

# Prekäre Beschäftigung und Unionsrecht

## Rechtsgutachten erstellt von:

Ulf Öberg, Advokat  
Magnus Schmauch, jur. dr., Senior Associate  
Advokatfirman Öberg & Associés AB  
Skeppsbron 26  
SE 103 13 STOCKHOLM  
SWEDEN

## Auftraggeber:

EFBH - EFFAT - EGÖD - ETF - EGB - industriAll - UNI Europa

## Im Rahmen des Projekts:

**„Europa: Schluss mit prekärer Beschäftigung jetzt! –  
Menschenwürdige Arbeit und Gleichbehandlung für alle“**

Finanzhilfvereinbarung VS/2014/0554  
Haushaltslinie 04 03 01 05 – Ausschreibung VP/2014/002  
Informations- und Schulungsmaßnahmen für Arbeitnehmerorganisationen  
Europäische Kommission, GD Beschäftigung, Soziales und Inklusion

**März 2016**



Von der Europäischen Union kofinanziertes Projekt -  
Finanzhilfvereinbarung VS/2014/0554



## RECHTSGUTACHTEN

### PREKÄRE BESCHÄFTIGUNG UND UNIONSRECHT

UNTER BEZUGNAHME AUF DIE AUSSCHREIBUNG „EUROPA: SCHLUSS MIT PREKÄRER  
BESCHÄFTIGUNG JETZT! – MENSCHENWÜRDIGE ARBEIT UND GLEICHBEHANDLUNG FÜR ALLE“;  
HAUSHALTSLINIE 04.03.01.05; INFORMATIONEN- UND SCHULUNGSMASSNAHMEN FÜR  
ARBEITNEHMERORGANISATIONEN; FINANZHILFEVEREINBARUNG VS/2014/0554

Stockholm, 31. März 2016

Autoren:

Ulf Öberg, Advokat

Magnus Schmauch, jur. dr., Senior Associate

#### I – EINLEITUNG UND KURZFASSUNG

Der Trend weg von Normalarbeitsverhältnissen mit Festanstellung und Vollzeitbeschäftigung hat für ArbeitnehmerInnen sowohl Risiken als auch Möglichkeiten mit sich gebracht. Atypische Beschäftigungspraktiken können bei sorgfältiger und einvernehmlicher Vereinbarung Flexibilität schaffen für eine sich verändernde Erwerbsbevölkerung, die sonstige berufliche und/oder persönliche Verpflichtungen miteinander in Einklang bringen möchte. Atypische Beschäftigungsverhältnisse können sich jedoch auch nachteilig auf das Leben individueller ArbeitnehmerInnen auswirken und stehen in direktem Zusammenhang mit Armut, sozialer Ausgrenzung und Ungleichheiten. Sie untergraben auch die Effizienz von Tarifverhandlungen und gewerkschaftlicher Vertretung als Mittel zum Schutz der grundlegenden Rechte aller Beschäftigten.

Prekäre Beschäftigung kann eine Vielzahl von Vereinbarungen umfassen, die Sicherheit, Absicherung und Arbeitsvitalität aushöhlen. Prekäre Beschäftigung bedeutet oftmals gelegentliche und/oder fragmentierte Arbeitszeiten; weniger oder keinen Schutz bei Entlassung und/oder im Krankheitsfall; und den Ausschluss von Schutz und Privilegien, die die Gewerkschaftsmitgliedschaft bietet. Als Ausdruck einer sowohl auf europäischer als auch auf internationaler Ebene weitverbreiteten Besorgnis wird auf den zunehmenden absichtlichen Einsatz von Vereinbarungen über Gelegenheitsbeschäftigung hingewiesen, die dazu dienen, arbeitsrechtliche Verordnungen und sonstige Verpflichtungen zu umgehen, die bestimmte Bedingungen, einen bestimmten Lohn und den Schutz großer Teile der Arbeitskräfte gewährleisten.

Angesichts dieser besorgniserregenden Trends haben EFFAT und seine Projektpartner Advokatfirman Öberg & Associés AB mit der Erarbeitung des vorliegenden Rechtsgutachtens beauftragt, das als Grundlage für eine systematische Überprüfung dienen soll, wie arbeitsrechtliche Verordnungen und gewerkschaftliche Strategien auf europäischer und nationaler Ebene koordiniert werden können, um die Prekarisierung von Beschäftigung zu bekämpfen und bessere Beschäftigungsbedingungen und einen besseren sozialen Zusammenhalt auf dem Kontinent zu gewährleisten.

Zusammengefasst sind wir zu den folgenden Ergebnissen gekommen:

- Die definitorischen Herausforderungen, was „prekäre Beschäftigung“, „prekäre Beschäftigungsbedingungen“, „atypische Arbeit“, „normale“ oder „atypische Beschäftigungsformen“ oder „gute Beschäftigungsverhältnisse“ ausmacht, sollten nicht überschätzt werden. Während die von der Europäischen Kommission 2004 mit der ESOPE-Studie zur prekären Beschäftigung beauftragten Forscher so mit definitorischen Fragen beschäftigt waren, dass im Folgenden eben die Frage „was ist prekäre Beschäftigung“ zu einer der entscheidenden Forschungsfragen des Projekts wurde, sollte dieses definitorische Problem nicht die europäische Gewerkschaftsbewegung davon abschrecken, auf einen strengeren Schutz gegen prekäre Beschäftigung und prekäre Beschäftigungsbedingungen auf europäischer, nationaler, sektoraler und lokaler Ebene zu drängen.
- Die von den Gründungsmitgliedern des europäischen Gewerkschaftsverbandes industriAll (EMF,

EMCEF und ETUF-TCL) 2012 in seiner *Gemeinsamen Forderung für Tarifverhandlungen, für sicherere Arbeitsplätze, gegen prekäre Arbeit* gegebene Definition von „prekärer Beschäftigung“ könnte den Projektpartnern als Grundlage für eine gemeinsame Definition des Konzepts von „prekärer Beschäftigung“ und „prekären Beschäftigungsbedingungen“ dienen.

- Obwohl die Europäische Kommission ihrerseits unterstrichen hat, dass „prekäre Beschäftigung“ kein Rechtsbegriff im Unionsrecht ist, hat der Begriff „Prekarität“ oder *précarité* bereits im Arbeitsrecht einiger ihrer Mitgliedstaaten wie beispielsweise im französischen „Code du Travail“ zu harten Rechtsvorschriften geführt.
- In EU-Dokumenten zur Beschäftigungspolitik jüngerer Datums liegt die Betonung inzwischen nicht mehr nur auf „mehr Arbeitsplätzen“, sondern zunehmend auf „Qualitätsarbeitsplätzen“ und das Thema der „Arbeitskräftesegmentierung“ wird diskutiert. Der Europäischen Kommission zufolge sollte beispielsweise die Arbeitsschutzgesetzgebung reformiert werden, um den übermäßigen Schutz von ArbeitnehmerInnen mit unbefristeten Arbeitsverträgen einzuschränken und jenen, die außerhalb oder am Rande des Arbeitsmarktes stehen, Schutz zu bieten, um das Problem der Segmentierung anzugehen. Dies ist auch der Fall im Zusammenhang mit den Berichten zum europäischen Semester im Rahmen der Europa 2020 Strategie.
- Erst 2013 kam die Europäische Kommission zu dem Schluss, dass prekäre Beschäftigung mit den existierenden gesetzgeberischen Maßnahmen abgestellt werden könnte. In ihrem letzten Jahreswachstumsbericht 2016 führt die Europäische Kommission jedoch aus, dass die generellere Entwicklung zu flexibleren Arbeitsmärkten die Schaffung von Arbeitsplätzen begünstigen, aber auch den Übergang zu mehr unbefristeten Arbeitsverträgen ermöglichen sollte. Nach unserem Wissen hat die Kommission hier erstmalig ausdrücklich das politische und wirtschaftliche Ziel gesetzt, dass diese Entwicklung nicht zu mehr prekären Beschäftigungsverhältnissen führen sollte.
- Angesichts der kürzlichen Ankündigung eines Legislativpakets für 2016 von Kommissionspräsident Juncker, das „eine Grundlage für ein Minimum von sozialen Rechten“ auf der Grundlage des Prinzips von gleichem Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Arbeitsplatz sein soll, hat es den Anschein, dass die Kommission von Präsident Juncker tatsächlich einen unerwarteten Paradigmenwechsel vollzogen und sich vom Beharren der Kommission seines Vorgängers Barroso auf Regulierungswettbewerb zugunsten von Regulierungsneutralität verabschiedet hat. Dies kann tatsächlich einen Wendepunkt hin zu einer neuen allgemeinen politischen Richtung darstellen sowie zu neuen Beschäftigungsprioritäten, insbesondere im Hinblick auf den Übergang zu mehr unbefristeten Arbeitsverträgen und dazu, wie man prekärer Beschäftigung Einhalt gebietet. Die Schlussfolgerungen der Europäischen Ratstagung im Jahr 1994 in Essen, auf die der Europäische Gerichtshof zur Begünstigung von atypischen Beschäftigungsverhältnissen insbesondere in Bezug auf Teilzeitbeschäftigung vertraute, könnten durch eine neue politische Agenda ersetzt werden, die sich darauf konzentriert, Armut zu beenden und Ungleichheit und Ungerechtigkeit insbesondere durch die Gewährleistung des Prinzips von gleichem Lohn bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit zu bekämpfen.
- In seiner jüngsten EntschlieÙung über die Achtung von Grundrechten in der EU hat das Europäische Parlament den Zusammenhang zwischen der aktuellen Wirtschafts- und Finanzkrise, den zu ihrer Bekämpfung in einigen Mitgliedstaaten ergriffenen Maßnahmen und deren Auswirkungen unterstrichen, die die Lebensbedingungen von EU-BürgerInnen negativ beeinflussen. Dem Europäischen Parlament zufolge durchlebt die EU eine ernsthafte Wirtschafts- und Finanzkrise, deren Auswirkungen in Kombination mit bestimmten Maßnahmen wie den in einigen ihrer Mitgliedstaaten zu deren Bekämpfung ergriffenen drastischen Haushaltskürzungen die Lebensbedingungen der EU-BürgerInnen durch zunehmende Arbeitslosigkeit und Armut, Ungleichheiten, prekäre Beschäftigungsbedingungen und beschränkter Zugang zu und Qualität von Dienstleistungen sowie das Wohlergehen der BürgerInnen negativ beeinflussen. Das Europäische Parlament unterstreicht in seiner EntschlieÙung, dass die EU-Institutionen sowie die Mitgliedstaaten, die strukturelle Reformen in ihren Sozial- und Wirtschaftssystemen vornehmen, immer die Verpflichtung haben, die Charta und ihre internationalen Verpflichtungen einzuhalten und deshalb für die von ihnen getroffenen Entscheidungen verantwortlich sind.

- Auf dem UN-Gipfel für nachhaltige Entwicklung am 25. September 2015 verabschiedeten die Staats- und Regierungschefs aus aller Welt die neue Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung, die 17 nachhaltige Entwicklungsziele (Sustainable Development Goals - SDGs) zur Beseitigung von Armut, Bekämpfung von Ungleichheit und Ungerechtigkeit und zum Umgang mit dem Klimawandel bis 2030 umfasst. Bei der UN-Generalversammlung im September 2015 wurden menschenwürdige Arbeit und die vier Pfeiler der Agenda für menschenwürdige Arbeit der Internationalen Arbeitsorganisation ILO – Schaffung von Arbeitsplätzen, sozialer Schutz, Rechte am Arbeitsplatz und sozialer Dialog – zu integralen Bestandteilen der Agenda 2030. Ziel 8 der Agenda 2030 ruft u.a. dazu auf, dauerhaftes, breitenwirksames und nachhaltiges Wirtschaftswachstum, produktive Vollbeschäftigung und menschenwürdige Arbeit für alle zu fördern. Ziel ist es, bis 2030 produktive Vollbeschäftigung und menschenwürdige Arbeit für alle Frauen und Männer einschließlich junger Menschen und Menschen mit Behinderungen sowie gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit zu erreichen, die Arbeitsrechte zu schützen und sichere Arbeitsumgebungen für alle ArbeitnehmerInnen, einschließlich der Wanderarbeitnehmer und insbesondere der Wanderarbeitnehmerinnen sowie der Menschen in prekären Beschäftigungsverhältnissen, zu fördern.
- Am 27. September 2011 verabschiedete der UN-Menschenrechtsrat durch Konsens die *Leitprinzipien zu extremer Armut und Menschenrechten* in Resolution 21/11. Der Menschenrechtsrat ermutigte Regierungen, maßgebliche UN-Einrichtungen, spezialisierte Agenturen, Fonds und Programme, sonstige zwischenstaatliche Organisationen und nationale Menschenrechtsorganisationen sowie Nichtregierungsorganisationen und nichtstaatliche Akteure einschließlich des Privatsektors, die Leitprinzipien bei der Formulierung und Durchführung ihrer politischen Programme und Maßnahmen im Hinblick auf von extremer Armut betroffenen Personen zu berücksichtigen. Am 20. Dezember 2012 verabschiedete die UN-Generalversammlung eine Resolution zu Menschenrechten und extremer Armut, in der sie „die Leitprinzipien über extreme Armut und Menschenrechte wohlwollend zur Kenntnis nimmt, die vom Menschenrechtsrat in seiner Resolution 21/11 als ein nützliches Werkzeug für Staaten bei der Formulierung und Umsetzung von politischen Programmen zur Armutsverringerung und –bekämpfung als angemessen erachtet werden.“
- Gemäß Absatz 84 dieser Leitprinzipien, die von der Europäischen Union mitgetragen wurden, sollten die Staaten:
  - (a) Strenge arbeitsrechtliche Verordnungen verabschieden und deren Durchsetzung durch eine Arbeitsaufsichtsbehörde mit angemessenen Kapazitäten und Ressourcen sicherstellen, um den Genuss des Rechts auf menschenwürdige Beschäftigungsbedingungen zu gewährleisten;
  - (b) Sicherstellen, dass alle ArbeitnehmerInnen einen ausreichenden Lohn erhalten, um ihnen und ihrer Familie den Zugang zu einem angemessenen Lebensstandard zu gewährleisten;
  - (c) Sicherstellen, dass Rechtsstandards im Hinblick auf gerechte und vorteilhafte Beschäftigungsbedingungen auf die informelle Wirtschaft ausgedehnt und dort auch eingehalten werden und aufgeschlüsselte Daten über das Ausmaß von informeller Arbeit sammeln;
  - (d) Positive Maßnahmen zur Beseitigung von allen Formen von Zwangsarbeit und Schuldknechtschaft sowie schädlichen und gefährlichen Formen von Kinderarbeit zusätzlich zu Maßnahmen ergreifen, die die soziale und wirtschaftliche Wiedereingliederung der betroffenen Personen gewährleisten und ein erneutes Auftreten unterbinden;
  - (e) Sicherstellen, dass Pflegekräfte durch Sozialprogramme und –dienstleistungen einschließlich des Zugangs zu erschwinglicher Kinderbetreuung geschützt werden;
  - (f) Spezielle Maßnahmen, darunter Berufsberatung, Ausbildung und Gelegenheiten zur Fähigkeitsentwicklung, zur Erweiterung der Möglichkeiten für Personen einrichten, die in Armut leben, damit diese auf dem formellen Arbeitsmarkt eine menschenwürdige

Beschäftigung finden können;

- (g) Diskriminierung beim Zugang zu Beschäftigung und Ausbildung beseitigen und sicherstellen, dass für die Personen, einschließlich Frauen, Migranten und Behinderten, die am anfälligsten für Armut und Arbeitslosigkeit sind, bedarfsgerechte Ausbildungsprogramme zugänglich sind;
  - (h) Die Vereinigungsfreiheit respektieren, fördern und umsetzen, damit die Identitäten, Stimmen und Vertretungen von ArbeiterInnen, die in Armut leben, im sozialen und politischen Dialog über Arbeitsreformen gestärkt werden.
- Diese von der Europäischen Union mitbetreuten *Leitprinzipien über extreme Armut und Menschenrechte* eignen sich als Mindestgrundlage für die demnächst von der europäischen Gewerkschaftsbewegung vorzulegende Strategie zur Bekämpfung prekärer Arbeit und Arbeitsbedingungen. In jedem Fall sollte die europäische Gewerkschaftsbewegung die Debatte zur prekären Arbeit im Kontext der Erörterungen zum Schutz der Grundrechte führen.
  - Die arbeitsrechtlichen Aktivitäten der Europäischen Union gehen heute immer noch von unbefristeten Arbeitsverträgen als Standardform bei den Beschäftigungsverhältnissen aus, obwohl auch der EuGH die Existenz atypischer Beschäftigung als Modell in bestimmten Sektoren bzw. bei einigen Berufen und Beschäftigungen eingeräumt hat. Im Hinblick auf den tiefen Strukturwandel am Arbeitsmarkt der einzelnen EU-Mitgliedstaaten erscheint das Konzept der „typischen Beschäftigung“ zunehmend als normativer, aber fest im Regelungsdenken und in den gesellschaftlichen Vorstellungen verankerter Richtwert. Obwohl die verfügbaren Statistiken zur befristeten Beschäftigung, Teilzeitarbeit, Leiharbeit und Arbeitnehmerentsendung die theoretische Grundannahme unbefristeter Verträge als Normalfall unter den Beschäftigungsverhältnissen besonders in Bezug auf die Jugendarbeit und die Schaffung neuer Arbeitsplätze in Frage stellen, ist die Beibehaltung des „vergleichbaren Dauerbeschäftigten“ als Vergleichsgröße bei der Beurteilung der Beachtung von Gleichbehandlungsgrundsätzen bei prekär oder atypisch Beschäftigten sinnvoll.
  - Die aktuelle Rechtsauffassung bedient sich der von der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) aufgestellten Annahme, dass sich eine „atypische Beschäftigung“ deutlich von einem herkömmlichen Beschäftigungsverhältnis mit unbefristeter und direkt nichtselbstständiger Vollzeitarbeit unterscheidet.
  - Die EU-Charta der Grundrechte enthält einige Bestimmungen zu den Rechten Beschäftigter. Naturgemäß ist die Charta jedoch nur bedingt anwendbar und bietet daher keine wirksamen Schutzmechanismen in Fällen von prekärer Arbeit und prekären Arbeitsbedingungen. So hat der EuGH zum Beispiel Rechtsurteile zu vorläufigen Fragen in Bezug auf Probezeiten bei atypischen Beschäftigungsverhältnissen zurückgewiesen, solange die EU in diesem Bereich noch nicht gesetzgeberisch tätig geworden ist. Bevor ArbeitnehmerInnen von der Charta also tatsächlich geschützt werden können, sind beim aktuellen Präzedenzrecht des EuGH daher hinreichend eindeutige und präzise Regelungen zum Arbeitsrecht und zur Schaffung von Rechten Einzelner erforderlich. Es wäre jedoch schon viel erreicht, wenn die Prekarität Einzug in die Definition des Begriffs „Würde“ gemäß Artikel 31, Abs. 1 der Charta halten würde.
  - Von Anfang an, spätestens aber seit dem Spaak-Bericht, baut die europäische Integration in der sozialen Dimension der gesamten Europäischen Union auf dem Grundgedanken auf, dass ein durch nationale Gesetzgebung oder gewerkschaftliche Arbeitskämpfe verursachter struktureller Wettbewerb bei Löhnen und Gehältern auszuschließen ist. Aus dem Ohlin-Bericht geht hervor, dass die Förderung und Unterstützung von Arbeitskämpfen zur Beseitigung ungerechter Lohnunterschiede zugunsten der Niedriglohngruppen durchaus mit den Interessen der Gewerkschaftsbewegung vereinbar ist. Zu der Zeit bestand in Europa auch Einigkeit darüber, dass Gehälter und Arbeitsbedingungen das Ergebnis von Tarifverhandlungen der jeweiligen Sozialpartner sind. Laut Ohlin-Bericht galt die „weit verbreitete Auffassung, dass Regierungseingriffe in die Tarifautonomie auf ein Minimum zu beschränken sind, sofern dafür überhaupt eine Notwendigkeit besteht.“ Letztendlich liefern der Spaak- und der Ohlin-Bericht damit eine ökonomische Begründung für die Nichtdiskriminierung.

- Ohne eine formale Anerkennung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung und des gleichen Lohns für gleiche Arbeit als unmittelbar anwendbare Rechtsnorm bei Verhandlungen zwischen privaten Parteien, besonders also zwischen prekär und nicht prekär Beschäftigten (bzw. ihren Gewerkschaftsvertretern) einerseits und den Arbeitgebern andererseits werden die europäischen ArbeitnehmerInnen und Gewerkschaften ihres wichtigsten Werkzeugs bei der Beseitigung ungleicher bzw. der Schaffung einer Gleichbehandlung von Europäern und WanderarbeiterInnen aus nicht-EU-Ländern beraubt.
- Ein Verständnis der Tragweite des Schutzes von prekär Beschäftigten gemäß EU-Arbeitsrecht bedarf einer Definition des Begriffs „Arbeitnehmer“ im Sinne des EU-Rechts. Während sich in den EU-Verträgen keine derartige Begriffsbestimmung findet, hat das Präzedenzrecht des EuGH zur Freizügigkeit der ArbeitnehmerInnen gemäß Artikel 45 AEUV in dieser Frage Klarheit geschaffen. Demnach hat das Konzept „Arbeitnehmer“ im EU-Recht regelmäßig eine spezielle unabhängige Bedeutung, die auch nicht eng auszulegen ist. Ein „Arbeitnehmer“ ist demgemäß jeder, der seinen Aktivitäten wirklich und ernstgemeint nachgeht. Dies schließt als rein nebensächlich und geringfügig einzustufende Aktivitäten aus. Beschäftigungsverhältnisse sind laut Präzedenzrecht wesentlich dadurch gekennzeichnet, dass jemand eine gewisse Zeit lang „Leistungen auf Anweisung eines anderen für diesen erbringt und dafür eine Vergütung erhält“.
- Laut EU-Recht wird der Status „Arbeitnehmer“ nicht durch die Tatsache berührt, dass jemand gemäß innerstaatlichem Recht unter Steuer-, Verwaltungs- oder organisatorischen Gesichtspunkten als Selbstständiger arbeitet, so lange er besonders hinsichtlich der freien Wahl der Zeit, des Ortes oder des Inhalts seiner Arbeit unter der Leitung seines Arbeitgebers arbeitet, am unternehmerischen Risiko des Arbeitgebers keinen Anteil hat und für die Dauer des Beschäftigungsverhältnisses Teil des Unternehmens des Arbeitgebers ist und damit eine Wirtschaftseinheit mit diesem Unternehmen bildet.
- Obwohl die äußerst begrenzte Anzahl der für ein Beschäftigungsverhältnis geleisteten Arbeitsstunden auf die nebensächliche und geringfügige Art der Aktivitäten hinweisen könnte, lässt sich ungeachtet der geringen Vergütung für die tatsächlich geleisteten wenigen Arbeitsstunden nicht bestreiten, dass die jeweiligen staatlichen Behörden das entsprechende Beschäftigungsverhältnis insgesamt als wirklich und ernstgemeint bewerten und die betreffende Person gemäß EU-Recht als „Arbeitnehmer“ einzustufen ist. Beschäftigte mit so genannten „Null-Stunden-Verträgen“ fallen damit gemäß EU-Recht wahrscheinlich in die Kategorie „Arbeitnehmer“.
- Nach dem bekannten Präzedenzrecht des EuGH versteht das EU-Recht auch PraktikantInnen oder Auszubildende in einem bestimmten Beruf in Vorbereitung auf eine tatsächliche Ausübung dieses Berufs als „Arbeitnehmer“, sofern die Praktikums- bzw. Ausbildungszeiten wirkliche und ernstgemeinte Arbeiten im Beschäftigtenverhältnis im Auftrag und unter Leitung eines Arbeitgebers beinhalten. Laut EuGH stehen die geringe Produktivität, der eingeschränkte Aufgabenbereich sowie die entsprechend geringe wöchentliche Arbeitszeit und Vergütung des Betroffenen einer solchen Schlussfolgerung nicht entgegen.
- Im Präzedenzrecht des EuGH bestehen hinsichtlich der atypischen bzw. prekären Arbeit gewisse Spannungen. Hier muss sich der EuGH früher oder später entscheiden, ob er das wirtschaftliche Ziel der *Förderung* atypischer Beschäftigung innerhalb des EU-Rechts über oder unter das in den einschlägigen Richtlinien zur Zeit- und Teilzeitarbeit, Arbeitnehmerentsendung und Leiharbeit gesetzte gesellschaftliche Ziel stellt.
- Unter Rückgriff auf Präzedenzurteile des EuGH, besonders zur Ungleichbehandlung von Männern und Frauen, hat Steven Peers darauf hingewiesen, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung (bzw. Nichtdiskriminierung) von atypisch Beschäftigten Teil des in der EU geltenden allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes ist. Sowohl in der EU-Gesetzgebung als auch im Präzedenzrecht des EuGH finden sich deutliche Hinweise auf die geforderte Gleichstellung atypischer Beschäftigter hinsichtlich der auch sonst im EU-Recht geschützten Arbeitnehmerrechte und dem Recht auf Nichtdiskriminierung.
- Ohne eine objektive Begründung dürfen ArbeitnehmerInnen mit befristeten oder Teilzeitverträgen, LeiharbeiterInnen, überlassene und andere ArbeitnehmerInnen in prekären oder atypischen

Beschäftigungsverhältnissen zum Beispiel mit Null-Stunden- und ähnlichen Verträgen, Scheinselbstständige, junge Neubeschäftigte in der Berufsausbildung oder im Praktikum sowie inländische WanderarbeiterInnen daher auch dann nicht schlechter gestellt werden als ein „vergleichbarer Dauerbeschäftigter“, wenn ein Unternehmen keine solchen „vergleichbaren Dauerbeschäftigten“ hat.

- Ein „vergleichbarer Dauerbeschäftigter“ wurde effektiv bereits in Paragraf 3 Abs. 2 der Rahmenvereinbarung zu befristeten Beschäftigungsverhältnissen<sup>1</sup> definiert als „ein Arbeitnehmer desselben Betriebs mit einem unbefristeten Arbeitsvertrag oder -verhältnis, der in der gleichen oder einer ähnlichen Arbeit/Beschäftigung tätig ist, wobei auch die Qualifikationen/Fertigkeiten angemessen zu berücksichtigen sind. Ist in demselben Betrieb kein vergleichbarer Dauerbeschäftigter vorhanden, erfolgt der Vergleich anhand des anwendbaren Tarifvertrags oder in Ermangelung eines solchen gemäß den einzelstaatlichen gesetzlichen oder tarifvertraglichen Bestimmungen oder Gepflogenheiten.“
- Der im jeweiligen Mitgliedsstaat für Teilzeitbeschäftigte geltende „vergleichbare Dauerbeschäftigte“ ist hier auch als Bezugsgröße für MitarbeiterInnen mit befristeten Arbeitsverträgen, LeiharbeiterInnen, überlassene ArbeitnehmerInnen sowie weitere Beschäftigte in prekären oder atypischen Arbeitsverhältnissen zum Beispiel mit Null-Stunden- und ähnlichen Verträgen, Scheinselbstständige, junge Neubeschäftigte in der Berufsausbildung oder im Praktikum sowie inländische WanderarbeiterInnen zu verwenden.
- An dieser Stelle sollte die europäische Gewerkschaftsbewegung betonen, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung und des gleichen Lohns für gleiche bzw. gleichwertige Arbeit *als solcher* für alle Beschäftigten gilt, also nicht nur in Bezug auf WanderarbeiterInnen innerhalb der EU oder auf männliche bzw. weibliche Beschäftigte. Damit ist er nicht nur ein „Grundsatz des europäischen Sozialrechts“ oder ein Beispiel „sozialrechtlicher EU-Regeln von besonderer Bedeutung“, sondern *Ausdruck eines Grund- und Menschenrechts* auf Grundlage des Prinzips der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung.
- Wie Valerio De Stefano bereits klar und überzeugend dargelegt hat, kann sich die Auslegung von Kollektivrechten als Grundrechte darüber hinaus zweifellos als vorteilhaft für Beschäftigte in prekären oder atypischen Arbeitsverhältnissen erweisen. Bei der Neubewertung von Tarif- und Streikrechten ist diesen besondere Beachtung zu schenken, um der wachsenden Zahl entsprechend Beschäftigter gerecht zu werden.

---

<sup>1</sup> McKay, S., Jefferys, S., Paraksevpoulou, A., Keles, J., „Study on Precarious work and social rights“ im Auftrag der Europäischen Kommission (VT/2010/084), Working Lives Research Institute, London, 2012, S. 4.

## II – PREKÄRE BESCHÄFTIGUNG; DEFINITIONEN UND KONZEPTE

### A – Ursprünge des Begriffs

Der Begriff „prekäre Beschäftigung“ kam mit dem soziologischen und ökonomischen Diskurs in den 1960er Jahren in Umlauf. Nach augenscheinlich allgemeinem Einverständnis stammt der Ausdruck „prekär“ aus der französischen Soziologie, die in den 1970er Jahren begann, „*précarité*“ („Prekarität“) mit Armut in Verbindung zu bringen und das Konzept erst zu einem späteren Zeitpunkt zur Beschreibung von Beschäftigungsverhältnissen zu benutzen.<sup>1</sup>

Sowohl in den Rechtsvorschriften der Europäischen Union<sup>2</sup> als auch im Präzedenzrecht der europäischen Gerichte wird nur selten auf „Prekarität“ oder *précarité* Bezug genommen.

Im Unionsrecht gibt es in der Tat keine einheitliche Definition für ArbeitnehmerInnen: Diese unterscheidet sich je nach dem Anwendungsbereich der Definition.<sup>3</sup>

Während sich das Konzept von *Prekarität* oder *précarité*<sup>4</sup> zu harten Rechtsvorschriften im Französischen Code du Travail<sup>5</sup> entwickelt hat, unterstrich die Europäische Kommission 2013 ihrerseits, dass „prekäre Beschäftigung“ im Unionsrecht keinen Rechtsbegriff darstellt. Laut Kommission entstammt sie einer „Kombination von Faktoren“ einschließlich des bestehenden Wohlfahrtsystems und der Lage der Familie des Arbeitnehmers und kann demzufolge ArbeitnehmerInnen mit jeglicher Form von Arbeitsvertrag betreffen.<sup>6</sup>

Die Europäische Kommission verweist häufig auf ihre Arbeit zur Bekämpfung des Problems im Zuge ihres Grünbuchs aus dem Jahr 2006. Ein Pilotprojekt und eine Studie zeigen auf, dass die Zunahme von atypischen Beschäftigungsformen für eine große Anzahl von ArbeitnehmerInnen zu einem steigenden

---

<sup>2</sup> Die Suche in den geltenden EU-Rechtsvorschriften in der EUR-Lex-Datenbank ergibt, dass der Begriff „Prekarität“ (Fr. „*précarité*“) in den wenigen Fällen, in denen er in nicht-bindenden Rechtsakten zu finden ist, gegenwärtig im Zusammenhang mit Maßnahmen zur Armutsbekämpfung (Beschluss des Rates vom 19. Dezember 1984 über gezielte Maßnahmen zur Bekämpfung der Armut auf Gemeinschaftsebene 85/8/EWG, ABl. [1985] L 2, S. 24) benutzt wird; im Zusammenhang mit der sozialen Inklusion junger Menschen (Entschließung des Rates und der Regierungsvertreter der Mitgliedstaaten anlässlich der Ratssitzung vom 14. Dezember 2000 zur sozialen Inklusion junger Menschen, ABl. C 374, S. 5) sowie im Hinblick auf „Beschäftigungsunsicherheit“ (Beschluss des Rates vom 18. Juli 1989 über ein mittelfristiges Aktionsprogramm der Gemeinschaft zur wirtschaftlichen und sozialen Eingliederung der in wirtschaftlicher und sozialer Hinsicht benachteiligten Personengruppen (89/457/EWG) ABl. L 224, S. 10).

<sup>3</sup> *Martínez Sala*, C-85/96, EU:C:1998:217, Absatz 31.

<sup>4</sup> Das französische Wörterbuch Larousse definiert den Begriff *précaire* wie folgt: Qui n'existe ou ne s'exerce que par une autorisation révocable: *Poste précaire*.; Qui n'offre nulle garantie de durée, de stabilité, qui peut toujours être remis en cause: *Santé précaire*. *Emploi précaire*.; Qui est d'une sécurité douteuse: *Un abri précaire*. (Was nur existiert oder ausgeübt wird mittels einer rückgängig zu machenden Genehmigung: *eine prekäre (unsichere) Stelle*; Was keine Garantie in Bezug auf Dauer und Stabilität bietet, was immer in Frage gestellt werden kann: *prekäre (labile) Gesundheit*; Was von zweifelhafter Sicherheit ist: *eine prekäre (unsichere) Unterkunft*. Der Eintrag im Le Petit Robert leitet das Adjektiv *précaire* von dem lateinischen Begriff *precarius* (obtenu par la prière – durch Gebet erlangt) ab: 1. Dont l'avenir, la durée, la stabilité ne sont pas assurés. (Dessen Zukunft, Dauer, Stabilität nicht gesichert sind ->ÉPHÉMÈRE, INCERTAIN. (VERGÄNGLICH, UNGEWISS) *Une santé précaire*; (*Eine prekäre Gesundheit*) -> FRAGILE. (ZERBRECHLICH) Travail, Emploi précaire. (Prekäre Arbeit, Beschäftigung) 2. dr. Révocable selon la loi. (Rückgängig zu machen durch Gesetz) *Possession précaire, à titre précaire*. (*Prekäre Besitztümer, prekär*) The Oxford English Dictionary weist keinen Eintrag für den Begriff „precarity“ auf, definiert jedoch *precarious* (Adj.) als „not securely held or in position; dangerously likely to fall or collapse: *a precarious ladder*: and dependent on chance; uncertain: *he made a precarious living as a painter*. („nicht sicher gehalten oder in Position; gefährlich, mit der Wahrscheinlichkeit zu fallen oder zusammenzubrechen: *eine gebrechliche Leiter*: und abhängig vom Glück; ungewiss: *als Maler führte er ein prekäres Leben*).

<sup>5</sup> Siehe u.a. die Artikel L1251-32, L1226-4-3, L2323-59, L1226-20 und L1243-8 des französischen Code du Travail (französisches Arbeitsgesetzbuch).

<sup>6</sup> Claudette Abela Baldacchino (S&D), Anfrage zur schriftlichen Beantwortung an die Kommission, 27. August 2013, P-009626/2013. Siehe die entsprechende Beantwortung der schriftlichen Anfrage von Herrn Andor im Namen der Kommission P-009626/2013, 19. September 2013.

Risiko von Prekarität führt.<sup>7</sup> Die Europäische Kommission hat außerdem auf das Sozialinvestitionspaket aus dem Jahr 2013 verwiesen, in dem „eine Strategie für strukturelle Reformen der Sozialpolitik erläutert wird, um die Mitgliedstaaten dabei zu unterstützen, Menschen zu schützen und in sie zu investieren und infolgedessen die Gründe für Prekarität bei der Wurzel zu packen.“<sup>8</sup>

Wie Barbier bereits ausgeführt hat, steckt der länderübergreifende Vergleich von „Beschäftigungsprekarität“ immer noch in den Kinderschuhen.<sup>9</sup> Dennoch sollten die definitorischen Herausforderungen bezüglich „prekärer Beschäftigung“, „prekären Beschäftigungsbedingungen“, „atypischer Arbeit“, „normalen“ oder „atypischen Beschäftigungsformen“ oder in diesem Zusammenhang „guten Beschäftigungsverhältnissen“ nicht überschätzt werden. Heute besteht unter den Ökonomen der Trend, den Begriff prekäre Beschäftigung in Verbindung zu bringen mit flexiblen Arbeitsmärkten und Insidern und Outsidern, was die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass Prekarität im Hinblick auf die Form des Arbeitsvertrages definiert wird. Rechtsanwälte bringen Prekarität allgemeiner mit dem Fehlen von gesetzlichen Regelungen oder dem Ausschluss von existierenden Regelungen in Verbindung.<sup>10</sup> Für Gewerkschaften und GewerkschaftsvertreterInnen hängt die Definition von „prekärer Beschäftigung“ am ehesten vom jeweiligen Sektor und dem fraglichen Land ab.

1964 definierte der italienische Ökonom Sylvos Labini in der *International Labour Review* in einer bahnbrechenden Arbeit prekäre Beschäftigung als das, was keine Einkommensstabilität und keine Garantie für langfristige Sicherheit oder Verbesserung schafft. Prekarität bezog sich sowohl auf die Art der Beschäftigung als auch auf den Sozialstatus, zu dem sie für das Individuum führt. Labini unterstrich die Korrelation zwischen prekärer Beschäftigung und Teilzeitbeschäftigung; Arbeit für sehr kurze Zeiträume; versteckte Arbeitslosigkeit in der Landwirtschaft; und jene mit einem sehr niedrigen und instabilen Einkommen wie Kleinbauern, Kleinkünstler und Händler.<sup>11</sup>

In den 1970er und 1980er Jahren führte die wachsende Besorgnis über das Aufkommen von atypischen Beschäftigungspraktiken – wie Kurzzeitbeschäftigung und Agenturverträge – innerhalb der akademischen und politischen Kreise zu einer breiter angelegten Diskussion über prekäre Beschäftigungspraktiken.

Gerry und Janine Rodgers (1989) beschreiben prekäre Beschäftigung als ein Phänomen, das „über die Beschäftigungsform hinausgeht, um die verschiedenen Faktoren zu betrachten, die dazu beitragen, ob eine besondere Beschäftigungsform die Beschäftigten einer instabilen Beschäftigung, einem Mangel an Rechts- und Gewerkschaftsschutz und wirtschaftlicher Verletzbarkeit aussetzt.“<sup>12</sup>

Deshalb unternahmen Gerry und Janine Rodgers mit ihrer Definition den Versuch, über eine formalistische Definition auf der Grundlage bestimmter vertraglicher Vereinbarungen hinauszugehen, um die allgemeinen Dimensionen von prekärer Beschäftigung im Rahmen von verschiedenen Beschäftigungsverhältnissen zu unterscheiden. Die Autoren schlugen vier entscheidende Dimensionen vor, die wie folgt zusammengefasst werden können:

---

<sup>7</sup> Claudette Abela Baldacchino (S&D), Anfrage zur schriftlichen Beantwortung an die Kommission, 27. August 2013, P-009626/2013. Siehe die entsprechende Beantwortung der schriftlichen Anfrage von Herrn Andor im Namen der Kommission P-009626/2013, 19. September 2013.

<sup>8</sup> Siôn Simon (S&D), Anfrage zur schriftlichen Beantwortung an die Kommission, 2. Oktober 2014, E-007465/2014; Siôn Simon (S&D), Anfrage zur schriftlichen Beantwortung an die Kommission, 2. Oktober 2014, E-007466/2014; und Siôn Simon (S&D), Anfrage zur schriftlichen Beantwortung an die Kommission, 13. Oktober 2014, E-007858/2014. Siehe die entsprechende gemeinsame Beantwortung von Frau Thyssen im Namen der Kommission E-007858/14, E-007465/14 und E-007466/14, 1. Dezember 2014.

<sup>9</sup> Jean-Claude Barbier, „A comparative analysis of „employment precariousness“ in Europe“, in Hantrais, McGregor and Mangan (Hrsg.), *European Cross-National Research and Policy*, European Cross-National Research and Policy, European Research Centre (2005).

<sup>10</sup> Sonia McKay, „Disturbing equilibrium and transferring risk: confronting precarious work“, in N. Countouris and M. Freedland (Hrsg.) *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, (Cambridge University Press, 2013), S. 199.

<sup>11</sup> P. Sylos Labini, „Precarious Employment in Sicily“ (1964) in Nicola Countouris, *Strengthening the Protection of Precarious Workers: The Concept of Precarious Work*, ILO International Training Centre, 2011.

<sup>12</sup> Gerry Rodgers, „Precarious Work in Western Europe: The State of the Debate“, in G. Rodgers and J. Rodgers, *Precarious Jobs in Labour Market Regulation: The Growth of Atypical Employment in Western Europe* (Brussels: International Institute for Labour Studies, 1989), S.1.

- *zeitlich*: d.h. das Ausmaß an Gewissheit über den Zeitraum der Beschäftigung
- *organisatorisch*: die individuelle und kollektive Kontrolle von ArbeitnehmerInnen über die Beschäftigung in Bezug auf die Beschäftigungsbedingungen, Arbeitszeit und Schichten, Beschäftigungsgrad, Lohn, Gesundheit und Sicherheit
- *wirtschaftlich*: Angemessenheit der Bezahlung und der Lohnentwicklung
- *sozial*: Zugang zu Sozialschutz wie z.B. Schutz gegen ungerechtfertigte Entlassung, Diskriminierung usw. sowie Zugang zu Leistungen, die bei Krankheit, Unfällen oder Arbeitslosigkeit Schutz gewähren.<sup>13</sup>

Wie bereits von Barbier aufgezeigt, waren die im Jahr 2004 an der ESOPE-Studie zu prekärer Beschäftigung im Auftrag der Europäische Kommission beteiligten Forscher mit so wichtigen definitorischen Fragen beschäftigt, dass im Anschluss die eigentliche Frage „was ist prekäre Beschäftigung“ zu einer der entscheidenden Forschungsfragen des Projekts wurde.<sup>14</sup>

Fudge und Owens haben sich der vier Dimensionen von Gerry und Janine Rodgers bedient, um für den Zweck der Studie eine Arbeitsdefinition von prekärer Beschäftigung vorzulegen. Sie haben prekäre Beschäftigung wie folgt definiert:

*eine Vielfalt von Beschäftigungsformen (z.B. Leiharbeit, Unterbeschäftigung, Scheinselbstständigkeit, Arbeit auf Abruf), die unterhalb der gesellschaftlich akzeptierten normativen Standards (üblicherweise in Form von Rechten, Rechtsvorschriften für den Arbeitsschutz und Kollektivschutz) in einer oder mehreren Hinsicht(en) (den vier Dimensionen), die aus einer unausgewogenen Verteilung gegenüber und unter ArbeitnehmerInnen (gegenüber ArbeitnehmerInnen und gegenüber ArbeitgeberInnen und unter ArbeitnehmerInnen, die zur Segmentierung der Arbeit führt) führen in Bezug auf die Unsicherheit und Risiken, die normalerweise zum Wirtschaftsleben im Allgemeinen und dem Arbeitsmarkt im Besonderen stehen, resultieren.*<sup>15</sup>

Fudge und Owens bezeichnen prekäre Beschäftigung als „Beschäftigung, die vom normativen Modell des Standardbeschäftigungsverhältnisses (also Vollzeit- und ganzjährige Beschäftigung mit unbefristeter Dauer mit einem einzigen Arbeitgeber) abweicht, schlecht entlohnt und nicht dazu geeignet ist, einen Haushalt zu unterhalten“.<sup>16</sup> Diese Autoren haben angemerkt, dass prekäre Beschäftigung dazu tendiert, mit „Teilzeitbeschäftigung, Selbstständigkeit, befristeter Beschäftigung, Leiharbeit, Arbeit auf Abruf, Heimarbeit und Telearbeit assoziiert zu werden, deren gemeinsamer Nenner eher in ihrer Abweichung vom Standardbeschäftigungsverhältnis ... als bei etwaigen Gemeinsamkeiten liegt.“<sup>17</sup>

Sonia MacKay hat im Vergleich die folgenden Kriterien zur Kennzeichnung von prekärer Beschäftigung erstellt:<sup>18</sup>

- Individuen sind unfähig zur Durchsetzung von Arbeitsrechten
- Sozialversicherungsschutz fehlt

<sup>13</sup> Miguel Laparra Navarro et. al, Precarious Employment in Europe, 2004, S. 8. Siehe auch Diamond Ashiagbor, „Promoting Precariousness? The Response of EU Employment Policies to Precarious Work“, in J. Fudge and R. Owens (Hrsg.), Precarious Work, Women and the New Economy: The Challenge to Legal Norms, (Oxford, Hart Publishing, 2006), S. 80.

<sup>14</sup> Jean-Claude Barbier, „A comparative analysis of „employment precariousness“ in Europe“, in Hantrais, McGregor and Mangan (Hrsg.), European Cross-National Research and Policy, European Cross-National Research and Policy, European Research Centre (2005).

<sup>15</sup> Miguel Laparra Navarro et al, Precarious Employment in Europe, 2004, S. 9.

<sup>16</sup> Precarious Work, Women, and the New Economy: The Challenge to Legal Norms 3 (Judy Fudge & Rosemary Owen Hrsg., 2006).

<sup>17</sup> Precarious Work, Women, and the New Economy: The Challenge to Legal Norms 3 (Judy Fudge & Rosemary Owen Hrsg., 2006).

<sup>18</sup> Sonia McKay, „Disturbing equilibrium and transferring risk: confronting precarious work“, in N. Countouris and M. Freedland (Hrsg.), Resocialising Europe in a Time of Crisis, (Cambridge University Press, 2013), S. 199.

- Gesundheit und Sicherheit sind in Gefahr
- Beschäftigung liefert kein ausreichendes Einkommen für einen angemessenen Lebensstandard
- Arbeitsplatzsicherheit fehlt
- Bezahlung erfolgt unregelmäßig oder der Lohn wird nicht bezahlt
- Optionen fehlen entweder oder ihre Auswahl ist begrenzt

Für Guy Standing besteht die begriffliche Beschreibung von „Prekariat“ in Menschen, denen die sieben Formen von beschäftigungsgebundener Sicherheit fehlen, die Sozialdemokraten, Arbeiterparteien und Gewerkschaften nach dem Zweiten Weltkrieg als ihre „Industriebürgerschafts“-Agenda verfolgt haben. Nach Standings Ansicht wüssten nicht all diejenigen, die sich im Prekariat befinden, alle sieben Formen von Sicherheit zu würdigen, aber es ginge ihnen in jeder Hinsicht schlecht.<sup>19</sup>

### **Formen von Beschäftigungssicherheit in Bezug auf Industriebürgerschaft**

*Arbeitsmarktsicherheit:* Angemessene einkommensträchtige Möglichkeiten; auf der Makroebene wird dies durch eine Verpflichtung der Regierung zu „Vollbeschäftigung“ verkörpert.

*Beschäftigungssicherheit:* Schutz gegen willkürliche Entlassung, Regelungen zu Einstellung und Entlassung; bei Nichteinhaltung von Regeln Auferlegung der Kosten auf die Arbeitgeber und so weiter.

*Arbeitsplatzsicherheit:* Die Fähigkeit und Möglichkeit, eine Beschäftigungsnische beizubehalten und Hindernisse gegen eine Aufweichung von Kompetenzen sowie Möglichkeiten für eine „Aufwärts“-Mobilität im Hinblick auf Status und Einkommen.

*Sicherheit am Arbeitsplatz:* Schutz gegen Unfälle und Erkrankungen am Arbeitsplatz über beispielsweise Sicherheits- und Gesundheitsverordnungen, Begrenzungen für Arbeitszeit, ungünstige Arbeitszeiten, Nacharbeit für Frauen sowie ein Ausgleich für Unfälle.

*Sicherheit der Reproduktion von Kompetenzen:* Die Möglichkeit, Kompetenzen durch Ausbildung, Mitarbeiterschulungen und so weiter zu erwerben sowie die Möglichkeit, von Kompetenzen Gebrauch zu machen.

*Einkommenssicherheit:* Die Sicherheit eines angemessenen stabilen Einkommens, das beispielsweise durch einen Mindestlohn, Lohnindexierung, umfassenden Sozialschutz, Steuerprogression zur Verringerung von Ungleichheiten und zur Unterstützung von niedrigen Einkommen geschützt wird.

*Vertretungssicherheit:* Der Besitz einer gemeinsamen Stimme auf dem Arbeitsmarkt durch beispielsweise unabhängige Gewerkschaften mit einem Streikrecht.

Die Gründungsmitglieder des Europäischen Gewerkschaftsverbandes industriAll European Trade Union (EMF, EMCEF und ETUF-TCL) haben ihrerseits „prekäre Beschäftigung“ in ihrer *Gemeinsamen Forderung für Tarifverhandlungen, sicherere Arbeitsplätze, gegen prekäre Arbeit*: folgendermaßen definiert:<sup>20</sup>

Ein „prekärer Arbeitsplatz“ oder prekäre Beschäftigung bedeutet in der Tat einen Arbeitsplatz, der nicht ausreichend Sicherheit bietet, um einen akzeptablen Lebensstandard in der Gesellschaft insgesamt zu erreichen bzw. aufrechtzuerhalten. Dadurch wird ein Gefühl der Instabilität geschaffen, der Unsicherheit in Bezug auf die eigene Zukunft. Prekäre Beschäftigung ist ein sehr breit gefasstes Thema. Die Wahrnehmung prekärer Beschäftigung, wie man sie empfindet, wie man sie erlebt, ist eine äußerst persönliche Angelegenheit. Sie bezieht sich auf die unmittelbare

<sup>19</sup> Guy Standing, *The Precariat – The New Dangerous Class* (Bloomsbury, 2014), S. 17.

<sup>20</sup> Dokument, das anlässlich der 1. Sitzung des Exekutivausschusses verabschiedet wurde, Luxemburg, 27. & 28. November 2012.

Arbeitssituation im Werk, im Unternehmen (den Typ des Vertrags, den man erhalten hat, wie man vergütet wird, die Informationen, die man erhält, ...), aber auch auf die persönliche Stellung in der Gesellschaft insgesamt (wie wird der eigene Beruf betrachtet, wie sehr wird er geachtet, geschätzt, ...).

Arbeitsplätze können auf jeden Fall immer dann als unsicher betrachtet werden, wenn:

- sie kaum oder keine Arbeitsplatzsicherheit bieten
- sie geringe und unsichere Lohn- und Gehaltsstrukturen aufweisen
- sie keinen oder nur einen geringfügigen Zugang zur Sozialversicherung vorsehen (Renten, Krankenversicherung, Arbeitslosengeld)
- sie keine Kontrolle über die Arbeitsprozesse bieten, was mit dem Vorhandensein bzw. dem Nichtvorhandensein von Gewerkschaften zu tun hat und somit mit der Kontrolle über Arbeitsbedingungen, Löhne und Gehälter, Arbeitszeit und das Arbeitstempo
- kein Kündigungsschutz gegeben ist
- kein Zugang zu beruflichen Fort- und Weiterbildungsmaßnahmen besteht
- keine Chancen für die berufliche Laufbahn gegeben sind
- kaum oder gar kein Arbeits- und Gesundheitsschutz besteht
- kein gesetzlicher oder vertraglicher Schutz geboten wird
- keine Gewerkschaftsvertretung vorhanden ist.

## **B – Eine aufkeimende EU-Definition für prekäre Beschäftigung**

In der EU wird prekäre Beschäftigung als eine Kombination aus niedrigem Sicherheitsniveau im Hinblick auf die Arbeitsplatzkontinuität, geringer individueller Kontrolle über die Beschäftigung (insbesondere die Arbeitszeit), niedrigem Schutzniveau (gegen Arbeitslosigkeit oder Diskriminierung) und kaum Möglichkeiten für Fortbildung und berufliches Fortkommen definiert. In diesem Zusammenhang ist auch auf Arbeitsplätze mit „niedriger Qualität“ verwiesen worden. Arbeitsplätze mit niedriger Qualität umfassen beispielsweise „Tätigkeiten ohne Aufstiegschancen“ und „Niedriglohn-/Niedrigproduktivitätsarbeitsplätze“. Hierzu zählen Leiharbeit, Saisonarbeit, Teilzeitarbeit, Arbeit auf Abruf, Tagelohnarbeit, Gelegenheitsarbeitsverträge oder kurzfristige Arbeitsverträge; sowie Selbstständigkeit, Heimarbeit und verschiedene Arbeitsplätze. Prekäre Beschäftigung kann auch Standardarbeitsverträge beinhalten, bei denen die ArbeitnehmerInnen organisatorischen Veränderungen unterworfen sind wie Umstrukturierung, Stellenabbau, Privatisierung oder die Vergabe an Subunternehmer.<sup>21</sup>

Ein Bericht des EU-Parlamentarsausschusses für die Frau und die Gleichstellung der Geschlechter aus dem Jahr 2010 bot eine Arbeitsdefinition für prekäre Beschäftigung als „als eine Form von“ „Nichtstandard“-Arbeitsverhältnissen, die durch Folgendes gekennzeichnet sind... [k]aum oder gar keine Arbeitsplatzsicherheit aufgrund der Tatsache, dass es sich um keine dauerhafte Beschäftigung, häufig um Gelegenheitsarbeit handelt... [n]iedriges Arbeitsentgelt,... [u]nzulängliche Sozialschutzrechte und mit der Beschäftigung zusammenhängende Leistungen, [k]ein Schutz vor Diskriminierung“<sup>22</sup> und setzt einmal mehr prekäre Beschäftigung mit Nichtstandard-Arbeitsverhältnissen gleich.

Weiter gefasste und unterschiedliche Definitionen von prekärer Beschäftigung legen größeren Nachdruck auf Arbeit in Form von selbstständiger Erwerbstätigkeit; Arbeit mit deutlich hohen Risiken

---

<sup>21</sup> Aditya Jain and Juliet Hassard, Precarious work: definitions, workers affected and OSH consequences [https://oshwiki.eu/wiki/Precarious\\_work:\\_definitions,\\_workers\\_affected\\_and\\_OSH\\_consequences#cite\\_note-nine-9](https://oshwiki.eu/wiki/Precarious_work:_definitions,_workers_affected_and_OSH_consequences#cite_note-nine-9), EU-OSH Wiki, konsultiert am 11. Januar 2016.

<sup>22</sup> Europäisches Parlament, Bericht über Frauen in prekären Beschäftigungsverhältnissen (2010/2018(INI)), A7-0264/2010.

für die psychologische und physische Gesundheit; soziale Dimensionen, insbesondere aus einer Gender- und ethnischen Perspektive; und schlecht entlohnte Arbeit, die nicht geeignet ist, einen Haushalt zu unterhalten.<sup>23</sup> Diese Definitionen spiegeln nicht nur die mehrdimensionale und umstrittene Natur von prekärer Beschäftigung als einem Konzept wider, sondern auch die beträchtliche Überschneidung mit breiteren Konzepten von schlechter oder Niedrigqualitätsbeschäftigung, Tätigkeiten ohne Aufstiegschancen und menschenwürdiger Beschäftigung.<sup>24</sup>

Angesichts der Problematik im Zusammenhang mit der empirischen Untersuchung des Auftretens von prekärer Beschäftigung dient die Analyse von atypischen Beschäftigungsverhältnissen häufig als nützlicher Indikator zum Verständnis der verschiedenen Praktiken von prekärer Beschäftigung.

Für das Verständnis der rechtlichen Dimension von prekärer Beschäftigung ist es von besonderer Bedeutung, den Schwerpunkt auf atypische Beschäftigungsverhältnisse zu legen, da diese atypischen Beschäftigungsformen die strukturellen Gegebenheiten schaffen, die zu systematischen Beispielen von prekärer Beschäftigung führen.

Bei der Analyse atypischer Beschäftigungsverhältnisse sind jedoch zwei wichtige Vorbehalte zu berücksichtigen. Zunächst impliziert die Einstufung einer Beschäftigung als *atypisch* unausweichlich ein Gefühl dafür, was in erster Linie „typisch“ ist.

Wie aus der ESOPE-Studie zu prekärer Beschäftigung aus dem Jahr 2004 hervorgeht, bestehen innerhalb der Europäischen Union wichtige nationale Unterschiede im Hinblick darauf, was als ein *typisches Beschäftigungsverhältnis* anzusehen ist. Während das rechtliche und normative Verständnis von typischer Beschäftigung in Deutschland und Frankreich beispielsweise genau das „Standardbeschäftigungsverhältnis“ widerspiegelt (d.h. Vollzeit, unbefristet, direkte Beschäftigung), tendiert Großbritannien dazu, eine viel breitere Palette von Beschäftigungsverhältnissen als die Norm anzusehen, unter die beispielsweise Teilzeitarbeit fällt, die insbesondere für Frauen wesentlich mehr als ein akzeptables und typisches Beschäftigungsverhältnis betrachtet wird.<sup>25</sup> Was in diesen Fällen typische Beschäftigung ist, stellt, statistisch ausgedrückt, keine *empirische* Frage dar, welche Beschäftigungsverhältnisse in jedem gegebenen Land überwiegen, obwohl die Prävalenz unausweichlich den Einfluss auf lokale Gewohnheiten untersucht.

„Typische Beschäftigung“ ist eher ein *normativer* Referenzpunkt, der sich sowohl auf die Regulierung als auch auf das soziale Konzept erstreckt.<sup>26</sup> Die feineren Unterscheidungen von Prekarität in nationalen Konzepten sind in der ESOPE-Studie gut dokumentiert worden und stellen nicht den Schwerpunkt dieses Projekts dar. Diese Ansicht beruht auf der allgemeinen Annahme der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO), dass atypische Beschäftigung eine Form der Beschäftigung darstellt, die deutlich vom traditionellen Standardbeschäftigungsverhältnis mit Vollzeit-, unbefristeter, direkt untergeordneter Beschäftigung abweicht.<sup>27</sup>

Zweitens sollte man atypische oder Nicht-Standardbeschäftigung nicht mit prekärer Beschäftigung

---

<sup>23</sup>Für einen Überblick über diese unterschiedlichen Definitionen siehe die Diskussionen von *inter alia*, Vosko (2006), Evans and Gibb (2009), und Fudge and Owens (2006) in Nicola Countouris, *Strengthening the Protection of Precarious Workers*, S. 6-7. Siehe auch Virginia Mantouvalou, *Human Rights for Precarious Workers: The Legislative Precariousness of Domestic Labour*, UCL Labour Rights Institute On-Line Working Papers, LRI WP 2/2012, online verfügbar unter <http://www.ucl.ac.uk/laws/lri/papers/VM%20precarious%20workers.pdf>, S.2.

<sup>24</sup> Illegale Beschäftigung, Schwarzhandel, bestimmte Formen der Prostitution und moderne Sklaverei sind unter Umständen die äußersten Formen von prekärer Beschäftigung, bei denen Individuen unentrinnbar in einem Kreislauf der Mittellosigkeit und Ausbeutung gefangen sind, wo sie unter schrecklichen und sogar lebensbedrohlichen Bedingungen arbeiten. Diese Bereiche verdienen allerdings eine eigene tiefgreifende Analyse und obwohl sie einen Teil des Hintergrunds bilden, vor dem diese Studie prekäre Beschäftigungspraktiken analysiert, stehen sie nicht im Mittelpunkt ihrer Untersuchung.

<sup>25</sup> Miguel Laparra Navarro et al, *Precarious Employment in Europe*, 2004, S. 36-38, 42.

<sup>26</sup> G. Rodgers, „Precarious Work in Western Europe: The State of the Debate,“ in G. Rodgers & J. Rodgers, Hrsg., *Precarious Jobs in Labour Market Regulation: The Growth of Atypical Employment in Western Europe* (Geneva: ILO,1989), S. 1.

<sup>27</sup> „Non-Standard Forms of Employment“, Bericht zur Diskussion anlässlich der Sachverständigentagung zu atypischen Formen der Beschäftigung, Genf, 16.-19. Februar 2015, MENSFE/2015, Internationale Arbeitsorganisation, S.1.

verschmelzen. Nicht alle atypischen Beschäftigungsverhältnisse sollten unter allen Umständen als prekär angesehen werden. Die Internationale Arbeitsorganisation (ILO) verweist auf bestimmte Formen von atypischer Beschäftigung, die freiwillig eingegangen werden und aus dem Umfang von prekärer Beschäftigung herausfallen. Andere unterstreichen das Ausmaß, in dem das atypische Beschäftigungsverhältnis über das Potenzial verfügt, einen echten Übergang zu vollständiger traditioneller Beschäftigung zu schaffen als einen wichtigen Unterscheidungsfaktor. Die Beurteilung des Ausmaßes, in dem ein Arbeitnehmer wirklich „freiwillig“ eine atypische Beschäftigung eingeht, ist natürlich grundsätzlich problematisch. Für viele ArbeitnehmerInnen, insbesondere jene, die unter harten wirtschaftlichen und persönlichen Umständen leben, kann die „Entscheidung“ für eine jeweilige Beschäftigungsform rein theoretischer Natur sein.

Die am besten geeigneten Unterscheidungsfaktoren sind möglicherweise die Zuweisung von Risiken und das allgemeine Gefühl von Autonomie: Beschäftigte in atypischen Beschäftigungsverhältnissen, die über ein hohes Maß an Autonomie über die Art ihrer Beschäftigungsvereinbarungen verfügen, fallen vermutlich weniger unter die Kategorie von prekärer Beschäftigung. Dies lässt sich aus der wirtschaftlichen und persönlichen Kapazität, sich für Teilzeitarbeit (beispielsweise für ein ausgewogenes Familienleben oder Studienverpflichtungen), einem substanziellen Grad an Kontrolle über die Art der Beschäftigung und die Beschäftigungsbedingungen (wie im Fall eines selbstständigen spezialisierten Beraters) oder sogar einer hohen Vergütung und einem hohen Maß an Flexibilität (beispielsweise im Vergleich zu einer Führungsposition) ableiten.

Das Problem der Unterscheidung zwischen atypischer und prekärer Beschäftigung wird kleiner, wenn prekäre Beschäftigung nicht als dual (d.h. Beschäftigung ist entweder prekär oder nicht prekär) angesehen wird, sondern als ein bestehendes Merkmal innerhalb eines kontextuell definierten zusammenhängenden Ganzen (d.h. der Grad der Prekarität).<sup>28</sup>

Zu guter Letzt, wie von Valerio De Stefano aufgezeigt, „[h]aben politische Arbeitsmarktprogramme deutlich zugenommen, die angeblich auf Nicht-Standard-Arbeitsverträge abzielen, wie zeitlich befristete und/oder Teilzeitbeschäftigung oder Leiharbeit. In den meisten Fällen haben diese Reformen sich weder auf die unbefristeten Vollzeit-Standard-Arbeitsverträge noch auf die maßgeblichen Entlassungsregelungen ausgewirkt.“<sup>29</sup>

Dieser „marginale Flexibilitäts“-Ansatz ist nunmehr sogar von jenen Institutionen in Frage gestellt worden, die noch vor Kurzem die Deregulierung von atypischen und „flexiblen“ Beschäftigungsformen verteidigt hatten.<sup>30</sup> Jetzt wird argumentiert, dass das Risiko darin bestehe, dass Arbeitnehmer, insbesondere junge Arbeitnehmer oder Frauen oder Arbeitnehmer, die zu benachteiligten Gruppen zählen, für einen beträchtlichen Teil ihres Arbeitslebens in einer endlosen Reihe von prekären, instabilen Arbeitsverträgen „festsitzen“. Es wird insbesondere darauf hingewiesen, dass der vereinfachte Rückgriff auf Leiharbeitsverträge ohne eine Reformierung der unbefristeten Beschäftigungsverhältnisse durch die Lockerung des Kündigungsschutzes die Ursache für eine abträgliche Arbeitsmarktsegmentierung sei. Zudem wird argumentiert, dass ein starker Kündigungsschutz Arbeitgebern einen Anreiz bieten würde, nach vertraglichen Vereinbarungen Ausschau zu halten, die den Wegfall oder die Verringerung der Kosten

---

<sup>28</sup> Miguel Laparra Navarro et al, *Precarious Employment in Europe*, 2004, S.48.

<sup>29</sup> De Stefano, Valerio, *A Tale of Oversimplification and Deregulation: The Mainstream Approach to Labour Market Segmentation and the Recent Responses to the Crisis in European Countries* (5. Dezember 2013). Bocconi Legal Studies Research Paper. Verfügbar unter SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2363932>; Neuauflage auf Anfrage des Verfassers als WP CSDLE „Massimo D’Antona“.INT – 102/2013, verfügbar unter [http://aei.pitt.edu/47413/1/20131219-111120\\_destefano\\_102-2013intpdf.pdf](http://aei.pitt.edu/47413/1/20131219-111120_destefano_102-2013intpdf.pdf).

<sup>30</sup> Die Richtlinien 2008/104/EG und 1999/70/EG bezeichnen beispielsweise Nichtstandard-Beschäftigungsformen als eine wirkungsvolle Art, einen Beitrag zu leisten „zur Steigerung der Beschäftigungsintensität“ bzw. „befristete Arbeitsverträge als unter bestimmten Umständen den Bedürfnissen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern entsprechend“. Siehe auch *The OECD Jobs Study. Facts, Analysis, Strategies*, 1994. Zu diesem Punkt siehe N. Countouris and M. Freedland, „Labour regulation and the economic crisis in Europe: challenges, responses and prospects“, in J. Hayes, L. Rychly (Hrsg.), *Labour Administration in Uncertain Times. Policies, Practices and Institutions* (Cheltenham: Edward Elgar 2013).

bei Vertragsbeendigung garantieren. Es wird darauf hingewiesen, dass dieser Prozess einen „dualen“ Arbeitsmarkt mit einer scharfen Trennung zwischen dem Arbeitsmarkt der Insider und damit „geschützten“ ArbeitnehmerInnen mit unbefristeten Verträgen und Kündigungsschutz und dem Markt der Outsider, den „ungeschützten“ ArbeitnehmerInnen, erzeuge, die in eine fortgesetzte und endlose Reihe von Nicht-Standard-Verträgen, die mit einer hohen Instabilität einhergehen, gezwungen werden.<sup>31</sup>

Seit dem Anfang der Debatte über die Arbeitsmarktsegmentierung in den 1970er Jahren ist das Dualismus-Problem in verschiedenen Initiativen für Arbeitsgesetzreformen thematisiert worden. Es können drei umfassende Reformtypen bezeichnet werden, die ungefähr den Entwicklungsstadien der regulatorischen Reaktionen entsprechen:<sup>32</sup>

- (i) Veränderungen des persönlichen Anwendungsbereiches von Arbeitnehmerschutzgesetzen, die auf die Erweiterung der Definition von lohnabhängiger Arbeit und die Verringerung oder den Wegfall von Lohn- und Stundengrenzen und Mindestqualifikationszeiten abzielen, die atypische Beschäftigung vom Schutz ausschlossen;
- (ii) Verschiebungen im Wesen des Schutzes, die in einigen Fällen eine Schwächung der Kernarbeitnehmerrechte beinhalten, in anderen die Schaffung eines gesetzlich verankerten Rechts auf gleichwertige oder verhältnismäßige Behandlung für jene, die sich im Grenzbereich befinden; und
- (iii) Die Verbindung von Reformen der Arbeitnehmerschutzgesetze (einschließlich einiger deregulierenden) mit zusätzlichen Interventionsmechanismen wie etwa eine aktive Arbeitsmarktpolitik, Steuergesetze, Gesetze zur sozialen Sicherheit und Tarifverhandlungen.

Die wichtigsten europäischen Gewerkschaftsbünde haben die Auswirkungen von prekären, atypischen, Nicht-Standard- und/oder „flexiblen“ Beschäftigungsformen auf die von ihnen vertretenen Beschäftigten und auf sich selbst aufmerksam beobachtet. Prekär Beschäftigte werden häufig entweder offen vom Zugang zu gewerkschaftlicher Vertretung und gewerkschaftlichem Schutz ausgeschlossen oder sind aufgrund ihrer oftmals unbeständigen und losgelösten Beschäftigungslage schwieriger dafür zu gewinnen. Dies beraubt nicht nur individuelle ArbeitnehmerInnen vom Zugang zu Vertretung und Unterstützung, sondern untergräbt auch die Effizienz von gewerkschaftlicher Vertretung im allgemeineren Sinne.

Laut dem EU-Jahresbericht 2014 zu Menschenrechten und Demokratie in der Welt<sup>33</sup> misst die Europäische Union der Wechselbeziehung aller Menschenrechte und der Untrennbarkeit von Bürgerrechten und politischen Rechten sowie wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten (ESCR) als Grundsätze der internationalen Menschenrechtsgesetze einen hohen Stellenwert bei.

Auf globaler Ebene propagiert die EU Wirtschafts- und Sozialrechte bei Diskussionen in internationalen Foren wie der G20. 2014 bestätigten die Staats- und Regierungschefs der G20, dass das zunehmende globale Wachstum für bessere Lebensstandards und Qualitätsarbeitsplätze für Menschen in aller Welt ihre höchste Priorität ist. Sie bekräftigten ihr Engagement für den Abbau der inakzeptabel hohen Jugendarbeitslosigkeit durch Maßnahmen, die gewährleisten, dass sich junge Menschen in Ausbildungs-, Fortbildungs- oder Beschäftigungsverhältnissen befinden. Sie bestätigten ebenfalls die Notwendigkeit, das Problem der Formwidrigkeit sowie die strukturelle und langfristige Arbeitslosigkeit über eine

---

<sup>31</sup> Siehe O. Blanchard and A. Landier, „The Perverse Effects of Partial Labor Market Reform: Fixed Duration Contracts in France“ (2012) 112 *Economic Journal* 214-244; T. Boeri and P. Garibaldi, „Two Tier Reforms of Employment Protection: a Honeymoon Effect?“ (2007) 117 *Economic Journal* 357-385; S. Bentolila, J. F., Jimeno and J. J. Dolado „Reforming an Insider-Outsider Labor Market: The Spanish Experience“ (2012) 01 Working Papers FEDEA (Zugriff am 9. April 2014); R. Bouis, O. Causa, L. Demmou, R. Duval and A. Zdzienicka, „The Short-Term Effects of Structural Reforms: An Empirical Analysis?“ (2012) 949 OECD Economic Department Working Papers (Paris: OECD).

<sup>32</sup> Simon Deakin, Addressing labour market segmentation: the role of labour law; International Labour Office, Governance and Tripartism Department. - Genf: ILO, 2013.

<sup>33</sup> Dok.-Nr. 10152/15, Luxemburg, 22. Juni 2015.

Stärkung der Arbeitsmärkte und angemessene Sozialschutzsysteme zu bekämpfen. Unter den Prioritäten wurde die Verbesserung von Sicherheit und Gesundheit am Arbeitsplatz genannt. Die Staats- und Regierungschefs der G20 forderten ihre Arbeits- und Beschäftigungsminister dazu auf, ihnen mit Unterstützung einer Arbeitsgruppe zur Beschäftigung 2015 Bericht zu erstatten.<sup>34</sup>

### **C – Die globale Perspektive: Die Diskussion über prekäre und atypische Beschäftigung und atypische Formen der Beschäftigung innerhalb der ILO**

In einem jüngeren ILO-Bericht wird festgestellt: „[d]ie Definitionen von „prekär“ und „atypisch“ überschneiden sich zwar, es handelt sich jedoch nicht um Synonyme. „Prekäre“ Arbeit verweist auf „atypische“ Arbeit, die unfreiwillig ist – der Zeitarbeiter ohne Beschäftigungssicherheit, die Teilzeitkraft ohne anteilige Vorteile einer Vollzeitbeschäftigung usw.“<sup>35</sup> Unter Umständen nahezulegen, dass das Entscheidungselement ein objektiv betrachtet prekäres Beschäftigungsverhältnis zu einem subjektiv betrachtet stabilen und sicheren machen kann, ist ziemlich unbefriedigend und diskutabel.

Der dokumentierte weltweite Anstieg von prekärer Beschäftigung hat dazu geführt, dass prekäre Beschäftigung auf die ILO-Agenda gesetzt wurde. Die „Agenda für menschenwürdige Arbeit“ der ILO kann durchaus als Versuch angesehen werden, prekäre Beschäftigung zu thematisieren, indem ihr mithilfe der vier Beschäftigungspfeiler „Schaffung von Arbeitsplätzen, Sozialschutz, Rechte am Arbeitsplatz und Sozialdialog“ der Spiegel vorgehalten wird.<sup>36</sup> Der Begriff der prekären Beschäftigung taucht in zunehmendem Maß in politischen Publikationen und Dokumenten von Organisationen und insbesondere Organisationen aus dem Gewerkschaftssektor auf.

Das „Bureau for Workers“ (ACTRAV) der ILO veranstaltete 2011 u.a. ein Symposium zu politischen Programmen und Verordnungen zur Bekämpfung von prekärer Beschäftigung. Damit sollte eine Bestandsaufnahme der globalen Auswirkungen von prekären Beschäftigungspraktiken auf Arbeitnehmerrechte und der Rolle von prekärer Beschäftigung im Rahmen der Weltwirtschaft durchgeführt werden.<sup>37</sup> Im Abschlussdokument wurde die facettenreiche und kontextspezifische Natur des Konzepts von prekärer Beschäftigung unterstrichen, aber auch auf verschiedene zugrundeliegende Merkmale hingewiesen.

Hierzu zählte die Funktion von prekärer Beschäftigung als Mittel zur Verlagerung von Risiken und Verantwortlichkeiten von den ArbeitgeberInnen auf die ArbeitnehmerInnen, wobei die Beschäftigung mittels einer Reihe von „objektiven (Gesetzesstatus) und subjektiven (Empfindung) Merkmalen der Ungewissheit und Unsicherheit beschrieben wurde.“<sup>38</sup> Das Bureau for Workers der ILO hat im Rahmen seiner Tätigkeiten eine Matrix von vertraglichen *Vereinbarungen* (in Bezug auf sowohl die Dauer als auch die Art des Beschäftigungsverhältnisses) und der Beschäftigungsbedingungen (Niedriglöhne, kaum oder kein Schutz oder Zugang zur Durchsetzung von Rechten) erstellt.<sup>39</sup> Dabei war entscheidend, dass bei den Erkenntnissen aus dem Symposium Prekarität nicht nur in Bezug auf die Beschäftigung selbst, sondern auch in Bezug auf den Lebensstandard, der sich aus einer prekären Beschäftigung ergibt, hervorgehoben wurde: Prekäre Beschäftigung führt zu einem prekären Leben.<sup>40</sup>

---

<sup>34</sup> Kommuniqué der Staats- und Regierungschefs der G20, 16. November 2014. Siehe u.a. „Informality and the quality of employment in G20 countries, Internationale Arbeitsorganisation, Bericht für die Tagung der Arbeits- und Beschäftigungsminister der G20 in Melbourne, Australien, 10.-11. September 2014.

<sup>35</sup> Internationale Arbeitskonferenz, Beschäftigungspolitik für soziale Gerechtigkeit und eine faire Globalisierung S. 38 (2010), siehe auch: Europäische Kommission, (Bericht über die Beschäftigung in Europa 2007), S. 47 (Generaldirektion für Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit, Referat D1, 2007).

<sup>36</sup> Kerry Rittich, „Rights, Risk, and Reward: Governance Norms in the International Order and the Problem of Precarious Work“, in J. Fudge and R. Owens (Hrsg.), *Precarious Work, Women and the New Economy: The Challenge to Legal Norms*, (Oxford, Hart Publishing, 2006), S. 40.

<sup>37</sup> ACTRAV, Outcome Document to the Workers’ Symposium, S. 3.

<sup>38</sup> ACTRAV, Outcome Document to the Workers’ Symposium on Policies and Regulations to Combat Precarious Employment, Internationale Arbeitsorganisation, 2012, S. 27.

<sup>39</sup> ACTRAV, Outcome Document to the Workers’ Symposium on Policies and Regulations to Combat Precarious Employment, Internationale Arbeitsorganisation, 2012, S. 27.

<sup>40</sup> ACTRAV, Outcome Document to the Workers’ Symposium on Policies and Regulations to Combat Precarious Employment, Internationale Arbeitsorganisation, 2012, S. 36.

Die ILO hat sich kürzlich für die Verwendung der Bezeichnung *atypische Formen der Beschäftigung* bei Diskussionen über atypische Beschäftigungsverhältnisse ausgesprochen, die häufig zu einer Zunahme von prekärer Beschäftigung führen.<sup>41</sup> Hierin spiegelt sich zweifellos das heikle politische Gleichgewicht der Institution wider, das aus ihrer dreiteiligen Mitgliederstruktur resultiert. Zwischen den Mitgliedstaaten und den Arbeitgeber- und Arbeitnehmergewerkschaften, die in der ILO vertreten sind, liegt eine große Bandbreite von Betrachtungsweisen im Hinblick auf die eigentliche Rolle von atypischen Beschäftigungsbedingungen in der modernen Wirtschaft.

Zur Steuerung dieser unterschiedlichen Ansichten und Interessen hat die ILO im Februar 2015 ein dreigliedriges *Sachverständigentreffen über atypische Formen der Beschäftigung* veranstaltet. Der stellvertretende Vorsitzende der Arbeitnehmervertreter wies auf die mangelnde politische Neutralität der bei diesbezüglichen Diskussionen benutzten Terminologie hin und bemerkte, dass die Gewerkschaftsbewegung routinemäßig den Begriff „prekäre Beschäftigung“ zur Zusammenfassung ihrer Bedenken benutzt habe, während die Arbeitgeber den Begriff der „Flexibilität“ unterstrichen hätten.

Die Bezeichnung „atypische Formen der Beschäftigung“ (NSFE) würde deshalb mehr Neutralität für die Stakeholder bieten, um zu diskutieren und sich auf gemeinsamen Zielsetzungen für Reformen und Schutz zu einigen.<sup>42</sup> In den anlässlich der Tagung ausgesprochenen Empfehlungen wurde die ILO dazu aufgerufen, ihre Kontrolle und Datenerhebung zu verbessern, innovative Praktiken für den Schutz von ArbeitnehmerInnen in Betracht zu ziehen und die derzeitigen Hindernisse für den Schutz anzugehen. Es wurde insbesondere die Empfehlung an die ILO ausgesprochen, Lücken in den aktuellen Arbeitsnormen zu erfassen und den Bedarf für neue Normen zu überprüfen.<sup>43</sup> Diese Empfehlungen werden dabei helfen, die in Kürze erscheinende, vom Verwaltungsrat festgelegte Agenda der ILO zu gestalten und zumindest die Möglichkeit der ILO aufzuzeigen, neue Arbeitsnormen in Betracht zu ziehen, die in der Zukunft spezifisch auf prekäre Beschäftigung abzielen.

---

<sup>41</sup> Siehe beispielsweise Internationale Arbeitsorganisation, „Non-Standard Forms of Employment“, <http://www.ilo.org/global/topics/employment-security/non-standard-employment/lang--en/index.htm>.

<sup>42</sup> Internationales Arbeitsamt, Schlussfolgerungen der Sachverständigentagung zu atypischen Formen der Beschäftigung, GB.323/POL/3, 12-27 März 2015, S. 8.

<sup>43</sup> Internationales Arbeitsamt, Schlussfolgerungen der Sachverständigentagung zu atypische Formen der Beschäftigung, S. 52.

### III – PREKÄRE BESCHÄFTIGUNG UND EU-POLITIKGESTALTUNG

#### A – Die 1980er und 1990er Jahre: atypische Beschäftigung und Richtlinien über Mindeststandards

Die im Gemeinsamen Markt wahrgenommenen Lücken und die Wirtschaftskrisen und Stagnation in den frühen 1980er Jahre führten zu einer Ausdehnung der EU-Kompetenzen beim Arbeitsrecht und beim Ausbau der sozialen Dimension. Die wichtigsten Entwicklungen im Rahmen der EU-Befugnisse im Hinblick auf Arbeit und Beschäftigung umfassen die Einheitliche Europäische Akte 1987; den Vertrag von Maastricht aus dem Jahr 1992 und das Sozialprotokoll und Sozialabkommen; die 1996 überarbeitete Europäische Sozialcharta; und den Vertrag von Amsterdam aus dem Jahr 1997 mit überarbeitetem Sozialkapitel. Diese Veränderungen führten zu einer Weiterentwicklung der Rechtslandschaft und trugen dazu bei, dass die soziale Dimension der EU anfang Form anzunehmen.

Beispiele für diese Entwicklungen sind im Legislativprogramm der EU zu finden. In den 1980er Jahren drängte die EU unter Vorsitz von Delors zu Maßnahmen in Bezug auf atypische Beschäftigung.

Am 12. Februar 1987 legte Joseph Wresinski den ersten Bericht zu extremer Armut und wirtschaftlicher und sozialer Prekarität vor, der je von einem Mitgliedstaat der damaligen EWG erstellt worden war. Seine Definition von Armut und sozialer Ausgrenzung bleibt bahnbrechend,<sup>44</sup> nicht nur, weil er die Gleichnisse und Disparitäten von Prekarität und extremer Armut hervorhob, sondern auch, weil er den Begriff der Prekarität mit den Grundrechten verknüpfte:

„...prekäre Lebensumstände kennzeichnen sich durch das Fehlen einer oder mehrerer Sicherheiten, insbesondere Arbeit, die es einer Person oder Familie ermöglichen, ihre beruflichen, familiären und sozialen Pflichten zu erfüllen und ihre Grundrechte auszuüben. Die hieraus resultierende Unsicherheit kann mehr oder weniger bedeutend sein und mehr oder weniger schwerwiegende nachhaltige Folgen haben. Prekäre Lebensumstände führen zu extremer Armut, wenn sie in mehreren Lebensbereichen spürbar werden, wenn sie über einen längeren Zeitraum spürbar werden, wenn die Wahrscheinlichkeit, die Probleme in naher Zukunft aus eigenen Kräften zu bewältigen, gering ist.“<sup>45</sup>

Diese Definition hat ebenfalls großen Einfluss innerhalb der früheren Kommission für Menschenrechte der Vereinten Nationen als Vorläuferin des heutigen UN-Menschenrechtsrats ausgeübt.

Als Beispiel kann an dieser Stelle der Vorschlag des Rates über eine Richtlinie zur Ergänzung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von ZeitarbeitnehmerInnen<sup>46</sup> genannt werden. Mit der Leiharbeitsrichtlinie aus dem Jahr 2008 wurde diese Angelegenheit geregelt.

Zum Abschluss der Ratstagung in Essen am 9. und 10. Dezember 1994 kam der Vorsitz zu der Schlussfolgerung, dass die Schaffung einer flexibleren Arbeitsorganisation auf eine Art erforderlich sei, die sowohl den Wünschen der ArbeitnehmerInnen als auch den Wettbewerbsanforderungen entspricht. In diesem Prozess hätte der Dialog zwischen Sozialpartnern und Politikern einen hohen Stellenwert und alle Betroffenen müsste ihre Verantwortung in vollem Umfang übernehmen.<sup>47</sup>

Die größten Auswirkungen kamen von der Einführung der im Vertrag von Amsterdam aus dem Jahr

<sup>44</sup> Chronic Poverty and Lack of Basic Security, a report of the Economic and social council of France, von Joseph Wresinski (10. und 11. Februar 1987); verfügbar unter://www.joseph-wresinski.org/IMG/pdf/Wres\_JO87\_als.pdf.

<sup>45</sup> Wirtschafts- und Sozialausschuss der Republik Frankreich, „Grande pauvreté et précarité économique et sociale“, 11. Februar 1987. „La précarité est l’absence d’une ou plusieurs des sécurités, notamment celle de l’emploi, permettant aux personnes et familles d’assumer leurs obligations professionnelles, familiales et sociales, et de jouir de leurs droits fondamentaux. L’insécurité qui en résulte peut-être plus ou moins étendue et avoir des conséquences plus ou moins graves et définitives. Elle conduit à la grande pauvreté quand elle affecte plusieurs domaines de l’existence, qu’elle devient persistante, qu’elle compromet les chances de réassumer des responsabilités et de reconquérir ses droits par soi-même, dans un avenir prévisible.“

<sup>46</sup> KOM(90) 228 vom 29. Juni 1990.

<sup>47</sup> Siehe Schlussfolgerungen des Vorsitizes anlässlich der Tagung des Europäischen Rates vom 9. und 10. Dezember in Essen. Verfügbar unter: [http://www.europarl.europa.eu/summits/ess1\\_de.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/ess1_de.htm).

1997 enthaltenen Beschäftigungsbestimmungen. Beschäftigung wurde zu einer der Prioritäten der Konferenz der Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten (IGC) der Europäischen Union (EU) und der Vertrag von Amsterdam wurde um einen Titel „Beschäftigung“ ergänzt.<sup>48</sup> Für die Konsultation mit den Sozialpartnern, die schließlich zur Verabschiedung von zwei Rahmenvereinbarungen, der Richtlinie 97/81/EG über Teilzeitarbeit und der Richtlinie 1999/70/EG über befristete Arbeitsverträge, führte, wurde auf das Gesetzgebungsverfahren zurückgegriffen.

Darüber hinaus wurde die Kommission aktiv im Bereich der Beschäftigung und der Rat verabschiedete Entschlüsse und Beschlüsse mit Leitlinien für die Beschäftigungspolitik der Mitgliedstaaten. Diese Leitlinien beruhen auf vier „Schwerpunkten“: Verbesserung der Beschäftigungsfähigkeit, Entwicklung des Unternehmergeistes, Förderung der Anpassungsfähigkeit der Unternehmen und ihrer ArbeitnehmerInnen, damit der Arbeitsmarkt auf die wirtschaftlichen Veränderungen reagieren kann, sowie Stärkung der Maßnahmen für Chancengleichheit auf dem Arbeitsmarkt“. In den Jahren 1997 und 2000 ermutigte der Rat die Mitgliedstaaten „in ihren Rechtsvorschriften anpassungsfähigere Formen von Arbeitsverträgen vorzusehen, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass immer vielfältigere Beschäftigungsverhältnisse entstehen.“<sup>49</sup>

Erst 2014 verwies der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil im Fall *Mascellani* ausdrücklich auf die Tagung des Europäischen Rates in Essen bei der Auslegung der Richtlinie 97/81/EG zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit. Der Hof führte in der Tat aus, dass die Richtlinie 97/81 und die Rahmenvereinbarung *zum einen* die Teilzeit fördern und *zum anderen* die Ungleichbehandlung von Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigten beseitigen sollen.<sup>50</sup>

## **B – Lissabon und danach: Qualitätsarbeitsplätze und Flexicurity**

Auch nach der Jahrhundertwende setzte sich die Debatte über die Beschäftigungspolitik in der EU fort. Das neue Jahrtausend begann mit der Verabschiedung der Lissabon-Strategie im März 2000 durch die EU. Die Schlussfolgerungen des Vorsitzes vom 23. und 24. März 2000 enthielten die Strategie, um Europa „zum wettbewerbsfähigsten und dynamischsten wissensbasierten Wirtschaftsraum der Welt zu machen, einem Wirtschaftsraum, der fähig ist, ein dauerhaftes Wirtschaftswachstum mit „mehr und besseren Arbeitsplätzen und einem größeren sozialen Zusammenhalt zu erzielen“.

Obwohl die nachfolgende Finanzkrise zu einer Verlagerung des Schwerpunktes von der sozialen Dimension der EU wegführte, liegt eine Reihe von politischen Dokumenten aus dem Zeitraum 2005-2015 vor, die es verdienen, erwähnt zu werden.

So das 2006 veröffentlichte *Grünbuch – Ein modernes Arbeitsrecht für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts*.<sup>51</sup> In dem Dokument wird angemerkt, dass die Rigidität von Standardarbeitsverträgen zur Diversifizierung von atypischen Beschäftigungsverhältnissen geführt habe. Es wird angegeben, dass dies zu einem dualen Arbeitsmarkt geführt habe, auf dem „Insider“ mit fester Beschäftigung „Outsidern“ gegenüberstehen, zu denen die Arbeitslosen, aber auch Menschen in prekären und illegalen Beschäftigungsverhältnissen gehören. „Letztere befinden sich in einer Grauzone, in der die grundlegenden Arbeits- oder Sozialschutzrechte deutlich reduziert sein können, was zu einer Situation der Unsicherheit hinsichtlich der Beschäftigungsaussichten führen und sich auch auf wichtige Entscheidungen im Privatleben auswirken kann.“

In der folgenden Mitteilung aus dem Jahr 2007, *Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der*

---

<sup>48</sup> Karl Magnus Johansson, Tracing the employment title in the Amsterdam treaty: uncovering transnational coalitions, *Journal of European Public Policy* 6:1. März 1999: 85-101, S. 85.

<sup>49</sup> D.h. die Entschließung des Rates vom 15. Dezember 1997 zu den beschäftigungspolitischen Leitlinien für 1998, Beschäftigungspolitische Leitlinien ABl. C 30, 28.1.1998 2000/228/EG: Entschließung des Rates vom 9. Februar 1999 zu den beschäftigungspolitischen Leitlinien für 1999 ABl. C 69, 12.3.1999, S. 2. Beschluss des Rates vom 13. März 2000 über die Leitlinien für beschäftigungspolitische Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Jahr 2000, ABl. L 72, 21.3. 2000, S. 15.

<sup>50</sup> *Mascellani*, C-221/13, EU:C:2014:2286, Absatz 19 und 20; *Bruno u.a.* C-395/08 und C-396/08, EU:C:2010:329, Absätze 24 und 77, und *Michaeler u.a.* C-55/07 und C-56/07, EU:C:2008:248, Absatz 21.

<sup>51</sup> KOM (2006) 708 endg.

*Regionen - Gemeinsame Grundsätze für den Flexicurity-Ansatz herausarbeiten: Mehr und bessere Arbeitsplätze durch Flexibilität und Sicherheit*,<sup>52</sup> wurden die Erkenntnisse aus dem Grünbuch von 2006 ausgefeilt. Die Kommission führte aus, dass es nicht um eine Frage der einfachen Verbindung zweier Ziele ginge. Denn isolierte Maßnahmen zu Flexibilität und Sicherheit zu ergreifen könne zu der gegenseitigen Aufhebung ihrer Wirkung führen. Es wäre vorzugsweise eine Strategie zur Verstärkung der Anpassungsfähigkeit von Unternehmen und ArbeitnehmerInnen erforderlich, um auf die wirtschaftlichen Erfordernisse einzugehen. In der Mitteilung wurde Beschäftigungssicherheit im Vergleich zu Arbeitsplatzsicherheit ein höherer Stellenwert eingeräumt. Die Lösung wäre die Ermöglichung eines rascheren Übergangs von einem Arbeitsplatz zum anderen, ohne dabei Sozialschutz und die Strategie des lebenslangen Lernens zu opfern.

Die Lissabon-Strategie ist inzwischen von der *Europa 2020 Strategie* abgelöst worden. Diese wurde 2010 verabschiedet, um „intelligentes, nachhaltiges, integratives Wachstum“ zu steuern. Ein Hauptziel ist die Erhöhung der Beschäftigungsquote der 20–64-Jährigen von den derzeitigen 69% auf mindestens 75%. Die Europa 2020 Strategie erlebte die Einführung des „Europäischen Semesters“: ein Instrument zur Koordinierung von haushaltspolitischen, makroökonomischen und strukturellen politischen Programmen.<sup>53</sup> Im Diskurs auf EU-Ebene hat ebenfalls eine Verlagerung von Sozialausgaben als Kosten zu Sozialausgaben als Investitionen stattgefunden.<sup>54</sup>

In der jüngsten *Integrierten Leitlinie 7* der „Europa 2020“-Agenda wird empfohlen:

[M]aßnahmen zur Verstärkung von Flexibilität und Sicherheit sollten ausgewogen sein und sich wechselseitig verstärken. Daher sollten die Mitgliedstaaten eine Kombination aus flexiblen und verlässlichen vertraglichen Vereinbarungen, einer aktiven Arbeitsmarktpolitik, effektivem lebenslangem Lernen, einer Politik zur Förderung der Arbeitskräftemobilität und angemessenen Systemen der sozialen Sicherung zur Absicherung der Übergänge auf dem Arbeitsmarkt einführen, ergänzt durch eine eindeutige Festlegung der Rechte der Arbeitslosen, aber auch ihrer Verpflichtung zur aktiven Arbeitssuche.

In Strategiepapieren zur Beschäftigungspolitik jüngeren Datums liegt die Betonung zunehmend nicht nur auf „mehr Arbeitsplätzen“, sondern auf „Qualitätsarbeitsplätzen“ sowie auf einer Diskussion über „Arbeitskräftesegmentierung“.<sup>55</sup>

Laut der Europäischen Kommission „sollten die Arbeitsschutzgesetze zur Reduzierung des überzogenen Schutzes von Arbeitnehmern mit unbefristeten Verträgen reduziert werden und jenen Schutz geboten werden, die sich außerhalb der Grenzen des Arbeitsmarktes befinden“, um das Problem der Segmentierung zu bekämpfen.<sup>56</sup>

Dies gilt auch im Kontext der Berichte zum Europäischen Semester im Rahmen der Europa 2020 Strategie.<sup>57</sup> In den Empfehlungen des Rates wird die Jugendarbeitslosigkeit hervorgehoben.<sup>58</sup> Im

---

<sup>52</sup> KOM (2007) 359 endg.

<sup>53</sup> Siehe beispielsweise KOM (2015) 28 endg., „Country Report Spain 2015 – Including an In-Depth Review on the prevention and correction of macroeconomic imbalances“, 26. Februar 2015, S. 41.

<sup>54</sup> KOM (2013) 83 endg., „Sozialinvestitionen für Wachstum und sozialen Zusammenhalt – einschließlich Durchführung des Europäischen Sozialfonds 2014-2020, Europäisches Sozialinvestitionspaket“, 20. Februar 2013.

<sup>55</sup> OR 70005/15, Rat der Europäischen Union, Gemeinsamer Beschäftigungsbericht 2015, 9. März 2015: „das Problem segmentierter Arbeitsmärkte angehen und so für ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Flexibilität und Sicherheit sorgen“.

<sup>56</sup> EU-Kommission, „Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Jahreswachstumsbericht: Gesamtkonzept der EU zur Krisenbewältigung nimmt weiter Gestalt an, KOM (2011) 11 endg. Ein ähnlicher Ansatz wird von der OECD verfolgt in „Economic Policy Reforms 2012: Going for Growth“, OECD-Publikation.

<sup>57</sup> OR 13693/14, Ausschuss für Sozialschutz, Europa 2020 Strategie: Halbzeitüberprüfung einschließlich der Bewertung des Europäischen Semesters, 7. Oktober 2014.

<sup>58</sup> Empfehlung des Rates vom 22. April 2013 zur Einrichtung einer Jugendgarantie (ABl. C 120, 26.4. 2013, S. 1-6), Punkt 16; 2013 Jugendgarantie, Empfehlung des Rates vom 10. März 2014 für eine hochwertige Arbeitsstelle oder Weiterbildungsmaßnahme bzw. Praktikumsplatz (ABl. C 88, S. 1).

gesetzgeberischen Bereich liegt der Fokus auf Schwarzarbeit. 2014 wurde ein Vorschlag zur Stärkung der Zusammenarbeit bei der Prävention und Abschreckung von nicht angemeldeter Arbeit vorgelegt.<sup>59</sup>

### **C – Das Bewusstsein innerhalb der EU, dass flexiblere Arbeitsmärkte nicht zu einer Zunahme von prekären Arbeitsplätzen führen sollte**

In den letzten Jahren legen die Mitglieder des Europäischen Parlaments deutlich den Schwerpunkt verstärkt auf prekäre Beschäftigung.

Die Kommission war ursprünglich zu dem Schluss gekommen, dass prekärer Beschäftigung mithilfe des bestehenden Rechtsrahmens Abhilfe geschaffen werden könnte. Laut Kommission deckten EU-Richtlinien verschiedene Arten von atypischen oder Nichtstandard-Beschäftigungsverhältnissen, insbesondere im Bereich der Teilzeitarbeit, befristeten Arbeit, Leiharbeit und Entsendung, ab. Die Kommission „kontrolliert“ ihre Umsetzung durch die Mitgliedstaaten und überprüft sie regelmäßig, um festzustellen, ob eine „Aktualisierung“ erforderlich ist.<sup>60</sup>

In seiner jüngsten EntschlieÙung über die Achtung von Grundrechten in der EU hat das Europäische Parlament jedoch einen Zusammenhang hergestellt zwischen der aktuellen Wirtschafts- und Finanzkrise, den zu ihrer Bekämpfung in einigen Mitgliedstaaten ergriffenen Maßnahmen und deren Auswirkungen, die die Lebensbedingungen von EU-BürgerInnen negativ beeinflussen:

X. ... während die EU eine ernsthafte Wirtschafts- und Finanzkrise durchlebt, deren Auswirkungen in Kombination mit bestimmten Maßnahmen, wie etwa drastische Haushaltskürzungen, die in einigen Mitgliedstaaten zu deren Bekämpfung ergriffen werden, die Lebensbedingungen der EU-BürgerInnen – zunehmende Arbeitslosigkeit, zunehmende Armut, Ungleichheiten, prekäre Beschäftigungsbedingungen und beschränkter Zugang zu und Qualität von Dienstleistungen – und das Wohlergehen der BürgerInnen negativ beeinflussen;

(...)

139. Unterstreicht, dass die EU-Institutionen sowie die Mitgliedstaaten, die strukturelle Reformen in ihren Sozial- und Wirtschaftssystemen vornehmen, immer die Verpflichtung haben, die Charta und ihre internationalen Verpflichtungen einzuhalten und deshalb für die von ihnen getroffenen Entscheidungen verantwortlich sind; wiederholt ihren Aufruf zur Abstimmung von Programmen zur Anpassung der Wirtschaft an die EU-Ziele in Artikel 151 AEUV, einschließlich der Förderung von Beschäftigung und Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen; wiederholt die Notwendigkeit zu gewährleisten, dass eine vollständige demokratische Kontrolle durch die wirksame Einbeziehung der Parlamente in die von den EU-Institutionen und Mitgliedstaaten als Reaktion auf die Krise ergriffenen Maßnahmen stattfindet;

In ihrem jüngsten Jahreswachstumsbericht 2016 gibt die Europäische Kommission unter der Bezeichnung *Die wirtschaftliche Erholung konsolidieren und die Konvergenz fördern* an, dass die generellere Entwicklung zu flexibleren Arbeitsmärkten die Schaffung von Arbeitsplätzen begünstigen, aber auch den Übergang zu mehr unbefristeten Arbeitsverträgen erleichtern sollte.<sup>61</sup> Nach unserer Kenntnis hat die Kommission hier erstmalig ausdrücklich das politische und wirtschaftliche Ziel gesteckt, dass diese Entwicklung nicht zu einer Zunahme von prekären Beschäftigungsverhältnissen führen sollte (unser Schwerpunkt):

Die Mitgliedstaaten sollten damit fortfahren, das Arbeitsschutzrecht weiter zu modernisieren und vereinfachen, um einen wirksamen Schutz der ArbeitnehmerInnen

---

<sup>59</sup> KOM (2014) 221 endg., Vorschlag für einen Beschluss des Europäischen Parlaments und des Rates über die Einrichtung einer Europäischen Plattform zur Stärkung der Zusammenarbeit bei der Prävention und Abschreckung von nicht angemeldeter Erwerbstätigkeit, 9. April 2014.

<sup>60</sup> Claudette Abela Baldacchino (S&D), Anfrage zur schriftlichen Beantwortung an die Kommission, 27. August 2013, P-009626/2013. Siehe die entsprechende Beantwortung von Herrn Andor im Namen der Kommission P-009626/2013, 19. September 2013.

<sup>61</sup> KOM(2015) 690 endg.

und die Förderung des Übergangs zwischen verschiedenen Arbeitsplätzen und Beschäftigungen auf dem Arbeitsmarkt zu gewährleisten. Stabile und vorhersehbare Beschäftigungsbedingungen und insbesondere mehr unbefristete Vertragsarten bieten für Arbeitgeber und ArbeitnehmerInnen mehr Anreize für Investitionen in Kompetenzen und lebenslanges Lernen. Sie ermöglichen den Menschen, ihre Zukunft dank der nachhaltigen Aussichten auf die berufliche und Einkommensentwicklung zu planen. In den jüngsten Jahren ist der Gesamtanstieg der Beschäftigung in erster Linie auf eine Zunahme von Leiharbeitsverträgen zurückzuführen, was in den früheren Stadien einer Erholung nicht ungewöhnlich ist. Die generellere Entwicklung zu flexibleren Arbeitsmärkten sollte die Schaffung von Arbeitsplätzen begünstigen, aber auch den Übergang zu mehr unbefristeten Verträgen erleichtern. *Sie sollte nicht zu mehr prekären Arbeitsplätzen führen.* Die Mitgliedstaaten sollten ebenfalls ihre Bemühungen zur Bekämpfung von nicht angemeldeter Erwerbstätigkeit verstärken.

In dem Entwurf des *Gemeinsamen Beschäftigungsberichts der Kommission und des Rates: Begleitunterlage zur Mitteilung der Kommission zum Jahreswachstumsbericht 2016* kommt die europäische Exekutive zu der folgenden Schlussfolgerung:<sup>62</sup>

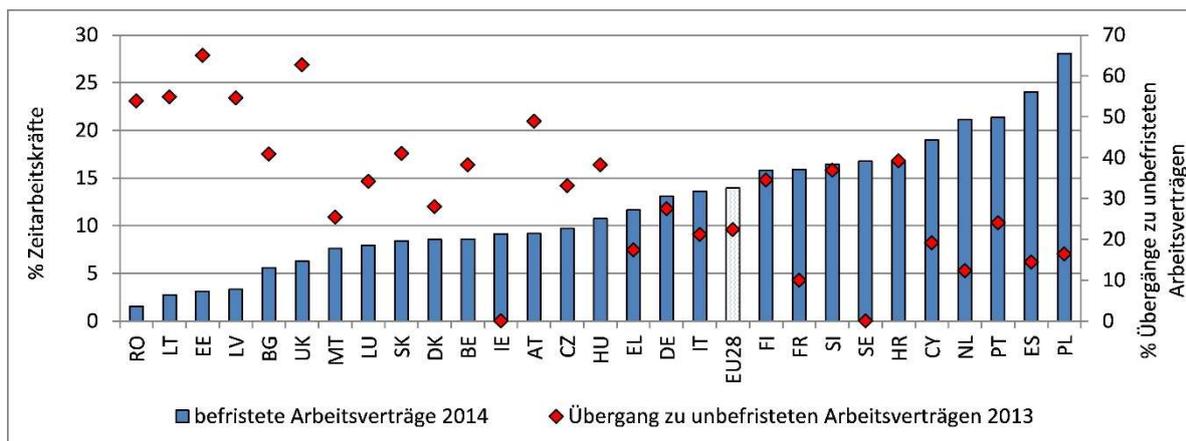
„[B]etrachtet man die Arten von Arbeitsverträgen, so gab es erwartungsgemäß in den letzten Jahren bei befristeten Arbeitsverträgen die meisten Schwankungen, wohingegen die Zahl der unbefristeten Arbeitsverträge und die Zahl der Selbständigen seit 2011 mehr oder weniger unverändert blieben. Der allgemeine Beschäftigungszuwachs seit 2013 geht vor allem auf die Zunahme der befristeten Arbeitsverträge zurück. Schaubild 2 zeigt, dass die Anzahl der befristeten Arbeitsverträge von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat sehr unterschiedlich ist, mit einem Anteil von weniger als 5% im Jahr 2014 in Rumänien und den baltischen Staaten bis hin zu mehr als 20% in den Niederlanden, Portugal, Spanien und Polen. Die Quoten für die Übergänge von befristeten zu unbefristeten Arbeitsverträgen unterschieden sich ebenfalls von Land zu Land, und es scheint, als wären die Übergangquoten in den Ländern am höchsten (niedrigsten), die den geringsten (höchsten) Anteil von befristeten Arbeitsverträgen aufweisen. Sowohl der Anteil der befristeten Arbeitsverträge als auch der Übergang von befristeten zu unbefristeten Arbeitsverträgen lassen Rückschlüsse darauf zu, wie flexibel die Arbeitsmärkte sind. Sie spiegeln möglicherweise auch Unterschiede bei den Beschäftigungsschutzbestimmungen der verschiedenen Länder sowie das Ausmaß von Insider-Outsider-Effekten auf nationalen Arbeitsmärkten wider. Dies ist in Ländern, in denen sie in großem Maßstab eingesetzt werden, besonders besorgniserregend, wo befristete Arbeitsverträge die Aussichten auf eine unbefristete Vollzeitbeschäftigung häufig nicht verbessern (siehe Schaubild 2).

Atypische Arbeitsverträge gibt es häufiger bei Frauen, jungen Menschen und nicht routinemäßigen manuellen Tätigkeiten. Diese gehen anscheinend einher mit einer geringeren Entlohnung und sind besonders bei Geringverdienern häufig anzutreffen. Eine andere Facette der Arbeitsplatzunsicherheit ist das Ausmaß unfreiwilliger Teilzeitarbeit, die von einem Anteil an der Gesamtbeschäftigung von 16,7 % auf 19,6 % gestiegen ist, sowie Verbreitung und Diversifizierung von Formen der Gelegenheitsarbeit.

---

<sup>62</sup> KOM(2015) 700 endg.

**Schaubild 2: Anteil der befristeten Arbeitsverträge und Übergänge von befristeten zu unbefristeten Arbeitsverträgen**



Quelle: Eurostat, Arbeitskräfteerhebung und SILC Erläuterung: Daten zu Übergängen für BG, EL, PT, HR betreffen 2012, für AT 2014. Keine Daten zu Übergängen verfügbar für IE und SE.

In ihrer *Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, Employment and Social Developments in Europe 2014 (Entwicklungen in Beschäftigung und Gesellschaft in Europa 2014)* hat die Kommission Beschäftigungen analysiert, die Bestand haben gegen Automatisierung und den Stellenwert von Wissen und Kreativität (Humankapital) im Hinblick auf den technologischen Wandel unterstrichen. Digitale Anwendungen (z.B. die Fahrgemeinschafts-App „Uber“ oder „AirBnb“-Pauschalen für Miete und Zwischenmiete) haben in der Tat die Wettbewerbsfähigkeit mit verschiedenen traditionellen Dienstleistern wie Taxis oder Hotels bewiesen und untergraben diese möglicherweise. Laut Kommissionsdienststellen handelt es sich bei Nicht-Routine-Tätigkeiten, die vermutlich in der näheren Zukunft der Automatisierung widerstehen werden, entweder um Tätigkeiten am unteren oder oberen Ende des Lohn- und Kompetenzspektrums.<sup>63</sup>

Am unteren Ende befinden sich Dienstleistungsbranchen wie das Gastgewerbe, Pflege, Schönheit, Reinigung, Kundendienst, Bau, Dekoration und Installation.<sup>64</sup>

Ungeachtet ihres unstrittigen Nutzens bieten solche Nicht-Routine- und manuellen Tätigkeiten bzw. Tätigkeiten, für die nur geringe oder mittlere Qualifikationsniveaus erforderlich sind, häufig bescheidene Einkünfte und prekäre Beschäftigungsverhältnisse sowie körperlich anstrengende Arbeitsbedingungen. Vermutliche Gründe dafür sind das reichliche Angebot an Arbeitskräften, die Möglichkeit des Einsatzes von unterbezahlten Wanderarbeitern und in einigen Fällen die Bedrohung, diese Aufgaben teilweise in Niedriglohnländer zu verlagern (Standing, 2011). In diesem Zusammenhang besteht eine eindeutige Notwendigkeit, die Bemühungen zur Verbesserung der Beschäftigungsbedingungen für diese Tätigkeiten zu verstärken und die Anwendung bestehender Arbeitsschutzgesetze zu gewährleisten.

Am oberen Ende der Nicht-Routine- und nicht-automatisierbaren Tätigkeiten sind Tätigkeiten zu finden, die komplexe kognitive Aufgaben und ein hohes Maß an beruflicher Kompetenz erfordern und in der Regel mit einer langen und vielseitigen formalen Ausbildung einhergehen (z.B. Computer-Programmierer, Kultur- und Kreativwirtschaft, Ingenieure, Manager, Investmentbanker, Rechtsanwälte, Ärzte, Lehrer und Wissenschaftler). Laut Kommissionsdienststellen hat Europa einen großen Anteil an der Entwicklung der wissensbasierten Wirtschaft, da es in Spitzenkompetenzen investiert und so optimale Beschäftigungsbedingungen für WissensarbeiterInnen schafft. Im Vergleich zu niedrig qualifizierten Arbeitern haben Wissensarbeiter eine privilegiere Stellung auf dem Arbeitsmarkt mit besseren Beschäftigungsbedingungen und einer besseren Bezahlung.<sup>65</sup>

Darüber hinaus wurde im Entwicklungsprogramm der Vereinten Nationen (UNDP) bereits aufgezeigt,

<sup>63</sup> Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, *Employment and Social Developments in Europe 2014*, S. 152.

<sup>64</sup> Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, *Employment and Social Developments in Europe 2014*, S. 152.

<sup>65</sup> Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, *Employment and Social Developments in Europe 2014*, S. 152.

dass es in der Regel die ArbeitnehmerInnen sind, die den durch die globalen Wertschöpfungsketten ausgeübten Marktdruck auffangen – sei es über die Löhne, die durch die globale Konkurrenz nach unten gedrückt werden, sei es durch verstärkte Informalisierung und Vertragsunsicherheit, bewirkt durch mehrfache Untervertragsketten, oder auch in Form von Entlassungen bei einem Konjunkturrückgang. Multinationale Konzerne stützen sich zunehmend auf Belegschaften, deren Rechte beschnitten sind, indem sie festangestellte MitarbeiterInnen, ZeitarbeiterInnen, unabhängige AuftragnehmerInnen, projektbezogene und ausgelagerte Beschäftigte kombinieren, um so für Flexibilität in der Produktion zu sorgen und die Kosten zu steuern. Die Beteiligung an Wertschöpfungsketten schafft eine Art „Arbeitsdualismus“ mit sicheren, menschenwürdigen Arbeitsplätzen für einige und eher prekärer Beschäftigung für andere (selbst im gleichen Land und in der gleichen Branche).<sup>66</sup>

Am 29. September 2015 hat Kommissionspräsident Jean-Claude Juncker ein neues Legislativpaket für Frühjahr 2016 angekündigt, das so ausgelegt sein soll, dass es „ein Minimum an sozialen Rechten, ein Sicherheitsnetz zum Schutz des Arbeitsmarktes“ (unser Schwerpunkt) bieten würde.<sup>67</sup>

Die soziale Dimension Europas, um die es traurig und schlecht bestellt ist, muss vervollständigt werden. Ich behaupte nicht, dass nichts getan wurde. Ich bin siebzehn Jahre lang Arbeitsminister gewesen. In den 80er Jahren, Frau Hidalgo hat gerade darauf hingewiesen, ist in Sachen Sicherheit und Gesundheit am Arbeitsplatz, insbesondere bei der Gleichstellung und der Förderung von Rechten für Frauen, einschließlich des Beschäftigungsniveaus, viel passiert. Aber das reicht noch nicht aus. *Wir, die Europäische Kommission, haben im Frühjahr 2016 einen Sockel mit Mindestsozialrechten, umgeben von einer Pufferzone, vorgeschlagen, um den Arbeitsmarkt besser zu schützen. Ein Sockel mit Mindestsozialrechten, gewiss, aber es wird ein Sockel sein, der die sozialen Grenzen, die nicht nach unten korrigiert werden können, bezeichnet, indem er uns mehr Konvergenz in der europäischen Arbeitswelt bringt. (...)*

Wir müssen die Unregelmäßigkeiten, die wir beobachten, mit anderen Augen sehen. *Es ist nicht normal, dass Arbeitsverträge, die wir damals als atypische – Zeitarbeitsverträge und befristete Verträge bezeichnet haben, heute im Begriff sind, typische Arbeitsverträge zu werden. Für mich ist ein Arbeitsvertrag ganz altmodisch ein unbefristeter Vertrag. Ja, die Unternehmen brauchen Vorhersehbarkeit, aber die ArbeitnehmerInnen auch. Mein Vater war Stahlarbeiter. Wenn er in der Angst hätte leben müssen, dass sein Vertrag nach sechs Monaten nicht verlängert wird, hätte ich keine juristische Fakultät besuchen können. Für Menschen, die in bescheidenen Verhältnissen leben und über weniger Mittel verfügen, Arbeiter, muss folglich für unbefristete Verträge plädiert werden, ohne dass sie sich beschimpfen lassen müssen von denen, die es immer besser wissen und die uns dorthin gebracht haben, wo wir sind, in die Prekarität, die nicht akzeptabel ist, weil sie nicht dem europäischen Modell entspricht.*

(...)

Diese Solidarität muss auch für andere Bereiche gelten. Im Hinblick auf das Arbeitsrecht müssen wir in Europa mit einer Dosis gesundem Menschenverstand kommen, in dem Bewusstsein, dass der gesunde Menschenverstand in Europa sehr ungleich verteilt ist, *müssen wir uns auf ein einfaches Prinzip einigen: gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Arbeitsplatz, das ist eine Regel, eine Norm, die wir anwenden müssen.* Und in Sachen Unternehmensbesteuerung haben wir Fehlritte begangen, manche gesündigt. Wir müssen uns auf den Grundsatz einigen, dass ein Gewinn dort besteuert werden muss, wo der Gewinn gemacht wird. Schluss mit der Flatterhaftigkeit bei der Besteuerung. Und dann müssen wir dafür sorgen, dass die Soziale Marktwirtschaft eine Organisationsform unserer Gesellschaften bleibt, die nicht in Frage gestellt werden kann. Bei der Wirtschafts- und Finanzkrise hat nicht die Soziale Marktwirtschaft versagt, sondern jene

---

<sup>66</sup> Human Development Report 2015 (UNDP, 2015), S. 11.

<sup>67</sup> L'Europe sociale, réformes et solidarité / Rede von Kommissionspräsident Juncker vor dem Europäischen Gewerkschaftsbund, 13. Kongress, 29. September 2015.

haben versagt, die die Kardinaltugenden der Sozialen Marktwirtschaft nicht angewendet haben. *Diese wilde Entschlossenheit, alles flexibilisieren zu wollen, diese Entschlossenheit, eine grenzenlos ungenierte Flexibilität fordern zu wollen, all das muss aufhören, weil wir gesehen haben, wohin uns das Fehlen von Normen führt, es hat uns ins Chaos geführt und deshalb muss die Soziale Marktwirtschaft das europäische Sozialmodell bleiben.*

Dies könnte eine Trendwende in der neuen allgemeinen politischen Richtung und der neuen Beschäftigungsprioritäten bedeuten, insbesondere hinsichtlich der Übergänge zu mehr unbefristeten Verträgen und wie prekärer Beschäftigung Einhalt zu gebieten ist.

Die Schlussfolgerungen der Essener Ratstagung zur Beschäftigung aus dem Jahr 1994, auf die der Europäische Gerichtshof zur Förderung von atypischer Beschäftigung vor allem in Bezug auf Teilzeitarbeit vertraute, sollten deshalb durch eine neue politische Agenda ersetzt werden, deren Schwerpunkt auf der Beendigung von Armut und der Bekämpfung von Ungleichheiten und Ungerechtigkeiten, insbesondere bei der Gewährleistung des Grundsatzes von gleichem Lohn für gleiche oder gleichwertige Arbeit liegt.

#### **D – Der Schutz von prekär Beschäftigten im Rahmen der EU-Charta für Grundrechte**

Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union enthält eine Reihe von Bestimmungen zu den Rechten der Beschäftigten. Es existieren jedoch einige inhärente Beschränkungen der Anwendbarkeit der Charta, die sie in etlichen Bereichen des Arbeitsrechts wirkungslos machen.

Zunächst gilt gemäß Artikel 51 der Charta diese nur, wenn die Einrichtungen der Union oder die Mitgliedstaaten das Recht der Union anwenden. Insofern überschreiten Situationen, die über den Umfang des Unionsrechts hinausgehen, den Umfang der Charta. Der augenscheinlichste Grund hierfür ist, dass die Charta gemäß Artikel 51 Abs. 2 weder neue Zuständigkeiten noch neue Aufgaben für die Gemeinschaft und für die Union begründet noch die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten und Aufgaben ändert.

Das Recht auf Schutz bei ungerechtfertigter Entlassung gemäß Artikel 30 der Charta sowie die weiteren Bestimmungen in Bezug auf den Schutz von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in der Charta leiden unter dieser Schwäche. Einige der Rechte in der Charta beruhen auf ausdrücklichen sekundären Rechtsvorschriften wie dem Recht auf bezahlten Jahresurlaub gemäß Artikel 31 Abs. 1 der Charta, das auf der Richtlinie 93/104/EG über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung beruht. Im Hinblick auf das Recht auf bezahlten Jahresurlaub hat die Charta die sonstigen Instrumente für internationales Recht daher weitgehend ausgeschaltet, die ebenfalls diese Rechte beinhalten.<sup>68</sup> Das Gleiche gilt für Artikel 31 Abs. 1 der Charta, der jeder Arbeitnehmerin und jedem Arbeitnehmer das Recht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen einräumt. Dies beinhaltet nach billigem Ermessen die Entlohnung und Entlassungen.<sup>69</sup> Das Vorliegen von sekundären Rechtsvorschriften an sich reicht jedoch nicht aus, um den Schutz unter der Charta wirksam zu machen. Im Fall *Association de médiation sociale* argumentierte Generalanwalt Cruz Villalón, dass sowohl in der EU-Grundrechtecharta als auch in den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten „üblicherweise als „Rechte“ oder „Sozialrechte“ betrachtet werde, was wesentlichen Inhalt in Bezug auf Sozialpolitik aufweist, die, weil sie keine direkt durch Einzelpersonen durchsetzbare Rechtslage schaffen kann, nur Folgeaktionen oder die Durchsetzung durch die öffentlichen Behörden bewirke. Es handele sich um (soziale) „Rechte“ kraft ihres Gegenstandes oder sogar ihrer Identität und „Grundsätze“ kraft ihrer Wirkungsweise“.<sup>70</sup>

In dem Urteil ist der EuGH der Auffassung, dass Artikel 3 Abs. 1 der Richtlinie zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der ArbeitnehmerInnen in der Europäischen Gemeinschaft alle notwendigen Bedingungen erfüllt, um unmittelbare Wirkung zu entfalten. Obwohl diese Richtlinie den Mitgliedstaaten einen gewissen Gestaltungsspielraum gewährleistet, da sie nicht

---

<sup>68</sup> Alan Bogg, „Art 31 Fair and Just Working Conditions“ in Steve Peers et al (Hrsg.), *The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary* (Hart, 2014), S. 846.

<sup>69</sup> Alan Bogg, „Art 31 Fair and Just Working Conditions“ in Steve Peers et al (Hrsg.), *The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary* (Hart, 2014), S. 856.

<sup>70</sup> Schlussanträge in *Association de médiation sociale*, C-176/12, EU:C:2013:491, Absatz 45.

die Art festlegt, wie die Mitgliedstaaten ArbeitnehmerInnen bei der Berechnung der Schwellenwerte für die Beschäftigtenzahl des Unternehmens zu berücksichtigen haben, ändert dies nichts an der Genauigkeit und Unbedingtheit der für diesen Artikel vorgesehenen Verpflichtung, alle Beschäftigten zu berücksichtigen und nicht eine bestimmte Gruppe von Personen, die ursprünglich zu diesem Kreis gehörte, bei dieser Berechnung unberücksichtigt zu lassen.<sup>71</sup>

Dennoch und im Einklang mit seinem Präzedenzrecht zur Abwesenheit von horizontaler unmittelbarer Wirkung der EU-Richtlinien ist der EuGH der Auffassung, dass sogar eine klare, genaue und unbedingte Richtlinienbestimmung zu bestimmten Rechten und Pflichten Einzelner im Rahmen eines Rechtsstreits, in dem sich ausschließlich Private gegenüberstehen, nicht als solche Anwendung finden könne. Der Gerichtshof ist weiterhin der Auffassung, dass Artikel 27 der Charta zur Entfaltung seiner vollen Wirkung durch Bestimmungen des Unionsrechts oder des nationalen Rechts konkretisiert werden müsse. Demnach kann Art. 27 der Charta als solcher in einem Rechtsstreit zwischen Einzelnen nicht geltend gemacht werden, um zu der Schlussfolgerung zu gelangen, dass die mit der Richtlinie 2002/14 nicht konforme nationale Bestimmung unangewendet zu lassen ist.<sup>72</sup>

Der EuGH hat sich für unzuständig erklärt in Bezug auf das Ersuchen um Vorabentscheidungen im Hinblick auf Probezeiten in atypischen Arbeitsverträgen solange der EU-Gesetzgeber noch nicht von seiner Kompetenz zur Rechtsetzung in diesem Bereich Gebrauch gemacht hat:<sup>73</sup>

40 Im Hinblick auf Artikel 151 AEUV, in dem die Ziele der Europäischen Union und der Mitgliedstaaten im Bereich der Sozialpolitik dargelegt werden, schreibt diese Bestimmung keine spezifische Verpflichtung im Hinblick auf Probezeiten in Arbeitsverträgen vor. Das Gleiche gilt für die Leitlinien und Empfehlungen im Bereich der Beschäftigungspolitik, die vom Europäischen Rat unter Artikel 148 AEUV verabschiedet wurden, auf die sich der vorliegende Gerichtshof bezieht.

41 In dieser Hinsicht sollte nicht vergessen werden, dass bei der Prüfung des französischen „neuen Einstellungsvertrages“ der EuGH der Auffassung ist, dass obwohl der Schutz für Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsvertrages eines der Mittel zum Erreichen der Ziele unter Artikel 151 AEUV darstellt und obwohl der EU-Gesetzgeber im Einklang mit den Bestimmungen unter Artikel 153 Abs. 2 AEUV befugt ist, Situationen, die nicht unter die auf der Grundlage solcher Bestimmungen fallenden Maßnahmen fallen, nicht unter den Umfang des Unionsrechts fallen (Verfügung in *Polier*, C-361/07, EU:C:2008:16, Absatz 13).

42 Zudem reicht die Tatsache, dass der Arbeitsvertrag mit unbefristeter Dauer zur Förderung des Unternehmertums durch Strukturfonds finanziert sein darf, nicht für sich aus, um die Schlussfolgerung zu unterstützen, dass es bei der fraglichen Situation im Hauptverfahren um die Durchsetzung von Unionsrecht zum Zwecke von Artikel 51 Abs. 2 der Charta geht.

43 In der Begründung für seine Entscheidung bezieht sich der vorliegende Gerichtshof auch auf die Artikel 2.2 Abs. b und 4 des Übereinkommens Nr. 158 zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses, das am 22. Juni 1982 in Genf von der Internationalen Arbeitsorganisation verabschiedet wurde und die am 18. Oktober 1961 in Turin unterzeichnete Europäische Sozialcharta. Es ist festzuhalten, dass der EuGH unter Artikel 267 AEUV keine Zuständigkeit hat, über die Auslegung von Bestimmungen des internationalen Rechts zu entscheiden, welche die Mitgliedstaaten außerhalb des Unionsrechts binden (siehe die Urteile in *Vandeweghe u.a.*, 130/73, EU:C:1973:131, Absatz 2 und *TNT Express Nederland*, C-533/08, EU:C:2010:243, Absatz 61; die Verfügung in *Corpul Național al Polițiștilor*, C-134/12, EU:C:2012:288, Absatz 14; und das Urteil im Fall *Qurbani*, C-481/13, EU:C:2014:2101, Absatz 22).

44 Aus allen vorangehenden Betrachtungen ergibt sich, dass die fragliche Situation im

---

<sup>71</sup> *Association de médiation sociale*, C-176/12, EU:C:2014:2.

<sup>72</sup> *Association de médiation sociale*, C-176/12, EU:C:2014:2, Absätze 45 und 51.

<sup>73</sup> *Nistahuz Poclava*, C-117/14, EU:C:2015:60.

Hauptverfahren nicht unter den Umfang von Unionsrechts fällt. Infolgedessen ist der EuGH nicht zuständig für die Beantwortung der Frage, die vom vorlegenden Gerichtshof gestellt wurde.

Zur Gewährleistung des Schutzes der Charta für einen Arbeitnehmer müssen alle Rechtsvorschriften im Bereich des Arbeitsrechts ausreichend klar und präzise sein, um so Rechte für Einzelne zu schaffen. Eine solche gesetzgeberische Lösung wäre geeignet, die Undeutlichkeit von Artikel 30 der Charta zu beseitigen und das zu beenden, was Jeff Kenner daher als „rätselhafte Eigenschaft“ bezeichnet.<sup>74</sup>

Eine verbleibende Frage dreht sich darum, ob neue Rechtsvorschriften, die Artikel 30 der Charta Wirkung verleihen, zwischen Einzelnen durchsetzbar wären. Während dies bis zu einem gewissen Grad auf jede neue Rechtsvorschrift zutrifft, die auf der Grundlage von Artikel 151 gesetzlich verfügt wird, bleibt diese Frage offen und Gegenstand der Auslegung durch den EuGH. Wenn die vorgenannten Urteile eine Anleitung hinsichtlich dieses Punktes bieten sollen, ist mindestens sicherzustellen, dass die Bestimmungen unmittelbare Wirkung haben. In diesem Fall wird Artikel 30 der Charta eine ähnliche Wirkung haben und kann von Einzelpersonen in Fällen herangezogen werden, bei denen es um ihre Beschäftigungsbedingungen geht.

Es wäre jedoch schon viel erreicht, wenn die Prekarität in die Definition des Begriffs „Würde“ gemäß Artikel 31 Abs. 1 der Charta Einzug halten würde. Einige Schritte sind bereits unternommen worden. Die Richtlinie 2008/104/EG über Leiharbeit nimmt ausdrücklich Bezug auf Artikel 31 der Charta. Dies bedeutet, dass der maßgebliche Wortlaut Prekarität eher als eine Frage des Schutzes der Würde von ArbeitnehmerInnen denn als Schutz gegen ungerechtfertigte Entlassung ansieht. Artikel 31 der Charta ist als „das frühzeitigste der Arbeitsrechte“ bezeichnet worden.<sup>75</sup>

Daraus kann gefolgert werden, dass der sicherste Weg zur Aktivierung des Schutzes von ArbeitnehmerInnen gegen Prekarität Rechtsvorschriften sind, die auf den Grad der „Würde“ von ArbeitnehmerInnen abzielen und sich vorzugsweise auf Artikel 31 der Charta stützen. Die Leiharbeitsrichtlinie zeigt, dass dies ein möglicher Weg ist, der zu Eindeutigkeit und Kohärenz im Herangehen an Prekarität führt.

## **E – Globaler Ausblick: Die zunehmende Anerkennung von prekärer Beschäftigung im internationalen Menschenrecht**

Am 27. September 2011 verabschiedete der UN-Menschenrechtsrat durch Konsens die *Leitprinzipien über extreme Armut und Menschenrechte* in Resolution 21/11.<sup>76</sup> Der Menschenrechtsrat ermutigte Regierungen, maßgebliche UN-Einrichtungen, spezialisierte Agenturen, Fonds und Programme, sonstige zwischenstaatliche Organisationen und nationale Menschenrechtsorganisationen sowie Nichtregierungsorganisationen und nichtstaatliche Akteure einschließlich des Privatsektors, die Leitprinzipien bei der Formulierung und Durchführung ihrer politischen Programme und Maßnahmen im Hinblick auf von extremer Armut betroffenen Personen zu berücksichtigen.

Der von der UN-Sonderberichterstatterin zu extremer Armut, Magdalena Sepúlveda Carmona, vorgelegte endgültige Entwurf der Leitprinzipien über extreme Armut besagte unter anderem unter dem Titel *Right to work and rights at work* (Das Recht auf Arbeit und Rechte am Arbeitsplatz):

Sowohl in ländlichen als auch in städtischen Regionen leben Menschen in Armut und sind konfrontiert mit Arbeitslosigkeit, Unterbeschäftigung, unzuverlässiger Gelegenheitsarbeit, Niedriglöhnen und unsicheren und sich verschlechternden Lebensbedingungen. Menschen, die in Armut leben, tendieren dazu, außerhalb der formellen Wirtschaft und ohne soziale Sicherheitsleistungen wie Mutterschutz, Krankheitsurlaub, Renten und Arbeitsunfähigkeitsleistungen zu leben. Es besteht die Möglichkeit, dass sie den größten Teil ihres Wachzustandes am Arbeitsplatz verbringen,

---

<sup>74</sup> Jeff Kenner, „Art 30 – Protection in the event of unjustified dismissal“, in Steve Peers et al. (Hrsg.), *The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary* (Hart, 2014), S. 832.

<sup>75</sup> Alan Bogg, „Art 31 Fair and Just Working Conditions“ in Steve Peers et al. (Hrsg.), *The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary* (Hart, 2014), S. 868.

<sup>76</sup> Entwurf A/HRC/21/L.20, verabschiedet mit einem Votum am 27. September 2012.

kaum von ihren Einkünften leben können und mit Ausbeutung wie etwa Zwangsarbeit, willkürlicher Entlassung und Missbrauch konfrontiert sind. Frauen unterliegen in besonderem Maße der Gefahr von Missbrauch sowie Gruppen, die von Diskriminierung betroffen sind, wie Personen mit Behinderungen und nicht erfasste Migranten. Frauen übernehmen in der Regel unbezahlte Pflege Tätigkeiten in ihrem Haushalt, wodurch sich die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass sie sich auf niedrig bezahlte und unsichere Beschäftigung einlassen oder insgesamt vom Eintritt in den Arbeitsmarkt ausgeschlossen werden.

Gemäß Absatz 84 dieser *Leitprinzipien*, die von der Europäischen Union mitgetragen wurden, sollten die Staaten:

- (a) Strenge arbeitsrechtliche Verordnungen verabschieden und deren Durchsetzung durch eine Arbeitsaufsichtsbehörde mit angemessenen Kapazitäten und Ressourcen sicherstellen, um den Genuss des Rechts auf menschenwürdige Beschäftigungsbedingungen zu gewährleisten;
- (b) Sicherstellen, dass alle ArbeitnehmerInnen einen ausreichenden Lohn erhalten, um ihnen und ihrer Familie den Zugang zu einem angemessenen Lebensstandard zu gewährleisten;
- (c) Sicherstellen, dass Rechtsstandards im Hinblick auf gerechte und vorteilhafte Beschäftigungsbedingungen auf die informelle Wirtschaft ausgedehnt und dort auch eingehalten werden und aufgeschlüsselte Daten über das Ausmaß von informeller Arbeit sammeln;
- (d) Positive Maßnahmen zur Beseitigung von allen Formen von Zwangsarbeit und Schuldknechtschaft sowie schädlichen und gefährlichen Formen von Kinderarbeit zusätzlich zu Maßnahmen ergreifen, die die soziale und wirtschaftliche Wiedereingliederung der betroffenen Personen gewährleisten und ein erneutes Auftreten unterbinden;
- (e) Sicherstellen, dass Pflegekräfte durch Sozialprogramme und –dienstleistungen einschließlich des Zugangs zu erschwinglicher Kinderbetreuung geschützt werden;
- (f) Spezielle Maßnahmen, darunter Berufsberatung, Ausbildung und Gelegenheiten zur Fähigkeitsentwicklung, zur Erweiterung der Möglichkeiten für Personen einrichten, die in Armut leben, damit diese auf dem formellen Arbeitsmarkt eine menschenwürdige Beschäftigung finden können;
- (g) Diskriminierung beim Zugang zu Beschäftigung und Ausbildung beseitigen und sicherstellen, dass für die Personen, einschließlich Frauen, Migranten und Behinderten, die am anfälligsten für Armut und Arbeitslosigkeit sind, bedarfsgerechte Ausbildungsprogramme zugänglich sind;
- (h) Die Vereinigungsfreiheit respektieren, fördern und umsetzen, damit die Identitäten, Stimmen und Vertretungen von ArbeitnehmerInnen, die in Armut leben, im sozialen und politischen Dialog über Arbeitsreformen gestärkt werden.

Am 20. Dezember 2012 verabschiedete die UN-Generalversammlung eine Resolution zu Menschenrechten und extremer Armut, in der sie „die Leitprinzipien über extreme Armut und Menschenrechte wohlwollend zur Kenntnis nimmt, die vom Menschenrechtsrat in seiner Resolution 21/11 als ein nützliches Werkzeug für Staaten bei der Formulierung und Umsetzung von politischen Programmen zur Armutsverringerung und -bekämpfung als angemessen erachtet werden.“<sup>77</sup>

Im Februar 2014 wurde das Thema „Promoting empowerment of people in achieving poverty eradication, social integration and full employment and decent work for all“ (Die Befähigung der Menschen fördern, Armut zu beseitigen - soziale Eingliederung und Vollbeschäftigung und menschenwürdige Arbeit für alle erreichen) anlässlich der 52. Sitzung der Sozialentwicklungskommission der Vereinten Nationen (CSocD) vorrangig diskutiert. Die CSocD forderte in ihrer Resolution die UN-Mitgliedstaaten auf, der Beseitigung von Armut, der sozialen Eingliederung, der Vollbeschäftigung und der menschenwürdigen Arbeit für alle in der bevorstehenden Post-2015 Entwicklungsagenda einen angemessenen Stellenwert beizumessen. Das Forum der Zivilgesellschaft drängte die Regierungen zur

---

<sup>77</sup> A/RES/67/164, Absatz 17.

Umsetzung der ILO-Empfehlung Nr. 202 betreffend den innerstaatlichen sozialen Basisschutz zur Einführung von nationalen Untergrenzen für Sozialschutz und der Agenda zu menschenwürdiger Arbeit als wirksame Mittel zur Gewährleistung von produktiver Vollbeschäftigung und Einkommenssicherheit.

Auf dem UN-Gipfel für nachhaltige Entwicklung am 25. September 2015 verabschiedeten die Staats- und Regierungschefs aus aller Welt die neue Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung, die 17 nachhaltige Entwicklungsziele (Sustainable Development Goals - SDGs) zur Beseitigung von Armut, Bekämpfung von Ungleichheiten und Ungerechtigkeit und zum Umgang mit dem Klimawandel bis 2030 umfasst. Bei der UN-Generalversammlung im September 2015 wurden menschenwürdige Arbeit und die vier Pfeiler der Agenda für menschenwürdige Arbeit der Internationalen Arbeitsorganisation ILO – Schaffung von Arbeitsplätzen, sozialer Schutz, Rechte am Arbeitsplatz und sozialer Dialog – zu integralen Bestandteilen der Agenda 2030.

Ziel 8 der Agenda 2030 ruft u.a. dazu auf, dauerhaftes, breitenwirksames und nachhaltiges Wirtschaftswachstum, produktive Vollbeschäftigung und menschenwürdige Arbeit für alle zu fördern. Ziel ist es, bis 2030 produktive Vollbeschäftigung und menschenwürdige Arbeit für alle Frauen und Männer einschließlich junger Menschen und Menschen mit Behinderungen sowie gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit zu erreichen, die Arbeitsrechte zu schützen und sichere Arbeitsumgebungen für alle ArbeitnehmerInnen, einschließlich der Wanderarbeitnehmer und insbesondere der Wanderarbeitnehmerinnen sowie der Menschen in prekären Beschäftigungsverhältnissen, zu fördern.

#### **IV – DAS KONZEPT VON SOZIALDUMPING WIRD WEDER DEM REGULIERUNGSWETTBEWERB NOCH DER DESTABILISIERUNG NATIONALER ARBEITSRECHTSBESTIMMUNGEN VORBEUGEN**

Wie von Ruth Dukes zusammengefasst, besagte zu Anfang der Errichtung des gemeinsamen Marktes in den 1950er Jahren die orthodoxe wirtschaftliche Sichtweise, die sich im Ohlin-Bericht zu sozialen Aspekten der europäischen wirtschaftlichen Zusammenarbeit<sup>78</sup> der ILO aus dem Jahr 1957 widerspiegelt, dass „objektive wissenschaftliche Analyse“ aufgezeigt hatte, dass sogar erhebliche Unterschiede der Arbeitskosten unter den Mitgliedstaaten beim normalen Gang der Dinge den Wettbewerb nicht verzerren sollten.<sup>79</sup>

Im Ohlin-Bericht wurde ein gemeinsamer Markt auf zwei Ebenen – national und supranational – mit einer Vielzahl von rechtlichen und institutionellen Rahmenbedingungen vorgesehen. Auf der EWG-Ebene würde der Rechtsrahmen den Wegfall von Handelshindernissen und damit den freien Verkehr von Waren, Kapital, Dienstleistungen und Arbeitnehmern und das Verbot von Kartellen und Unternehmen gewährleisten, die ihre Marktmacht missbrauchen. Auf der Ebene der Mitgliedstaaten würden nationale Arbeitsverfassungsgesetze weiterhin nebeneinander bestehen und deren Aufbau von der Schaffung des gemeinsamen Marktes unberührt bleiben und so wirken, dass jeglicher nachfolgender Produktivitätsanstieg zu Beschäftigungsverträgen und –bedingungen führen würde, die verhältnismäßig und angemessen wären. Unterschiede bei den Arbeitsnormen – „Arbeitskosten“ – zwischen den Ländern wurden gleichermaßen für Niedriglohn- und Spitzenlohnländer als unproblematisch eingestuft. Die Bedrohung einer negativen Eingliederung – eines „vom Freihandel ausgehenden Drucks zur Gleichmacherei“ – wurde als unbedeutend verworfen und der Fall der positiven Harmonisierung – zur beratenden Koordination von Arbeitsnormen auf europäischer Ebene – wurde als nicht beeinflussend beurteilt.<sup>80</sup>

Zudem, wie im Ohlin-Bericht aufgezeigt, liegen die Förderung und Unterstützung von Arbeitskämpfen zur Beseitigung ungerechter Lohnunterschiede zugunsten der Niedriglohngruppen durchaus im Interesse der Gewerkschaftsbewegung. Zu dieser Zeit bestand in Europa auch Einigkeit darüber, dass Löhne und Arbeitsbedingungen das Ergebnis von Tarifverhandlungen der jeweiligen Sozialpartner darstellten. Laut Ohlin-Bericht galt die „weit verbreitete Auffassung, dass Regierungseingriffe in die Tarifautonomie auf ein Minimum zu beschränken sind, sofern dafür überhaupt eine Notwendigkeit besteht.“

Seit dem Anfang der europäischen Integration und spätestens seit dem Spaak-Bericht<sup>81</sup> ist es klar, dass der erste Grundstein, auf dem die soziale Dimension der Europäischen Union aufgebaut ist, im strukturellen Lohnwettbewerb besteht, der entweder durch die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder durch Industrieaktionen auf Initiative der Gewerkschaften auszuschließen ist. Im Spaak-Bericht heißt es:

„... die dritte Bedingung betrifft die Löhne: Wenn einerseits jede Diskriminierung zwischen inländischen und eingewanderten Arbeitnehmern verboten ist, wenn andererseits Lohnsenkungen nicht zu befürchten sind, weil sie entweder durch gesetzliche Maßnahmen oder durch die gewerkschaftliche Aktivität grundsätzlich ausgeschlossen sind, haben die Arbeitgeber keine Veranlassung, mehr Arbeitskräfte ins Land zu ziehen, als zur Besetzung freier Stellen wirklich notwendig sind. Damit wird jeder Druck auf das Lohnniveau vermieden, und der Arbeitsmarkt wird sich selbst ausgleichen.“

Das bedeutet, dass letztlich der Spaak-Bericht und der Ohlin-Bericht eine wirtschaftliche Erklärung zur Lenkung von Nichtdiskriminierung vorgelegt haben.<sup>82</sup>

---

<sup>78</sup> Ohlin-Bericht der ILO aus dem Jahr 1957 „Soziale Aspekte der europäischen wirtschaftlichen Zusammenarbeit“.

<sup>79</sup> Ruth Dukes, *The Labour Constitution* (Oxford, 2014).

<sup>80</sup> Ebenda, S. 6.

<sup>81</sup> Brussels Report on the General Common Market aus dem Jahr 1956 (Spaak-Bericht).

<sup>82</sup> Siehe auch Jari Hellsten, *On Social and Economic Factors in the Developing European Labour Law, Reasoning on Collective Redundancies, Transfer of Undertakings and Converse Pyramids*, (Stockholm: Elanders Gotab, 2005).

Wie jedoch bereits Ruth Dukes richtig aufgezeigt hat, steht die Argumentation des EuGH im Fall *Laval*, *Viking* und im Folgenden im Fall von *Rüffert* im Gegensatz zu der Argumentation von Bertil Ohlin und Paul-Henri Spaak und besagt, dass „Unterschiede in den Arbeitsnormen zwischen Mitgliedstaaten in sich und aus sich selbst heraus zu Einschränkungen der Freizügigkeit führen können. Wo dies der Fall ist, sollten solche Unterschiede beseitigt werden. Und wenn sie nicht mittels einer Harmonisierung nach oben beseitigt werden, ist der EuGH bereit, den Abbau etablierter nationaler Normen zu überwachen. Die Tatsache, dass die fraglichen nationalen Normen innerhalb der Rechtsordnung der EU den Status von Grundrechten haben, wird nicht verhindern, dass sie unrechtmäßige Einschränkungen der Freizügigkeit verkörpern, da Grundrechte nur „im Einklang mit Gemeinschaftsrecht“ geschützt werden müssen.“<sup>83</sup>

Dukes zeigt richtig auf, dass der EuGH „mit den Entscheidungen in den Fällen *Laval* und *Viking* und der nachfolgenden Rechtsprechung das Tor zu einem „weiter gehenden Regulierungswettbewerb... und der Destabilisierung der nationalen Arbeitsrechte“ geöffnet hat. Ob es tatsächlich zu einer negativen Harmonisierung nationaler Arbeitsrechte und Arbeitsrechtsverfassungen kommt, bleibt abzuwarten und wird wahrscheinlich sowohl von der rechtsetzenden Antwort der Mitgliedstaaten auf die Urteile des EuGH und der fortgesetzten Bereitschaft des Gerichtshofes abhängen, jenen Recht zu geben, die gegen Verstöße ihre Marktfreiheiten klagen.“<sup>84</sup>

Warum diese Frage nicht durch den Rückgriff auf den Begriff des Sozialdumpings gelöst werden kann, wurde von Alexandre Saydé gründlich wie folgt analysiert:<sup>85</sup>

Durch die Umkehrung der Gleichstellungsachse von der Gleichstellung des Aufnahmemitgliedstaates auf die Gleichstellung des Herkunftsmitgliedstaates urteilt der EuGH zwangsläufig, dass die Anwendung der Rechtsvorschriften des Aufnahmemitgliedstaates auf Fremdarbeiter aufgrund der schwierigen Frage der negativen Harmonisierung zu einer Einschränkung der Freizügigkeit führt. In diesem Sinne stellt *Laval* eine radikale Abkehr von der Tradition der Gleichstellung des Aufnahmemitgliedstaates dar, die unter dem Grundsatz der Freizügigkeit auf Wanderarbeiter angewendet wird.

(...)

Mit dieser Entscheidung zerlegt die *Laval*-Linie im Präzedenzrecht das natürliche Bollwerk, das *Rush Portuguesa* gegen Sozialdumping aufgebaut hat, indem Arbeitgebern ermöglicht wird, das Arbeitsrecht ihres Herkunftsmitgliedstaates beim Einsatz von Arbeitnehmern zu „importieren“:

*Laval* und weitere Fälle machen deutlich, dass der Rückgriff auf den freien Dienstleistungsverkehr zur Ausnutzung vergleichbarer Vorteile, die von günstigeren Arbeitskräften geboten werden, im Unionsrecht keinen Verstoß darstellt. Viele würden dies begrüßen.

Auch wenn die jeweiligen Auswirkungen von *Rush Portuguesa* (Gleichstellung des Aufnahmemitgliedstaates) und *Laval* (Gleichstellung des Herkunftsmitgliedstaates) auf Sozialdumping nicht in Frage gestellt werden, ist jedoch äußerst strittig, ob Sozialdumping wünschenswert ist, wie aus dem letzten Zitat hervorgeht. Diese Debatten haben dazu geführt, dass die Kommission 2012 einen Vorschlag zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG unterbreitet hat, dessen Artikel 4 unter dem Titel „Verhinderung von Missbrauch und Umgehung“ den Versuch unternimmt, der missbräuchlichen Verlagerung von Unternehmen auf der Suche nach einer günstigen Rechtsprechung vorzubeugen [Fußnote ausgelassen].

Die zentrale Einlassung im vorliegenden Abschnitt besagt, dass die Debatte über Sozialdumping ein weiterer Ausdruck für die Dialektik hinsichtlich

---

<sup>83</sup> Ruth Dukes, *The Labour Constitution* (Oxford, 2014).

<sup>84</sup> Ruth Dukes, *The Labour Constitution* (Oxford, 2014).

<sup>85</sup> Alexandre Saydé, *Abuse of EU Law and Regulation of the Internal Market* (Hart, 2014).

Regulierungsneutralität und Regulierungswettbewerb ist, die das Binnenmarktrecht durchdringt. Einerseits unternimmt das Beispiel der Regulierungsneutralität den Versuch, eine Wettbewerbsverzerrung zwischen Privatunternehmen durch nationale Gesetze zu vermeiden. Die Gleichstellung des Aufnahmemitgliedstaates schafft Chancengleichheit im Aufnahmemitgliedstaat und gewährleistet so die Neutralität des Arbeitsrechts gegenüber konkurrierenden Unternehmen im Aufnahmemitgliedstaat. In diesem Zusammenhang verzerrt Sozialdumping den Wettbewerb zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, da Wanderarbeitern ermöglicht wird, das Arbeitsrecht ihres Herkunftsmitgliedstaates zu „exportieren“. Demzufolge betrachten die Befürworter von Regulierungsneutralität „Sozialdumping“ als Hindernis für eine angemessene wirtschaftliche Eingliederung und unterstützen eine Lösung à la Rush Portuguesa (Gleichstellung des Aufnahmemitgliedstaates):

(...)

Andererseits unternimmt das Beispiel des Regulierungswettbewerbs den Versuch, einen angemessenen Wettbewerb zwischen Mitgliedstaaten zu gewährleisten. In diesem Zusammenhang sind Unterschiede bei der Regulierung rechtmäßig und Unternehmen werden ermutigt, im Rahmen eines als Regulierungsarbitrage bezeichneten Prozesses ihr bevorzugtes Arbeitsrecht auszuwählen. Daraus resultiert, dass die Befürworter von Regulierungswettbewerb „Sozialdumping“ als die natürliche Funktionsweise der wirtschaftlichen Eingliederung betrachten und deshalb eine Lösung à la Laval (Gleichstellung des Herkunftsmitgliedstaates) befürworten:

(...)

Mit anderen Worten existiert im Rahmen des Regulierungswettbewerbs das Konzept von Sozialdumping genauso wenig wie das Konzept von Rechtsmissbrauch, da der Wettbewerbsprozess auf der Rechtmäßigkeit von Sozialdumping-Strategien beruht, die als „Regulierungsarbitrage“ bezeichnet werden. Infolgedessen kann die Debatte über Sozialdumping niemals gelöst werden, da sie eine breiter angelegte Dialektik reproduziert, bei der sich die Beispiele von Regulierungsneutralität und Regulierungswettbewerb gegenüberstehen.

Zusammengefasst lässt sich sagen, dass die Mehrdeutigkeit der Rechtsprechung zur Freizügigkeit im Hinblick auf Sozialdumping ein weiterer Ausdruck der grundlegenden Dialektik ist, die das Binnenmarktrecht durchdringt. Befürworter der Regulierungsneutralität betrachten Sozialdumping als Hindernis für eine angemessene wirtschaftliche Eingliederung, da es zu einer Wettbewerbsverzerrung zwischen Privatunternehmen führt und unterstützen deshalb eine Lösung à la Rush Portuguesa. Befürworter des Regulierungswettbewerbs betrachten Sozialdumping als die natürliche Funktionsweise der wirtschaftlichen Eingliederung, die als Wettbewerb unter Mitgliedstaaten zu verstehen ist und befürworten deshalb eine Lösung à la Laval.

Angesichts der kürzlichen Ankündigung eines Legislativpakets für das Frühjahr 2016, das „eine Grundlage für ein Minimum von sozialen Rechten“ auf der Grundlage von gleichem Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Arbeitsplatz sein soll, hat es den Anschein, dass die Kommission von Präsident Juncker tatsächlich einen Paradigmenwechsel vollzogen und sich vom Beharren der Kommission seines Vorgängers Barroso auf Regulierungswettbewerb zugunsten von Regulierungsneutralität verabschiedet hat.<sup>86</sup>

Dazu Saydé:<sup>87</sup>

Zu guter Letzt könnte die Dialektik hinsichtlich Regulierungsneutralität und Regulierungswettbewerb dabei helfen, eine Erklärung für die Entstehung der

---

<sup>86</sup> L'Europe sociale, réformes et solidarité / Rede von Kommissionspräsident Juncker vor dem Europäischen Gewerkschaftsbund, 13. Kongress, 29. September 2015, SPEECH/15/5741.

<sup>87</sup> Alexandre Saydé, Abuse of EU Law and Regulation of the Internal Market (Hart, 2014), S. 412-413.

Auseinandersetzungen um das Binnenmarktrecht und insbesondere das Präzedenzrecht des EuGH zu liefern – ohne jedoch eine Lösung dafür zu bieten, da die Befürwortung des einen oder des anderen Beispiels der wirtschaftlichen Eingliederung weitgehend vom Glauben an das angemessene Funktionieren eines regulierten Wettbewerbs wie Tiebout vorträgt abhängt: Regulierungsbefürworter werden geneigt sein, Regulierungsneutralität zu begrüßen, während Markt-Befürworter geneigt sein werden, Regulierungswettbewerb zu favorisieren. (...)

Dieser Rahmen könnte deshalb unter Umständen genutzt werden, um das Entstehen einer Kontroverse im Binnenmarktrecht vorherzusagen, die, sollten die europäischen Institutionen einen Paradigmenwechsel und insbesondere einen Richtungswechsel zu Regulierungswettbewerb vollziehen, auftreten würde. Diese letzte Einlassung wäre aber noch kühner als der Rest dieser Studie.

## V – FÜR PREKÄRE BESCHÄFTIGUNG RELEVANTES PRÄZEDENZRECHT DES EUROPÄISCHEN GERICHTSHOFS

### A – „Selbstständig erwerbstätige Personen“ nach innerstaatlichem Recht können nach Unionsrecht als Arbeitnehmer oder Beschäftigte eingestuft werden

Ein Verständnis für die Tragweite des Schutzes von prekär Beschäftigten gemäß EU-Arbeitsrecht bedarf einer Definition des Begriffs „Arbeitnehmer“ im Sinne des EU-Rechts. Während sich in den EU-Verträgen keine derartige Begriffsbestimmung findet, hat das Präzedenzrecht des EuGH zur Freizügigkeit der ArbeitnehmerInnen gemäß Artikel 45 AEUV in dieser Frage Klarheit geschaffen.

Artikel 45 Abs. 1 AEUV gewährleistet die Freizügigkeit der ArbeitnehmerInnen – eine der fünf Grundfreiheiten der Europäischen Union – mit dem Wortlaut „Innerhalb der Union ist die Freizügigkeit der Arbeitnehmer gewährleistet.“ In Ermangelung einer vertragsbasierten Definition von „Arbeitnehmer“ hat der EuGH den Begriff des Arbeitnehmers über sein Präzedenzrecht entwickelt.<sup>88</sup>

Nach dem Präzedenzrecht des EuGH hat das Konzept „Arbeitnehmer“ durchgängig eine spezifische eigenständige Bedeutung, die auch nicht eng auszulegen ist. Ein „Arbeitnehmer“ ist demgemäß jeder, der seinen Aktivitäten tatsächlich und ernsthaft nachgeht. Dies schließt als rein nebensächlich und geringfügig einzustufende Tätigkeiten aus. Beschäftigungsverhältnisse sind laut Präzedenzrecht wesentlich dadurch gekennzeichnet, dass jemand während einer bestimmten Zeit „für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält.“<sup>89</sup>

Daraus folgt, dass das *Abhängigkeitsverhältnis* und die *Zahlung einer Vergütung* die wesentlichen Elemente jedes vergüteten Arbeitsverhältnisses sind, sofern die in Rede stehende Erwerbstätigkeit *tatsächlich* und *echt* ist.<sup>90</sup>

#### *Die Kriterien des Abhängigkeitsverhältnisses und des Selbstständigen-Status*

Wie bereits im Präzedenzrecht des EuGH und in jüngster Zeit durch Generalanwalt Wahl in *FNV Kunsten Informatie en Media*<sup>91</sup> aufgezeigt, besteht eines der Hauptmerkmale jedes Beschäftigungsverhältnisses im Abhängigkeitsverhältnis des Arbeitnehmers von seinem Arbeitgeber. Hierbei handelt es sich weitgehend um das Definitionskriterium, das bei der Unterscheidung eines Arbeitnehmers von einer selbstständig erwerbstätigen Person helfen wird.

In *FNV Kunsten Informatie en Media* ging Generalanwalt Wahl näher auf diese Unterscheidung ein mit den Worten (Fußnote ausgelassen):

44. Der Arbeitgeber hat nicht nur eine Weisungsbefugnis und ein Direktionsrecht im Hinblick auf die Tätigkeit seiner Arbeitnehmer, sondern kann ihnen gegenüber auch bestimmte Vertretungs- und Kontrollbefugnisse ausüben. Ein Selbständiger folgt den Anweisungen seines Kunden, doch besitzen diese ihm gegenüber im Allgemeinen keine umfassenden Aufsichtsbefugnisse. Weil ein Unterordnungsverhältnis nicht gegeben ist, verfügt ein Selbständiger über mehr Unabhängigkeit bei der Auswahl der Art der Arbeit und der wahrzunehmenden Aufgaben, der Art und Weise der Ausführung dieser Arbeit oder Aufgaben, seinen Arbeitszeiten und seinem Arbeitsort sowie seinen Mitarbeitern.

45. Darüber hinaus muss ein Selbständiger das unternehmerische und finanzielle Risiko der Geschäftstätigkeit übernehmen, während ein Arbeitnehmer normalerweise ein solches Risiko nicht trägt, da er unabhängig vom Geschäftsverlauf Anspruch auf Vergütung seiner Arbeitsleistung hat. Im Außenverhältnis ist grundsätzlich der Arbeitgeber für die Tätigkeit seiner Arbeitnehmer im Rahmen ihres Arbeitsverhältnisses verantwortlich. Die größeren Risiken und die größere Verantwortung, die Selbständige tragen, sollen auf der anderen Seite durch die Möglichkeit ausgeglichen werden, die im Geschäft erwirtschafteten Gewinne voll zu

<sup>88</sup> Catherine Barnard, EU employment law, 4. Ausgabe, 2012, S. 144.

<sup>89</sup> *Lawrie-Blum*, 66/85, EU:C:1986:284, Absätze 16 und 17; *Collins*, C-138/02, EU:C:2004:172, Absatz 26; *Trojani*, C-456/02, EU:C:2004:488, Absatz 15; *Neidel*, C-337/10, EU:C:2012:263, Absatz 23; *Petersen*, C-544/11, EU:C:2013:124, Absatz 30 und *O*, C-432/14, EU:C:2015:643, Absatz 22.

<sup>90</sup> *Haralambidis*, C-270/13, EU:C:2014:2185, Absatz 29.

<sup>91</sup> Schlussanträge des Generalanwalts in *FNV Kunsten Informatie en Media*, C-413/13, EU:C:2014:2215.

vereinnahmen.

46. Schließlich, und das dürfte sich von selbst verstehen, bieten Selbständige Waren oder Dienstleistungen am Markt an, während Arbeitnehmer einem (oder in seltenen Fällen mehreren) einzelnen Arbeitgeber(n) lediglich ihre Arbeitskraft anbieten.

Generalanwalt Wahl folgert „es ist somit der Rechtsstellung der Selbständigen immanent, dass sie, jedenfalls im Vergleich zu Arbeitnehmern, mehr Unabhängigkeit und Flexibilität genießen. Im Gegenzug haben sie jedoch unvermeidlich mehr wirtschaftliche Risiken zu tragen und werden sich häufiger instabileren und unsichereren Arbeitsbeziehungen ausgesetzt sehen. Alle diese Aspekte sind offenkundig eng miteinander verbunden.“<sup>92</sup>

Generalanwalt Wahl gesteht zu, „dass sich die Abgrenzung zwischen den traditionellen Kategorien der Arbeitnehmer und der Selbständigen in der heutigen Wirtschaft bisweilen verwischt.“<sup>93</sup> Mit dem Zitieren von *Allonby*<sup>94</sup> und *Haralambidis*<sup>95</sup> als Beispielen bestätigt Generalanwalt Wahl, dass der Gerichtshof tatsächlich bereits eine Reihe von Fällen geprüft hat, bei denen das Beschäftigungsverhältnis zwischen zwei Personen (oder einer Person und einer Einheit) – aufgrund seiner besonderen Eigenschaften – nicht feinsäuberlich unter die eine oder die andere Kategorie fällt, da es Merkmale von beiden aufweist.

Der Gerichtshof stimmte Generalanwalt Wahl in diesem speziellen Punkt mit seiner Aussage zu, dass es „in der heutigen Wirtschaft nicht immer leicht ist, zu bestimmen, ob bestimmte selbständige Leistungserbringer wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Aushilfsmusiker „Unternehmensstatus“ haben.“<sup>96</sup>

*Die Unterscheidung zwischen den traditionellen Kategorien von ArbeitnehmerInnen und selbstständig erwerbstätigen Personen*

Unter der Voraussetzung dass eine Person im Sinne des Unionsrechts ein Arbeitnehmer ist, ist die Art des Rechtsverhältnisses zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber für die Anwendung des Unionsrechts unerheblich.<sup>97</sup>

Der Gerichtshof hat festgehalten, dass die formale Einstufung als Selbständiger nach innerstaatlichem Recht nicht ausschließt, dass jemand als Arbeitnehmer im Sinne des EU-Rechts einzustufen ist, wenn seine Selbständigkeit nur fiktiv ist und damit ein Arbeitsverhältnis im Sinne dieses Artikels verschleiert.<sup>98</sup>

Aus der ständigen Rechtsprechung ergibt sich zum einen, dass ein Dienstleister seinen Status als unabhängiger Absatzmittler und demzufolge als selbstständiger Wirtschaftsteilnehmer verlieren kann, wenn sein Verhalten auf dem Markt nicht eigenständig bestimmt ist, sondern aufgrund der Tatsache vollständig von seinem Geschäftsherrn abhängt, dass er keines der Risiken aus den für den Geschäftsherrn vermittelten Geschäften trägt und als Hilfsorgan in sein Unternehmen eingegliedert ist.<sup>99</sup>

Zum anderen, dass der Begriff „Arbeitnehmer“ selbst im Sinne des EU-Rechts anhand objektiver Kriterien zu definieren ist, die das Arbeitsverhältnis im Hinblick auf die Rechte und Pflichten der betroffenen Personen kennzeichnen. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht darin, dass eine Person während einer bestimmten Zeit für eine andere nach deren Weisung Leistungen

---

<sup>92</sup> Schlussanträge des Generalanwalts in *FNV Kunsten Informatie en Media*, C-413/13, EU:C:2014:2215, Absatz 47.

<sup>93</sup> Schlussanträge des Generalanwalts in *FNV Kunsten Informatie en Media*, C-413/13, EU:C:2014:2215, Absatz 51.

<sup>94</sup> *Allonby*, C-256/01, EU:C:2004:18.

<sup>95</sup> *Haralambidis*, C-270/13, EU:C:2014:2185.

<sup>96</sup> *FNV Kunsten Informatie en Media*, C-413/13, EU:C:2014:2411, Absatz 32.

<sup>97</sup> Siehe im Zusammenhang mit der Freizügigkeit von Arbeitnehmern *Bettray*, 344/87, EU:C:1989:226, Absatz 16 und *Raulin*, C-357/89, EU:C:1992:87, Absatz 10 und im Zusammenhang mit den Prinzipien von gleichem Lohn für Männer und Frauen *Allonby*, C-256/01, EU:C:2004:18, Absatz 70.

<sup>98</sup> *Allonby*, C-256/01, EU:C:2004:18, Absatz 71.

<sup>99</sup> *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, EU:C:2006:784, Absätze 43 und 44.

erbringt, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält.<sup>100</sup>

Daraus ergibt sich, dass der Status des „Arbeitnehmers“ im Sinne des EU-Rechts nicht durch die Tatsache berührt wird, dass eine Person gemäß innerstaatlichem Recht aus steuerlichen, administrativen oder organisatorischen Gründen als selbstständig erwerbstätige Person angestellt wurde, solange diese Person unter der Leitung ihres Arbeitgebers, insbesondere im Hinblick auf ihre Freiheit bei der Wahl von Zeit, Ort und Inhalt ihrer Arbeit tätig ist,<sup>101</sup> nicht an den geschäftlichen Risiken des Unternehmens beteiligt ist<sup>102</sup>, während der Dauer dieses Arbeitsverhältnisses in das genannte Unternehmen des Arbeitgebers eingegliedert ist und daher mit diesem Unternehmen eine wirtschaftliche Einheit bildet.<sup>103</sup>

Gemäß dem Präzedenzrecht des EuGH ist es gewiss nicht unvorstellbar, dass genauso wie beschäftigte Personen selbstständig erwerbstätige Personen spezifische Maßnahmen benötigen, um ihnen einen gewissen Grad von sozialem Schutz zu gewährleisten.<sup>104</sup> Demzufolge kann der soziale Schutz von Dienstleistern im Prinzip eine der vorrangigen Bedingungen von öffentlichem Interesse sein, die eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen können.

## **B – Auszubildende sind als ArbeitnehmerInnen anzusehen**

Nach dem fest etablierten Präzedenzrecht des EuGH versteht das EU-Recht auch PraktikantInnen oder Auszubildende in einem bestimmten Beruf in Vorbereitung auf eine tatsächliche Ausübung dieses Berufs als „Arbeitnehmer“, sofern die Praktikums- bzw. Ausbildungszeiten tatsächliche und echte Tätigkeiten im Beschäftigungsverhältnis im Auftrag und unter Leitung eines Arbeitgebers beinhalten.

Laut EuGH stehen die geringe Produktivität, der eingeschränkte Aufgabenbereich sowie die entsprechend geringe wöchentliche Arbeitszeit und Vergütung des Betroffenen einer solchen Schlussfolgerung nicht entgegen.<sup>105</sup>

Es geht ebenfalls aus dem Präzedenzrecht des EuGH hervor, dass weder der rechtliche Kontext des Beschäftigungsverhältnisses nach nationalem Recht, im Rahmen dessen die Ausbildung oder das Praktikum stattfinden, noch die Herkunft der Mittel, aus denen die betroffene Person bezahlt wird und insbesondere wenn diese Entlohnung weitgehend aus öffentlichen Mitteln bestritten wird, sich darauf auswirken, ob die Person als Arbeitnehmer anzusehen ist.<sup>106</sup>

Daher hat der Gerichtshof entschieden, dass Artikel 1 Abs. 1a der Richtlinie 98/59 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen dahingehend auszulegen ist, dass die Notwendigkeit besteht, für die Zielsetzung dieser Bestimmung eine Person, obwohl sie keine Vergütung von ihrem Arbeitgeber erhält, als Arbeitnehmer im Sinne des Gemeinschaftsrechts anzusehen, die - auch im Rahmen einer Berufsausbildung und ungeachtet dessen, wie diese rechtlich einzuordnen ist - eine tatsächliche und echte wirtschaftliche Tätigkeit für einen Arbeitgeber ausübt, - um Kompetenzen zu erwerben oder zu verbessern oder eine Berufsausbildung zu absolvieren. Dieser Auslegung steht nicht entgegen, dass die Vergütung der betreffenden Person aus öffentlichen Mitteln gezahlt wird durch das Ministerium, das für die Förderung von Beschäftigung zuständig ist.

## **C - Beschäftigte mit Null-Stunden-Verträgen sind „Arbeitnehmer“ nach dem Unionsrecht**

*Im Hinblick auf Null-Stunden-Verträge* (manchmal auch als Gelegenheitsbeschäftigung / unregelmäßige Beschäftigung, Arbeit auf Abruf usw. bezeichnet), ist die Europäische Kommission der Entwicklung dieser Beschäftigungsform seit ca. 2005 gefolgt und hat festgestellt, dass solche Verträge neben anderen Formen von atypischen vertraglichen Vereinbarungen zu einem etablierten Merkmal auf dem europäischen Arbeitsmarkt geworden sind.

---

<sup>100</sup> *N.*, C-46/12, EU:C:2013:97, Absatz 40 und *Haralambidis*, C-270/13, EU:C:2014:2185, Absatz 28.

<sup>101</sup> *Allonby*, EU:C:2004:18, Absatz 72.

<sup>102</sup> *Agegate*, C-3/87, EU:C:1989:650, Absatz 36.

<sup>103</sup> *Becu u.a.*, C-22/98, EU:C:1999:419, Absatz 26.

<sup>104</sup> Im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit, siehe *Kemmler*, C-53/95, Absatz 13.

<sup>105</sup> *Lawrie-Blum*, 66/85, EU:C:1986:284, Absatz 19 bis 21; *Bernini*, C-3/90, EU:C:1992:89, Absatz 15 und 16; *Kurz*, C-188/00, EU:C:2002:694, Absatz 33 und 34 und *Kranemann*, C-109/04, EU:C:2005:187, Absatz 13.

<sup>106</sup> *Bettray*, 344/87, EU:C:1989:226, Absatz 15 und 16; *Birden*, C-1/97, EU:C:1998:568, Absatz 28 und *Kurz*, C-188/00, EU:C:2002:694, Punkt 34.

Die Kommission hat ihrem Bewusstsein Ausdruck verliehen, dass Null-Stunden-Verträge, unter denen ArbeitnehmerInnen zustimmen, für Tätigkeiten sofern und wann erforderlich zur Verfügung zu stehen, jedoch ohne dass eine bestimmte Stundenzahl oder Arbeitszeiten festgelegt werden, die betroffenen ArbeitnehmerInnen in eine gefährdete Lage bringen können, insbesondere da sie nicht auf ein Mindesteinkommen vertrauen können und gegebenenfalls von Rechten und Leistungen ausgeschlossen werden, die einer Mindestzahl von Arbeitsstunden unterliegen.

Nach Ansicht der Kommission kann es trotz der in vielen Fällen für ArbeitnehmerInnen und ArbeitgeberInnen nützlichen vertraglichen Vereinbarungen auch zu Situationen kommen, in denen die „Null-Stunden-Verträge“ zum Nachteil des Arbeitnehmers ausgenutzt werden. Die Kommission hat angemerkt, dass die Entwicklung von Null-Stunden-Verträgen bereits zu Gesetzgebungsakten geführt hat, um das Risiko des Missbrauchs in bestimmten Mitgliedstaaten, insbesondere in Irland und in den Niederlanden, anzugehen.

In einigen Mitgliedstaaten existieren Schutzregeln, die ArbeitnehmerInnen mit „Null-Stunden-Verträgen“ eine spezifische Arbeitsstundenzahl und Entlohnung pro Woche garantieren, während in anderen Mitgliedstaaten ArbeitnehmerInnen mit „Null-Stunden-Verträgen“ aufgrund der Definitionen gemäß innerstaatlichem Recht nicht einmal unter das nationale Arbeitsrecht fallen. 2005 hatte die Kommission nicht die Absicht, auf Gemeinschaftsebene eine Regulierung von Null-Stunden-Arbeitsverträgen vorzuschlagen. Außerdem führte sie aus, dass im Einklang mit Artikel 153 Abs. 5 AEUV die EU nicht zur Rechtsetzung im Hinblick auf das Arbeitsentgelt befugt ist.<sup>107</sup>

In späteren Zeiten hat sich der Ton verändert. Die Kommission fordert noch stets das Bewusstsein ein, dass Null-Stunden-Verträge die betroffenen ArbeitnehmerInnen in eine gefährdete Lage bringen können, weil sie insbesondere nicht auf ein Mindesteinkommen vertrauen und von bestimmten Rechten und Leistungen, die einer Mindestzahl von Arbeitsstunden unterliegen, ausgeschlossen werden können. Die Kommission bringt jetzt vor, dass in Ermangelung von EU-Regeln zur spezifischen Regulierung der Frage von Null-Stunden-Verträgen letztere mit bestehenden EU-Regeln im Einklang stehen müssen. Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz dieser ArbeitnehmerInnen müssen laut Kommission im Einklang mit Unionsrecht gewährleistet sein. Es steht den Mitgliedstaaten frei, einzelstaatliche Rechtsvorschriften zum Verbot des Rückgriffs auf/oder Missbrauchs von solchen Verträgen zu erlassen. Zudem müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass auch zulässige Verträge mit den maßgeblichen Bestimmungen des Unionsrecht im Einklang zu stehen haben. Wenn dies nicht der Fall ist, bleibt die Kommission dabei, dass sie angemessene Maßnahmen wie etwa Vertragsverletzungsverfahren einleiten wird.

Laut Kommission fallen Beschäftigte mit Null-Stunden-Verträge im Prinzip unter das EU-Arbeitsrecht und haben damit Anrecht auf anteiligen Jahresurlaub im Verhältnis zur geleisteten Arbeitszeit. Die Kommission hat festgestellt, dass Beschäftigte mit Null-Stunden-Verträgen insbesondere auf der Grundlage von Artikel 31 Abs. 2 der Grundrechtecharta der Europäischen Union und Artikel 7 der Arbeitszeitrichtlinie Anrecht auf anteiligen bezahlten Jahresurlaub im Verhältnis zur geleisteten Arbeitszeit haben.

Die Kommission hat jedoch klar gemacht, dass sie sich immer noch nicht mit der Absicht trägt, in dieser Frage konkret tätig zu werden. Die Mitgliedstaaten haben die Möglichkeit, auf nationaler Ebene Vorschriften zur Prävention von Einsatz und/oder Missbrauch von solchen Verträgen einzuführen. Das EU-Recht schließt Null-Stunden-Verträge nicht prinzipiell aus, da keine der beiden maßgeblichsten Richtlinien zum Arbeitsrecht – die Arbeitszeitrichtlinie und die Teilzeitarbeitsrichtlinie – ein Recht auf eine Mindestanzahl von Arbeitsstunden festlegen.<sup>108</sup> Laut Kommission hat der EuGH in seinem Urteil

---

<sup>107</sup> Eluned Morgan (PSE) und Józef Pinior (PSE), Anfrage zur schriftlichen Beantwortung an die Kommission, 21. Oktober 2005, E-3833/05. Beantwortung der Anfrage für die Kommission durch Herrn Špidla, E-3833/05, 18. November 2005; Glenis Willmott (S-D), Anfrage zur schriftlichen Beantwortung an die Kommission, 15. September 2009, E-4338/09. Beantwortung der Anfrage für die Kommission durch Herrn Špidla, E-4338/09, 19. Oktober 2009.

<sup>108</sup> Roberta Metsola (PPE), Anfrage zur schriftlichen Beantwortung an die Kommission, 15. April 2014, E-004721/2014. Beantwortung der Anfrage E-004721/2014 für die Kommission durch Herrn Andor, 5. Juni 2014; Vilija Blinkėvičiūtė (S&D), Anfrage zur schriftlichen Beantwortung an die Kommission, 25. Juni 2015, E-

im Fall *Wippel*<sup>109</sup> entschieden, dass der Null-Stunden-Vertrag mit der Teilzeitarbeitsrichtlinie und den EU-Vorschriften zur Gleichstellung von Frauen und Männern vereinbar ist.

Die Kommission hat ebenfalls die jüngsten Untersuchungen aus GB zur Kenntnis genommen, aus denen hervorgeht, dass wesentlich mehr britische Beschäftigte als zuvor geschätzt unter Null-Stunden-Verträgen arbeiten. Es besteht ein Bedarf an einer weiteren Analyse der Auswirkungen dieser Form von Beschäftigung und ihrer Vorteile und Risiken für sowohl ArbeitgeberInnen als auch ArbeitnehmerInnen. Die Kommission sieht mit Interesse dem Ergebnis der Überprüfung durch die britische Regierung entgegen. Die Kommission hat ebenfalls festgestellt, dass sie keinen Beleg für eine Beziehung zwischen der Richtlinie 2008/104/EG (der Leiharbeitsrichtlinie) oder anderen Vorschriften auf EU-Ebene und dem Einsatz von Null-Stunden-Verträgen sieht. Das EU-Arbeitsrecht enthält gemeinsame Mindestnormen für den Schutz von Arbeitnehmern in der Union. Es steht den Mitgliedstaaten selbstverständlich frei, an angemessener Stelle auf nationaler Ebene Vorschriften zur Prävention von Einsatz und/oder Missbrauch von solchen Verträgen einzuführen.

In diesem Zusammenhang ist laut Adams, Freedland und Prassl der gegenwärtige Diskurs in Bezug auf diese Beschäftigungsverträge in Großbritannien im Wesentlichen mit Fehlern behaftet: Der Null-Stunden-Vertrag als eigene Kategorie existiert nicht; die Bezeichnung dient nur als praktisches Kürzel zur Verschleierung der explosionsartigen Zunahme von prekärer Beschäftigung für eine stark fragmentierte Erwerbsbevölkerung. Die Autoren sind der Auffassung, dass die anhaltenden Versuche zur Regulierung von Null-Stunden-Verträgen in Großbritannien folglich eine deutliche Verlagerung zur Normierung aller, außer der extremsten Formen des Missbrauchs von Beschäftigungsverhältnissen darstellen und eine schnell wachsende Anzahl von ArbeitnehmerInnen ohne Rückgriff auf Beschäftigungsschutznormen zurücklassen.<sup>110</sup>

Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes hat das Konzept „Arbeitnehmer“ eine spezifische unabhängige Bedeutung, die auch nicht eng auszulegen ist. Ein „Arbeitnehmer“ ist jeder, der eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt, wobei Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält.<sup>111</sup>

Zwar kann der Umstand, dass im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses nur sehr wenige Arbeitsstunden geleistet werden, ein Anhaltspunkt dafür sein, dass die ausgeübten Tätigkeiten nur untergeordnet und unwesentlich sind, doch lässt es sich unabhängig von der begrenzten Höhe des aus einer Berufstätigkeit bezogenen Entgelts und des begrenzten Umfangs der insoweit aufgewendeten Arbeitszeit nicht ausschließen, dass die Tätigkeit aufgrund einer Gesamtbewertung des betreffenden Arbeitsverhältnisses von den nationalen Stellen als tatsächlich und echt angesehen werden kann und es somit ermöglicht, dem Beschäftigten die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des EU-Rechts zuzuerkennen.<sup>112</sup>

Laut Präzedenzrecht des EuGH sind die nationalen Gerichte am besten geeignet, um die erforderlichen Feststellungen in Bezug auf ein Beschäftigungsverhältnis zu treffen und werden dabei alle Faktoren in Betracht ziehen um zu bestimmen, ob ein Arbeitsvertrag dem Beschäftigten ermöglicht, den Status als

---

010251/2015. Beantwortung der Anfrage E-010251/2015 für die Kommission durch Frau Thyssen, 25. August 2015; Catherine Stihler (S&D), Anfrage zur schriftlichen Beantwortung an die Kommission, 13. Februar 2014, E-001601-14. Beantwortung der Anfrage E-001601-14 für die Kommission durch Herrn Andor, 7. April 2014; Catherine Stihler (S&D), Anfrage zur schriftlichen Beantwortung an die Kommission, 23. September 2013, E-010783-13. Beantwortung der Anfrage E-010783-13 für die Kommission durch Herrn Andor, 11. November 2013; Nicole Sinclair (NI), Anfrage zur schriftlichen Beantwortung an die Kommission, 6. August 2013, E-009517-13. Beantwortung der Anfrage E-009517-13 für die Kommission durch Herrn Andor, 19 September 2013.

<sup>109</sup> *Wippel*, C-313/02, EU:C:2004:607, Verbundene Rechtssachen *Heimann und Toltschin*, C-229/11 und 230/11, EU:C:2012:693.

<sup>110</sup> Adams, Abi and Freedland, Mark R. and Prassl, Jeremias, The „Zero-Hours Contract“: Regulating Casual Work, or Legitimizing Precarity? (1. Februar 2015). Oxford Legal Studies Research Paper No. 11/2015. Verfügbar unter SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2507693>.

<sup>111</sup> *Lawrie-Blum*, 66/85, EU:C:1986:284, Absatz 16 und 17; *Collins*, C-138/02, EU:C:2004:172, Absatz 26; *Trojani*, C-456/02, EU:C:2004:488, Absatz 15; und *Neidel*, C-337/10, EU:C:2012:263, Absatz 23.

<sup>112</sup> *Genç*, C-14/09, EU:C:2010:57, Absatz 26.

„Arbeitnehmer“ im Sinne von EU-Recht einzufordern. Also nicht nur die Faktoren, die sich auf die Anzahl der Arbeitsstunden und die Höhe der Vergütung beziehen, sondern auch auf alle Rechte im Hinblick auf bezahlten Urlaub, Lohnfortzahlung im Krankheitsfall und einen Arbeitsvertrag, der der maßgeblichen Tarifvereinbarung unterliegt sowie auf die Bezahlung von Beiträgen und sofern zutreffend auf die Art dieser Beiträge.

Deshalb ist es wahrscheinlich, dass ArbeitnehmerInnen mit so genannten „Null-Stunden-Verträgen“ gemäß Unionsrecht unter die Kategorie „Arbeitnehmer“ fallen.

## **D – Prekäre Beschäftigung und Wettbewerbsrecht**

Der Gerichtshof hat entschieden, dass die im Rahmen von Tarifverhandlungen zwischen ArbeitgeberInnen und ArbeitnehmerInnen geschlossenen Verträge aufgrund ihrer Art und ihres Gegenstands nicht unter Artikel 101 Abs. 1 AEUV fallen.<sup>113</sup>

Der EuGH ist interessanterweise in seinem Urteil im Fall *Albany* zu diesem Schluss gekommen, als er die von Generalanwalt Jacobs vorgetragene Meinung zurückwies, dass Tarifvereinbarungen als solche als Wettbewerbsbeschränkung angesehen werden könnten. Der EuGH hat stattdessen eine scharfe Trennlinie zwischen Sozialpolitik und Wettbewerbsrecht gezogen, die bis zum heutigen Tage Bestand hat. Die Vorstellung, dass Wettbewerbsrecht und Sozialpolitik verschiedene Ziele und Zwecke verfolgen, ist nur angesichts der Finanzkrise ausgehöhlt worden, da soziale Belange langsam beginnen, sich auf das EU-Wettbewerbsrecht, so zum Beispiel die öffentliche Auftragsvergabe, auszuwirken.

Aus dem Urteil *Albany* und den späteren Urteilen, die *Albany* bestätigten, ergibt sich, dass von den zuständigen Behörden und Gerichtshöfen in jedem individuellen Fall zu berücksichtigen ist, ob Art und Gegenstand des fraglichen Vertrages und die mit ihm verfolgten sozialpolitischen Ziele es rechtfertigen, ihn aus dem Anwendungsbereich von Artikel 101 Abs. 1 AEUV herauszunehmen.<sup>114</sup>

Hinzugefügt werden kann, dass der EuGH unter Bezugnahme auf *Albany* erläuterte, dass der Umstand, dass eine Vereinbarung oder eine Tätigkeit dem Anwendungsbereich der Vertragsbestimmungen über den Wettbewerb entzogen ist, nicht zur Folge habe, dass diese Vereinbarung oder diese Tätigkeit auch außerhalb des Anwendungsbereichs der Vertragsbestimmungen über die Freizügigkeit und den freien Dienstleistungsverkehr liegt, da die genannten Bestimmungen jeweils eigenen Anwendungsvoraussetzungen gehorchen.<sup>115</sup>

In *FNV Kunsten Informatie en Media*, entschied der Gerichtshof, dass EU-Recht so auszulegen ist, dass eine Bestimmung eines Tarifvertrags, der Mindestnormen für selbstständige Dienstleister, die Mitglieder der Arbeitnehmerorganisation des Auftraggebers sind und für einen Arbeitgeber unter einem Arbeits- oder Dienstleistungsvertrag die gleichen Leistungen wie die beim Arbeitgeber angestellten Arbeitnehmer erbringen, nur unter Artikel 101 Abs. 1 AEUV fallen, wenn diese Dienstleister „falsche Selbstständige“ sind, wenn sie sich also in einer der Situation dieser ArbeitnehmerInnen vergleichbaren Situation befinden. Es liegt beim nationalen Gericht um zu beurteilen, ob dem so ist.<sup>116</sup>

Der Gerichtshof kam auch zu dem Schluss, dass Dienstleister wie Aushilfsmusiker, die für Mitglieder eines Orchesters einspringen, prinzipiell als „Unternehmen“ im Sinne von Artikel 101 Abs. 1 AEUV einzustufen seien, da sie ihre Dienstleistungen gegen eine Vergütung auf einem gegebenen Markt

---

<sup>113</sup> *Albany*, C-67/96, EU:C:1999:430, Absatz 60; *Brentjens*, Verbundene Rechtssachen C-115/97, C-116/97 und C-117/97, EU:C:1999:434, Absatz 57; *Drijvende Bokken*, C-219/97, EU:C:1999:437, Absatz 47; *Pavlov and Others*, C-180/98 bis C-184/98, EU:C:2000:428, Absatz 67; *van der Woude*, C-222/98, EU:C:2000:475, Absatz 22; *AG2R Prévoyance*, C-437/09, EU:C:2011:112, Absatz 29; und *FNV Kunsten Informatie en Media*, C-413/13, EU:C:2014:2411, Absatz 23.

<sup>114</sup> *van der Woude*, C-222/98, EU:C:2000:475, Absatz 23, *3F gegen die Kommission*, C-319/07 P, EU:C:2009:435, Absatz 51.

<sup>115</sup> *The International Transport Workers' Federation and The Finnish Seamen's Union*, C-438/05, EU:C:2007:772, Absatz 53; *Meca-Medina und Majcen gegen die Kommission*, C-519/04 P, EU:C:2006:492.

<sup>116</sup> Für eine Analyse der Beziehung zwischen Arbeitsrecht und Wettbewerbsrecht siehe S. McCrystal, P. Syrpis „Competition Law and Worker Voice: Competition Law Impediments to Collective Bargaining in Australia and the European Union“ in A. Bogg and T. Novitz (Hrsg.), *Voices at Work: Continuity and Change in the Common Law World* (Oxford: Oxford University Press, 2014).

anbieten und ihre Tätigkeiten als unabhängige Wirtschaftsteilnehmer in Bezug auf ihren Dienstherrn ausüben. Diese Feststellung kann jedoch nicht verhindern, dass eine solche Bestimmung eines Tarifvertrags als das Ergebnis eines Dialogs zwischen ArbeitgeberInnen und ArbeitnehmerInnen angesehen wird, wenn die Dienstleister für diejenigen, für die die Gewerkschaft verhandelt haben, tatsächlich „Scheinselbstständige“ sind, d.h. Dienstleister in einer der von Arbeitnehmern vergleichbaren Situation. Ein Dienstleistungserbringer kann seine Eigenschaft als unabhängiger Wirtschaftsteilnehmer und damit als Unternehmen verlieren, wenn er sein Verhalten auf dem Markt nicht selbständig bestimmt, sondern vollkommen abhängig von seinem Auftraggeber ist, weil er keines der finanziellen und wirtschaftlichen Risiken aus dessen Geschäftstätigkeit trägt und als Hilfsorgan in sein Unternehmen eingegliedert ist.

Darüber hinaus entschied der Gerichtshof, dass der Begriff „Arbeitnehmer“ selbst im Sinne des EU-Rechts anhand objektiver Kriterien zu definieren sei, die das Arbeitsverhältnis im Hinblick auf die Rechte und Pflichten der betroffenen Personen kennzeichnen. Die Einstufung als „selbstständig erwerbstätige Person“ nach innerstaatlichem Recht verhindere nicht, dass jemand als Arbeitnehmer im Sinne des EU-Rechts einzustufen ist, wenn seine Selbständigkeit nur fiktiv ist und damit ein Arbeitsverhältnis im Sinne dieses Artikels verschleiert. Daraus ergibt sich, dass der Status des „Arbeitnehmers“ im Sinne des EU-Rechts nicht durch die Tatsache berührt wird, dass eine Person gemäß innerstaatlichem Recht aus steuerlichen, administrativen oder organisatorischen Gründen als selbstständig erwerbstätige Person angestellt wurde, solange diese Person unter der Leitung ihres Arbeitgebers, insbesondere im Hinblick auf ihre Freiheit bei der Wahl von Zeit, Ort und Inhalt ihrer Arbeit tätig ist, nicht an den geschäftlichen Risiken des Unternehmens beteiligt ist, während der Dauer dieses Arbeitsverhältnisses in das genannte Unternehmen des Arbeitgebers eingegliedert ist und daher mit diesem Unternehmen eine wirtschaftliche Einheit bildet.<sup>117</sup>

Anders ausgedrückt, wie bereits von Valerio De Stefano<sup>118</sup> kommentiert:

Laut EuGH wären nur „Scheinselbstständige“ in der Lage, an der Seite von Arbeitnehmern zu verhandeln und von der Zusammenarbeit mit etablierten Gewerkschaften zu profitieren. Echte selbstständig erwerbstätige Personen, ein bedeutender Bestandteil der atypischen Erwerbsbevölkerung, wären davon ausgenommen, selbst wenn ihr schwächerer Status auf den Arbeitsmärkten gemäß der innerstaatlichen Rechtsvorschriften anerkannt ist. Nach Ansicht des EuGH hätte dies vermutlich bedeutende Auswirkungen auf ihre Fähigkeit zu streiken, da dieses Recht in der Rechtsprechung des Gerichtshofes hauptsächlich als Funktion von Tarifverhandlungen betrachtet wird.

Die Anerkennung des Streikrechts und des Rechts auf Tarifverhandlungen als Menschenrechte würden auch zu einer Überprüfung dieser Beschränkung aufrufen, da es keinen Sinn macht, den Zugang zu einem Menschenrecht auf der Grundlage des Beschäftigungsstatus auszuschließen. Es muss nochmals betont werden, dass das Auftreten einiger Formen von atypischer Beschäftigung im Widerspruch zu den traditionellen Beschränkungen der Gewerkschaftsrechte, wie das Recht auf Tarifverhandlungen und auf kollektives Handeln, zu stehen scheint.

## **E – Staatliches Beihilfenrecht und die Rolle von Gewerkschaften**

Wenn die Europäische Kommission eine Entscheidung in Bezug auf staatliche Beihilfen trifft – entweder, um unrechtmäßige staatliche Beihilfen zurückzufordern oder eine Entscheidung, um Beihilfen als vereinbar mit dem Binnenmarkt zu erklären oder auch um nach einer Klage keine formale Untersuchung einzuleiten – kann diese Entscheidung gemäß Artikel 263 AEUV angefochten werden. Personen, die nicht unter die in Artikel 263 AEUV verankerten Rechte fallen, sind von einer Anfechtungsklage vor dem EuGH ausgeschlossen.

Dass das Interesse der Gewerkschaften nicht rein verfahrensrechtlicher Natur ist, sondern der Sache

---

<sup>117</sup> *FNV Kunsten Informatie en Media*, C:413/13, EU: C:2014:2411.

<sup>118</sup> Valerio De Stefano, Non-standard workers and freedom of association: a critical analysis of restrictions to collective rights from a human rights perspective, WP CSDLE „Massimo D’Antona“. INT – 123/2015.

nach im Zusammenhang mit den Beschäftigungsbedingungen prekär Beschäftigter steht, wird durch die Lage der ArbeitnehmerInnen in der deutschen Fleischindustrie veranschaulicht. Am 19. März 2013 kündigten die belgischen Minister für Finanzen und Arbeit ihre Absicht an, bei der Kommission eine Beschwerde wegen Sozialdumping gegen Deutschland einzureichen. Die Minister klagten Deutschland „würdeloser Praktiken“ insbesondere im fleischverarbeitenden Sektor an, dessen ArbeitnehmerInnen mehrheitlich von Leiharbeitsunternehmen, vor allem aus Bulgarien, Rumänien und der Ukraine, „transferiert“ werden, die für 3 EUR pro Stunden 60 Stunden pro Woche ohne Sozialleistungen arbeiten. Die Tatsache, dass die ArbeitnehmerInnen „transferiert“ waren, bedeutete geringfügige Sozialbeiträge und somit *faktische* Beihilfen für die deutsche Fleischindustrie.

Die Kommission stellte diese Fragen selbst in ihrem Dokument SWD (2012) 63 vom 21. März 2012 fest. Laut diesem Dokument haben Gewerkschaften berichtet, dass in der fleischverarbeitenden Industrie wenige reguläre ArbeitnehmerInnen tätig seien und dass die meisten Beschäftigten von anderen Ländern transferiert würden und unter unter-pari-Arbeitsbedingungen arbeiteten bei einer zunehmenden Arbeitsbelastung und langen Arbeitszeiten und zu Löhnen, die wesentlich niedriger als die für einheimische Arbeitnehmer (3 EUR pro Stunden) lägen. Das Kommissionsdokument fährt fort mit der Feststellung, dass diese Praktiken auf das Jahr 2000 zurückgingen und dass das Fehlen jeglicher sektoraler Vereinbarungen in der deutschen Fleischindustrie die Bemühungen für den Schutz der Arbeitnehmer behindere, der eine der grundlegenden Forderungen der Gewerkschaften in der Fleischindustrie darstelle.<sup>119</sup> 2014 wurde bei schrittweisen Lohnerhöhungen bis 2016 ein Mindestlohn eingeführt. Ein anderer Sektor, der von Steuerermäßigungen profitiert, die zu unfairen Wettbewerbsvorteilen führen können, ist der Fast-Food-Sektor, wo Steuerflucht und der Einsatz von „Null-Stunden-Verträgen“ bei der Sicherstellung unfairer Vorteile für multinationale Unternehmen hilfreich sein können.

Der EuGH befand in seinem Urteil *3F*, dass Gewerkschaften als „betroffene“ Parteien gemäß Artikel 263 AEUV angesehen werden können, wenn ein Beschluss der Kommission die Interessen ihrer Mitglieder betrifft.<sup>120</sup> Der Gerichtshof befand in diesem Fall, dass die rechtsmittelführende Gewerkschaft als Arbeitnehmerschutzorganisation per Definition zur Wahrnehmung der kollektiven Interessen ihrer Mitglieder errichtet sei. Zudem handelte es sich bei *3F* um einen Wirtschaftsteilnehmer, der die Bedingungen, unter denen Arbeitskräfte für Unternehmen zur Verfügung gestellt werden, aushandelt. Im vorliegenden Fall rügte *3F*, dass die sich aus den fraglichen steuerlichen Maßnahmen ergebende Beihilfen die Fähigkeit ihrer Mitglieder beeinträchtigte, bei der mit Nicht-Gemeinschaftsseeleuten bei der Arbeitssuche bei Schifffahrtsgesellschaften, mit anderen Worten den Empfängern der Beihilfe, zu konkurrieren und die Marktstellung der Rechtsmittelführerin als solche deshalb im Hinblick auf ihre Fähigkeit auf dem Markt um die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften für solche Unternehmen zu konkurrieren und infolgedessen ihre Fähigkeit zur Rekrutierung von Mitgliedern beeinträchtigt habe. Der EuGH kam zu dem Schluss, dass im Gegensatz zum Fall *Albany* der vorliegende Fall nicht die wettbewerbsbeschränkende Natur des Tarifvertrags zwischen der Rechtsmittelführerin oder anderen Gewerkschaften und den Reedern, die aus den fraglichen steuerlichen Maßnahmen ergebende Beihilfe erhalten hatten betraf, sondern die Frage, ob die Wettbewerbsposition der Rechtsmittelführerin in Bezug auf solche anderen Gewerkschaften durch die Gewährung dieser Beihilfe beeinträchtigt wurde und sie deshalb als betroffene Partei im Sinne von Artikel 108 Abs. 2 AEUV zu betrachten sei, in welchem Falle ihre Nichtigkeitsklage in Bezug auf die angefochtene Entscheidung zulässig wäre. Da der EuGH befand, dass *3F* in diesem Sinne des Gesetzes betroffen war, war es für die Gewerkschaft zulässig, eine Klage gegen die Entscheidung der Kommission im Hinblick auf die fraglichen dänischen steuerlichen Maßnahmen einzulegen.

---

<sup>119</sup> Nikolaos Chountis (GUE/NGL), Anfrage zur schriftlichen Beantwortung an die Kommission, 12. April 2013, E-004208-13.

<sup>120</sup> *3F gegen die Kommission*, C-319/07 P, EU:C:2009:435.

## VI – Das Prinzip von gleichem Lohn für gleiche Arbeit für prekär und atypisch Beschäftigte

### *Gleicher Lohn für gleiche Arbeit im EU-Recht*

Kommissionspräsident Jean-Claude Juncker hat sich zur Vorlage eines neuen Legislativpakets für das Frühjahr 2016 verpflichtet, das „eine Grundlage für ein Minimum von sozialen Rechten, ein Sicherheitsnetz zum Schutz des Arbeitsmarktes“ sein soll. Dieses Legislativpaket soll auf dem einfachen Prinzip von gleichem Lohn für gleiche Arbeit beruhen.<sup>121</sup>

Ohne die formale Anerkennung der Grundsätze der Nichtdiskriminierung und dem Prinzip von gleichem Lohn für gleiche Arbeit als unmittelbar anzuwendende Gesetzesnormen, die in Verfahren zwischen privaten Parteien und insbesondere zwischen ArbeitnehmerInnen (und/oder den sie vertretenden Gewerkschaften) und ArbeitgeberInnen anzuwenden sind, werden ArbeitnehmerInnen und Gewerkschaften in Europa gleichermaßen ihres wichtigsten Werkzeugs zur Beseitigung von Ungleichheiten und der Förderung der Gleichstellung zwischen europäischen BürgerInnen und WanderarbeiterInnen aus Drittländern beraubt.

Im Fall *Die Kommission gegen Frankreich*<sup>122</sup> hat der Gerichtshof eingeräumt, dass das vorbehaltlose Verbot unterschiedlicher Behandlung im Sinne von Artikel 45 AEUV nicht bloß den Zweck habe, in jedem Mitgliedstaat den Angehörigen der übrigen Mitgliedstaaten gleichen Zugang zu den Arbeitsplätzen zu verschaffen, sondern darüber hinaus auch, Inländer vor den Nachteilen zu bewahren, die sich daraus ergeben können, dass Angehörige anderer Mitgliedstaaten ungünstigere Arbeitsbedingungen oder Entlohnung anbieten oder annehmen, als das geltende nationale Recht sie vorsieht. Das Verbot der Diskriminierung soll deshalb nicht nur ArbeitnehmerInnen unterstützen, die auf der Suche nach Beschäftigung in anderen Mitgliedstaaten sind, sondern hat eine weiter gefasste Funktion zum Schutz der einheimischen ArbeitnehmerInnen, durch externen Lohnwettbewerb unterboten zu werden.

Im Fall *Defrenne II*,<sup>123</sup> in dem der Gerichtshof die unmittelbare Auswirkung von Artikel 157 AEUV festgestellt hat, unterstrich der Gerichtshof den doppelten wirtschaftlichen und sozialen Zweck. Einerseits soll Artikel 157 AEUV mit Rücksicht auf den unterschiedlichen Entwicklungsstand der Sozialgesetzgebung in den einzelnen Mitgliedstaaten verhindern, dass die Unternehmen in Mitgliedstaaten, die den Grundsatz der Entgeltgleichheit tatsächlich verwirklicht haben, im innergemeinschaftlichen Wettbewerb gegenüber den Unternehmen in Staaten benachteiligt werden, welche die Lohndiskriminierung zum Nachteil der weiblichen Arbeitskräfte noch nicht beseitigt haben. Andererseits dient diese Bestimmung den sozialen Zielen der Gemeinschaft, die sich ja nicht auf eine Wirtschaftsunion beschränkt, sondern, wie die Präambel des Vertrages hervorhebt, zugleich durch gemeinsames Vorgehen den sozialen Fortschritt sichern und die ständige Besserung der Lebens- und Beschäftigungsbedingungen der europäischen Völker anstreben soll.

In *Schröder*<sup>124</sup> und in *Deutsche Post*<sup>125</sup> dehnte der Gerichtshof die gegenseitige Beziehung und die Hierarchie zwischen den wirtschaftlichen und sozialen Zielen und dem Grundsatz von gleichem Lohn für gleiche Arbeit aus Artikel 157 AEUV aus. Der Gerichtshof erinnerte daran, dass er wiederholt festgestellt habe, dass das Recht, nicht aufgrund des Geschlechts diskriminiert zu werden, eines der Grundrechte darstelle, deren Einhaltung er zu sichern habe und kam zu dem Schluss, dass der mit Artikel 157 AEUV verfolgte wirtschaftliche Zweck, der darin besteht, Wettbewerbsverzerrungen zwischen den in verschiedenen Mitgliedstaaten niedergelassenen Unternehmen zu beseitigen, gegenüber dem sozialen Ziel dieser Vorschrift, das Ausdruck eines Grundrechts ist, nachgeordnete Bedeutung habe.

Aus den nachgenannten Gründen sollte die gleiche Begründung auf den Grundsatz der Nichtdiskriminierung von prekär, nicht-standard oder atypisch Beschäftigten ausgedehnt werden.

Unter Umständen bestehen im Präzedenzrecht des EuGH hinsichtlich der atypischen bzw. prekären

---

<sup>121</sup> L'Europe sociale, réformes et solidarité / Rede von Kommissionspräsident Juncker vor dem Europäischen Gewerkschaftsverband, 13. Kongress, 29. September 2015, SPEECH/15/5741.

<sup>122</sup> *Die Kommission gegen Frankreich*, C-167/73, EU:C:1974:35.

<sup>123</sup> *Defrenne gegen Sabena*, C-43/75, EU:C:1976:56.

<sup>124</sup> *Schröder*, C-50/96, EU:C:2000:72.

<sup>125</sup> *Sievers*, C-270/97 und C-271/97, EU:C:2000:76, Absatz 57.

Arbeit gewisse Spannungen. Hier muss sich der EuGH früher oder später entscheiden, ob er das wirtschaftliche Ziel der Förderung atypischer Beschäftigung innerhalb des EU-Rechts über oder unter das in den einschlägigen Richtlinien zur Zeit- und Teilzeitarbeit, Arbeitnehmerentsendung und Leiharbeit gesetzte gesellschaftliche Ziel stellt.

Unter Rückgriff auf Präzedenzurteile des EuGH, besonders zur Ungleichbehandlung von Männern und Frauen, hat Steven Peers darauf hingewiesen, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung (bzw. Nichtdiskriminierung) von atypisch Beschäftigten Teil des in der EU geltenden allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes ist. Sowohl in der EU-Gesetzgebung als auch im Präzedenzrecht des EuGH finden sich deutliche Hinweise auf die geforderte Gleichstellung atypisch Beschäftigter hinsichtlich der auch sonst im EU-Recht geschützten Arbeitnehmerrechte und dem Recht auf Nichtdiskriminierung.<sup>126</sup>

#### *Gleichbehandlung von Beschäftigten mit befristeten Arbeitsverträgen*

Im Fall *Del Cerro Alonso* hielt der Gerichtshof fest, dass wie klar aus Paragraph 1 der Rahmenvereinbarung zu befristeten Arbeitsverträgen<sup>127</sup> hervorgehe, mit dieser Rahmenvereinbarung nicht nur das Ziel verfolgt werde, einen Rahmen zu schaffen, der den Missbrauch durch aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge oder Beschäftigungsverhältnisse verhindert, sondern auch durch Anwendung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung die Qualität befristeter Arbeitsverhältnisse verbessert.

Im Hinblick auf die Bedeutung des Gleichbehandlungs- und Nichtdiskriminierungsgrundsatzes als einem der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts verwies der Gerichtshof auf die entsprechenden Bestimmungen der Richtlinie 1999/70 und der Rahmenvereinbarung, die besagen, dass Beschäftigte mit befristeten Arbeitsverträgen nicht schlechter als vergleichbare Dauerbeschäftigte behandelt werden dürfen, es sei denn, die ungleiche Behandlung ist aus objektiven, allgemein anwendbaren Gründen gerechtfertigt, da es hier um die *Regeln des gemeinschaftlichen Sozialrechts von besonderer Bedeutung* gehe, von denen jeder Arbeitnehmer als eine Mindestschutzanforderung profitieren sollte.

In dieser Hinsicht erinnerte der Gerichtshof daran, dass gemäß Paragraph 1 Abs. a der Rahmenvereinbarung das Ziel verfolgt wird, „durch Anwendung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung die Qualität befristeter Arbeitsverhältnisse zu verbessern“. In ähnlicher Weise wird in der Präambel der Rahmenvereinbarung gesagt, dass sie „den Willen der Sozialpartner deutlich macht, einen allgemeinen Rahmen zu schaffen, der durch den Schutz vor Diskriminierung die Gleichbehandlung von Arbeitnehmern in befristeten Arbeitsverhältnissen sichert.“ Darüber hinaus geht aus dem 14. Erwägungsgrund der Richtlinie 1999/70 hervor, dass die Unterzeichnerparteien der Rahmenvereinbarung mit deren Abschluss die Qualität befristeter Arbeitsverhältnisse durch Anwendung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung verbessern und einen Rahmen schaffen wollten, der den Missbrauch durch aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge oder Beschäftigungsverhältnisse verhindert.

Der Gerichtshof kommt zu der Schlussfolgerung, dass „sich daraus ergibt, dass die Rahmenvereinbarung auf die Anwendung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung von Beschäftigten mit befristeten Arbeitsverträgen abzielt, um zu verhindern, dass ein befristetes Arbeitsverhältnis von einem Arbeitgeber benutzt wird, um diesen Arbeitnehmern Rechte vorzuenthalten, die Dauerbeschäftigten zuerkannt werden.“ Dieser Grundsatz des gemeinschaftlichen Sozialrechts kann nicht beschränkend ausgelegt werden.

Im Fall *Impact*<sup>128</sup> entschied der Gerichtshof, dass mit der Rahmenvereinbarung, insbesondere Paragraph 4, ein Ziel verfolgt werde, das den grundlegenden Zielen des ersten Absatzes von Artikel 151 AEUV sowie dem dritten Absatz der Präambel des Vertrags und Artikel 7 und dem ersten Absatz von Artikel

---

<sup>126</sup> Steve Peers Steve Peers, „Equal Treatment of Atypical Workers: A New Frontier for EU Law?“, Yearbook of European Law, (2013), Vol. 32 (1), S. 30-56.

<sup>127</sup> Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge vom 18. März 1999 („die Rahmenvereinbarung“) im Anhang der Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge (ABl. L 175, S. 43).

<sup>128</sup> *Impact*, C-268/06, EU:C:2008:223.

10 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte für ArbeitnehmerInnen (auf die sich Artikel 151 AEUV bezieht) ähnelte, die mit der Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen und dem Vorhandensein eines angemessenen sozialen Schutzes für Beschäftigte, im vorliegenden Fall für ArbeitnehmerInnen mit befristeten Arbeitsverträgen, verfolgten.

Darüber hinaus bezieht sich der erste Absatz von Artikel 151 AEUV (in dem die Ziele festgelegt werden, für die der Rat im Einklang mit Artikel 155 Abs. 2 AEUV unter Einhaltung der unter Artikel 153 AEUV fallenden Angelegenheiten Vereinbarungen umsetzen darf, die zwischen den Sozialpartnern auf Gemeinschaftsebene getroffen werden) auf die Europäische Sozialcharta, die am 18. Oktober 1961 in Turin unterzeichnet wurde, die unter Punkt 4 in Teil 1 das Recht für alle ArbeitnehmerInnen auf „ein gerechtes Arbeitsentgelt, das ihnen und ihren Familien einen angemessenen Lebensstandard sichert“, das unter den von den Vertragsparteien im Einklang mit Artikel 20, Teil III der Charta angestrebten Zielen genannt wird. Der Gerichtshof entschied angesichts dieser Ziele, dass Paragraph 4 der Rahmenvereinbarung ebenfalls als Grundsatz des gemeinschaftlichen Sozialrechts auszulegen sei, das nicht einschränkend ausgelegt werden könne.

Im Fall *Valenza*<sup>129</sup> war der Gerichtshof mit der Frage der Anwendbarkeit von Richtlinie 1999/70/EG und der Rahmenvereinbarung in Bezug auf die völlige Missachtung von unter befristeten Arbeitsverträgen zurückgelegten Dienstzeiten konfrontiert. In seinem Vorabentscheidungsersuchen führte der Consiglio di Stato aus, die in den Ausgangsverfahren in Rede stehende Regelung habe die unmittelbare Einstellung prekär Beschäftigter in Abweichung von der Regel erlaubt, dass der Zugang zum öffentlichen Dienst über ein öffentliches Auswahlverfahren erfolge, allerdings unter Einstufung in die Eingangsstufe der entsprechenden Funktionsebene und ohne Berücksichtigung des während des befristeten Arbeitsverhältnisses erreichten Dienstalters.

Die italienische Regierung schloss sich vor dem Gerichtshof der Ansicht des *Consiglio di Stato* an, der ausführt, er habe in seinem Urteil Nr. 1138 vom 23. Februar 2011 auch die Unvereinbarkeit der in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden Regelung mit der Rahmenvereinbarung ausgeschlossen, weil diese eine Schlechterstellung befristet Beschäftigter gegenüber Dauerbeschäftigten nur während eines bestehenden befristeten Arbeitsverhältnisses verbiete. Dagegen verbiete sie nicht die Beendigung des befristeten Arbeitsverhältnisses bei Ablauf der vereinbarten Frist und die anschließende Begründung eines neuen unbefristeten Arbeitsverhältnisses, bei dem das zuvor erreichte Dienstalter nicht berücksichtigt werden könne, weil es sich gerade um ein neues Arbeitsverhältnis handle. Die italienische Regierung behauptete im Wesentlichen, dass Paragraph 4 der Rahmenvereinbarung nicht anwendbar auf Situationen sei, bei denen auf einen Bewerber im Hinblick auf andere Dauerbeschäftigte unter einem Arbeitsvertrag mit unbefristeter Dauer unterschiedliche Bedingungen angewendet würden.

Der Gerichtshof wies das Argument zurück und entschied, dass der bloße Umstand, dass die Klägerinnen der Ausgangsverfahren nunmehr unbefristet beschäftigt sind, es ihnen nicht verwehre, sich unter bestimmten Umständen auf den Grundsatz der Nichtdiskriminierung in Paragraph 4 der Rahmenvereinbarung zu berufen.<sup>130</sup> Da die gegen Paragraph 4 der Rahmenvereinbarung verstoßende Diskriminierung, deren Opfer die Klägerinnen der Ausgangsverfahren sein sollten, Dienstzeiten als befristet beschäftigte Arbeitnehmerinnen betraf, sei der Umstand, dass sie mittlerweile unbefristet beschäftigt sind, unerheblich.<sup>131</sup>

Hinsichtlich der *Vergleichbarkeit der fraglichen Sachverhalte* im Hinblick auf Beschäftigte mit befristeten Arbeitsverträgen und Berufsbeamten entschied der Gerichtshof, dass, falls die von den Bewerbern im Rahmen befristeter Arbeitsverträge wahrgenommenen Aufgaben nicht den Aufgaben eines Berufsbeamten der einschlägigen Laufbahn bei dieser Behörde entsprächen, die gerügte unterschiedliche Behandlung in Bezug auf die Berücksichtigung der Dienstzeiten bei der Einstellung als Berufsbeamte nicht gegen Paragraph 4 der Rahmenvereinbarung verstoßen, da sich diese unterschiedliche Behandlung auf unterschiedliche Sachverhalte beziehe.<sup>132</sup>

---

<sup>129</sup> *Valenza u.a.*, C-302/11 bis C-305/11, EU:C:2012:646.

<sup>130</sup> *Valenza u.a.*, C-302/11 bis C-305/11, EU:C:2012:646, Absatz 34, Zitat von *Rosado Santana*, C-177/10, EU:C:2011:557, Absatz 41 und, *Huet*, C-251/11, EU:C:2012:133, Absatz 37.

<sup>131</sup> *Valenza u.a.*, C-302/11 bis C-305/11, EU:C:2012:646, Absatz 35.

<sup>132</sup> *Valenza u.a.*, C-302/11 bis C-305/11, EU:C:2012:646, Absatz 48.

### *Gleichbehandlung von Teilzeitbeschäftigten*

Die Teilzeitarbeitsrichtlinie 97/81 wurde gemäß dem Verfahren unter Artikel 154 AEUV eingeführt.<sup>133</sup> Die von den Sozialpartnern initiierten Verhandlungen mündeten am 6. Juni 1997 in eine Europäische Rahmenvereinbarung zur Teilzeitarbeit. Diese Vereinbarung wurde dann der Kommission vorgelegt und im Anschluss vom Rat verabschiedet. Die Mitgliedstaaten hatten die Aufgabe, die für die Umsetzung der Richtlinie bis spätestens 20. Januar 2000 erforderlichen Gesetze, Regelungen und Verwaltungsbestimmungen einzuführen. Diese Richtlinie ersetzte den „Gleichbehandlungsansatz“ im Hinblick auf Teilzeitarbeit durch die Anwendung der Regeln zur indirekten Diskriminierung.<sup>134</sup>

Der Aufbau von Richtlinie 97/81 weicht von dem der traditionellen Richtlinien ab. Der Hauptteil der Richtlinie befindet sich im Anhang, in dem die Rahmenvereinbarung wiedergegeben wird. Die Bestimmungen der Rahmenvereinbarung werden als „Paragrafen“ und nicht als „Artikel“ bezeichnet, was zu einer gewissen Verwirrung bei der Bezugnahme führen kann. Die ersten drei Paragrafen sind dem Zweck, Umfang und den Begriffsbestimmungen der Vereinbarung gewidmet. Paragraf 4 und 5 enthalten die materiellen Bestimmungen in Bezug auf Teilzeitarbeit. Der Schlussparagraf enthält die Umsetzungsbestimmungen der Vereinbarung.

Die Rahmenvereinbarung soll:<sup>135</sup>

- die Beseitigung von Diskriminierungen von Teilzeitbeschäftigten sicherstellen
- die Qualität der Teilzeitarbeit verbessern
- die Entwicklung der Teilzeitarbeit auf freiwilliger Basis fördern
- zu einer flexiblen Organisation der Arbeitszeit beitragen

Daher unterstrich der EuGH im Fall *Michaeler* und *Bruno u.a.*, dass diese zweifache Zielsetzung sich aus Paragraf 1 der Rahmenvereinbarung ergebe, nämlich in erster Linie der Förderung von Teilzeitarbeitsmöglichkeiten durch die Verbesserung der Qualität solcher Arbeitsmöglichkeiten und in zweiter Linie durch die Beseitigung der Diskriminierung zwischen Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigten.

<sup>136</sup> Im Fall *Bruno u.a.* sprach der EuGH die Beseitigung der Diskriminierung unter Bezugnahme auf den zweiten Absatz der Präambel der Rahmenvereinbarung an, die „den Willen der Sozialpartner deutlich macht, einen allgemeinen Rahmen zu schaffen, der durch den Schutz vor Diskriminierung die Gleichbehandlung von Arbeitnehmern in befristeten Arbeitsverhältnissen sichert.“ Dieses Ziel wird ebenfalls im Erwägungsgrund 11 in der Präambel von Richtlinie 97/81 genannt.<sup>137</sup> Der EuGH kam zu dem Schluss:

Die Rahmenvereinbarung [...] verfolgt folglich ein Ziel, das im Einklang mit den grundlegenden Zielen von Artikel 1 des Abkommens über die Sozialpolitik steht, das im ersten Absatz von Artikel [151 AEUV], dem dritten Erwägungsgrund der Präambel des AEUV und Absatz 7 und dem ersten Unterabsatz von Absatz 10 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmern genannt wird, die bei der Tagung des Europäischen Rates in Straßburg am 9. Dezember 1989 verabschiedet wurde, auf die sich die vorgenannte Bestimmung [AEUV] bezieht. Diese grundlegenden Ziele stehen im Zusammenhang mit der Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen und dem Vorhandensein eines angemessenen sozialen Schutzes für Arbeitnehmer. Sie zielen insbesondere auf die Verbesserung der Beschäftigungsbedingungen für Teilzeitbeschäftigte ab und gewährleisten, dass diese gegen Diskriminierung, wie in Erwägungsgründen 3 und 23 der Präambel zur Richtlinie 97/81 nachgewiesen, geschützt

---

<sup>133</sup> Richtlinie 97/81/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit (ABl. L 14 1998, S. 9).

<sup>134</sup> Catherine Barnard, *EU employment law*, 4. Ausgabe, 2012, S. 429.

<sup>135</sup> Paragraf 1 der Vereinbarung.

<sup>136</sup> *Michaeler u.a.*, C-55/07 und C-56/07, EU:C:2008:248, Absatz 22, *Bruno u.a.*, C-395/08 und C-396/08, EU:C:2010:329, Absatz 77.

<sup>137</sup> *Bruno u.a.*, C-395/08 und C-396/08, EU:C:2010:329, Absatz 29.

werden.<sup>138</sup>

Hinsichtlich der anderen, mit der Richtlinie verfolgten Zielsetzung der Flexibilität, befand der EuGH im Fall *Mascellani*, dass im Übrigen eine solche Regelung der Zielsetzung der Rahmenvereinbarung entspräche, die darin bestehe, zu einer flexiblen Organisation der Arbeitszeit beizutragen, die den Bedürfnissen der ArbeitgeberInnen und ArbeitnehmerInnen Rechnung trägt.<sup>139</sup>

Die Vereinbarung gilt für Teilzeitbeschäftigte, die nach den Rechtsvorschriften, Tarifverträgen oder Gepflogenheiten in dem jeweiligen Mitgliedstaat einen Arbeitsvertrag haben oder in einem Arbeitsverhältnis stehen.<sup>140</sup> Nach Anhörung der Sozialpartner gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften, den Tarifverträgen oder Gepflogenheiten können die Mitgliedstaaten und/oder die Sozialpartner auf der entsprechenden Ebene in Übereinstimmung mit den einzelstaatlichen Praktiken im Bereich der Arbeitsbeziehungen aus sachlichen Gründen Teilzeitbeschäftigte, die nur gelegentlich arbeiten, ganz oder teilweise ausschließen.<sup>141</sup>

In Paragraph 3 der Vereinbarung wird ein Teilzeitbeschäftigter als eine Person definiert, deren normale, auf Wochenbasis oder als Durchschnitt eines bis zu einem Jahr reichenden Beschäftigungszeitraumes berechnete Arbeitszeit unter der eines vergleichbaren Vollzeitbeschäftigten liegt.<sup>142</sup> Die Bezeichnung „vergleichbarer Vollzeitbeschäftigter“ bezieht sich auf einen Vollzeitbeschäftigten desselben Betriebs mit derselben Art von Arbeitsvertrag oder Beschäftigungsverhältnis, der in der gleichen oder einer ähnlichen Arbeit/Beschäftigung tätig ist, wobei auch die Betriebszugehörigkeitsdauer und die Qualifikationen/Fertigkeiten sowie andere Erwägungen heranzuziehen sind. Ist in demselben Betrieb kein vergleichbarer Vollzeitbeschäftigter vorhanden, so erfolgt der Vergleich anhand des anwendbaren Tarifvertrages oder, in Ermangelung eines solchen, gemäß den gesetzlichen oder tarifvertraglichen Bestimmungen oder den nationalen Gepflogenheiten.<sup>143</sup>

Paragraph 4 der Vereinbarung beinhaltet den Grundsatz der Nichtdiskriminierung. Er soll die Achtung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung im Hinblick auf die Beschäftigungsbedingungen von Teilzeitbeschäftigten, also den Rahmen dieser Vereinbarung gewährleisten.<sup>144</sup> Gemäß dieser Bestimmung dürfen Teilzeitbeschäftigte in ihren Beschäftigungsbedingungen nur aufgrund ihrer Teilzeitbeschäftigung gegenüber vergleichbaren Vollzeitbeschäftigten nicht schlechter behandelt werden, es sei denn, die unterschiedliche Behandlung ist aus sachlichen Gründen gerechtfertigt.

Wo angemessen gilt der Pro-rata-temporis-Grundsatz.<sup>145</sup>

Das Konzept der „sachlichen Gründe“ im Sinne von Paragraph 4 der Rahmenvereinbarung ist so zu verstehen, dass er genau bezeichnete, konkrete Umstände meint, die eine bestimmte Tätigkeit kennzeichnen und daher in diesem speziellen Zusammenhang die Verwendung aufeinanderfolgender befristeter Arbeitsverträge rechtfertigen können. Diese Umstände können sich etwa aus der besonderen Art der Aufgaben, zu deren Erfüllung diese Verträge geschlossen worden sind, und deren Wesensmerkmalen oder gegebenenfalls aus der Verfolgung eines legitimen sozialpolitischen Ziels durch einen Mitgliedstaat ergeben.<sup>146</sup>

Im Fall *Wippel* befand der EuGH, dass das in den vorgenannten Bestimmungen aufgestellte Diskriminierungsverbot nur der spezifische Ausdruck des zu den tragenden Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts zählenden allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes sei, wonach gleiche Sachverhalte nicht ungleich behandelt werden dürfen, es sei denn, eine Ungleichbehandlung ist sachlich

---

<sup>138</sup> *Bruno u.a.*, C-395/08 und C-396/08, EU:C:2010:329, Absatz 30.

<sup>139</sup> *Mascellani*, C-221/13, EU:C:2014:2286, Absatz 25.

<sup>140</sup> Paragraph 2 Abs. 1 der Vereinbarung.

<sup>141</sup> Paragraph 2 Abs. 2 der Vereinbarung.

<sup>142</sup> Paragraph 3 Abs. 1 der Vereinbarung.

<sup>143</sup> Paragraph 3 Abs. 2 der Vereinbarung.

<sup>144</sup> Siehe den dritten Absatz in der Präambel der Rahmenvereinbarung.

<sup>145</sup> Paragraph 4 Abs. 1 und Abs. 2 der Vereinbarung.

<sup>146</sup> *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols*, C-486/08, EU:C:2010:215, Absatz 43.

gerechtfertigt.<sup>147</sup> Im Fall *Bruno u.a.* befand der EuGH, dass Paragraph 4 der Rahmenvereinbarung als Ausdruck eines Grundsatzes des Sozialrechts der Union zu verstehen sei, der nicht restriktiv ausgelegt werden dürfe.<sup>148</sup> Eine Auslegung von Paragraph 4 der Rahmenvereinbarung, die finanzielle Bedingungen wie solche, die die Vergütung und die Versorgungsbezüge betreffen, vom Begriff „Beschäftigungsbedingungen“ im Sinne dieses Paragraphen ausnimmt, würde den Bereich, in dem den betroffenen Arbeitnehmern Schutz vor Diskriminierungen gewährt wird, unter Missachtung des Zwecks dieses Paragraphen einengen, indem eine auf die Natur der Beschäftigungsbedingungen gestützte Unterscheidung eingeführt wird, die der Wortlaut dieses Paragraphen in keiner Weise nahelegt.<sup>149</sup> Paragraph 4 besagt, dass eine unterschiedliche Behandlung von Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigten nicht damit gerechtfertigt werden kann, dass sie in einer allgemeinen und abstrakten Norm vorgesehen ist. Vielmehr muss nach diesem Begriff die in Rede stehende Ungleichbehandlung einem echten Bedarf entsprechen und zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet und erforderlich sein.<sup>150</sup>

Die Mitgliedstaaten müssen gewährleisten, dass der Grundsatz der Nichtdiskriminierung auch in Bezug auf die Entlohnung auf Teilzeitbeschäftigte angewendet wird, wobei gegebenenfalls gleichzeitig der Grundsatz *pro rata temporis* unter Paragraph 4 Abs. 2 der Vereinbarung zu berücksichtigen ist.<sup>151</sup> In den Fällen *Cai Cugini* und *Yangwei* befand der Gerichtshof, dass Paragraph 4 einer nationalen Regelung nicht entgegenstehe, wonach ArbeitgeberInnen zur Aufbewahrung bestimmter Aufzeichnungen verpflichtet werden, wenn feststeht, dass dies nicht zu einer Diskriminierung führt.<sup>152</sup> Im Fall *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols* befand der EuGH, dass das einschlägige Unionsrecht und insbesondere Paragraph 4 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit dahin auszulegen sei, dass es einer nationalen Bestimmung entgegenstehe, nach der bei einer Änderung des Beschäftigungsausmaßes eines Arbeitnehmers das Ausmaß des noch nicht verbrauchten Erholungsurlaubs in der Weise angepasst wird, dass der von einem Arbeitnehmer, der von einer Vollzeit- zu einer Teilzeitbeschäftigung übergeht, in der Zeit der Vollzeitbeschäftigung erworbene, aber vom Arbeitnehmer in dieser Zeit noch nicht zu verwirklichende Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub reduziert wird oder der Arbeitnehmer diesen Urlaub nur mehr mit einem geringeren Urlaubsentgelt verbrauchen kann.<sup>153</sup> Wenn ein Arbeitnehmer gemäß den Bedingungen des Arbeitsverhältnisses als Teilzeitbeschäftigter tätig ist, ist die Berechnung der Kinderzulage für ein unterhaltspflichtiges Kind nach dem *Pro Rata Temporis*-Grundsatz sachlich gerechtfertigt im Sinne von Paragraph 4.1 der Vereinbarung und angemessen im Sinne von Paragraph 4.2 derselben.<sup>154</sup>

Dieser Grundsatz unterliegt Grenzen. Im Fall *Wippel* urteilte der EuGH, dass wenn alle Arbeitsverträge eines Unternehmens die Wochenarbeitszeit und die Ausgestaltung der Arbeitszeit festlegen, diese einem Teilzeitarbeitsvertrag von ArbeitnehmerInnen desselben Unternehmens nicht entgegenstünden, wonach die Wochenarbeitszeit und die Ausgestaltung der Arbeitszeit nicht festgelegt sind, sondern sich nach den von Fall zu Fall bestimmten Erfordernissen des Arbeitsanfalls richten, wobei diese ArbeitnehmerInnen zwischen der Annahme und der Ablehnung dieser Arbeit wählen könnten.<sup>155</sup> Im Fall *Heimann und Toltschin* und *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols* hat der EuGH diese Regelung für die Gewährung des Jahresurlaubs für eine Zeit der Teilzeitbeschäftigung angewendet, da für diese Zeit die Minderung des Anspruchs auf Jahresurlaub gegenüber dem bei Vollzeitbeschäftigung

---

<sup>147</sup> *Wippel*, C-313/02, EU:C:2004:607, Absatz 56.

<sup>148</sup> *Bruno u.a.*, C-395/08 und C-396/08, EU:C:2010:329, Absatz 32.

<sup>149</sup> *Bruno u.a.*, C-395/08 und C-396/08, EU:C:2010:329, Absatz 33; die Abdeckung von Versorgungsbezügen wird bestätigt in *O'Brien*, C-393/10, EU:C:2012:110, Absatz 55; die Vereinbarung schließt jedoch eine Rente aus, „die weniger von einem Beschäftigungsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber abhängt, sondern vielmehr durch sozialpolitische Erwägungen bestimmt wird“, *Elbal Moreno*, C-385/11, EU:C:2012:746, Absatz 22; und schließt „Versorgungsbezüge aus einem System der sozialen Sicherheit“ aus, was in *Cachaldora Fernández*, C-527/13, EU:C:2015:215, Absatz 38, bestätigt wird.

<sup>150</sup> *O'Brien*, C-393/10, EU:C:2012:110, Absatz 64.

<sup>151</sup> *Bruno u.a.*, C-395/08 und C-396/08, EU:C:2010:329, Absatz 38.

<sup>152</sup> Beschlüsse *Dai Cugini*, C-151/10, EU:C:2011:223 und *Yangwei*, C-349/11, EU:C:2011:826.

<sup>153</sup> *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols*, C-486/08, EU:C:2010:215, Absatz 35, *Brandes*, C-415/12, EU:C:2013:398, Absatz 33.

<sup>154</sup> *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, C-476/12, EU:C:2014:2332, Absatz 20.

<sup>155</sup> *Wippel*, C-313/02, EU:C:2004:607, Absatz 66.

bestehenden Anspruch aus sachlichen Gründen gerechtfertigt sei.<sup>156</sup>

In Paragraph 5 der Vereinbarung werden die Möglichkeiten für Teilzeitarbeit geregelt. Gemäß Paragraph 5 sollten die Mitgliedstaaten einerseits nach Anhörung der Sozialpartner gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten Hindernisse rechtlicher oder verwaltungstechnischer, die Teilzeitarbeitsmöglichkeiten womöglich beschränkender Natur identifizieren und prüfen und sie gegebenenfalls beseitigen. Die Sozialpartner sollten andererseits innerhalb ihres Zuständigkeitsbereiches durch tarifvertraglich vorgesehene Verfahren Hindernisse identifizieren, prüfen und gegebenenfalls beseitigen, die die Teilzeitarbeitsmöglichkeiten beschränken können.<sup>157</sup> Die ArbeitgeberInnen sollten bestimmte Bedürfnisse der Beschäftigten berücksichtigen.<sup>158</sup> Gemäß Paragraph 5 Abs. 2 sollte die Ablehnung der Umwandlung seines Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer von einer Vollzeitbeschäftigung in eine Teilzeitbeschäftigung oder umgekehrt nicht als einziger Grund für seine Kündigung herangezogen werden können. Daraus folgt jedoch, wie der EuGH im Fall *Mascellani* feststellte, dass dieser Paragraph einer Regelung nicht entgegenstehe, die es dem Arbeitgeber aus derartigen Gründen ermöglicht, ohne das Einverständnis des betroffenen Arbeitnehmers die Umwandlung eines Teilzeitarbeitsverhältnisses in ein Vollzeitarbeitsverhältnis anzuordnen.<sup>159</sup>

Eine der Zielsetzungen von Paragraph 5 ist die Förderung von Teilzeitarbeit.<sup>160</sup> Deshalb steht der Paragraph einer nationalen Regelung entgegen, die verlangt, dass innerhalb von 30 Tagen ab dem Abschluss eines Teilzeitvertrags eine Ablichtung desselben an die Verwaltung übersandt wird.<sup>161</sup> Paragraph 5 gilt ebenso wenig wie Paragraph 4 für Versorgungsbezüge aus einem System der sozialen Sicherheit. Im Fall *Cachaldora Fernández* befand der EuGH, dass im Übrigen eine Auslegung des in Paragraph 5 Abs. 1 a der Rahmenvereinbarung verwendeten Ausdrucks „Hindernis rechtlicher Natur“, nach der die Mitgliedstaaten gezwungen wären, außerhalb des Bereichs der Beschäftigungsbedingungen Maßnahmen in Zusammenhang mit einer Rente wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden zu erlassen, darauf hinauslaufen würden, ihnen Verpflichtungen im Bereich der allgemeinen Sozialpolitik aufzuerlegen, die Maßnahmen betreffen, die nicht in den Anwendungsbereich der Rahmenvereinbarung fallen.<sup>162</sup>

Das „entscheidende Merkmal“ der Richtlinie ist, dass Teilzeitbeschäftigte nicht länger im Hinblick auf indirekte Diskriminierung ihren Fall darlegen müssen.<sup>163</sup> Dennoch darf nicht vergessen werden, dass direkte Diskriminierung sachlich gerechtfertigt sein kann. Es ist festzuhalten, dass zwar einige Präzedenzfälle zu Paragraph 4 der Vereinbarung vorliegen, jedoch weitaus weniger zu Paragraph 5 vorhanden sind. Dies könnte darauf zurückzuführen sein, dass Paragraph 5 eher eine Aufforderung zur Beseitigung von Hindernissen als eine tatsächliche Verpflichtung dazu darstellt.<sup>164</sup> Es ist ebenso fraglich, ob Paragraph 5 der Vereinbarung tatsächlich ein einklagbares Recht auf Teilzeitarbeit schafft.<sup>165</sup>

Schließlich werden in Paragraph 6 der Vereinbarungen die Bestimmungen zur Durchführung der Vereinbarung festgelegt. In dieser Hinsicht ist als wichtigste die Festlegung eines Mindestschutzniveaus festzuhalten.<sup>166</sup> Diese Vereinbarung gilt unbeschadet spezifischer Gemeinschaftsbestimmungen, insbesondere der Gemeinschaftsbestimmungen zur Gleichbehandlung und Chancengleichheit von Männern und Frauen.<sup>167</sup>

---

<sup>156</sup> *Heimann und Toltschin*, C-229/11 und C-230/11, EU:C:2012:693, Absatz 34, *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols*, C-486/08, EU:C:2010:215, Absatz 33 und 34.

<sup>157</sup> Paragraph 5 Abs. 1 a und b der Vereinbarung.

<sup>158</sup> Paragraph 5 Abs. 3 der Vereinbarung.

<sup>159</sup> *Mascellani*, C-221/13, EU:C:2014:2286, Absatz 24.

<sup>160</sup> *Mascellani*, C-221/13, EU:C:2014:2286, Absatz 23.

<sup>161</sup> *Michaeler u.a.*, C-55/07 und C-56/07, EU:C:2008:248, Absatz 30. Bestätigt in den Beschlüssen *Dai Cugini*, C-151/10, EU:C:2011:223 und *Yangwei*, C-349/11, EU:C:2011:826.

<sup>162</sup> *Cachaldora Fernández*, C-527/13, EU:C:2015:215, Absatz 39.

<sup>163</sup> Catherine Barnard, *EU employment law*, 4. Ausgabe, 2012, S. 436.

<sup>164</sup> Catherine Barnard, *EU employment law*, 4. Ausgabe, 2012, S. 437.

<sup>165</sup> Philippa Watson, *EU Social and employment law*, 2009, S. 280.

<sup>166</sup> Paragraph 6 Abs. 1 der Vereinbarung.

<sup>167</sup> Paragraph 6 Abs. 4 der Vereinbarung.

### *Gleichbehandlung von LeiharbeiterInnen*

Die Leiharbeitsrichtlinie gilt für Beschäftigte, die mit einem Leiharbeitsunternehmen einen Arbeitsvertrag geschlossen haben oder ein Beschäftigungsverhältnis eingegangen sind und die entleihenden Unternehmen zur Verfügung gestellt werden, um vorübergehend unter deren Aufsicht und Leitung zu arbeiten.<sup>168</sup> Die Richtlinie gilt für öffentliche und private Unternehmen, bei denen es sich um Leiharbeitsunternehmen oder entleihende Unternehmen handelt, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, unabhängig davon, ob sie Erwerbszwecke verfolgen oder nicht.<sup>169</sup> Die Mitgliedstaaten können nach Anhörung der Sozialpartner vorsehen, dass diese Richtlinie nicht für Arbeitsverträge oder Beschäftigungsverhältnisse gilt, die im Rahmen eines spezifischen öffentlichen oder von öffentlichen Stellen geförderten beruflichen Ausbildungs-, Eingliederungs- und Umschulungsprogramms geschlossen wurden.<sup>170</sup>

Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck<sup>171</sup>

- a) „Arbeitnehmer“ eine Person, die in dem betreffenden Mitgliedstaat nach dem nationalen Arbeitsrecht als Arbeitnehmer geschützt ist;
- b) „Leiharbeitsunternehmen“ eine natürliche oder juristische Person, die nach einzelstaatlichem Recht mit Leiharbeitnehmern Arbeitsverträge schließt oder Beschäftigungsverhältnisse eingeht, um sie entleihenden Unternehmen zu überlassen, damit sie dort unter deren Aufsicht und Leitung vorübergehend arbeiten;
- c) „Leiharbeiter“ einen Arbeitnehmer, der mit einem Leiharbeitsunternehmen einen Arbeitsvertrag geschlossen hat oder ein Beschäftigungsverhältnis eingegangen ist, um einem entleihenden Unternehmen überlassen zu werden und dort unter dessen Aufsicht und Leitung vorübergehend zu arbeiten;
- d) „entleihendes Unternehmen“ eine natürliche oder juristische Person, in deren Auftrag und unter deren Aufsicht und Leitung ein Leiharbeiter vorübergehend arbeitet;
- e) „Überlassung“ den Zeitraum, während dessen der Leiharbeiter dem entleihenden Unternehmen zur Verfügung gestellt wird, um dort unter dessen Aufsicht und Leitung vorübergehend zu arbeiten;

Gemäß Artikel 3 Abs. 2 der Leiharbeitsrichtlinie lässt diese Richtlinie das *nationale Recht* in Bezug auf die Begriffsbestimmungen von „Arbeitsentgelt“, „Arbeitsvertrag“, „Beschäftigungsverhältnis“ oder „Arbeitnehmer“ unberührt. Zudem dürfen die Mitgliedstaaten ArbeitnehmerInnen, Arbeitsverträge oder Beschäftigungsverhältnisse nicht lediglich deshalb aus dem Anwendungsbereich dieser Richtlinie ausschließen, weil sie Teilzeitbeschäftigte, befristet Beschäftigte oder Personen sind bzw. betreffen, die mit einem Leiharbeitsunternehmen einen Arbeitsvertrag geschlossen haben oder ein Beschäftigungsverhältnis eingegangen sind.

Im Fall *Della Rocca*<sup>172</sup> hob der Gerichtshof das doppelte Beschäftigungsverhältnis eines Leiharbeiters hervor mit den Worten „die Überlassung von Leiharbeitnehmern ist ein komplexes und spezifisches arbeitsrechtliches Konstrukt, das, wie sich aus den vorstehenden Randnrn. 32 und 37 ergibt, ein doppeltes Arbeitsverhältnis zwischen einerseits dem Leiharbeitsunternehmen und dem Leiharbeiter und andererseits dem Leiharbeiter und dem entleihenden Unternehmen sowie ein Überlassungsverhältnis zwischen dem Leiharbeitsunternehmen und dem entleihenden Unternehmen einschließt. Die Rahmenvereinbarung enthält aber keine Bestimmung, die diese spezifischen Aspekte behandelt.“<sup>173</sup>

Der EuGH hat das Konzept von Leiharbeit ebenfalls im Zusammenhang mit der Anwendung der

---

<sup>168</sup> Artikel 1 der Leiharbeitsrichtlinie.

<sup>169</sup> Artikel 1 Abs. 2 der Leiharbeitsrichtlinie.

<sup>170</sup> Artikel 1 Abs. 3 der Leiharbeitsrichtlinie.

<sup>171</sup> Artikel 3 der Leiharbeitsrichtlinie.

<sup>172</sup> *Della Rocca*, C-290/12, EU:C:2013:235, Absatz 42.

<sup>173</sup> *Della Rocca*, Absatz 40.

<sup>174</sup> *Vicophus u.a.*, C-307/09, C-308/09 und C-309/09, EU: C. 2011:64.

Entsenderichtlinie definiert. Im Fall *Vicoplus* führte der Gerichtshof aus, dass:<sup>174</sup>

Die Entsendung von Arbeitnehmern im Sinne des Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71 ist eine gegen Entgelt erbrachte Dienstleistung, bei der der entsandte Arbeitnehmer im Dienst des die Dienstleistung erbringenden Unternehmens bleibt, ohne dass ein Arbeitsvertrag mit dem verwendenden Unternehmen geschlossen würde. Ihr wesentliches Merkmal besteht darin, dass der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung des erbringenden Unternehmens ist und dass der Arbeitnehmer seine Aufgaben unter der Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens wahrnimmt.

Diese Definition wurde im Fall *Martin Meat*<sup>175</sup> erweitert, wo der Gerichtshof hinzufügte, dass:

Für die Feststellung, ob ein Vertragsverhältnis wie das im Ausgangsverfahren in Rede stehende als Arbeitskräfteüberlassung im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen einzustufen ist, ist jeder Anhaltspunkt dafür zu berücksichtigen, ob der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat den eigentlichen Gegenstand der Dienstleistung, auf den sich dieses Vertragsverhältnis bezieht, darstellt oder nicht. Einen Hinweis darauf, dass ein solcher Wechsel nicht der eigentliche Gegenstand der betreffenden Dienstleistung ist, stellen grundsätzlich u. a. der Umstand dar, dass der Dienstleistungserbringer die Folgen der nicht vertragsgemäßen Ausführung der vertraglich vereinbarten Leistung trägt, sowie der Umstand, dass es dem Dienstleistungserbringer freisteht, die Zahl der Arbeitnehmer zu bestimmen, deren Entsendung in den Aufnahmemitgliedstaat er für sachgerecht hält. Hingegen erlaubt der Umstand, dass das Unternehmen, dem die betreffende Leistung zugutekommt, kontrolliert, ob diese vertragsgemäß ist, oder allgemeine Anweisungen an die Arbeitnehmer des Dienstleistungserbringers erteilen kann, als solcher nicht die Schlussfolgerung, dass eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt.

Diese weiteren Feststellungen zur Definition von Leiharbeit werden auch für künftige Auslegungen der Leiharbeitsrichtlinie von Bedeutung sein.

Da die ursprünglichen Grundsätze der Freizügigkeit im EU-Vertrag sich auf das Verbot der ungleichen Behandlung aufgrund der *Staatsangehörigkeit* und das Fehlen von Rechtsvorschriften bezogen, hat sich das Präzedenzrecht des EuGH hinsichtlich Leiharbeit um das Verbot der Beschränkung der Erbringung von Dienstleistungen entwickelt. Deshalb stellte der EuGH bereits zu einem frühen Zeitpunkt im Fall *Webb* fest, dass die Entsendung von Leiharbeitern eine Dienstleistung im Sinne von Artikel 57 AEUV darstellt.<sup>176</sup> Der Gerichtshof fügte jedoch hinzu, dass Artikel 57 es einem Mitgliedstaat nicht verbiete einen in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Erbringer von Dienstleistungen, der diese Tätigkeit in seinem Hoheitsgebiet ausübt, zur Erfüllung nationaler Genehmigungsvorschriften zu verpflichten, unter der Voraussetzung, dass bei der Prüfung der Anträge auf Genehmigung und bei der Genehmigungserteilung in keiner Weise nach der Staatsangehörigkeit unterschieden wird und wenn außerdem die Nachweise und Sicherheiten berücksichtigt werden, die der Leistungserbringer bereits für die Ausübung seiner Tätigkeit im Mitgliedstaat der Niederlassung beigebracht hat.<sup>177</sup>

---

<sup>175</sup> *Martin Meat*, C-586/13, EU:C:2015:405.

<sup>176</sup> *Webb*, C-279/80, EU:C:1981:314, „Wenn die Tätigkeit darin besteht, dass ein Unternehmen anderen entgeltlich Arbeitnehmer, die im Dienst dieses Unternehmens bleiben, zur Verfügung stellt, ohne dass ein Arbeitsvertrag mit den Entleihungsunternehmen geschlossen wird, stellt eine Berufstätigkeit dar, die die in Artikel 60 Absatz 1 niedergelegten Voraussetzungen erfüllt. Sie ist daher als Dienstleistung im Sinne dieser Vorschrift anzusehen.“

<sup>177</sup> Artikel 59 EWG-Vertrag verbietet es einem Mitgliedstaat, der Arbeitnehmerüberlassungsunternehmen einer Genehmigungspflicht unterwirft, nicht, einen in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Erbringer von Dienstleistungen, der diese Tätigkeit in seinem Hoheitsgebiet ausübt, zur Erfüllung dieser Voraussetzung zu verpflichten, selbst wenn der Leistungserbringer über eine vom Staat der Niederlassung erteilte Genehmigung verfügt; dies gilt jedoch nur, wenn der Mitgliedstaat, in dem die Leistung erbracht werden soll, bei der Prüfung

Rund 20 Jahre später bestätigte der EuGH, dass für die Anwendung von Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 in der durch die Verordnung (EWG) Nr. 2001/83 des Rates vom 2. Juni 1983 kodifizierten Fassung zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ein Zeitarbeitsunternehmen, das von einem Mitgliedstaat aus Unternehmen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats tätig sind, Arbeitnehmer zur Verfügung stellt, seine Geschäftstätigkeit gewöhnlich im Mitgliedstaat seiner Betriebsstätte ausübt, wenn es üblicherweise nennenswerte Tätigkeiten in diesem Staat verrichtet.<sup>178</sup> Dies bedeutet, dass Leiharbeiter, die in andere Mitgliedstaaten entsandt werden, weiterhin unter die sozialen Regelungen des Mitgliedstaates fallen, aus dem sie entsandt wurden und nicht unter die des aufnehmenden Mitgliedstaates.

2002 hatte der EuGH erneut Gelegenheit, seinen Standpunkt hinsichtlich nationaler Beschränkungen bei der Erbringung von Leiharbeit auszuführen. Der Gerichtshof befand, dass die Italienische Republik dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus den Artikeln 49 EU und 56 EU verstoßen habe, dass sie vorschreibt, dass in anderen Mitgliedstaaten ansässige Zeitarbeitsunternehmen ihren Sitz oder eine Zweigniederlassung im Inland errichten und eine Sicherheit in Höhe von 700 Millionen ITL bei einem Kreditinstitut mit Sitz oder Niederlassung im Inland stellen müssen.<sup>179</sup>

Im Einklang damit konstatierte der EuGH 2014, dass Art. 56 AEUV einer Regelung entgegenstehe, nach der Gesellschaften mit Sitz in einem ersten Mitgliedstaat, die bei Zeitarbeitsunternehmen mit Sitz in einem zweiten Mitgliedstaat und Zweigniederlassung im erstgenannten Staat beschäftigte und von diesem entsandte ArbeitnehmerInnen einsetzen, verpflichtet sind, eine Vorauszahlung auf die von diesen ArbeitnehmerInnen geschuldete Einkommensteuer an der Quelle einzubehalten und an den erstgenannten Staat abzuführen, während diese Verpflichtung für Gesellschaften mit Sitz in dem erstgenannten Staat nicht vorgesehen ist, wenn sie die Dienste von Zeitarbeitsunternehmen mit Sitz in diesem Staat in Anspruch nehmen.<sup>180</sup>

In diesem Zusammenhang entkräftete der Gerichtshof das Argument, dass insbesondere im Hinblick auf die internationale Rekrutierung von Arbeitskräften zahlreiche Fälle der Steuerflucht und Steuerumgehung aufgetreten wären, welche die Forderung zum Einbehalt von Steuern rechtfertigten. Der Gerichtshof brachte vor:

56 Der Gerichtshof hat jedoch klargestellt, dass eine allgemeine Annahme, dass es zu Steuerhinterziehungen oder -umgehungen kommen werde, eine steuerliche Maßnahme, die die Ziele des EG-Vertrags beeinträchtigt, nicht rechtfertigen kann (siehe hierzu *Centro di Musicologia Walter Stauffer*, C-386/04, EU:C:2006:568, Absatz 61; *Die Kommission gegen Belgien*, EU:C:2006:702, Absatz 35; und *Die Kommission gegen Spanien*, C-153/08, EU:C:2009:618, Absatz 39).

57 Zum einen sind jedoch die Behauptungen der Tschechischen Republik über das Vorliegen zahlreicher Fälle von Steuerhinterziehung und Steuerflucht bei der internationalen Überlassung von Arbeitskräften sehr vage geblieben, insbesondere in Bezug auf die spezielle Situation der in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Zeitarbeitsunternehmen, die über eine in der Tschechischen Republik registrierte Zweigniederlassung verfügen.

58 Zum anderen erscheint es aufgrund des Umstands, dass sich die in der Rechtssache C-80/13 betroffene Zweigniederlassung um die Verwaltungsvorgänge gekümmert hat, die die Vornahme und das Abführen der in diesem Ausgangsverfahren in Rede stehenden Einbehaltung ermöglichen, zweifelhaft, ob eine solche allgemeine Vermutung zutrifft.

---

der Anträge auf Genehmigung und bei der Genehmigungserteilung in keiner Weise nach der Staatsangehörigkeit oder dem Niederlassungsort des Leistungserbringers unterscheidet und wenn er außerdem die Nachweise und Sicherheiten berücksichtigt, die der Leistungserbringer bereits für die Ausübung seiner Tätigkeit im Mitgliedstaat der Niederlassung beigebracht hat.

<sup>178</sup> *FTS*, C-202/97, EU:C:2000:75.

<sup>179</sup> *Die Kommission gegen Italien*, C-279/00, EU:C:2002:89.

<sup>180</sup> *Strojírny Prostějov und ACO Industries Tábor*, C-53/13, EU:C:2014:2011.

59 Unter diesen Umständen kann die Anwendung der in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden Einbehaltung nicht dadurch gerechtfertigt werden, dass sie zur Verhinderung von Steuerhinterziehung und Steuerflucht erforderlich ist.

Der Gerichtshof hat also bestätigt, dass Leiharbeit ein Wirtschaftssektor wie jeder andere ist und keiner besonderen Beschränkungen hinsichtlich internationaler Beziehungen bedarf. Daher sind alle nationalen Rechtsvorschriften über Zeitarbeitsunternehmen in der gleichen Weise auf nationale und andere EU-Unternehmen anzuwenden.

#### *Die Leiharbeitsrichtlinie*

Mit der Leiharbeitsrichtlinie wird, wie in Artikel 2 ausgeführt, das doppelte Ziel verfolgt:

- für den Schutz der LeiharbeiterInnen zu sorgen und die Qualität der Leiharbeit zu verbessern, indem die Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von LeiharbeiterInnen gemäß Artikel 5 gesichert wird und
- die Leiharbeitsunternehmen als Arbeitgeber anerkannt werden, wobei zu berücksichtigen ist, dass ein angemessener Rahmen für den Einsatz von Leiharbeit festgelegt werden muss, um wirksam zur Schaffung von Arbeitsplätzen und zur Entwicklung flexibler Arbeitsformen beizutragen.

Zusätzlich zu den Problemen im Zusammenhang mit sehr unterschiedlichen nationalen Regelungen im Sektor und der Ausbalancierung des Bedarfs moderner Unternehmen an flexiblen Arbeitskräften und dem Schutz von LeiharbeiterInnen fällt die Leiharbeitsrichtlinie ebenfalls direkt unter die Probleme in Bezug auf die arbeitsrechtlichen Bestimmungen, d.h. ob der Schutz von ArbeitnehmerInnen durch Rechtsvorschriften oder durch Tarifverträge oder sonstige Abkommen der Sozialpartner umgesetzt werden sollte.

Die Richtlinie lässt eine Reihe von Abweichungen von ihren Grundregeln zu. So behandelt der Artikel 5 den Grundsatz der *Gleichbehandlung*, wonach die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der LeiharbeiterInnen während der Dauer ihrer Überlassung an ein entleihendes Unternehmen mindestens denjenigen entsprechen, die für sie gelten würden, wenn sie von jenem Unternehmen unmittelbar für den gleichen Arbeitsplatz eingestellt worden wären. Dieser Grundsatz kann den folgenden Ausnahmen unterliegen:

- Artikel 5 Abs. 2: In Bezug auf das *Arbeitsentgelt* können die Mitgliedstaaten nach Anhörung der Sozialpartner die Möglichkeit vorsehen, dass vom Grundsatz des Absatzes 1 abgewichen wird, wenn LeiharbeiterInnen, die einen unbefristeten Vertrag mit dem Leiharbeitsunternehmen abgeschlossen haben, auch in der Zeit zwischen den Überlassungen bezahlt werden.
- Artikel 5 Abs. 3: Die Mitgliedstaaten können nach Anhörung der Sozialpartner diesen die Möglichkeit einräumen, auf der geeigneten Ebene und nach Maßgabe der von den Mitgliedstaaten festgelegten Bedingungen Tarifverträge aufrechtzuerhalten oder zu schließen, die unter Achtung des Gesamtschutzes von LeiharbeiterInnen Regelungen in Bezug auf die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von LeiharbeiterInnen enthalten können, welche von den in Absatz 1 aufgeführten Regelungen abweichen können.
- Artikel 5 Abs. 4: Sofern LeiharbeiterInnen ein angemessenes Schutzniveau gewährt wird, können Mitgliedstaaten, in denen es entweder kein gesetzliches System, durch das Tarifverträge allgemeine Gültigkeit erlangen, oder kein gesetzliches System bzw. keine Gepflogenheiten zur Ausweitung von deren Bestimmungen auf alle vergleichbaren Unternehmen in einem bestimmten Sektor oder bestimmten geografischen Gebiet gibt, — nach Anhörung der Sozialpartner auf nationaler Ebene und auf der Grundlage einer von ihnen geschlossenen Vereinbarung — Regelungen in Bezug auf die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von LeiharbeiterInnen festlegen, die vom Grundsatz des Absatzes 1 abweichen. Zu diesen Regelungen kann auch eine Wartezeit für Gleichbehandlung zählen.

In unseren Augen sind die durch Absatz 3 und 4 ermöglichten Abweichungen insbesondere für den Schutz von LeiharbeiterInnen entscheidend, wenn sich die Sozialpartner nicht auf ein hohes und ernsthaftes Schutzniveau einigen.

Zusätzlich zu dem Grundsatz der Gleichbehandlung von LeiharbeiterInnen wird in Artikel 6 der Richtlinie über den *Zugang zu Beschäftigung, Gemeinschaftseinrichtungen und beruflicher Bildung* vorgeschrieben, dass LeiharbeiterInnen über die im entleihenden Unternehmen offenen Stellen zu unterrichten sind, damit sie die gleichen Chancen auf einen unbefristeten Arbeitsplatz haben wie die übrigen ArbeitnehmerInnen dieses Unternehmens.

Gemäß Artikel 6 Abs. 2 ergreifen Mitgliedstaaten Maßnahmen zur tatsächlichen oder möglichen Nichtigerklärung von Klauseln, die den Abschluss eines Arbeitsvertrags oder die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses zwischen dem entleihenden Unternehmen und dem Leiharbeiter nach Beendigung seines Einsatzes verbieten oder auf ihre Verhinderung hinauslaufen. Dieser Absatz lässt die Bestimmungen unberührt, aufgrund deren Leiharbeitsunternehmen für die dem entleihenden Unternehmen erbrachten Dienstleistungen in Bezug auf Überlassung, Einstellung und Ausbildung von Leiharbeitern einen Ausgleich in angemessener Höhe erhalten. Gemäß Artikel 6 Abs. 3 dürfen Leiharbeitsunternehmen von den ArbeitnehmerInnen kein Entgelt im Gegenzug zur Überlassung an ein entleihendes Unternehmen oder für den Fall verlangen, dass ArbeitnehmerInnen nach beendigter Überlassung mit dem betreffenden entleihenden Unternehmen einen Arbeitsvertrag abschließen oder ein Beschäftigungsverhältnis eingehen.

Zudem haben LeiharbeiterInnen in dem entleihenden Unternehmen zu den gleichen Bedingungen wie die unmittelbar von dem Unternehmen beschäftigten ArbeitnehmerInnen Zugang zu den Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten, insbesondere zur Gemeinschaftsverpflegung, zu Kinderbetreuungseinrichtungen und zu Beförderungsmitteln, es sei denn, eine unterschiedliche Behandlung ist aus objektiven Gründen gerechtfertigt.

Schließlich besagt Artikel 6 Abs. 5, dass die Mitgliedstaaten die geeigneten Maßnahmen treffen oder den Dialog zwischen den Sozialpartnern nach ihren nationalen Traditionen und Gepflogenheiten fördern mit dem Ziel,

- (a) den Zugang der LeiharbeiterInnen zu Fort- und Weiterbildungsangeboten und Kinderbetreuungseinrichtungen in den Leiharbeitsunternehmen – auch in der Zeit zwischen den Überlassungen – zu verbessern, um deren berufliche Entwicklung und Beschäftigungsfähigkeit zu fördern;
- (b) den Zugang der LeiharbeiterInnen zu den Fort- und Weiterbildungsangeboten für die ArbeitnehmerInnen der entleihenden Unternehmen zu verbessern.

Artikel 7 der Richtlinie besagt zur *Vertretung der Leiharbeiter*, dass LeiharbeiterInnen unter den von den Mitgliedstaaten festgelegten Bedingungen im Leiharbeitsunternehmen bei der Berechnung des Schwellenwertes für die Einrichtung der Arbeitnehmervertretungen zu berücksichtigen sind, die nach Gemeinschafts- und innerstaatlichem Recht oder in den Tarifverträgen vorgesehen sind.

Gemäß Artikel 7 Abs. 2 können die Mitgliedstaaten unter den von ihnen festgelegten Bedingungen vorsehen, dass LeiharbeiterInnen im entleihenden Unternehmen bei der Berechnung des Schwellenwertes für die Einrichtung der nach Gemeinschafts- und innerstaatlichem Recht oder in den Tarifverträgen vorgesehenen Arbeitnehmervertretungen im gleichen Maße berücksichtigt werden wie ArbeitnehmerInnen, die das entleihende Unternehmen für die gleiche Dauer unmittelbar beschäftigen würde. Die Mitgliedstaaten, die die Option nach Absatz 2 in Anspruch nehmen, sind nicht verpflichtet, Absatz 1 umzusetzen.

Gemäß Artikel 8 der Richtlinie zur *Unterrichtung der Arbeitnehmervertreter* hat das entleihende Unternehmen den gemäß einzelstaatlichem und gemeinschaftlichem Recht eingesetzten Arbeitnehmervertretungen im Zuge der Unterrichtung über die Beschäftigungslage in dem Unternehmen angemessene Informationen über den Einsatz von LeiharbeiterInnen in dem Unternehmen vorzulegen.

Bisher war der EuGH nur in einem Fall mit der Auslegung der Leiharbeitsrichtlinie befasst. Hierbei handelt es sich um den Fall *AKT*,<sup>181</sup> der sich ausschließlich auf das Ausmaß einer möglichen Harmonisierung der Bedingungen für Leiharbeitsunternehmen erstreckte und nicht auf den Schutz von

---

<sup>181</sup> *AKT*, C-533/13, EU:C:2015:173.

LeiharbeiterInnen. Das sehr kurze Urteil des Gerichtshofes besagt, dass Artikel 4 der Richtlinie dahin auszulegen ist,

- dass er nur an die zuständigen Behörden des Mitgliedstaats gerichtet ist, indem ihnen eine Überprüfungsverpflichtung auferlegt wird, damit sie sicherstellen, dass etwaige Verbote und Einschränkungen des Einsatzes von Leiharbeit gerechtfertigt sind, und
- dass er daher die nationalen Gerichte nicht verpflichtet, alle Bestimmungen des nationalen Rechts unangewendet zu lassen, die Verbote oder Einschränkungen des Einsatzes von Leiharbeit enthalten, die nicht aus Gründen des Allgemeininteresses im Sinne von Art. 4 Abs. 1 gerechtfertigt sind.

#### *Gleichbehandlung von entsandten ArbeitnehmerInnen*

Artikel 56 AEUV fordert die Beseitigung jeder Diskriminierung des in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Dienstleistenden aufgrund seiner Staatsangehörigkeit sowie die Aufhebung aller Beschränkungen, sofern sie geeignet sind, die Tätigkeiten des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.<sup>182</sup>

Wie im Fall der Niederlassungsfreiheit bedeutet diese weit gefasste Definition, dass vermutlich viele verschiedene Arten von Maßnahmen unter Artikel 56 AEUV fallen und sogar Maßnahmen, die nicht unmittelbar zur Regulierung der Erbringung von Dienstleistungen gedacht sind.

Artikel 52 AEUV bezieht sich sowohl auf die Niederlassung als auch die Erbringung von Dienstleistungen und folglich sind die Mitgliedstaaten berechtigt, aus Gründen der öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Gesundheit Beschränkungen zu rechtfertigen, die direkt diskriminierende Maßnahmen umfassen. Für Maßnahmen, die keine unmittelbar diskriminierende Auswirkung haben, d.h. die nicht aufgrund der Staatsangehörigkeit diskriminieren, hat der Gerichtshof das übergeordnete Ziel des öffentlichen Interesses in seinem Präzedenzrecht identifiziert, das ebenfalls Beschränkungen rechtfertigen kann.

Alle Maßnahmen, die gerechtfertigt werden können, haben noch stets verhältnismäßig zu sein, um im Einklang mit Artikel 56 AEUV zu stehen.

Aus dem Urteil des Gerichtshofes im Fall *Rush Portuguesa*<sup>183</sup> ergibt sich, dass die Dienstleistungsfreiheit das Recht auf einen zeitlich befristeten Einsatz seiner ArbeitnehmerInnen in einem anderen Mitgliedstaat einschließt. Das EU-Recht untersagt ihren Mitgliedstaaten nicht die Anwendung einer nationalen Regelung auf gegebenenfalls zeitlich befristet in einem anderen Mitgliedstaat, ansässige Dienstleistende.<sup>184</sup> Solche Rechte müssen jedoch mit EU-Recht im Einklang stehen. Dies kann zu Konflikten zwischen den Interessen von einheimischen ArbeitnehmerInnen und dem Dienstleister führen. Für einen ausländischen Dienstleister kann die Erfüllung von zwei Arten von Regeln sehr umständlich sein und den Dienstleister davon abhalten, seine oder ihre Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat zu erbringen. Gleichzeitig haben einheimische Dienstleistende und ArbeitnehmerInnen ein legitimes Interesse an der Bewahrung der Bedingungen auf ihrem Arbeitsmarkt. In der EU-Rechtsetzung wurde der Versuch unternommen, dieses Problem mit der Verabschiedung der Entsenderichtlinie in Angriff zu nehmen und der Gerichtshof konnte in zahlreichen Fällen aufzeigen, wie ein Mittelweg zwischen Dienstleistungsfreiheit und dem Schutz der Arbeitnehmerrechte gemäß Artikel 56 AEUV gefunden werden kann.

Im Fall *Finalarte*<sup>185</sup> entschied der Gerichtshof über die Vereinbarkeit von deutschem Recht mit Artikel 56 AEUV in einem Fall, wo in einem anderen Mitgliedstaat ansässige Arbeitgeber, die Arbeitnehmer im Baugewerbe nach Deutschland entsandt hatten und von der Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft aufgefordert worden waren, zur Finanzierung der

---

<sup>182</sup> Unter anderem *Finalarte u.a.*, C-49/98, C-50/98, C-52/98 bis C-54/98 und C-68/98 bis C-71/98, EU:C:2001:564, Absatz 28 und das dort zitierte Präzedenzrecht.

<sup>183</sup> *Rush Portuguesa*, C-113/89, EU:C:1990:142.

<sup>184</sup> *Seco gegen EVI*, Verbundene Rechtssachen C-62/81 und 63/81, EU:C:1982:34 und *Portugaia Construções*, C-164/99, EU:C:2002:40.

<sup>185</sup> *Finalarte u.a.*, C-49/98, C-50/98, C-52/98 bis C-54/98 und C-68/98 bis C-71/98, EU:C:2001:564.

Urlaubsansprüche der Arbeitnehmer Beiträge zu leisten. Der Gerichtshof befand, dass diese Regelungen eine Beschränkung darstellten und trug vor, dass diese Maßnahmen nicht durch Ziele wie den Schutz der inländischen Unternehmen zu rechtfertigen seien. Dienten die Regelungen jedoch dem Schutz der entsandten Arbeitnehmer, so könnte dies eine legitime Rechtfertigung darstellen. Ähnlich wie im Fall *Inasti* urteilte der Gerichtshof, dass Regelungen, die ArbeitnehmerInnen eine Leistung verleihen sollen, einen *echten* Nutzen für die ArbeitnehmerInnen darstellen und *maßgeblich* zu ihrem sozialen Schutz beizutragen haben. Er trug vor, dass das nationale Gericht die administrativen und wirtschaftlichen Belastungen, die diese Regelungen bedeutete, gegen den höheren sozialen Schutz der Arbeitnehmer im Vergleich zu dem ihnen gesetzlich in den Mitgliedstaaten ihrer Herkunft gewährleisteten Schutz abzuwägen habe.

Im Fall *Bundesdruckerei*<sup>186</sup> befand der Gerichtshof, dass in einer Situation, in der ein Bieter beabsichtigt, einen öffentlichen Auftrag ausschließlich durch Inanspruchnahme von ArbeitnehmerInnen auszuführen, die bei einem Nachunternehmer mit Sitz in einem anderen als dem Mitgliedstaat des öffentlichen Auftraggebers beschäftigt sind, Art. 56 AEUV der Anwendung von Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats des öffentlichen Auftraggebers entgegenstünden, die den Nachunternehmer verpflichten, den genannten ArbeitnehmerInnen ein mit diesen Rechtsvorschriften festgelegtes Mindestentgelt zu zahlen.

Vieles im Präzedenzrecht des Gerichtshofes zur Frage der Ausbalancierung der Interessen von einheimischen ArbeitnehmerInnen und Dienstleistern betrifft die Entsenderichtlinie. Im Fall *Laval*<sup>187</sup> hatte ein lettisches Bauunternehmen, das mit den lettischen Gewerkschaften Tarifverträge abgeschlossen hatte, Bauarbeiten in Schweden auszuführen. Keiner seiner ArbeitnehmerInnen war Mitglied einer schwedischen Gewerkschaft. Die schwedischen Gewerkschaften nahmen mit Laval Verhandlungen mit dem Ziel des Abschlusses von Tarifverträgen auf, die u.a. die Zusicherung bestimmter Lohnsätze vorsahen. Diese Verhandlungen scheiterten und die schwedischen Gewerkschaften unternahmen kollektive Maßnahmen in Form einer Blockade der Bauarbeiten und dem Verbot für lettische ArbeitnehmerInnen, die Baustelle zu betreten. Laval brachte den Fall vor das schwedische Arbeitsgericht, das sich in mehreren Fragen auf den EuGH bezog.

Generalanwalt Mengozzi kommt in seinen Schlussanträgen zu dem Schluss, dass die Entsenderichtlinie und Artikel 56 AEUV nicht dahingehend auszulegen seien, dass sie Gewerkschaften von kollektiven Maßnahmen abhalten sollen, einen ausländischen Dienstleister zur Zusicherung eines Lohnsatzes im Einklang mit einem einheimischen Tarifvertrag zu bringen, sofern die kollektiven Maßnahmen Zielen von öffentlichem Interesse entsprechen und nicht unverhältnismäßig sind. Der Generalanwalt urteilte, dass bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der kollektiven Maßnahmen das nationale Gericht nicht zu berücksichtigen habe, ob die betreffenden Bedingungen zu einem tatsächlichen Vorteil führen, der in bedeutendem Maße zum sozialen Schutz von entsandten Arbeitnehmern beiträgt und nicht durch identische oder im Wesentlichen vergleichbare Verpflichtungen gewährleistet wird, denen das Unternehmen bereits im Mitgliedstaat seiner Niederlassung unterliegt.<sup>188</sup>

Der Gerichtshof bemerkte, dass die Entsenderichtlinie nicht die Inhalte der Eingriffsrechte für den in der Richtlinie genannten Mindestschutz harmonisiert habe. Dies lag deshalb bei den Mitgliedstaaten. In Schweden ist die Festsetzung von Lohnsätzen den Parteien auf dem Arbeitsmarkt anvertraut worden. Wie im Fall *Viking* bestätigte der Gerichtshof, dass das Recht auf kollektive Maßnahmen ein Grundrecht sei. Er bestätigte auch, dass der Schutz der ArbeitnehmerInnen ein Rechtfertigungsgrund sei. Während jedoch die Mitgliedstaaten berechtigt sind, von Unternehmungen die Einhaltung nationaler Regelungen zu einem Mindestentgelt einzuhalten – wie in der Entsenderichtlinie vorgeschrieben – können kollektive Maßnahmen nicht unter Bezugnahme auf den Schutz der ArbeitnehmerInnen unternommen werden, wenn die nationalen Rechtsvorschriften keinerlei Bestimmungen zu einem Mindestentgelt enthalten. Solche kollektiven Maßnahmen waren deshalb nicht mit Artikel 56 AEUV vereinbar.

*Gleichbehandlung von WanderarbeiterInnen aus Drittländern.*

---

<sup>186</sup> *Bundesdruckerei*, C-549/13, EU:C:2014:2235.

<sup>187</sup> *Laval un Partneri*, C-341/05, EU:C:2007:809.

<sup>188</sup> Schlussanträge des Generalanwalts Mengozzi in *Laval un Partneri*, C-341/05, EU:C:2007:291.

WanderarbeiterInnen aus Drittländern sind all jene ArbeitnehmerInnen, die nicht die Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaates besitzen. Aufgrund von Ungleichheiten auf den Arbeitsmärkten und bei den Lebensstandards zwischen den EU-Staaten und vielen Drittländern und dem relativen Mangel an Sicherheit für die meisten Drittstaatsangehörigen, sich ständig in der EU niederlassen zu können, konnten viele ArbeitnehmerInnen aus Drittländern von Arbeitgebern als billige und leicht verzichtbare Arbeitskräfte angesehen werden. Dies setzt nicht nur ArbeitnehmerInnen aus Drittländern einem besonderen Risiko der Ausbeutung aus. Es führt wahrscheinlich auch zu einer Verschlechterung der europäischen Arbeitsnormen, da Arbeitgeber versuchen Kosten zu drücken, um wettbewerbsfähig zu bleiben und so eine Abwärtsspirale zum Nachteil von ArbeitnehmerInnen mit EU-Staatsangehörigkeit fördern.

WanderarbeiterInnen aus Drittländern kommen nicht in den Genuss des Vertragsrechts auf Freizügigkeit innerhalb der EU. Also entgeht ihnen nicht nur das Vertragsrecht auf den Zugang zum EU-Arbeitsmarkt, sondern auch auf das sich aus Artikel 45 AEUV ergebende Recht auf *Gleichbehandlung* bei Aufnahme einer Tätigkeit in einem EU-Mitgliedstaat. Auch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union als solche schafft für ArbeitnehmerInnen aus Drittländern kein einklagbares Recht auf den Zugang zum EU-Arbeitsmarkt zu den gleichen Bedingungen wie EU-Staatsangehörige.<sup>189</sup> Während Artikel 15 Abs. 3 der Charta<sup>190</sup> eine Verpflichtung beinhaltet, sicherzustellen, dass Drittstaatsangehörige, die im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten arbeiten dürfen, Anspruch auf Arbeitsbedingungen haben, die denen der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger entsprechen, entspricht dies eher einer eingeschränkten als einer absoluten Verpflichtung (Artikel 52 Abs. 1 der Charta), die sich in erster Linie an die Organe und Einrichtungen der Union richtet (Artikel 51 Abs. 1 der Charta), denen Artikel 153 AEUV verdeutlicht, dass Rechtsvorschriften mit Mindeststandards zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen schrittweise einzuführen sind. Jede Verpflichtung gemäß Artikel 15 Abs. 3 der Charta gilt für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Umsetzung von Unionsrecht (Artikel 51 Abs. 1 der Charta). Die Rechte von Drittstaatsangehörigen auf den Zugang zum EU-Arbeitsmarkt und ihre Rechte innerhalb dieses Arbeitsmarktes als ArbeitnehmerInnen leiten sich folglich im Wesentlichen von sekundären EU-Rechtsvorschriften ab.

Im Hinblick auf den *Zugang* zum Hoheitsgebiet und dem Arbeitsmarkt als Ausgangspunkt unter internationalem Recht obliegt es jedem Mitgliedstaat zu bestimmen, welchem Drittstaat er das Recht auf Einreise und Zugang zu seinem Arbeitsmarkt gewährt. Die EU hat jedoch mit der Verabschiedung von drei Arten von Rechtsvorschriften wesentliche Rechte für den Zugang zum EU-Hoheitsgebiet und seinem Arbeitsmarkt geregelt. Zunächst hat die EU das verabschiedet, was als reines Einwanderungsrecht (nicht in erster Linie mit Arbeitsmarktfragen befasst) bezeichnet werden kann, mit dem z.B. das Recht von Flüchtlingen und anderen Personen, die Anspruch auf internationalen Schutz haben<sup>191</sup> oder bestimmten ihrer Familienmitglieder<sup>192</sup> geregelt wird, sich in der EU aufzuhalten oder einzureisen und dort zu arbeiten.

In zweiter Linie hat die EU in jüngster Zeit schrittweise eine Reihe von Richtlinien verabschiedet, die sich spezifisch mit der Einreise in die EU (für begrenzte Zeiträume) zum Zweck der Aufnahme einer

---

<sup>189</sup> Während Artikel 15 Abs. 1 der Charta besagt „Jede Person hat das Recht, zu arbeiten und einen frei gewählten oder angenommenen Beruf auszuüben“, kann dies nicht möglicherweise ein Recht für die gesamte globale Bevölkerung beinhalten, eigens in die EU zu kommen und dort zu arbeiten.

<sup>190</sup> „Die Staatsangehörigen dritter Länder, die im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten arbeiten dürfen, haben Anspruch auf Arbeitsbedingungen, die denen der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger entsprechen.“

<sup>191</sup> Richtlinie 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (ABl. L 337 2004, S. 9). In Großbritannien und Irland gilt die vorherige Version dieser Richtlinie (Richtlinie des Rates 2004/83/EC vom 29. April 2004) über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (ABl. L 304 2004, S. 12; Berichtigungen ABl. L 204 2005, S. 24 und ABl. L 278 2011, S. 13). Die Richtlinien gelten nicht in Dänemark

<sup>192</sup> Richtlinie des Rates 2003/86/EG vom 22. September 2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung (ABl. L 251 2003, S. 12) (gilt nicht in Großbritannien, Irland und Dänemark).

Beschäftigung befassen: insbesondere die EU-Richtlinie zur Blauen Karte 2009/50/EG<sup>193</sup> (über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zur Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung, welche die Mitgliedstaaten bis zum 19. Juni 2011 umzusetzen hatten), der Saisonarbeiterrichtlinie 2014/36/EU (die von den Mitgliedstaaten bis zum 30. September 2016 umzusetzen ist) und der Richtlinie 2014/66/EU (über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen im Rahmen eines unternehmensinternen Transfers, die von den Mitgliedstaaten bis zum 29. November 2016 umzusetzen ist). Durch die Festlegung von Bedingungen für die Gewährung oder Ablehnung von Aufenthalt und Arbeitsgenehmigungen für jede der betroffenen Klassen von Drittstaatsbewerbern (z.B. im Falle vom hochqualifizierten ArbeitnehmerInnen, die eine Blaue Karte beantragen, ein Mindestentgelt von mindestens 1,5 Mal dem Bruttojahresgehalt im fraglichen Mitgliedstaat, von Staat zu Staat zu bestimmen), wird mit diesen Richtlinien der Versuch unternommen, einen Grad von *ex ante*-Regulierung von Mindestarbeitsbedingungen zu gewährleisten, zu denen die Drittstaatsangehörigen berechtigt sind, wenn sie eine Arbeit in der EU aufnehmen.

Die EU hat drittens die Richtlinie 2003/109/EG betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen verabschiedet. Zusammengefasst bestimmt diese Richtlinie, dass verschiedene Klassen von Drittstaatsangehörigen berechtigt sind, den gesicherten langfristigen Aufenthaltsstatus in diesem Mitgliedstaat (Artikel 4) zu beantragen, wenn sie sich für einen Zeitraum von fünf Jahren rechtmäßig und ununterbrochen in einem Mitgliedstaat aufhalten. Dies gilt auch für Aufenthalte aufgrund einer befristeten Aufenthaltsgenehmigung, solange diese nicht für eine naturgemäß zeitlich befristete Tätigkeit erteilt wurde und solange die nationalen Rechtsvorschriften den Drittstaatsangehörigen zur Verlängerung dieser befristeten Aufenthaltsgenehmigung berechtigten oder sich für einen dauerhaften Aufenthalt in diesem Staat qualifizieren (Artikel 4) (Fall C-502/10 *Singh*<sup>194</sup>). Dies wiederum räumt ein Aufenthaltsrecht und ein Recht auf unbefristete Tätigkeit in diesem Mitgliedstaat ein. Die Richtlinie legt ebenfalls einen Mechanismus fest, mit dem der Drittstaatsangehörige, der bereits einen langfristigen Aufenthaltsstatus in einem gegebenen Mitgliedstaat erlangt hat, diesen in einen anderen Mitgliedstaat übertragen kann (und auch die Bedingungen, unter denen der langfristige Aufenthaltsstatus insgesamt verloren werden kann).

Im Hinblick auf die *Arbeitsbedingungen* für Drittstaatsangehörige, die aus eigener Kraft Arbeit in der EU gefunden haben, wurde kürzlich Bezug genommen auf die Tatsache, dass in Artikel 153 AEUV „Bedingungen für die Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen, die sich rechtmäßig in der Union aufhalten“ als ein gesonderter Bereich für die Rechtsetzung aufgeführt werden z. B. in Bezug auf „Arbeitsbedingungen“ und „insbesondere die Verbesserung der Arbeitsumgebung zum Schutz von Sicherheit und Gesundheit der ArbeitnehmerInnen“. Es wurde argumentiert, dies bedeute, dass die EU-Rechtsvorschriften, mit denen letztere verbessert werden soll, überhaupt nicht für Drittstaatsangehörige gelten (sofern die fraglichen Rechtsvorschriften dies nicht spezifisch besagen). Der Gerichtshof hat einer solchen Auslegung jedoch widersprochen. Im Fall C-311/13 *Tümer*<sup>195</sup> entschied der EuGH, dass die Richtlinie 80/987/EWG über den Schutz der ArbeitnehmerInnen bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers nicht nur auf Drittstaatsangehörige anzuwenden sei, die sich rechtmäßig in einem gegebenen Mitgliedstaat aufhalten, sondern sogar auf Drittstaatsangehörige, die ohne Rechtsgrundlage gemäß den nationalen Rechtsvorschriften in einem gegebenen Mitgliedstaat anwesend sind – solange der Drittstaatsangehörige gemäß den fraglichen nationalen Rechtsvorschriften den Status eines „Arbeitnehmers“ mit einem Anspruch auf Arbeitsentgelt hat, der einer Aktion gegen seinen oder ihren Arbeitgeber vor den nationalen Gerichten unterliegen kann. Im Fall *Tümer* hatte Generalanwalt Bot im Wesentlichen argumentiert, dass die EU-Rechtsvorschriften, die auf eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen für ArbeitnehmerInnen abzielen und die nicht spezifisch Drittstaatsangehörige von ihrem Geltungsbereich ausschließen, auch für Drittstaatsangehörige gelten, die sich rechtmäßig in der EU aufhalten; und, in Abhängigkeit von der mit den fraglichen Rechtsvorschriften verfolgten Absicht, sogar auf Drittstaatsangehörige angewendet werden *können*, die kein Aufenthaltsrecht in einem Mitgliedstaat haben. Eine ähnliche Argumentation sollte für andere *themenspezifische* EU-

---

<sup>193</sup> Richtlinie des Rates 2009/50/EG vom 25. Mai 2009 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zur Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung (ABl. L 155 2009, S. 17).

<sup>194</sup> *Singh*, C-502/10, EU:C:2012:636.

<sup>195</sup> *Tümer*, C-311/13, EU:C:2014:2337,

Arbeitsmarktrichtlinien (z.B. zur Arbeitszeit) angewendet werden. Also sollte mit Ausnahme des Falles, wo Drittstaatsangehörige ausdrücklich ausgeschlossen werden (oder die Mitgliedstaaten zu einem solchen Ausschluss berechtigt sind), die gemäß diesen Richtlinien geforderten Mindeststandards zumindest auf Drittstaatsangehörige angewendet werden, die sich rechtmäßig in einem gegebenen Mitgliedstaat aufhalten und die die Kriterien für den Status als „ArbeitnehmerInnen“ oder „Beschäftigte“ gemäß dem nationalen (Zivil)recht erfüllen.

Die Position dürfte im Hinblick auf das Recht auf Gleichbehandlung eine andere sein. In Ermangelung einer *Vertragsgrundlage*, welche die Mitgliedstaaten zur Gleichbehandlung von Drittstaatsangehörigen mit EU-Staatsangehörigen (oder Staatsangehörigen aus einem spezifischen Mitgliedstaat, in dem sie arbeiten) verpflichtet, liegt die Vermutung nahe, dass ein solches Recht auf Gleichbehandlung nur in Rechtsvorschriften zu finden ist, die sich *ausdrücklich* auf Drittstaatsangehörige beziehen. Der EU-Gesetzgeber hat sich seinerseits bewogen gefühlt, spezifische Bestimmungen zur Gleichbehandlung der maßgeblichen Klasse von Drittstaatsangehörigen in seine Rechtsvorschriften aufzunehmen, die konkret deren Rechte in Bezug auf Einreise und Aufenthalt in einem bestimmten EU-Mitgliedstaat regeln. Mit einigen Abweichungen besagt der allgemeine Tenor z. B. in der Richtlinie zur Blauen Karte, der Saisonarbeiterrichtlinie und der Richtlinie zu Drittstaatsangehörigen im Rahmen eines unternehmensinternen Transfers, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind zu gewährleisten, dass Drittstaatsangehörige mit einer Einreisegenehmigung in einen Mitgliedstaat im Einklang mit dieser Richtlinie das Recht auf Gleichbehandlung mit den Staatsangehörigen des Mitgliedstaates genießen, welcher die fragliche Aufenthalts-/Arbeitsgenehmigung erteilt, also im Hinblick auf verschiedene Angelegenheiten wie etwa die Arbeitsbedingungen (einschließlich Entgelt und Entlassung sowie Gesundheit und Sicherheit), Vereinigungsfreiheit und Gewerkschaftsbeitritt und bestimmte Pensionsansprüche nach dem Verlassen der EU. Je nach Richtlinie kann eine solche Gleichbehandlung sogar auf Fragen wie allgemeine und berufliche Bildung und soziale Sicherheit ausgedehnt werden (obgleich die Voraussetzung zur Erlangung dieser Rechte eingeräumt werden kann).

In der üblicherweise als Richtlinie über die kombinierte Aufenthaltserlaubnis bezeichneten Richtlinie (deren vollständige Bezeichnung jedoch verdeutlicht, dass sie nicht nur mit der Vereinheitlichung formaler Verfahren zur Gewährung oder Ablehnung von Aufenthalts- und Arbeitsgenehmigungen für Drittstaatsangehörige innerhalb der EU befasst ist, sondern ebenfalls mit der Festlegung eines „gemeinsamen Bündels von Rechten für Drittstaatsarbeitnehmer, die sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten“) hat der EU-Gesetzgeber jetzt im Wesentlichen ein ähnliches Recht auf Gleichbehandlung auf *alle* DrittstaatsarbeitnehmerInnen ausgedehnt, die nicht bereits unter die anderen genannten Richtlinien fallen (mit Ausnahme von Au Pairs, entsandten ArbeitnehmerInnen, selbstständig erwerbstätigen Personen und Seeleuten, die ihren Tätigkeiten an Bord eines Schiffes nachgehen, das in einem Mitgliedstaat registriert oder unter dessen Fahne unterwegs ist). Dies gilt unter der Voraussetzung, dass sie im Einklang mit Unions- oder einzelstaatlichen Rechtsvorschriften für bestimmte Zwecke wie etwa Beschäftigungszwecke in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates zugelassen wurden und sich dort rechtmäßig aufhalten und über eine Arbeitsgenehmigung im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses mit Entgelt in diesem Mitgliedstaat im Einklang mit einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder Verfahren verfügen. Die Bestimmungen unter Artikel 12 der Richtlinie über die kombinierte Aufenthaltserlaubnis dehnen das Recht auf Gleichbehandlung auf die allgemeine und berufliche Bildung, die Zweige der sozialen Sicherheit und weitere Angelegenheiten aus (obschon auf einer qualifizierbaren Grundlage).

Die Einführung des Rechts auf Gleichbehandlung für DrittstaatsarbeitnehmerInnen unter diesen Richtlinien sollte als bedeutender Fortschritt gewertet werden. Dennoch bleiben immer noch Fragezeichen, Lücken und einige Auslegungsprobleme bestehen, und zwar ganz unabhängig von der Ungewissheit, die durch die Macht der Mitgliedstaaten entsteht, gleiche Rechte für DrittstaatsarbeitnehmerInnen in vielerlei Hinsicht näher zu bestimmen. Zunächst im Hinblick auf die Abdeckung: Großbritannien, Irland und Dänemark haben von ihrem Opt-out-Recht in Bezug auf die Richtlinie zur Blauen Karte, die Saisonarbeiterrichtlinie, die Richtlinie über den unternehmensinternen Transfer, die Richtlinie über langfristige Aufenthaltsberechtigte und die Richtlinie über die kombinierte Aufenthaltserlaubnis Gebrauch gemacht.

Zweitens kann die Verbindung des Rechts auf Gleichbehandlung unter der Richtlinie über die

kombinierte Aufenthaltserlaubnis mit rechtmäßigem *Aufenthalt in und Zulassung* zu einem bestimmten Mitgliedstaat Fragen hinsichtlich der Anwendung dieser Rechte auf insbesondere mobile ArbeitnehmerInnen offen lassen. Der Gerichtshof hat verdeutlicht, dass für die Mitgliedstaaten zur Definition der Umstände, unter denen Drittstaatsangehörige als „sich (anders als beispielsweise zu Besuchszwecken) aufhaltend“ im fraglichen Mitgliedstaat (siehe *Singh* vorstehend) als Ausgangspunkt anzusehen sind außerdem bestimmte Kategorien von mobilen ArbeitnehmerInnen gibt (z. B. Flugzeugbesatzung), die sich zu bestimmten Zwecken, wenn nicht in die gesamte EU, doch zumindest in die Mitgliedstaaten innerhalb des Schengener Raums begeben dürfen, auch ohne dafür ein Visum oder eine formale Zulassungsentscheidung zu benötigen.<sup>196</sup> Je nach Auslegung der Richtlinie könnte argumentiert werden, dass beispielsweise bestimmte mobile ArbeitnehmerInnen aus Drittländern der Ansicht sein können, dass sie sich in einem Mitgliedstaat weder „aufhalten“ noch dazu „zugelassen“ werden, um so ein Recht auf Gleichbehandlung mit den Staatsangehörigen dieses Staates zu erlangen. Dies, selbst wenn der fragliche mobile Arbeitnehmer rechtmäßig viel oder alle seine Zeit in der EU verbringt, wenn er dort mobil unterwegs ist und viel oder alle seine Zeit dort verbringt, wenn er sich nicht mobil in einem bestimmten EU-Mitgliedstaat aufhält. Während es zu hoffen ist, dass der Gerichtshof eine weit gefasste und zweckgebundene Auslegung der Richtlinie annehmen würde (wie z. B. mit der Entscheidung, dass die Richtlinie über insolvente Arbeitgeber sogar für bestimmte sich unrechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhaltende DrittstaatarbeitnehmerInnen gilt<sup>197</sup> und mit der Entscheidung über die Bestimmungen für den Erhalt des langfristigen Aufenthaltsstatus<sup>198</sup>), ist es zurzeit nicht klar, wie der Gerichtshof diese Bestimmungen der Richtlinie auslegen würde: Die Umsetzungsfrist für die Richtlinie über die kombinierte Aufenthaltserlaubnis datiert aus jüngerer Zeit (25. Dezember 2013) und bisher wurden an den Gerichtshof noch keine Fragen zu ihrer Auslegung herangetragen.

Schließlich ist der Wert des unter diesen Richtlinien zu gewährenden Rechts auf Gleichbehandlung in der Praxis durch den Mangel an klaren Bestimmungen in Bezug auf Mindeststandards, Rechte oder Verfahren zur *Durchsetzung* beschränkt. In Ermangelung dieser verfügen die Mitgliedstaaten nach Maßgabe von zwei Bedingungen über Verfahrensautonomie hinsichtlich ihrer Entscheidung, welche Gerichtshöfe oder Gerichte zuständig sind für die Ausübung der nach der Gemeinschaftsordnung verliehenen Rechte und die Festlegung der verfahrensrechtlichen Bedingungen, die zu ihrer Durchsetzung erforderlich sind (z. B. Ausschlussfristen, Beweisregeln, Bedingungen für den Erhalt von Schadenersatz, Ausmaß der Berechtigung auf Rückerstattung usw.). Diese beiden Bedingungen besagen, dass diese jedoch nicht ungünstiger sein dürfen als diejenigen, die gleichartige Sachverhalte innerstaatlicher Art regeln (Äquivalenzprinzip) und die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren dürfen (Effektivitätsprinzip).<sup>199</sup> Ein Drittstaatsangehöriger, der dabei auf sich gestellt ist, sich vor einem lokalen Gericht eines Mitgliedstaates auf allgemeine EU-Effektivitäts- und Äquivalenzprinzipien zu berufen, um sein oder ihr Recht auf Gleichbehandlung gemäß sekundären EU-Vorschriften sicherzustellen, wird sich vermutlich in einer weitaus prekäreren Lage befinden als wenn er oder sie die Möglichkeit hätte, auf ein bestimmtes Rechtsmittel oder eine Mindestverfahrensgarantie verweisen zu können, die sich aus der Richtlinie ergibt und anschließend in nationales Recht umgesetzt wurde. Darüber hinaus ergibt sich aus der Möglichkeit, auf das Effektivitäts- und Äquivalenzprinzip zu vertrauen nicht die Harmonisierung von Durchsetzungsmechanismen, Verfahren oder Rechtsmitteln für Vertragsbrüche zwischen den Mitgliedstaaten.

---

<sup>196</sup> Siehe z.B. Anhang VII Punkt 2 der Verordnung (EG) Nr. 562/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex). Siehe ebenfalls Artikel 4 Abs. 1 b der Verordnung des Rates (EG) Nr. 539/2001 vom 15. März 2001 zur Aufstellung der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige beim Überschreiten der Außengrenzen im Besitz eines Visums sein müssen, sowie der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige von dieser Visumpflicht befreit sind.

<sup>197</sup> *Tümer*, wie vorstehend zitiert.

<sup>198</sup> *Singh*, C-502/10, EU:C:2012:636.

<sup>199</sup> Siehe z.B. Artikel 19 Abs. 1 EUV, *Rewe-Zentralfinanz und Rewe-Zentral*, 33/76, EU:C:1976:188; *Comet*, 45/76, EU:C:1976:191; und den Fall *Levez*, C-326/96, EU:C:1998:577.

### *Sachliche Gründe für Abweichungen vom Gleichbehandlungsgrundsatz*

Wenn ArbeitnehmerInnen auf ungleiche Art behandelt werden, kann der Arbeitgeber dies rechtfertigen, wenn die ungleiche Behandlung sich aus sachlichen Gründen ergibt. Catherine Barnard hat diese Abweichung von Gleichbehandlungsgrundsatz analysiert.<sup>200</sup> Laut Barnard ist diese Abweichung für die ArbeitgeberInnen von großer Bedeutung. Sie wird zunehmend vom EuGH benutzt, wenn es sich um indirekte Diskriminierung handelt und allgemeiner, wenn der EuGH das Prinzip von Lohngleichheit ohne Berücksichtigung von Diskriminierungsfragen anwendet.<sup>201</sup>

Im Fall *Enderby* und *JämO*<sup>202</sup> hat der EuGH festgestellt, dass der Arbeitgeber beim ersten Anschein einer Diskriminierung nachzuweisen hat, dass es sachliche Gründe für den festgestellten Unterschied beim Entgelt gibt. Den ArbeitnehmerInnen stünden nämlich keine Mittel zur Verfügung, um die Einhaltung des Grundsatzes des gleichen Entgelts bei den nationalen Gerichten durchzusetzen, wenn das Vorbringen von Tatsachen, die den ersten Anschein einer Diskriminierung begründen, nicht dazu führen würde, dass dem Arbeitgeber der Nachweis auferlegt wird, dass der Unterschied im Entgelt in Wirklichkeit nichtdiskriminierend ist.

Barnard identifiziert drei Faktoren, die zur Begründung von ungleichem Entgelt vorgebracht werden können. Hierbei handelt es sich um persönliche Faktoren, Marktkräfte und Tarifverhandlungen. Als zulässige sachliche Gründe für persönliche Faktoren gelten die Dauer der Betriebszugehörigkeit, Ausbildung, Produktivität, die Qualität der geleisteten Arbeit, der Unterschied zwischen unbefristet Beschäftigten und freigestellten MitarbeiterInnen und Fälle, in denen besser entlohnte Beschäftigte auf schlechter entlohnenden Positionen ihr ursprüngliches Entgelt erhalten. Der EuGH hat ebenfalls die Bedürfnisse der Marktkräfte wie etwa wirtschaftliche Bedürfnisse des Staates oder von Unternehmungen anerkannt. Für den Staat hat der EuGH den Ansporn zur Einstellung als legitime Unterstützung von Sozialpolitik anerkannt. In Bezug auf Unternehmungen hat der EuGH akzeptiert, dass Vollzeitbeschäftigte besser entlohnt werden als Teilzeitbeschäftigte, um Vollzeitbeschäftigung zu fördern und dazu anzuspornen, dass einige Kandidaten einen höheren Lohn erhalten, wenn der Markt Anzeichen dafür aufweist, dass solche Arbeitnehmer knapp sind. Der EuGH hat jedoch ArbeitgeberInnen abgewiesen, die Teilzeitbeschäftigten aus dem einfachen Grund weniger Lohn zahlen, weil sie Teilzeit arbeiten und akzeptiert keine Diskriminierung auf Grund dessen, dass Nichtdiskriminierung mehr kosten würde. Es ist ebenfalls unzulässig für den Staat zu argumentieren, dass öffentliche Einrichtungen keine übermäßigen Kosten tragen sollten.

Im Hinblick auf Tarifverhandlungen hat der EuGH zwei Urteile von Belang gefällt. Zusammengefasst ergibt sich aus den Urteilen *Enderby*, *Prigge*, *Hennigs* und *Kenny*, dass die Sozialpartner den Gleichbehandlungsgrundsatz zu respektieren haben. Im Fall *Dansk Industri* befand der EuGH jedoch, dass die Tatsache, dass Lohnsätze bei Tarifverhandlungen oder durch Verhandlungen auf lokaler Ebene festgelegt worden waren, von dem nationalen Gericht berücksichtigt werden dürfe als Faktor bei seiner Einschätzung, ob es Unterschiede zwischen dem Durchschnittslohn von zwei Gruppen von ArbeitnehmerInnen gab, die aufgrund sachlicher Faktoren ohne Zusammenhang mit Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vorlagen.

Barnard hat drei Kontrollebenen ermittelt, die der EuGH in Fragen zur sachlichen Begründung von Ungleichbehandlung anwendet. Sie hat eine Staffelung der Intensität festgestellt. Zunächst gibt es einen strengen Test für indirekte Diskriminierung durch den Arbeitgeber. Dann gibt es einen schwächeren Test für diskriminierende Arbeitsgesetzgebung. Zu guter Letzt gibt es einen weiteren Bewertungsspielraum für Sozialgesetzgebung.<sup>203</sup> Das bedeutet, dass „Arbeitgeber nicht auf den nachsichtigeren Test der Rechtfertigungsgründe, die dem Staat zur Verfügung stehen, bauen können.“<sup>204</sup>

Verhältnismäßigkeit ist immer ein Bestandteil des Tests zur sachlichen Begründung gewesen. Eine Maßnahme, die den Anspruch erhebt, sachlich begründet zu sein, muss geeignet oder angemessen zur

---

<sup>200</sup> Catherine Barnard, *EU Employment Law*, 4. Ausgabe, Oxford University Press, 2012, S. 317.

<sup>201</sup> Catherine Barnard, *EU Employment Law*, 4. Ausgabe, Oxford University Press, 2012, S. 317.

<sup>202</sup> *JämO*, C-236/98, EU:C:2000:173, Absatz 53; *Enderby*, C-127/92, EU:C:1993:859, Absatz 18.

<sup>203</sup> Catherine Barnard, *EU Employment Law*, 4. Ausgabe, Oxford University Press, 2012, S. 322.

<sup>204</sup> Catherine Barnard, *EU Employment Law*, 4. Ausgabe, Oxford University Press, 2012, S. 326.

Erreichung der verfolgten Ziele sein und darf nicht über das Notwendige zur Erreichung der angestrebten Ziele hinausgehen.<sup>205</sup>

---

<sup>205</sup> Catherine Barnard, *EU Employment Law*, 4. Ausgabe, Oxford University Press, 2012, S. 326.

## VII – FAZIT: DER GLEICHBEHANDLUNGSGRUNDSATZ UND DER GRUNDSATZ VON GLEICHEM LOHN FÜR GLEICHWERTIGE ARBEIT SOLLTEN GRUNDSTEINE EINER EUROPÄISCHEN GEWERKSCHAFTSSTRATEGIE GEGEN PREKÄRE BESCHÄFTIGUNG SEIN

Die europäische Gewerkschaftsbewegung sollte Präsident Junckers Vorschlag in Frage stellen, dass der Grundsatz von gleichem Lohn für gleiche Arbeit oder gleichwertige Arbeit in dem angekündigten Legislativpaket zwangsläufig auf ArbeitnehmerInnen *am gleichen Arbeitsplatz* beschränkt werden sollte.

Laut Generalanwalt Spuznar in seinen Schlussanträgen im Fall *AKT* geht „die Rechtsprechung der Europäischen Union im Bereich der Arbeitsgesetzgebung von der grundlegenden Prämisse aus, dass der unbefristete Vertrag die Vertragsform ist, zu der Arbeitsverhältnisse grundsätzlich führen sollen.“<sup>206</sup> Während verfügbare Statistiken zu befristeten Arbeitsverhältnissen, Teilzeitarbeit, Leiharbeit und der Entsendung von Arbeitskräften insbesondere im Hinblick auf die Beschäftigung von jungen Menschen und die Schaffung neuer Arbeitsplätze diese grundlegende theoretische Prämisse herauszufordern scheinen, empfiehlt es sich immer noch, den „vergleichbaren Dauerbeschäftigten“ als maßgebliche Vergleichsgröße heranzuziehen, ob die Anforderungen an die Gleichbehandlung erfüllt wurden.

ArbeitnehmerInnen mit befristeten Arbeitsverträgen, Teilzeitbeschäftigte, LeiharbeiterInnen, entsandte ArbeitnehmerInnen und sonstige prekär Beschäftigte in atypischen Beschäftigungsverhältnissen wie ArbeiternehmerInnen mit Null-Stunden-Verträgen und ähnlichen Vereinbarungen, Scheinselbstständige, junge Menschen, die im Rahmen von Ausbildung und Praktika in den Arbeitsmarkt eintreten sowie inländische WanderarbeiterInnen sollten deshalb in Ermangelung von sachlichen Gründen nicht weniger gut als ein „vergleichbarer Dauerbeschäftigter“ behandelt werden, ungeachtet dessen, ob es einen „vergleichbaren Dauerbeschäftigten“ am fraglichen Arbeitsplatz gibt oder nicht.

Ein „vergleichbarer Dauerbeschäftigter“ wurde effektiv bereits in Paragraph 3 Abs. 2 der Rahmenvereinbarung zu befristeten Beschäftigungsverhältnissen<sup>207</sup> definiert als „ein Arbeitnehmer desselben Betriebs mit einem unbefristeten Arbeitsvertrag oder -verhältnis, der in der gleichen oder einer ähnlichen Arbeit/Beschäftigung tätig ist, wobei auch die Qualifikationen/Fertigkeiten angemessen zu berücksichtigen sind. Ist in demselben Betrieb kein vergleichbarer Dauerbeschäftigter vorhanden, erfolgt der Vergleich anhand des anwendbaren Tarifvertrags oder in Ermangelung eines solchen gemäß den einzelstaatlichen gesetzlichen oder tarifvertraglichen Bestimmungen oder Gepflogenheiten.“

Der im aufnehmenden Mitgliedsstaat für Teilzeitbeschäftigte geltende „vergleichbare Dauerbeschäftigte“ sollte deshalb auch als maßgebliche Bezugsgröße für ArbeitnehmerInnen mit befristeten Arbeitsverträgen, LeiharbeiterInnen, überlassene ArbeitnehmerInnen und sonstige Beschäftigte in prekären oder atypischen Arbeitsverhältnissen zum Beispiel mit Null-Stunden- und ähnlichen Verträgen, Scheinselbstständige, junge Neubeschäftigte in der Berufsausbildung oder im Praktikum sowie inländische WanderarbeiterInnen benutzt werden.

An dieser Stelle sollte die europäische Gewerkschaftsbewegung hervorheben, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung und des gleichen Lohns für gleiche bzw. gleichwertige Arbeit *als solcher* für alle Beschäftigten gilt, also nicht nur in Bezug auf WanderarbeiterInnen innerhalb der EU oder auf männliche bzw. weibliche Beschäftigte. Damit ist er nicht nur ein „Grundsatz des gemeinschaftlichen Sozialrechts von besonderer Bedeutung“, sondern *Ausdruck eines grundlegenden Menschenrechts*, der vom Grundsatz der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung abstammt.

Darüber hinaus kann sich, wie bereits umfassend und überzeugend von Valerio De Stefano argumentiert, die Auslegung von kollektiven Rechten als grundlegenden Menschenrechten zweifellos als vorteilhaft für prekär, atypisch oder Nichtstandard-Beschäftigte erweisen. Bei der Neubewertung der

---

<sup>206</sup> Zitiert nach Erwägungsgrund 15 aus der Präambel der Richtlinie 2008/104 und Absatz 7 der allgemeinen Erwägungen in der Rahmenvereinbarung, die mit der Richtlinie 1999/70 des Rates und den Schlussanträgen von Generalanwalt Jääskinen im Fall *Jansen*, C-313/10, EU:C:2011:593, Absatz 57.

<sup>207</sup> Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, geschlossen am 18. März 1999 („die Rahmenvereinbarung“), die im Anhang der Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge dargelegt wird. (ABl. L 175 1999, S. 43).

Beschränkungen des Rechts auf Tarifverhandlungen und Streik sollte diesen besondere Beachtung geschenkt werden, um der wachsenden Anzahl von atypischen Arbeitskräften gerecht zu werden.<sup>208</sup>

---

<sup>208</sup> Valerio De Stefano, Non-standard workers and freedom of association: a critical analysis of restrictions to collective rights from a human rights perspective, WP CSDLE „Massimo D’Antona“.INT – 123/2015.