

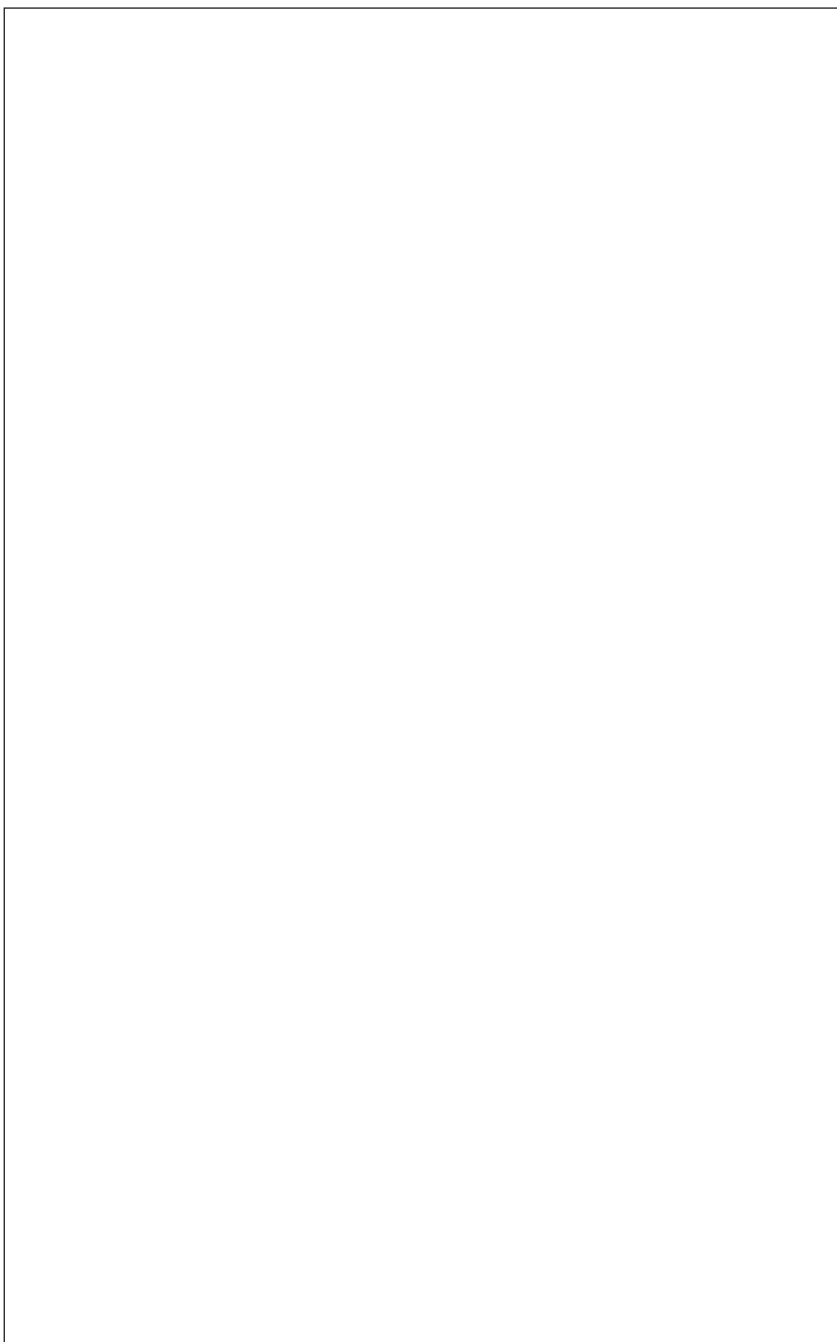
Franz Marhold | Ulrich Becker
Eberhard Eichenhofer | Gerhard Igl
Giulio Prosperetti (Hrsg.)

Arbeits- und Sozialrecht für Europa

Festschrift für Maximilian Fuchs



Nomos



Franz Marhold | Ulrich Becker
Eberhard Eichenhofer | Gerhard Igl
Giulio Prosperetti (Hrsg.)

Arbeits- und Sozialrecht für Europa

Festschrift für Maximilian Fuchs



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

The Deutsche Nationalbibliothek lists this publication in the Deutsche Nationalbibliografie; detailed bibliographic data are available on the Internet at <http://dnb.d-nb.de>

ISBN 978-3-8487-6824-0 (Print)
978-3-7489-0923-1 (ePDF)

British Library Cataloguing-in-Publication Data

A catalogue record for this book is available from the British Library.

ISBN 978-3-8487-6824-0 (Print)
978-3-7489-0923-1 (ePDF)

Library of Congress Cataloging-in-Publication Data

Marhold, Franz / Becker, Ulrich / Eichenhofer, Eberhard /
Igl, Gerhard / Prosperetti, Giulio
Arbeits- und Sozialrecht für Europa
Festschrift für Maximilian Fuchs
Franz Marhold / Ulrich Becker / Eberhard Eichenhofer /
Gerhard Igl / Giulio Prosperetti (eds.)
924 pp.

Includes bibliographic references.

ISBN 978-3-8487-6824-0 (Print)
978-3-7489-0923-1 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

This work is subject to copyright. All rights reserved. No part of this publication may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying, recording, or any information storage or retrieval system, without prior permission in writing from the publishers. Under § 54 of the German Copyright Law where copies are made for other than private use a fee is payable to "Verwertungsgesellschaft Wort", Munich.

No responsibility for loss caused to any individual or organization acting on or refraining from action as a result of the material in this publication can be accepted by Nomos or the editors.



Prof. Dr. jur. Maximilian Fuchs

Zum Geleit

Aus Anlass des 70. Geburtstages von Maximilian Fuchs geben wir diese Festschrift heraus und damit auf den Weg in die Öffentlichkeit. Darin folgen wir einer akademischen Tradition, der wir uns verpflichtet wissen. Uns erscheinen Festschriften als durchaus zeitgemäß. Der damit Bedachte freut sich auf eine solche Antwort auf sein über Jahrzehnte währendes öffentliches Wirken in Gestalt einer Sammlung von Beiträgen von Weggefährtinnen und Weggefährten.

Weil eine Festschrift ein langjähriges wissenschaftliches Wirken reflektiert, schafft sie diesem gebündelt öffentliche Aufmerksamkeit. Sie lässt sich kaum besser dokumentieren als durch eine Ansammlung wissenschaftlicher Abhandlungen. Sie macht damit das Jubiläum zu einem wahren Fest. Darüber hinaus nützen solche Bemühungen auch dem Fach. Wenn ihre darin aktiven Vertreter unterschiedlichen Alters zusammenwirken, können sich daraus sogar internationale Entdeckungen ergeben, wenn die Beteiligten – wie hier – aus vielen Ländern kommen. Ein derartiges Unternehmen bedeutet eine aktuelle Bestandsaufnahme des Faches und daraus wird zugleich ein Zeitzeugnis.

Die fünf Herausgeber empfanden und empfinden es als ihre ehrenvolle Pflicht und zugleich als Auftrag, das wissenschaftliche Wirken von Maximilian Fuchs in einer dessen Schaffen aufnehmenden und weiterführenden Festschrift zu würdigen. Die Internationalität des Herausgeberkreises ist dem internationalen Wirken des Jubilars kongenial. Die vielfältigen biografischen Bindungen fast aller Herausgeber an das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht – jetzt Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik – erinnern an den Ursprung seines Wirkens.

Das Werk von Maximilian Fuchs war seit Anbeginn denkbar breit angelegt. Die Festschrift würdigt den Jubilar demgemäß als Professor für Bürgerliches, Arbeits- und Sozialrecht. Diese Fächerbezeichnung ist im Hinblick auf Maximilian Fuchs in einem doppelten Sinne zu verstehen. Denn die Konjunktion „und“ hat einen doppelten Sinn. Zum einen wird sie als „oder“ verstanden. Wenn die drei verschiedenen Tätigkeitsfelder von Maximilian Fuchs aufgezählt, aneinandergereiht und damit summiert werden, weist die Aussage auf die beachtliche Spannbreite und -weite seines Schaffens hin. Maximilian Fuchs ging es aber auch und entscheidend um das diese Rechtsgebiete letztlich Verbindende. Er ist also gerade daran in-

teressiert, was die bezeichneten Gegenstände miteinander gemeinsam haben. Hier ist also das einschließende „und“ gemeint. Maximilian Fuchs will und wollte vor allem wissen, wie die in der Aufzählung nur nebeneinander gestellten und womöglich sogar disparaten Rechtsgebiete miteinander verknüpft sind. Die letztgenannte Frage und die darauf gefundenen Antworten geben seinem Schaffen seine eigentliche Tiefe und Richtung.

Was die genannten Fächer Zivilrecht und Sozialrecht vereint und trennt, war bekanntlich der zentrale Gegenstand seiner Habilitationsschrift und diese Thematik verfolgte ihn auch seither über viele Jahrzehnte hinweg. Die Antwort darauf ist vielfältig und facettenreich und nicht nur dies. Schon die Frage zu stellen, war und ist nachgerade verwegen, weil sie die überkommenen Fachhorizonte verrückt. Wer diese aufeinander bezieht, relativiert sie und bricht damit jedenfalls mit dem Selbstverständnis des Zivilrechts als ein eigenes, geschlossenes und deshalb in sich ruhendes System von Regeln. Aber auch das hergebrachte Verständnis des Sozialrechts sieht sich von solcher Fragestellung provoziert. Es wird traditionell als der staatlich organisierte Schutz für den Einzelnen gedacht, dessen Rechte auf einseitiger öffentlicher Gewährung und unter keinen erdenklichen Umständen je in Akten privater Freiheitsentfaltung gründen sollen.

Maximilian Fuchs konnte zeigen, dass die referierten und skizzierten Selbstverständnisse den Kern der beiden Fächer von Grund auf verfehlen. Das Zivilrecht kann nicht losgelöst vom öffentlichen Recht verstanden werden, weil es seine auf Privatautonomie und Rechtsgleichheit beruhenden Struktur der Verfassung der bürgerlichen Gesellschaft und damit dem zentralen Akt öffentlich-rechtlicher Normsetzung verdankt, welche in Mitteleuropa im 19. Jahrhundert prägend wurde. Auch das Sozialrecht ist nicht eine große, filigran unter den Trägern nach Zuständigkeiten unterteilte komplizierte Welt von Solidargemeinschaften unterschiedlicher Herkunft und Zusammensetzung, sondern im Kern privatrechtsabhängig, weil es auf dem Privatrecht aufbaut und das Privatrecht dort korrigiert, wo dieses seine soziale Bestimmung verfehlt. So erschließen Kranken- und Arbeitsunfallversicherungsrecht den Zugang des Einzelnen zur Medizin. Sozialrecht wird damit beim Ausgleich von Personenschäden elementar wichtig und tritt so gleichzeitig in ein Konkurrenzverhältnis zur zivilrechtlichen vertraglichen oder deliktischen Haftung.

Der Versicherungsschutz gründet in abhängiger oder selbständiger Arbeit und damit privatrechtlichen Vertragsverhältnissen. Das Sozialrecht schützt und stützt die bürgerliche Familie und trägt so zu ihrer Entfaltung entscheidend bei. Sozialer Schutz bei Eintritt von Lebensrisiken gründet in Versicherungsverhältnissen. Diese sind gewiss in Entstehung und Ausgestaltung von den Privatversicherungsverhältnissen verschieden, weil sie

durch das öffentliche Recht im Wege der Pflichtversicherung begründet werden und nicht einen Vertrag brauchen. Privat- und Sozialversicherung weisen aber in Sicherungszielen und -techniken Ähnlichkeiten auf.

In der Hauptschaffensperiode des Jubilars setzte sich die Erkenntnis durch: Zivilrecht und Sozialrecht lassen sich nicht mehr zureichend ohne das je andere Gebiet erklären. Arbeit und Familie sind von Normen sozialer Sicherheit geradezu durchdrungen, weil die zivilrechtlichen Lebensverhältnisse auf öffentlich-rechtlichen Schutz angelegt und angewiesen sind. Zu diesem Verständnis hat Maximilian Fuchs einen wesentlichen Beitrag geleistet. Diese Facetten werden auch von den Autorinnen und Autoren der Festschrift vielfältig und eigenwillig gewürdigt. Wer das heutige Recht verstehen will, muss deshalb das Zivil-, Arbeits- und Sozialrecht kennen und können und vor allem darum wissen, dass sie nur im Zusammenwirken ziviles Leben und sozialen Ausgleich hervorbringen.

Maximilian Fuchs hat zu diesem Zusammenhang manches Neue herausgefunden und vieles Gewichtiges gesagt. Zu seinem zentralen Forschungsgegenstand wurde im Verlauf der vergangenen Jahrzehnte das Arbeits- und Sozialrecht Europas. In dieser Zeit nahm dieses Europäische Arbeits- und Sozialrecht – aus bescheidenen Anfängen kommend – an Fahrt auf und heute nimmt es immer mehr Raum ein. Beginnend mit der Koordinierung der Systeme sozialer Sicherheit in ihren beiden allerersten Verordnungen mit Wirkung für die Allgemeinheit - sie trugen die Nrn. 3 und 4 aus dem Jahre 1958 – trat die der Wirtschaftsgemeinschaft verpflichtete EWG zuerst und zugleich umfassend auch sozial in Erscheinung. Später ging es dann um die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Erwerbsleben, Schutz der Beschäftigten in Unternehmenskrisen, Arbeitsschutz, atypische Arbeitsverhältnisse und schließlich die Beteiligung der Beschäftigten an der Leitung von Betrieb und Unternehmen. Damit wurden zentrale Themen des Arbeits- und Sozialrechts durch europäisches Recht geformt und mit wachsender Intensität geregelt. Es entstand – Schritt für Schritt und doch von vielen unbemerkt – das Arbeits- und Sozialrecht für Europa.

Dieser Weg war und ist bis heute umkämpft und umstritten. In einem Binnenmarkt, an dem Mitgliedstaaten nicht nur als Marktwirtschaften, sondern zugleich als Sozialstaaten beteiligt sind, ist die europäische Angleichung von Arbeits- und Sozialrecht gefordert, weil nur so der Wettbewerb unter Wahrung sozialer Standards möglich wird. Aber es geht um mehr. Denn das EU-Recht hat nicht nur den bereits erreichten Stand sozialen Schutzes der Mitgliedstaaten erhalten, sondern ihm vielerorts eine neue, sozialpolitisch weiterführende Ausrichtung gegeben. Maximilian Fuchs hat diesen Prozess publizistisch begleitet, rechtlich gewürdigt und vielfäl-

tig mit Rat und Tat, Kommentar und Anregung an der Entfaltung dieser Regeln mitgewirkt. In der Summe zielte sein Wirken auf das „Arbeits- und Sozialrecht für Europa“.

Die Herausgeber schulden viel und vielen Dank. Die Deutsche Gesetzliche Unfallversicherung und das Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik leisteten einen großzügigen finanziellen Beitrag zur Drucklegung, der Nomos-Verlag fand sich spontan zur Betreuung der Festschrift bereit und besorgte zielstrebig deren Erstellung, die angesprochenen Autorinnen und Autoren sagten begeistert zu und kooperierten bereitwillig und die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Instituts für Arbeits- und Sozialrecht der Wirtschaftsuniversität Wien leisteten geräuschlos und wirkungsvoll umfassend redaktionelle und editorische Unterstützung. Herzlichen Dank an alle! Dem Jubilar wünschen wir viel Freude bei der Lektüre!

Im März 2020

*Franz Marhold,
Ulrich Becker,
Eberhard Eichenhofer,
Gerhard Igl,
Giulio Prosperetti.*

Inhalt

I. <i>Arbeitsrecht</i>	17
 Gesetzlicher Mindestlohn in Deutschland und Frankreich – Zur Mindestlohnwirksamkeit von Leistungen des Arbeitgebers <i>Martina Büter</i>	 19
 The ‘puzzle’ of workers’ mobility in Italy <i>Massimiliano Delfino</i>	 31
 Clickwork und das Arbeits- und Sozialrecht <i>Eberhard Eichenhofer</i>	 47
 Il diritto del lavoro italiano e la Germania <i>Lorenzo Gaeta</i>	 61
 Der Einfluss der EU-Grundrechte auf private Arbeitsverhältnisse <i>Carmen Freyler & Christian Heinrich</i>	 71
 Deliktsrecht und Arbeitsschutz – eine folgenreiche Schnittstelle <i>Wolfhard Kohle</i>	 83
 Centenary ILO – few notes on recent global social issues <i>Kristina Koldinská</i>	 101
 In defence of codetermination systems for implementing corporate decisions efficiently. A critical approach from the Spanish experience on workers’ participation <i>Juan-Pablo Landa</i>	 113
 Trade unions’ crisis in a globalized contest: can a transnational collective interest arise? <i>Andrea Lassandari</i>	 125

Inhalt

I tempi e luoghi del lavoro <i>Mariella Magnani</i>	137
Unzulässigkeit der Satzung unechter Firmenkollektivverträge <i>Franz Marhold & Peter C. Schöffmann</i>	145
Much Ado about Anything? The New Directive (EU) 2019/1152 on Transparent and Predictable Working Conditions in the European Union <i>José María Miranda Boto</i>	157
On Crowdfunding for Strikes <i>António Monteiro Fernandes</i>	175
Die Belange chronisch kranker Wissenschaftler*innen im Wissenschaftszeitvertragsgesetz <i>Katja Nebe & Andrea Ritschel</i>	187
Ludovico Barassi und Philipp Lotmar: Gemeinsamkeiten und Unterschiede <i>Luca Nogler</i>	205
Religious freedom versus company freedom: adjustment techniques <i>Antonio Ojeda-Avilés</i>	229
Die Veränderungen der Produktionsverhältnisse und die Überarbeitung des klassischen Arbeitsnormenmodells <i>Manuel Carlos Palomeque López</i>	251
Sind Vordienstzeiten nun stets anzurechnen? <i>Walter J. Pfeil</i>	265
Squared flexibility – Agency Employment in the Czech Republic <i>Jan Pichrt</i>	277
Workplace Bullying in Italy. Malicious Intent and Role of Anti- discrimination Law <i>Raffaello Santagata de Castro</i>	287

Grenzenlose Entsendung? – Spagat zwischen fairen Arbeitsbedingungen und Dienstleistungsfreiheit <i>Eva Sommer</i>	307
Gesetz für bessere Löhne in der Pflege – Gesetzgebung zwischen Sozialrecht, Arbeitsrecht und kirchlichen Sonderwegen <i>Raimund Waltermann</i>	319
Dilemmata des Europäischen Arbeitsrechts <i>Manfred Weiss</i>	335
Il distacco del lavoratore nel quadro giuridico delle fonti multidimensionali <i>Lorenzo Zoppoli</i>	351
II. Sozialrecht	367
Sozialrecht im europäischen Binnenmarkt: von asymmetrischen Einwirkungen zu einer gemeinsamen Sozialpolitik <i>Ulrich Becker</i>	369
Das BSG und der gemeinsame Arbeitsmarkt im SGB III <i>Karl-Jürgen Bieback</i>	379
Das (Erfolgs)Modell „Soziale Selbstverwaltung“ <i>Joachim Breuer</i>	389
Dinamiche demografiche e prospettive del <i>welfare</i> in italia: le problematiche <i>Maurizio Cinelli</i>	401
60 years of European social security coordination. Achievements, controversies and challenges <i>Rob Cornelissen</i>	417

Inhalt

Sozialversicherungspflichtige Beschäftigung und Arbeitsverhältnis <i>Olaf Deinert</i>	435
Incapacity to work: an amorphous social risk under Regulation 883/2004 <i>Elias Felten</i>	455
Zuständigkeitsbestimmung in der Gesetzlichen Unfallversicherung <i>Richard Giesen</i>	465
Il diritto sociale europeo alla ricerca dell'autonomia perduta <i>Stefano Giubboni</i>	495
'Family first' policy in Hungary: boosting native population without relying on mass migration <i>József Hajdú</i>	517
Die Problematik der Minderung bei sozialen Dienstleistungen <i>Andreas Hänlein</i>	535
Der Einfluss unionalen Rechts auf Ausbildung und Tätigkeit von Heilberufen (Pflegerberufe und Hebammen) <i>Gerhard Igl</i>	549
Familien und Bedarfsgemeinschaften – Gleichklang zwischen Sozialrecht und Freizügigkeitsrecht? <i>Constanze Janda</i>	573
Das Europäische Fürsorgeabkommen und EU-Recht <i>Rose Langer</i>	593
Gesetzliche Krankenversicherung und Wettbewerb – unterschiedliche Wege in Deutschland und Österreich <i>Rudolf Mosler</i>	607
Diritti a pensione, diritti quesiti, diritti tiranni <i>Mattia Persiani</i>	625

Der Beschäftigtenbegriff im Europäischen Sozialrecht <i>Ulrich Preis & Stephan Seiwerth</i>	639
I diritti sociali e il ruolo della Corte costituzionale italiana <i>Giulio Prosperetti</i>	651
Sozialrechtliche „Beschäftigung“ und/oder arbeitsvertragliche „persönliche Abhängigkeit“? <i>Hermann Reichold</i>	661
Der Nachhaltigkeitsfaktor – unbeabsichtigte (Zwischen-)Ergebnisse aufgrund überraschender Entwicklungen <i>Franz Ruland</i>	673
Brexit – Ein Thriller (auch für die soziale Sicherheit) <i>Bernhard Spiegel</i>	685
Gedanken zum System der Alterssicherung angesichts aktueller Herausforderungen <i>Heinz-Dietrich Steinmeyer</i>	723
Social Risk <i>Grega Strban</i>	741
Behinderung und Zugang zur Justiz im Recht der Europäischen Union: Auswirkungen der UN-Behindertenrechtskonvention <i>Peter Trenk-Hinterberger</i>	757
Changing Work Patterns’ Impact on Social Security in Europe <i>Gertruda Uścińska</i>	769
Sozialleistungen für EU-Arbeitnehmer <i>Ferdinand Wollenschläger</i>	779
20 Jahre Rentenreform in Polen <i>Marcin Zieleniecki</i>	789

III. <i>Zivilrecht / Europarecht</i>	809
 Vorsorgevollmacht und Treuhandschaften <i>Makoto Arai</i>	 811
 Neuer Wein in alten Schläuchen? – Herausforderungen neuer Technologien und Künstlicher Intelligenz für das harmonisierte Produkthaftungsrecht in der EU <i>Alex Baumgärtner</i>	 837
 Europa unter der <i>rule of law</i> – Aktuelle Betrachtungen zu einem traditionellen Prinzip – <i>Waltraud Hakenberg</i>	 849
 Kein Ersatz fiktiver Schäden statt der mangelfreien Leistung <i>Werner Pauker</i>	 863
 Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs und Schutzzweck der Verhaltensnorm <i>Andreas Spickhoff</i>	 879
 Der ehrbare Kaufmann – Ein ironischer Topos der Betriebswirtschaftslehre? <i>Dieter Sadowski</i>	 891
 La metamorfosi della tutela risarcitoria per fatto illecito: itinerari della giurisprudenza italiana <i>Nicolò Trocker</i>	 907
 AutorInnenverzeichnis	 921

I.
Arbeitsrecht

Gesetzlicher Mindestlohn in Deutschland und Frankreich – Zur Mindestlohnwirksamkeit von Leistungen des Arbeitgebers

Martina Büter, Troisdorf

I. Einleitung

Mit Einführung des Mindestlohngesetzes (MiLoG) gibt es seit 2015 in Deutschland einen flächendeckenden gesetzlichen Mindestlohn für Arbeitnehmer¹. Dieser betrug im Jahr 2019 9,19 EUR/Stunde.

Frankreich blickt auf eine Mindestlohntradition seit 1950 zurück². Der gesetzliche Mindestlohn, der seit 1970 als *Salaire minimum interprofessionnel de croissance* (SMIC) bezeichnet wird³, ist heute im französischen Arbeitsgesetzbuch, dem *Code du travail* (C. trav.), verankert (Art. L3231-1 ff., Art. R3231-1 ff.). Der SMIC betrug im Jahr 2019 10,03 EUR/Stunde.

Im Jahre des 70. Geburtstages von Prof. Dr. Maximilian Fuchs blicken wir damit auch auf siebenzig Jahre Auseinandersetzung mit dem gesetzlichen Mindestlohn in Frankreich zurück; in Deutschland sind es hingegen erst fünf Jahre. Auch wenn noch nicht sämtliche Fragen zum MiLoG höchst-richterlich geklärt sind, liegen schon zahlreiche Gerichtsentscheidungen vor, die für die Praxis richtungsweisend sind⁴. Zu den zentralen Fragen der Auseinandersetzung mit dem gesetzlichen Mindestlohn zählt, welche Leistungen des Arbeitgebers mindestlohnwirksam, d. h. auf den Mindestlohnanspruch anzurechnen, sind.

1 ErfK/Franzen MiLoG § 1 Rn. 1.

2 Heukenkamp, Gesetzlicher Mindestlohn in Deutschland und Frankreich, 1. Auflage, Baden-Baden, 2017 (zitiert als: *Heukenkamp*), S. 33, 61 ff.

3 Loi n° 70-7 du 2 janvier 1970 portant réforme du salaire minimum garanti et création d'un salaire minimum de croissance, JORF v. 4.1.1970, 141.

4 *Stenlik*, Aktuelle Entwicklungen zum gesetzlichen Mindestlohn, DStR 2019, 336.

II. Die Ausgangslage in Deutschland und Frankreich

Das MiLoG gibt keine ausdrücklichen Hinweise zu der Frage, welche Leistungen des Arbeitgebers mindestlohnwirksam sind⁵.

Anhaltspunkte hierfür wurden zunächst in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur RL 96/71/EG (Entsenderichtlinie) gesehen⁶, wonach Vergütungsbestandteile in den Mindestlohn einbezogen werden können, die das Verhältnis zwischen der Leistung des Arbeitnehmers und der von ihm erhaltenen Gegenleistung nicht verändern⁷. Die entsprechende Prüfung der jeweiligen Vergütungsbestandteile wurde den innerstaatlichen Gerichten auferlegt⁸.

Das Bundesarbeitsgericht spricht in seinen Urteilen zum Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) von einer Anrechnung, wenn der Zweck der Leistung des Arbeitgebers dem Zweck des Mindestlohns „funktional gleichwertig“ ist. Dies bedeutet, dass die Zahlung des Arbeitgebers die „Normalität“ des Arbeitnehmers abgelten soll⁹.

Das BAG hat diese Grundsätze in seinen Urteilen zum MiLoG unter Verweis auf die zwischenzeitliche Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH¹⁰ modifiziert¹¹. Nach dieser Rechtsprechung sind alle „zwingend und transparent geregelten Gegenleistungen des Arbeitgebers“ für die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers „Bestandteile des Mindestlohns“. Das BAG folgert daraus, dass von den im arbeitsvertraglichen Austauschverhältnis zu erbringenden Entgeltzahlungen des Arbeitgebers nur solchen die Erfüllungswirkung fehlt, die der Arbeitgeber ohne Rücksicht auf eine tatsächliche Arbeitsleistung des Arbeitnehmers erbringt oder die auf einer

5 ErfK/Franzen MiLoG § 1 Rn. 11; a. A. Weigert, Die Anrechenbarkeit von Vergütungsbestandteilen auf den gesetzlichen Mindestlohn, NZA 2017, 745: „Arbeitsentgelt“.

6 Gegenäußerung BReg. BT-Drs. 18/1558, 67; ErfK/Franzen MiLoG § 1 Rn. 11; Däubler, Der gesetzliche Mindestlohn – doch eine unendliche Geschichte?, NJW 2014, 1924, 1926; a. A. Bayreuther, Der gesetzliche Mindestlohn, NZA 2014, 865, 868 f.; Heukenkamp, S. 281 ff. m. w. N.. Ausf. zur Auseinandersetzung mit der Frage im Gesetzgebungsverfahren zum MiLoG Lakies, MiLoG, § 1 Rn. 41 ff.

7 EuGH, Rs. C-341/02 (Kommission der Europäischen Gemeinschaft / Bundesrepublik Deutschland), NZA 2005, 573; EuGH, Rs. C-522/12 (Isbir), NZA 2013, 1359.

8 EuGH, Rs. C-522/12 (Isbir), NZA 2013, 1359, 1361; vgl. ErfK/Franzen MiLoG § 1 Rn. 12.

9 BAG, NZA 2013, 392, 393, 395; BAG, NZA 2014, 1277, 1280; vgl. ErfK/Franzen MiLoG § 1 Rn. 12. Zur „funktionalen Gleichwertigkeit der zu vergleichenden Leistungen“ s. auch Gegenäußerung BReg. BT-Drs. 18/1558, 67.

10 EuGH, Rs. C-396/13 (Sähköalojen ammattiliitto), NZA 2015, 345.

11 ErfK/Franzen MiLoG § 1 Rn. 12a.

besonderen gesetzlichen Zweckbestimmung, z. B. § 6 Arbeitszeitgesetz (ArbZG), beruhen¹². Weitere Entscheidungen des BAG bestätigen diese Haltung¹³.

Anders als das deutsche Recht enthält der *Code du travail* Informationen zur Mindestlohnwirksamkeit von Leistungen des Arbeitgebers. Nach Art. D3231-6 C. trav. sind Sachbezüge sowie Zulagen, die tatsächlich den Charakter von Lohnzuschlägen (*complément de salaire*) haben, mindestlohnwirksam. Beträge aus Kostenerstattung, gesetzliche Überstundenzuschläge und Fahrtkostenzuschüsse nimmt die Bestimmung dagegen ausdrücklich von einer Anrechenbarkeit auf den gesetzlichen Mindestlohn aus.

Näheren Aufschluss über die Mindestlohnwirksamkeit von Leistungen des Arbeitgebers in Frankreich geben staatliche Rundschreiben (*circulaires*) und die Rechtsprechung der *Cour de Cassation*.

Ein Rundschreiben des Ministers für Arbeit und soziale Sicherheit aus dem Jahr 1954 nimmt Zulagen von einer Anrechenbarkeit auf den Mindestlohn aus, die einen zufälligen und unvorhersehbaren Charakter haben¹⁴. Weitergehend ergibt sich aus diesem Rundschreiben, dass Prämien, die als Gegenleistung zur Arbeitsleistung zu sehen sind (Synallagma), stets mindestlohnwirksam sind¹⁵. Dem Kriterium des Synallagma folgt (inzwischen) auch die französische Rechtsprechung¹⁶.

III. Die Leistungen des Arbeitgebers im Einzelnen

Im Folgenden wird ein Überblick zur Frage der Mindestlohnwirksamkeit bestimmter Leistungen des Arbeitgebers in Deutschland und Frankreich gegeben.

In der noch jungen Rechtsprechung zum MiLoG finden sich bereits mehrere Entscheidungen des BAG zu Prämien, die als Gegenleistung für

12 BAG, NZA 2017, 378, 379.

13 BAG, DStR 2017, 2830, 2831; BAG, DStR 2018, 930, 931; krit. Sagan, Mindestlohnwirksame Vergütung: Grundlohn- vs. Entgelttheorie, Besprechung des Urteils BAG v. 21.12.2016 – 5AZR 374/16, RdA 2018, 121, 126.

14 Circulaire TR 9/54 du 28 octobre 1954 concernant l'application du décret n° 54-1003 du 9 octobre 1954 relatif à la revalorisation des salaires les plus bas, JORF v. 30.10.1954, S. 10260, abrufbar unter: https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?id=JPDF3010195400010260&pageCourante=10260.

15 Heukenkamp, S. 235.

16 S. bspw. Cass. soc. 30.3.1994 - N° de pourvoi: 92-40531, abrufbar unter: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007225098>; Heukenkamp, S. 262.

die dem Berufsbild immanente Arbeitsleistung gezahlt und für mindestlohnwirksam gehalten werden. So ist eine Prämie, die der Arbeitgeber Kraftfahrern für das Sauberhalten ihres Fahrzeugs zahlt, geeignet, den Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn zu erfüllen; es handelt sich um Aufgaben, die Teil der vom Arbeitnehmer zu verrichtenden Tätigkeiten sind¹⁷. Dasselbe gilt für eine „Leergutprämie“. Diese ist Gegenleistung für die ordnungsgemäße Abwicklung des von den Kunden zurückzugebenden Leerguts und unterliegt daher dem umfassenden Entgeltbegriff des MiLoG¹⁸. Auch im Falle einer „Nähprämie“, die ein Verkäufer neben seinem Grundentgelt für erbrachte Näharbeiten für Kunden erhält, hat das BAG entschieden, dass der Arbeitgeber mit der Zahlung die erbrachte Arbeitsleistung honoriert. Es handele sich nicht um eine zusätzliche Leistung außerhalb der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung. Die Nähprämie werde vielmehr als Gegenleistung für die Arbeitsleistung gezahlt und unterfalle daher dem Entgeltbegriff des MiLoG. Der Erfüllungswirkung steht nach Ansicht des BAG auch nicht entgegen, dass die Prämie jeweils lediglich zum Quartalsende gezahlt wird. Sie sei jedenfalls im Auszahlungsmoment mindestlohnwirksam¹⁹.

Das BAG hat auch entschieden, dass der Arbeitgeber den Mindestlohnanspruch nach § 1 Abs. 1 MiLoG durch die Zahlung einer „Leistungszulage“ erfüllen kann. In diesem dem Gericht vorliegenden Rechtsstreit ging es um eine Zulage, deren Höhe von der Anzahl der durch den Arbeitnehmer pro Stunde montierten Teile abhängig war. Nach Ansicht des BAG macht das MiLoG den Mindestlohnanspruch nicht von den mit der Arbeitsleistung verbundenen Erfolgen abhängig. Der Begriff der „Normalleistung“ habe auch keinen Eingang in den Wortlaut des MiLoG gefunden²⁰. Die „Leistungszulage“ sei eine im Synallagma stehende Geldleistung des Arbeitgebers. Mit ihrer Zahlung honoriere dieser die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers. Einer besonderen gesetzlichen Zweckbestimmung unterliege die Leistungszulage nicht.

In verschiedenen staatlichen Rundschreiben zur französischen Rechtslage wird eine Leistungszulage, die zusätzlich zum verstetigten Arbeitsentgelt für eine qualitativ oder quantitativ höhere Leistung gewährt wird (*pri-*

17 BAG, AP MiLoG § 1 Nr. 9.

18 BAG, AP MiLoG § 1 Nr. 9.

19 BAG, DStR 2017, 2830, 2831.

20 BAG, NZA 2017, 1463.

me de rendement)²¹, als mindestlohnwirksam angesehen²². In (zwischenzeitlicher) Anwendung des Kriteriums des Synallagmas hält auch die Rechtsprechung in Frankreich eine Leistungszulage für berücksichtigungsfähig²³.

Erschwerniszulagen und andere an besondere Umstände der Arbeitsbringung anknüpfende Zuschläge wären nicht auf den gesetzlichen Mindestlohn nach dem MiLoG anrechenbar, soweit entscheidend darauf abgestellt würde, dass eine regelmäßig über die Normalleistung des Arbeitnehmers hinausgehende Leistung zugrunde liegt²⁴. Das Kriterium der Normalleistung ist für die Frage der Mindestlohnwirksamkeit eines Vergütungsbestandteils nach aktueller Rechtsprechung jedoch, wie bereits ausgeführt, nicht entscheidend. Das BAG spricht sich daher in seinen Entscheidungen zu einer Wechselschichtzulage²⁵ und zu Sonn- und Feiertagszuschlägen²⁶ für deren Anrechnung auf den gesetzlichen Mindestlohn aus. Es handele sich bei diesen Leistungen grundsätzlich um im arbeitsvertraglichen Austauschverhältnis erbrachtes Arbeitsentgelt, das gerade für die tatsächliche Arbeitsleistung gewährt werde. Der gesetzliche Nachtarbeitszuschlag nach § 6 Abs. 5 ArbZG hingegen kann nach der Rechtsprechung des BAG aufgrund seiner besonderen gesetzlichen Zweckbestimmung nicht auf den Mindestlohn angerechnet werden²⁷.

21 *Heukenkamp*, S. 233.

22 Circulaire TR 9/54 du 28 octobre 1954, a.a.O., S. 10260; Circulaire du 2 septembre 1957 concernant l'application de l'arrêté du 8 août 1957 portant relèvement du salaire minimum garanti, JORF v. 7.9.1957, S. 8694, abrufbar unter: https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?numJO=0&dateJO=19570907&numTexte=&pageDebut=08694&pageFin.

23 Cass. soc. 30.3.1994 - N° de pourvoi: 92-40531, a.a.O. (Prämie für erzielte Verkäufe). S. auch Cass. soc. 4.6.2002 - N° de pourvoi: 00-41140, abrufbar unter: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007044305&fastReqId=39422750&fastPos=1> (Prämie für Zielerreichung); Cass. soc. 14.11.2012 - N° de pourvoi: 11-14862, abrufbar unter: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000026642825> (Tätigkeitszulage). Zur Entwicklung der Rspr. zur Leistungszulage in Frankreich s. *Heukenkamp*, S. 236 ff.

24 Vgl. ErfK/Franzen MiLoG § 1 Rn. 14; s. auch Gegenäußerung BReg. BT-Drs. 18/1558, 67.

25 BAG, NZA 2017, 378, 380.

26 BAG, NZA 2018, 781, 783.

27 BAG, NZA 2016, 1327, 1330; s. auch BAG, NZA 2019, 1013 zu aufgrund betrieblicher Übung gezahlten Nachtzuschlägen. Die Vorinstanz (LAG Hamm, DStR 2018, 367) hatte diese „Nachtzuschläge“ für während der Nachtzeit i. S. d. § 2 Abs. 3 ArbZG geleistete Arbeit (nicht Nachtarbeit i. S. d. § 2 Abs. 4 ArbZG) man-

Nach französischer Rechtslage sind Erschwerniszulagen bzw. -prämien (*majorations/ primes pour conditions particulières de travail*), z. B. Zulagen für besonders schwere oder gefährliche Arbeiten, Nachtarbeitszuschläge oder Sonn- und Feiertagszulagen, nicht mindestlohnwirksam²⁸.

Überstundenzuschläge sind nach einer zum AEntG vertretenen Auffassung bei der Erfüllung der Pflicht des Arbeitgebers zur Zahlung des Mindestlohns nicht zu berücksichtigen. § 2 Nr. 1 AEntG enthalte eine ausdrückliche Regelung zu Überstundensätzen; das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung würde daher verändert²⁹.

In der Literatur zum gesetzlichen Mindestlohn wird auf den Zusammenhang zwischen Arbeitsvergütung und Arbeitszeit abgestellt; irrelevant sei, wie bestimmte Vergütungsbestandteile bezeichnet würden. Die Erbringung von Überstunden und Vergütung mit entsprechenden Zuschlägen sei daher insoweit berücksichtigungsfähig, als das Zeitmaß des vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers mit durchschnittlicher Wochenarbeitszeit nicht überschritten werde³⁰.

Das BAG hat sich mit Urteil vom 25.4.2018 zur Mehrarbeit eines Arbeitnehmers dahingehend eingelassen, dass im arbeitsvertraglichen Austauschverhältnis erbrachtes zusätzliches Arbeitsentgelt für Mehrarbeit, das gerade für die tatsächliche Arbeitsleistung gewährt wird und einer besonderen gesetzlichen Zweckbestimmung nicht unterliegt, mindestlohnwirksam ist³¹.

gels besonderer gesetzlicher Zweckbestimmung für mindestlohnwirksam gehalten.

- 28 Circulaire du 23 septembre 1950 relative à l'application aux travailleurs rémunérés mensuellement du décret n° 50-1029 du 23 août 1950 portant fixation du salaire minimum national interprofessionnel garanti, JORF v. 26. 9.1950, S. 10047, abrufbar unter: https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?numJO=0&dateJO=19500926

&numTexte=&pageDebut=10047&pageFin; Circulaire TR 9/54 du 28 octobre 1954, a.a.O., S. 10260; Circulaire du 2 septembre 1957, a.a.O, S. 8694; Cass. soc. 17.3.1988 - N° de pourvoi: 84-14494, abrufbar unter: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007020501>; Cass. soc. 29.3.1995 - N° de pourvoi: 93-41906, abrufbar unter: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007266935>.

- 29 Koberski/Assboff/Winkler/Eustrup, § 5 AEntG Rn. 13. S. die Darstellung bei ErfK/Franzen MiLoG § 1 Rn. 13.

- 30 ErfK/Franzen MiLoG § 1 Rn. 13 unter Verweis auf BT-Drs. 18/1558, 28; a. A. Riechert/Nimmerjahn, Mindestlohngesetz, § 1 Rn. 126.

- 31 BAG, NZA 2018, 1145, 1148.

In Frankreich regelt ausdrücklich das Gesetz, dass gesetzliche Überstundenzuschläge (*majorations pour heures supplémentaires prévues par la loi*) nicht mindestlohnwirksam sind (Art. D3231-6 C. trav.).

Gewährt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine Anwesenheitsprämie, handelt es sich nach deutscher Rechtsprechung regelmäßig um eine im Synallagma stehende Geldleistung, die zur Erfüllung des gesetzlichen Mindestlohns geeignet ist³². Dabei stellt das BAG darauf ab, dass die Anwesenheitsprämie nicht für die bloße Anwesenheit im Betrieb gezahlt wird, sondern dafür, dass der jeweilige Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung erbringt. Die Prämie soll einen finanziellen Anreiz geben, auch bei (geringfügigen) gesundheitlichen Beeinträchtigungen zu arbeiten und sich nicht krankschreiben zu lassen.

Hiervon unterscheidet sich die französische Rechtslage. Eine Anwesenheitsprämie (*prime d'assiduité*) ist danach grundsätzlich nicht mindestlohnwirksam³³. Auch nach französischem Recht würde sich aber ein Anderes ergeben, wenn die Prämie als Gegenleistung für die Arbeitsleistung und nicht für besonders geringe Fehlzeiten bzw. die regelmäßige Anwesenheit gezahlt würde.

Nicht mindestlohnwirksam sind in Frankreich grundsätzlich auch Dienstalterszulagen (*primes d'ancienneté*)³⁴. Diese werden nach einer bestimmten Zeit der Beschäftigung im Unternehmen gewährt³⁵. Die Zulagen sollen – wie auch die Anwesenheitsprämie – die Stabilität der Arbeitnehmer im Unternehmen belohnen; dieses Ziel würde nicht erreicht, wenn die Dienstalterszulagen mindestlohnwirksam wären.

Besitzstandszulagen sind geeignet, den Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn nach deutschem Recht zu erfüllen³⁶. In einem vom BAG entsprechend entschiedenen Rechtsstreit ging es um eine Zulage, die der Arbeitgeber an Arbeitnehmer als Teil der Entlohnung für geleistete Arbeit monatlich pauschal in gleichbleibender Höhe zum Ausgleich für die Ab-

32 BAG, NZA 2018, 525; BAG, AP MiLoG § 1 Nr. 9 („Immerda-Prämie“); vgl. ErfK/Franzen MiLoG § 1 Rn. 14.

33 Circulaire TR 9/54 du 28 octobre 1954, a.a.O., S. 10260; Circulaire du 2 septembre 1957, a.a.O., S. 8694; Cass. soc. 19.6.1996 - N° de pourvoi: 93-45958, abrufbar unter: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007315809&fastReqId=1604452427&fastPos=>.

34 Circulaire TR 9/54 du 28 octobre 1954, a.a.O., S. 10260; Circulaire du 2 septembre 1957, a.a.O., S. 8694; Cass. soc. 19.6.1996 - N° de pourvoi: 93-45958, a.a.O., st. Rspr.; vgl. Heukenkamp, S. 249.

35 Heukenkamp, S. 241.

36 BAG, NJW 2018, 1416; ErfK/Franzen MiLoG § 1 Rn. 14.

senkung vertraglich vereinbarter Sonn-, Feiertags- und Nachtzuschläge unabhängig davon zahlte, ob und in welchem Umfang in den einzelnen Monaten Arbeit zu besonderen Zeiten anfiel.

Nach Auffassung der Bundesregierung im Gesetzgebungsverfahren zum Tarifautonomiestärkungsgesetz³⁷, mit dem das MiLoG eingeführt wurde, können Einmalzahlungen wie Weihnachts- und Urlaubsgeld entsprechend der Rechtsprechung des EuGH zum Entsenderecht (nur) dann als Bestandteil des Mindestlohns gewertet werden, wenn der Arbeitnehmer den auf die Entsendezeit entfallenden anteiligen Betrag jeweils zu dem für den Mindestlohn maßgeblichen Fälligkeitsdatum tatsächlich und unwiderruflich ausbezahlt erhält³⁸.

Nach Ansicht des BAG im Jahre 2017 ist ein Urlaubsgeld, das zusätzlich zum Urlaubsentgelt gezahlt wird, nicht mindestlohnrelevant, weil es arbeitsleistungsunabhängige Zwecke verfolgt und nicht der Vergütung geleisteter Arbeit dient³⁹. Anhand dieses Maßstabs werden künftig Einmalzahlungen des Arbeitgebers zu bewerten sein⁴⁰.

Eine Einmalzahlung ist nach französischer Rechtslage mindestlohnwirksam und wird in dem Monat bzw. den Monaten berücksichtigt, in dem bzw. denen sie zum Fälligkeitszeitpunkt gezahlt wird⁴¹.

Anders als in Deutschland spielt in Frankreich die Frage eine wichtige Rolle, ob eine Beteiligung der Arbeitnehmer am Gewinn des Unternehmens (*prime de résultat, participation aux bénéfices, pourcentage sur les chiffres d'affaires*⁴²) mindestlohnwirksam ist. Auch hierzu verhalten sich staatliche Rundschreiben. Danach ist eine Anrechenbarkeit auf den Mindestlohn zu verneinen⁴³. Zu demselben Ergebnis kommt die französische Rechtsprechung⁴⁴. Die Gewinnbeteiligung wird losgelöst von der individuellen Leis-

37 BGBl. I 2014, 1348.

38 Gegenäußerung BReg. BT-Drs. 18/1558, 67; differenziert ErfK/Franzen MiLoG § 1 Rn. 15 bezogen auf die bereits o.g. Rs. Isbir: „Vor diesem Hintergrund wird man auch Einmalzahlungen, die ledigl. den Wert der Arbeitsleistung entgelten sollen, grds. auf den Mindestlohn anrechnen können“.

39 BAG, NZA 2018, 53, 54 f. Rn. 17; *Lakies*, MiLoG, § 1 Rn. 50.

40 A. A. BeckOK ArbR/Greiner MiLoG § 1 Rn. 32a.

41 *Heukenkamp*, S. 273, 262 ff. m. w. N. aus staatlichen Rundschreiben und Rechtsprechung.

42 Zu den Begriffen s. *Heukenkamp*, S. 255.

43 S. zuletzt Circulaire du 2 septembre 1957, S. 8694 f., a.a.O.

44 Cass. soc. 31.5.2011 - N° de pourvoi: 09-69553, abrufbar unter: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000024122964>, zu einem tariflichen Mindestlohn.

tung des Arbeitnehmers gezahlt, stellt also keine Gegenleistung für dessen Arbeit dar⁴⁵.

Reisekostenerstattung, Aufwandsentschädigungen und sonstiger Aufwendungsersatz durch den Arbeitgeber stellen nach deutscher Rechtslage keine Gegenleistung für die Arbeitsleistung dar und können daher nicht auf den Mindestlohn angerechnet werden; ein sog. Wegegeld hingegen kann auf den Mindestlohn angerechnet werden, wenn es als echter Entgeltbestandteil für die zur Zurücklegung des Wegs erforderliche Zeit bezahlt wird⁴⁶.

Wie bereits ausgeführt, nimmt der *Code du travail* in Art. D3231-6 Beträge aus Kostenerstattung (*sommes versées à titre de remboursement de frais*) und den Fahrtkostenzuschuss (*prime de transport*) ausdrücklich von einer Anrechenbarkeit auf den gesetzlichen Mindestlohn aus. Kostenerstattung ist Ersatz für vom Arbeitnehmer getätigte Aufwendungen im Zusammenhang mit seinem Arbeitsverhältnis⁴⁷.

Im deutschen Recht sind Sachbezüge nach Maßgabe des § 107 Abs. 2 GewO auf den gesetzlichen Mindestlohn anrechenbar⁴⁸. Allerdings bleibt hierfür wegen § 107 Abs. 2 S. 5 GewO tatsächlich wenig Raum, da der unpfändbare Teil des Arbeitseinkommens in Geld ausbezahlt werden muss⁴⁹.

Nach Art. D3231-6 C. trav. sind Sachbezüge (*avantages en nature*) grundsätzlich mindestlohnwirksam. Ein garantiertes Minimum (*minimum garanti*) in Höhe von 3,62 EUR⁵⁰ darf gemäß Art. L3231-12 C. trav. jedoch nicht unterschritten werden.

45 Heukenkamp, S. 261.

46 Vgl. BT-Ausschuss Arbeit und Soziales BT-Drs. 18/2010, 15; ErfK/Franzen MiLoG § 1 Rn. 17.

47 Cass. soc. 25.2.1998 - N° de pourvoi: 95-44096, 96-40144, abrufbar unter: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007040389&fastReqId=802034010&fastPos=1>; Cass. crim. 7.11.1989 - N° de pourvoi: 88-82133, abrufbar unter: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007064355>.

48 ErfK/Franzen MiLoG § 1 Rn. 6; Weigert, NZA 2017, 745, 750; Heukenkamp, S. 436; a. A. Lembke, Das Mindestlohngesetz und seine Auswirkungen auf die arbeitsrechtliche Praxis, NZA 2015, 70, 75.

49 ErfK/Franzen MiLoG § 1 Rn. 6; Lakies, MiLoG, § 1 Rn. 57 ff.

50 Décret n° 2018-1173 du 19 décembre 2018 portant relèvement du salaire minimum de croissance, Art. 2, JORF Nr. 0294 v. 20.12.2018, Text Nr. 47.

IV. Exkurs: Zur Mindestlohnwirksamkeit der Leistungen Dritter

Unterschiedlich ist die Rechtslage in Deutschland und Frankreich zur Frage der Mindestlohnwirksamkeit von Bedienungsgeldern und Trinkgeldern.

Das Bedienungsgeld, das als prozentualer Aufschlag auf die Preise erhoben werden kann⁵¹, ist im deutschen Recht als Verbindlichkeit des Gastes gegenüber dem Arbeitgeber nicht mindestlohnwirksam⁵². Auch das vom Gast ohne rechtliche Verpflichtung an den Arbeitnehmer gezahlte Trinkgeld (vgl. § 107 Abs. 3 S. 2 GewO) ist nicht mindestlohnwirksam⁵³. Es stellt kein Arbeitsentgelt dar. Allenfalls wäre eine individualvertragliche Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zur Anrechnung des Trinkgeldes auf den gesetzlichen Mindestlohn denkbar⁵⁴.

Aus Art. L3244-2 i. V. m. Art. L3244-1 C. trav. ergibt sich, dass Trinkgelder und Bedienungsgelder (*pourboires*) grundsätzlich mindestlohnwirksam sind.

V. Fazit

In der – gemessen an der französischen Mindestlohntradition – kurzen Zeit des Bestehens einer deutschen Mindestlohngesetzgebung ist bereits eine intensive Auseinandersetzung mit der Frage erfolgt, welche Leistungen des Arbeitgebers mindestlohnwirksam, d. h. auf den Mindestlohnanspruch anzurechnen, sind. Das BAG hat die hierzu im Gesetzgebungsverfahren getroffenen, aber nicht im MiLoG kodifizierten Aussagen weiterentwickelt bzw. modifiziert. Von den im arbeitsvertraglichen Austauschverhältnis zu erbringenden Entgeltzahlungen des Arbeitgebers fehlt danach nur solchen die Erfüllungswirkung, die der Arbeitgeber ohne Rücksicht auf eine tatsächliche Arbeitsleistung des Arbeitnehmers erbringt oder die auf einer besonderen gesetzlichen Zweckbestimmung beruhen⁵⁵. In

51 ErfK/Preis BGB § 611a Rn. 507.

52 Heukenkamp, S. 436.

53 Lakies, MiLoG, § 1 Rn. 51; Sagan, „Stimmt so!“ – Die Anrechnung von Trinkgeld auf den gesetzlichen Mindestlohn, NJW 2019, 1977, 1982; Heukenkamp, S. 34, 436; differenziert: Wobst, Mindestlohn und Trinkgeld, RdA 2016, 110, 114.

54 Heukenkamp, S. 34, 436.

55 BAG, NZA 2017, 378, 379; BAG, DStR 2017, 2830, 2831; BAG, DStR 2018, 930, 931.

vielen Fällen bejaht das BAG nach dieser Formel die Mindestlohnwirksamkeit von Leistungen des Arbeitgebers.

Anders als das MiLoG trifft der *Code du travail* Aussagen zur Mindestlohnwirksamkeit bestimmter Leistungen des Arbeitgebers. Nähere Ausführungen zur Rechtslage in Frankreich finden sich in staatlichen Rundschreiben und der Rechtsprechung. Danach können Leistungszulagen (*primes de rendement*) sowie – unter bestimmten Voraussetzungen – Einmalzahlungen, wie ein Weihnachtsgeld, auf den gesetzlichen Mindestlohn angerechnet werden.

Wenngleich sich in Deutschland und Frankreich teilweise abweichende Ergebnisse bei der Antwort auf die hier untersuchte Frage zeigen, so ist doch der Zweck des gesetzlichen Mindestlohns in Deutschland und Frankreich jedenfalls vergleichbar, was die Bedürfnissicherung angeht⁵⁶. Durch die Einführung eines allgemeinen Mindestlohns in Deutschland sollten Arbeitnehmer vor niedrigsten Löhnen geschützt werden, die branchenübergreifend als generell unangemessen anzusehen sind. Der Mindestlohn trägt zugleich dazu bei, dass der Wettbewerb zwischen den Unternehmen nicht zu Lasten der Arbeitnehmer durch die Vereinbarung immer niedrigerer Löhne, sondern um die besseren Produkte und Dienstleistungen zustande kommt⁵⁷. Nach Art. L3231-2 C. trav. sichert der SMIC den Arbeitnehmern, deren Vergütung am geringsten ist, eine Kaufkraftgarantie. Hinzu kommt nach dem französischen Gesetzeszweck eine Teilhabe an der wirtschaftlichen Entwicklung des Landes.

Abzuwarten bleibt, wie sich die Anwendung des MiLoG in Deutschland in den kommenden 65 Jahren entwickeln wird. Im Jahre 2020 wird das Gesetz zunächst einmal evaluiert (§ 23 MiLoG).

⁵⁶ Heukenkamp, S. 433.

⁵⁷ BT-Drs. 18/1558, 28.

The ‘puzzle’ of workers’ mobility in Italy

Massimiliano Delfino, Naples*

1. *Workers’ (temporary and definitive) mobility*

In Italy, worker’s mobility is a very complicated puzzle that is composed of different pieces. First of all it is necessary to indicate such different pieces being conscious of the fact that the term mobility is not a synonym of posting (of workers), since the latter term indicates only one of the types (although the most relevant) of worker’s mobility.

A book by Marco Esposito, which was published some years ago¹ and is still very useful, clarifies this notion well. According to this author, the term mobility refers to the worker's repositioning as a result of which the employment relationship with the original employer is modified by the constitution of a further obligatory relation with a third party, without changing the initial 'negotiation synergy' between the two contracting parties (what in Italian can be defined as the contractual ‘synallagma’). Then, under such a perspective, mobility presupposes the existence of a third party that is favoured by this repositioning. Moreover, this repositioning has to be temporary.

Nevertheless, according to the Italian legal order, there is also a type of worker’s mobility that is not characterised by being temporary, i.e. the worker’s transfer regulated by Article 2103, paragraph 8, of the Civil Code. This type of mobility could interest the topic of this seminar in the event that an undertaking situated in Italy decides to transfer an employee to a plant situated in another EU Member State. In this case, the Italian legislation shall apply to such a transfer, which is legitimate only whether proven technical, organizational and productive reasons occur. Therefore, the worker’s transfer is an example of a definitive mobility and is not characterised by the constitution of a further obligatory relation with a third party.

* Full Professor of Labour law, University of Naples Federico II, Italy (delfino@uni-na.it).

1 M. Esposito, *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, Jovene, 2002.

2. *Posting of workers within the national border*

Maybe the most important and interesting type of worker's mobility within the Italian border is the statutory discipline of posting of workers passed in 2003. Article 30, Legislative Decree 276/2003 provides that the 'posting of workers occurs when an employer, in order to satisfy an interest of his own, temporarily places one or more employees at the disposal of another undertaking for carrying out a specific work activity'. This is one of the two exceptions existing in the Italian legislation to the principle of coincidence between the 'holder' of the employment relationship and the actual end user of the work activity. The other exception is temporary agency work.

As one can see, in order to have a legitimate national posting of workers, an interest of the posting employer is necessary and, in particular, that interest has to have an entrepreneurial nature (organizational, productive, commercial reasons, etc.). In addition, such an interest has to continue for the entire period of the posting, thus demonstrating the permanence of the functional link with the organisation of the posting employer. In fact, this interest guarantees the persistence of a bilateral connection within the contract of employment between the posting employer and the posted worker. In this way, the subject and basis of the contract and the uniqueness of the relationship with the posting employer, who carries on exercising his own directional power is preserved. Moreover, such an interest allows the posted worker to integrate himself into the organisation of the host employer, which is a typical element of posting².

In general, the employee's agreement is not required in case of posting, while it is necessary when posting implies a change in the worker's tasks. Another general rule is that national posting does not have to be motivated apart from the case when worker is sent to a plant, which is at least 50 km away from the place where he normally works. In fact, in this case posting is legitimate only whether proven technical, organizational and productive reasons occur, like in the event of a worker's transfer, as it has been said above.

2 A. Pessi, *Il comando e distacco*, in M. Brollo (ed.), *Il mercato del lavoro*, in M. Persiani, F. Carinci (directed by), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, 2012, page 1569.

3. *Posting of workers and the business network contract.*

Whether posting of workers takes place among undertakings that have stipulated a business network contract, the interest of the posting employer arises automatically due to the operation of the network³. In addition, the employers involved in such a network contract can be considered as co-employers of the workers engaged according to the rules established in the contract itself. The last-mentioned provision refers to Article 2103 of the Civil Code in the part concerning the discipline of the workers' tasks. The 2015 Jobs Act amended that Article in the direction of generally not calling for the worker's agreement for changing his tasks so that the same agreement could not be required also in the case of posting of workers due to a business network contract.

As it is well known, a *network* of undertakings is not a *group* of undertakings and posting of workers operates quite differently in the two diverse contexts. Independently on the fact whether a group of undertakings is based on either a 'functional control' or a 'formal control'⁴ of the head undertaking over the other ones, within a group of undertakings in case of posting of workers it is necessary to find an interest of the posting undertaking which does not contrast with that of the host undertaking. Unfortunately, this is rather difficult to demonstrate⁵.

As far as national posting of workers is concerned, the statutory regulation provide for that whenever either an interest of the posting employer and/or the temporariness of posting is lacking, the posted worker can bring proceedings in courts in order to ask for the establishment of an employment relationship with the host undertaking.

3 Article 30, paragraph 4-ter, LD 276/2003.

4 The Italian legal system opts for a formal notion of control (and of connection) referring to Article 2359, para 1, of the Civil Code according to which controlled companies shall be: '1) companies in which another company holds the majority of the votes that can be exercised in the ordinary shareholders' meeting; 2) companies in which another company has sufficient votes to exercise a dominant influence in the ordinary shareholders' meeting; 3) companies that are under the dominant influence of another company by virtue of particular contractual obligations'. Finally, according to Article 2359, paragraph 3, of the Civil Code, 'companies over which another company exercises significant influence are considered to be connected. Influence is presumed when at least one fifth of the votes or one tenth of the votes can be exercised at the ordinary shareholders' meeting if the company has shares listed on regulated markets'.

5 See L. Zoppoli, *Il distacco del lavoratore nel quadro giuridico delle fonti multidimensionali*, in this book.

4. *Workers' mobility beyond the European Union*

Turning to workers' mobility abroad, also in this case more than one example can be made.

The first one is the specific legislation protecting the mobility of employees working for an Italian undertaking *outside* the European Union. The reference is to Law Decree n° 317/1987 confirmed and amended by Law 398/1987, according to which national and foreign employers shall respect some provisions regarding their Italian employees working abroad. For instance, the statutory instrument requires that the contract of employment of the Italian workers who can be employed or transferred abroad shall provide for a general economic and regulatory treatment that is not less than that provided by the national collective agreements signed by the comparatively most representative trade unions in the sector to which the workers belong. This legislation seems to be outside the topic of this seminar because it does not regulate mobility within the European Union. Nevertheless, it is important to take into consideration also such a type of mobility, since it is useful to understand the extent of the category of mobility in the Italian legal order.

5. *The Italian way of transposing the EU Directives on transnational posting of workers*

Mobility matches with transnational posting of workers when referred to the statutory instruments transposing the 1996 and 2014 EU Directives, which, as it is well known, intervene on the grounds of Article 23⁶ of the Regulation (EC) no. 593/2008 of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), thus derogating to the provisions of such a Regulation in the matters of individual employment contracts⁷. With ref-

6 According to which, 'this Regulation shall not prejudice the application of provisions of Community law which, in relation to particular matters, lay down conflict-of-law rules relating to contractual obligations', such as those deriving from individual employment contracts.

7 On the basis of Article 8, Reg. 593/2008, 'an individual employment contract shall be governed by the law chosen by the parties. To the extent that the law applicable to the individual employment contract has not been chosen by the parties, the contract shall be governed by the law of the country in which or, failing that, from which the employee habitually carries out his work in performance of the contract. Where the law applicable cannot be determined pursuant to [what has been just

erence to the case of the posting of workers in the framework of the provision of services, which is an increasing phenomenon all over the European Union⁸, the 1996/71 directive was implemented in Italy for the first time in 2002 while in 2016 a new statutory discipline was passed in order to implement again the 1996 directive and to implement for the first time the 2014 directive. Therefore, the statutory provisions that have to be taken into account are contained in Legislative Decree 136/2016, which was inspired by the same aims expressed by the EU discipline, substantially proposing again at the national level, with a few modifications, what the supranational legislation had already established. In addition, such legislation aimed at enshrining the discipline applicable to the matter of transnational posting of workers into a single text.

On the one hand, it is necessary to say that the 2016 Decree refers to 'distacco dei lavoratori', which is the Italian term for posting of workers but it should have used the broader term mobility, since it refers also to transnational procurement contracts.

On the other hand, it is appreciable that the Decree has changed the scope of application of the transposition legislation in comparison with the previous regulation. Actually, Article 1.1, Legislative Decree 136/2016, in accordance with Article 1.3(a) of Directive 1996/71, provides for that the national legislation shall apply to the undertakings situated in a Member State, which send workers not only to another undertaking or to another plant in the Italian territory, but also to another 'recipient'. The use of this term implies that workers can be sent also to the client of a public procure-

said], the contract shall be governed by the law of the country where the place of business through which the employee was engaged is situated'. See A. Loffredo, *Datore di lavoro transnazionale e dumping sociale nell'Unione europea*, *Diritti Lavori Mercati*, 2019, page 239 ff.

- 8 According to the latest available data, in 2014 in the EU the posted workers were over 1.9 million (equal to 0.7% of the total EU workforce), with an increase of 10.3% compared to 2013 and 44.4% compared to 2010. In short, a quite limited phenomenon on the overall workforce data although it is growing rapidly. As regards the reasons for this growing use of posting, a study - Eurofound (2017), *Fraudulent contracting of work: Abusing the posting of workers (Belgium, Finland and Italy)*, Eurofound, Dublin - indicates the following ones: 1) the greatest competition on the market; 2) the difficulty of finding workers with adequate skills. Competition on the market requires a cost reduction - in particular, the reduction of labour costs. The existence of differentials in social security rates in the EU Member States could induce undertakings, particularly in labour-intensive sectors such as construction, to use posted workers (generally from Central EU Member States) in order to benefit from lower social security contributions and to become more competitive.

ment contract awarded by the foreign service provider, thus giving rise to interference, in the determination of the workers' treatments, between the Italian discipline of transnational posting of workers and of the Code of public contracts⁹.

For the purpose of the Italian legislation, in this context a 'posted worker' is a worker who is normally engaged in a Member State and carries out his work in Italy for a limited, determined in advance or predictable period with reference to a future and certain event¹⁰.

In order to pursue anti-elusion effects, Legislative Decree 136/2016 clarifies the criteria for defining genuine posting of workers, which have to be opportunely evaluated by some appropriate bodies of control and, particularly, by the Observatory, set up at the Ministry of Work and Social Policies, which has 'the responsibility of monitoring posting of workers so as to guarantee a better spread, among the undertakings and workers, of information on conditions of work and employment'.

The most important prerequisite for transnational posting of workers being legal is the temporary nature of it, while the Italian transposition legislation does not require an interest of the posting employer: this is an important difference with the domestic posting of workers¹¹.

Temporariness in transnational posting of workers has been the object of various interpretations in case law and doctrine even before the enactment of Legislative Decree of 2016.

According to the different solutions, temporariness does not necessarily involve the temporal predetermination of the work relationship, but it corresponds to the non-definitive nature of the posting. Therefore, the period during which the worker shall be posted to undertakings situated in a different Member State does not necessarily have to be predetermined.

Italian case law has underlined that the temporary nature has to persist even up to the termination of the employment relationship¹².

9 D. Izzi, *Lavoro negli appalti e dumping salariale*, Giappichelli, 2018, page 154.

10 Article 2.1(d), LD 136/2016.

11 See M. Mocella, *Reti d'impresa e rapporti di lavoro*, Esi, 2018, page 178.

12 Cassazione 8 February 1985, n° 1013. For further details, see A. Avondola, *Recenti evoluzioni normative e giurisprudenziali in materia di distacco transnazionale: "segnali dal futuro" per la lotta al dumping salariale*, *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 2019, 4.

On that point, the Italian legislation needs to be amended in order to transpose the 2018/957/EU Directive¹³, which is far from being implemented in Italy¹⁴, as it will be clarified later. The most recent Directive, as it is well known, provide for a fixed term of duration for posting of workers. As a matter of fact, after 12 months posted workers, according to the new directive, are entitled to all terms and conditions of employment of the host state that are mandatorily applicable with some exceptions¹⁵. With reasoned notification, this 12-month period may be extended to 18 months. Some authors believe that this provision is a self-executing one and after the expiration of the term for implementation (30 July 2020), the 12-month period shall be applied to the Member States even in the lack of a specific transposition legislation¹⁶.

Another important aspect of the statutory provisions passed in 2016 concerns terms and conditions of employment, which were profoundly amended in order to be more respectful of those provided by the 1996 EU directive. In fact, according to the Italian legislation, the terms and conditions cover the following matters:

- a) maximum work periods and minimum rest periods;
- b) minimum paid annual holidays;
- c) the minimum rates of pay, including overtime rates;
- d) the conditions of hiring-out of workers;
- e) health, safety and hygiene at work;
- f) protective measures with regard to the terms and conditions of employment of pregnant women or women who have recently given birth, of children and of young people;
- g) equality of treatment between men and women other provisions on non-discrimination.

As far as this aspect is concerned, Italian legislation is in line with the EU discipline, while before 2016 the repealed legislation provided for that *all*

13 See recently *ex multis* R. Santagata de Castro, *EU Law on Posting of Workers and the Attempt to Revitalize Equal Treatment*, *Italian Labour Law E-Journal*, 2019, vol. 12, 2.

14 On the contrary, the 2018/957 Directive has been already transposed in some other countries, such as France, where on February 21, 2019, the government published the Ordinance no. 2019-116, which will enter into force on July 30, 2020.

15 Those exceptions are: procedures, formalities and conditions relating to the conclusion and termination of the employment contract, including non-competition clauses; and supplementary occupational pension schemes.

16 L. Zoppoli, *Il distacco del lavoratore*.

the terms and conditions of employment of the employees working in similar activities in the workplace applied also to the posted workers¹⁷. The reason for that provision was clear: it protected the Italian market from the competition of the undertakings situated in Member States characterised by lower labour costs. However, a provision like that infringed the directive and the freedom of services protected by Article 56 TFEU.

6. *The national interpretation of public policy*

The idea at the root of the repealed Italian legislation was probably a wide concept of public policy that would have included the whole system of imperative rules applicable in Italy¹⁸. As it is known, public policy is mentioned in Article 3.10 of 1996/71 directive, according to which ‘this Directive shall not preclude the application by Member States ... to national undertakings and to the undertakings of other States ... of terms and conditions of employment on matters other than those’ contained in the same article of the directive that have already been mentioned before, since they were recalled by the Italian 2016 transposition legislation ‘in the case of public policy provisions’.

It is self-evident that EU public policy is different from international public policy, which could be coincident with the domestic public policy. Everyone knows that the two categories of public policy do not conflict one with each other. This is demonstrated by a quite recent judgment of the Corte di Cassazione¹⁹, according to which ‘the relationship between EU public policy and national public policy is not characterised by a substitution but by an autonomy and coexistence’.

It is necessary to say some words in order to trace the boundaries of domestic public policy, especially in the interest of the undertakings, which need to know what level of protection could be provided for the workers posted to Italy.

At a first sight, the fundamental principles of the Italian Constitution could be considered as domestic public policy provisions. Moreover, this seems to be showed also by the above-mentioned judgment that refers to

17 M. Esposito, *Prestazione transnazionale di servizi e distacco dei lavoratori nel nuovo contesto comunitario*, *Diritti Lavori Mercati*, 2006, page 571.

18 D. Izzi, *Lavoro negli appalti*, page 126.

19 5 July 2017 n° 16601.

'matters, such as labour, which are controlled by a set of system rules that implement the fundamentals of the Republic'.

Nevertheless, case law in the matter of public policy in labour law is not uniform. Apart from the above-mentioned judgment, some other decisions ruled that public policy is a domestic notion, which can be defined through a general clause. In other words, public policy is constituted neither by single imperative provisions nor by general principles of the legal order, nor by some constitutional provisions.

For instance, some Italian courts ruled that stability of employment is a value belonging to the Italian public policy²⁰. On the contrary, some other judgments declared that international public policy does not necessarily correspond to domestic public policy and that the effectiveness of foreign legislation cannot be limited only to the cases when such legislation is more favourable to the workers than the Italian one. This excludes the possibility to compare the total treatments of the workers in each one of the legal orders involved²¹. According to the latter series of judgments, the judge should make a distinction between the fundamental principles that are peculiar of the national legal order and the principles that this legal order has in common with other national legal systems, in order to declare inapplicable only the national foreign provisions contrasting with the latter principles²².

Therefore, if one follows the first series of judgments, the national fundamental principles and the statutory provisions implementing those principles can protect workers who are posted to an undertaking situated in Italy. One example of this is Article 39.1 of the Italian Constitution, which protects trade union freedom and the derived legislation concerning trade union rights (union representation bodies, meetings, etc.), such as that contained in the Worker's Statute. Those provisions can be considered as 'public policy provisions' and the protection provided therein can apply to

20 Cassazione 11 November 2002 n° 15822.

21 Cassazione 11 November 2000 n° 14662.

22 Cassazione 26 November 2004 n° 22332. The Corte di Cassazione in 2019 issued a judgement (8 May 2019 n° 12193), which did not deal with the field of labour law and was delivered by the Sezioni Unite of the same Court, thus having a significant impact on case law. This judgement seems to give room to a notion of public policy that can be founded even on principles which have their roots only in the Italian legal order.

workers posted from an undertaking situated in another EU Member State²³.

Nevertheless, following the other series of judgments, things can change. As highlighted by another ruling of the Cassazione, international public policy is constituted by *both* the fundamental principles of the Constitution *and* the international conventional norms protecting individual rights. One example can be made. According to this case law, a public policy provision is that employee's dismissals are legitimate only if justified, apart from some exceptions. This is founded *both* on Article 4 of the Constitution, which exclude that the right to work is entrusted to the mere discretion of the employer, *and* on Article 30.1 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, which expressly provides for the protection against any unjustified dismissal²⁴. Such an interpretation is quite similar to that of the Court of justice in two (*Laval* and *Commission v Luxembourg*) of the famous three decisions delivered between 2007 and 2008 (i.e. the above-mentioned ones plus *Rüffert*), which 'restricted the ability of Member States of unilaterally defining working conditions as covered by "public policy" and hence to apply them to posted workers'²⁵.

However, even if one accepts the idea that in the case of posting of workers public policy provisions have their roots only in national fundamental principles, this notion is applied on a case-by-case basis. In addition, one has to remind that a wider notion of public policy, including for instance all the imperative labour law provisions, would produce the risk of a return to the repealed legislation transposing in Italy the 1996 EU Directive when all the protection of employees was guaranteed also to posted workers, which, as it has been already pointed out, infringed the supranational discipline.

23 C. Cordella, *L'ordine pubblico nel distacco transnazionale dei lavoratori*, *Diritti Lavori Mercati*, 2019, page 263.

24 Cassazione 22 December 2013 n° 4545.

25 M. Rocca, *The reform of the EU directive on posting of workers. Fortune smiles on the Juncker presidency?*, in G. Casale, T. Treu (eds.), *Transformations of Work: Challenges for the National Systems of Labour Law and Social Security. XXII World Congress of the International Society for Labour Law and Social Security Law*, Turin, 4-7 September 2018, Giappichelli, 2018, page 1172.

7. The problem of the collective agreements

The 2016 amendments notwithstanding, even the current legislation is problematic in some parts. Actually, according to some authors, the reference only to the minimum rates of pay, including overtime rates, would leave Legislative Decree n° 136/2016 at the mercy of different interpretations, without providing an adequate protection against salary dumping²⁶. Therefore, it is good that this provision shall be amended in order to take into consideration the 2018 directive, according to which posted workers are entitled to the same *remuneration* as local workers for the same work at the same place. The concept of remuneration must be determined according to the host state's national law and/or practice but must include all mandatory constituent elements of remuneration and not only the minimum rates of pay²⁷. It is clear that the substitution of the term 'minimum rates of pay' with the term 'remuneration' is a positive aspect for posted workers who could earn more than before, but could have a deterrent effect for foreign employers, due to the legal uncertainty surrounding that notion. In fact, remuneration is not a concept familiar to EU law but it has to be declined by the Member States and probably this will happen in many different ways²⁸.

26 See G. Orlandini, *Note sulla proposta di direttiva recante modifiche alla direttiva 96/71 sul distacco transnazionale dei lavoratori*, *European and International Policies Area*, www.europeanrights.eu. According to this author, this is especially valid if one considers 'such a notion is attributed the meaning that it has in our legal order: i.e., the minimum pay provided in the national collective agreements. To avoid a similar reading of Decree 136 it would be necessary to give a different meaning to the regulation under discussion, which have to coincide with the "minimum treatments" with all the contractual items that have a universal factual application, since they integrate the minimum pay levels provided under Article 36 of the Constitution and identified as such by case law through the application of Article 2099, paragraph 2, of the Civil Code. This would allow including at least length of service, contingency and end-of-year allowances in the pay to be made to posted workers (according to the main case law on the matter)'.

27 The new directive provides some allowances specific to the posting. Those allowances are to be considered part of the posted worker's remuneration, unless they cover expenses actually incurred on account of the posting such as travel or board and lodging. The employer must reimburse such expenses in accordance with the national law and/or practice that apply to the employment relationship.

28 See Z. Rasnača, *Identifying the (dis)placement of 'new' Member State social interests in the posting of workers: the case of Latvia*, *European Constitutional Law Review*, 2018, page 145.

In addition, the 2016 Legislative Decree contains at least another problematic provision. Article 2.1(e) affirms that the ‘conditions of work and employment’ are the conditions governed by the statutory provisions and collective agreements referred to in Article 51 of Legislative Decree n° 81/2015. Therefore, the indication is to the national, territorial or company-level collective agreements stipulated by the comparatively most representative trade union associations at the national level and the company-wide collective agreements stipulated by their union representative bodies at that level (RSA) or by the unitary representation bodies (RSU).

As far as this issue is concerned, the first problem is that in Italy collective agreements are not universally applicable and therefore are not able to implement EU law. This is a general problem of the Italian legal order that in this case is more serious than ever, since the conditions of work and employment have to be applied also by the undertakings situated abroad, which send workers to Italy.

The second problem is that even if the collective agreements were universally applicable, it would not be possible to use territorial and/or company-wide agreements, since the workers’ treatments would not be uniform. Therefore, inter-sectorial and national collective agreements would be preferable, as confirmed by the Court of Justice in some judgements²⁹, such as in the *Laval* case³⁰. As a matter of fact, in addition to what has just underlined, ‘by making it impossible for the service provider to know in advance the working conditions applicable to posted workers’, the systems which are based on negotiation at company level ‘are considered as restricting the freedom to provide services’. Moreover, those systems do not guarantee ‘the equal treatment of national and foreign undertakings’³¹ provided by the 1996 Directive.

It is for all the mentioned reasons that neither the so-called proximity collective agreements, introduced in 2011 by Article 8, Law Decree 138, can be used for this purpose. In fact, these agreements are universally applicable and can derogate statutory provisions and collective agreements as long as they respect the Constitution and the restrictions coming from EU

29 10 July 1986, C-235/84, *Commission v Italy*; 8 July 1999, C-234-97, Teresa Fernandez de Bocadilla.

30 See S. Giubboni, G. Orlandini, *Mobilità del lavoro e dumping sociale in Europa, oggi*, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2018, 4, page 925.

31 M. Rocca, *The reform of the EU directive on posting of workers*, page 1173. See also M. Pallini, *Gli appalti transnazionali: la disciplina italiana al vaglio di conformità con il diritto europeo*, *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2017, pages 490-491.

law and international conventions. Nevertheless, they are territorial and company-level collective agreements³².

The implementation of 2018 Directive should be the right occasion to amend also the statutory provision concerning collective agreements.

8. Sanctions and remedies

Some obligations and sanctions for the undertakings involved in transnational posting of workers are provided by Italian legislation.

Article 3 of Legislative Decree 136 of 2016, entitled 'authenticity of posting', identifies a series of factual elements for the purposes of the overall assessment of the operation and governs the sanctioning regime applicable in the event that the supervisory bodies ascertain failure to comply with these requirements. In particular, the supervisory bodies are called upon to verify certain elements with reference to both the posting undertaking and the posted worker. In relation to the undertaking, it is necessary to verify if it actually carries out activities other than those of mere management or administration of the personnel³³. With regard to the worker, however, it

32 Such collective agreements can be stipulated on important labour law issues (workers' main tasks, flexible contracts, working time, some aspects of employment procedure, employment relations and dismissals) as long as broad economic policy objectives are taken into account and they are signed in accordance with the majority principle for representativeness.

33 According to Article 3.2 LD 136/2016 the following elements shall be assessed for this purpose:

- a) the place where the undertaking has its registered and administrative office, its offices, departments or production units;
- b) the place where the undertaking is registered with the Chamber of Commerce and Industry or, where required, with a professional register;
- c) the place where the workers are hired and the place from which they are posted;
- d) the rules applicable to contracts concluded by the posting undertaking with its customers and its workers;
- e) the place where the undertaking carries out its main economic activity and in which its administrative staff is employed;
- f) the number of contracts executed or the amount of turnover achieved by the undertaking in the Member State of establishment;
- g) any other element useful for the overall assessment.

must be ascertained whether he has actually been posted, by taking into accounts the elements provided in Article 3.3, LD 136/2016³⁴.

The cases when transnational posting of workers is not an authentic one could be in the hundreds. Nevertheless, it is useful to provide a reminder of some of them:

- a) the posting undertaking is a fictitious one, since it does not exercise any economic activity in the origin country;
- b) at the time of hiring by the foreign undertaking, the posted worker already resided and worked habitually in Italy;
- c) the posted worker, duly employed by the posting undertaking, was dismissed during the posting period and he continues to work, as an irregular worker, at the host undertaking.
- d) in case of posting of workers within a group of undertakings the head undertaking situated abroad and the undertaking situated in Italy cannot be considered as two different centres of responsibility when the Italian undertaking is not registered and does not have a legal representative.

In the event of a non-authentic posting, the posting undertaking and the host undertaking are punished with a monetary sanction of 50 euros for each worker employed and for each day of employment, similarly to the sanctions provided for national posting of workers by Article 18, paragraph 5bis, Legislative Decree n° 276/2003. Furthermore, the worker is considered employed by the host undertaking, pursuant to Article 3, para-

-
- 34 a) The content, nature and methods of carrying out work and the remuneration of the worker;
- b) the circumstance that the worker habitually exercises, according to the regulation (CE) n° 593/2008 (Rome I), his activity in the Member State from which he was posted;
- c) the temporary nature of the work carried out in Italy;
- d) the starting date of posting;
- e) the fact that the worker has returned or is expected to return to work in the Member State from which he was posted;
- f) the circumstance that the employer who posts the worker provides for the costs of travel, board or lodging and the methods of payment or reimbursement;
- g) any previous periods in which the same activity was carried out by the same or by another posted worker;
- h) the existence of the certificate concerning the applicable social security legislation;
- i) any other element useful for the overall assessment.

graph 4, LD n° 136/2016. Also in this case the provision is quite similar to that applicable to domestic posting of workers.

According to some practices³⁵, the criminal offence of fraudulent assignment - reintroduced by Article 38-*bis*, LD n° 81/2015 for temporary agency work - can be constituted also in the case of transnational posting of workers. This can happen only whether, in addition to the requirements of a non-genuine posting of workers, a fraudulent intent to violate the domestic legislation or the provisions of the national collective agreements is also found.

9. What about the future?

It is time to understand how the 'mobility puzzle' in Italy will be possibly changed. Since the most important piece of this puzzle is posting of workers, it is necessary to make some predictions about the forthcoming Italian legislation concerning both national and transnational posting of workers.

As regards the former type of posting of workers, at the end of 2018 a bill concerning the profiles of co-operative work, procurement, agency work and posting of worker was presented³⁶. By modifying Article 30 of Legislative Decree n° 276 of 2003, such a bill provides for introducing the joint liability between the posting undertaking and the undertaking of the host State as well as the principle of equal treatment for the whole duration of posting between posted workers and the workers employed by the host undertaking. The introduction of a provision like this would bring the discipline of posted workers closer to that of temporary agency workers. The bill is still under discussion. Nevertheless, at a deeper look, the proposed amendments would give more protection to posted workers within the national border but they are not so urgent.

Turning to transnational posting of workers, the situation is rather more complicated. The transposition legislation of the 2018 Directive is necessary. A bill was presented to one of the Parliament Chambers more or less in the same period³⁷. It was approved by that Chamber on 30 July 2019 but is currently waiting for being definitively approved by the other Chamber. Probably this bill will not pass in a short-time period. In fact, as

35 See the Guidelines of the National Inspectorate for Work (NIW/INL) concerning transnational posting of workers and the Circolare NIW n° 3/2019.

36 A.C. 1423 of 6 December 2018.

37 A.S. 944 of 13 November 2018.

said, the core of the transposition of the 2018 Directive stands in the remuneration issue, which is currently one of the topics also in the Italian political agenda, since some other bills concerning statutory minimum wage are under discussion. Therefore, it is possible that new Government and the Parliament will concentrate first on the minimum wage issue and then on the transposition of the posting of workers Directive. This is to be appreciated because the provisions on minimum wage operates on a general level, while the implementation of the supranational provisions concerning the remuneration of posted workers are connected with the statutory minimum wage and definitively operates on a more specific level. In addition, it depends on how the Government will decide to intervene in the field of minimum wage. In fact, if the intention were to provide for a general law concerning trade union representation and collective bargaining, that law would render the collective agreements universally applicable and solve the above-mentioned problem of wage treatments of the posted workers, which is one of the most complicated difficulty that the transposition legislation has to face.

Clickwork und das Arbeits- und Sozialrecht

Eberhard Eichenhofer, Berlin

I. Fragestellung

Als im 19. Jahrhundert Arbeitsrecht und Sozialversicherung geschaffen wurden, stand die Industrialisierung am Anfang. Die Menschen arbeiteten überwiegend in Landwirtschaft, Handwerk, Handel oder Verwaltung - außerhalb von Fabriken. Dann kamen neue Techniken auf und brachten neue Berufe hervor; so wurden die Staaten zu Industriegesellschaften. Zwischen 1880 und 1920 entstanden Arbeitsrecht und Sozialversicherung als Sonderrecht für abhängig Beschäftigte. Beide sind auf Arbeit ausgerichtet und mussten daher seit jeher Arbeit definieren. Die Sozialversicherung schützt Menschen vor Risiken, die aus den Gesundheits- und Lebensgefahren der Arbeit erwachsen. Für das Arbeits- und Sozialrecht unterlag die Arbeitswelt beständigem Wandel. Digitalisierung verändert die Arbeitswelt heute; abermals sind Arbeits- und Sozialversicherung herausgefordert.

Clickwork¹ verdrängt hergebrachte und schafft neue Arbeit. In Internet-Portalen von weltumspannender Ausdehnung² werden Vorhaben ausgeschrieben und Menschen gesucht, die Leistungen erbringen, deren Bedingungen und Honorierung deren Nutzer auf Basis eingeholter Angebote festsetzt. Internet schafft somit Kooperation ohne Begegnungsorte und ermöglicht damit Wirtschaften außerhalb institutionell geordneter Märkte. Auch die share economy, in der Dienste oder Gegenstände auf Internet – Plattformen gegen Entgelt zugänglich werden, werfen die Frage nach den für sie maßgeblichen Rechtsregeln auf. Beide fordern Recht prinzipiell heraus, weil sie hergebrachte Recht prägende Unterscheidungen zwischen privatem und gewerblichem Handeln (II), abhängiger und selbständiger

1 Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS), Weißbuch Arbeiten 4.0, Berlin, 2016, 59; Mecke, SGB 2016, 481, 484; Krause, Gutachten 71. DJT(2016), B 103ff; Meyer – Michaelis/Falter/Schäfer, Rechtliche Rahmenbedingungen von Crowdfunding, Der Betrieb (DB), 2016, 2543.

2 Christophe Degryse, Disruption technologique, désertion sociale?, in Isabelle Daugeir/ ders., /Philippe Pochet, Economie de plateforme et droit social: enjeux prospectifs et approche juridique comparative, Etui Working Paper 2019.10, Institut syndicale européen, p. 11, 12.

(III) wie inländischer und ausländischer Erwerbstätigkeit (IV) zweifelhaft machen.

II. Privates oder gewerbliches Handeln ?

1. Vielfalt rechtlicher Gestaltungen

„Clicken“ bezeichnet viele mögliche Internet-Aktivitäten, denen rechtlich unterschiedliche Bedeutungen zukommen. Clickwork kann der formellen Ökonomie zugehören, aber auch eine Hilfe unter einander „Vertrauten“ sein. Chatten, Shoppen und E - commerce zwischen Unternehmen (B = Business) und Konsumenten (C = consumers) sind möglich. Deren Kürzel B2C, B2B und C2C veranschaulichen, was alles geht. Nutzer von smart-phones oder tablets fragen sich: Wird dadurch eine über die Gerätenutzung hinausgehende rechtserhebliche Aktivität entfaltet? Weil smart devices private und gewerbliche Nutzungen ermöglichen, besagt deren Gebrauch nichts über deren rechtliche Folgen³.

2. Unterschiedliche Handlungsformen

Sucht ein Unternehmen Logo oder Werbespruch durch Ausschreibung und prämiert eingesandte Lösungen, ist die Beteiligung daran Privatangelegenheit. Werden Planungen, Strategien oder Routinearbeiten mittels digitaler Medien dauerhaft und gegen Entgelt für andere erledigt, beruht dies auf einem Werk-, Dienst- oder Arbeitsvertrag. Das „Weißbuch Arbeiten 4.0“ unterscheidet soziale Plattformen, digitale Marktplätze und Vermittlungs- und Crowdwork-Plattformen⁴ - letztere als Teil der sich auf Auftritte ausrichtenden „gig economy“⁵.

3 Juliet Webster, *Microworkers of the Gig Economy, separate and precarious*, 2016 New Labour Forum, 56-64; Frank Nullmeier, *Digitale Ökonomie und Folgen für die Entwicklungsrichtung der gesetzlichen Rentenversicherung*, DRV 2017,249,252 macht bei crowd- und clickwork die „Entbetrieblichung“, „Entterritorialisierung“ und einen eine wachsende Unsicherheit über den oder einen hybriden Erwerbsstatus aus.

4 BMAS, Anm. 1, 56 f.

5 „Gig“ kürzt sprachlich „engagement“ ab; er hebt hervor, dass die Leistung in Auftritten besteht; Webster, Anm. 2.

Wenn die durch „soziale Netzwerke“ verbundenen Menschen Rat in allen Lebenslagen und – fragen ermöglichen, bedeutet Helfen durch Klicken menschliche Arbeit. Wird sie wegen des in den „sozialen“ Netzwerken erhaltenen Versprechens zu gegenseitiger Hilfe geleistet, stellt sie eine private Gefälligkeit dar. Wer bei eBay verkauft oder kauft, handelt rechtserheblich - nicht nur den Plattform - Betreibern, sondern auch den Bietern gegenüber. Auf eBay eingestellte Vertragsangebote richten sich an andere und folgen dabei dem Recht der Verträge⁶. Bietet der Verkäufer einen Gebrauchtwagen für mindestens 1 € an und bietet nur ein anderer 1,50 €, wogegen alle folgenden Gebote des Bieters auf vorangegangene Scheingebote des Verkäufers darstellen (Shill Bidding), kommt der Vertrag über 1,50 € zustande⁷, weil sich das Angebot an andere richtet und deswegen Gebote des Anbieters unbeachtlich sind.

Internet-Plattformen senken Informationskosten; dies macht ihre Nutzung attraktiver als eine betriebsmäßige Organisation⁸. Ferner genießen die darin Wirkenden Autonomie bei der Arbeitserledigung; diese wird aber mit sozialer Unsicherheit erkauf⁹. Wie bei der gewerblichen Wohnraumvermietung der share economy , wo ein Gegenstand verwertet wird, wird durch clickwork die Arbeitskraft virtuell verwertet, so dass fraglich ist , ob dieser Vorgang den für Marktplätze der analogen Welt geschaffenen Regeln unterliegt.

Das Werk-, Dienst- und Arbeitsvertragsrecht ist auch auf Internet- Vertragsschlüsse anzuwenden; für die Abgrenzung dieser Vertragstypen gelten die hergebrachten Regeln. Das Recht kann internetbasierten Diensten oder Sachgütervermittlungen deshalb Grenzen setzen - etwa den von Uber vermittelten Beförderungsdienstleistungen¹⁰. Als Verkehrsdienstleistung

6 Der Verkäufer unterbreitet ein aufschiebend bedingtes Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrages, bei dem der Kaufpreis durch eine Auktion während des gesetzten Zeitraumes erzielten Höchstgebots bestimmt wird (Medicus/Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, Heidelberg, 2016 (11. Aufl.), Rn. 361).

7 BGH - 24.8.2016 – VIII ZR 100/15 = BGHZ 221,331.

8 Ulrich Walwei, Konsequenzen der Digitalisierung für strukturelle Arbeitsmarktp Probleme: Chancen und Risiken, ZSR 2016,357,361f.

9 BMAS, Anm. 1, 61; Walwei, Anm. 8,363.

10 EuGH – 20.12.2017 – C – 434/15, Asociación Profesional Elite Taxi, EU:C:2017:981 Rn 34ff.; - 10.4.2018 – C-320/16 Uber France, EU:C:2018:221, Rn. 21ff; BGH – 13.12.2018 – I ZR 3/16 BGH - MDR 2019,435 (Uber Black II) erklärte den Betrieb von Uber in Deutschland für unstatthaft.

unterliegen sie nicht europäischem Fernabsatzrecht¹¹. Die Mitgliedstaaten dürfen sie damit wegen der Monopolisierung der Personenbeförderung auf zugelassene Taxiunternehmen beschränken und verbieten.

3. Folgerungen

Die internetbasierte Arbeit steht deshalb nicht außerhalb des Rechts. Denn dessen Gestaltungen gelten auch für den internetbasierte Verkehr. Sie müssen oder sollten jedenfalls dafür Lösungen enthalten.

III. Unterscheidung abhängige – selbständige Erwerbsarbeit

1. Ausgangsunterscheidung

Clickwork begleitet jeden digitalen Arbeitsplatz. Er ersetzt menschliche Arbeit durch Apparate; dies verändert herkömmliche Arbeitsanforderungen¹². Was Clickwork bedeutet, hat Arbeits- und Sozialrecht zu klären, weil beide auf abhängig Beschäftigte ausgerichtet sind. Arbeiter und Angestellte, abhängig und selbständig Beschäftigten bezeichnen unterschiedliche wirtschaftliche Funktionen und soziale Statuspositionen. Sie erinnern noch heute an die Entstehung industrieller Arbeit und die diese einst prägende soziale Welt. Die - in Deutschland überwundene¹³, in Österreich fortgeltende¹⁴- Unterscheidung zwischen Arbeitern und Angestellten differenziert nach körperlichen oder geistigen Anforderungen an Arbeit. Her-

11 Den internetbasierten Handel für den Europäischen Wirtschaftsraum standardisierend durch Anforderungen an Vertragsschluss, Informationspflichten des Verkäufers und Widerrufsrechte des Verbrauchers; vgl. Martin Hörmann, *Der Internethandel und die neue Richtlinie über die Rechte der Verbraucher*, München 2014.

12 Walwei, Anm. 8,361ff.

13 Die 2005 in Kraft getretene Organisationsreform der Rentenversicherung überwand die historische Trennung von Arbeitern und Angestellten aus Einsicht in die fehlende Überzeugungskraft der überlieferten Unterscheidung und der Erkenntnis, dass die Angestellten von der Minderheit zur prägenden Mehrheit der Arbeitnehmerschaft geworden waren.

14 Franz Marhold/ Michael Friedrich, *Österreichisches Arbeitsrecht*, 2016 (3.Aufl.), S. 47 ff.

gebracht sollen die abhängig Beschäftigten schutzbedürftig sein¹⁵, Selbständige dagegen könnten dessen entraten, weil aus ihrer persönlichen zugleich ihre wirtschaftliche Selbständigkeit erwachse.

2. Wachsende Unsicherheiten im Gebrauch dieser Unterscheidungen

Um diese Beschäftigungen zu unterscheiden, gelten Weisungsabhängigkeit, Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation¹⁶ und Übernahme eines Unternehmerrisikos als Bestimmungskriterien. Die Praxis belehrt freilich¹⁷, wie schwer die Begriffe zu handhaben sind. Ihre Unterscheidungskraft schwindet und damit ihre Plausibilität. Die Frühphase der Industrialisierung kannte einst Produktion in klaren auf Befehl und Gehorsam beruhenden Hierarchien und eindeutigen Vorteils- und Lastentragungen in einer betrieblichen Arbeitsorganisation. In einer Welt „flacher Hierarchien“ oder gar fernab von diesen taugen diese Begriffe nicht mehr¹⁸.

Wer erteilt aber die Weisungen bei Pflege von Menschen mit mentalen Einschränkungen¹⁹? Was besagt Eingliederung, wenn Telearbeit im „Home - office“ anerkannt und häusliche Rufbereitschaft²⁰ verpflichtend wird? Wer trägt das Unternehmerrisiko bei Gewinnbeteiligung und am Arbeitsergebnis orientierter Bezahlung sowie Tätigkeiten, welche die Chance auf Nebenverdienst in Gestalt eines Trinkgelds eröffnen²¹? Die traditionellen Unterscheidungen postulieren Gegensätze in einem fluiden Kontinuum²².

15 Eberhard Eichenhofer, Sozialrecht, 2017 (10.Auflage), Rn.275ff.; Maximilian Fuchs/Ulrich Preis, Sozialversicherungsrecht, Köln 2009 (2.Aufl.) § 12.

16 Oder wie es in BSG – 29.8.2012- B 12 KR 25/10 R = SozR 4-2400 § 7 Nr 17 Rn 24 formuliert ist: „Eingliederung in eine vorgegebene Ordnung des Betriebs“.

17 BSG – 19.8.2003 -, SozR4 - 2400-§ 7 Nr. 2; BSG – 22.6.2005,-SozR 4-2400 § 7 N.5 (Transporte auf Weisung); BSG SGB 2008,401 (Pilot als Freelancer); BSG -25.4.2012 – SozR 4-2400 § 7 Nr. 15 (Familienhilfskraft auf Abruf); BSG SGB 2014,319 (Telefondienste).

18 BMAS, Anm. 1, 82ff.

19 Friedrich München, Honorarpflegkräfte –Selbständige oder Arbeitnehmer?; PflR 7/2013, S. 399- 401; Theodor Tomandl, Was ist selbständige Personenbetreuung, ZAS 5/ 2007, S. 196-202.

20 Rüdiger Krause, Anm. 1., B 37ff.mit der Folgefrage nach einem neuen Arbeitsrecht der örtlichen und zeitlichen Souveränität (ebd., B 81ff.);Martin Risack, Clickwork – viel Flexibilität, wenig Rechte, BB 11/2018, S. 1.

21 BSGE 120,99.

22 Rüdiger Krause, Anm. 1,B 18 spricht von der „Verflüssigung traditioneller Organisationsformen“; Giesen/Kerste ; Der Arbeitskampf in der digitalen Arbeitswelt, NZA 2018,1ff.

3. Beschäftigtenstatus – ein Gegenstand vertraglicher Vereinbarung

Die Rechtsprechung²³ anerkennt für Versicherungsschutz²⁴ und Beitragstragung²⁵, dass eine abhängige oder selbständige Tätigkeit das Ergebnis einer privatautonom getroffenen Festlegung der Vertragsparteien ist. Diese bestimmen, wie Dienstleistungen gegen Entgelt ausgetauscht werden - auch für Sozialversicherungsträger: „Maßgeblich für die wertende Zuordnung einer Tätigkeit zum Typus der Beschäftigung ist das Vertragsverhältnis der Beteiligten“²⁶ - „so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen wird“²⁷.

Der Vertrag wird so „Ausgangspunkt“ der sozialversicherungsrechtlichen Einordnung²⁸. Davon ist nur abzuweichen, falls das Vereinbarte tatsächlich nicht vollzogen werde, weshalb sich das praktizierte und das proklamierte Vertragsverhältnis nicht decken. Die Regeln über Versicherungspflicht und Beitragstragung gehören zum privatrechtsabhängigen Sozialrecht, bei dem privatrechtlichen Gestaltungen die sozialrechtlichen Folgen unmittelbar bestimmen²⁹.

Die auf Internetkommunikation beruhende Arbeitsorganisation macht die örtliche und arbeitsorganisatorische Bindung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer entbehrlich. Wenn Arbeit in Problemlösungen oder Projekten besteht³⁰, „Arbeitsangebot und Arbeitsnachfrage atomisiert“ werden und „temporär unter Inanspruchnahme virtueller Plattformen (Zwischenraum) aufeinandertreffen“³¹, folgt daraus für die rechtliche Qualifizierung stets eine selbständige Beschäftigung³². Dann sind die durch AGBs bestimmten Beziehungen von Auftraggeber und Plattform sowie Plattform

23 BSG SGB 2008,401 (Pilot als Freelancer),2011,633 (Familienhilfskraft auf Abruf),2014,319 (Telefondienste).

24 So noch bis heute in Deutschland Fuchs/Preis, Sozialversicherungsrecht, 2009(2.Aufl.) § 12, Eichenhofer, Sozialrecht, 2019(11.Aufl.), Rn. 274ff.

25 So die Lösung in Deutschland und Österreich: Pfeil, Österreichisches Sozialrecht,2016 (11.Aufl.),§ 2 III.

26 BSG-29.8.2012- B 12 KR 25/10 R = SozR 4-2400 § 7 Nr. 17.

27 Ebd. Rn 16.

28 Ebd.; BSGE 120,99 Rn 17.

29 zum Konzept eingehender ders., Privatrechtsabhängiges Sozialrecht, in Barta / Radner /Rainer / Scharnreither (Hg.) , Analyse und Fortentwicklung im Arbeits-,Sozial- und Zivilrecht, Festschrift für Martin Binder, Wien 2010,551 ff.

30 Ebd.

31 Krause, Anm.Anm. 1,B 20.

32 Meyer- Michaelis/Falter/Schäfer, DB 2016,2544; Mecke, SGB 2016,481,484f; zweifelnd Risack BB 2018/11,S. 1.

und crowdworker als je eigene Rechtsverhältnisse zu unterscheiden³³. Die Plattform schaffen zwischen Auftraggeber und crowdworker den Rechtsrahmen für Vertragsbeziehungen, deren Inhalt vorprogrammiert ist und daher sich einer Einzelsteuerung durch Weisungsrechte entzieht³⁴.

In der Terminologie des französischen Rechts ausgedrückt, liegt darin eine obligation de résultat und nicht eine obligation de moyen³⁵.

4. Arbeits- und sozialrechtlicher Schutz Selbständiger

Bringt die digitale Arbeitswelt Selbständige hervor, wird sie auch abhängige durch selbständige Arbeit verdrängen. Dann wird der soziale Schutz für Selbständige rechtspolitisch unabweisbar³⁶. Clickwork ist eine selbständige Erwerbsform; deren sozialer Schutz bleibt aber hinter dem von Arbeitnehmer(inne)n zurück.

Das deutsche Sozialversicherungsrecht bietet ihnen eine freiwillige Versicherung; aber diese ist meist zu teuer³⁷. Die Versicherungspflicht der Hausgewerbetreibenden³⁸ oder für wirtschaftlich abhängige Selbständige sichert die aus der Verwertung der Arbeitskraft resultierenden sozialen Risiken durch Sozialversicherung. Dieser Schutz liegt im Allgemeininteresse, weil er bei Wegfall der Erwerbsfähigkeit späterer Sozialhilfebedürftigkeit entgegenwirkt³⁹. Den neuen Selbständigen steht aber kein Arbeitgeberanteil zu; ihr Schutz müsste dann entweder auf den Arbeitnehmeranteil beschränkt bleiben und bliebe unzulänglich oder dafür eine Arbeitsver-

33 Wibke Brose, Von Bismarck zu Crowdwork: über die Reichweite der Sozialversicherungspflicht in der digitalen Arbeitswelt NZA 2017,7, 10.

34 Günther /Böglmüller, Arbeitsrecht 4.0. –Arbeitsrechtliche Herausforderungen in der vierten industriellen Revolution,NZA 2015,1025,1030ff;Däubler /Klebe, Crowdwork: Die neue Form der Arbeitgeber auf der Flucht, NZA 2015,1032ff; Kocher/Hensel, Herausforderungen des Arbeitsrechts durch digitale Plattformen – ein neuer Koordinationsmechanismus von Erwerbsarbeit, NZA 2016,984,986.

35 Also eine auf die Herbeiführung eines Erfolges und nicht eine auf die Bereitstellung von Mitteln gerichtete Verpflichtung, so auch Mecke, SGB 2016,481,484f; Walwei, Anm. 87, 362 f; Meike Pürling, Die soziale Absicherung von crowdworkern, ZSR 2016,411,419: regelmäßig schließen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Plattformen die Übernahme steuer- und sozialrechtlicher Pflichten durch deren Betreiber aus.

36 BMAS, Anm. 1, 56 f.

37 Pürling, Anm. 35,429,437.

38 Nullmeier, Anm. 3, 253.

39 Ebd.

werter-Abgabe oder steuerfinanzierte Unterstützungen als Substitut geschaffen werden⁴⁰.

IV. Unterscheidung in- und ausländischer Erwerbsarbeit

Clickwork bezieht Beschäftigte des Globus in einen Wettbewerb ein⁴¹, in dem nicht alle dem Recht eines und desselben Staates unterliegen. Aus der Internationalisierung von Arbeit ergeben sich daher die hauptsächlichen arbeits- und sozialrechtlichen Probleme von clickwork. Diese stehen in den Debatten aber nicht im Zentrum der Betrachtungen, wo sie aber hingehörten.

1. Sozialrechtsstatut

Im Sozialversicherungsrecht folgt das anwendbare Recht nicht dem Wohn- (§ 30 SGB I), sondern Beschäftigungsort oder Sitz abhängig oder selbständiger Beschäftigter⁴² (3 Nr. 1 SGB IV). Die Rechtsformen grenzüberschreitender Beschäftigung (§§ 4 und 5 SGB IV) werden „Ausstrahlung“ (§ 4 SGB IV) und „Einstrahlung“ (§ 5 SGB IV) genannt. Für sie gilt das Recht des gewöhnlichen Arbeitsortes oder Sitzes bei vorübergehender Beschäftigung außerhalb dieses Staates fort⁴³. Entsendung - auch von Dritt - Staatsangehörigen⁴⁴ - führt weder zum Verlust des bisherigen, noch zur Einbeziehung in das Sozialrecht des Staates vorübergehender Beschäftigung⁴⁵.

Das nach § 6 SGB IV gegenüber deutschem Recht vorrangige zwischen – und überstaatliche Recht findet sich in Europäischem koordinierenden Sozialrecht (VO (EG)Nr. 883/2004⁴⁶ und 987/2009⁴⁷) bestimmt das anwendbare Recht nach dem gewöhnlichen Beschäftigungsort oder bei Selbst-

40 Zur Problematik eingehend Nullmeier, Anm. 3, 258ff.

41 Webster, Anm. 4.

42 Eichenhofer in Wenner/Eichenhofer, SGB IV, 2016 (2. Aufl.), §§ 3-6 SGB IV Rn. 4ff.

43 BSG SozR 4-2400 § 4 Nr. 1.

44 Tiedemann, ZfSH/SGB 2010, 408.

45 Schoukens/Pieters, in Eichenhofer (Hg.), 50 Jahre nach dem Beginn- Neue Regeln für die Koordinierung sozialer Sicherheit, 2009, 143.

46 ABl.L 200 vom 7.6.2004 S. 1.

47 ABl.L 284 vom 30.10.2009 ,S. 1.

ständigen nach deren Sitz (Art. 11 III a lit a) VO(EG) 883/2004)⁴⁸. Dafür kommt es auf die tatsächliche Arbeitsausübung an⁴⁹. Vorübergehende Auslandsbeschäftigung von voraussichtlich nicht mehr als 24 Monaten lässt das bisher innegehabte Statut fortwirken (Art. 12 VO (EG) Nr. 883/2004)⁵⁰. Keine Entsendung liegt vor, wenn im auswärtigen Staat keine Arbeit zu erbringen ist, diese aber in mehreren Staaten wahrzunehmen ist⁵¹ oder eine Einstellung einzig zwecks Entsendung vorgenommen wurde⁵². A1-Bescheinigungen dokumentieren den Versicherungsschutz des zuständigen Staates und binden dadurch auch die Gerichte⁵³ des ausstellenden Staates sowie die Träger und Gerichte anderer Staaten⁵⁴.

Diese Regelung sichert die Grundfreiheiten, verbindet die Volkswirtschaften der Mitgliedstaaten und vermeidet die sich aus einem kurzfristigen Wechsel des Statuts sozialer Sicherheit ergebenden Nachteile der Vervielfachung von sozialen Rechten und damit verbundenen administrativen Verwicklungen⁵⁵.

Vorübergehende Betätigungen in anderen Mitgliedstaaten sind im Binnenmarkt keine „Ausnahmen“, sondern der Normalfall. Das anwendbare Recht richtet sich nicht nach dem variablen Ort der Tätigkeitsausübung, sondern es bedarf der sozialen und wirtschaftlichen Zuordnung der Gesamtbetätigung.⁵⁶ Auch Art. 11 V, 13 VO (EG) Nr. 883/2004 folgt dieser Regel, wonach das Flug- und Kabinenbesatzungspersonal von Fluggesellschaften dem Recht des Staates unterliegt eine „Heimatabasis“ (von *engl.* homebase) hat. Sie liegt dort, wo die Gesellschaft ihren Sitz und tatsächli-

48 Eichenhofer in Wenner/Eichenhofer, SGB IV, 2016 (2. Aufl.), §§ 3-6 SGB IV Rn. 14.

49 EuGH – 4.10.2012 – Rs. C-115/1 ,EU:C:2012:606 (Zaklad Ubezpieczen Spolcznych) ;BSG SozR 4-2400 § 4 Nr. 1.

50 Eichenhofer in Wenner/Eichenhofer, SGB IV, 2016 (2. Aufl.), §§ 3-6 SGB IV Rn. 14.

51 EuGH – 4.10.2012 – Rs. C-115/11, EU:C:2012:606 ,(Zaklad Ubezpieczen Spolcznych).

52 EuGH 5.12.1967, Slg 1967,401 (van der Vecht) EU:C: 1967:49.

53 EuGH -6.9.2018 – C -427/16, EU:C:2018:609 (Salzburger Gebietskrankenkasse).

54 EuGH – 10.2.2000 – C – 202/97, EU:C: 2000 :75 (Fitzwilliams) ,30.11.2000-C-178/97 EU:C 2000 :169 (Banks),26.1.2006 – C 2/05, EU:C:2006 :69 (Herbosch Kiere) ,9.4.2015 - C- 72/14; C – 197/14 ,EU:C:2015:564 (X).

55 EuGH EU:C:1970:120 (Manpower); Devetzi, in Hauck/Noftz, EU-Sozialrecht, K Art. 12 Rn. 4ff; dies. Die Kollisionsnormen des Europäischen koordinierenden Sozialrecht, 2000, 64 ff.; Cornelissen, RdA 1996,329,332; Eberhard Eichenhofer, Das Sozialrecht der EU, 2018, 7. Aufl. , Rn. 158 ff.

56 Vgl. dazu die Bestrebungen zur Erleichterung der konzerninternen Entsendung (KOM (2010) 378 endg).

chen Ausgangs- und Endpunkt der Aktivitäten ihrer Beschäftigten findet(Art. 14 Va UA 2 VO (EG) 987/09)⁵⁷.

2. Arbeitsstatut

Das auf Arbeitsverhältnisse anzuwendende Recht folgt dem von den Parteien vertraglich vereinbarten Recht (Art. 3, 8 VO (EG)593/2008 = Rom I -VO). Die darin getroffenen Normen sind universal anwendbar- auch im Hinblick auf Nicht – EU- Staaten (Art. 2 Rom I- VO).Mangels Rechtswahl gilt das Recht des gewöhnlichen Arbeitsorts (Art. 8 Rom I-VO). Dieser ist der Ort tatsächlicher Arbeitsleistung⁵⁸ oder der regelmäßige Tätigkeitsort⁵⁹, dort findet sie ihren „Schwerpunkt“⁶⁰. Er bestimmt sich danach, wo der Beschäftigte „den größten Teil seiner Arbeitszeit“ ⁶¹ verbringt, das tatsächliche Umfeld der Arbeitsleistung liegt⁶², wovon ausgehend die Arbeit organisiert wird und Anweisungen ergehen oder bei Transporten deren Ausgangs- und Endpunkte liegen⁶³.

Nach Art. 8 II 2 Rom I-VO tritt kein Wechsel des auf ein Arbeitsverhältnis anwendbaren Rechts ein, falls der / die Arbeitnehmer/in vorübergehend der Arbeit in einem anderen Staat nachgeht. So wird ein Statutenwechsel⁶⁴ vermieden; eine Entsendung berührt grundsätzlich nicht die Geltung des Rechts des gewöhnlichen Arbeitsortes⁶⁵. Eine Entsendung verlangt deshalb eine ihr vorhergehende Inlandsbeschäftigung, aus der heraus sie erfolgt⁶⁶ und die Rückkehr an den Ort geschieht, von dem sie aus-

57 Devetzi, in Hauck/Noftz, EU-Sozialrecht, K Art. 11 Rn. 27a.

58 Friedrich in Marhold/Fuchs, Europäisches Arbeitsrecht, Wien 2018(5.Aufl.),579ff.; Krebber in Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum Europäischen Arbeitsrecht, 2016, Rn. 37; Martiny in MünchKomm, IPR,2010 (5.Aufl.), Art 8 Rom I –VO Rn. 11, 46 f.;Deinert , Entsendung, in Schlachter/Heinig(Hg.),Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, 2016 ,§ 10 Rn. 5,Rn 5.

59 EuGH - 13.7.1993- C-125/92 (Mulox) EU:C: 1993:306.

60 Krebber ,Anm. 58, Rn. 36; Martiny ,Anm. 58, Rn. 49; Deinert , Anm. 58 ,§ 10 Rn. 5.

61 EuGH – 15.3.2011 – C- 29/10,Rn 42 (Koelzsch) EU:C: 2011 :151 Rn. 45.; Deinert, Internationales Arbeitsrecht, 2013, § 9 -87.

62 EuGH – 15.3.2011 – C- 29/10 Rn 42 (Koelzsch) EU:C:2011:151 ; 15.12.2011 C-384/10 Rn. 38 Voorgsgeerd EU:C:2011:842.

63 ⁶⁰ Krebber, Anm. 58, Rn. 37.

64 Ebd., Rn 38.

65 Martiny, Anm. 58,Rn 56.

66 BAG AP IPR ArbR Nr. 17.

ging⁶⁷. Hinweise für eine Inlandsbeschäftigung ergeben sich auch aus dem Arbeitgebersitz⁶⁸ oder Erfüllungsort für die Steuer- und Beitragspflichten⁶⁹. Keine Entsendung liegt vor, wenn die Auslandsbeschäftigung einmalig und befristet vereinbart wird⁷⁰.

Die Regeln über die Entsendung von Arbeitnehmern folgen aus der Dienstleistungs- und Warenverkehrsfreiheit der diese beschäftigenden Arbeitgeber⁷¹. Die einem Drittstaatsangehörigen erteilte Arbeitsgenehmigung für die Tätigkeit in einem Staat berechtigt den Arbeitgeber auch, die oder den Beschäftigten in einem anderen Mitgliedstaat tätig werden zu lassen und entfaltet damit eine transnationale Wirkung.⁷² Denn die Entsendung geht vom Arbeitgeber aus und folgt aus dessen Weisungsrecht; die Beschäftigten entscheiden also nicht autonom, weswegen sie nicht ihre Freizügigkeit gebrauchen.

Die am Ort der vorübergehenden Arbeitsleistung gültigen Bestimmungen gelten als „Eingriffsnormen“ (Art. 9 Rom I -VO).⁷³ Diese sichern öffentliche Belange und Mindestarbeitsnormen des Staates der Beschäftigungsausübung – auch gegenüber dem Arbeitsvertragsstatut im Wege der Sonderanknüpfung⁷⁴. Eingriffsnormen vollziehen sich regelmäßig nicht von selbst, sondern kraft Rechtsanwendungsentscheidung durch das am Arbeitsort geltende Recht! Die Differenzen im Recht der Staaten führen beim Gesundheitsschutz grenzüberschreitender Arbeitnehmer zu Vollzugsproblemen⁷⁵.

Die Arbeitnehmer-Entsende-Richtlinie 96/71/EG⁷⁶ war Rechtsgrundlage für das Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG). Danach werden die aus an-

67 Deinert, Anm. 55, § 9 -102ff.

68 BAG -24.8.1989 – 2 AZR 3/89 = AP Nr. 30 IPR.

69 EuGH -19.3.2013 – C- 64/12 (Schlecker) EU:C:2013:551.

70 Martiny, Anm. 58, Rn 56.

71 EuGH -27.3.1990 – C – 113/89 (Rush Portuguesa) EU:C:1990 :142; 9.8.1994 – C- 43/93 (Vander Elst) EU:C: 1994.310.

72 Heuschmid/Schierle, Entsendung und Arbeitskollisionsrecht, 2015 , in Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 5 Rn. 38ff.

73 Deinert, Anm. 58, § 10-22; Wolfhard Kothe, Gesundheitsschutz in der Grauzone – Arbeitsbedingungen entsandter Beschäftigter, in Devetzi/Janda(Hg.), Freiheit – Gerechtigkeit – Sozial(es) Recht , Festschrift für Eberhard Eichenhofer, Baden-Baden 2015, 314 ff.

74 Heuschmid/Schierle, Anm. 71, § 5 Rn. 55ff.; Deinert, Anm. 58, § 10-21ff.; zum Begriff: EuGH -23.11. 1999C-369/97 ,EU:C:1999:575 (Arblade); 19.6.2008 – C- 319/06 EU:C: 2008 :350 (Kommission./ . Luxemburg).

75 Kothe , Anm. 73, 318 ff.

76 Vom 16.12.1996 (ABl L vom 21.1.1997, S. 1); Friedrich , Anm. 58 ,590 ff.

deren EU-Staaten nach Deutschland entsandten Arbeitnehmer(innen) zu den in Deutschland geltenden Mindestarbeitsbedingungen beschäftigt; auch der gesetzliche Mindestlohn ist zu zahlen. Vollzugshemmnisse sollten durch die Richtlinie 1024/2014/EU⁷⁷ überwunden werden, damit die in der Richtlinie 96/71/EG⁷⁸ getroffenen Regeln in der ganzen EU wirksam werden.

Der EuGH befand schon in seiner Spruchpraxis in den Rechtssachen Laval⁷⁹ und Rüffert⁸⁰ und seither in ständiger Rechtsprechung, dass auch die im Staat der Arbeitsausübung gültigen Mindestlöhne bei Entsendung zu beachten sind und daher nicht unterschritten werden dürfen. Dies zeigt, dass die Beschäftigung außerhalb des Staates der gewöhnlichen Beschäftigung zwar dessen Recht unterworfen bleibt, die elementaren arbeitsrechtlichen Schutzstandards des Staates der vorübergehenden Beschäftigung aber ebenfalls gültig sind.

Für Vertragsverhältnisse unter Selbständigen bestimmt sich das anwendbare Recht durch Rechtswahl, wobei diese ausdrücklich oder konkludent vorgenommen werden kann (Art. 3 Rom I-VO). Dies entspricht der Vertragsfreiheit; auch die Rechtswahl folgt daraus⁸¹. Auf Dienstleistungsverträge – verstanden als entgeltliche, grenzüberschreitende vorübergehend erbrachte Tätigkeit – findet das Recht des Staates Anwendung, in welchem der Dienstleistende seinen gewöhnlichen Aufenthalt innehat (Art. 4 I lit b) Rom I-VO)⁸². Auch auf das danach gewählte oder kraft Wohnsitzes anzuwendende Recht sind die Eingriffsnormen des Rechts am Ort der Dienstleistungserbringung oder des Forums (Art. 9 Rom I-VO) anzuwenden⁸³.

77 Vom 15.5.2014 (ABl.L 159/11).

78 EuGH - 27.3.1990 – C – 113/89 (Rush Portuguesa), EU:C:1990:142 ; - 9.8.1994 – C-43/93 (Vander Elst), EU:C:1994:310.

79 EuGH -18.12.2007– C-341/05 (Laval) , EU:C: 2007:809; dazu Deinert, Anm. 57, § 10 Rn. 33 ff.

80 EuGH – 3.4.2008 – C- 346/06 (Rüffert), EU:C:2008 :189.

81 MünchKomm- Martiny, Internationales Privatrecht I, 2015 (6.Aufl.), Art. 3 Rom I-VO Rn. 8,14, Rom I-VO Rn. 11.

82 Palandt-Thorn, BGB, 2019 (78.Aufl.), Art. 4 Rom I-VO Rn. 11; Martiny, Anm. 81, Art. 4 Rn. 35-38.

83 Thorn, Anm. 81 ,Art. 9 Rom I-VO Rn. 1,5,6,8f; Martiny ,Anm. 81, Art. 9 Rn. 7,9f.,20,27 und 35.

3. Folgerungen

Unterliegen Leistung und Leistungserbringung unterschiedlichem Recht, wird mangels gemeinsamer rechtlicher Verbundenheit die Begründung und Rechtfertigung fremdnütziger Abgabepflichten schwierig. Ubiquität und Omnipräsenz des Internets trennen Leistungserbringer und –empfänger also nicht nur räumlich, sondern auch rechtlich. Die Internationalität des Internets macht es wahrscheinlich, dass die sich nach dem Recht des Sitzes des Nachfragers beurteilende Leistung einer anderen Rechtsordnung unterworfen ist als die Stellung des Leistungserbringers nach dem Recht seines Sitzes oder Beschäftigungsortes. Aus dieser trivial erscheinenden Folgerung ergeben sich alles andere als triviale Folgen.

Denn die Leistungserbringung folgt regelmäßig nicht dem Recht der Leistung. Das traditionelle Arbeits- und Sozialrechts band dagegen die Leistung sozial, um den Erbringer der Leistung zu schützen. Diese Regelungsmethode versagt deshalb bei clickwork. Die steuerliche Förderung Selbständiger durch staatliche Zuschüssen zur Rentenversicherung käme daher nur den im selben Staat niedergelassenen Erwerbstätigen gute, nicht aber Selbständigen außerhalb des Staates der Leistungserbringung⁸⁴. Tritt der Schutz der Leistungserbringer aus dem Gesichtskreis des Rechts der Leistung, bleibt den Beschäftigten der arbeits- und sozialrechtliche Schutz regelmäßig versagt.

Daraus erwächst für den Staat der Leistungserbringung eine eigene Verpflichtung und eigenständige Verantwortung. Gelten seine arbeitsrechtlichen Schutznormen nicht als Eingriffsnormen, weil die Beschäftigten regelmäßig statt als Arbeitnehmer, als Selbständige tätig werden, ist vom Staat daher zu überprüfen, inwieweit dessen Garantien auch auf Selbständige zu erstrecken sind, wie dies für „arbeitnehmerähnliche Selbständige“ schon geschehen und im Mutterschutz schon umfassend verwirklicht ist. Ferner wird die Unabdingbarkeit eines verpflichtenden Sozialversicherungsschutzes für Selbständige sichtbar und gleichzeitig klar, dass die Substitute für den Arbeitgeberbeitrag angesichts der Internationalität von Auftraggebern - in des Wortes unmittelbarem Sinn - an „Grenzen“ stoßen. Deren steuerliche Förderung ginge ins Leere, weil nur ein kleiner Teil auch dem sie fördernden Fiskus steuerpflichtig wäre. Internationales Recht offenbart die Aufgaben und Grenzen nationalen Rechts beim sozialen Schutz von crowdworkern und zeigt die Schwierigkeiten im Hinblick auf

84 Pürling, Anm. 35 ,437.

die Einbeziehung von Nutznießern der Leistung für die Finanzierung des sozialen Schutzes der Leistungserbringer.

Der Staat am Sitz des Dienstleistungsempfängers muss die soziale Sicherung der in der digitalen Arbeitswelt aktiven Selbständigen – losgelöst vom Empfänger der Leistung gewährleisten. Die Suche nach einem Arbeitgeber-Beitrags-Substitut für Selbständige ist vergeblich.

Internationales Recht offenbart damit Grenzen nationalen Rechts beim sozialen Schutz von Crowdworkern und zeigt gleichzeitig die Schwierigkeiten im Hinblick auf die Einbeziehung von Nutznießern der Leistung für die Finanzierung des sozialen Schutzes der Leistungserbringer. Dies hat Folgen für die Finanzierung des Schutzes von Arbeitnehmer(innen). Eine von der IAO ⁸⁵ vorgenommene Analyse der Beschäftigungs- und Sicherungsbedingungen von Plattformarbeit kam daher folgerichtig zu dem Ergebnis, für sie müsse ein eigenständiger und den Arbeitnehmer(inne)n gleichwertiger Schutz in jedem Staat unabhängig vom Sitz des Nutznießers und unter Absehen von dessen finanzieller Beteiligung geschaffen werden.

Denn angesichts der durch die online - Welt geschaffenen internationalen Möglichkeiten grenzüberschreitender Beschäftigung können die Nutznießer von crowdwork regelmäßig nicht zum Beitragseinzug oder zu Beitragszahlungen mit herangezogen werden. In dem Maße wie Selbständigen- Arbeit international wird, ist deren sozialer Schutz durch das Recht sozialer Sicherheit des Staates der Niederlassung zu sichern.

85 Janine Borg/Marianne Furrer / Ellie Harmon / Una Rami / M Six Silberman, ILO, Digital labour platforms and the future of work; Decent work in the online world (2017).

Il diritto del lavoro italiano e la Germania¹

Lorenzo Gaeta, Siena

1. Le radici tedesche del diritto del lavoro italiano

Una delle più durature subordinazioni del diritto del lavoro italiano è quella nei confronti della cultura giuridica tedesca, della quale siamo stati ampiamente tributari, se non addirittura oggetto di colonizzazione, almeno fino agli scorsi anni '70.

A fine Ottocento, passare un congruo periodo di studi in Germania fa parte del bagaglio obbligatorio del buon giurista, e i primi che si cimentano con la “nuova” materia del lavoro non fanno eccezione. Ma la scoperta della dottrina tedesca è vissuta dagli studiosi italiani in un unico modo, come importazione². Analogamente, i nostri governi inviano emissari in Germania per “spiare” cosa sta facendo il cancelliere Bismarck in materia di politica sociale, nel tentativo di trovare soluzioni alle forti tensioni sociali del paese.

Perciò, gli “atti fondativi” del diritto del lavoro italiano, sia in campo normativo che in campo scientifico, risentono in maniera fortissima dell'*imprinting* germanico. Dopo il fallimento di soluzioni civilistiche del problema della tutela contro gli infortuni sul lavoro – che nostri studiosi ricopiano sostanzialmente da analoghe ricostruzioni tedesche³ – si sceglie la soluzione legislativa, e anche qui si vede nella Germania un modello⁴: nel 1884 vi è stata approvata una legge sull'assicurazione obbligatoria, ed essa, dopo una lunghissima relazione di un funzionario ministeriale che ha

1 Il saggio prende spunto da quello pubblicato in LD, 2016, p. 695 ss.

2 *Beneduce*, La volontà civilistica. Giuristi e scienze sociali in Italia tra '800 e '900, Newprint, Napoli, 1990, p. 17 ss.

3 È l'accusa che *Cazzetta*, Leggi sociali, cultura giuridica ed origini della scienza giuridica in Italia tra Otto e Novecento, QF, 1988, p. 194, nt. 98, rivolge a *Fusinato*, Gli infortunii sul lavoro e il diritto civile, Loescher, Roma, 1887.

4 *Gaeta*, Der deutsche Einfluß auf die Entwicklung des italienischen Wohlfahrtssystems, in *Mazzacane/Schulze* (Hrsg.), Die deutsche und die italienische Rechtskultur im “Zeitalter der Vergleichung”, Duncker & Humblot, Berlin, 1995, p. 215.

passato del tempo in Germania⁵ e dopo estenuanti dibattiti, viene adattata al nostro paese nel 1898. Raramente un nostro provvedimento può dirsi così tributario di una legge straniera.

Questo per quanto riguarda il diritto scritto. Ma ancora più determinante è l'influenza tedesca nella fase che il diritto del lavoro vive proprio all'inizio del nuovo secolo, quando due importanti studi danno il via alla sua concettualizzazione; il più massiccio di questi è relativo al rapporto individuale, l'altro al contratto collettivo, in pratica l'unica parte emersa del futuro diritto sindacale, essendo lo sciopero – e la stessa libertà sindacale – materia oggetto per lo più dell'attenzione dei penalisti.

Il poderoso volume di Lodovico Barassi⁶ sul contratto di lavoro è fortemente debitore della dottrina di lingua tedesca⁷, numericamente più citata di quella italiana; è impressionante vedere come su tanti temi centrali e collaterali sia minutamente ricostruito il dibattito che si va sviluppando nel mondo germanico, del quale il giovane autore ha ben assimilato la cultura giuridica. Bernhard Windscheid, in assoluto l'autore più citato nel libro, e Heinrich Dernburg, uno dei punti di riferimento degli studi berlinesi di Barassi, esercitano un'influenza assolutamente decisiva nei confronti dell'opera, inseribile a pieno titolo nel filone della pandettizzazione della scienza giuridica italiana, che coinvolge a cavallo tra i due secoli i nostri giuristi impegnati nella stabilizzazione delle nuove realtà⁸.

Pochi anni dopo, un civilista raffinato e tecnico ma poco tradizionalista come Giuseppe Messina rivisita il fondamentale saggio sul contratto collettivo di Philipp Lotmar⁹ e lo declina all'italiana¹⁰, segnando l'inizio del nostro diritto sindacale¹¹. Lo scritto di Messina risente metodologicamente moltissimo – pur dissentendovi anche in punti nodali – della dottrina da

5 *Mazzola*, L'assicurazione degli operai nella scienza e nella legislazione germanica, Botta, Roma, 1885.

6 *Barassi*, Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano, Sel, Milano, 1901.

7 *Gaeta*, Lodovico Barassi, Philipp Lotmar e la cultura giuridica tedesca, DLRI, 2001, p. 165.

8 *Cianferotti*, La prolusione di Orlando, il paradigma pandettistico, i nuovi giuristi universitari e lo Stato liberale, RTDP, 1989, p. 925.

9 *Lotmar*, Die Tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, ASGS, 1900, p. 1.

10 *Messina*, I concordati di tariffa nell'ordinamento giuridico del lavoro, RDC, 1904, I, p. 458.

11 *Vardaro*, L'inderogabilità del contratto collettivo e le origini del pensiero giuridico-sindacale, DLRI, 1979, p. 537; *Vano*, Riflessione giuridica e relazioni industriali fra Ottocento e Novecento: alle origini del contratto collettivo di lavoro, in *Mazzacane* (a cura di), I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Nove-

cui prende spunto, che si dimostra davvero decisiva nell'avvio di una fase fondamentale del diritto del lavoro italiano¹².

Anche la prima monografia sul contratto collettivo, cioè la tesi di laurea di Alberto Galizia¹³, è largamente tributaria della dottrina di Lotmar, rivisitata alla radice, anche per poter superare qualche difficoltà insita nelle teorie di Messina; l'originale studio, anzi, propone idee sulla necessaria dimensione collettiva della relazione di lavoro e sull'elemento associativo come base del contratto collettivo, che poi – del tutto indipendentemente – saranno meglio articolate proprio in Germania da Hugo Sinzheimer¹⁴, il quale si sta gradualmente imponendo come nuovo punto di riferimento della cultura giuslavoristica tedesca, con la sua rivoluzionaria prospettiva di liberare il diritto del lavoro dagli schemi ingabbiati del diritto privato di radice romanistica, presupponenti un'inesistente eguaglianza formale, e di imperniarlo piuttosto sull'autonomia dei gruppi sociali, produttiva di una propria normativa¹⁵.

2. La Grande guerra contro la Germania e le ambiguità dell'abbraccio fascista

La dipendenza della dottrina italiana – ovviamente, anche quella giuslavoristica – nei confronti della modellistica e del metodo tedeschi non si arresta nemmeno quando la Germania diventa nemica sui campi di battaglia della Grande guerra¹⁶. Anzi, se l'esempio è quello di Barassi, può addirittura dirsi che la germanizzazione risulta ancora più marcata nella seconda

cento, Liguori, Napoli, 1986, p. 127; *Marchetti*, L'essere collettivo. L'emersione della nozione di collettivo nella scienza giuridica italiana tra contratto di lavoro e Stato sindacale, Giuffrè, Milano, 2006.

12 *Nogler*, Lotmars Aufklärung der Arbeitsverträge: «manches Unrecht kann den Verlust seines Inkognitos nicht überleben», in *Fargnoli* (Hrsg.), Philipp Lotmar: letzter Pandektist oder erster Arbeitsrechtler?, Klostermann, Frankfurt/M., 2014, p. 145; *Pedrazzoli*, Philipp Lotmar e il nostro giuslavorismo: un secolo di influssi e suggestioni, in Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo, Cacucci, Bari, p. 733.

13 *Galizia*, Il contratto collettivo di lavoro, Piero, Napoli, 1908.

14 *Sinzheimer*, Der korporative Arbeitsnormenvertrag. Eine privatrechtliche Untersuchung, Duncker & Humblot, Berlin, 1907–08; *Id.*, Ein Arbeitstarifgesetz. Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht, Duncker & Humblot, Berlin, 1916.

15 *Cazzetta*, L'autonomia del diritto del lavoro nel dibattito giuridico tra fascismo e repubblica, QF, 1999, p. 543.

16 *Cianferotti*, 1914. Le Università italiane e la Germania, Il Mulino, Bologna, 2016.

edizione della sua opera¹⁷, che fa i conti con l'imponente libro di Philipp Lotmar sul contratto di lavoro secondo il diritto privato tedesco¹⁸, impregnato del progetto pandettistico di comprensione completa della realtà fattuale con gli strumenti classici: esso viene citato più di trecento volte, e, pur tra diversi dissensi, seguendone piuttosto fedelmente l'impostazione ricostruttiva¹⁹.

Può sembrare banale che durante il fascismo si registri una riaffermazione della matrice tedesca del diritto del lavoro italiano. La circostanza, quasi ovvia per molti dopo l'ascesa in Germania di un regime politico affine al nostro, è però verificabile anche prima di allora, da parte di alcuni giuristi più avvertiti, che si confrontano criticamente con le tesi dei giuslavoristi della repubblica di Weimar, autentica fucina di novità e sperimentazioni²⁰. Gli importanti studi di Lorenzo Mossa²¹ propongono un diritto del lavoro non più privatisticamente individualistico, ma coordinato, inserito nell'impresa, intesa come comunità sociale che esprime interessi preminenti rispetto alle parti; un diritto «libero», nella realtà pulsante delle relazioni sociali. La ricostruzione, frutto, appunto, del «suo appassionato e innamorato nutrirsi di letture tedesche»²², fa continuo riferimento a Sinzheimer e agli altri giuslavoristi weimariani.

Ma Mossa viene subito accantonato, apparendo troppo venato di sociologismo. In ogni caso, anche negli anni '20, ogni monografia lavoristica di spessore scientifico è, senza eccezioni, ricchissima di riferimenti ai manuali più classici²³, ma anche, per il momento, ad autori weimariani²⁴.

Il maggiore punto di impatto della dottrina tedesca diventa, allora, quello della discussione sulla natura del rapporto di lavoro. Anche durante il fascismo, la tesi dominante rimane sostanzialmente ancora quella contrat-

17 Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Sel, Milano, 1915-17.

18 Lotmar, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1902-08.

19 Passaniti, *Storia del diritto del lavoro. I – La questione del contratto di lavoro nell'Italia liberale (1865-1920)*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 169 ss.

20 Per tutti, Sinzheimer, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, Fischer, Jena, 1927.

21 Mossa, *Il diritto del lavoro*, Libreria italiana e straniera, Sassari, 1923; *Id.*, *L'impresa nell'ordine corporativo*, Sansoni, Firenze, 1935.

22 Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 148.

23 Per tutti, Nikisch, *Die Grundformen des Arbeitsvertrages und der Anstellungsvertrag*, Hobbing, Berlin, 1926; Hueck/Nipperdey, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, Bensheimer, Berlin-Mannheim-Leipzig, 1927.

24 Ad esempio, Potthoff, *Arbeitsrecht. Das Ringen um werdendes Recht*, Mauritius, Berlin, 1928; Kaskel, *Arbeitsrecht*, Springer, Berlin, 1928.

tualistica, scelta dal codice civile e tracciata con sicurezza dalla dottrina liberale di inizio secolo²⁵. Ma, anche per motivi più schiettamente ideologici, l'influsso di un'altra corrente non tarda a farsi sentire. Il dibattito è singolarmente simile a quello che contemporaneamente si svolge in Germania: da un lato, si pongono le teorie fedeli ai postulati contrattualistici, fondate sul connotato formale della disponibilità del lavoratore; dall'altro, le teorie organicistiche, che, in armonia con le nuove logiche collaborative, enfatizzano il ruolo dell'impresa come istituzione all'interno della quale collaborano capitale e lavoro, e che – ora più ora meno – elevano a fonte del rapporto l'inserzione del lavoratore nell'organizzazione gerarchica creata e diretta dall'imprenditore. Una *summa* di quest'ultimo pensiero è nell'importantissimo libro di Paolo Greco sul contratto di lavoro²⁶, pieno di riferimenti tedeschi. La lettura organicistico-istituzionistica del rapporto di lavoro, dove l'inserimento nell'impresa-istituzione ripete la *Eingliederung* germanica, risulta largamente dipendente dalle ricostruzioni tedesche, dapprima nella loro declinazione "corporativa" gierkiana, poi nella innovativa versione autonomistica e sociale weimariana, infine nella lettura consona ai dettami nazionalsocialisti del *Führerprinzip* e della statalizzazione del diritto del lavoro.

Dopo l'avvento del nazismo in Germania, i nostri migliori studiosi evitano di tessere l'apologia del nuovo sistema giuslavoristico che vi si va imponendo (mentre tanti lavoristi tedeschi apportano solo poche correzioni ai manuali scritti durante la repubblica²⁷). Da noi c'è sicuramente interesse intorno alla legge del 1934 sulla «organizzazione del lavoro nazionale» e al complessivo sistema che ne deriva²⁸; ma l'analisi del giuslavorista italiano presenta non pochi accenti critici, poiché la soluzione tedesca prefigura un sistema organicistico ritenuto diverso da quello corporativo "puro"²⁹, che tanti studiosi rivendicano come creazione originale del fascismo³⁰, dimenticando naturalmente che il corporativismo è categoria antica, legata al

25 Per tutti, Barassi, *Diritto del lavoro e diritto sindacale corporativo*, ASC, 1930, p. 47.

26 Greco, *Il contratto di lavoro*, Utet, Torino, 1939.

27 Hueck/Nipperdey, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, Bensheimer, Berlin-Mannheim-Leipzig, 1935; Nikisch, *Arbeitsrecht*, Mohr, Tübingen, 1936.

28 Nogler, L'idea nazionalsocialista di un "nuovo ordine europeo" e la dottrina corporativa italiana, DLRI, 2001, p. 337.

29 Miglioranza, La nuova legge tedesca sui rapporti di lavoro, DL, 1934, I, p. 73; D'Eufermia, Il dirigente d'azienda e il suo seguito secondo la nuova legge germanica del lavoro, DL, 1934, I, p. 494.

30 Stolzi, L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista, Giuffrè, Milano, 2007.

pluralismo, all'autonomia dei gruppi sociali, da leggere quindi sganciata rispetto all'applicazione autoritaria fatta del regime.

3. *Neopandettisti, contrattualisti, istituzionisti: la colonizzazione del dopoguerra*

Nell'Italia democratica uscita dal crollo dei fascismi e che si è appena data una Costituzione «fondata sul lavoro», il diritto del lavoro timidamente alla ricerca di una nuova identità viene subito “occupato” da Francesco Santoro Passarelli, che, rifondandolo, gli imprime un marchio duraturo. La sua opera³¹ risistema alla radice l'intero diritto del lavoro, venendo poi a costituire, con le sue “dottrine generali” civilistiche, una sorta di manifesto del nuovo assetto liberista dell'Italia repubblicana, la sua «glossa ordinaria»³². L'influenza tedesca è più che evidente nell'utilizzo di una sistematica e di un metodo prettamente pandettistici, che danno vita a una rappresentazione svolta esclusivamente tramite le categorie comuni civilistiche dell'autonomia collettiva e individuale; anche se il prezzo di queste *Allgemeine Lehren*, limpide geometrie ordinanti e semplificatrici, rischia di essere piuttosto salato, cioè quello di mettere del tutto tra parentesi la Costituzione, che alla fine non apporterebbe «sostanziali innovazioni» alle norme sul rapporto di lavoro³³.

Nell'immediato dopoguerra si assiste a una forte ripresa delle teorie istituzionistiche, il cui debito nei confronti della dottrina tedesca è esplicito. In un primo tempo, tali ricostruzioni, imperniate sull'inserzione del rapporto di lavoro nell'*Unternehmen an sich*, vengono prospettate da studiosi formati all'interno dell'accademia corporativa³⁴. Subito dopo, però, esse vengono riprese “da sinistra”, nell'ambito del gruppo coagulato ideologicamente intorno alle posizioni socialcomuniste della *Rivista giuridica del lavoro*. In momenti nei quali gli effetti della guerra fredda si fanno sentire in maniera particolare nei rapporti di lavoro, questi giuristi tendono a valorizzare la Costituzione democratica, dove l'impresa-istituzione viene letta co-

31 Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1945 (35ª ed., 1995); *Id.*, *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, RISG, 1949, p. 138.

32 Cianferotti, 2016, p. 177.

33 Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1969, p. 15.

34 In questo senso, Balzarini, Cesarini Sforza, Miglioranza, in *La tutela delle libertà nei rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1955.

me una formazione sociale *ex art.* 2³⁵. Il richiamo alla dottrina e alla prassi tedesca è poi letterale in chi – sempre all'interno di quel gruppo – inizia a ricostruire il rapporto di lavoro come rapporto associativo, superando le logiche scambistiche del contratto di diritto comune³⁶. Acontrattualismo istituzionista che sarà presto riproposto nella originale ricostruzione di Renato Scognamiglio³⁷, esercitatosi anch'egli con la dogmatica tedesca³⁸. E le teorie organicistiche non vengono rispolverate solo da sinistra: anche ampie fasce della dottrina di ambiente Cisl iniziano a parlare di “comunità d'impresa” e quindi di una visione associativa del rapporto di lavoro, sia perché ricostruzioni comunitarie del genere sono sempre appartenute al patrimonio ideologico cattolico sia sotto la spinta di un papa notoriamente influenzato dalla cultura tedesca come Pio XII³⁹.

Dall'altro lato, però, si forma una cospicua corrente contrattualista, che ha come bussola un saggio fondamentale di Luigi Mengoni sulle obbligazioni di mezzi e di risultato⁴⁰, strapieno di riferimenti al mondo giuridico tedesco. Anche qui, rispetto alla lettura filo-imprenditoriale, volta a enfatizzare il ruolo dell'autonomia negoziale e della libertà contrattuale, prende presto il sopravvento una corrente “di sinistra”, che mette in guardia dai pericoli di una ricostruzione sostanzialmente finalizzata a mascherare in nome di un preteso interesse superiore dell'impresa-istituzione l'attribuzione diretta di poteri all'imprenditore, e afferma perciò tesi contrattualistiche con «una forte opzione antifascista e liberale»⁴¹.

In questa variegata azione di ricognizione dei confini e dei contenuti di una materia in ricostruzione (come il resto del paese), in tanti saggi di robusto spessore teorico e dalle serrate argomentazioni metodologiche, è sempre costantemente presente il riferimento alla dottrina tedesca, che ogni lavorista degno di questo nome non può ignorare, magari citando interi passi in lingua originale, con l'assoluta certezza di essere compreso: è ancora l'epoca in cui il soggiorno in Germania fa parte della formazione

35 Per tutti, *Natoli*, Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro, Giuffrè, Milano, 1955.

36 *Grassetti, Becca*, in *La tutela delle libertà nei rapporti di lavoro*.

37 *Scognamiglio*, *Lezioni di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 1963.

38 *Scognamiglio*, Intervista, in *Ichino* (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana. Teorie e vicende dei giuslavoristi dalla Liberazione al nuovo secolo*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 520.

39 *Ichino*, I primi due decenni del diritto del lavoro repubblicano: dalla Liberazione alla legge sui licenziamenti, *ivi*, p. 32 ss.

40 *Mengoni*, *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi”* (studio critico), *RDC*, 1954, I, pp. 185, 280, 366.

41 *Mancini*, Intervista, in *Ichino*, p. 484.

del giurista – quindi anche di chi studia il diritto del lavoro –, che viene considerato maturo solo dopo aver imparato «il passo dell’oca»⁴², metafora del possesso del metodo dogmatico, troppo evidentemente legata al mondo germanico. I punti di riferimento continuano ad essere esattamente gli stessi studiosi degli anni ‘30, completamente riciclati nel nuovo Stato democratico, dove sfornano riedizioni dei loro inossidabili manuali⁴³.

4. Come disimparare il passo dell’oca: la lezione di Giugni e Mancini

La storia è nota al punto da essere diventata mito: la nave che nel 1951 porta negli Stati Uniti due lavoristi alle prime armi, Gino Giugni e Federico Mancini, che si conoscono proprio in quella occasione, è ormai diventata la *Santa Maria* del diritto del lavoro italiano. Dall’America i due studiosi ritornano con un bagaglio culturale che, tramite i loro scritti, imprime alla materia una brusca svolta dal dogmatismo del dopoguerra al pragmatismo di una lettura attenta non più ai soli dati tecnico-normativi, ma anche a quelli socio-economici e alle relazioni industriali. Mancini dapprima impara il passo dell’oca, scrivendo – così come i più giovani Giorgio Ghezzi e Umberto Romagnoli – opere «in gran parte parlate o pensate in tedesco»⁴⁴. Poi imposta in modo nuovo i rapporti tra diritto privato e diritto del lavoro, coniugando originalmente l’esame rigoroso delle categorie civilistiche con la politica del diritto e la valorizzazione del contesto costituzionale⁴⁵. Con lui, l’opzione contrattualistica e antiorganicismistica del rapporto di lavoro, esplicitamente ribadita in una corposa recensione al manuale di Nikisch⁴⁶, si afferma definitivamente, con le interessanti puntualizzazioni, anch’esse importate direttamente dalla Germania, fornite da Luciano Spa-

42 Così *Carnacini* nei confronti dei propri allievi: *Mancini*, Intervista, p. 480.

43 *Nikisch*, *Arbeitsrecht*, Mohr, Tübingen, 1955; *Hueck/Nipperdey*, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, Vahlen, Berlin-Frankfurt/M., 1957.

44 *Giugni*, Intervista, in *Ichino*, p. 448, che si riferisce a *Mancini*, La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro, Giuffrè, Milano, 1957; *Id.*, Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro, Giuffrè, Milano, 1962–66; *Ghezzi*, La mora del creditore nel rapporto di lavoro, Giuffrè, Milano, 1963; *Romagnoli*, La prestazione di lavoro nel contratto di società, Giuffrè, Milano, 1967.

45 Riassuntivamente, *Mancini*, Costituzione e movimento operaio, Il Mulino, Bologna, 1976.

46 *Mancini*, Leggendo l’“Arbeitsrecht” di Arthur Nikisch, RTDPC, 1957, p. 313.

gnuolo Vigorita⁴⁷, mettendo in un angolo le ricostruzioni centrate ancora sulla comunità di lavoro e sulla natura associativa del rapporto, anch'esse proposte in densi saggi, ricchi di riferimenti tedeschi⁴⁸.

Giugni, dal canto suo, libera il diritto sindacale da schemi altrettanto vecchi e rigidi, ricostruendolo su fondamenta completamente nuove. La sua teoria dell'ordinamento intersindacale⁴⁹, imperniata sul riconoscimento dell'esistenza di un ordinamento originario, autoproduttivo di regole pragmatiche che governano i rapporti di lavoro, talvolta confliggenti con quelle dell'ordinamento statale – con cui convive e dal quale non ha bisogno di legittimazioni –, si fonda, oltre che sull'esperienza pluralista anglosassone delle *industrial relations*, sulla rielaborazione originale delle teorie di Sinzheimer e dei giuslavoristi weimariani⁵⁰.

5. Italia-Germania 4–3

Gli anni '60 vedono il finale di questa storia. Infatti, il “nuovo ordine” che comincia a regnare nella lavoristica italiana dopo la svolta impressa da Giugni e Mancini, insieme alle mutate condizioni dello scenario politico e del mondo del lavoro dopo il Sessantotto, fanno sì che cambi in modo decisivo il peso della cultura giuridica tedesca sui nostri studiosi. È innanzitutto una questione di metodo: cala, infatti, in maniera sensibile l'egemonia delle metodologie civilistiche che hanno dominato incontrastate dopo la caduta del fascismo (ai cui residui ideologici hanno comunque opposto un valido ostacolo), a tutto vantaggio dei nuovi approcci socio-politici, economici, storici, di relazioni industriali. Ma è anche questione di temi: va lentamente scemando quell'*actio finium regundorum* non più necessaria per una disciplina ormai orgogliosamente matura. La dottrina, perciò, non si affatica più su teorie generali sulla natura e l'oggetto del rapporto di lavoro, bisognose dell'indispensabile puntello tedesco, ma quasi esclusivamente sull'esame delle nuove “tavole della legge” contenute nello Statuto dei

47 *Spagnuolo Vigorita*, Studi sul diritto tedesco del lavoro. Consiglio aziendale – Licenziamento – Collaborazione, Giuffrè, Milano, 1961; *Id.*, Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico-critici, Morano, Napoli, 1967.

48 Rispettivamente, *Lega*, La comunità di lavoro nell'impresa, Giuffrè, Milano, 1963; *Cessari*, Fedeltà, lavoro, impresa, Giuffrè, Milano, 1969.

49 *Giugni*, Introduzione allo studio della autonomia collettiva, Giuffrè, Milano, 1960.

50 *Giugni*, Introduzione, in *Id.*, Lavoro legge contratti, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 9 ss.

lavoratori e, successivamente, sul primo confuso diritto emergenziale; temi che, pur richiedendo spesso una profonda base teorica, presentano punti di riferimento sempre più “autarchici”.

È quindi lo Statuto dei lavoratori a dare simbolicamente nel 1970 un calcio alla Germania, un po' come quello – molto meno simbolico – che qualche giorno più tardi fa scendere per strada mezza Italia dopo l'epico 4-3 nella semifinale dei campionati mondiali a Città del Messico.

Da quel momento, nel giro di pochissimo tempo l'interesse dei giuslavoristi italiani per la Germania crolla letteralmente; tramonta inesorabilmente quella sorta di *Grand Tour* alla rovescia che portava ogni buon giurista italiano a passare un po' di tempo in terra teutonica; la padronanza della lingua tedesca, considerata caratteristica quasi ovvia dello studioso di diritto, diventa patrimonio pressoché esclusivo dei bagnini della costa romagnola (fino a quando, vedendo che le divise degli atleti tedeschi in ogni manifestazione sportiva portano scritto *Germany* anziché *Deutschland*, mi è venuto da pensare che ormai il tedesco non lo parlino più neanche in Germania).

Der Einfluss der EU-Grundrechte auf private Arbeitsverhältnisse

Carmen Freyler, Augsburg und Christian Heinrich, Ingolstadt

I. Der EuGH und das deutsche Urlaubsrecht

Blickt man auf die Entwicklung des Arbeitsrechts der letzten Jahre zurück, stellt man fest, dass dieses von einer Fülle an Entscheidungen des EuGH geprägt ist.¹ Davon ist auch das Urlaubsrecht nicht unberührt geblieben – im Gegenteil. Treffend schrieb der Jubilar in seinem Standardwerk zum Europäischen Arbeitsrecht: „Im Urlaubsrecht hat der Gerichtshof geradezu Schneisen geschlagen, was insbesondere das deutsche Recht betraf.“² Diese (mitunter elementare) Umgestaltung des Urlaubsrechts ging allerdings ohne eine Mitwirkung des deutschen Gesetzgebers einher.³ Am Gesetzestext wurden Änderungen, beispielsweise zur Übertragbarkeit des Urlaubsanspruchs oder zur Urlaubsabgeltung, nicht vorgenommen. Vielmehr wird das Urlaubsrecht vom „[...] *case law* des *EuGH* [...]“ bestimmt.⁴ In jedem Fall stellten die urlaubsrechtlichen Entscheidungen aus Luxemburg aber auch grundlegende rechtsdogmatische und -methodische Weichen für das europäische Arbeitsrecht, indem der EuGH eine horizontale Wirkung des unionsrechtlichen Urlaubsanspruchs aus Art. 31 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh) ableitet und damit unmittelbar Einfluss auf private Arbeitsverhältnisse nimmt. Das gibt Anlass, sich mit der europäischen Rechtsprechung zum Urlaubsanspruch und den damit verbundenen Modifikationen des deutschen Arbeitsrechts, mehr aber noch mit der unionsrechtlichen Grundrechtsdogmatik zu beschäftigen.

1 S. etwa den umfassenden Überblick zur Rechtsprechung des EuGH von *Franzen/Roth*, EuZA 2019, 143; *Franzen/Roth*, EuZA 2018, 187; *Hartmann*, EuZA 2017, 154; *Joussen*, RdA 2015, 305.

2 *Fuchs/Marhold*, Europäisches Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2014, Vorwort, S. V.

3 *Höpfner*, RdA 2013, 16.

4 *Thüsing*, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2017, S. 277 Rn. 39.

II. Normative Grundlagen des Urlaubsanspruchs

1. Die europäische Regelung des bezahlten Jahresurlaubs

Auf europäischer Ebene ist der Urlaubsanspruch der Arbeitnehmer in Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (Arbeitszeitrichtlinie) geregelt. Danach treffen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen, damit jeder Arbeitnehmer einen bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen nach Maßgabe der Bedingungen für die Inanspruchnahme und die Gewährung erhält, die in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder nach den einzelstaatlichen Gepflogenheiten vorgesehen sind. Der bezahlte Mindestjahresurlaub darf außer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht durch eine finanzielle Vergütung ersetzt werden. Wichtiger und von grundsätzlicher Bedeutung wurde nun indes die Verankerung des Urlaubsanspruchs in Art. 31 Abs. 2 GRCh, der jedem Arbeitnehmer das Recht auf bezahlten Jahresurlaub gewährt. Während die Arbeitszeitrichtlinie eines Umsetzungsaktes bedarf und nicht unmittelbar auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse anwendbar ist,⁵ erlangt der Urlaubsanspruch über Art. 31 Abs. 2 GRCh Grundrechtsstatus⁶. In seinen Entscheidungen betont der EuGH, dass die Bestimmungen der Richtlinie im Lichte des Grundrechts auszulegen sind.⁷ Der Urlaubsanspruch sei einer der wesentlichen Grundsätze des europäischen Sozialrechts.⁸

5 EuGH, Urt. v. 5.10.2004 – C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer), EuZW 2004, 691, 696 Rn. 108; EuGH, Urt. v. 24.1.2012 – C-282/10 (Dominguez), NJW 2012, 509, 511 Rn. 37; zur fehlenden horizontalen Direktwirkung allgemein EuGH, Urt. v. 14.7.1994 – C-91/92, NJW 1994, 2473; kritisch zu einer faktischen Wirkung in Privatrechtsverhältnissen Streinz, JuS 2005, 357, 361; Abig, ZESAR 2005, 93, 96; Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2018, S. 551.

6 Von der Groeben/Schwarze/Högl, 6. Aufl. 2003, EGV Art. 137 Rn. 17; Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2018, S. 523 f.; J. Schubert, RdA 2013, 370, 375; Preis/Sagan/Mehrens/Witschen, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 8 Rn. 8.3; Franzen/Gallner/Oetker/Schubert, 2. Aufl. 2018, GRC Art. 31 Rn. 2 m.w.N.; gegen eine Einordnung des Art. 31. Abs. 2 GRCh als Grundrecht Rudkowski, NJW 2019, 476, 480.

7 So etwa EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18, EuZW 2019, 476.

8 EuGH, Urt. v. 12.6.2014 – C-118/13 (Bollacke), NZA 2014, 651, 652 Rn. 20; s. bereits EuGH, Urt. v. 26.6.2001 – C-173/99 (BECTU), EuZW 2001, 605, 607.

2. Der Urlaubsanspruch nach dem Bundesurlaubsgesetz

Im deutschen Arbeitsrecht werden der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers sowie dessen Modalitäten im Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) geregelt. Nach § 1 BUrlG hat jeder Arbeitnehmer in jedem Kalenderjahr Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub. § 7 BUrlG regelt Näheres zu der Gewährung, der Übertragbarkeit und der Abgeltung des Urlaubsanspruchs. Wird der Urlaub nicht im laufenden Kalenderjahr genommen, verfällt er nach Maßgabe des § 7 Abs. 3 BUrlG. Eine monetäre Urlaubsabgeltung ist nur für den Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses statthaft, § 7 Abs. 4 BUrlG. Die beiden letzten Regelungen unterlagen in den vergangenen Jahren einem starken Einfluss der Rechtsprechung des EuGH.⁹

III. Die Rechtsprechung des EuGH zur Direktwirkung des Unionsrechts

Der EuGH steuert mit seiner Rechtsprechung nicht nur die Auslegung des nationalen Rechts durch die Gerichte, sondern geht in den jüngsten urlaubsrechtlichen Entscheidungen zum Verfall des Urlaubsanspruchs bei Obliegenheitsverletzung des Arbeitgebers und der Vererbbarkeit des Urlaubsabgeltungsanspruchs bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Tod des Arbeitnehmers darüber hinaus, indem Arbeitnehmer privater Arbeitgeber Ansprüche unmittelbar aus dem Unionsrecht geltend machen können¹⁰.

1. Unanwendbarkeit nationaler Normen

Steht eine nationale Regelung nicht im Einklang mit den europäischen Vorgaben und kann eine Harmonisierung auch nicht mittels europarechtskonformer Auslegung erreicht werden, muss die Vorschrift nach ausdrücklicher Klarstellung des EuGH unangewendet bleiben.¹¹ Inhaltlich soll an

⁹ So z.B. EuGH, Urt. v. 12.6.2014 – C-118/13 (Bollacke), NZA 2014, 651; EuGH, Urt. v. 22.11.2011 – C-214/10 (KHS), NZA 2011, 1333; EuGH, Urt. v. 20.1.2009 – C-350/06 und C-520/06 (Schultz-Hoff), NZA 2009, 135.

¹⁰ EuGH, Urt. v. 6.11.2018 – C-684/16 (Max-Planck-Gesellschaft), NZA 2018, 1474, 1479 (Rn. 74); EuGH, Urt. v. 6.11.2018 – C-569/16, C-570/16 (Willmeroth), EuZW 2018, 1048, 1054 (Rn. 85).

¹¹ EuGH, Urt. v. 26.3.2015 – C-316/13 (Fenoll), NZA 2015, 1444, 1446 Rn. 48; EuGH, Urt. v. 6.11.2018 – C-684/16 (Max-Planck-Gesellschaft), NZA 2018, 1474;

die Stelle der unanwendbaren Vorschrift Europarecht treten. Hierfür bieten die Vorschriften des Richtlinienrechts aber keine taugliche Grundlage, weil ihnen die horizontale Direktwirkung im Privatrechtsverhältnis fehlt. Der EuGH nimmt indes eine Kollision mit Primärrecht an und leitet den Inhalt des Urlaubsanspruchs aus der europäischen Grundrechtecharta ab. Über Art. 31 Abs. 2 GRCh soll der Arbeitnehmer einen direkten Anspruch auf Erholungsurlaub haben. Damit beantwortet der EuGH die bislang ungeklärte Frage, ob Art. 31 GRCh eine unmittelbare Bindung im Privatrechtsverhältnis erzeugt.¹²

2. Primärrechtsqualität des Richtlinieninhalts

Auch andere, in der Literatur bislang gegenteilig beantwortete Fragen, müssen nun angesichts der Entscheidungen des EuGH überdacht werden. Als gesichert galt insbesondere, dass der Inhalt einer Richtlinie nicht über Art. 31 Abs. 2 GRCh zum Primärrecht erhoben werden kann.¹³ Daraus folgte, dass nicht bei jedem Verstoß gegen die Vorgaben der Richtlinie eine Primärrechtsverletzung vorliegt, sondern nur, wenn dem Arbeitnehmer der Anspruch auf bezahlten Urlaub versagt wird.¹⁴ Das ist im Hinblick auf den knappen Wortlaut des Art. 31 Abs. 2 GRCh, der ausschließlich den Anspruch auf bezahlten Urlaub an sich zum Inhalt hat, auch konsequent. Die Ansicht des EuGH scheint nach den – im Folgenden näher zu betrachtenden – Entscheidungen in den Rechtssachen *Max-Planck-Gesellschaft* und *Willmeroth* indes grundlegend in eine andere Richtung zu gehen.

EuGH, Urt. v. 6.11.2018 – C-569/16, C-570/16 (Willmeroth), EuZW 2018, 1048; a.A. Höpfner, RdA 2013, 16, 21; s. auch Jarass, GRCh, 3. Aufl. 2016, Art. 51 Rn. 33.

12 Gegen eine Bindung Privater Seifert, EuZA 2015, 500, 506; Höpfner, RdA 2013, 16, 21; Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2018, S. 526; Franzen/Gallner/Oetker/Schubert, 2. Aufl. 2018, GRC Art. 31 Rn. 2a; für eine horizontale Wirkung im Privatrechtsverhältnis Bücker, PersR 2015, 16, 19.

13 Franzen/Gallner/Oetker/Schubert, 2. Aufl. 2018, GRC Art. 31 Rn. 30; s. auch Sprink, Vertragliche Gestaltung von Urlaub, 2014, S. 13.

14 Franzen/Gallner/Oetker/Schubert, 2. Aufl. 2018, GRC Art. 31 Rn. 31.

a) *Rechtssache Max-Planck-Gesellschaft*

Ausgangspunkt der Entscheidungen des EuGH zum Verfall des Urlaubsanspruchs bei Obliegenheitsverletzung des Arbeitgebers sind die Vorlagen des OVG Berlin-Brandenburg in der Rechtssache *Kreuziger*¹⁵ und des BAG in der Rechtssache *Max-Planck-Gesellschaft*¹⁶ aus dem Jahr 2016. In der Sache ging es um die Pflichten des Arbeitgebers im Rahmen der Urlaubsgewährung. Nach § 7 BUrlG ist es Sache des Arbeitnehmers, den Urlaub zu beantragen. Ungeklärt war, ob die Nichtbeantragung für einen Untergang des Urlaubsanspruchs nach Ablauf des Kalenderjahres bzw. Übertragungszeitraumes genügt oder der Arbeitgeber nach dem Unionsrecht verpflichtet ist, selbst aktiv zu werden. Der EuGH stellte in den insofern gleichlautenden Urteilen klar, dass eine nationale Regelung, welche zu einem Verlust des Urlaubs- bzw. Urlaubsabgeltungsanspruchs führt, wenn der Arbeitnehmer keinen entsprechenden Urlaubsantrag gestellt hat, nicht mit Unionsrecht in Einklang zu bringen ist, wenn dies unabhängig davon erfolgt, „[...] ob er vom Arbeitgeber zum Beispiel durch angemessene Aufklärung tatsächlich in die Lage versetzt wurde, diesen Anspruch vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses wahrzunehmen.“¹⁷

b) *Rechtssache Willmeroth*

Der EuGH-Entscheidung in der verbundenen Rechtssache *Willmeroth* liegen zwei Verfahren des BAG zugrunde, in welchen die Erben verstorbener Arbeitnehmer gegen den früheren Arbeitgeber des Erblassers auf Abgeltung des Urlaubsanspruchs klagen, den der Verstorbene vor seinem Tod nicht in Anspruch genommen hat. In beiden Fällen endete das Arbeitsverhältnis mit dem Tod des Arbeitnehmers und damit – nach bisheriger Rechtsprechung des BAG – bevor ein Urlaubsabgeltungsanspruch durch Beendigung des Arbeitsverhältnisses entstehen und Teil des Vermögens des späteren Erblassers werden konnte. Bereits in der Rechtssache *Bollacke* hatte der EuGH entschieden, dass der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub nicht durch den Tod des Arbeitnehmers untergeht, ohne dass ein Ab-

15 OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 14.9.2016 – OVG 4 B 38.14, ZESAR 2017, 222.

16 BAG, Beschl. v. 13.12.2016 – 9 AZR 541/15 (A), NZA 2017, 271.

17 EuGH, Urt. v. 6.11.2018 – C-619/16 (*Kreuziger*), NJW 2019, 36; EuGH, Urt. v. 6.11.2018 – C-684/16 (*Max-Planck-Gesellschaft*), NZA 2018, 1474.

geltungsanspruch für nicht genommenen Urlaub entsteht.¹⁸ Diese Auslegung der Richtlinie bestätigten die europäischen Richter in dem Urteil in den verbundenen Rechtssachen *Willmeroth*.

c) *Unmittelbare Geltung des Art. 31 GRCh im Privatrechtsverhältnis*

Rechtsdogmatisch ungleich bedeutender ist der Gesichtspunkt, in welchem das Urteil in der Rechtssache *Max-Planck-Gesellschaft* über die Parallelentscheidung in der Rechtssache *Kreuziger* hinaus geht und der sich auch in den Gründen zur Entscheidung in der Rechtssache *Willmeroth* findet: Der EuGH leitet den Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers und seine nähere Ausgestaltung direkt aus Art. 31 Abs. 2 GRCh ab.¹⁹ Zwar scheint der Wortlaut der Vorschrift nur den Bestand des Anspruchs, nicht aber die inhaltliche Ausgestaltung und die Modalitäten der Gewährung zu regeln; über die Aufhängung des Urlaubsanspruchs in der Grundrechtecharta kommt der EuGH aber im Ergebnis zu einer – von ihm selbst ausdrücklich abgelehnten²⁰ – Direktwirkung des Richtlinieninhalts im Privatrechtsverhältnis. Das erweitert den Einfluss, den das europäische Recht seither über die richtlinienkonforme Auslegung auf das deutsche Recht hatte, maßgeblich.

Während der Arbeitnehmer aus einer Richtlinie keine Ansprüche gegen seinen (privaten) Arbeitgeber geltend machen kann, soll Art. 31 Abs. 2 GRCh „[...] schon für sich allein den Arbeitnehmern ein Recht [verleihen], das sie in einem Rechtsstreit gegen ihren Arbeitgeber in einem vom Unionsrecht erfassten und daher in den Anwendungsbereich der Charta fallenden Sachverhalt als solches geltend machen können [...]“.²¹ Dass die Charta nach dem Wortlaut des Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh nur für die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union sowie die Mitgliedsstaaten gilt, überwindet der EuGH damit, dass aus einer Nichtnennung der Rechtsbeziehung zwischen Privaten nicht geschlossen werden könne,

18 EuGH, Urt. v. 12.6.2014 – C-118/13 (Bollacke), NZA 2014, 651.

19 EuGH, Urt. v. 6.11.208 – C-684/16 (Max-Planck-Gesellschaft), NZA 2018, 1474, 1479 (Rn. 74).

20 EuGH, Urt. v. 6.11.208 – C-684/16 (Max-Planck-Gesellschaft), NZA 2018, 1474, 1478 (Rn. 68).

21 EuGH, Urt. v. 6.11.208 – C-684/16 (Max-Planck-Gesellschaft), NZA 2018, 1474, 1479 (Rn. 67 f., 74); EuGH, Urt. v. 6.11.2018 – C-569/16, C-570/16 (Willmeroth), EuZW 2018, 1048, 1054 (Rn. 85).

dass eine solche Auslegung der Norm generell nicht möglich ist.²² Das Recht auf bezahlten Jahresurlaub gehe „[...] schon seinem Wesen nach mit einer entsprechenden Pflicht des Arbeitgebers einher[...].“²³ Zudem verwies das Gericht auf seine Rechtsprechung zur Bindung Privater an Art. 21 GRCh.²⁴

d) Kritik aus rechtsmethodischer und kompetenzrechtlicher Sicht

Die dogmatische Herleitung und Begründung des unmittelbaren europäischen Urlaubsanspruchs durch den EuGH ist in der Literatur auf deutliche Kritik gestoßen.²⁵

aa) Private als Adressat der GRCh

Zunächst hat bereits der Versuch, eine Bindung privater Arbeitgeber an Art. 31 Abs. 2 GRCh zu konstruieren, wenig Überzeugungskraft. Nach Art. 51 Abs. 1 GRCh gilt die Grundrechtecharta für die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union und für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union. Die Argumentation – da eine Geltung im Privatrechtsverhältnis vom Wortlaut nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist, soll sie möglich sein – überzeugt nicht. Vielmehr liest sich die Vorschrift wie eine abschließende Aufzählung der Adressaten.²⁶ Privatpersonen werden nicht genannt und sind daher richtigerweise nicht Grundrechtsverpflichtete.²⁷ Nach anderer Auffassung soll es

22 EuGH, Urt. v. 6.11.208 – C-684/16 (Max-Planck-Gesellschaft), NZA 2018, 1474, 1479 (Rn. 76); EuGH, Urt. v. 6.11.2018 – C-569/16, C-570/16 (Willmeroth), EuZW 2018, 1048, 1054 (Rn. 87).

23 EuGH, Urt. v. 6.11.208 – C-684/16 (Max-Planck-Gesellschaft), NZA 2018, 1474, 1479 (Rn. 79); EuGH, Urt. v. 6.11.2018 – C-569/16, C-570/16 (Willmeroth), EuZW 2018, 1048, 1054 (Rn. 90).

24 EuGH, Urt. v. 6.11.208 – C-684/16 (Max-Planck-Gesellschaft), NZA 2018, 1474, 1479 (Rn. 78); s. hierzu EuGH, Urt. v. 17.4.2018 – C-414/16 (Egenberger), NZA 2018, 569, 573 (Rn. 76 ff.).

25 S. etwa *Mehrens/Witschen*, EuZA 2019, 326, 330 f.; *Rudkowski*, NJW 2019, 476, 480.

26 So auch *Franzen/Gallner/Oetker/Schubert*, 2. Aufl. 2018, GRC Art. 51 Rn. 34; *Mehrens/Witschen*, EuZA 2019, 326, 331; s. auch *Sprink*, Vertragliche Gestaltung von Urlaub, 2014, S. 12.

27 So auch *Jarass*, GRCh, 3. Aufl. 2016, Art. 31 Rn. 3, Art. 51 Rn. 31, allerdings die große Bedeutung der Grundrechte im Privatrechtsverhältnis betonend.

sich hierbei lediglich um einen Grundsatz handeln,²⁸ welcher von Ausnahmen durchbrochen werden kann. Gerade diese Ausnahmen müssten aber eine normative Verankerung finden, weil sie Grundrechtsberechtigte zu Grundrechtsverpflichteten machen. Die Bindung dieser Personen wäre besonders erwähnenswert und begründungsbedürftig.²⁹

bb) Parallele zu Art. 21 GRCh

In diesem Zusammenhang zieht der EuGH in seinen Entscheidungen zum Urlaubsanspruch auch eine Parallele zur in der Vergangenheit bereits bejahten unmittelbaren Geltung des Diskriminierungsverbots des Art. 21 GRCh.³⁰ Diese Vorschrift unterscheidet sich in ihrer inhaltlichen Bestimmtheit aber erheblich von Art. 31 Abs. 2 GRCh. Die Rechtsprechung ist daher nicht übertragbar. Der sachliche Schutzbereich des Art. 31 Abs. 2 GRCh ist – insbesondere im Hinblick auf den Umfang des Urlaubsanspruchs – im Gegensatz zum Tatbestand des Art. 21 GRCh zu unbestimmt und konkretisierungsbedürftig.³¹ Außerdem ist der Verbotscharakter des Art. 21 GRCh nicht gleichzusetzen mit dem „Recht auf“ bezahlten Jahresurlaub.³²

cc) Fehlende Kompetenz des EuGH zur unmittelbaren Gestaltung von Privatrechtsverhältnissen

Zudem sprechen gegen die Vorgehensweise des EuGH auch kompetenzrechtliche Gründe. Art. 153 AEUV bietet der Europäischen Union die Kompetenzgrundlage für die Sozialpolitik.³³ Als Handlungsform sieht Art. 153 Abs. 2 UAbs. 1 lit. b AEUV den Erlass von Richtlinien, nicht hin-

28 *Jarass/Kment*, EU-Grundrechte, 2. Aufl. 2019, § 4 Rn. 20.

29 *Rudkowski*, NJW 2019, 476, 480.

30 EuGH, Urt. v. 6.11.208 – C-684/16 (Max-Planck-Gesellschaft), NZA 2018, 1474, 1479 (Rn. 78); EuGH, Urt. v. 6.11.2018 – C-569/16, C-570/16 (Willmeroth), EuZW 2018, 1048, 1054 (Rn. 89).

31 *Seifert*, EuZA 2015, 500, 506; *Sura*, EuZA 2019, 350, 360 f.; s. auch *Mehrens/Witschen*, EuZA 2019, 326, 330 f.; *Rudkowski*, NJW 2019, 476, 480; *Wutte*, EuZA 2019, 222, 230; *Sprink*, Vertragliche Gestaltung von Urlaub, 2014, S. 14 f.

32 *Sura*, EuZA 2019, 350, 360.

33 *Franzen/Gallner/Oetker/Franzen*, 2. Aufl. 2018, AEUV Art. 153 Rn. 1.

gegen von Verordnungen vor.³⁴ Das deutet auf eine starke Stellung der Mitgliedsstaaten hin; die EU soll im Bereich der Sozialpolitik die Maßnahmen der Mitgliedsstaaten durch Richtlinien (lediglich) ergänzen und unterstützen.³⁵ Dem widerspricht eine unmittelbare Wirkung des Richtlinieninhalts über Art. 31 Abs. 2 GRCh.³⁶ Der EuGH unterläuft damit die Entscheidung des europäischen Gesetzgebers, dieses Rechtsgebiet mittels Richtlinien zu regeln.³⁷ Auch umgeht er den für die mangelnde Umsetzung des europäischen Rechts in nationales Recht vorgesehenen Weg über ein Vertragsverletzungsverfahren.³⁸ Die Initiierung des Verfahrens obliegt nach Art. 258 AEUV der Kommission (oder nach Art. 259 AEUV einem Mitgliedsstaat). Das Verfahren sieht vor, dass dem Mitgliedsstaat die Möglichkeit, zu den Vorwürfen Stellung zu nehmen, eingeräumt wird (Art. 258 Abs. 1 AEUV).

dd) Konsequenzen

Folge davon ist, dass sich die urlaubsrechtliche Rechtsprechung zu Art. 7 RL 2003/88/EG nun faktisch eines Primärrechtscharakters erfreut und auch im Privatrechtsverhältnis unmittelbare Anwendung findet.³⁹ Im Ergebnis führt dieses Vorgehen dazu, dass das Grundrecht mittels der Richtlinienvorgaben angewendet wird, der Richtlinieninhalt also zum Inhalt des Grundrechts wird.⁴⁰ Es kommt zu einer Vermischung von Rechtsquellen primär- und sekundärrechtlichen Ranges.⁴¹ Die Entscheidung des EuGH wird als Versuch gewertet, eine Alternative zur nicht möglichen richtlinienkonformen Auslegung und dem zeitaufwendigen Vertragsverletzungsverfahren zu konstruieren.⁴² Damit verliert die richtlinienkonforme Auslegung im Bereich des Urlaubsrechts an Bedeutung.⁴³ Die wesentli-

34 Franzen/Gallner/Oetker/Franzen, 2. Aufl. 2018, AEUV Art. 153 Rn. 54.

35 Franzen/Gallner/Oetker/Franzen, 2. Aufl. 2018, AEUV Art. 153 Rn. 54.

36 Rudkowski, NJW 2019, 476, 480.

37 Höpfner, RdA 2013, 16, 21.

38 S. Höpfner, RdA 2013, 16, 21; Sura, EuZA 2019, 350, 361; a. auch Sprink, Vertragliche Gestaltung von Urlaub, 2014, S. 15.

39 Mehrens/Witschen, EuZA 2019, 326.

40 Mehrens/Witschen, EuZA 2019, 326, 331; Sprink, Vertragliche Gestaltung von Urlaub, 2014, S. 14 f.

41 Schlussanträge des GA Trstenjak 8.9.2011 – C-282/10 (Dominguez), BeckRS 2011, 81367 (Rn. 154 ff.); Sprink, Vertragliche Gestaltung von Urlaub, 2014, S. 14 f.

42 Sura, EuZA 2019, 350, 360 f.

43 Powietzka, BB 2019, 52, 53.

che Frage nach der Auseinandersetzung mit den Entscheidungen in den Rechtssachen *Max-Planck-Gesellschaft* und *Willmeroth* ist, wie der EuGH in Zukunft rechtfertigen will, urlaubsrechtliche „Modalitäten“ nicht aus Art. 31 Abs. 2 GRCh abzuleiten und zum Gegenstand unmittelbarer Geltung im Privatrechtsverhältnis zu machen. Über diesen (Um-)Weg wird die „contra legem“-Grenze der Auslegung ausgehebelt.⁴⁴ Damit hat sich der EuGH den Weg geebnet, seine urlaubsrechtlichen Vorstellungen auch über die bislang geltenden methodischen Grenzen hinaus durchzusetzen.⁴⁵ Es besteht die Gefahr, dass in zunehmenden Maße Vorgaben der Richtlinie in das Grundrecht hineingelesen werden.⁴⁶

Zudem kann nicht ausgeschlossen werden, dass der EuGH seine Rechtsprechung zur unmittelbaren Wirkung von Art. 21 und Art. 31 Abs. 2 GRCh auf weitere Grundrechte erstreckt und somit freiheitseinschränkend auf das nationale Privatrecht einwirkt.⁴⁷ Insbesondere eine Ausweitung auf das Arbeitszeitrecht ist naheliegend.⁴⁸ Der Generalanwalt *Pitruzella* betonte in einem arbeitszeitrechtlichen Verfahren des EuGH bereits die normative und teleologische Nähe des Rechts auf Höchstarbeits- und Ruhezeiten zum Recht auf bezahlten Jahresurlaub im Hinblick auf die Anwendbarkeit der Rechtsprechung zur unmittelbaren Wirkung auf arbeitszeitrechtliche Fragen.⁴⁹ Eine Übertragung der Rechtsprechung auf das Arbeitszeitrecht würde indes denselben Bedenken begegnen. Auch im Hinblick auf die Dauer der Höchstarbeits- und Ruhezeit kommt Art. 31. Abs. 2 GRCh nicht ohne eine Konkretisierung aus, womit die für eine unmittelbare Wirkung im Privatrechtsverhältnis nötige Bestimmtheit zweifelhaft erscheint.

Für die von der Direktwirkung unmittelbar betroffenen privaten Rechtsanwender ist eine weitreichende Unanwendbarkeit nationaler Normen und die Ersetzung mit inhaltlich unbestimmten europarechtlichen Vorschriften mit Rechtsunsicherheit verbunden.⁵⁰ Besonderes Gefahrenpotential für den privaten Arbeitgeber ergibt sich gerade daraus, dass zur oh-

44 So auch *Powietzka*, BB 2019, 52, 54.

45 *Powietzka*, BB 2019, 52, 58.

46 Schlussanträge des GA *Trstenjak* 8.9.2011 – C-282/10 (Dominguez), BeckRS 2011, 81367 (Rn. 157).

47 *Kainer*, NZA 2018, 894, 899.

48 *Mehrens/Witschen*, EuZA 2019, 326, 332 mit Hinblick auf die Schlussanträge des GA *Pitruzella* 31.1.2019 – C-55/18 (CCOO), BeckRS 2019, 667 Rn. 93 ff.

49 GA *Pitruzella* 31.1.2019 – C-55/18 (CCOO), BeckRS 2019, 667 Rn. 94.

50 S. auch *Wutte*, EuZA 2019, 222, 231; *Willemsen/Sagan*, NZA 2011, 258, 261; *Sprink*, Vertragliche Gestaltung von Urlaub, 2014, S. 15.

nehin zweifelhaften unmittelbaren Wirkung inhaltliche Vorgaben kommen, die aus der Anspruchsgrundlage alles andere als ersichtlich sind.

IV. Fazit

Allein mit einer Lektüre der Vorschriften des BUrlG kann man kaum noch zu einem richtigen (das heißt europarechtskonformen) Ergebnis gelangen, kennt man die umfangreiche Kasuistik der Rechtsprechung des EuGH und die sich daraus ergebende Auslegung oder Unanwendbarkeit der nationalen Vorschriften nicht. Umso wichtiger ist es, mit den Feinheiten des Europäischen Arbeitsrechts vertraut zu sein, welche in Zukunft verstärkt auch unmittelbar Einfluss auf private Arbeitsverhältnisse nehmen werden. Das lenkt die Diskussion grundlegend in eine neue Richtung. Zwar hat die Untersuchung ergeben, dass neben der Rechtsmethodik, die gegen eine Verstärkung des Richtlinienrechts durch die Grundrechtecharta spricht, die unmittelbare Einflussnahme des EuGH auf private Arbeitsverhältnisse auch im Hinblick auf die fehlende Kompetenz und die Aufweichung des Stufenverhältnisses der Rechtsquellen nicht überzeugen kann.⁵¹ Gleichwohl lässt der Blick auf die Entwicklung der europäischen Rechtsprechung eine Durchsetzung europarechtlicher Vorgaben auch außerhalb methodischer Grenzen befürchten. Mit der Anerkennung einer unmittelbaren Wirkung der unionsrechtlichen Vorgaben im Urlaubsrecht und der Kombination von primär- und sekundärrechtlichen Inhalten brechen „die Schneisen“, die vom EuGH, wie es der Jubilar treffend formuliert hat, bereits in der Vergangenheit im deutschen Urlaubsrecht geschlagen wurden, weiter in das nationale Recht ein.

51 Ähnlich bereits Höpfner, RdA 2013, 16, 19 ff.

Deliktsrecht und Arbeitsschutz – eine folgenreiche Schnittstelle

Wolfgang Kohle, Halle

I. Annäherungen an eine Schnittstelle

Schnittstellen verschiedener Rechtsgebiete sind wissenschaftlich und praktisch von großem Interesse und damit gut geeignet für Festschriftenbeiträge. Für diese Festschrift nahe liegend ist es, eine Schnittstelle zwischen Zivilrecht, Arbeitsrecht und Sozialrecht, die Maximilian Fuchs immer wieder bearbeitet hat, aufzusuchen. Grundlegend ist sein Beitrag in der Festschrift für einen anderen Schnittstellenexperten, Wolfgang Gitter¹, aus dem Jahr 1995². Im Gegensatz zu einer Reihe von Autoren, die bis heute die Ansicht vertreten, dass Schadensersatzansprüche wegen Gesundheitsverletzungen im Arbeitsverhältnis nur eine marginale Bedeutung haben³, hat er in diesem Festschriftbeitrag auf eine praktisch und fachlich wichtige Konstellation verwiesen. Am Beispiel von Asbestkrebsfällen hat er gezeigt, dass der Schutz durch das Recht der Berufskrankheiten damals außerordentlich lückenhaft war, so dass der Haftungsausschluss des Arbeitgebers – damals § 636 RVO, heute § 104 SGB VII – in praktisch wichtigen Fallgruppen nur begrenzt eingreifen konnte⁴. Dementsprechend hat er knapp skizziert, wie in diesen Fallgruppen eine solche Haftung begründet werden kann. Wenn man ergänzend das von ihm begründete Lehrbuch zum Deliktsrecht heranzieht, in dem der Haftung nach § 823 II BGB ein spezielles Kapitel gewidmet ist⁵, und zusätzlich in Rechnung stellt, dass nach allgemeiner Ansicht die öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzvorschriften als sol-

1 immer noch grundlegend, Gitter, Schadensausgleich im Arbeitsunfallrecht, Tübingen 1969.

2 Fuchs in Heinze (Hrsg.), Festschrift für Gitter, Wiesbaden 1995, S. 253, 262 ff.

3 So zum Beispiel Erman/Belling/Riesenhuber, BGB, 15. Aufl. 2017, § 618 Rn. 24.

4 Ähnlich zu den Untersuchungsvorschriften im ArbSchG Wlotzke, FS für Hilger und Stumpf, 1983, S. 723, 737.

5 Fuchs/Pauker/Baumgärtner, Delikts- und Schadensersatzrecht, 9. Aufl. 2017 S. 153 ff.

che Schutzgesetze qualifiziert werden⁶, dann ergibt sich hier ein beachtlicher Anwendungsbereich für mögliche Schnittstellen, der im Folgenden diskutiert werden soll. Dabei können wir anknüpfen an frühere Erkenntnisse bekannter Arbeitsschutzautoren, die in vergleichbarer Weise wie Maximilian Fuchs auch vor 1990 schon herausgearbeitet haben, dass es diverse gesundheitliche Schädigungen gibt, die nicht vom Haftungsausschluss erfasst werden, sodass sich hier die Fragen des deliktischen Schutzes stellen.⁷ In letzter Zeit sind diese Überlegungen in der Literatur wieder aufgegriffen worden.⁸ Dies gibt die Chance, eine intensivere Diskussion anzustoßen.

II. Ein bemerkenswertes Vakuum in einem Grundsatzurteil

Bereits im ersten individualrechtlichen Verfahren zu haftungsrechtlichen Konsequenzen des Arbeitsschutzgesetzes, das am BAG eingeleitet worden war, stellten sich Fragen vertraglicher und deliktischer Haftung⁹. Die Klägerin war eine angestellte Berufsschullehrerin im Fach Praxisunterricht Lebensmittel an einer berufsbildenden Schule des Landes Niedersachsen. Bei den praktischen Arbeiten kam es häufiger vor, dass sich Schüler oder auch Lehrkräfte beim Hantieren mit Geräten verletzten, insbesondere traten häufig Schnittverletzungen, vor allem an den Händen, auf, wobei die Lehrkräfte in der Regel die Schnittverletzungen der Schülerinnen und Schüler versorgten. Zu diesen gehörten auch drogenabhängige Jugendliche. Im September 1998 erfuhr die Klägerin, dass sie mit dem Hepatitis C-Virus (HCV) infiziert war. Sie behauptete, sie könne sich diese Infektion nur im Rahmen ihrer Tätigkeit als Lehrerin bei der Wundversorgung drogenabhängiger Schülerinnen und Schüler zugezogen haben. Das beklagte Land habe seine Aufklärungspflicht zu Infektionen sowie seine Pflicht zu möglichen Schutzmaßnahmen gegen solche Infektionen fahrlässig verletzt und sei deshalb zum Schadensersatz verpflichtet. Als Infektionszeitraum wurde die Zeit zwischen Herbst 1995 und Herbst 1998 angenommen.

6 Dazu nur Fuchs/Baumgärtner in Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BGB, 4. Aufl. 2019 § 618 Rn. 32; MünchKomm BGB/Henssler, 7. Aufl. 2016, § 618 BGB Rn. 104; Staudinger/Oetker BGB (2019) § 618 Rn. 319.

7 Herschel RdA 1964, 7, 9; Wlotzke in: Festschrift für Hilger und Stumpf, 1983, S. 723, 737; ähnlich damals Kohle AuR 1986, 251, 255.

8 dazu HK-ArbSchR/Nebe, 2. Aufl. 2018 § 618 BGB, Rn. 59; weitere Hinweise auch bei HWK/Krause 9. Aufl. 2020 § 618 BGB, Rn. 40 aE.

9 BAG 14.12.2006 – 8 AZR 628/05, NZA 2007, 262.

Zunächst hatte die Lehrerin die Erkrankung bei der Landesunfallkasse angezeigt. Diese hatte die Anerkennung einer Berufskrankheit abgelehnt; dieser Bescheid wurde vom Sozialgericht Oldenburg bestätigt. Das Land Niedersachsen beteiligte sich an diesem Verfahren nicht; es stellte auch keinen eigenen Antrag nach § 108 SGB VII. Damit war die Sperre des § 104 SGB VII hier aufgehoben.¹⁰ Im Anschluss an das Arbeitsgericht und das Landesarbeitsgericht bejahte der 8. Senat des Bundesarbeitsgerichts eine schuldhafte Verletzung von Aufklärungspflichten des beklagten Landes. Im maßgeblichen Infektionszeitraum waren in allen Klassen zahlreiche drogenabhängige Schülerinnen und Schüler; die Gruppe der hart drogenabhängigen Jugendlichen war zu mindestens 80% mit dem HC-Virus infiziert. Diese Umstände waren der verantwortlichen Schulbehörde bekannt. Ebenso war erwiesen, dass es im Lebensmittelunterricht in erheblichem Umfang zu Schnittwunden und Hautverletzungen an den Händen kam, so dass sich daraus eine hohe Ansteckungsgefahr ergab. Daraus leitete der 8. Senat mit überzeugender Begründung Aufklärungspflichten des beklagten Landes als schuldrechtliche Nebenpflichten ab, deren Verletzung das Land zu vertreten hatte. Die materiellen Schäden der Lehrerin wurden daher unter Berücksichtigung eines Mitverschuldens der Lehrerin dem Land zugewiesen.

Dagegen lehnte der 8. Senat eine deliktische Haftung ab und wies den Schmerzensgeldantrag ab, denn im Infektionszeitraum war noch § 847 BGB in Geltung, der Geldersatz für immaterielle Schäden nur bei deliktischer Haftung, nicht jedoch bei Vertragshaftung vorsah. Der Senat argumentierte, dass die Klägerin keine deliktische Verkehrssicherungspflichten dargelegt habe. Da die Klägerin nicht substantiiert dargelegt habe, dass das beklagte Land positive Kenntnis vom Gefährdungspotential ihrer Schule hatte, könne ein fahrlässiges Verhalten im Zusammenhang mit § 823 Abs. 1 BGB nicht dargelegt werden. Nähere Ausführungen zu § 823 Abs. 2 BGB fehlten völlig¹¹. Zehn Jahre früher war die Rechtsprechung des BAG noch genauer, doch war das Unionsrecht damals noch nicht hinreichend umgesetzt.¹²

10 Differenzierend dazu Krasney, ZTR 2010, 184.

11 ebenso in der Besprechung des Urteils bei Wilrich, *Sicherheitsverantwortung*, Berlin 2016, S. 170, 174.

12 BAG NZA 1996, 883 zu Übernachtungskosten auf Baustellen mit Prüfung von § 823 Abs. 2 BGB iVm § 120c GewO. Die vom 5. Senat gesehene RL 92/57/EWG war noch nicht umgesetzt, so dass der private Arbeitgeber auf diesem Weg nicht zur Haftung herangezogen werden konnte.

Im Unterschied zum Arbeitsgericht hatten Landesarbeitsgericht und Bundesarbeitsgericht die von der Klägerin eingebrachte Tatsachenbehauptung, dass nicht genügend Einmalschutzhandschuhe zur Verfügung gestellt worden waren, offen gelassen, da es auf diese streitige Frage nicht ankomme. Dies war aus arbeitsschutzrechtlicher Sicht eindeutig verfehlt. An dem im Verfahren unstreitig beschriebenen Arbeitsplatz waren Einmalhandschuhe als persönliche Schutzausrüstungen erforderlich. Dies konnte sich zunächst aus § 4 Abs. 2 der in diesem Zeitraum geltenden Unfallverhütungsvorschrift VBG 1¹³ ergeben, doch fehlten Feststellungen, wie in diesem Zeitraum das Land Niedersachsen die Unfallverhütung für seine Landesbediensteten geregelt hatte¹⁴. Ab Ende 1996 ergab sich die Pflicht zur Bereitstellung von Schutzausrüstungen aus § 2 PSA-BV, der auf die Pflichten aus § 3 ArbSchG verweist. Die Bereitstellung von erforderlichen persönlichen Schutzausrüstungen ist eine Konkretion der Pflichten in § 3 Abs. 2 S. 1 ArbSchG.¹⁵

Mögliche Einwendungen des Landes, dass sich die Klägerin die Infektion schon 1995 vor Geltung der PSA-BV zugezogen habe, waren aus europarechtlichen Gründen unbeachtlich. Nach Art. 4 Nr. 6 der RL 89/656/EWG waren Arbeitgeber verpflichtet, erforderliche persönliche Schutzausrüstungen zur Verfügung zu stellen. Diese Richtlinie war bis zum 31.12.1992 umzusetzen, sie ist jedoch in Deutschland erst im Jahre 1996 umgesetzt worden. Für das beklagte Land war diese hinreichend bestimmte Pflicht jedoch bereits seit dem 01.01.1993 anzuwenden.¹⁶ Europarechtliche Vorschriften, die zB als vertikal wirkende Richtlinien unmittelbar anwendbar sind, sind als Schutzgesetze nach § 823 Abs. 2 BGB zu qualifizieren¹⁷; damit durfte die Frage, ob die erforderlichen Schutzhandschuhe zur Verfügung gestellt worden waren, nicht offen bleiben. Sie war erheblich, so dass der Senat den Schmerzensgeldantrag nicht abweisen durfte, sondern insoweit den Rechtsstreit zurückverweisen musste. Auf diese Weise wäre die arbeitsrechtliche Fachöffentlichkeit bereits 2007 auf die Bedeutung des § 823 Abs. 2 BGB für die haftungsrechtliche Dimension des Arbeitsschutzes hingewiesen worden.

13 Opfermann/Rückert AuA 1997, 124, 125.

14 Zu den damaligen Varianten der Vorschriften zur Unfallverhütung für die Beschäftigten der Bundesländer MünchArbR/Wlotzke, 1992 § 200 Rn. 27.

15 MHdB ArbR/Kohle, 4. Aufl. 2018, § 180 Rn. 21.

16 Dazu Bückler/Feldhoff/Kohle, Vom Arbeitsschutz zur Arbeitsumwelt, 1994 Rn 191.

17 Soergel/Spickhoff BGB, 13. Aufl. 1997 § 823 BGB Rn. 187; ausführlich Spickhoff, Gesetzesverstoß und Haftung, 1998, S. 183 f.

Unabhängig von diesen Problemen der Übergangsfristen bei der Umsetzung der Richtlinien zeigt sich damit jedoch die PSA-Benutzungsverordnung als ein einschlägiges Schutzgesetz, das gerade bei solchen Infektionen, die noch nicht die Qualität einer Berufskrankheit haben, für eine deliktische Haftung in Betracht kommt. Inzwischen sind die möglichen Schutzgesetze deutlich ausgedehnt worden, denn allein zum Arbeitsschutzgesetz sind inzwischen mehr als zehn Verordnungen normiert worden¹⁸. Die Biostoffverordnung ist eine wichtige Verordnung, mit der solche Infektionen verhindert werden sollen¹⁹. Mit dieser Verordnung ist ein deutlich weitergehendes und diffiziles Instrument geschaffen worden, mit dem Infektionen verhindert werden können; es ist also inzwischen nicht schwer, mögliche Gesundheitsschäden durch Missachtung der Anforderungen der PSA-BV bzw. der BioStoffV zu finden²⁰, deren Ersatz wegen der strengen Anforderungen an die BK 3101²¹ nicht durch § 104 SGB VII gesperrt ist.

III. Arbeitsbedingte Erkrankungen

In dem vom BAG entschiedenen Infektionsfall war die Anerkennung als Berufskrankheit umstritten, so dass § 108 SGB VII notwendig thematisiert worden war. In dem oben erläuterten Festschriftbeitrag hatte Maximilian Fuchs den Sachverhalt so zugespitzt, dass es sich um eine arbeitsbedingte Krankheit, nicht jedoch um eine Berufskrankheit handelte. Ich will diese Vorlage aufnehmen und aktualisieren. Anstelle der bis heute heftig umstrittenen Asbestfälle will ich zunächst auf neuere Entwicklungen im Gefahrstoffschutz eingehen. Vor allem unter dem Einfluss des Unionsrechts ist das heutige Gefahrstoffrecht deutlich präventiv geprägt. So schwerwiegende Krankheiten wie Asbestose und vergleichbare Karzinome sollen bereits frühzeitig verhindert werden. Daher setzt die Mehrzahl der heutigen Arbeitsschutzvorschriften im Vorfeld deutlich vor dem Recht der Berufs-

18 Überblick bei MHdB ArbR/Kohte § 174 Rn. 4; Staudinger/Oetker BGB (2019) § 618 Rn. 67.

19 Zu den Anforderungen von § 9 BioStoffV in einem Pflegeheim für Demenzerkrankte: VG Oldenburg 7.2.2017 – 7 B 6714/16.

20 zu gesundheitlichen Beeinträchtigungen in der Abfallwirtschaft: Hoffmeyer u.a. ASUmed 2016, 276 ff.

21 Zu den hohen Anforderungen an die BKV 3101 (Infektionskrankheit) BSG NZS 2012, 151.

krankheiten an, so dass der Haftungsausschluss nach § 104 SGB VII bei rechtzeitigen Klagen kaum anwendbar ist.

Ein markantes Beispiel ist der Staubschutz. Im Jahr 2014 wurden die Arbeitsplatzgrenzwerte (§ 7 Abs. 8 GefStoffV) für alveolengängigen Staub (A-Staub) von 3 Mikrogramm je Kubikmeter auf 1,25 herabgesetzt – also mehr als halbiert. Dieser Grenzwert betrifft nicht die BK-intensiven Stäube wie Asbeststaub oder Quarzstaub, sondern orientiert sich am präventiven Schutz, weil diese Stäube in die Lungenbläschen (Alveolen) eindringen und chronische, partikelbedingte Entzündungsprozesse in der Lunge verursachen können, die sich als chronische Bronchitis verfestigen können²².

Die Halbierung des Grenzwerts war ein einschneidender Schritt, der zugleich eine Intensivierung betrieblicher Ermittlungs- und Schutzmaßnahmen verlangte²³. Den Betrieben war eine Übergangsvorschrift von vier Jahren zur Verfügung gestellt worden, in denen sie nicht untätig bleiben durften, sondern schrittweise die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen hatten. Dazu sind in der TRGS 900 die zentralen Umsetzungsschritte, vor allem die Gefährdungsbeurteilung und die Messvorschriften, verdeutlicht worden. Zur Durchführung der vorrangigen technischen Schutzmaßnahmen und der Aufstellung eines technischen Schutzmaßnahmenkonzepts wurde durch die TRGS 504 eine entsprechende Konkretisierung der Vorgaben der GefStoffV realisiert²⁴. Die Rechtspflichten ergaben sich allerdings nicht aus den TRGS, sondern aus dem staatlichen Recht in Gestalt der GefStoffV²⁵. Begleitet wurden diese rechtlichen Änderungen durch eine breite Öffentlichkeitsarbeit vor allem der zuständigen Berufsgenossenschaften; die sozialpolitischen Akteure vereinbarten ein Bündnis, mit dem sie die schrittweise Umsetzung dieser Maßnahmen sicherstellen wollten.

Seit dem 01.01.2019 gilt nunmehr der aktuelle Arbeitsplatzgrenzwert für A-Stäube, die als Gefahrstoff zu qualifizieren sind, ohne Einschränkungen. Daraus ergeben sich nach der Systematik der GefStoffV für jeden Arbeitgeber, der solche Arbeiten durchführen lässt, als Schutzpflichten die Erstellung und Überprüfung einer Gefährdungsbeurteilung, die Durchführung von Messungen sowie die Erstellung und Umsetzung eines technischen Maßnahmenkonzepts. Grundlegend ist die Pflicht nach § 7 Abs. 1 GefStoffV: die Arbeit mit Gefahrstoffen, also auch mit A-Staub, darf erst aufgenommen werden, wenn eine Gefährdungsbeurteilung erstellt ist und

22 Rühl, Gute Arbeit 8-9/2014, S. 36 ff; vgl. Magiera BePR 2016, 466 ff.

23 Willmes/Lechtenberg-Auffarth/Marx, BePR 2016, 461.

24 HK-ArbSchR/Grüneberg/Kohte, 2. Aufl. 2018 GefStoffV Rn. 43; Magiera BePR 2016, 539 ff.

25 MHdB ArbR/Kohte, 4. Aufl. 2018 § 179 Rn. 52.

die erforderlichen Schutzmaßnahmen ergriffen worden sind²⁶. Weitere Anforderungen an Schutzmaßnahmen ergeben sich aus § 7 Abs. 8 GefStoffV: danach ist die Einhaltung des Arbeitsplatzgrenzwerts sicherzustellen, die jeweiligen Messergebnisse sind zu dokumentieren. Bei Überschreitung der Grenzwerte sind nach § 9 Abs. 3 GefStoffV eine zusätzliche Gefährdungsbeurteilung und weitere Schutzmaßnahmen vorzunehmen. Damit sind drei spezifische Schutzgesetze bezeichnet, deren Verletzung § 823 Abs. 2 BGB ins Spiel bringt.

Gleichwohl sind auch heute noch zahlreiche Beispiele bekannt, in denen diese Maßnahmen nicht oder nicht korrekt durchgeführt werden. Bei Überschreitung der Grenzwerte für A-Stäube können chronische Erkrankungen auftreten, die in eine obstruktive Bronchitis münden können²⁷. Diese ist mit Sicherheit eine Gesundheitsverletzung, wenn sie chronisch ist, doch wird sie in aller Regel nicht vom Katalog der Berufskrankheiten erfasst²⁸. Mit Ausnahme der Bergleute und derjenigen, die jegliche vergleichbare Tätigkeit aufgeben müssen, unterfällt diese Erkrankung in der Regel nicht der BK-Liste. Damit wird nach § 104 SGB VII die Sperre für den zivilrechtlichen Schadensersatz entriegelt. Dies ist auch kein Systemfehler, denn dieser Staubschutz ist bewusst präventiv in das Vorfeld verlagert worden. Er soll bereits vor der Asbestose eingreifen und frühere Erkrankungsformen verhindern, die nach allgemeinen sozialmedizinischen Erkenntnissen erst in einem späteren Stadium auch in Berufskrankheiten übergehen können.

Was bedeutet dies für den Bauarbeiter oder Schweißer, der an einer chronischen obstruktiven Bronchitis – also nicht an einer Asbestose – leidet und in dessen Betrieb die Schutzvorschriften nicht ordnungsgemäß beachtet worden sind? Bei fehlender Gefährdungsbeurteilung liegt die Verletzung von § 7 Abs. 1 GefStoffV nahe. Da der Arbeitgeber spätestens im Schadensersatzprozess gehalten ist, die Dokumentation²⁹ der Gefährdungsbeurteilung nach § 6 Abs. 8 GefStoffV vorzulegen, dürfte die Verletzung von § 7 Abs. 1 GefStoffV in der Regel leicht feststellbar sein. Dies gilt auch für die Verletzung der Messvorschriften nach § 7 Abs. 8 GefStoffV, denn nach § 7 Abs. 8 S. 4 GefStoffV sind diese Ergebnisse aufzuzeichnen und

26 Nöthlichs GefStoffV, 2019 § 7 Rn. 1 f.

27 TRGS 504 Nr. 6.2. Abs. 4.

28 Anders kann dies bei „Mischstäuben“ sein, wenn zB auch Quarzstaub in der Exposition enthalten ist.

29 Zur Kommunikationsfunktion der Dokumentation der Gefährdungsbeurteilung MHdB ArbR/Kohte § 176 Rn. 27 mit Verweis auf die Schlussanträge von GA Gelhood in Slg. I/2002, 1305, 1319.

den Beschäftigten sowie ihren Vertretungen zugänglich zu machen. Auch hier würde sich im Schadensersatzprozess eine mögliche Verletzung des Schutzgesetzes unschwer feststellen lassen. Bei den allgemeinen und den weiteren Schutzmaßnahmen nach §§ 8 Abs. 1, 9 Abs. 3 GefStoffV ist zu beachten, dass diese ebenfalls nach § 6 Abs. 8 S. 2 Nr. 4 GefStoffV zu dokumentieren sind, so dass auch hier die Rechtsverletzung im Schadensersatzprozess in aller Regel gut feststellbar sein dürfte.

Das Verschulden des jeweiligen Arbeitgebers muss sich ausschließlich auf die Nichtbeachtung der Pflichten zur rechtzeitigen Gefährdungsbeurteilung, zur Messung sowie zur Durchführung von Schutzmaßnahmen beziehen. Hier ist – vor allem angesichts der Öffentlichkeitsarbeit der Berufsgenossenschaften – die Bejahung von Fahrlässigkeit unschwer festzustellen. Wer ordnungsgemäß Sicherheitsfachkräfte bestellt hat, dürfte auch auf diesem Weg von seinen Pflichten zur Staubreduzierung erfahren.

Damit verbleibt als zentrales Hindernis für einen Schadensersatzanspruch die Frage der Kausalität. Eine chronische obstruktive Bronchitis ist zwar keine Alltagskrankheit, die sich Beschäftigte typischerweise in ihrer Freizeit zuziehen können, doch sind hier verschiedene Ursachen denkbar. Verbleibt es bei der allgemeinen Regel, dass der Geschädigte die Kausalität der Schutzgesetzverletzung für den Schaden nachzuweisen hat, wird es Hindernisse für die Realisierung des Schadenersatzanspruchs geben, die vor allem dem konkurrierenden Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB entgegenstehen können.

Hier sind jedoch die Besonderheiten der Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB zu beachten. Die mit dieser Haftung in aller Regel vorverlagerte Schutzdimension wird auch für die Darlegungs- und Beweislast nutzbar gemacht. Eine anschauliche Entscheidung des BGH³⁰ lässt die Parallelen zum Gefahrstoffschutz einfach erkennen: Ein Kleinkind klagte, vertreten durch seine Eltern, gegen den Vermieter und Hauseigentümer eines Grundstücks auf dem Lande mit eigener Trinkwasserversorgung. Die schwere Erkrankung des Kindes konnte durch Nitrattimmissionen im Trinkwasser verursacht worden sein. Die Eltern konnten eine weiterführende Beweisführung nicht antreten, doch hatte der Eigentümer die ihm obliegenden Messpflichten nach § 8 TrinkwasserVO nicht durchgeführt. Der BGH kam daher zu dem Ergebnis, dass der Eigentümer im Prozess den Nachteil aus der Unaufklärbarkeit der früheren Qualität des Trinkwassers und der mögli-

30 BGH NJW 1983, 2935.

chen Grenzwertüberschreitungen zu tragen hatte. Diese Entscheidung ist in Rechtsprechung und Literatur auf allgemeine Zustimmung gestoßen³¹.

Verallgemeinernd zeigen sich hier die für unser Thema relevanten Besonderheiten der Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB. Mit dieser Anspruchgrundlage wird der Schutz vorverlegt, denn bereits der schuldhafte Verstoß gegen eine gesetzliche Verhaltensnorm löst die Haftung aus, nicht erst die fahrlässige Rechtsgutsverletzung³². Damit erweitert sich der Anwendungsbereich der Haftung deutlich gegenüber § 823 Abs. 1 BGB, denn im heutigen Recht sind solche Verhaltensnormen in beachtlicher Anzahl im Gewerbe-, Arbeitsschutz- und Umweltrecht zu finden, die durch § 823 Abs. 2 BGB in das privatrechtliche Schadensersatzrecht transportiert werden³³. Dieser vorverlagerte Schutz kann leichter durchgesetzt werden, weil sich der Bezugspunkt des Verschuldens auf die Verletzung der gesetzlichen Verhaltensnorm bezieht³⁴.

Am wichtigsten für die Praxis dürfte allerdings die Erleichterung der Beweislast für die Kausalität des Pflichtverstoßes für den Gesundheitsschaden sein. Für diesen Zusammenhang wird der Anscheinsbeweis anerkannt, wenn das Schutzgesetz typischen Gefährdungsmöglichkeiten entgegenwirken soll und sich gerade diese Gefährdungen verwirklicht haben³⁵. Das Arbeitsschutzrecht bietet dazu passendes Anschauungsmaterial, denn – dies dokumentieren gerade die Verhaltensvorschriften im Staubschutz – die neueren Grenzwerte und Anforderungen werden jeweils von den Ausschüssen nach § 18 ArbSchG ausführlich begründet, so dass im Streitfall in der Regel feststellbar ist, ob sich hier, wie zB bei der obstruktiven Bronchitis, die typischen Gefährdungen verwirklicht haben.

Wenn es jedoch normative Mess- und Dokumentationspflichten gibt, führt deren Verletzung nicht nur zum Anscheinsbeweis, sondern zur Be-

31 Deutsch/Ahrens, Deliktsrecht, 6. Aufl. 2014 Rn 298; Kohte Jura 1988, 125, 128; MünchKommBGB/Wagner, 7. Aufl. 2017 § 823 Rn. 546; Schaub in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB. 14. Aufl. 2019 § 823 Rn. 235.

32 Kötz/Wagner, Deliktsrecht, 13. Aufl. 2016 Rn. 223.

33 MünchKommBGB/Wagner, 7. Aufl. 2017 § 823 Rn. 474; Kohte Jura 1988, 125, 128.

34 MünchKommBGB/Wagner, 7. Aufl. 2017 § 823 Rn. 536; Schaub in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB. 14. Aufl. 2019 § 823 Rn. 544; Fuchs/Pauker/Baumgärtner, Delikts- und Schadensersatzrecht, 9. Aufl. 2017 S. 167; Soergel/Spickhoff BGB 2005, § 823 Rn. 209.

35 BGH NJW-RR 1986, 1350; BGH NJW 1994, 945, 946; Fuchs/Pauker/Baumgärtner, Delikts- und Schadensersatzrecht, 9. Aufl. 2017 S. 166; MünchKommBGB/Wagner, 7. Aufl. 2017 § 823 Rn. 546; Palandt/Sprau BGB 78. Aufl. 2019 § 823 Rn 81.

weislastumkehr³⁶. Im neueren Arbeitsschutzrecht, vor allem im Gefahrstoffrecht, sind solche Dokumentationspflichten verankert; da diese Dokumentation nach § 7 Abs. 8 S. 4 GefStoffV auch den Beschäftigten und ihren Vertretungen zugänglich zu machen sind, dienen sie auch dem Individualschutz, so dass es systematisch folgerichtig ist, in diesen Fällen im Anschluss an die Rechtsprechung des BGH eine Beweislastumkehr anzunehmen, so dass auch insoweit präventiv wirkende Arbeitsschutznormen besonders gut geeignet zur Absicherung nach § 823 Abs. 2 BGB sind.

IV. Die BaustellV – ein Schutzgesetz oft jenseits des Haftungsausschlusses

Spezifische Präventionspflichten gelten auf Baustellen, denn auf dem Bau, insbesondere auf Baustellen, bei denen unterschiedliche Arbeitgeber nacheinander beziehungsweise zeitgleich oder miteinander Arbeiten verrichten, ereignen sich besonders viele Arbeitsunfälle. Mehrere Untersuchungen haben herausgestellt, dass die Unfälle am Bau nicht selten auf Planungs- und Organisationsfehlern beruhen³⁷. Um diese Unfälle zu verringern, ist 1992 die Baustellenrichtlinie – RL 92/57/EWG – erlassen, die 1998 durch die BaustellV umgesetzt worden ist³⁸. Sie hat vor allem Planungs- und Organisationspflichten normiert. Bevor eine Baustelle eingerichtet ist, sind diese Pflichten vorrangig an den Bauherren adressiert. Er hat daher nach § 2 BaustellV von Anfang an nach arbeitsschutzrechtlichen Grundsätzen die Arbeit am Bau zu organisieren und zu planen. Das wichtigste Instrument ist der nach § 2 Abs. 3 BaustellV vom Bauherrn aufzustellende Sicherheits- und Gesundheitsplan (SiGe-Plan).

Dieser Plan kann auch erstellt werden durch einen SiGe-Koordinator, der im Übrigen nach § 3 BaustellV während des gesamten Bauvorhabens die Durchführung und Umsetzung des Plans zu beachten hat. Der Bauherr wird dadurch von seinen Organisationspflichten nicht befreit; sie werden dann allerdings stärker als Überwachungspflichten wahrgenommen³⁹; die

36 Deutsch/Ahrens, Deliktsrecht, 6. Aufl. 2014 Rn 298 mit Hinweis auf BGH NJW 1983, 2935; Schaub in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB. 14. Aufl. 2019 § 823 Rn. 235; MünchKommBGB/Wagner, 7. Aufl. 2017 § 823 Rn. 546; Förster 286.

37 Bremer, Arbeitsschutz im Baubereich, 2007, S. 19 ff mwN; Kann in Kollmer/Klindt/Schucht, ArbSchG 3. Aufl. 2016, Einf BaustellV Rn 6; Kollmer BaustellV, 2. Aufl. 2004 Einl Rn. 23.

38 Kollmer NJW 1998, 2634; Klindt/Schucht in Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum Europäischen Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2018 Art. 16 RL 89/391/EWG Rn. 65.

39 HK-ArbSchR/Bremer, 2. Aufl. 2018 BaustellV Rn. 40 f.