf 10 verringert. Für das Arbeitsrecht sind die neuen Leitlinien 7 und 8 sowie auch 10 relevant.

„Leitlinie 7: Erhöhung der Beschäftigungsquote und Abbau der strukturellen Arbeitslosigkeit

Leitlinie 8: Heranbildung von Arbeitskräften, deren Qualifikationen den Anforderungen des Arbeitsmarkts entsprechen, Förderung der Arbeitsplatzqualität und des lebenslangen Lernens

Leitlinie 10: Bekämpfung von gesellschaftlicher Ausgrenzung und Armut“

Zur Leitlinie 7 wird insb ausgeführt: „Die Mitgliedstaaten sollten die Flexicurity-Grundsätze, die vom Rat bestätigt wurden, in ihre Arbeitsmarktpolitik integrieren und anwenden; in diesem Zusammenhang sollten sie die Mittel aus dem Europäischen Sozialfonds in vollem Umfang dazu nutzen, die Beschäftigungsquote zu erhöhen sowie der Segmentierung des Arbeitsmarktes, der Nichterwerbstätigkeit und der Ungleichbehandlung von Männern und Frauen entgegenzuwirken, und die strukturelle Arbeitslosigkeit abzubauen. Die Maßnahmen zur Erhöhung der Flexibilität und Sicherheit sollten ausgewogen sein und sich wechselseitig verstärken. Daher sollten die Mitgliedstaaten eine Kombination aus flexiblen und rechtssicheren Arbeitsverträgen, einer aktiven Arbeitsmarktpolitik, effektivem lebenslangen Lernen, einer Politik zur Förderung der Arbeitskräftemobilität und angemessenen Systemen der sozialen Sicherung zur Absicherung beruflicher Übergänge einführen, ergänzt durch eine eindeutige Festlegung der Rechte der Arbeitslosen, aber auch ihrer Verpflichtung zur aktiven Arbeitssuche. ... Die Mitgliedstaaten sollten die Erwerbsbeteiligungsquote durch Maßnahmen zur Förderung des aktiven Alterns, der Gleichstellung der Geschlechter sowie gleicher Entlohnung und Arbeitsmarkteingliederung von jungen Menschen, Behinderten, legalen Migranten und anderen besonders schutzbedürftigen Personen erhöhen. Die mit der Schaffung von erschwinglichen Betreuungsmöglichkeiten und arbeitsorganisatorischer Innovation einherge-

hende Politik zur Vereinbarkeit von Beruf und Familie sollte auf eine Erhöhung der Beschäftigungsquoten, insbesondere bei Jugendlichen, älteren Arbeitskräften und Frauen, ausgerichtet sein und speziell darauf abzielen, im wissenschaftlichen und technischen Bereich hochqualifizierte Frauen im Beruf zu halten. Außerdem sollten die Mitgliedstaaten die Hindernisse beseitigen, die Berufsneulingen den Eintritt in den Arbeitsmarkt erschweren ...“

Zur Leitlinie 8 wird ua ausgeführt: „Hochwertige Erstausbildungsangebote und eine attraktive berufliche Weiterbildung müssen durch wirksame Anreize zum lebenslangen Lernen, Bildungsangebote, die eine zweite Chance zum Schulabschluss bieten und gewährleisten, dass jeder Erwachsene Möglichkeiten zur Höherqualifizierung erhält, ... Die Mitgliedstaaten sollten Systeme zur Anerkennung von erworbenen Kompetenzen entwickeln, Hemmnisse für die berufliche und geografische Mobilität von Arbeitnehmern beseitigen, den Erwerb bereichsübergreifender Kompetenzen sowie Kreativität fördern und ihre Anstrengungen vor allem darauf konzentrieren, Personen mit geringem Qualifikationsniveau zu unterstützen und die Beschäftigungsfähigkeit älterer Arbeitnehmer zu erhöhen; ... Investitionen in die Entwicklung der Humanressourcen, Höherqualifizierung und die Beteiligung an Systemen des lebenslangen Lernens sollten durch gemeinsame finanzielle Beiträge von Regierungen, Einzelnen und Arbeitgebern gefördert werden.“

Zur Leitlinie 10 wird ua ausgeführt: „Die Mitgliedstaaten sollten wirksame Antidiskriminierungsmaßnahmen einführen. ... Die Sozialleistungssysteme sollten zuvorderst sicherstellen, dass in Situationen des beruflichen Übergangs Einkommenssicherheit gewährleistet ist, insbesondere für Gruppen, die am stärksten von der gesellschaftlichen Ausgrenzung bedroht sind, wie Einelternfamilien, Minderheiten, Behinderte, Kinder und junge Menschen, ältere Frauen und Männer, legale Migranten und Obdachlose.“

### ***b. Potentielle Themen für Initiativen***

Aus diesen Dokumenten geht hervor, dass die Kommission im Bereich des Arbeitsrechts jedenfalls nicht primär vor Augen hat, sozialpolitische Ziele durch neue Rechtsvorschriften zu verfolgen. In der Sozialagenda 2008 werden als Themen für legislative Maßnahmen der EU explizit nur Diskriminierung, Gesundheit und Sicherheit, Europäische Betriebsräte und Vereinbarkeit von Arbeit und Familienleben genannt, ferner als Reaktion auf die Rechtsprechung des EuGH noch die Arbeitszeit. Die Durchsetzung der Rechtsvorschriften wird zwar als Problem genannt, nicht aber als Gegenstand neuer Rechtssetzung.

Dies entspricht der Tatsache, dass die Gemeinschaft in den letzten Jahren das Arbeitsrecht, sieht man von Normen gegen Diskriminierung ab, weniger durch neue Gesetze (Richtlinien als Mindeststandard) reguliert, sondern eher durch soft law (Koordinierung -

OMK) zu beeinflussen gesucht hat.

Die Kommission sieht die Aufgaben auf dem Gebiet des Arbeitslebens bzw Arbeitsrechts weniger in der Verwirklichung sozialpolitischer Ziele, sondern primär in der Verwirklichung von ökonomischen Zielen und Integrationszielen. Bezug genommen sei hier nur auf die Betonung einer „Modernisierung der Arbeitsmärkte“. In den letzten Jahren standen gerade ökonomische Ziele im Vordergrund der Prioritäten der EU zum Arbeitsleben. Die Agenda der EU zur Beschäftigung war und ist vor allem am Großziel von mehr Jobs und in der Folge primär an *employability* sowie *flexicurity* orientiert, und damit in weiten Bereichen auf mehr Flexibilität, Steigerung von Effizienz und Wettbewerbsfähigkeit und das Verfolgen integrationsistischer Ziele ausgerichtet, und damit weit weniger auf die Verfolgung sozialpolitischer Ziele.

Rein ökonomische und integrationsbezogene Ziele lassen sich aber wie gesagt nicht oder doch nur schwer durch Mindestvorschriften fördern oder umsetzen, sie stehen dazu in der Regel in einem Spannungsverhältnis. Gleichwohl enthält die Agenda einige Punkte, die durch Mindeststandards gefördert werden können.

Im Folgenden soll versucht werden, die abstrakten Ziele der Agenda iwS durch konkrete Themen zu konkretisieren. Auf Fragen des Diskriminierungsschutzes wird hierbei nicht weiter eingegangen; erinnert sei nur daran, dass weitere Mindeststandards hier in Bezug auf die Sanktionen möglich sind. Ebenso nicht weiter verfolgt werden Fragen der Sicherheit und Gesundheit am Arbeitsplatz.

(1) Ein sehr wichtiges Ziel der Agenda ist die *Vereinbarkeit von Arbeit und Familie* und. Die Dokumente sprechen wiederholt davon, dass „Übergänge sowie die Vereinbarkeit von Berufs- und Privatleben zu erleichtern“ seien und dass „neue Formen des Ausgleichs von Berufs- und Privatleben damit von Arbeit und Elternschaft sowie von Arbeit mit Betreuungsaufgaben in der Familie“ gefunden werden müssten. Es geht dabei um zwei getrennte Fragen: erstens den Übergang zwischen Familienarbeit und Erwerbsleben sowie zweitens die Vereinbarkeit von Berufs- und Privatleben. Dieses Thema wird unten gesondert näher erörtert.

(2) Ein weiteres wichtiges Ziel ist die *Flexicurity-Agenda*, also die Kombination von Flexibilität und Sicherheit. Die Flexicurity-Grundsätze sollen umgesetzt werden.<sup>22</sup> Die „zweite Phase der Flexicurity-Agenda (sei) gemeinsam mit den europäischen Sozialpartnern zu definieren und umzusetzen und zu erkunden, wie wirtschaftliche Übergänge besser bewältigt“. „Die Maßnahmen zur Erhöhung der Flexibilität und Sicherheit sollten ausgewogen sein

---

<sup>22</sup> Vgl Rat der EU 23.11. 2007 Gemeinsame Grundsätze für den Flexicurity-Ansatz herausarbeiten - Entwurf von Schlussfolgerungen des Rates, 15497/07, SOC 476, ECOFIN 483.

und sich wechselseitig verstärken.“ „Das Konzept der Flexicurity soll die Bedürfnisse von Arbeitgebern und Arbeitnehmern – also Flexibilität und Sicherheit – miteinander in Einklang bringen. So kann Arbeitnehmern der sichere Übergang von einem Job in den anderen erleichtert werden, ohne dass die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen leidet. Auf diese Weise lässt sich auch das europäische Sozialmodell erhalten.“

Angesprochen sind sowohl die externe Flexibilität (Übergang von einem Job zu einem anderen) wie die interne Flexibilität im Unternehmen. Als ein Element werden dabei insb. „flexible und rechtssichere Arbeitsverträge“ genannt.

Die *externe Mobilität* betrifft das Arbeitsrecht in Bezug auf die Regeln zur Beendigung. Diese Art der Mobilität kann durch Mindeststandards nur in manchen Fällen gefördert werden. Als einen Beitrag dazu könnte man die Regelung zum Vertragsübergang bei Betriebsübergang ansehen. Dazu ist aber wohl kein Bedarf an einer wesentlichen Erhöhung des Mindeststandards gegeben. Der EuGH hat den Anwendungsbereich der Regelung schon bisher sehr extensiv interpretiert, und auch die Rechtsfolgen abgesichert. Im Übrigen kann externe Mobilität durch Mindeststandards nur sehr beschränkt gefördert werden, weil solche Standards den Bestandschutz nur erhöhen bzw absichern, nicht aber verringern könnten. Zur externen Flexibilität könnten Mindeststandards nur beitragen, indem sie nach Verlust des Jobs das Element der security im Bereich der Sozialleistungen festigen.

Auch die *interne Mobilität* kann durch Mindeststandards kaum direkt gefördert werden, weil Vorschriften, welche die aktuelle Position der Arbeitnehmer absichern, interne Mobilität eher behindern. Mindeststandards können interne Mobilität allenfalls indirekt fördern, wenn sie den Arbeitnehmer bei der Veränderung absichern, es ihm also leichter machen, sich auf die Veränderung einzulassen. Ein Beitrag dazu sind etwa Regelungen die sichern, dass eine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen dem Arbeitnehmer bei einer Beendigung, die wenig später eintritt, nicht „auf den Kopf“ fällt. Allerdings sind diese und andere „vertrauensbildende“ Maßnahmen wohl so auf das jeweilige nationale Regelungsumfeld bezogen, dass sie sich kaum für eine Regelung auf Unionsebene eignen, solange nicht der Kündigungsschutz selbst vom Unionsrecht geregelt ist. Ein Mindeststandard dazu wird aber von der Kommission sicher nicht als ein Beitrag zur flexicurity gesehen werden.

Ein Ziel der Agenda ist es „Angebot und Nachfrage auf dem Arbeitsmarkt u.a. durch Arbeitsmobilität besser aufeinander abzustimmen“. Die Dokumente sprechen wiederholt davon, dass *Segmentierungen des Arbeitsmarktes* abgebaut werden sollen und die Mobilität erhöht werden soll; dies trifft sich mit dem Flexicurity-Ansatz. Wirtschaftlich geht es um den Einsatz der Arbeitskräfte in jener Arbeitsbeziehung, in der sie wirtschaftlich möglichst pro-

duktiv wirken. Dies wird häufig durch nationale Regelungen behindert, die entweder bei Wechsel des Arbeitgebers oder bei Wechsel von selbständiger zu unselbständiger Tätigkeit und umgekehrt zu Wechselverlusten führen. Ein Mindeststandard könnte hier (nur) insoweit entgegenwirken, als er vorsieht, dass die Arbeitenden nach einem solchen Wechsel nicht schlechter behandelt werden dürfen als ohne diesen Wechsel.<sup>23</sup> Konkret würde dies etwa bedeuten anzuordnen, dass Vordienstzeiten bei einem anderen Arbeitgeber oder in einer unselbständigen Tätigkeit nicht schlechter behandelt werden dürfen als Vordienstzeiten bei demselben Arbeitgeber. Allerdings schwächten solche Vorgaben die Möglichkeiten des Arbeitgebers ab, Betriebstreue zu honorieren, und würden wohl dazu beitragen, die Bedeutung von Vordienstzeiten für Rechte der Arbeitnehmer abzubauen. Man könnte dies zwar als – indirekten – Beitrag zu Flexibilität und Mobilität ansehen, allerdings ist kaum zu erwarten, dass dies als Anlass für eine Gesetzgebung gesehen wird. Ein weiteres Beispiel zur Förderung des Wechsels wären Beschränkungen vertraglicher Abmachungen, die einen vom Arbeitnehmer initiierten Wechsel behindern, wie Abreden über nachvertragliche Erwerbsbeschränkungen oder über dass der Arbeitnehmer bei Selbstkündigung vom Arbeitgeber getragene Kosten von Aus- und Fortbildung zu erstatten hat. Hier gibt es große Differenzen in den nationalen Regelungen, allerdings besteht aus österr Sicht wohl kein besonderer Bedarf nach einer Regelung auf Unionsebene.

Schließlich könnte der Wechsel zwischen unselbständiger und selbständiger Arbeit dadurch gefördert werden, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet werden, die Rechtsstellung persönlich Arbeitender zu verbessern, die keine Arbeitnehmer sind, aber länger für einen Vertragspartner in wirtschaftlicher Unterordnung arbeiten (Sonderregelungen für economically dependent workers). Allerdings ist fraglich, ob Regelungen für diese Erwerbstätigen auf Basis des Art 153 AEUV erlassen werden können.

(3) Ein Ziel der Agenda ist die Förderung der *Arbeitsaufnahme von Nichterwerbstätigen*. Die Bereitschaft dazu wird häufig dadurch verringert, dass Sozialleistungen an Nichterwerbstätige bei Aufnahme einer gering entlohnten Tätigkeit in einem so starken Ausmaß entfallen, dass das Gesamteinkommen nach Aufnahme der Erwerbstätigkeit geringer ist als vorher. Ein Mindeststandard könnte dazu vorgeben, dass Sozialleistungen in einem bestimmten Einkommensbereich, der in Relation zum nationalen Durchschnittsverdienst festgelegt ist,

---

<sup>23</sup> Eine Vollharmonisierung könnten hingegen Regelungen, die Vorteile an das Unterlassen des Wechsels knüpfen, selbst beschränken. Zumindest in diese Richtung könnten die Verbote der Diskriminierung aufgrund des Alters und des Geschlechtes wirken, wenn man aus diesen auch Beschränkungen für Regelungen ableitet, die Vorteile an Vordienstzeiten knüpfen. Dies kann derzeit allerdings nur in Bezug auf Beschäftigungen mit sehr geringem Arbeitszeitausmaß vertreten werden.

durch zusätzliches Erwerbseinkommen (während einer festgelegten Zeitspanne) nur bis zu einem bestimmten Prozentsatz entfallen dürfen.

(4) Ein Ziel der Agenda ist die Förderung und Verbesserung *lebenslangen berufsbeleitenden Lernens* und damit der Beschäftigungsfähigkeit. Ein Mindeststandard dazu könnte die Arbeitgeber (und die Arbeitnehmer) verpflichten, dass jeder Mitarbeiter sich jährlich im Ausmaß einer bestimmten Stundenanzahl berufsbezogen fortbildet, wobei der Arbeitgeber (nur) einen Teil der Kosten zu tragen hätte. Betriebliche Fortbildungsmaßnahmen, die auch außerhalb des Unternehmens verwertbare Fertigkeiten vermitteln, wären anzurechnen. Bei Unterbleiben der Fortbildung bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses hätte der Arbeitgeber eine entsprechende Fortbildung durch öffentliche Einrichtung zu finanzieren.

(5) Ein Ziel der Agenda wie der neuen Leitlinien ist ein verbesserter Zugang von  *jungen Berufseinsteigern* in den Arbeitsmarkt.<sup>24</sup> In vielen Ländern kommt es dabei vor allem bei Abgängern tertiärer Bildungseinrichtungen zu längeren Zeiten nicht oder sehr gering entlohnter Mitarbeit („Praktika“). Ein Mindeststandard könnte dazu Vorgaben machen, die eine solche Benachteiligung bei wirtschaftlich werthafter Tätigkeit beschränken.

(6) Im Zusammenhang mit der Bekämpfung von Armut und Ausgrenzung sprechen die neuen Dokumente auch das Problem der *working poor* an: „8% der Arbeitnehmer verdienen so wenig, dass sie unterhalb der Armutsgrenze leben.“ Auch wenn diese Zahl nicht auf Vollzeitbeschäftigte bezogen ist, gibt es jedenfalls in MS ohne nationalen Mindestlohn ohne Zweifel auch Vollzeitbeschäftigte, deren Verdienst unter dem nationalen sozialen Existenzminimum liegt. Die EU kann aber wie gesagt auf Basis des Art 153 AEUV kein Mindestentgelt festlegen, auch kein relatives (also eines, das sich auf den nationalen Medianlohn bezieht). Von der Kompetenz des Art 153 Abs 1 lit c) AEUV – „soziale Sicherheit und sozialer Schutz der Arbeitnehmer“ – allenfalls gedeckt könnte hingegen eine Richtlinie sein, welche eine Mindesthöhe der Sozialleistungen an erwerbsfähige, aber (partiell) erwerbslose Arbeitssuchende im Verhältnis zum nationalen Medianlohn (oder zu einem nationalen Mindestlohn) vorschreibt. Eine solche Mindestsicherung für Arbeitssuchende könnte als *reservation wage* eine ähnliche Funktion erfüllen wie ein nationales Mindestentgelt. Allerdings erforderte eine solche Regelung Einstimmigkeit im Rat, die schwer zu erreichen sein wird. Überdies ist Art 153 Abs 4 AEUV zu beachten.<sup>25</sup> Schließlich kann eine Sozialleistung, die auch *reservation*

---

<sup>24</sup> Leitlinie 9 sagt: „Hindernisse beseitigen, die Berufsneulingen den Eintritt in den Arbeitsmarkt erschweren.“ Ferner wird gesagt: Es soll der „Einstieg junger Menschen in die Arbeitswelt durch Lehrlingsausbildung, Praktika oder sonstige Arbeitserfahrung gefördert werden“.

<sup>25</sup> „Die aufgrund dieses Artikels erlassenen Bestimmungen — berühren nicht die anerkannte Befugnis der Mitgliedstaaten, die Grundprinzipien ihres Systems der sozialen Sicherheit festzulegen,

wage sein soll, in Staaten ohne nationalen Mindestlohn Arbeitgeber zu Mitnahmeeffekten motivieren.

(7) Ein Ziel der Agenda 2008 ist schließlich die Bekämpfung von *Schwarzarbeit*. Die EU hat jüngst eine Richtlinie zur Bekämpfung der Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen erlassen, die sich illegal in der EU aufhalten.<sup>26</sup> Die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer und die Wettbewerbsfähigkeit von deren Arbeitgebern werden aber nicht nur durch Schwarzarbeit von Personen ohne legalen Aufenthalt, sondern durch jede Schwarzarbeit stark gefährdet, auch durch Schwarzarbeit von Drittstaatsangehörigen mit legalen Aufenthalt und von EU-Bürgern, insb weil auch die Produkte dieser Schwarzarbeit im Binnenmarkt frei zirkulieren können. Die Union hätte daher nicht nur die Aufgabe, sondern auch die Verantwortung, sich um diese Folgen des Binnenmarktes zu sorgen. Ein Mindeststandard könnte dazu insb die Rechtsdurchsetzung zugunsten der Schwarzarbeiter stärken, auch durch Klagerechte Dritter gegen die Schwarzarbeit selbst (Unterlassung).

### 3. *Folgen offener Grenzen*

(1) Im Vordergrund der Diskussion dazu steht derzeit die *Entsende-Richtlinie*. Insb die Gewerkschaften mancher alten Mitgliedstaaten verlangen eine Revision, welche die Richtlinie entweder zu einem Mindeststandard umformt oder die Möglichkeiten erweitert, das Arbeitsrecht des Arbeitsstaates vorzuschreiben. Die Kommission hat 2009 keinen Anlass gesehen, in diese Richtung Initiativen zu ergreifen. Insb ist eine Initiative zur Umgestaltung in einen Mindeststandard kaum zu erwarten, zumal sich dann in Anbetracht der Urteile Level und Rüffert des EuGH verstärkt die Frage nach der Vereinbarkeit mit der Dienstleistungsfreiheit stellt. 2010 hat der zuständige Kommissar aber immerhin erkennen lassen, dass manche Änderungen der Entsende-RL erwogen werden,<sup>27</sup> usw in Bezug auf Verwaltungszusammenarbeit und Information sowie klare Regeln für effektive Durchsetzung.

(2) Praktisch von zumindest ebenso großer Bedeutung wie der Inhalt der arbeitsrechtlichen Regelungen ist gerade bei transnationalen Sachverhalten wie Entsendungen die Möglichkeit, die Einhaltung des Arbeitsrechts zu kontrollieren. Bei Regelungen zu *Kontroll-*

---

und dürfen das finanzielle Gleichgewicht dieser Systeme nicht erheblich beeinträchtigen;”

<sup>26</sup> RL 2009/52/EG über Mindeststandards für Sanktionen und Maßnahmen gegen Arbeitgeber, die Drittstaatsangehörige ohne rechtmäßigen Aufenthalt beschäftigen.

<sup>27</sup> Rede von Kommissar Anders am 17.3.2010 (Speech-10-100) in Oviedo: „I am not yet convinced of the need for a complete overhaul of the Directive as it stands. But that does not mean that we should not look for solutions to improve aspects where we feel the implementation of the Directive has been less satisfactory — such as the lack of administrative cooperation, effective enforcement, information or a lack of clarity on controls. President Barroso underlined last year to the European Parliament that he is fully committed to considering a legislative proposal to improve legal certainty and ensure the Directive is applied and enforced more uniformly across the Member States.“

*möglichkeiten* geht es primär um die Frage, mit welchen Mitteln und in welchem Zeitpunkt (ex ante oder nur ex post) ein Mitgliedstaat überprüfen kann, ob eine bestimmte Arbeitsbeziehung dem Arbeitsrecht unterliegt und ob gegebenenfalls auch die Beteiligten ein Arbeitsverhältnis zugrunde legen. Die Öffnung der Grenzen für den freien Dienstleistungsverkehr hat die Zahl der diesbezüglich problematischen Fälle ansteigen lassen; die Zahl wird nach Auslaufen von Beschränkungen des Dienstleistungsverkehrs aus manch neuen Mitgliedstaaten weiter steigen. Der Herkunftsstaat wird idR wenig interessiert sein, die Einhaltung der Regeln des Arbeitsstaates zu kontrollieren. Derzeit stoßen nationale Kontrollmaßnahmen des Arbeitsstaates schnell an Hindernisse aus der Judikatur des EuGH.<sup>28</sup> Eine sekundärrechtliche Vorgabe könnte hier eine Begleitmaßnahme zur Öffnung der Grenzen sein, um dem Arbeitsrecht – dem nationalen wie dem zur Durchführung einer Richtlinie erlassenen – auch in transnationalen Fällen jene Wirksamkeit zu verleihen, die der Gemeinschaftsgesetzgeber für seine eigenen arbeitsrechtlichen Regelungen erwartet. Eine Regelung zu Kontrollmaßnahmen würde allerdings wohl alle Sachverhalte – nicht nur die transnationalen – erfassen müssen. Dies würde zwar zur Absicherung des Arbeitsrechts – des rein nationalen wie des unionsrechtlich beeinflussten – insgesamt beitragen. Allerdings wird dann fraglich, ob die EU die dafür erforderliche Kompetenz hat.<sup>29</sup> Überdies und vor allem könnten einige, insb neue Mitgliedstaaten Vorbehalte gegen eine Kontroll-Regelung haben, wenn sie diese – irrigerweise – primär als Maßnahme gegen ihre Bürger deuten.

(3) Eine weitere Folge der Öffnung der Wirtschaftsräume ist die Bedeutung der „nationalen Räume“ auch für die *kollektive Regelung* der Arbeitsbeziehungen. Wirtschaftliche und soziale Verhältnisse sind in grenznahen Gebieten benachbarter Mitgliedstaaten oft schon weit ähnlicher als zwischen weit entfernten Gebieten eines dieser Mitgliedstaaten. Derzeit gibt es jedoch keine gesicherte Basis für *transnationale Kollektivverträge*. Die Kommission befasst sich derzeit nur (mehr) mit transnationalen Unternehmenskollektivverträgen. Gerade in grenzüberschreitenden Wirtschaftsregionen dürfte aber wenn dann das Bedürfnis nach grenzüberschreitenden Verbandskollektivverträgen größer sein. Auch wenn transnationale Kollektivverhandlungen aufgrund des unterschiedlichen rechtlichen Umfeldes (Arbeitsrecht, Sozialabgaben und Steuern) praktisch schwierig wären, läge es in der Logik des Binnenmarktes, jedenfalls die rechtliche Basis und Möglichkeit dafür zu schaffen. Allerdings hat das Pro-

---

<sup>28</sup> Vgl Mitteilung KOM(2006) 159: Leitlinien für die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen“; Mitteilung KOM(2007) 304: Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen.

<sup>29</sup> Dies ist ein Beispiel für die These, dass aufgrund der derzeitigen Kompetenzlage die Union zwar viele Bereiche beeinflussen kann, in der Folge aber weder sie noch die Mitgliedstaaten die Möglichkeit haben, die dadurch verursachten Probleme effektiv zu regeln.

blem in anderen Mitgliedstaaten wie Deutschland und Frankreich größere Relevanz als für Österreich.

#### 4. „Traditionelles“ Arbeitsrecht

(1) Im Rahmen des traditionellen Arbeitsrechts erscheint die Absicherung des Anwendungsbereiches des Arbeitsrechts nicht nur wichtig, sondern auch als möglicher Gegenstand von Gesetzgebung der EU. Zu denken ist dabei an Regelungen, die direkt den Anwendungsbereich betreffen wie an Regelungen zu den Kontrollmöglichkeiten (dazu oben 3).

Direkte Regelungen zum *Anwendungsbereich* können entweder den Anwendungsbereich „definieren“ oder aber eine Regel bei Zweifel über die Einordnung einer konkreten Arbeitsbeziehung beinhalten. Eine Definition von Arbeitnehmer oder Arbeitsverhältnis auf Unionsebene erscheint aus verschiedenen Gründen kein taugliches Objekt einer Regelungsinitiative. Erfolgversprechender könnte der Versuch sein, eine *Vermutungsregel* zu etablieren, welche die Arbeitnehmereigenschaft bei Zutreffen bestimmter Voraussetzungen (Vermutungsbasis) widerleglich vermutet. Eine unionsrechtliche Vermutungsregel würde die Arbeitnehmerbegriffe der Mitgliedstaaten und des Unionsrechts an sich unberührt lassen, praktisch aber zu einer Annäherung führen. Eine solche Vermutungsregel ist auch aus österr Sicht relevant. Auf sie wird unten näher eingegangen.

Denkbar wären weiters Regelungen zur Frage, inwieweit Vertretungs- oder Ablehnungsrechte der Arbeitenden die Arbeitnehmereigenschaft bei jenen nationalen Regelungen ausschließen dürfen, die der Umsetzung von Unionsrecht dienen. Allerdings wäre eine solche Regelung aus österr Sicht nicht vorrangig, weil die österr Rechtsprechung – anders als jene einiger anderer Länder – hier bereits Schranken errichtet hat. Dasselbe gilt wohl auch in Bezug auf die Regelung von Arbeit auf Abruf, also von Konstellationen, bei denen die Arbeitende sich im Voraus auch nicht grundsätzlich zur Arbeitsleistung verpflichtet (casual worker). In Bezug auf diese Konstellation könnte überdies die Kompetenz zur Regelung aufgrund von Art 153 AEUV fraglich sein.

(2) In den meisten Mitgliedstaaten hat der Inhalt der Arbeitsverträge in den letzten Jahren im Verhältnis zu Kollektiven Regelungen und Gesetz zunehmend an Bedeutung gewonnen, auch weil die Arbeitgeber – nicht zuletzt dank der Nachweis-RL – zunehmend schriftliche Arbeitsverträge verwenden. Die EU wäre wohl zuständig, unter dem Titel der „Arbeitsbedingungen“ gewisse Mindeststandards zur *vertraglichen Ausgestaltung der Neben- und Hauptpflichten* des Arbeitsvertrages zu erlassen. Insb würde dies auf ein Verbot von „unfair terms“ in Arbeitsverträgen zutreffen; die EU hat ein solches Verbot zu Verbrauchergeschäften erlassen. Denkbar wäre ferner, Pflichten zur Rücksichtnahme der beiden Vertrags-

partner – etwa im Sinne der „duty of mutual trust and confidence“ des englischen Rechts – als Mindeststandard zu verankern. Auf beides wird unten näher eingegangen.

(3) Die Kommission hat vor einigen Jahren Überlegungen zu einer Richtlinie zum *Datenschutz* im Arbeitsverhältnis angestellt, diese aber nicht weiter verfolgt, wohl weil man die allg Regelungen der Datenschutz-Richtlinie 95/46/EG für ausreichend erachtet. Allerdings werden deren Generalklauseln gerade für das Arbeitsverhältnis häufig zu unbestimmt und/oder unklar gehalten. Die seit 2008 in verschiedenen Ländern breitflächig diskutierten Fälle intensiver Überwachung könnten den Weg für einen neuen Anlauf zu einer solchen Richtlinie bereiten. Eine solche Initiative wäre insb dann relevant, wenn sich die Meinung durchsetzt, dass die Datenschutz-RL eine abschließende Regelung beinhaltet, also keinen Mindeststandard. Nationale Regelungen zum Arbeitnehmer-Datenschutz dürften dann nämlich nicht über das Schutzniveau der Datenschutz-RL hinausgehen.

(4) Eine unionsweite Regelung betreffend ein (relatives) *Mindestentgelt* scheidet schon aus Kompetenzgründen aus. Überdies haben 21 der 27 Mitgliedstaaten derzeit bereits solche Mindestentgelte, allerdings mit sehr unterschiedlicher relativer Höhe.

(5) Die Union hat bereits eine Regelung zu Höchstgrenzen der Arbeitszeit und zu Ruhezeiten. Eine Änderung steht – seit Jahren – auf der Agenda der Union und wird kontrovers diskutiert. Schon daher wird darauf hier nicht näher eingegangen. Überdies hat die Kommission darauf hingewiesen, dass die durchschnittliche Arbeitszeit in der EU unter jenen anderer großer Industriestaaten liegt, sodass eine Verringerung der Höchstgrenzen kaum in das Konzept der Kommission passt.

(5) Verschiedene vorhandene Regelungen im Unionsrecht zur *Beendigung* legen es nahe, über eine allgemeine Regelung zur Beendigung und damit zu einem Kündigungsschutz nachzudenken. Dies wäre nicht nur intellektuell interessant, es würde auch der Tatsache Rechnung tragen, dass die bestehenden Richtlinien zu Befristung und Betriebsübergang gleichsam „in der Luft hängen“. Die praktische Bedeutung beider Vorgaben hängt nämlich wesentlich vom nationalen Umfeld zum Kündigungsschutz ab; in Mitgliedstaaten mit schwachem Kündigungsschutz haben beide Richtlinien weit weniger praktische Bedeutung als in Staaten mit starkem Kündigungsschutz. Allerdings erfordert ein Mindeststandard zum Kündigungsschutz nicht nur einen Vorschlag der Kommission, sondern auch Einstimmigkeit im Rat. Mit beidem ist kaum zu rechnen. Die Kommission sieht Kündigungsschutz bisher eher als Hindernis für Effizienz und Beschäftigung, und nicht wenige Mitgliedstaaten stehen ihm an sich oder doch einer europäischen Regelung dazu eher ablehnend gegenüber.

(6) Die Flexicurity-Grundsätze zielen auch auf „flexible und rechtssichere Arbeits-

verträge“. Auch hier gilt, dass Mindeststandards eine Flexibilisierung kaum direkt fördern können, sondern nur indirekt, indem Sicherheit und Rechtssicherheit bei flexiblen Arbeitsverhältnissen erhöht werden. Als bestehende Regelungen in diese Richtung werden weithin die drei Richtlinien zu „atypischen Arbeitsverhältnissen“ gesehen, also zu Teilzeitarbeit, befristeten Arbeitsverträgen sowie zu Leiharbeit. Die Verbesserung der Rechtslage bei diesen atypischen Arbeitsverhältnissen wird von manchen aber auch skeptisch gesehen, weil sie das sogenannte Normalarbeitsverhältnis schwäche. Manche fordern daher eine Beschränkung der Verwendung der genannten atypischen Arbeitsverhältnisse, etwa durch Quotenregelungen. Die Kommission wird solche Vorhaben wohl kaum mittragen. Realistisch sind allenfalls Änderungen bei der Regelung der atypischen Arbeitsverhältnisse selbst.

Jedenfalls die derzeitige Regelung der Befristungs-Richtlinie gegen einen Missbrauch wiederholter Befristungen ist wenig effektiv. Dies zeigen die nationalen Regelungen dazu in Spanien und Großbritannien, die auch wiederholte Befristungen über einen längeren Zeitraum nicht wirklich behindern, aber mit der Richtlinie kompatibel zu sein scheinen (jedenfalls hat die Kommission bisher keine Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet). Allerdings hängt die praktische Bedeutung von Beschränkungen bei Befristungen wie gesagt wesentlich vom nationalen Umfeld zum Kündigungsschutz ab; in Großbritannien ist sie etwa weit geringer als in Spanien, weil der Kündigungsschutz dort allgemein weit geringer ist. Es ist daher fraglich, inwieweit isolierte Maßnahmen zur Förderung unbefristeter Arbeitsverhältnisse sinnvoll sind. Zu denken wäre dabei etwa – nach französischem Vorbild – an einen Lohnzuschlag bei Befristung, der am Ende des Arbeitsverhältnisses ausbezahlt ist. Dieser Mindeststandard könnte zwar die Nachteile von Befristungen (nur) finanziell mindern und den Anreiz für Arbeitgeber zu Befristungen verringern; er wäre aber nicht ein Beitrag zu sichereren Arbeitsverhältnissen i.e.S.

In Bezug auf die Teilzeit-RL könnte daran gedacht werden, dass Verbot der Benachteiligung zu präzisieren. Die derzeitige Formulierung ist sehr allgemein. Allerdings werden Benachteiligungs- und Diskriminierungsverbote vom EU-Gesetzgeber bisher auch sonst kaum selbst präzisiert.

Die Leiharbeits-RL wurde erst vor kurzem erlassen, sodass jedenfalls eine erste Erfahrungsphase abzuwarten ist.

(7) Schließlich ist zu erwägen, dass das Unionsrecht die Durchsetzung der arbeitsrechtlichen Vorgaben der EU näher regelt. Eine Vorgabe dazu kann allerdings nur insoweit auf Art 153 AEUV gestützt werden, als es um das Nichteinhalten von Normen geht, die vom Unionsrecht selbst vorgegeben sind, nicht aber von rein nationalen arbeitsrechtlicher Normen.

Gleichwohl würde sich eine derartige Regelung jedenfalls faktisch wohl auch auf rein nationale Regelungen auswirken.

Die *Durchsetzung der individuellen Rechtspositionen* der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber ist derzeit in den Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich geregelt. Manche Mitgliedstaaten überlassen die Durchsetzung der meisten Rechte – auch jener auf Entgelt und Urlaub – den einzelnen; andere Mitgliedstaaten sehen (daneben) Klagerechte der Gewerkschaft vor; nur sehr wenige Mitgliedstaaten (insb Frankreich) sehen breitflächig eine Durchsetzung auch durch eine Behörde (mit Strafen) vor. Eine unionsweite Vorgabe staatlicher Kompetenzen zur Durchsetzung arbeitsrechtlicher Rechte würde in nicht wenigen Mitgliedstaaten den primär privatrechtlichen Charakter des Individualarbeitsrechts deutlich beeinflussen und ändern. Daher ist die erforderliche Zustimmung fraglich. Auf das Thema der Kontrollmöglichkeiten wurde bereits hingewiesen. Es ist auch aus Sicht rein nationaler Sachverhalte und des traditionellen Arbeitsrechts relevant.

Auch die *Verjährung* von Ansprüchen der Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis ist derzeit grundsätzlich national geregelt, auch zu jenen Fragen, zu denen Vorgaben des Unionsrechts bestehen. Da es bei der Verjährung primär um Entgelt geht und arbeitsrechtlichen Richtlinien, die auf Art 153 AEUV gestützt sind, Entgeltansprüche nur am Rande betreffen (dürfen), wäre der Anwendungsbereich einer RL zur Verjährung arbeitsrechtlicher Ansprüche eher beschränkt.

Das Nichteinhalten des Arbeitsrechts schädigt auch jene Mitbewerber des Arbeitgebers, welche das Arbeitsrecht einhalten. Die Union könnte diese gesetzestreuen Unternehmen unterstützen, indem sie vorschreibt, dass sie wirksam gegen Mitbewerber vorgehen können, die das Arbeitsrecht systematisch nicht einhalten. Zu denken wäre an Klagen wegen *unlauteren Wettbewerbs*.<sup>30</sup> Derzeit sind die fraglichen Klagen zwar nach Wettbewerbsrecht an sich oft möglich, allerdings wird die Basis dafür immer wieder in Frage gestellt. Allerdings kann eine Regelung der EU zu Klagen zwischen Unternehmen wenn überhaupt, dann nur insoweit auf Art 153 AEUV gestützt werden, als es um das Nichteinhalten von Normen geht, die vom Unionsrecht selbst vorgegeben sind. Der Anwendungsbereich einer Richtlinie dazu wäre aber bedeutend weiter als jener zur Verjährung. Überdies könnte hier auch eine nur beschränkte Vorgabe könnte die Mitgliedstaaten eher zur Ausdehnung motivieren.

---

<sup>30</sup> Vgl als „Vorbild“ die RL 2009/22/EG über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen (kodifizierte Fassung). Die RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern betrifft nur verbraucherrelevanten unlauteren Wettbewerb.

## 5. *Drei Problembereiche im Besonderen*

### a. *Vermutungsregel*

Die in den Staaten der EU vorherrschende Auffassung knüpft die Schutzbedürftigkeit von persönlich Arbeitenden primär an die Arbeit in organisatorischer Unterordnung an.<sup>31</sup> Die – längere – Dauer der Vertragsbeziehung wird hingegen nur selten (offen) zur Legitimation von Schutzbestimmungen herangezogen. Die organisatorische Unterordnung ist aus verschiedenen Gründen (neue Arbeitstechniken, neue Methoden der Personalführung und Koordination) heute in einem höheren Prozentsatz von Fällen als früher schwierig festzustellen. Man spricht von einer zunehmenden Grauzone. Jedenfalls bei längerer Dauer der Vertragsbeziehung könnten diese Schwierigkeiten durch eine widerlegliche Vermutung zugunsten der Arbeitnehmereigenschaft gemildert werden.

Derzeit gibt es derartige Vermutungen zwar in einigen Mitgliedstaaten, jedenfalls in den alten sind sie aber nicht häufig.<sup>32</sup> Zu nennen sind insb die Niederlande. Dort gibt es seit 1999 eine gesetzliche, widerlegliche Vermutung eines Arbeitsvertrages, wenn jemand länger als drei Monate lang regelmäßig zumindest zwanzig Stunden im Monat gegen Entgelt Dienste leistet.<sup>33</sup>

Kompetenzrechtlich ist eine Vermutungsregel wohl eine Annexmaterie zu anderen Sachregelungen; sie kann also insoweit auf Art 153 AEUV gestützt werden, als sie den Anwendungsbereich von Regelungen betrifft, die aufgrund dieser Kompetenz erlassen wurden. Eine unionsweite Vermutungsregel könnte vorerst nur als Zusatz zu einer oder einigen wenigen Richtlinien erlassen („erprobt“) werden, bei denen die Absicherung des Anwendungsbereiches auch aus Unionssicht besonders bedeutsam scheint. Zu denken ist etwa an die RL zu Entsendungen, Arbeitszeit oder Betriebsübergang.

Die Vermutungsbasis müsste erstens voraussetzen, dass im Wesentlichen persönlich gearbeitet wird, und dies zweitens für eine gewisse Zeitspanne. Ob Zusätzliches gefordert wird bleibt zu erörtern. Jedenfalls sollte die Vermutungsbasis nicht die Struktur eines Typus haben, und daher nur an organisatorische Elemente der konkreten Leistungsbeziehung anknüpfen. Man könnte den Grundtatbestand wie folgt formulieren: Die Arbeitnehmereigenschaft wird widerleglich vermutet, wenn jemand für einen anderen länger als drei Monate lang regelmäßig und im Wesentlichen persönlich arbeitet. Zusätzlich könnte alternativ oder

---

<sup>31</sup> Vgl dazu *Rebhahn*, Der Arbeitnehmerbegriff in vergleichender Perspektive, RdA 2009.

<sup>32</sup> Vgl dazu *Rebhahn*, Der Arbeitnehmerbegriff in vergleichender Perspektive, RdA 2009.

<sup>33</sup> Art. 610a BW: „Hij die ten behoeve van een ander tegen beloning door die ander gedurende drie opeenvolgende maanden, wekelijks dan wel gedurende ten minste twintig uren per maand arbeid verricht, wordt vermoed deze arbeid te verrichten krachtens arbeidsovereenkomst.“

teilweise kumulativ verlangt werden: koordinierte Zusammenarbeit; der Arbeitende wird im Wesentlichen nur für den Vertragspartner tätig wird und dies ist dem Vertragspartner bei Vertragsabschluss erkennbar; eine durchschnittliche Mindestanzahl an Wochenarbeitsstunden je Woche; eine Mindest- und Höchstgrenze für das durchschnittliche Entgelt je Monat.

Eine solche Vermutung hat viel für sich. Sie könnte bei entsprechender Fassung die Praxis zu klaren Verhältnissen erziehen und von nicht wenigen Streiten entlasten, damit Streitkosten ersparen, und das Problem der Scheinselbständigkeit (Arbeitende, die aus rechtlicher Sicht Arbeitnehmereigenschaft erfüllen, aber vom Vertragspartner nicht als Arbeitnehmer behandelt werden) entschärfen. Wie alle Beweislastregeln beeinflusst sie auch das materielle Recht: Sie hätte partiell denselben Effekt wie ein erweiterter Arbeitnehmerbegriff, weil die Argumentations- und Beweislast auf den Vertragspartner verschoben würde. Materiell würde sie aber doch deutlich hinter einem erweiterten Arbeitnehmerbegriff zurückbleiben. Gegen das Einführen einer Vermutung könnte allenfalls sprechen, dass sie Unternehmen in unklaren Fällen vom Abschluss des Vertrages abhält. Unternehmen können die Anwendung des Arbeitsrechts jedoch durch eine klare vertragliche Regelung, welche rechtliche Unterordnung ausschließt, und eine entsprechende Durchführung des Vertrages sehr wohl vermeiden.

Zu bedenken ist, dass jede Vermutungsregel, weil sie potentiell auch Nicht-Arbeitnehmer erfasst, als Regelung gesehen werden könnte, welche vor der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit gerechtfertigt werden muss. Der EuGH hat 2007 im Urteil *Kommission/Frankreich* eine nationale Vermutungsregel verworfen;<sup>34</sup> sie betraf allerdings auch die Sozialversicherung. Die Rechtfertigung dürfte bei einer sekundärrechtlichen Vermutungsregel jedenfalls faktisch leichter fallen als bei nationalen Vermutungsregeln. Die Spezifika des vom EuGH 2007 beurteilten Sachverhaltes dürften dazu führen, dass zumindest dieses Urteil nicht jeder widerleglichen Vermutung entgegensteht. Jedenfalls eine Vermutung, die an eine bestimmte Dauer anknüpft und auf das Arbeitsrecht beschränkt ist, wird durch den Schutz der Arbeitenden gerechtfertigt werden können, deren Arbeitnehmereigenschaft gerade zweifelhaft ist. Verschiedene nationale, widerlegliche Vermutungen der Arbeitnehmereigenschaft wurden bisher soweit zu sehen gemeinschaftsrechtlich nicht beanstandet.

Die Befristungs-RL steht einer Regelung, welche die Arbeitnehmereigenschaft nur bei – geplanter oder tatsächlicher – längerer Dauer der Arbeitsbeziehung widerleglich vermutet, wohl nicht entgegen. Die Teilzeit-RL 97/81/EG steht einer gesetzlichen Regelung, welche bei Arbeitenden, die regelmäßig in einem größeren Umfang arbeiten, das Vorliegen eines Arbeitsvertrages widerleglich vermutet, nicht entgegen. Das Vorliegen eines Arbeitsvertrages

---

<sup>34</sup> Siehe Fn. 68; EuGH Rs. C-255/04, *Kommission/Frankreich*, Slg. 2006, I-05251.

wird dadurch auch bei anderen Teilzeitkräften nicht ausgeschlossen. Die in der Vermutung liegende Benachteiligung solcher Teilzeitkräfte erscheint durch den Vorteil der Begünstigten sachlich gerechtfertigt, weil die Begünstigung anders nicht erreicht werden kann.

### ***b. Unfair Terms und Nebenpflichten***

(1) Die Rechtslage in Bezug auf die Kontrolle von Vertragsklauseln im Arbeitsverhältnis, auch wenn sie in „Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Arbeitgebers“ enthalten sind, ist in den Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich. Manche wie Deutschland haben ein ausgeprägtes Recht der AGB im Arbeitsrecht, in anderen spielt dieser Aspekt derzeit keine Rolle. Die EU hat bisher keine besondere Richtlinie zu Regelung von Vertragsklauseln im Arbeitsverhältnis erlassen.

Für den Bereich des Verbraucherschutzes hat die EG hingegen bereits 1993 die RL 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen erlassen. Als Zweck der RL wird zwar die „Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten“ angegeben, die RL will jedoch nur einen Mindeststandard setzen. Erst jetzt wird diskutiert, inwieweit das Verbraucherschutzrecht der EU „voll harmonisiert“ werden soll, also gleichzeitig Mindest- und Höchststandard setzen soll.

Im Bereich des Arbeitsrechts besteht zwar nicht derselbe Regelungsanlass wie bei Verbraucherverträgen, die ja häufig und zunehmend grenzüberschreitend erfolgen. Zumindest die Regelungstechnik der Verbraucher-Klauselrichtlinie kann aber als Ausgangspunkt für Überlegungen zum Arbeitsrecht genommen werden, falls hier ein ähnlicher Regelungsbedarf gesehen wird.

Die Verbraucher-Klauselrichtlinie verlangt, dass „missbräuchliche“ Klauseln unverbindlich sind. Zum zentralen Begriff der „missbräuchlichen“ Klausel enthält Art 3 RL eine Art Generalklausel; ein Anhang zur RL enthält eine nicht erschöpfende Aufzählung von Klauseln, die als missbräuchlich anzusehen sind. Die Beispiele dieses Anhangs sind für das Arbeitsrecht kaum relevant. Die Generalklausel des Art 3 Abs 1 ist hingegen auch hier von Interesse: „Eine Vertragsklausel, die nicht im einzelnen ausgehandelt wurde, ist als mißbräuchlich anzusehen, wenn sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Mißverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht.“ Nach Art 3 Abs 2 ist „eine Vertragsklausel immer dann als nicht im einzelnen ausgehandelt zu betrachten, wenn sie im voraus abgefasst wurde und der Verbraucher deshalb, insbesondere im Rahmen eines vorformulierten Standardvertrags, keinen Einfluß auf ihren Inhalt nehmen konnte.“ Nach Art 5 müssen schriftlich niedergelegte Klauseln „stets klar und verständlich abgefasst sein.“ Wesentlich ist,

dass die Frage der Mißbräuchlichkeit der Klauseln gem Art 4 weder den Hauptgegenstand des Vertrages noch die Angemessenheit zwischen dem Preis bzw. dem Entgelt und den Dienstleistungen bzw. den Gütern, die die Gegenleistung darstellen, betrifft, sofern diese Klauseln klar und verständlich abgefasst sind.

In der Folge ist zu überlegen, inwieweit es möglich und sinnvoll ist, für Arbeitsverträge eine parallele Regelung zu erlassen. Die Ausdehnung des Standards, der bei Verbraucherverträgen vorgegeben ist, auf Arbeitsverträge würde jedenfalls der Forderung der Kommission nach sicheren Arbeitsverhältnissen entsprechen, überdies wohl auch jener nach flexiblen und sicheren Arbeitsverhältnissen. Gerade die vertragliche Vereinbarung von Flexibilität erfordert häufig zusätzliche Abreden. Eine Kontrolle dieser Klauseln daraufhin, dass sie Treu und Glauben entsprechen, kann die Bereitschaft der Arbeitenden erhöhen, diese Flexibilität zu prästieren. Überdies leistet eine solche Klauselkontrolle einen Beitrag zur Angleichung der Wettbewerbsbedingungen. Allerdings ist die Angleichung für jene Länder, in denen der Kontrollmaßstab bisher geringer war, nicht kostenneutral zu haben.

In der Folge wäre zu überlegen, welche Klauseln in den Anhang einer Arbeitnehmer-Klauselrichtlinie aufzunehmen wären. Zu denken wäre etwa an Klauseln zur Tragung bzw Überwälzung des Betriebs- und Wirtschaftsrisikos, und damit insb auch zu zeitlicher Flexibilität, zu Ausbildungskostenersatz oder zu nachvertraglichen Wettbewerbsverboten.

(2) Unabhängig von der Frage der Klauselkontrolle ist an eine Richtlinie zu den *Nebenpflichten* im Arbeitsverhältnis zu denken. Allerdings können dabei nur Nebenpflichten des Arbeitgebers selbst als Mindeststandards ausgestaltet sein. Nebenpflichten des Arbeitnehmers kann ein Mindeststandard iSd 153 AEUV nur begrenzen, nicht aber selbst begründen.

Regelungen zu den Nebenpflichten von Arbeitgeber und Arbeitnehmer – im Sinne von Fürsorge- und Treuepflicht – und zur Risikoverteilung fallen wohl unter Art 153 Abs 1 lit b) AEUV, falls man den Kompetenztatbestand „Arbeitsbedingungen“ entsprechend weit versteht. Sie könnten daher durch Richtlinien, die im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren erlassen werden, geregelt werden.<sup>35</sup> Allerdings ist der genaue Inhalt des genannten Kompetenzbegriffes nicht unumstritten.

Zu *Nebenpflichten des Arbeitgebers* können eine Generalklausel und/oder einzelne Pflichten normiert werden. Größere Akzeptanz dürfte wenn, dann eine Generalklausel finden. Vorbild könnte dazu die Regelung in den Niederlanden sein. Seit langem bestimmt dort das Gesetz, dass der Arbeitgeber sich als „goed werkgever“ verhalten müsse, also als „guter“ bzw

---

<sup>35</sup> „(1) Zur Verwirklichung der Ziele des Artikels 151 unterstützt und ergänzt die Union die Tätigkeit der Mitgliedstaaten auf folgenden Gebieten: ... b) Arbeitsbedingungen, ...“

„ordentlicher“ Arbeitgeber.<sup>36</sup> Die Bestimmung hat va in drei Hinsichten Bedeutung. Erstens beeinflusst sie die Möglichkeiten des Arbeitgebers bei Weisungen (in Deutschland wird dazu § 315 BGB herangezogen, wonach bei Leistungsbestimmung nach Billigkeit vorzugehen ist). Zweitens fordert sie vom Arbeitgeber das Einhalten von Verfahrensgrundsätzen im Arbeitsverhältnis (Anhörung und Begründung). Dieser Aspekt wird, auf anderer Grundlage, etwa auch in Frankreich, aber auch in Großbritannien (reasonable employer) betont. Schließlich wird die Bestimmung als Einfallstor für neue Entwicklungen wie die Anwendung der Grundrechte im Arbeitsverhältnis gesehen. Aus österr Sicht wäre vor allem die zweite, aber auch die erstgenannte Bedeutung relevant.

*Nebenpflichten des Arbeitnehmers* kann ein auf Art 153 AEUV gestützter Mindeststandard wie gesagt nur begrenzen, nicht aber „positiv“ regeln. In Bezug auf eine Generalklausel wäre solche ein Mindeststandard dann – orientiert man sich wieder an der Regelung in den Niederlanden – die Anordnung, dass vom Arbeitnehmer nicht mehr verlangt werden darf als von einem „guten Arbeitnehmer“ verlangt werden darf. Strukturell parallel wären auch konkrete Nebenpflichten nur „negativ“ regelbar, etwa dass Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis das Privatleben nicht „unzumutbar und intensiv“ beeinflussen dürfen, oder von Arbeitnehmer die Überwachung anderer Arbeitnehmer nur dann verlangt werden darf, wenn sie damit klar und offen beauftragt werden.

### ***c. Vereinbarkeit von Beruf und Familie, insb durch Kündigungsschutz***

Die bessere Vereinbarkeit von Beruf und Familie durch „neue Formen des Ausgleichs von Berufs- und Privatleben“ ist eine der zentralen Punkte auf dem politischen Programm der EU. Angesprochen sind damit zum einen Aufgaben der Betreuung von kleinen, zum anderen aber auch Aufgaben zur (insb länger erforderlichen) Pflege von Angehörigen. Das Arbeitsrecht kann diese Aufgaben insb bei den folgenden drei Themenfelder berücksichtigen:

- die Vereinbarkeit von Berufs- und Privatleben ieS, also die Abstimmung der Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis mit den Anforderungen des Familienlebens;
- die Berücksichtigung der Familienpflichten bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses (und der Arbeitssuche);
- der Übergang zwischen Familienarbeit und Erwerbsleben;

Das Unionsrecht erfasst manche dieser Aspekte durch die Diskriminierungsverbote.

---

<sup>36</sup> Jetzt Art 7:611 des Bürgerlichen Gesetzbuches. Eine parallele Bestimmung findet sich für den Arbeitnehmer. Vgl *Heerma van Voss*, Goed wergeverschap (1999)

Diskriminierung aufgrund Schwangerschaft und im Zusammenhang mit der Geburt gelten als Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. Die Gleichbehandlungs-RL 76/207/EWG hatte ferner vorgesehen, dass von ihr auch Benachteiligungen aufgrund des Familienstandes erfasst sind. Die neue RL 2006/54/EG sieht dies hingegen nicht mehr vor. Als Diskriminierung aufgrund einer Behinderung sieht der EuGH auch die Benachteiligung der das behinderte Kind pflegenden Mutter aufgrund dieser Behinderung.<sup>37</sup> Darüber hinaus kann auch das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dahingehend verstanden werden, dass Benachteiligungen wegen der Betreuungsaufgaben für Kinder und für pflegebedürftige Angehörige als mittelbare Benachteiligung angesehen werden, weil diese Aufgaben überwiegend von Frauen geleistet werden.

Darüber hinaus regelt das Unionsrecht zu den genannten Themen derzeit nur den Elternurlaub. Die einschlägige RL wurde jüngst in modifizierter Form neu erlassen (RL 2010/18/EU); diese neue RL ist bis 2012 umzusetzen. Es ist wenig wahrscheinlich, dass bis dahin eine neue Initiative zu zentralen Fragen dieser RL erfolgversprechend ist.

Bei allen Maßnahmen zugunsten von Personen, die kleine Kinder haben oder voraussichtlich bald haben werden, sollte bedacht werden, inwieweit die Maßnahme Arbeitgeber motivieren kann, andere Personen einzustellen. Soweit sie dann ältere Personen einstellen, mag dies zwar den Anliegen einer höheren Beschäftigungsquote und der Nichtdiskriminierung Älterer dienen, es fördert aber nicht die Vereinbarkeit von Beruf und Familie.

(1) In Bezug auf die Abstimmung der Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis mit den Anforderungen des Familienlebens enthält das Unionsrecht derzeit neben der RL zum Elternurlaub keine spezifischen Regelungen.

Ein Mindeststandard könnte dazu vorsehen, dass der Arbeitgeber Aufgaben zur Betreuung von Kindern sowie zur Pflege von Angehörigen bei einseitigen Entscheidungen, die er im aufrechten Arbeitsverhältnis trifft und welche die genannten Aufgaben beeinträchtigen können, ausreichend zu berücksichtigen hat. Zu denken ist insb an einseitige Veränderungen von Lage oder Ausmaß der Arbeitszeit oder des Arbeitsortes. Der Mindeststandard könnte entweder nur das Verhältnis zum Arbeitgeber ansprechen und verlangen, dass die genannten Aufgaben angemessen berücksichtigt werden. Da die genannten Entscheidungen aber häufig im Rahmen einer Auswahlentscheidung des Arbeitgebers zwischen mehreren Arbeitnehmern getroffen werden, könnte ein Mindeststandard auch verlangen, dass die genannten Aufgaben im Vergleich zu anderen Interessen anderer AN vorrangig berücksichtigt werden.

Die Elternurlaubs-RL sieht in Art 7 ein Recht der Arbeitnehmer auf Freistellung in

---

<sup>37</sup> EuGH C-303/06 – Coleman, Slg 2008 I-05603.

dringenden Fällen vor. „Die Mitgliedstaaten ... treffen die notwendigen Maßnahmen, damit die Arbeitnehmer ... Anspruch auf Freistellung von der Arbeit im Fall höherer Gewalt wegen dringender familiärer Gründe bei Krankheiten oder Unfällen, die die sofortige Anwesenheit des Arbeitnehmers erfordern, haben. Die Mitgliedstaaten ... können die Bedingungen für die Inanspruchnahme und die Einzelheiten ... festlegen und den Freistellungsanspruch auf eine bestimmte Dauer pro Jahr und/oder pro Fall begrenzen.“ Diese Regelung ist relativ eng begrenzt. Erstens enthält sie keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung während der Freistellung, und zweitens scheint der Anwendungsbereich eng begrenzt („dringend“). Hier wäre eine Erweiterung denkbar, mE weit eher als bei der später erwähnten Anrechnung der Zeit eines Elternurlaubes ohne Arbeitsleistung (Karenz) als Dienstzeit, weil diese Erweiterung dem Ziel der Vereinbarkeit auch mehr diene als jene.

(2) Dem Wunsch des Auftraggebers entsprechend soll hier auch auf den Kündigungsschutz in Bezug auf die Vereinbarkeit von Beruf und Familie eingegangen werden.

§ 5 Z 4 des Anhangs der Elternurlaubs-RL 2010/18/EU sieht dazu, so wie die Vorgängerregelung in der RL 96/34/EG, vor: „Um sicherzustellen, dass die Arbeitnehmer ihr Recht auf Elternurlaub wahrnehmen können, treffen die Mitgliedstaaten ... die erforderlichen Maßnahmen zum Schutz der Arbeitnehmer gegen Benachteiligung oder Kündigung aufgrund der Beantragung oder Inanspruchnahme des Elternurlaubes.“ Diese Vorgabe ist nicht auf die Mindestdauer des Elternurlaubes nach der RL (4 Monate) beschränkt, sondern gilt für die gesamte Zeitdauer, für die das nationale Recht Elternurlaub – ohne Arbeitsleistung oder mit Teilzeitarbeit – vorsieht, bis zu der in der RL vorgesehenen Höchstdauer von acht Jahren. Der Mitgliedstaat kann also nicht etwa den Schutz gegen Beendigung nach einer Dauer von fünf Jahren entfallen lassen. Der EuGH hat sich mit dieser Beendigungsschranke noch nicht näher befasst.<sup>38</sup> Man könnte erwägen, die Schranke in der Elternurlaubs-RL so zu verstehen wie jene in Art 4 Abs 1 der Betriebsübergangs-RL 2001/23/EG, auch wenn der Wortlaut deutlich verschieden ist; die Vorgabe in dieser RL ist weit ausführlicher. Folgt man dem, dann stellt die Beantragung oder Inanspruchnahme des Elternurlaubes „als solche“ keinen Grund zur Kündigung dar. „Diese Bestimmung steht jedoch etwaigen Kündigungen aus wirtschaftlichen, technischen oder organisatorischen Gründen, die Änderungen im Bereich der Beschäftigung mit sich bringen, nicht entgegen.“ Es ist weder wahrscheinlich noch mE anzustreben, den spezifischen Schutz demgegenüber zu verstärken.

Darüber hinaus ist die Bedeutung der Betreuung von Kindern und von Pflege beim

---

<sup>38</sup> Im Urteil C-116/08, Meerts, Slg 2009 I-00000 lag zwar eine Kündigung vor, der EuGH wurde aber nur zur Kündigungsentschädigung gefragt und ist auch von sich aus nicht auf die Zulässigkeit der Kündigung während des Elternurlaubes eingegangen.

Kündigungsschutz für den allgemeinen Kündigungsschutz zu bedenken. Da die Union den Kündigungsschutz selbst nicht regelt und voraussichtlich auch so bald nicht regeln wird, kommt wohl nur eine relationale Regelung in Betracht. Die Union könnte etwa vorgeben, dass die Pflichten zur Betreuung von Kindern sowie die Pflege von Angehörigen bei der Entscheidung über die Rechtfertigung einer Kündigung jedenfalls genauso oder auch stärker zu berücksichtigen sind wie Betriebszugehörigkeit und Lebensalter. Dabei handelt es sich wohl noch um einen Mindeststandard. Fraglich ist hingegen, ob man dies noch dem Kompetenztatbestand Gleichbehandlung (qualifizierte Mehrheit) zuordnen kann oder aber dem Kompetenztatbestand Beendigungsregelung (Einstimmigkeit) zuordnen muss.

(3) Eine weitere Frage zum Elternurlaub ist die Anrechnung der Zeiten eines Elternurlaubes ohne Arbeitsleistung für die Vorrückung nach Kollektivvertrag sowie für andere Ansprüche, die von der Dauer der Dienstzeit abhängen. Das österr Recht sieht diese Anrechnung derzeit nicht bzw nur partiell vor (§ 15f Abs 1 MSchG). § 5 Z 2 der RL 2010/18/EU bestimmt, so wie die bisherige RL: „Die Rechte, die der Arbeitnehmer zu Beginn des Elternurlaubes erworben hatte oder dabei war zu erwerben, bleiben bis zum Ende des Elternurlaubes bestehen. Im Anschluss an den Elternurlaub finden diese Rechte mit den Änderungen Anwendung, die sich aus den nationalen Rechtsvorschriften, Tarifverträgen und/oder Gepflogenheiten ergeben.“ Aus den neueren Urteilen des EuGH zur Elternurlaubs-RL geht wohl hervor, dass diese Bestimmung nicht zur Anrechnung des Elternurlaubes selbst verpflichtet. Auch das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts fordert wohl nicht die Anrechnung. Denkbar wäre also eine Verschärfung der RL im Sinne einer Anrechnungspflicht. Allerdings ist dies mE – abgesehen von damit verbundenen finanziellen Folgen für die Arbeitgeber – dann nicht sehr überzeugend ist, wenn man an der Abhängigkeit von Rechten von der Dienstzeit überhaupt festhalten will. Eine zunehmende Gleichstellung von Arbeitszeiten und Zeiten der Nichtarbeit im Arbeitsverhältnis untergräbt nämlich mE die Sinnhaftigkeit derartiger Regelungen.