

Soziales Recht

Wissenschaftliche Zeitschrift
für Arbeits- und Sozialrecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Olaf Deinert und
Prof. Dr. Rüdiger Krause,
Institut für Arbeitsrecht
der Georg-August-Universität
Göttingen



in Zusammenarbeit mit



Abhandlungen

Die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG
im Bereich der betrieblichen Lohngestaltung – Teil 1

Ulrich Koch Seite 131

U.S. Trade Unions and German Subsidiaries

Wilma B. Liebman Seite 143

Systemverschiebungen durch den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff –
Entwicklungen, Herausforderungen und Perspektiven

Felipe Temming Seite 158

Rezensionsaufsätze

Antonio Ojeda-Avilés, Transnational Labour Law und
Adelle Blackett/Anne Trebilcock, Research Handbook on Transnational
Labour Law

Sebastian Krebber Seite 169

Zusammenfassungen (Abstracts) / Vorschau

Seite 174

Die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG im Bereich der betrieblichen Lohngestaltung – Teil 1*

Prof. Dr. Ulrich Koch, Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht

I. Vorbemerkung

Die von den Gerichten zu entscheidenden Rechtsfragen zum Inhalt des Mitbestimmungsrechts bei der betrieblichen Lohngestaltung (§ 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG) haben sich seit Beginn des neuen Jahrtausends gewandelt. In den letzten beiden Jahrzehnten des vergangenen Jahrtausends stand die Klärung der Voraussetzungen für eine Anrechnung von übertariflichen Zulagen im Vordergrund. In der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts haben die Verfahren überwiegend ihre Ursache in der fehlenden Tarifgebundenheit auf Seiten der Arbeitgeber und der zunehmenden Tariffucht aus den Arbeitgeberverbänden. Die abnehmende Tarifbindung der Arbeitsvertragsparteien hat im Bereich des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG zu einem verstärkten Blick auf die Möglichkeiten der betrieblichen Entgeltgestaltung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat geführt. Die sich dabei ergebenden Rechtsfragen berühren in besonderem Maß die Schnittstellen zwischen Individual- und kollektivem Arbeitsrecht. Der Verfasser dieses Beitrags war während seiner Zeit als Mitglied des für Rechtsfragen über Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats zuständigen Ersten Senats des Bundesarbeitsgerichts mit dieser Materie befasst.¹ Der nachfolgende Beitrag beschränkt sich auf eine Momentaufnahme zum Stand der Rechtsprechung zur betrieblichen Lohngestaltung und vereinzelte Hinweise auf noch zu klärende Fragestellungen. Der 1. Teil behandelt vorrangig Inhalt und Gegenstand des Mitbestimmungsrechts aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, sein Verhältnis zum Gesetz- und Tarifvorbehalt sowie die sich für Betriebsrat und Arbeitnehmer ergebenden Ansprüche. Im 2. Teil stehen Fragen zur Änderung der Entlohnungsgrundsätze, der Zuständigkeit der jeweiligen Arbeitnehmervertretungen und im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang im Vordergrund.

II. Inhalt und Gegenstand des Mitbestimmungsrechts aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG

1. Normzweck

Nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG hat der Betriebsrat in Fragen der betrieblichen Lohngestaltung, insbesondere bei der Aufstellung und Änderung von Entlohnungsgrundsätzen und der Einführung und Anwendung von neuen Entlohnungsmethoden sowie deren Änderung, mitzubestimmen. Das Beteiligungsrecht soll die Arbeitnehmer vor einer einseitig an den Interessen des Arbeitgebers orientierten Lohngestaltung schützen. Zugleich soll die Einbeziehung des Betriebsrats zur Wahrung der innerbetrieblichen Lohngerechtigkeit sowie zur Sicherung der Angemessenheit und Durchsichtigkeit des Lohngefüges beitragen.² Der Begriff der Lohngerechtigkeit umfasst nicht nur das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, sondern auch das der Arbeitnehmer untereinander. Im Bereich der Vertikalbeziehung geht es um die Bestimmung der Gegenleistung für die vom Arbeitnehmer erbrachte Leistung. Die Horizontalbeziehung betrifft das Verhältnis der Entgeltansprüche der betriebsangehörigen Arbeitnehmer untereinander.³

* Hinweis der Redaktion: Der Beitrag erscheint in zwei Teilen – Teil 2 wird voraussichtlich in der Ausgabe 2/2017 veröffentlicht.

1 Für die aus meiner Sicht ausgesprochen angenehme Zusammenarbeit im Ersten Senat danke ich meiner (nunmehr ehemaligen) Senatsvorsitzenden *Ingrid Schmidt* sowie den mich begleitenden Senatsmitgliedern *Kristina Schmidt*, *Prof. Wolfgang Linsenmaier* und *Dr. Rüdiger Linck*. Mein Beitrag ist der gemeinsamen Zeit zugewandt.

2 BAG, 18.3.2014 – 1 ABR 75/12 – AP Nr. 146 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; demgegenüber sieht *Annuß*, RdA 2014, 193, 202 den Normzweck der Vorschrift nur in der Beschränkung der einseitigen Gestaltungsmacht des Arbeitgebers.

3 Ähnlich *Annuß*, RdA 2014, 193, 194.

2. Begriff

Entlohnungsgrundsätze sind die allgemeinen Vorgaben, aus denen sich die Vergütung der Arbeitnehmer des Betriebs ergibt. Sie stellen die Grundsätze zur Lohnfindung dar, die das System bestimmen, nach welchem das Arbeitsentgelt für die Belegschaft oder Teile der Belegschaft ermittelt oder bemessen werden soll. Zu ihnen zählen neben der Grundentscheidung für eine Vergütung nach Zeit oder nach Leistung die daraus folgenden Entscheidungen über die Ausgestaltung des jeweiligen Systems.⁴ Gegenstand von Entlohnungsgrundsätzen ist deshalb die Frage, ob die betriebsangehörigen Arbeitnehmer nach bestimmten Zeitabschnitten (Stundenlohn/Monatsvergütung) oder im Leistungslohn (Akkord) bezahlt werden. Mischformen von beiden Vergütungsformen stellen gleichermaßen Entlohnungsgrundsätze dar. Zu den nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG mitbestimmungspflichtigen Maßnahmen gehören auch die sich an die Wahl des Vergütungssystems anschließenden Entscheidungen über dessen Detailregelungen.⁵ Näher auszugestalten sind die Entscheidungen über die einzelnen Vergütungsbestandteile und die Festlegung ihrer Anspruchsvoraussetzungen. Hiervon erfasst sind – wenn die Vergütung für eine Arbeitsleistung erfolgen soll, die im Zeitlohn erbracht wird – die Grundvergütung, etwaige Zuschläge und Zulagen sowie leistungsabhängige Entgeltbestandteile (Bonii, Tantiemen).

Entlohnungsgrundsätze müssen Arbeitsentgelt zum Gegenstand haben und abstrakt-generelle Vorgaben für dessen (gerechte) Verteilung auf die Arbeitnehmer enthalten. Unerheblich ist deshalb der Geltungsgrund der geldwerten Leistung (Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung, einzelvertragliche Abrede oder ihre tatsächliche Gewährung). Das Beteiligungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG entsteht bereits, wenn die Leistung einen kollektiven Tatbestand betrifft. Die Abgrenzung zwischen kollektiven Tatbeständen und Einzelfallgestaltungen richtet sich danach, ob es um Strukturformen des Entgelts einschließlich ihrer näheren Vollzugsformen geht oder nur individuelle Besonderheiten betroffen sind. Für diese Abgrenzung ist die Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer nicht allein maßgeblich. Sind mehrere Personen betroffen, kann dies allerdings ein Indiz für einen bestehenden kollektiven Bezug sein. Einen solchen hat die Rechtsprechung des BAG zB. angenommen, wenn der Arbeitgeber

für die Leistung an eine Mehrzahl von Arbeitnehmer ein bestimmtes Budget vorsieht.⁶ Bei der Ausgestaltung von Entlohnungsgrundsätzen geht es dann um die abstrakte Regelung, ob und welcher Personenkreis unter welchen Voraussetzungen in welcher Höhe anspruchsberechtigt ist.

Mitbestimmungspflichtig nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG sind schließlich die Einführung und Anwendung von neuen Entlohnungsmethoden sowie deren Änderung. Gegenstand des Beteiligungsrechts ist insoweit die Aufstellung, Anwendung und Änderung des allgemeinen Regelwerks zur Entlohnungsmethode.

3. Erfasste Leistungen

a) Vermögenswerte Zuwendung des Arbeitgebers aus Anlass des Arbeitsverhältnisses

Die betriebliche Lohngestaltung iSv. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG betrifft die Festlegung abstrakter Kriterien zur Bemessung der (Gegen-)Leistung des Arbeitgebers, die dieser zur Abgeltung der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers oder sonst mit Rücksicht auf das Arbeitsverhältnis insgesamt erbringt. Vom Mitbestimmungstatbestand werden alle Geld- oder geldwerten Leistungen erfasst, die der Arbeitgeber den Arbeitnehmern auf der Grundlage eines zukünftigen, bestehenden oder beendeten Arbeitsverhältnisses gewährt. Das Mitbestimmungsrecht ist nicht beschränkt auf die im Synallagma stehenden Entgeltbestandteile, sondern betrifft alle Formen der Vergütung, die aus Anlass des Arbeitsverhältnisses nach bestimmten Grundsätzen oder nach einem System gewährt werden.⁷ Es muss durch die Leistungsgewährung eine Vermögensmehrung auf Seiten der Arbeitnehmer erfolgen, sei es unmittelbar, sei es dadurch, dass sie den Arbeitnehmern sonst erforderliche eigene Aufwendungen erspart; mit anderen Worten: der Arbeitgeber muss dem Vermögen des Arbeitnehmers etwas zuwenden.⁸ Ohne Bedeutung für das

4 Zuletzt BAG, 5.5.2015 – 1 AZR 435/13 – AP Nr. 147 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

5 BAG, 2.3.2004 – 1 AZR 271/03 – AP Nr. 31 zu § 3 TVG; *Kreft*, FS Kreutz, 2010, S. 263, 265.

6 BAG, 10.10.2006 – 1 ABR 68/05 – AP Nr. 68 zu § 80 BetrVG 1972 (abteilungsbezogene Summe).

7 BAG, 18.3.2014 – 1 ABR 75/12 – AP Nr. 146 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

8 BAG, 31.5.2005 – 1 ABR 22/04 – AP Nr. 125 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

Mitbestimmungsrecht ist die Bezeichnung der Geld- oder geldwerten Leistung.⁹ Regelungen über die Erstattung von tatsächlichen Auslagen aus Anlass des Arbeitsverhältnisses zählen nicht zum Arbeitsentgelt; sie mehren nicht dessen Vermögen, sondern gleichen nur eine beim Arbeitnehmer zuvor im Hinblick auf das Arbeitsverhältnis entstandene Vermögenseinbuße wieder aus.

b) Einzelfälle

Lohn iSv. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG ist zB. die Arbeitsvergütung, die der Arbeitnehmer als Stunden-, Tage-, Wochen- oder Monatslohn bzw. Gehalt erhält.¹⁰ Für das Eingreifen des Mitbestimmungsrechts ist es ohne Bedeutung, ob die aus Anlass des Arbeitsverhältnisses gewährte vermögenswerte Zuwendung als Geld- oder Sachleistungen bzw. als sonstige Vergünstigung¹¹ erbracht wird. Ebenso ist unerheblich, ob diese nur einmalig oder nachträglich für Leistungen des Arbeitnehmers¹² gewährt werden.¹³ Zum Lohn gehören alle Formen der Leistungsvergütung (Leistungs-,¹⁴ Erschwernis-,¹⁵ Auslands-¹⁶ oder Nachtzulagen¹⁷ sowie Provisionen¹⁸); beim Akkord ist nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG mitbestimmungspflichtig, ob im Einzel- oder Gruppenakkord gearbeitet werden soll. Bei einem Prämienlohnsystem besteht unabhängig von der Zwecksetzung durch den Arbeitgeber eine Beteiligungspflicht für den Verlauf der Prämienkurve (progressiv oder degressiv).¹⁹ Zum Entgelt zählen Sonderzuwendungen wie zB. Weihnachtsgratifikationen, Einmalzahlungen,²⁰ Jahresabschlussvergütungen, Boni,²¹ Treueprämien, Jubiläumsgelder, Anwesenheits- oder Wettbewerbsprämien,²² die bestimmt sind, den Arbeitnehmer zu einer höheren Leistung zu motivieren sowie eine Sonderzahlung, mit der ein besonderes Engagement in einer Ausnahmesituation nachträglich honoriert werden soll²³. Vom Begriff »Lohn« iSd. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG werden erfasst: übertarifliche Zulagen,²⁴ Urlaubsentgelt,²⁵ Zuwendungen aus einem vom Arbeitgeber gebildeten Liquidationspool,²⁶ Zeitgutschriften auf einem Arbeitszeitkonto,²⁷ Altersteilzeitleistungen²⁸ sowie Trinkgelder²⁹ und schließlich Leistungen der betrieblichen Altersversorgung³⁰.

4. Beschränkungen des Mitbestimmungsrechts

a) Höhe des Entgelts

Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG erstreckt sich das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG

nicht auf die konkrete Höhe des Entgelts.³¹ Dies ist unmittelbar einsichtig. Andernfalls hätte der Betriebsrat die Möglichkeit, über einen Spruch der Einigungsstelle (§ 87 Abs. 2 BetrVG) den Arbeitgeber betriebsverfassungsrechtlich zu einer bestimmten Entgelthöhe zu zwingen. Nicht ausgeschlossen sind allerdings – wie noch auszuführen sein wird (unter III 3 b) – mittelbare Einwirkungen auf die Vergütungshöhe.

9 BAG GS, 16.9.1986 – GS 1/82 – AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972; BAG, 10.6.1986 – 1 ABR 65/84 – AP Nr. 22 zu § 87 BetrVG 1982 Lohngestaltung.

10 BAG, 22.1.1980 – 1 ABR 48/77 – AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung (AT-Angestellte).

11 BAG, 8.11.2011 – 1 ABR 37/10 – AP Nr. 22 zu § 87 BetrVG 1972 Sozialeinrichtung (Personalverkauf).

12 BAG, 23.6.2009 – 1 AZR 214/08 – AP Nr. 45 zu § 77 BetrVG 1972 Betriebsvereinbarung.

13 BAG, 29.2.2000 – 1 ABR 4/99 – AP Nr. 105 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

14 BAG, 22.10.1985 – 1 ABR 67/83 – AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Leistungslohn.

15 BAG, 22.12.1981 – 1 ABR 38/79 – AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

16 BAG, 30.1.1990 – 1 ABR 2/89 – AP Nr. 41 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

17 BAG, 26.8.1997 – 1 ABR 16/97 – AP Nr. 74 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

18 BAG, 16.7.1991 – 1 ABR 66/90 – AP Nr. 49 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; 17.10.1989 – 1 ABR 31/87 – AP Nr. 39 zu § 76 BetrVG 1972; 6.12.1988 – 1 ABR 44/87 – AP Nr. 37 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

19 BAG, 16.12.1986 – 1 ABR 26/86 – AP Nr. 8 zu § 87 BetrVG 1972 Prämie; 13.9.1983 – 1 ABR 32/81 – AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Prämie.

20 BAG, 14.1.2014 – 1 ABR 57/12 – AP Nr. 145 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

21 BAG, 12.4.2011 – 1 AZR 412/09 – AP Nr. 57 zu § 75 BetrVG 1972; 14.6.1994 – 1 ABR 63/93 – AP Nr. 69 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

22 BAG, 30.3.1982 – 1 ABR 55/80 – AP Nr. 10 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

23 BAG, 29.2.2000 – 1 ABR 4/99 – AP Nr. 105 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

24 BAG GS, 3.12.1991 – GS 2/90 – AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

25 BAG, 3.12.2002 – 9 AZR 535/01 – AP Nr. 57 zu § 11 BUrlG.

26 BAG, 16.6.1998 – 1 ABR 67/97 – AP Nr. 92 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

27 BAG, 18.3.2014 – 1 ABR 75/12 – AP Nr. 146 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

28 BAG, 10.12.2013 – 1 ABR 39/12 – AP Nr. 144 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

29 BAG, 24.7.1991 – 7 ABR 76/89 – AP Nr. 1 zu § 41 BetrVG 1972.

30 BAG, 10.3.2015 – 3 AZR 56/14 – AP Nr. 68 zu § 1 BetrAVG Ablösung; 19.8.2008 – 3 AZR 194/07 – AP Nr. 82 zu § 242 BGB Betriebliche Übung.

31 Zuletzt BAG, 5.5.2015 – 1 AZR 435/13 – AP Nr. 147 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; 17.5.2011 – 1 AZR 797/09 – AP Nr. 138 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; 15.5.2001 – 1 ABR 39/00 – AP Nr. 17 zu § 87 BetrVG 1972 Prämie.

b) Vertraglich vereinbarte Entgelte

(1) Keine Regelungskompetenz

Den Betriebsparteien fehlt im Bereich des Mitbestimmungsrechts aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG grundsätzlich eine Regelungskompetenz für die arbeitsvertraglich vereinbarten Entgelte. Der Betriebsrat hat keine Einflussmöglichkeit auf den Inhalt der Vergütungsabrede zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sowie die Auszahlung des zwischen ihnen vereinbarten Entgelts. Eine Betriebsvereinbarung, nach der die Vereinbarung oder die Auszahlung eines einzelvertraglich vereinbarten Gehaltsbestandteils von der Zustimmung des Betriebsrats abhängt, ist daher unzulässig.³² Gleiches gilt für in Betriebsvereinbarungen geregelte Höchstgrenzen für das vereinbarte Arbeitsentgelt.³³ Weichen allerdings die einzelvertraglich getroffenen Vergütungsabreden von den betrieblichen Entlohnungsgrundsätzen ab, können sich ggf. für die Arbeitnehmer weitere Zahlungsansprüche ergeben (dazu III 3 b).

(2) Ausnahme: Betriebsvereinbarungsoffenheit

Eine Ausgestaltungsmöglichkeit der Betriebsparteien in Bezug auf die vertraglichen Entgeltbestandteile kommt jedoch in Betracht, wenn der Arbeitsvertrag insoweit betriebsvereinbarungsoffen gestaltet ist. Die Arbeitsvertragsparteien können ihre vertraglichen Absprachen dahingehend gestalten, dass sie einer späteren betrieblichen Regelung den Vorrang einräumen. Dieser Vorbehalt kann ausdrücklich³⁴ oder bei entsprechenden Begleitumständen konkludent erfolgen. Er ist sowohl bei einzelvertraglichen Abreden als auch bei betrieblichen Einheitsregelungen und Gesamtzusagen möglich. Eine konkludente Vereinbarung eines solchen Vorbehalts kann nach der Rechtsprechung des BAG anzunehmen sein, wenn für die betriebsangehörigen Arbeitnehmer erkennbar ist, dass die Leistung einer kollektiven, möglicherweise auch verschlechternden Veränderung zugänglich sein soll. Hiervon ist auszugehen, wenn die vertragliche Einheitsregelung in Abstimmung mit der jeweils zuständigen Arbeitnehmervertretung zustande gekommen ist oder wenn Änderungen in der Vergangenheit unter Beteiligung des Betriebsrats vorgenommen worden sind. Dies soll – bei typisierender Betrachtung – bei einem Erklärungsempfänger die Folgerung nahe legen, dass die vom Arbeitgeber zu erbringenden Leistungen in Abstimmung mit dem

Betriebsrat umgestaltet werden können.³⁵ Das BAG hat bisher allerdings weder verlangt, dass der neu eintretende Arbeitnehmer bereits vor oder zumindest bei Abschluss des Arbeitsvertrags auf die gegenwärtig gewährten Leistungen und/oder die bisher erfolgte Betriebsratsbeteiligung vom Arbeitgeber hingewiesen werden musste, was bei einer konkludenten Vereinbarung einer Betriebsvereinbarungsoffenheit eigentlich erforderlich wäre. In seiner neueren Rechtsprechung bejaht das Gericht auch dann eine konkludente Vereinbarung der Betriebsvereinbarungsoffenheit, wenn der Vertragsgegenstand in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten ist und einen kollektiven Bezug hat.³⁶ Danach kann zB. die Gewährung einer im Arbeitsvertrag zugesagten Sonderzuwendung entweder ausdrücklich oder konkludent von ihrer Ausgestaltung in einer Betriebsvereinbarung oder Regelungsabrede abhängig sein.

c) Günstigkeitsprinzip

Das Günstigkeitsprinzip beschränkt die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG nicht. Bei diesem handelt es sich um eine Kollisionsregel für die Fälle, in denen Betriebsvereinbarungen und individualrechtliche Absprachen denselben Gegenstand unterschiedlich regeln. Es führt daher nicht zur Unwirksamkeit der kollektiven Regelung, sondern nur dazu, dass sich der Arbeitnehmer trotz des Bestehens einer unmittelbar und zwingend wirkenden Regelung auf eine ihm günstigere einzelvertragliche Abrede berufen kann.³⁷

32 BAG, 18.11.2014 – 1 ABR 18/13, juris.

33 BAG, 30.10.2012 – 1 ABR 61/11 – AP Nr. 143 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

34 Ein solcher Vorbehalt könnte lauten: »Die vertraglich gewährten Leistungen stehen unter dem Vorbehalt von nachfolgenden, auch verschlechternden Änderungen durch Vereinbarungen zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber.«

35 BAG, 17.2.2015 – 1 AZR 599/13 – AP Nr. 65 zu § 77 BetrVG 1972 Betriebsvereinbarung.

36 BAG, 25.5.2016 – 5 AZR 135/16 – zVb.; 21.8.2013 – 5 AZR 581/11 – AP Nr. 124 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; 5.3.2013 – 1 AZR 417/12 – AP Nr. 105 zu § 77 BetrVG 1972; Hromadka, NZA 2013, 1061; Meinell/Kiehn, NZA 2014, 509; krit. dazu Krause, JA 2014, 944; Preis/Ulber, NZA 2014, 6; Waltermann, SAE 2013, 94; für Gesamtzusagen im Bereich der betrieblichen Altersversorgung BAG, 10.3.2015 – 3 AZR 56/14 – AP Nr. 68 zu § 1 BetrAVG Ablösung.

37 BAG, 14.1.2014 – 1 ABR 57/12 – AP Nr. 145 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; 26.8.2008 – 1 AZR 354/07 – AP Nr. 15 zu § 87 BetrVG 1972.

d) Gesetz- oder Tarifvorbehalt

(1) Wirkung

Nach § 87 Abs. 1 Eingangshalbsatz BetrVG hat der Betriebsrat nicht nach § 87 Abs. 1 BetrVG mitzubestimmen, soweit die betreffende Angelegenheit gesetzlich oder durch Tarifvertrag geregelt ist. Der Gesetz- bzw. Tarifvorbehalt beruht auf der Erwägung, dass für die Erreichung des Mitbestimmungszwecks kein Raum mehr verbleiben soll, wenn für die Vornahme der Maßnahme eine den Arbeitgeber bindende und abschließende normative (gesetzliche oder tarifliche) Vorschrift besteht. Wird der Mitbestimmungsgegenstand durch die Norm inhaltlich und abschließend geregelt, fehlt es an einer Ausgestaltungsmöglichkeit durch die Betriebsparteien. Verbleibt dem Arbeitgeber dagegen trotz der bestehenden normativen Regelung ein Gestaltungsspielraum, ist ein auf den möglichen Spielraum des Arbeitgebers bezogenes Mitbestimmungsrecht eröffnet.³⁸

(2) Gesetzesvorbehalt

Fälle, in denen das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG durch den Gesetzesvorbehalt eingeschränkt wird, sind kaum denkbar. In Betracht kommt möglicherweise eine Einschränkung des Beteiligungsrechts bei der Überlassung von Personenkraftwagen, die vom Arbeitnehmer auch privat genutzt werden dürfen. Hier werden sich die Bedingungen der Privatnutzung – dh. die dafür zu entrichtende Gegenleistung des Arbeitnehmers – nach den steuerrechtlichen Vorschriften richten, ob der Arbeitgeber überhaupt eine solche Privatnutzung ermöglicht oder nicht, unterliegt ohnehin nicht dem Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG.³⁹

(3) Tarifvorbehalt

Der Tarifvorbehalt des § 87 Abs. 1 BetrVG Eingangshalbsatz schließt das Beteiligungsrecht für die Gestaltung der für alle Arbeitnehmer geltenden betrieblichen Entlohnungsgrundsätze nur aus, wenn der Arbeitgeber entweder kraft Tarifgebundenheit (§ 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG) oder Allgemeinverbindlichkeit (§ 5 TVG) normativ an den Tarifvertrag gebunden ist und dieser eine inhaltliche sowie abschließende Regelung über die Vergütung der vom persönlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags erfassten Arbeitnehmer enthält; zu den sich daraus ergebenden Verpflichtungen des Arbeitgebers unter III 2 c. Dagegen ist es eine dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats unterliegende Ent-

scheidung, ob ein nicht tarifgebundener Arbeitgeber den Arbeitsverhältnissen in seinem Betrieb das einschlägige tarifliche Regelwerk zu Grunde legen will.

III. Die Ausgestaltung von betrieblichen Entlohnungsgrundsätzen

1. Hauptanwendungsfall: Vergütungsordnung

a) Begriff

Nach der Rechtsprechung des BAG gehört zu der vom Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG umfassten Einführung und Änderung von Entlohnungsgrundsätzen die Ausgestaltung einer betrieblichen Vergütungsordnung. Diese betrifft die Leistungsbeziehung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis. Es handelt es sich um einen Teil des Vergütungs-/Entgeltsystems für die im Zeitlohn beschäftigten Arbeitnehmer im Betrieb.⁴⁰ Die Betriebsparteien bewerten die jeweiligen auszuübenden Arbeitnehmertätigkeiten und legen – in Bezug auf die vom Arbeitgeber gewährte Gegenleistung – deren Verhältnis zueinander in Vergütungsgruppen fest. Eine solche betriebliche Vergütungsordnung ist – wie diejenige eines Tarifvertrags – Ausdruck einer Entscheidung über die Wertigkeit der jeweiligen Arbeitnehmertätigkeiten im Verhältnis zueinander.⁴¹

b) Inhalt des Mitbestimmungsrechts

Zu ihren mitbestimmungspflichtigen Bestandteilen einer betrieblichen Vergütungsordnung gehören die Struktur und die Anzahl der Entgeltgruppen sowie die Festlegung der jeweiligen Anforderungen für die Zuordnung der Tätigkeit eines Arbeitnehmers in die jeweilige Vergütungs-/Entgeltgruppe. Vom Mitbestimmungsrecht umfasst ist auch die Festsetzung des Abstands zwischen den einzelnen Gruppen.⁴² Die für diese geltenden Steigerungen können zB. entweder prozentual beschrieben oder in absoluten Beträ-

³⁸ BAG, 22.7.2014 – 1 ABR 96/12 – AP Nr. 19 zu § 87 BetrVG 1972.

³⁹ Weitergehender offenbar LAG Hamm, 7.2.2014 – 13 TaBV 86/13 – NZA-RR 2014, 425; das Verfahren ist in der Rechtsbeschwerdeinstanz eingestellt worden.

⁴⁰ Zu den einzelnen Leistungsbestandteilen unter II 3 b.

⁴¹ BAG, 4.5.2011 – 7 ABR 10/10 – AP Nr. 55 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung.

⁴² BAG, 30.10.2012 – 1 ABR 61/11 – AP Nr. 143 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

gen bemessen werden. Zulässig sind auch sog. Gehaltsbänder, dh. Spannen, innerhalb derer sich die Vergütung für eine Vergütungs-/Entgeltgruppe bewegen muss. Bei Gehaltsbändern kann die konkrete Festlegung der individuellen Vergütung – je nach Ausgestaltung der Vergütungsordnung – entweder von den Betriebsparteien gemeinsam vorgenommen oder – bei verhältnismäßig geringen Spannen – dem Arbeitgeber überlassen werden.⁴³ In ein solches betriebliches Entgeltschema muss der Arbeitgeber jeden neu in den Betrieb eintretenden Arbeitnehmer nach § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG eingruppieren.⁴⁴ Der Arbeitgeber ist nach § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG betriebsverfassungsrechtlich verpflichtet, eine Eingruppierung vorzunehmen und hieran den Betriebsrat zu beteiligen. Unterbleibt die Beteiligung des Betriebsrats, kann dieser die Durchführung des Zustimmungsverfahrens gerichtlich durchsetzen (§ 101 BetrVG analog). Für das Beteiligungsrecht nach § 99 Abs. 1 BetrVG kommt es nur darauf an, ob die Vergütungsordnung wirksam im Betrieb gilt, nicht ausreichend ist, dass sie vom Arbeitgeber einseitig (und damit mitbestimmungswidrig) angewandt wird.⁴⁵ Diese Grundsätze gelten gleichermaßen bei einer Umgruppierung. Ein darauf bezogenes Beteiligungsverfahren muss der Arbeitgeber nicht nur beim Wechsel der einem Arbeitnehmer zugewiesenen Arbeitsaufgaben, sondern auch dann durchführen, wenn sich bei gleichbleibender Tätigkeit die betriebliche Vergütungsordnung ändert und infolge dieser Änderung eine Entscheidung über eine »Neueingruppierung« des Arbeitnehmers erforderlich wird.⁴⁶

2. Das Mitbestimmungsrecht bei normativer Geltung von Entlohnungsgrundsätzen

a) Der Ausschluss der Mitbestimmung durch den Tarifvorbehalt

Ist der Arbeitgeber kraft Tarifgebundenheit oder Allgemeinverbindlichkeit an ein Tarifwerk gebunden, wird das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats – wie bereits dargestellt – nach dem Eingangshalbsatz des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG bei der Einführung und Änderung von Entlohnungsgrundsätzen in dem normativ geltenden Umfang ausgeschlossen. Eine Mitgliedschaft der Arbeitnehmer in der abschließenden Gewerkschaft ist für das Eingreifen des Tarifvorbehalts nicht erforderlich. Das gilt auch dann, wenn es sich bei der das Mitbestimmungsrecht verdrängenden tariflichen Regelung um Inhaltsnormen handelt. Das ent-

spricht dem Zweck des Eingangshalbsatzes. Dieser geht davon aus, dass eine normative (gesetzliche oder tarifliche) Regelung dem Schutzbedürfnis der Arbeitnehmer ausreichend Rechnung trägt und daher Mitbestimmungsrechte entbehrlich macht.⁴⁷ Der Betriebsrat kann bei Bestehen einer solchen tariflichen Regelung über Entlohnungsgrundsätze daher weder deren Änderung noch die Einführung eines weiteren betrieblichen Entgeltsystems verlangen. Nur wenn der tarifgebundene Arbeitgeber übertarifliche Leistungen gewähren will, also solche, zu denen er nicht normativ verpflichtet ist, kann insoweit ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG bestehen.

b) Das Bestehen einer Schutzlücke bei Inhaltsnormen und seine Schließung durch den 1. Senat

Die Beschränkung des Mitbestimmungsrechts aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG gilt ohne Rücksicht auf die Tarifgebundenheit der betriebsangehörigen Arbeitnehmer. Aus diesem Grund werden unmittelbar nur die Mitglieder der tarifvertrags-schließenden Gewerkschaft geschützt. Nur diese können sich (individualrechtlich) gegenüber dem Arbeitgeber gem. § 4 Abs. 1 S. 1 TVG auf zwingende tarifliche Regelungen berufen. Die Vergütung der nicht- oder andersorganisierten Arbeitnehmer hängt von der Ausgestaltung in den (regelmäßig vom Arbeitgeber gestellten) vertraglichen Vereinbarungen ab. Das alleinige Abstellen auf die Tarifbindung des Arbeitgebers kann so zu einer Schutzlücke zu Lasten der nicht oder anders tarifgebundenen Arbeitnehmer führen. Anders ist es nur, wenn es sich bei den normativ geltenden Regelungen um Betriebsnormen iSd. § 3 Abs. 2 TVG handelt, für deren Geltung die Tarifbindung des Arbeitgebers ausreicht und die auf alle Arbeitnehmer im Betrieb des tarifgebundenen Arbeitgebers anzuwenden sind. Tarifliche Entlohnungsgrundsätze sind regelmäßig tarifliche Inhaltsnormen (§ 4 Abs. 1 TVG), die nur bei beiderseitiger Tarifgebundenheit (normativ) gelten.

⁴³ BAG, 30.10.2012 – 1 ABR 61/11 – AP Nr. 143 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

⁴⁴ BAG, 4.5.2011 – 7 ABR 10/10 – AP Nr. 55 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung.

⁴⁵ Anders BAG 4.5.2011 – 7 ABR 10/10 – AP Nr. 55 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung, das die einseitige Anwendung des Arbeitgebers ausreichen lässt; krit. schon *Wiese*, RdA 2012, 332, 337 f.

⁴⁶ BAG, 14.4.2015 – 1 ABR 66/13 – AP Nr. 143 zu § 99 BetrVG 1972.

⁴⁷ BAG, 18.10.2011 – 1 ABR 25/10 – AP Nr. 141 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

Wegen der fehlenden Erstreckung des Tarifvertrags auf die Arbeitnehmer, die keine Mitglieder der abschließenden Gewerkschaft sind, geht der im Bereich der Angelegenheiten des § 87 Abs. 1 BetrVG beabsichtigte Schutz, die einseitige Gestaltungsmacht des Arbeitgebers entweder durch eine bestehende tarifliche Regelung oder durch die Mitbestimmung des Betriebsrats zu begrenzen und eine Transparenz der Arbeitsbedingungen herzustellen, letztlich ins Leere. In Bezug auf die nicht oder anders gebundenen Arbeitnehmer könnte der Arbeitgeber im Bereich der Nr. 10 wegen der durch den Eingangshalbsatz ausgeschlossenen Mitbestimmung des Betriebsrats ein beliebiges Vergütungssystem einführen und anwenden, er wäre sogar berechtigt, insoweit auf ein solches gänzlich zu verzichten und im Bereich der Vergütung schlicht nach Gutdünken zu verfahren.

» Dies zeigt ein vom Ersten Senat des BAG im Jahr 2011 entschiedenes Beschlussverfahren.⁴⁸ Die Arbeitgeberin war an die jeweils gültigen Tarifverträge für den Einzelhandel in NRW gebunden. Zu diesen gehörte ein Gehaltstarifvertrag, in dem die Anforderungen für die Eingruppierung der kaufmännischen und technischen Angestellten bestimmt waren. Seit November 2008 vereinbarte die Arbeitgeberin mit neu eingestellten Arbeitnehmern Arbeitsentgelte, bei deren Höhe individuelle Kriterien wie etwa die zuvor erworbene Berufserfahrung berücksichtigt wurden. Diese Arbeitnehmer gruppierte die Arbeitgeberin nicht mehr in die Vergütungsordnung des jeweils geltenden Gehaltstarifvertrags ein.

Der Erste Senat hatte bereits in einer älteren Entscheidung den fehlenden Schutz für nicht tarifgebundene Arbeitnehmer im Bereich der sozialen Angelegenheiten des § 87 Abs. 1 BetrVG festgestellt, wenn die betriebliche Mitbestimmung aufgrund des Eingangshalbsatzes durch Tarifnormen ausgeschlossen wird. Der Senat meinte jedoch, die nicht (oder anders) tarifgebundenen Arbeitnehmer könnten doch jederzeit durch Beitritt zur tarifvertragschließenden Gewerkschaft den unabdingbaren Schutz der tariflichen Regelung erlangen. *Wiese* hatte dies kritisiert und zu Recht darauf hingewiesen, dass diese Argumentation in Bezug auf die negative Koalitionsfreiheit der nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer »fast zynisch« anmute.⁴⁹

c) Lösung: Die betriebsverfassungsrechtliche Erstreckung der tariflichen Entlohnungsgrundsätze auf alle betriebsangehörigen Arbeitnehmer

Seit seiner Entscheidung vom 18. Oktober 2011⁵⁰ hält der Erste Senat an seiner früheren Ansicht nicht mehr fest. Zur

Begründung hat er neben koalitionsrechtlichen Bedenken angeführt, dass ein solcher weitgehender Ausschluss der Mitbestimmung dem Normzweck des Eingangshalbsatzes in § 87 Abs. 1 BetrVG widerspricht. Nach seiner Auffassung bedarf es der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten nur dann nicht mehr, wenn die Handlungsmöglichkeiten des Arbeitgebers bereits durch Gesetz oder Tarifvertrag beschränkt werden und sämtliche betriebsangehörigen Arbeitnehmer angemessen geschützt sind. Zwar mag – so der Senat – der Gesetzgeber davon ausgegangen sein, dass der durch einen normativ geltenden Tarifvertrag vermittelte Schutz nur durch den Beitritt zu der abschließenden Gewerkschaft erworben werden kann. Jedoch betreffen die Katalogtatbestände des § 87 Abs. 1 BetrVG nicht vorrangig individuelle Rechtspositionen, sondern die Beziehungen zwischen dem Arbeitgeber und der Belegschaft oder jedenfalls Teilen von ihr. Der daraus folgende kollektive Bezug verlange zwar nicht notwendig eine einheitliche Regelung für alle betriebszugehörigen Arbeitnehmer. Jedoch entfalle nach dem Gesetzeswortlaut eine Regelungskompetenz der Betriebsparteien für die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer bei Tarifgebundenheit des Arbeitgebers. Dies würde zu unterschiedlichen Entlohnungsgrundsätzen für tarifgebundene und nicht bzw. andersorganisierte Arbeitnehmer führen. Der Erste Senat hat auch den Gedanken verworfen, dass in diesem Fall der Betriebsrat für die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer regelungsbefugt sein könnte. Gegen eine Aufteilung der Belegschaft nach der Gewerkschaftszugehörigkeit und die darauf bezogene Bildung von unterschiedlichen Entlohnungsgrundsätzen sprechen die Grundsätze des § 75 Abs. 1 S. 1 BetrVG und der Regelungszweck des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Eine allein an der Gewerkschaftszugehörigkeit orientierte Sachgruppenbildung ist in der Betriebsverfassung grundsätzlich unzulässig. Dies folgt aus dem betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz in § 75 Abs. 1 S. 1 BetrVG. Danach haben Arbeitgeber und Betriebsrat darüber zu wachen, dass alle im Betrieb tätigen Personen nach den Grundsätzen von Recht und Billigkeit behandelt werden, insbesondere, dass jede unterschiedliche Behandlung von Personen ua. wegen ihrer

48 BAG, 18.10.2011 – 1 ABR 25/10 – AP Nr. 141 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

49 *Wiese*, RdA 2012, 332, 336.

50 BAG, 18.10.2011 – 1 ABR 25/10 – AP Nr. 141 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

gewerkschaftlichen Betätigung unterbleibt. Gegen die Zulässigkeit einer an die Mitgliedschaft in der abschließenden Gewerkschaft anknüpfenden Behandlung der Belegschaft spricht weiterhin der Normzweck des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Die Transparenz der betrieblichen Lohngestaltung und die Beachtung der Verteilungsgerechtigkeit erfordern eine vergleichende Bewertung der gesamten im Betrieb ausgeübten Tätigkeiten in Bezug auf die dafür gewährte Gegenleistung. Weder der Arbeitgeber noch die Betriebsparteien können den Gegenstand eines solchen Vergleichs und damit die Tragweite des Mitbestimmungsrechts dadurch einschränken, dass die Belegschaft in beliebige Gruppen von Arbeitnehmern aufgespaltet wird, für die jeweils unterschiedliche Entgeltsysteme vorgesehen sind.⁵¹ Die Verbandszugehörigkeit ist für die Bewertung der an die auszuübende Tätigkeit anknüpfenden Arbeitsleistung – und nur um die geht es bei § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG – ohne Bedeutung.

Den durch den Eingangshalbsatz in § 87 Abs. 1 BetrVG bewirkten Ausschluss der betrieblichen Mitbestimmung hat der Erste Senat des BAG bei Inhaltsnormen zu Gunsten der nicht oder anders organisierten Arbeitnehmer im Bereich des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG durch die Verpflichtung des Arbeitgebers kompensiert, die in einer tariflichen Vergütungsordnung enthaltenen Entlohnungsgrundsätze, soweit sie ohne den Tarifvorbehalt dem Beteiligungsrecht des Betriebsrats unterliegen würden, im Betrieb anzuwenden.⁵² Anders ausgedrückt, ein tarifliches Entgeltschema stellt zugleich für die Bewertung der auszuübenden Tätigkeit die im Betrieb geltenden Entlohnungsgrundsätze dar. Der Arbeitgeber muss die Tätigkeiten der vom persönlichen Geltungsbereich der Entlohnungsgrundsätze erfassten Arbeitnehmer ungeachtet ihrer Mitgliedschaft in der abschließenden Gewerkschaft den ausgebrachten Vergütungsgruppen zuordnen und zu dieser Entscheidung nach § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG die Zustimmung des Betriebsrats einholen; zur individualrechtlichen Anspruchshöhe unter III 3 b. Diese Grundsätze dürften für alle tariflich normierten Entgeltbestandteile gelten, soweit sie Entlohnungsgrundsätze iSd. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG enthalten. Dies betrifft zB. auch tarifliche Zulagen und Zuschläge sowie Sonderzuwendungen.

d) Das Mitbestimmungsrecht bei außertariflichen Angestellten

Außertarifliche (AT-)Angestellte, sind Angestellte, die aufgrund der ihnen übertragenen Arbeitsaufgaben bzw.

der mit ihnen vereinbarten, über der höchsten Tarifgruppe liegenden Vergütung nicht vom persönlichen Geltungsbereich eines Tarifvertrags erfasst werden, andererseits aber noch nicht zum Personenkreis des § 5 Abs. 3 BetrVG gehören. Bei ihnen besteht das Mitbestimmungsrecht – auch beim tarifgebundenen Arbeitgeber – wegen der fehlenden Sperre durch den Tarifvorbehalt für die Ausgestaltung und Festlegung der Vergütungsgruppen einer Entgeltordnung und das Verhältnis der Lohngruppen zueinander.⁵³ Insoweit können beim tarifgebundenen Arbeitgeber ein tarifliches und ein originär betriebliches Vergütungssystem für die nicht vom Tarifvertrag erfassten Arbeitnehmer nebeneinander bestehen.⁵⁴ Darüber hinaus kann bei AT-Angestellten das aufgrund von Zielvereinbarungen gezahlte Entgelt durch Betriebsvereinbarung ausgestaltet werden.⁵⁵ Ist das (betriebliche) Entgeltsystem für AT-Angestellte wie die tariflichen Vergütungsgruppen tätigkeitsbezogen ausgestaltet, umfasst das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG entsprechend seinem Normzweck zugleich die Festlegung des Abstands zwischen der höchsten tariflichen Vergütungsgruppe und der niedrigsten Vergütungsgruppe der für AT-Angestellte geltenden Regelung.⁵⁶ Die gegenteilige Annahme des BAG vermag nicht zu überzeugen. Nur auf die vorstehende Weise wird den Anforderungen an eine gerechte Verteilung der im Betrieb gewährten Vergütung sowie eine umfassende Transparenz genügt. Dies kann anders zu beurteilen sein, wenn sich die Zugehörigkeit zu dem Vergütungssystem für AT-Angestellte ausschließlich nach der vertraglich vereinbarten Vergütung bemisst, während die tarifliche Vergütungsordnung auf die auszuübende Tätigkeit abstellt.

51 BAG, 18.11.2003 – 1 AZR 604/02 – AP Nr. 15 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung.

52 Im Ergebnis auch *Kreft*, FS Kreutz, 2010, S. 263, 272 f.

53 BAG, 21.1.2003 – 1 ABR 5/02 – AP Nr. 117 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; 28.9.1994 – 1 AZR 870/93 – AP Nr. 68 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

54 Zur Zuständigkeit des örtlichen Betriebsrats BAG, 18.5.2010 – 1 ABR 96/08 – AP Nr. 34 zu § 50 BetrVG 1972; 23.3.2010 – 1 ABR 82/08 – AP Nr. 135 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

55 Dazu *Linck/Koch*, FS Bepler, 2012, S. 357.

56 Wie hier *Klebe*, in: *Däubler/Kittner/Klebe/Wedde* (Hrsg.), *BetrVG*, 15. Aufl., Frankfurt aM. 2016, § 87 Rn. 338; *Fitting* (Begr.), *BetrVG*, Handkommentar, 28. Aufl., München 2016, § 87 Rn. 491; aA. BAG, 21.8.1990 – 1 ABR 72/89 – NZA 1991, 434.

3. Entlohnungsgrundsätze als Anspruchsgrundlage

a) Betriebsrat

(1) Festlegung des Ausgangswerts für die Entgeltgrundsätze

Gilt im Betrieb entweder ein tarifliches Vergütungsschema als betriebliche Entlohnungsgrundsätze oder haben die Betriebsparteien solche vereinbart, hat der Betriebsrat gegenüber dem Arbeitgeber einen auf die Festsetzung der Ausgangs-/Grundvergütung gerichteten Anspruch. Die Anwendung von Entlohnungsgrundsätzen setzt voraus, dass diese betragsmäßig unterlegt werden. Die in ihnen festgelegte Ordnung enthält nur die Anspruchsvoraussetzungen für die jeweiligen finanziellen Leistungen (Grundvergütung, Sonderzuwendungen). Damit steht die Höhe der sich für die betriebsangehörigen Arbeitnehmer ergebenden Ansprüche noch nicht fest. Diese ist von einer Ausgangs- bzw. Grundvergütung abhängig, deren Existenz erst die Berechnung der Vergütung entsprechend den Entlohnungsgrundsätzen ermöglicht. Diese muss der Arbeitgeber jeweils betragsmäßig festlegen, um sie »zum Leben zu erwecken«. Baut etwa die Vergütungsordnung auf festgelegten, nach oben aufsteigenden Abständen auf, ist die Vergütung für die niedrigste Entgeltgruppe vom Arbeitgeber zu bestimmen. Der Wert der anderen (höheren) Vergütungsgruppen folgt dann – quasi im Wege eines umgekehrten »Domino-Effekts« – entsprechend den in der Vergütungsordnung festgelegten Abständen. Erst diese Festsetzung ermöglicht die Berechnung der Vergütung entsprechend den in der Vergütungsordnung bestimmten Entgeltgrundsätzen. Die Entscheidung über die Höhe des Ausgangswerts kann der Arbeitgeber mitbestimmungsfrei treffen, zu ihrer Vornahme ist der Arbeitgeber jedoch gegenüber dem Betriebsrat verpflichtet.⁵⁷ Diese Verpflichtung gilt auch bei normativer Geltung von tariflichen Entlohnungsgrundsätzen. Der tarifgebundene Arbeitgeber kann und muss den Ausgangswert festlegen. Diese Festlegung betrifft nicht nur die Arbeitnehmer, die nicht Mitglied in der den Tarifvertrag abschließenden Gewerkschaft sind. Sie gilt für alle Arbeitnehmer, die vom Geltungsbereich der tariflichen Entlohnungsgrundsätze erfasst werden.⁵⁸ Der Arbeitgeber ist nach der Festlegung (betriebsverfassungsrechtlich) im Verhältnis zum Betriebsrat verpflichtet, den von den betrieblichen oder normativ geltenden tariflichen Entlohnungsgrundsätzen erfassten Arbeitnehmern zumindest die Vergütung zu zahlen, die sich aus dem Verteilungsplan und dem vom Arbeitgeber festgesetzten Ausgangswert ergibt.

sätzen erfassten Arbeitnehmern zumindest die Vergütung zu zahlen, die sich aus dem Verteilungsplan und dem vom Arbeitgeber festgesetzten Ausgangswert ergibt.

Das Bundesarbeitsgericht hat bisher noch nicht entschieden, in welchem Umfang der Arbeitgeber durch die Festsetzung des Ausgangswerts hinter der tariflichen Vergütung zurückbleiben kann. Nach der hier vertretenen Auffassung bildet jedenfalls die Höhe des gesetzlichen Mindestlohns nach dem MiLoG oder der durch Rechtsverordnung nach § 7 AEntG für die jeweilige Branche normativ bestimmte Betrag die untere Wertgrenze. Ebenso darf die Unterschreitung nicht zu einer Sittenwidrigkeit der Vergütung für die niedrigste Entgeltgruppe führen.

Gewährt der Arbeitgeber – wozu er aufgrund der Privatautonomie berechtigt ist – anderen Arbeitnehmern eine Vergütung, die über derjenigen liegt, die sich aus den betrieblichen Entlohnungsgrundsätzen und seiner darauf bezogenen Festsetzung des Ausgangswerts ergibt, erbringt er einen Leistungsbestandteil, zu deren Gewährung er nicht normativ (tariflich und/oder betriebsverfassungsrechtlich) verpflichtet ist. Bei Bestehen eines kollektiven Tatbestands kann deren Ausgestaltung allerdings dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG unterliegen.⁵⁹ Dies schränkt rein praktisch eine zu niedrige Festlegung der Ausgangsvergütung ein. Der Arbeitgeber müsste stets die Ausgestaltung der tariflich oder betriebsverfassungsrechtlich nicht festgelegten Vergütung befürchten.

(2) Einhaltung der Entlohnungsgrundsätze

i. Keine Tarifgebundenheit des Arbeitgebers

Der Betriebsrat hat kollektivrechtlich einen Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Durchführung der im Betrieb geltenden Entlohnungsgrundsätze. Anspruchsgrundlage für einen solchen Erfüllungsanspruch ist bei deren Ausgestaltung durch Betriebsvereinbarung § 77 Abs. 1 S. 1 BetrVG iVm. der zwischen den Betriebsparteien geschlossenen Vereinbarung. Nach der genannten Vorschrift führt der Arbeitgeber Vereinbarungen zwischen Betriebsrat und

⁵⁷ BAG, 30.10.2012 – 1 ABR 61/11 – AP Nr. 143 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

⁵⁸ BAG, 18.10.2011 – 1 ABR 25/10 – AP Nr. 141 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

⁵⁹ BAG, 30.10.2012 – 1 ABR 61/11 – AP Nr. 143 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

Arbeitgeber, auch soweit sie auf einem Spruch der Einigungsstelle beruhen, durch. Der Arbeitgeber ist jedenfalls gegenüber dem Betriebsrat verpflichtet, Betriebsvereinbarungen ihrem Inhalt entsprechend im Betrieb anzuwenden.⁶⁰ Das BAG hat bisher nicht entschieden, ob ein Durchführungsanspruch auch besteht, wenn die Betriebsparteien keine Betriebsvereinbarung, sondern nur eine Regelungsabrede abgeschlossen haben.⁶¹ Diese Frage ist wegen des nicht auf Betriebsvereinbarungen beschränkten Gesetzeswortlauts (»Vereinbarungen«) im Bereich des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG regelmäßig zu bejahen.⁶² Allerdings setzt der Durchführungs-/Erfüllungsanspruch eine entsprechende mit dem Arbeitgeber getroffene Vereinbarung voraus.

► **Beispielsfall:** Die nicht tarifgebundene Arbeitgeberin gewährte ihren Beschäftigten bei einem Einsatz an Samstagen eine Arbeitszeitgutschrift iHv. 25% der erbrachten Arbeitsleistung. Den Betriebsrat beteiligte sie hierbei nicht. Nach etwa 18 Monaten schloss die Arbeitgeberin mit neu eingestellten Arbeitnehmern arbeitsvertraglich eine Zeitgutschrift für die Arbeit an Samstagen aus. Den bislang beschäftigten Arbeitnehmern gewährte sie diese hingegen unverändert weiter. Der Betriebsrat hat die Arbeitgeberin für verpflichtet gehalten, die Zeitgutschrift allen Arbeitnehmern zu gewähren. Die Änderung des begünstigten Personenkreises unterliege seinem Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Ihre Zusage aus dem Frühjahr 2009 könne die Arbeitgeberin daher nicht ohne seine Zustimmung ändern.

Der Erste Senat des BAG hat einen auf die Gewährung einer Zeitgutschrift für Arbeit an Samstagen gerichteten Durchführungsanspruch des Betriebsrats verneint. Zwar habe die Arbeitgeberin dessen Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG durch die ohne seine Beteiligung erfolgte Aufstellung und Änderung des Entlohnungsgrundsatzes über die Vergütung von Samstagsarbeit verletzt. Der Betriebsrat könne jedoch nur die Durchführung einer mit der Arbeitgeberin getroffenen Vereinbarung verlangen. An einer solchen fehle es jedoch. Durch die bloße Hinnahme des mitbestimmungswidrigen Verhaltens der Arbeitgeberin sei keine Regelungsabrede mit dem Betriebsrat zustande gekommen. Diese setze zumindest eine auf die Zustimmung zu der Maßnahme gerichtete Beschlussfassung des Betriebsrats und deren Verlautbarung gegenüber dem Arbeitgeber voraus. Für die Durchsetzung eines mitbestimmungswidrigen Verhaltens der Arbeitgeberin bestehe hingegen keine Anspruchsgrundlage;⁶³ Ansprüche des

Betriebsrats bei einer nachwirkenden Betriebsvereinbarung werden im zweiten Teil dieses Beitrags behandelt.

ii. Bei Tarifgebundenheit des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber ist nach dem Beschluss des Ersten Senats vom 18. Oktober 2011 im Verhältnis zum Betriebsrat zur Anwendung der im Tarifvertrag enthaltenen Entlohnungsgrundsätze im Betrieb verpflichtet. Dies ist angesichts des Zusammenspiels der Normzwecke des Eingangshalbsatzes von § 87 Abs. 1 BetrVG und dessen Nr. 10 nur konsequent (unter III 2 c). Der Ausschluss des Mitbestimmungsrechts im Bereich der betrieblichen Lohngestaltung wird durch die Pflicht des Arbeitgebers zur Anwendung der tariflichen Entlohnungsgrundsätze kompensiert. Diese Pflicht besteht gegenüber allen vom Geltungsbereich der tariflichen Entlohnungsgrundsätze erfassten Belegschaftsangehörigen und nicht nur zugunsten der vom Schutz des normativ geltenden Tarifvertrags ausgenommenen Arbeitnehmer. Daraus folgt aber – worauf der Erste Senat bereits in der genannten Entscheidung hingewiesen hat – gerade kein sich aus dem BetrVG ergebender Durchführungsanspruch des Betriebsrats, auch den nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern den Tariflohn zu zahlen.⁶⁴ Die betriebsverfassungsrechtliche Pflichtenstellung des tarifgebundenen Arbeitgebers reicht nicht weiter als der Umfang des durch den Eingangshalbsatz ausgeschlossenen Mitbestimmungsrechts aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Dieses erstreckt sich nicht auf die Entgelthöhe. Bei Entlohnungsgrundsätzen im Bereich der Grundvergütung ist es auf die Festlegung von Vergütungsgruppen nach abstrakten Kriterien einschließlich der Festsetzung der Wertunterschiede zueinander beschränkt. Der Betriebsrat kann kollektivrechtlich nur die Festsetzung der Ausgangsvergütung (unter III 3 a [1]) sowie die Anwendung dieser Ordnung verlangen. Für einen

60 BAG, 18.5.2010 – 1 ABR 6/09 – AP Nr. 51 zu § 77 BetrVG 1972 Betriebsvereinbarung; zum Durchführungsanspruch des Betriebsrats *Ahrendt*, NZA 2011, 774; *Roloff*, RdA 2015, 252.

61 BAG, 18.3.2014 – 1 ABR 75/12 – AP Nr. 146 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; 27.10.1998 – 1 ABR 3/98 – AP Nr. 99 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

62 Dafür *Roloff*, RdA 2015, 252, 253.

63 BAG, 18.3.2014 – 1 ABR 75/12 – AP Nr. 146 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; die Entscheidung ist – obwohl sonst weitgehend unbeachtet geblieben – kurioserweise von den jeweils beteiligten Verfahrensbevollmächtigten im Schrifttum besprochen worden; *Vormbaum-Heinemann*, ArbR 2014, 397 sowie *Mues*, ArbRB 2014, 235.

64 Dies wird vielfach verkannt, zuletzt von *Berger*, SAE 2015, 78, 82.

Durchführungs-/Erfüllungsanspruch wie beim nicht tarifgebundenen Arbeitgeber fehlt es allerdings an einer darauf bezogenen Vereinbarung zwischen den Betriebsparteien. Dies schließt die gerichtliche Durchsetzung der Verpflichtung des Arbeitgebers aber nicht aus. Jedenfalls nach § 23 Abs. 3 BetrVG kann der Betriebsrat die Einhaltung der normativ geltenden Entlohnungsgrundsätze verlangen. Überlegenswert ist zudem – zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen gegenüber der Rechtsstellung des Betriebsrats beim nicht tarifgebundenen Arbeitgeber – ein Erfüllungsanspruch *sui generis* ohne das Erfordernis der »groben Pflichtverletzung« iSd. § 23 Abs. 3 BetrVG.

b) Individualrechtliche Ansprüche

(1) Anspruch aus § 611 iVm. mit den geltenden Entlohnungsgrundsätzen

Der Erste Senat des BAG hält den Arbeitgeber in Fortführung der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzungen für verpflichtet, den betriebsangehörigen Arbeitnehmern (mindestens) eine Vergütung zu gewähren, die den im Betrieb geltenden Entlohnungsgrundsätzen entspricht.⁶⁵ Die im Arbeitsvertrag getroffene Vereinbarung über die Vergütungshöhe wird danach von Gesetzes wegen insoweit ergänzt. Zur Begründung hat der Senat auf die aus seiner Sicht damit bewirkte Sicherung des Mitbestimmungsrechts aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG verwiesen. Sie soll den Arbeitnehmer vor Verstößen des Arbeitgebers gegen die kollektivrechtlich geltenden Entlohnungsgrundsätze schützen.

Nach dem klassischen Verständnis der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung führt die Verletzung von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer jedenfalls zur Unwirksamkeit von Maßnahmen oder Rechtsgeschäften, die den Arbeitnehmer belasten. Diese Rechtsfolge »passt« nicht unmittelbar. Bei der Anwendung von Entlohnungsgrundsätzen handelt es sich nicht um eine den Arbeitnehmer belastende Maßnahme. Die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung ist aber entwickelt worden, um zu verhindern, dass der Arbeitgeber sich dem Einigungszwang mit dem Betriebsrat durch Rückgriff auf arbeitsvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten entzieht. Dem Arbeitgeber darf aus einer betriebsverfassungsrechtlichen Pflichtwidrigkeit auch im Verhältnis zum Arbeitnehmer kein Vorteil erwachsen. Nach Auffassung des Großen Senats des BAG ist die Unwirksamkeitsfolge eine geeignete Sanktion, soweit Maßnahmen des Arbeitgebers

mitbestimmungspflichtig sind und ihre Durchführung den Arbeitnehmer belasten. Maßnahmen zum Nachteil der Arbeitnehmer sind nur solche, die bereits bestehende Rechtspositionen der Arbeitnehmer schmälern. Der Große Senat hat allerdings im Anschluss an *Richardi*⁶⁶ bereits darauf hingewiesen, dass zur Gewährleistung der betriebsverfassungsrechtlichen Ordnung ein »bewegliches System von Sanktionen« geboten sein könnte und die sich aus der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung ergebenden Rechtsfolgen den unterschiedlichen Fallgestaltungen anzupassen sein könnten.⁶⁷ Diesem Punkt ist nach meinem Dafürhalten von den Kritikern der Senatsrechtsprechung nicht genügend Beachtung zugewandt worden.

Die vom Ersten Senat vorgenommene Erweiterung der individualrechtlichen Rechtsstellung des Arbeitnehmers ist durch den Zweck des Beteiligungsrechts aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG geboten. Nur auf diese Weise kann verhindert werden, dass sich der Arbeitgeber seiner Bindung an die mitbestimmte Vergütungsstruktur unter Verstoß gegen das Beteiligungsrecht des Betriebsrats entziehen kann. Für eine Änderung der geltenden Entlohnungsgrundsätze hat der Gesetzgeber das in § 87 Abs. 1 Nr. 10, Abs. 2 BetrVG bestimmte Beteiligungsverfahren vorgesehen. Nur eine gegenüber den Arbeitnehmern bestehende Verpflichtung, eine Vergütung nach den im Betrieb geltenden Entlohnungsgrundsätzen zu erbringen, bewirkt den gesetzlich vorgesehenen Einigungszwang, dem sich der Arbeitgeber ansonsten entziehen könnte, wenn die im Arbeitsvertrag getroffene Vergütungsabrede eine solche Verpflichtung nicht umfasst. Der Arbeitgeber wäre ansonsten bei einer gesetzwidrigen, weil nicht mitbestimmten Änderung der Entlohnungsgrundsätze keiner wirksamen individualrechtlichen Sanktion ausgesetzt. Dies widerspricht der »klassischen« Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung, nach der zur Durchsetzung des Einigungszwangs ein mitbestim-

65 BAG, 5.5.2015 – 1 AZR 435/13 – AP Nr. 147 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; 17.5.2011 – 1 AZR 797/09 – AP Nr. 138 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; 22.6.2010 – 1 AZR 853/08 – AP Nr. 136 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; 15.8.2008 – 1 AZR 65/07 – AP Nr. 133 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; 2.3.2004 – 1 AZR 271/03 – AP Nr. 31 zu § 3 TVG; 11.6.2002 – 1 AZR 390/01 – AP Nr. 113 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; 27.6.2000 – 1 ABR 36/99 – AP Nr. 23 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung; abl. *Annuß*, RdA 2014, 193, 203; *Bauer/Günther*, DB 2009, 620 ff.; *Jacobs*, FS Sacker, 2011, S. 201 ff.; *Lobinger*, ZfA 2009, 319, 441 f.; *ders.*, RdA 2011, 76, 87 f.; *Reichold*, Anm. AP Nr. 31 zu § 3 TVG; *ders.*, FS Konzen, 2006, S. 763, 768 ff.; *ders.*, FS Picker, 2010, S. 1079, 1082 ff.; *Wiese*, RdA 2012, 332, 335.

66 *Richardi*, ZfA 1976, 1, 37.

67 BAG GS, 16.9.1986 – GS 1/82 – AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972.

mungswidriges Verhalten des Arbeitgebers im Bereich des § 87 BetrVG auch individualrechtliche Rechtsfolgen haben muss. Deshalb tritt die Unwirksamkeit einer den Arbeitnehmer belastenden Maßnahme des Arbeitgebers im Bereich der Katalogtatbestände des § 87 Abs. 1 BetrVG auch unabhängig von den Rechtsschutzmöglichkeiten des Betriebsrats ein. Die für den Betriebsrat eröffneten Möglichkeiten, kollektivrechtlich die Einhaltung der geltenden Entlohnungsgrundsätze zu verlangen, schließen individualrechtliche Ansprüche zur Gewährleistung des gesetzlichen Rechtszustands nicht aus. Der Betriebsrat hat schon keine Möglichkeit, individualrechtliche Rechtspositionen der Arbeitnehmer im Wege einer Prozessstandschaft durchzusetzen.

(2) Anspruchsvoraussetzungen

Die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung »oder genauer: deren Fortführung im Bereich des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG« begründet – dies wird vielfach verkannt – keinen Anspruch auf eine Vergütung nach mitbestimmungswidrig geänderten Entlohnungsgrundsätzen. Sie ist wie im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat nicht Anspruchsgrundlage zur Durchsetzung mitbestimmungswidrigen Verhaltens. Zur Begründung eines auf § 611 BGB iVm. mit den geltenden Entlohnungsgrundsätzen gestützten Anspruchs bedarf es daher der Darlegung, dass die für dessen Begründung herangezogenen Entlohnungsgrundsätze in Form einer Betriebsvereinbarung oder Regelungsabrede zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat im Anspruchszeitraum wirksam vereinbart worden sind. Nicht ausreichend ist es daher, wenn der Arbeitgeber einseitig, dh. ohne Zustimmung des Betriebsrats Entlohnungsgrundsätze im Betrieb tatsächlich durchführt.⁶⁸

(3) Konkurrenzen

Der Vergütungsanspruch aus § 611 BGB iVm. mit den geltenden Entlohnungsgrundsätzen, ist vielfach aus Sicht der betroffenen Arbeitnehmer nur eine Mindestvergütung. Für ein mögliches Konkurrenzverhältnis gelten die nachfolgenden Grundsätze.

Gilt ein Tarifvertrag normativ, dh. kraft Tarifgebundenheit bzw. aufgrund einer Allgemeinverbindlicherklärung für das Arbeitsverhältnis, haben auch tarifgebundene Arbeitnehmer einen individualrechtlichen Anspruch auf eine Vergütung nach den im Betrieb geltenden Entlohnungsgrundsätzen. Aufgrund des Günstigkeitsprinzips (§ 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG) behalten sie jedoch ihren Anspruch auf den (regelmäßig höheren) Tariflohn. Dies gilt sinngemäß auch für die Anspruchskonkurrenz im Nachwirkungszeitraum (§ 4 Abs. 5 TVG). Nicht oder anders tarifgebundene Arbeitnehmer haben während der normativen Geltung des Tarifvertrags sowie im Nachwirkungszeitraum neben ihrer vertraglichen Abrede einen damit konkurrierenden Anspruch aus § 611 BGB iVm. mit den Entlohnungsgrundsätzen. Dies gilt gleichermaßen für die erst im Nachwirkungszeitraum eintretenden Arbeitnehmer. Für diese findet der beendete Tarifvertrag zwar keine Anwendung kraft Nachwirkung, wohl aber die in ihm enthaltenen Entlohnungsgrundsätze, dh. seine Vergütungsordnung (dazu im Einzelnen im 2. Teil dieses Beitrags).

⁶⁸ Zuletzt BAG, 5.5.2015 – 1 AZR 435/13 – AP Nr. 147 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

U.S. Trade Unions and German Subsidiaries

Wilma B. Liebman, Rutgers University School of Management and Labor Relations, New Brunswick*

I. Introduction: A Landscape of Extremes

About 20 years ago, industrial relations scholar Thomas Kochan¹ observed that American labor-management relations represented a »landscape of extremes« – ranging from highly antagonistic, union busting to highly collaborative, strategic partnerships, with the vast number spread in between – an armed truce perhaps, or more or less peaceful co-existence. About five years ago, I asked him whether he'd still describe things that way. He replied, it's now even worse. The reality is that U.S. labor relations have always been a landscape of extremes, but the extremes have widened, or at least the negative extreme. In the last few years, relations between labor and business have become more rancorous, reflecting the state of our politics. What has happened is comparable to the radicalization of the Republican Party, described by two political scholars as »it's even worse than it looks.«²

Indeed, American labor relations cannot be divorced from U.S. politics: the political storms of the last few years, a deeply polarized country, and Congressional gridlock. Combine this political environment with a long history of institutionalized anti-unionism, and you have a difficult climate for labor relations. Our 1935 labor law was the product of fierce struggles and was controversial from the start. The legitimacy of the statute and of trade unions as institutions in our society has never fully been accepted. Recent polling shows that 37% of the public think that labor unions should have more influence, up from 25% in 2009; but 35% want less influence. Fifty-five percent of Democrats wish unions had more influence, but only 18% of Republicans.³ Americans are deeply divided on these issues.

It is in this context that we must assess German subsidiaries' relations with U.S. trade unions. German firms, it appears, are not unlike American companies, falling along the same continuum that Professor Kochan described, except that most probably prefer to avoid the extremes and public scrutiny. Although most deal with unions at home

(and globally), many locate in the firmly anti-union (right-to-work⁴) southern states – with their unique history, economy and political culture – and resist unionization, unless forced to submit. Labor unions and advocates have criticized them for hypocrisy and taking the low road »when in Rome« approach.

To begin, I will sketch basic facts about German investment in the U.S. Then I will present my understanding of the experience of U.S. trade unions with German subsidiaries. To place this experience in perspective, I will next outline the labor law, economic and political context in which German subsidiaries invest and operate in the U.S., with particular attention to the American South. To conclude, I will pose what for me are the difficult questions raised by this discussion:

- What obligations do, or should, German subsidiaries have to take the high road when operating in the U.S. and to act in accordance with higher standards than U.S. labor laws compel?
- Can we make a persuasive case that German subsidiaries *should* act differently than their American counterparts, that they should abandon the »when in Rome« approach and become the »thought leaders« that

* Chairman, National Labor Relations Board (2009–2011); Member, National Labor Relations Board, November 1997–January 2009; Rutgers University School of Management and Labor Relations, Visiting Distinguished Scholar (2015–16). This article is based on remarks delivered at a lecture organized by the Hugo Sinzheimer Institute on September 28, 2015, in Frankfurt/Main, Germany and updated for publication in September 2016. I thank Andrew Lyubarsky for his superb assistance.

1 George Maverick Bunker Professor of Management, MIT Sloan School of Management.

2 T Mann and N Orenstein, *It's Even Worse Than it Looks: How the American Constitutional System Collided With the New Politics of Extremism* (New York, Basic Books, 2012).

3 The polling further showed that on a regional basis the South is the only area of the country where a majority said they did not approve of labor unions. L Saad, »Americans; Support for Labor Continues to Recover«, *Gallup* (17 August 2015), www.gallup.com/poll/184622/americans-support-labor-unions-continues-recover.aspx (26.10.2016).

4 American labor law permits the individual states to enact laws proscribing the execution of agreements requiring union membership as a condition of employment. National Labor Relations Act §14(b), 29 U.S.C. § 164(b). Today, 26 states are so-called »right-to-work« states.

many of us would like to see, helping to transform the toxic U.S. labor relations culture into something more constructive?

- Do the mutual self-interests of Germany and the U.S. *compel* a high road course?

II. Foreign investment in the U.S.: Germany

Foreign direct investment (FDI) in the U.S. for 2015 totaled a record-breaking \$ 353 billion. Yet, global competition for foreign investment is increasing, as more developing countries position themselves as investment destinations. Since 2000, the global share of FDI in *developed* countries has declined, but, cumulatively, the U.S. remains the top choice for foreign direct investment.⁵

Foreign companies invest in the U.S. for many reasons. It is seen as a vital production location, a stable regulatory regime, and an important research center, with world-class research universities. It provides a large market, and a solid infrastructure that allows businesses to easily access that market. Good domestic energy resources and low energy prices are also a draw. And for certain foreign investors, the U.S. has become an important global export platform: more than half of all cars produced at BMW's Spartanburg, South Carolina plant are shipped overseas.⁶

German investors have long maintained a strong presence in the U.S. As of 2013, about 3500 German majority-owned business operations were present in the U.S., with a heavy focus on manufacturing (about 36%). In 2014, Germany was the 5th largest foreign investor in the U.S. German companies employ over 620,000 workers (third largest after British and Japanese),⁷ and they express high confidence in the U.S. market, with some concerns about the lack of skilled workers.⁸

State and local governments across the U.S. actively seek German investment, and have lavished substantial subsidies and tax incentives on German companies, especially Southern states:

- BMW – initial incentive package \$ 150 million in 1992; \$ 103.5 million for expansion in 2002; 8000 employees (South Carolina);
- Mercedes – initial incentive \$ 238 million in 1993 and \$ 119 million and \$ 100 million for expansions in 2000 and 2009; 3500 employees (Alabama);

- Volkswagen – initial incentive \$ 554 million in 2008; awarded \$ 263.3 million in 2014; 2400 employees (Tennessee);
- Each of these also received additional smaller incentives for worker training;
- Airbus – \$ 158 million promised in 2012; officially opened 2015 with about 250 hired, about a quarter of capacity (Alabama).

While our focus is German subsidiaries, there is another story that should not be ignored: Chinese investment in the U.S. is rapidly growing, especially in Southern states. From 2000–14, Chinese companies invested \$ 46 billion in the U.S., mostly in the later years. The Carolinas are home to at least 20 Chinese manufacturers, which have received handsome infrastructure grants and subsidies. Growing costs in China are reported to be causing a shift of some types of manufacturing to »lower cost countries« like the United States, and vanishing manufacturing jobs in the South have made residents hungry for work, willing to accept lower pay:

»[S]urging labor and energy costs in China are eroding its competitiveness in manufacturing. [...] manufacturing wages adjusted for productivity have almost tripled in China over the last decade [...]. In the United States, manufacturing wages adjusted for productivity have risen less than 30 percent since 2004, to \$ 22.32 an hour [...]. And the higher wages for American workers are offset by lower natural gas prices, as well as inexpensive cotton and tax breaks and subsidies. [...] »Everybody believed that China would always be cheaper [...]. But things are changing even faster than anyone imagined.«⁹

5 »Foreign Direct Investment in the United States, Preliminary 1st Quarter 2016«, *Organization for International Investment* (16 June 2016); »Foreign Direct Investment in the United States, 2014 and 2015«, *Bureau of Economic Analysis, U.S. Department of Commerce* (13 July 2016).

6 NE Boudette and W Boston, »BMW Readies U.S. Factory Expansion«, *Wall Street Journal* (20 March 2014), www.wsj.com/articles/SB10001424052702304026304579451632920837764 (26.10.2016).

7 »German-American Trade, Investment, and Jobs«, RGIT (Representative of German Industry and Trade) (2014), www.rgit-usa.com/fileadmin/ahk_rgitusa/media/pdf/2014/German_American_Trade__Investment_and_Jobs__Nov_2014.pdf (26.10.2016); J Vater and N Michels, »Top 50 Ranking of German Firms in the U.S.« (April 2015) 26 *German American Trade Quarterly* 15.

8 Various efforts are being made to address workforce issues: the German Skills initiative is a collaboration between the German Embassy and the U.S. Department of Commerce focused on bringing German dual track vocational training to the U.S., chiefly in areas where high skilled manufacturing clusters are located. »The Skills Initiative«, Embassy of the Federal Republic of Germany in Washington (2015), www.germany.info/contentblob/3846858/Daten/5821061/SkillsInitiativeBrochurePDFalt.pdf (26.10.2016).

9 H Tabuchi, »Chinese Textile Mills are Now Hiring in Places Where Cotton Was King«, *The New York Times* (2 August 2015), www.nytimes.com/2015/08/03/business/chinese-textile-mills-are-now-hiring-in-places-where-cotton-was-king.html (26.10.2016). See also C Harlan, »A grim bargain«, *The Washington Post* (1 December 2015), www.washingtonpost.com/sf/business/2015/12/01/a-grim-bargain/ (26.10.2016).

It presents a certain irony that the Chinese find the American South an attractive *low-cost* production location:

»Once the epitome of cheap mass manufacturing, textile producers from formerly low-cost nations are starting to set up shop in America. It is part of a blurring of once seemingly clear-cut boundaries between high- and low-cost manufacturing nations that few would have predicted a decade ago.«¹⁰

German and American workers should take heed of these developments.

III. The Record: »When in Rome«?

Labor scholars, advocates and unions often fault the U.S. subsidiaries of German (or, more broadly, European) firms of hypocrisy in failing to live up to their own companies' public commitments to German co-determination principles or to freedom of association, worker representation and collective bargaining embraced in social compacts or international framework agreements. The criticism is that most German companies with subsidiaries in the U.S. recognize and work with unions in Germany and indeed all over the world. Yet, when they invest in the U.S., many of them readily abandon what is a critical aspect of their success at home and instead embrace the »low road« non- and anti-union attitudes and practices pervasive in the U.S. business community and politics. Often these firms insist that they don't need »outsiders« or »third parties« in dealing with their American employees, distinguishing their relationships with German unions and works councils, and preferring to operate unilaterally. These questions are vital for U.S. trade unions, but also for German trade unions, particularly in considering the Transatlantic Trade and Investment Partnership.

This critique of German firms in the U.S. is well explored.¹¹ My observations are more impressionistic. To get an overview of the landscape, I conducted informal interviews with representatives of several major U.S. trade unions about their experience, either through organizing campaigns or collective bargaining, with various German firms in different industries.¹² I first outline general themes that emerged from this discussion and then provide more detailed commentary on two stories: the record of German auto supply manufacturers in the U.S. and the experience

of the United Automobile Workers (UAW) with Volkswagen in Chattanooga, Tennessee.

1. General Themes

The uniform theme that emerged from my inquiries was that alliances with German trade unions are very advantageous, and several strong partnerships have been forged, such as between the UAW and IG Metall. In disputes with the German firms' American management, U.S. unions often find themselves heavily reliant on the greater legal rights and clout of their German counterparts and works councils, particularly if a German union officer sits on the corporate supervisory board and in a strong role. This position gives the U.S. union a »pipeline to the company.« The works council can also be helpful in starting a dialogue with the company in Germany, »although the standard is low.« Reportedly, however, there may also be some frustration trying to build partnerships between American and European unions, based on different philosophies and strategies arising from the two countries' different industrial relations realities. In the context of European social dialogue, U.S. unions may be seen as »cowboys« or too hostile.

Other themes surfaced from my inquiries. These include:

- » Overall, the record of U.S. trade unions with German firms reflects the spectrum of relations with American employers described by Professor Kochan, but probably without the extremes as the German firms are seen to be sensitive to their public image.
- » It is difficult to generalize from one company to the other, and not all unions are the same. All of the relationships are somewhat different, and may vary from union to union with a particular firm, or

¹⁰ Tabuchi (n 9).

¹¹ See, e.g., L Compa, »A Strange Case: Violations of Workers' Freedom of Association in the United States by European Multinational Corporations«, *Human Rights Watch* (2 September 2010); M Fichter, »Exporting Labor Relations Across the Atlantic? Insights on Labor Relations Policies of German Corporations in the U.S.« (2011) 14 *WorkingUSA: The Journal of Labor and Society* 129; M Fichter and D Stevis, »Global Framework Agreements in a Union-Hostile Environment: The Case of the USA«, *Friedrich Ebert Stiftung* (2013); OE Herrnstadt, »Corporate Social Responsibility, International Framework Agreements and Changing Corporate Behavior in the Global Workplace« (2013) 3 *Labor and Employment Law Forum* 263.

¹² My observations are informed by informal interviews that I conducted on background with attorneys or other representatives of several U.S. unions, publicly available information, especially media reporting, and legal proceedings. The unions included the United Autoworkers, the International Brotherhood of Teamsters, the Communications Workers of America, the International Association of Machinists, and the AFL-CIO. My observations are thematic, reflecting views from multiple sources. Except where noted, I do not attribute specific comments.

over time. Some relationships start out contentious, but then work out fairly well. For example, one union reported a good relationship with Siemens, but another's is problematic. Relations with Bosch were bad with one union – including a threat to replace striking employees – but Bosch backed off, and things are now good, with a contract in place. One union official stated that generally there is no real level of cooperation coming from Germany, but once a company is organized they enjoy great relations. He also reported that Freightliner (owned by Daimler) has experienced increased market share every year since it entered into a relationship with the UAW in 2003.

- » Some reported that relations with German firms may be getting worse in their use of »low road« approaches to avoiding unionization, consistent with Professor Kochan's general observations about U.S. trends. One union attorney said that the German firms may not be »Wal Mart, but still [...]« and added that some are actively engaging in anti-union campaigns, often spending lots of money to hire consultants. One union organizer reported that an automaker was »hell bent on keeping the union out.« Many German firms hire American managers who are predisposed to avoiding unions. And several have violated the labor law by interfering with statutory rights, such as imposing rules that stifle employee communications about working conditions or unionization.¹³
- » Some of these firms »take advantage of lax labor laws,« even unionized companies. For example, one union attorney reported that a German transportation firm has collective bargaining agreements in place in major cities »where they have to« and is not actively opposing unionization, but is engaged in »structural union avoidance«, by use of part-timers, contracting out, and the resulting high turnover. While the union has a collective bargaining contract permitting card check, neutrality¹⁴ and access rights, it still faces difficulties in organizing new workers given these structural arrangements, referred to as »manipulation«.
- » On the question whether German headquarters are involved in their U.S. operations and, if so, what their influence is, the answers went both ways. Some union representatives said that headquarters needs to control their U.S. subsidiaries, to ensure compliance with stricter obligations under compacts, framework agreements and German law. Another said that headquarters is heavily involved and has been decidedly anti-union. He reported that American union busting strategies have even been exported back to Germany.
- » Several representatives stressed the significance of German firms locating in the South, with its difficult and complicated history on civil rights and unions, right-to-work laws, vocally anti-union politicians, very pro-business climate, and huge incentives given to attract German investment.

2. German-owned Auto Supply Firms

Beyond these general themes, I discovered the striking labor relations record of the more than 60 German-owned auto supply manufacturers operating in the U.S.¹⁵ Several, such as Bosch, Continental, and ZF, are among the largest in the world. An analysis of 185 German owned facilities, employing over 50,000 U.S. workers, shows that German suppliers have a lower unionization rate (13%) than the U.S. supplier market as a whole (20%). Many of these German suppliers are located in Southern states, with one in five in South Carolina alone. When the German suppliers' customer is unionized, the plant is five times more likely to be unionized than a plant supplying a non-union customer. German auto companies – BMW, Mercedes and Volkswagen – are located in Alabama, South Carolina and Tennessee, and their supplier base followed them to the region. But, even within the South, German suppliers have favored the most anti-union states. While the BMW plant in South Carolina produces about 1.5 more vehicles than the Mercedes plant in Alabama, there are about 2.5 more German supplier workers in South Carolina than in Alabama. And many of the German suppliers in South Carolina supply back to Mercedes. Both Alabama and South Carolina are right-to-work states, but Alabama's unionization rate (10.8%) is about five times higher than South Carolina's (2.2%).

The majority of German supplier workers sourcing to the American »Big 3« auto companies – General Motors, Ford, and Chrysler – are in the South, despite the Big 3's Midwest and Ontario footprint. Nearly every Bosch plant in South Carolina supplies the Big 3, and 88% of Bosch production

13 See, e.g., *Mercedes-Benz U.S. International, Inc.*, 361 NLRB No. 120 (2014), enforced in pertinent part, No. 15-10291 (11th Cir., Oct. 3, 2016) (rules unlawfully prohibited employees from soliciting for the union in work areas at any time); *T-Mobile USA, Inc.*, 363 NLRB No. 171 (2016) (nationwide decision finding multiple handbook rules restricted workers communications in violation of labor law); *T-Mobile USA, Inc.*, JD(NY)-34-15 (Aug. 3, 2015) (policies requiring confidentiality about investigations of misconduct unlawfully restrained right to communicate of employees at Maine and South Carolina facilities), Order adopting decision (Sept. 14, 2015 [non-precedential]).

14 Card check agreements provide for voluntary recognition of the union, without an election, once the union demonstrates majority status based on signed authorization cards. Neutrality agreements generally seek to restrict employer anti-union speech, and may also prohibit union attacks on the company. They vary in form and extent of the pledges made.

15 This discussion is based on conversations held on background with U.S. auto industry and labor experts, as well as publicly available documents including press clippings, corporate documents, government filings and trade publications.

workers are employed in the South, with 70% in South Carolina alone. Workers employed by German suppliers in the North are roughly three times more likely to be unionized than those employed by suppliers in the South. The UAW does represent workers at several German suppliers (Benteler, Freudenberg, Thyssen Krupp, Van-Rob, and ZF), primarily in the North, and about 4000 workers are represented by other trade unions. Between 1998 and 2009, Bosch closed union plants, opened new nonunion plants and moved work from union to non-union locations. The UAW's single remaining plant in Michigan has been downsized significantly, from a high of 1200 workers to 97 today.

3. The Volkswagen Saga

Shifting focus, there is also the unique story (with which I have some personal familiarity) involving Volkswagen and the UAW, at first promising and eventually deeply frustrating. Production began at the Chattanooga plant in 2011, with a couple thousand direct employees. The state and local governments heavily subsidized the plant initially, and later approved an additional \$263 million in incentive (including up to \$12 million in training costs) for a facility expansion, which promised 2000 new jobs.¹⁶ Locating in Tennessee was part of Volkswagen's strategy to increase its U.S. automotive market presence.

Volkswagen was committed to co-determination principles. Worldwide, excepting only Chattanooga and China, every one of its plants has a works council or some form of employee representation. Globally, unions and worker representatives play a critical role in corporate governance, including at the highest levels. The UAW began an organizing campaign soon after the plant opened. Volkswagen also came under pressure from its Global Works Council to establish a works council in Chattanooga. The widely held understanding of labor law experts was that Volkswagen could do so through an agreement with an independent trade union, but under American labor law it would not be free to do so unilaterally. The National Labor Relations Act prohibits an employer from creating, controlling or supporting a »labor organization.«¹⁷ A works council operating consistent with German co-determination principles would qualify as a »labor organization« as broadly defined.¹⁸

The UAW, for its part, became interested in experimenting with the German dual model, under which it

would achieve recognition as the bargaining representative and then negotiate with Volkswagen for basic economic terms and to establish a plant level works council to which the UAW would delegate many of its traditional functions.

While Volkswagen was discussing this approach with the UAW, Tennessee republican politicians were not pleased. U.S. Senator Bob Corker's hostility was widely reported. Complaining »the Southeast would become less attractive to foreign automakers if the UAW gains a foothold,«¹⁹ he declared:

»For management to invite the UAW in is almost beyond belief [...]. They will become the object of many business school studies – and I'm a little worried could become a laughingstock in many ways – if they inflict this wound [...]. We've talked to management, and to me it's beyond belief that they've allowed this to go that far and displayed this kind of naivety that the UAW is somehow different than they were years ago.«²⁰

In February 2014, the UAW and Volkswagen signed an agreement providing for a representation election to be held among the plant employees. Volkswagen pledged not to oppose unionization and granted the UAW access to employees. Both committed to establish, if the UAW prevailed, a works council, consistent with U.S. labor law, but in harmony with Germany's co-determination principals and the VW global works council charter. In mid-February, the National Labor Relations Board (NLRB) conducted a representation election, resulting in a UAW loss, 712–626.

16 Media sources reported, »the incentive package that helped lure the Volkswagen plant to Chattanooga was one of the largest of its kind.« M Newkirk, »Volkswagen Reassures Tennessee Lawmakers on Chattanooga Plant«, *Bloomberg* (29 October 2015), www.bloomberg.com/politics/articles/2015-10-29/volkswagen-reassures-tennessee-lawmakers-on-chattanooga-plant (26.10.2016).

17 National Labor Relations Act (NLRA) §8(a)(2), 29 U.S.C. § 158(a)(2), makes it an unfair labor practice for an employer »to dominate or interfere with the formation or administration of any labor organization or contribute financial or other support to it.«

18 NLRA §2(5), 29 U.S.C. § 152(5), defines a »labor organization« as »any organization of any kind, or any agency or employee representation committee or plan, in which employees participate and which exists for the purpose, in whole or in part, of dealing with employers concerning grievances, labor disputes, wages, rates of pay, hours of employment, or conditions of work.«

19 M Pare, »Bob Corker: Volkswagen would become a »laughingstock« for partnering with UAW«, *Chattanooga Times Free Press* (10 September 2013), www.timesfreepress.com/news/local/story/2013/sep/10/bob-corker-volkswagen-would-become-laughingstock-p/118368 (26.10.2016).

20 E Schelzig, »Corker Calls Volkswagen Talks with UAW »Incomprehensible«, *The Associated Press* (11 September 2013), http://finance.yahoo.com/news/corker-calls-vw-talks-uaw-193405505.html;_ylt=AwrBT8W6wwRYIvIA719XNyoA;_ylu=X3oDMTEyMDNncGFtBGNvbG8DYmYxBHBvcwMxBH20aWQDQjE5MTBfMQRzZWMDc3I- (26.10.2016).

Unlike in Germany, under the U.S. labor relations system the most common method by which employees select a bargaining representative is through a secret-ballot representation election conducted by the NLRB (a federal administrative agency). The NLRB will certify a labor organization as the exclusive representative of the employees in an appropriate bargaining unit if it receives a majority of the votes cast in an election; if it does not, the results of the election are certified.²¹ The NLRB conducts elections under strict standards designed to give voters an opportunity to freely select whether (or not) they wish to be represented for purposes of collective bargaining, and it will consider objections to the election based on conduct that allegedly interfered with employees' free choice. Elections are typically contested with active campaigns both for and against unionization.

While Volkswagen remained neutral, in the days preceding the NLRB election Tennessee politicians, including the Governor, Senator Corker, and others, flooded the media with messages intended to kill support for the UAW. State Senator Bo Watson announced,

»Should the workers at Volkswagen choose to be represented by the United Auto Workers, then I believe any additional incentives from the citizens of the state of Tennessee for expansion or otherwise will have a very tough time passing the Tennessee Senate. [...] The workers that will be voting, need to know all of the potential consequences, intended and unintended, should they choose to be represented by the United Auto Workers.«²²

Senator Corker, who as the former mayor of Chattanooga was key to obtaining the incentives that led to VW's initial decision to locate in Tennessee, publicly stated that he was »assured« that should the workers vote *against* the UAW, Volkswagen would announce a new product line to be placed in the plant. When a Volkswagen official denied a link between a vote against the UAW and the new product, Corker rejoined that his own statement was »1,000 percent« accurate and that the Volkswagen official was working off of old talking points.

Public officials have no legal obligation to remain neutral on questions of union representation; they enjoy broad rights under the first amendment to the U.S. Constitution to express opinions. Nonetheless, certain statements of public officials could arguably furnish a basis to set aside an NLRB election, as the UAW argued in seeking a new election based on the politicians' interference.²³ Eventually, the UAW withdrew its arguments in favor of rebuilding its

majority among the workforce and allowing the plant expansion to occur, recognizing also that even if a new election were conducted there was no way to stop the officials from once again speaking out.

In July 2014, the UAW chartered its Local Union 42 in Chattanooga to represent members and become engaged in the community. In November 2014, Volkswagen announced a Community Engagement Policy, which allows increasing levels of access to plant management based on a group's level of support (up to 45%), but does not grant collective bargaining rights. Under the Policy, Volkswagen has had dealings with both UAW Local 42 and the American Council of Employees (ACE), which arose from the anti-UAW campaign during the 2014 election. The UAW, with at least 45% support, has had greater access to management than ACE at 15%. In September 2016, Volkswagen confirmed that the UAW continued to represent at least 45%, but that ACE no longer met the minimum 15% standard.²⁴

Indeed, by the summer of 2015, the UAW claimed that it had majority support. Its efforts to achieve formal recognition and begin collective bargaining were sidetracked by the diesel emission crisis exposed that September.

Almost lost in all of the political noise that accompanied the election – as well as the diesel crisis – is the notable attempt that the UAW and Volkswagen made to establish a German style works council at the plant. For years, U.S. labor law and labor relations scholars have urged experimentation with works councils in the U.S., just as many have declared labor law itself dead. Experts eagerly watched

21 In addition to NLRB-conducted elections, U.S. labor law permits employers to voluntarily recognize a union as the exclusive bargaining representative of a bargaining unit after a showing of majority support by signed authorization cards or other means. These recognition agreements are made outside the NLRB process. Employers are statutorily required to bargain with a representative selected by a majority of its employees in an appropriate bargaining unit, whether selected by secret ballot election or by way of a voluntary recognition agreement.

22 H Webb, »Bo Watson Says VW May Lose State Help If the UAW Is Voted in At Chattanooga Plant«, *The Chattanooga* (10 February 2014), www.chattanooga.com/2014/2/10/269310/Bo-Watson-Says-VW-May-Lose-State-Help.aspx (26.10.2016).

23 The NLRB may set aside an election and hold a new one if it finds that conduct occurred that created an atmosphere of fear and confusion or fear of reprisals and thus interfered with employees' free choice. The UAW argued to the NLRB that the election should be set aside because the politicians' statements were coercive threats that constituted third-party misconduct that »created a general atmosphere of fear or reprisal rendering a free election impossible«, citing *Westwood Horizons Hotel*, 270 NLRB 802, 803 (1984).

24 »Non-union union« at Volkswagen plant loses certification«, *Associated Press* (22 September 2016).

the attempted experiment in Chattanooga, which was seen as a possible watershed or game changer, both for American labor relations generally and for a union presence in the South. As two scholars wrote:

»Implementing a works council at Volkswagen's Tennessee plant could usher in the next generation labor-management partnership and demonstrate that the United States can learn from and adapt innovations of proven value from other nations. There are no legal obstacles to this advance in American productivity and industrial relations, and we hope American managers and unions will be open-minded.«²⁵

As these events unfolded, a question lingered whether Volkswagen, in seeking to establish a works council in Chattanooga with the UAW, was an anomaly. Some German experts cautioned that other German firms would not engage in co-determination without legal mandates and that no other company could be expected to follow Volkswagen's lead in the U.S. Needless to say, this experiment, which began with such promise, has not yet materialized. Complicating the story, the *Frankfurter Allgemeine* reported recently on a letter that was sent in 2013 by two Tennessee Senators to then Volkswagen chief executive Martin Winterkorn, reminding him that in negotiations to bring Volkswagen to Tennessee the company had made »clear commitments« that it had »no interest« in associating with the UAW and would resist its efforts to organize the plant.²⁶

Meanwhile, the battle lines over UAW representation in the plant have hardened. In October 2015, Local 42 filed a petition with the NLRB seeking an election on behalf of about 165 skilled trades at the Chattanooga plant. The skilled trades voted overwhelmingly for UAW representation in an election held December 3–4.²⁷ Volkswagen has refused to bargain with the UAW, opposing the skilled trades unit determination and insisting that only a plant-wide bargaining unit is appropriate. The NLRB disagreed, finding that Volkswagen unlawfully refused to bargain, and Volkswagen has now sought review of that decision in a federal court of appeals.²⁸

IV. The Context

To place this discussion in perspective, it is helpful to consider the context in which German firms choose to invest and operate in the U.S., including the state of U.S. labor law and the economic and political background, with particular attention to the American South.

1. The State of U.S. Labor Law

Our current labor law is, fundamentally, a product of the Great Depression of the 1930s and President Franklin Roosevelt's New Deal, which responded to it. In 1935, Congress enacted the National Labor Relations Act, guaranteeing workers the right to organize and bargain collectively with their employers. It was expressly intended to address the »inequality of bargaining power« between employees and employers, which Congress found to »aggravate recurrent business depressions, by depressing wage rates and the purchasing power of wage earners [...].«²⁹

After great struggles, collective bargaining became an established part of American economic life. The labor law regime contributed to creating the widely shared prosperity that prevailed after the Second World War for several decades. As Nobel Prize winning economist Paul Krugman has written: »Once upon a time, back when America had a strong middle class, it also had a strong union movement. These two facts were connected.«³⁰

Today, 81 years after the enactment of this law, organized labor is, as a percentage of the private sector workforce, at a historic low, in steady decline since the 1950s. Workers' bargaining power is, as a consequence, sharply reduced, and inequality is at levels not seen for a hundred years.³¹ The vast majority of American workers are not represented by a union.

25 M Finkin and T Kochan, »The Volkswagen way to better labor-management relations«, *Los Angeles Times* (20 January 2014), articles.latimes.com/2014/jan/20/opinion/la-oe-finkin-vw-work-councils-20140120 (26.10.2016).

26 »Gewerkschaft fühlt sich von Volkswagen getäuscht«, *Frankfurter Allgemeine* (18 April 2016).

27 B Woodall, »UAW wins historic victory in U.S. South with vote at VW plant«, Reuters (5 December 2015). Volkswagen expressed its displeasure with the timing of this development, »given the challenges we are facing as a plant, Brand, and Group.« Volkswagen, Special Communication, (23 October 2015), labornotes.org/sites/default/files/VW%20Special%20Communication%2010.26.2015.pdf (26.10.2016).

28 Volkswagen Group of America, 374 NLRB No. 110 (2016), *petition for review filed*, Volkswagen Group of America v. NLRB, No. 16-01309 (D.C. Cir. Sept. 1, 2016).

29 NLRA §1, 29 U.S.C. § 151.

30 P Krugman, »State of the Unions«, *The New York Times* (24 December 2007), <http://www.nytimes.com/2007/12/24/opinion/24krugman.html> (26.10.2016).

31 In 1915, a Congressional Commission reported that the »ownership of wealth in the United States has become concentrated to a degree which is difficult to grasp. [...] The »Rich«, 2 per cent of the people, own 60 per cent of the wealth so[...]. The »Poor«, 65 per cent of the people, own 5 per cent of the wealth.«, U.S. Commission on Industrial Relations, *Final Report of the Commission on Industrial Relations* (1915), 28, archive.org/details/cu31924002663197 (26.10.2016).

Trust in American labor law faded gradually. Since the New Deal, our society and our economy have undergone rapid and dramatic changes, and the workplace has evolved in complicated ways. Firms, facing competitive pressures from nonunion or low-cost rivals – both global and domestic – became more committed to resisting unionization, as a matter of both ideology and economic rationality. They also began to seek »flexibility« by altering business models and the employment relationship. Deregulatory *laissez faire* economic policies took hold.³² The role of finance and Wall Street expanded. Organized labor's power declined.

The result of all this flux is a New Deal era labor law increasingly at war with our economy, society, and workplace realities.³³ Nonetheless, the last major revision to U.S. labor law occurred in 1947, at the end of World War II, at the height of union power and as a backlash against it. Efforts over the last forty years to amend the statute in any broad fashion have all ended in legislative stalemate, most recently the Employee Free Choice Act introduced into Congress after President Obama's inauguration in 2009. While many agree that the law is outdated and warrants a renewed conversation, beyond that there is nothing close to a consensus on how to update it. Opponents of the law view it as a New Deal relic, out of sync with a globalized economy.³⁴ But even supporters have lost confidence in the law. Some believe that it is »contributing to the demise of the unions it was initially enacted to protect.«³⁵

In contrast to European notions of social dialogue, some aspects of U.S. labor law have been criticized for encouraging combat between labor and management. The industrial relations system is in part based on an adversarial model: central to the vision of the 1935 law is collective bargaining with an independent trade union.³⁶ The foremost feature of our labor relations system that contributes to needless adversarialism, however, is the highly conflictual atmosphere in which the NLRB conducts union representation elections.

The labor law permits employers to express »views, argument or opinion« as long as that expression »contains no threat of reprisal or force or promise of benefit.«³⁷ Employers freely make their views against unionization well known to employees, crafting messages designed to create anxiety about the consequences of unionizing, straddling the line between lawful opinion and unlawful threat.

Indeed, some employers believe that they have an obligation to oppose unionization, so that employees »hear both sides.« Many employers wage fierce and sophisticated anti-union campaigns, often using paid consultants and tactics like captive audience meetings and one-on-one meetings with workers. The antagonism created in these campaigns is difficult to reverse, so even if a union ultimately wins the right to recognition, forming a new collective bargaining relationship and negotiating a first agreement can be difficult.

Importantly, however, while there is a long history of adversarialism in U.S. labor relations, that is not the whole story. Cooperation was clearly envisioned,³⁸ and there are notable examples of management and labor working together, committed to the success of the enterprise. The United Auto Workers has championed »jointness« projects. Its relationship with Ford Motors, in particular, has been pivotal to the company's success.³⁹ For decades, the building and construction trades unions and industry have maintained joint apprenticeship and training, industry promotion, and benefit programs. Some American unions and employers have developed bargaining structures to effectively address shifts in the direction of the enterprise, and others have established day-

32 The U.S. has the least-regulated labor market of any nation within the Organization for Economic Co-operation and Development. M Wolf, »America's labour market is not working«, *Financial Times* (3 November 2015), www.ft.com/intl/cms/s/0/4dcb5c58-818d-11e5-8095-ed1a37d1e096.html (26.10.2016).

33 On the occasion of the seventy-fifth anniversary of the National Labor Relations Act, Harvard University labor economist Richard Freeman wrote, »[T]he law no longer fits American economic reality and has become an anachronism irrelevant for most workers and firms«, RB Freeman, »What Can We Learn from the NLRA to Create Labor Law For the 21st Century?«, (2011) 26 *ABA Journal of Labor & Employment Law* 327, 330.

34 One critic has asked, »[I]s the NLRA necessary? There is no good reason to spend public funds to create massive rigidities in labor markets.« RA Epstein, »Senseless in Seattle«, *Hoover Institution* (26 April 2011), www.hoover.org/research/senseless-seattle (26.10.2016).

35 JJ Brudney, »A Famous Victory: Collective Bargaining Protections and the Statutory Aging Process« (1996) 74 *North Carolina Law Review* 939, 942.

36 NLRA §8(a)(2) forbids employer domination or support of a labor organization. See (n 17).

37 Labor Management Relations Act of 1947 §8(c), 29 U.S.C. § 158(c).

38 See, e.g., M Barenberg, »The Political Economy of the Wagner Act: Power, Symbol, and Workplace Cooperation« (1993) 106 *Harvard Law Review* 1381.

39 J Morganteen, »Labor unions saved Ford in our »darkest« hour: Bill Ford«, *CNBC* (27 March 2014), www.cnn.com/2014/03/27/labor-unions-saved-ford-in-our-darkest-hour-bill-ford.html (26.10.2016). (»Ford credited the union with helping his company regain a foothold in the North American market. He added that the UAW helped the entire industry »get back on its feet.«)

to-day partnerships that are mutually advantageous. Often cited is the partnership between Kaiser Permanente, a large California-based health maintenance organization, and the twelve different labor organizations representing thousands of its employees.⁴⁰ And, many unions and employers have negotiated pledges of neutrality during union organizing campaigns.

Labor-management partnerships have often proved fragile, and the concept of social dialogue – let alone co-determination – is largely foreign on our side of the Atlantic. Nonetheless, these stories are part of the mosaic of American industrial relations. In other words, these stories are also part of »when in Rome.« They are the high road part of our culture, too often ignored.

2. Wage Stagnation and Inequality

The U.S. Census Bureau delivered good economic news recently: real median household income rose 5.2 % from 2014, and the highest growth was for low earnings workers. »Middle-class Americans and the poor enjoyed their best year of economic improvement in decades in 2015, [...] a spike that broke a years-long stream of disappointment for American workers but did not fully repair the damage inflicted by the Great Recession.«⁴¹ Nor did it reverse a long-term trend toward greater inequality.

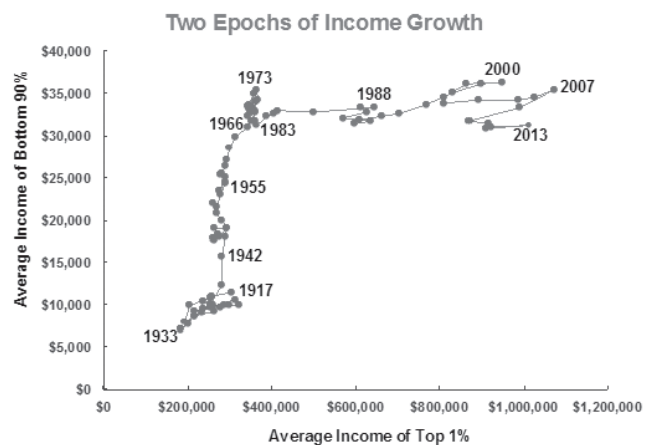
For more than 30 years, wages of American workers have stagnated, failing to keep up with productivity gains. This has been the »country's central economic challenge.«⁴² During this period, manufacturing has declined in terms of numbers of jobs and wages. According to 2011 data from the Bureau of Labor Statistics (the latest available), average hourly compensation in German manufacturing was \$47.40, one-third higher than the \$35.50 reported for the United States.

This persistent gap between productivity and worker pay is a key driver of income inequality in the U.S., accompanied by a decline, between 2000 and 2015, of 6.8 % in the share of corporate income that has gone to worker wages versus capital income (e.g. profits).⁴³

The decline in collective bargaining is, of course, another key factor in growing income inequality. According to a 2015 report of the International Monetary Fund, researchers found evidence that lower unionization in advanced economies during the period 1980–2010 is strongly correlated not only with low and middle wage workers, but

also with the rise of income shares at the top, by reducing the bargaining power of workers.⁴⁴

America's severe income inequality problem has been graphically depicted as »a tale of two economies.«⁴⁵ This chart »explains everything you need to know about inequality.«⁴⁶ Between 1930 and 1980 (left side of the chart), only the bottom 90 % saw their incomes rise substantially. After 1980 (top of the chart), only the top 1 % saw their incomes rise.



40 TA Kochan, »The Kaiser Permanente Labor Management Partnership, 2009–2013«, *Institute for Work & Employment Research* (September 2013).

41 J Tankersley, »Middle class incomes had their fastest growth on record last year«, *The Washington Post* (13 September 2016).

42 E Gould, »2014 Continues a 35-Year Trend of Broad-Based Wage Stagnation« (19 February 2015), www.epi.org/publication/stagnant-wages-in-2014 (26.10.2016). »According to the Organisation for Economic Co-operation and Development, US minimum wages were 20 per cent below UK levels in real terms in 2014 and far further below the generous levels in France.« Wolf (n 32).

43 J Bivens, »The decline in labor's share of corporate income since 2000 means \$535 billion less for workers«, *Economic Policy Institute*, (10 September 2015). www.epi.org/publication/the-decline-in-labors-share-of-corporate-income-since-2000-means-535-billion-less-for-workers (26.10.2016) (without this decline, labor's share would have been \$535 billion, translating to a \$3770 raise for each worker).

44 F Jaumotte and CO Buitron, »Power from the People« (2015) 52.1 *Finance and Development* 29, 30.

45 M O'Brien, »This chart explains everything you need to know about inequality«, *Washington Post Wonkblog* (20 April 2015), www.washingtonpost.com/news/wonk/wp/2015/04/20/this-chart-explains-everything-you-need-to-know-about-inequality (26.10.2016).

46 Ibid. (adapting chart from World Top Incomes Database), <http://www.parisschoolofeconomics.eu/en/news/the-top-incomes-database-new-website/> (26.10.2016).

As analyzed by Nobel Laureate and former World Bank Chief Economist Joseph Stiglitz, »[i]nequality has been a choice. It is within our power to reverse it.«⁴⁷

»[...] Beginning in the 1970s, deliberate ideological, institutional, and legal changes began to reconfigure the marketplace. At the vanguard was deregulation, which according to adherents, would loosen the constraints on the economy and free it to thrive. [...] Get government out of the way, it was argued, and the creativity of the marketplace – and the ingenuity of the financial sector – would revitalize society.«⁴⁸

But, as Professor Stiglitz concludes, »Things didn't work out that way.«⁴⁹

3. Politics

Indisputably, deepening inequality and stagnant wages now figure in the national discourse. Americans across the ideological spectrum are increasingly focusing on these problems, but there is a huge partisan divide over the causes and solutions, and even over how serious the problem is.⁵⁰ The Pew Research Center recently found that the »2016 [presidential] campaign is unfolding against a backdrop of intense partisan division and animosity. Partisans' views of the opposing party are now more negative than at any point in nearly a quarter of a century.«⁵¹

There has always been a profound divide among Americans, but periodically – as since the 2008 economic crisis – the fault lines become more exposed. These conflicts entail differences that arise from asymmetrical moral worldviews, or diverging views of social realities, including starkly different versions of history and the present, making it hard to imagine compromises on any issues. Describing politics during the Obama presidency, two scholars observed:

»No doubt, acrimony and gridlock are built-in features of our political system, and it is true that we have had several eras of intense stress and polarization [...]. Yet [...] an examination of the Obama presidency suggests that we are experiencing neither politics as usual nor an odd blip. We are witnessing unprecedented and unbalanced polarization of the parties, [...] and the relentless delegitimization of the president and policies enacted into law.«⁵²

Emblematic of these broader fault lines are deeply held and divided views over the legitimacy of labor law and of organized labor as an institution in society. Labor law has been controversial from the start, but from the early years of the

Obama administration these disagreements have become exceptionally rancorous.⁵³ In the wake of the failed attempt to enact the Employee Free Choice Act, intended to strengthen labor law protections, heated political battles erupted on many fronts, including the 2012 Presidential election campaign, with direct assaults on unions and collective bargaining, especially in the public sector, and on institutions such as the National Labor Relations Board. Fights in Wisconsin and Ohio, on Capitol Hill and elsewhere, were pieces of a coordinated strategy to weaken organized labor because of its support for Democratic Party candidates and issues and its ability to rally voters.

The economic crisis and the Obama presidency have reignited a longstanding and persistent clash in America over government itself, especially its role in regulating business and the market. Americans are deeply divided on these issues. Some see government as a social good. They believe, for example, that the nation can return to economic prosperity only with policies restoring workers' purchasing power. But some have never accepted the 1930s New Deal laws in the first place, or the vision of national power that the New Deal introduced. For them, government is the enemy, with »job killing« regulation a constant refrain. Donald Trump's presidential candidacy has exploited this anti-regulatory fervor.

The 2016 election campaign has intensified these conflicts, as it has exposed unprecedented disillusionment with government, with the political and economic order and with the dominant political parties. In primary elections, blue-collar workers gave their votes to Trump and Bernie

47 JE Stiglitz, »Rewriting the Rules of the American Economy«, *Roosevelt Institute* 12 (2015), rooseveltinstitute.org/wp-content/uploads/2015/10/Rewriting-the-Rules-Report-Final-Single-Pages.pdf

48 Ibid 23.

49 Ibid.

50 B Stokes, »Debate over inequality highlights sharp partisan divisions on the issue«, *Pew Research Center* (20 October 2014), www.pewresearch.org/fact-tank/2014/10/20/debate-over-inequality-highlights-sharp-partisan-divisions-on-the-issue (26.10.2016).

51 »Partisanship and Political Animosity in 2016«, *Pew Research Center* (22 June 2016), <http://www.people-press.org/2016/06/22/partisanship-and-political-animosity-in-2016/> (26.10.2016).

52 TE Mann and NJ Ornstein, »Want to end partisan politics? Here's what won't work – and what will«, *The Washington Post* (17 May 2012), www.washingtonpost.com/opinions/want-to-end-partisan-politics-heres-what-wont-work--and-what-will/2012/05/17/gIQA5jqCWU_story.html (26.10.2016).

53 See, e.g., A MacGillis, »Labor Union Bill Rises Broader Capitalism Issues«, *The Washington Post* (15 March 2009), www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2009/03/14/AR2009031401823.html (26.10.2016).

Sanders, who while differing sharply in style and policies are both political outsiders. The roots of this discontent are many, but center on the erosion of middle-class lifestyles among average Americans and the loss of the expectation that each generation would live better than its parents. There is deep resentment about persistent long-term unemployment, the loss of jobs to foreign competitors and offshoring, the outsourcing of entire classes of employment through digital technologies, rising inequality of incomes, corporate greed and public bailouts of irresponsible banks, and international trade agreements biased in favor of big business at the expense of American workers. With the choice now between Trump and Hillary Clinton, it is hardly clear how American workers will vote in November.

One thing is clear, however: the surprising and lasting appeal of both Trump and Sanders, coupled with signs of emerging worker activism (e.g., low-wage workers' Fight for \$15),⁵⁴ underscores just how bad things have been for American workers.

4. The American South: A complicated political reality

The South has long had a complicated relationship with the rest of the nation. Labor politics in the U.S. cannot be divorced from this difficult reality or from the American South's orientation to labor. The South is aggressively and generously wooing foreign investment, especially manufacturing firms. But, as South Carolina Governor Nikki Haley has made clear, these firms are »not welcome if they're bringing a unionized workforce:«

»Unions are trying to get in wherever they can. They are getting desperate. And so they are trying to sneak in wherever they can. My job is to make sure that I keep kicking them out.«⁵⁵

Meanwhile, the business strategy of many German manufacturers includes locating large facilities in the American South. Airbus Group Chief Executive Fabrice Bregier announced that the company's new plant in Alabama would be cheaper than factories in Germany or France. »Europe really needs to do something to remain competitive,«⁵⁶ he said, and what that means is lower costs, including labor costs. The editor of Southern Business and Development Magazine observed, »For 10 years now, 39 percent of all direct foreign investment in the U.S. has gone to the South.« An increasing number of foreign manufacturers, he said,

»want a good deal. They're extremely conscious of costs [...] and costs for lots of things – including land, infrastructure, electricity and labor – tend to be cheapest in the South.«⁵⁷ The choice of the South also means no unions. As Alabama's Secretary of Commerce volunteered about Airbus, »The fact that Alabama is a right-to-work state, I think, too, was very important.«⁵⁸

Lower labor costs and no unions were the lure of the South when New England textile mills and then other »runaway« industries from the North began moving into the region. Despite a few pockets of unionization (e.g., coal and steel in Alabama; oil and paper in Texas; several auto plants), Southern business has managed to keep unions out and wages low. While the South attracts high profile factories, and wages from manufacturing are generally higher than those in other sectors in the South,⁵⁹ the South remains poorer than other regions of the country,⁶⁰ with public

54 The Fight for \$15 is a worker movement, started by fast food industry workers in late 2012, seeking to bring attention to their stagnant wages and poor working conditions through a series of one-day rallies and strikes. These have spread from a few cities to many more across the country, and globally. Their stated goal is \$15 an hour and a union. There has been extensive media coverage of this movement. See, e.g., S Greenhouse, »How to Get Low Wage Workers into the Middle Class«, *The Atlantic* (19 August 2015), www.theatlantic.com/business/archive/2015/08/fifteen-dollars-minimum-wage/401540 (26.10.2016); S Greenhouse and J Kasperkevic, »Fight for \$15 swells into largest protest by low-wage workers in US history«, *The Guardian* (15 April 2015), www.theguardian.com/us-news/2015/apr/15/fight-for-15-minimum-wage-protests-new-york-los-angeles-atlanta-boston (26.10.2016).

55 R Bell, »South Carolina: Union jobs aren't welcome here«, *USA Today* (20 February 2014) (video clip of Governor Nikki Haley), www.usatoday.com/story/money/cars/2014/02/20/no-south-carolina-union-jobs/5642031 (26.10.2016).

56 E Taylor, »Airbus U.S. plant cheaper than France, Germany, CEO tells paper«, *Reuters* (12 September 2015), www.reuters.com/article/2015/09/12/us-airbus-factory-unionized-states-idUSKCN0RC0ID20150912 (26.10.2016).

57 A Farnham, »Mobile: U.S. South Winning War for Foreign Investment«, *ABC News* (3 July 2012), abcnews.go.com/Business/airbus-alabama-winning-economic-war/story?id=16703449 (26.10.2016).

58 Ibid.

59 Pay for a highly skilled Airbus line worker at the newly opened plant in Mobile, Alabama, will start at \$35,367, a huge income in a low wage state. »When the first 20 job openings were posted in early 2014, more than 8,000 people applied. In all, the plane maker has received more than 18,000 applications.« N Clark, »First Airbus Factory Gives Wings to Revival in Mobile, Ala.«, *The New York Times* (20 September 2015), www.nytimes.com/2015/09/20/business/international/first-us-airbus-factory-gives-wings-to-mobiles-economic-revival.html (26.10.2016).

60 Wages in right-to-work states are 3.1 percent lower than those in non-right-to-work states. E Gould and W Kimball, »Right-to-Work« States Still Have Lower Wages« *Economic Policy Institute* (Washington, 22 April 2015), www.epi.org/publication/right-to-work-states-have-lower-wages (26.10.2016). The recent Census Bureau population report finds that the South was the region with the lowest median household incomes (\$ 51,174) – as compared with the Northeast, the highest (\$ 62,182) – and the lowest gain from the prior year. BD Proctor, JL Semega, and MA Kollar, »Income and Poverty in the United States: 2015«, *United States Census Bureau* (September 2016), <http://www.census.gov/content/dam/Census/library/publications/2016/demo/p60-256.pdf> (26.10.2016).

schools struggling, »turning out workers who lack basic skills.«⁶¹ Southern wage levels, in turn, have put downward pressure on wages across the nation, especially in the Midwest, in manufacturing and in retail (Arkansas based Walmart). Right-to-work laws have now spread to the Rust Belt: to Michigan, Indiana, and Wisconsin. (In 2016 West Virginia became the nation's 26th right-to-work state).

Several historians and political commentators have recently explored the »resilience of the Southern order«⁶² and its political power over the nation:

»In order to become the richest and most powerful country in the world, the United States had to include the South, and its inclusion has always come at a price. [...] The United States has declined every opportunity to let the South go its own way; in return, the South has effectively awarded itself a big say in the nation's affairs.«⁶³

During the Great Depression of the 1930s, Congress' approval of President Roosevelt's New Deal legislation depended on the support of Southern Democrats, who were content to support Roosevelt's economic ideas, provided they did not disrupt the Jim Crow⁶⁴ culture of the South. As Professor Ira Katznelson documents in *Fear Itself*,⁶⁵ Roosevelt accepted this bargain, making »moral ambiguity« inevitable. »The triumph,« Katznelson says, »cannot be severed from the sorrow.« To get Southern votes, many New Deal programs, including the 1935 National Labor Relations Act, deliberately excluded agricultural and domestic workers, the principal occupations of Southern blacks. (To this day, the NLRA excludes those workers from its coverage.)

After the labor law was enacted, a wave of strikes followed, and union membership doubled in just a few years. Unions were organizing both black and white Southern workers in the late 1930s, and some unions were working with advocates for racial change. Southern politicians took note, and a powerful counterattack began. In a heated battle over enactment of the 1938 Fair Labor Standards Act (regulating child labor, minimum wages and overtime), Southern support again turned on agricultural exclusions. As Katznelson described, the ultimate passage of that law »starkly demonstrated the dangers the New Deal faced when it dared to stray beyond the tolerance of the white south, especially when challenges to the racial system, generating white racial anxieties, were beginning to increase.«⁶⁶

A schism in the Democratic Party widened as Southerners began to realize the impact labor organizing might have in the region. A Congressional investigation was start-

ed in 1939 to build opposition to the labor law. »Much Southern rhetoric was both anxious and inflammatory,« and persistent refrains exposed the Southern orientation to labor as colonial dominance of the North or subversion by Communists (e.g., the NLRB is »honeycombed with employees who do not even believe in our system of private ownership of property«⁶⁷ or »the nefarious and dastardly attempts of the communist to fool the lower classes, and especially the American Negro«).⁶⁸ These themes increased during and after World War II, culminating with the very anti-labor 1947 Taft-Hartley Amendments to the labor law, enacted over President Truman's veto.

In 1946, the Congress of Industrial Organizations (CIO) launched Operation Dixie, an ambitious organizing plan intended to break the South's racially segregated system of wage exploitation. The challenges were great. Organizers were branded an »invasion«, and »Southern elites ruthlessly racebaited, redbaited, and intimidated poor black and white workers« to prevent unionization of Southern plants. »Operation Dixie failed dismally, only making the Southern bloc more determined to stop unions in the region.«⁶⁹

Historian Philip Dray sees the UAW in particular as having »paid a price« for the failure of Operation Dixie,

»as foreign carmakers such as Nissan, Honda, BMW, Volkswagen, and Mercedes-Benz ultimately took advantage of the region's persistent low wages and antiunion resilience to open plants that were more cost-effective than the Big Three manufacturing centers in Michigan.«⁷⁰

61 Harlan (n 9).

62 H Meyerson, »How the American South Drives the Low-Wage Economy,« *The American Prospect* (Summer 2015) 32, prospect.org/article/how-american-south-drives-low-wage-economy (26.10.2016).

63 N Lemann, »The Price of Union,« *The New Yorker* (2 November 2015) 90, www.newyorker.com/magazine/2015/11/02/the-price-of-union (26.10.2016).

64 »Jim Crow« refers to the state-sanctioned system of racial oppression and segregation put in place in the South after the Civil War, named after a 19th century minstrel song.

65 I Katznelson, »Fear Itself: The New Deal and the Origins of Our Time« (New York, W.W. Norton & Company, 2013) 25.

66 Ibid 270.

67 Ibid 274.

68 Ibid 390.

69 R Yeselson, »Fortress Unionism« (2013) 23 *Democracy* 69, 72.

70 P Dray, *There is Power in a Union* (New York, Anchor Books, 2010) 507.

South Carolina Governor Haley's comments reveal the continuing hostile reality. And with German and other foreign investment, the South continues its economic hold on the nation. ABC News described Airbus' choice to locate in Mobile as »the latest Southern victory in an economic war between the states: The fight to win direct economic investment from overseas, in manufacturing especially.«⁷¹

V. Hypocrisy or economic rationality: »Why should we be thought leaders?«

When German companies locate in the troubled U.S. labor relations and political climate, can we expect them to bring with their investment a commitment to honor principles advanced in German law, company charters, like Volkswagen's Global Compact, ILO Conventions, or international framework agreements (IFAs)? Is it reasonable to believe that these firms should adhere to higher standards than their American counterparts, or higher standards than those compelled by U.S. labor law, or is »when in Rome« the best we can expect? Is »when in Rome« hypocritical, or consistent with economic rationality? These questions are not easily answered.

A few firms have chosen to adhere to higher standards than U.S. law mandates, presumably for reasons related to characteristics of their corporate culture.⁷² Of course, even if the firm chooses not to resist unionization, local politicians may interfere, as we learned from Volkswagen's Tennessee experience. Right-wing ideology is a part of the American political landscape, especially (although not exclusively) in the South, with coded racial messages⁷³ and persistent tropes denigrating unions and warning of invasion from the North.⁷⁴

Typically, however, German (and European) firms insist that as long as they comply with U.S. law they should not be expected to become »thought leaders« in U.S. labor relations. They rely on the myriad institutional and labor market differences between the U.S. and Germany, including a more active role played by Germany's government in shaping the economy, co-determination law, higher union coverage rates, and the dual education system. On the question whether firms should sign international framework agreements with global union federations that bind the firms to the ILO Core Labor Standards, a leading German lawyer representing multinational enterprises (MNEs) offers this advice:

»[...] the best way to protect local operations is for each MNE to decline the invitation to sign an IFA. Instead, the MNE should develop and implement its own global labor strategy, taking into account the different labor laws and business environments in which it carries on business. [...] If an MNE must sign an IFA, at the very least, it should attempt to incorporate language recognizing the significant labor relations and business differences between jurisdictions.«⁷⁵

The concern is that IFA standards are more demanding than U.S. requirements, putting the MNEs who sign at a competitive disadvantage, especially when operating in »union-free jurisdictions.«⁷⁶

Various arguments based on legal, moral and ethical principles have been urged for why German firms' public commitments, contractual undertakings, or ILO conventions should bind them to higher standards than »when in Rome.«⁷⁷ Notwithstanding institutional differences, these arguments seem reasonable, but they have not succeeded in changing the rules of engagement, even in the case of firms that have signed IFAs. A variety of economic arguments have also been suggested. For example:

71 Farnham (n 57).

72 G Wisskirchen and MG Sherrard, »Next up for North American Employers and Unions? International and Corporate Social Responsibility« (2014) 29 *ABA Journal of Labor & Employment Law* 245, 256–59.

73 Politicians have long used coded terms, like a dog whistle, audible only to some, to appeal to the prejudices of white voters in the South. See IH Lopez, *Dog Whistle Politics: How Coded Racial Appeals Have Reinvented Racism & Wrecked the Middle Class* (Oxford, Oxford University Press, 2015). The Chairwoman of the Tennessee Republican Party compared the UAW to an »infestation of wasp larvae« and tweeted »NAACP [National Association for the Advancement of Colored People] supports UAW@VW in Chattanooga. Those allies tell the tale.« J Logan, »Primer on who subverted the NLRB election at Volkswagen«, *The Hill* (11 April 2014), thehill.com/blogs/congress-blog/labor/203252-primer-on-who-subverted-the-nlr-election-at-volkswagen (26.10.2016).

74 Editorial, »VW workers face a choice in Chattanooga: The Union that destroyed Detroit invades the South«, *Washington Times* (6 February 2014), www.washingtontimes.com/news/2014/feb/6/editorial-a-choice-in-chattanooga (26.10.2016). Senator Corker called the UAW a »Detroit-based organization« whose key to survival was to organize plants in the South. »We're concerned about the impact, Mr. Corker said. »Look at Detroit.« S Greenhouse, »Union Drive Doesn't Bother Management, but G.O.P. Fumes«, *The New York Times* (11 February 2014), www.nytimes.com/2014/02/12/business/automaker-gives-its-blessings-and-gop-its-warnings.html (26.10.2016). Americans for Tax Reform, a leading anti-tax organization, put up billboards in Chattanooga, some calling the U.A.W. »United Obama Workers.« Another billboard showing a closed factory read: »Detroit: Brought to you by the U.A.W.« Ibid.

75 Wisskirchen (n 72), 269.

76 Ibid 270.

77 See articles cited (n 11). For an argument that IFAs could be enforced in U.S. courts, see S Coleman, »Enforcing International Framework Agreements in U.S. Courts: A Contract Analysis« (2010) 41 *Columbia Human Rights Law Review* 601; AL Goldman, »Enforcement of International Framework Agreements Under U.S. Law« (2012) 33 *Comparative Labor Law and Policy Journal* 605.

- The »when in Rome« approach will end up bringing down European standards. Especially in the context of the TTIP debates, more equal competition is desirable so that European companies are not competing with American low energy and labor costs.
- The only path to sustainable economic growth – for both the U.S. and Germany – is to boost worker purchasing power to support demand.
- Consistent with the pitch that Chancellor Merkel made to the G7 about supply chains, Germany needs to lead to improve compliance with minimum social and environmental standards in order to promote sustainable growth and decent employment in developing countries.

These arguments too seem sound, but will they persuade a German company to take the high road when operating in the U.S. market? Is there a compelling argument for why German firms *should* be thought leaders in the U.S., helping to create a more positive labor relations climate?

In my struggle to answer these questions, I returned to Professor Kochan.⁷⁸ In his view, German firms operating in the U.S. are in a position to break new ground in improved labor relations, but he thought it doubtful that they would choose to lead. The key reason for them to do so, he suggested, would be to advance their own long-term self-interests, especially the need to find and retain skilled workers, with the related pressures for higher productivity and wages. The current state of affairs, he predicted, with low wage strategies and traditional adversarial labor-business relations, is not sustainable in the long run. »German and U.S. industry are living on borrowed time,« because »workers are getting fed up,« and, of course, the last year has provided ample evidence of growing restiveness among American workers. Kochan envisions a long-term strategy, dependent on labor's support and a muscular organizing strategy, as well as the support and pressure of government.

Realistically, the ability to persuade or compel German firms to adhere to higher standards when operating in the U.S. will turn on the collective exercise of power. The decisive factor will not likely be legal arguments or the existence of IFAs, or their terms, but rather the strength of transnational union alliances and of German unions' relationships with German firms at home, and their capacity (and willingness) to reinforce the muscle that U.S. trade unions – and government – can wield. In seeking to organize a German firm's employees, U.S. unions must employ vig-

orous and creative strategies. They must make the business case for unionism not only to employees, but also to the firms themselves and to the local communities. For those firms that have located in the South, the organizing strategy must anticipate interference by politicians, and it must address how unionism can coexist with the South's political culture.

The fundamental starting point for changing the game, however – and another critical lesson learned from Volkswagen's experience in Chattanooga – is to challenge plans to invest in states committed to excluding unions, *before* location decisions are made. This depends on the exercise of political and economic leverage by German trades unions and works councils. For once a location is selected, a deliberate, »rational« choice has been made, and a prime opportunity for influence is lost. If that choice is the South – with its hostile anti-union landscape, right-to-work legal regime, and low wages, along with the financial inducements that have become typical – the company has clearly calculated that profits are more important than adhering to German »values«. Presumably, other states – not just those in the South – would welcome German investment.

After the initial location choice is made, there is unlikely to be a comparable opening for influence unless the firm encounters problems. This could perhaps happen if Southern states, while spending lavishly to attract foreign investment, are unable to produce a skilled, educated workforce, or don't have the will or capacity to partner with industry on apprenticeships. Indeed, recent research has shown that low wage states (like Southern states) are not likely to produce a well-educated workforce:

»There are no states with a relatively well-educated workforce and relatively low wages [...]. While this correlation between education and high-wage jobs is not surprising, what perhaps should be surprising is how often policymakers ignore it and pursue other quick fixes, such as special tax breaks or other subsidies for businesses.«⁷⁹

⁷⁸ Interview with Prof. Thomas Kochan, Sept. 19, 2015.

⁷⁹ N Berger and P Fisher, »A Well-Educated Workforce is Key to State Prosperity«, *Economic Analysis and Research Network Report* (22 August 2013), 7 www.epi.org/files/2013/A%20welleducated%20workforce%20is%20key%20to%20state%20prosperity (26.10.2016).

The research reveals that »education suffers as state economic development wars escalate:«

»[...] as public resources are squandered on unproductive state efforts to capture private investment at the expense of other states, it becomes more difficult to fund the kind of education system innovations needed to raise U.S. educational performance up to the levels of other advanced industrial societies.«⁸⁰

German firms have been hugely successful because their strategies, organization, corporate governance and other elements together enhance performance and offer competitive advantage. When organizational strategies and choices combined together are a coherent system, seeking to optimize one without adapting the others can undermine performance.⁸¹ Following this thinking, operating in the U.S. without one or more of the critical elements of success, such as worker representation, or the German apprenticeship system, could at least in theory backfire. The German apprenticeship system is portrayed as key to Germany's strength and stability, the product of the social partnership between German industry, trade unions and government, and its success depends on the diverse views brought together. Where a company has made the commitment to maintain an apprenticeship program, it is integrated into the organization, part of a broader strategy for developing and sustaining a competitive business and building a corporate culture.⁸²

Inevitably, this question arises: if German companies are committed to the German apprenticeship model, and

if a key element of its success in Germany is the social partnership, why are German firms investing so heavily in the South, which has not shown a readiness to invest in social programs and where education is poor, and especially in South Carolina,⁸³ where the Governor has explicitly declared that unions are not welcome? Is this economic rationality on the part of German firms seeking to escape Germany's higher wages and labor unions? Or is this short sighted?

Despite institutional differences, both Germany and the U.S. share similar long-term challenges. How well we transition to a global labor market depends on the policies that »the international community, unions, and firms choose to guide the transition.«⁸⁴ In our polarized political climate, these are challenges not easily tackled. But what's our option?

⁸⁰ Ibid 2.

⁸¹ See generally J Roberts, *The Modern Firm* (Oxford, Oxford University Press 2014).

⁸² These views were offered at a program hosted by the German Embassy in Washington D.C. on November 13, 2015, »Future Prospects for Skills and Apprenticeship Programs in the U.S. and Germany.«

⁸³ South Carolina has created a large apprenticeship program through state funding and an annual employer tax credit of \$ 1000 per apprentice. Long a »destination for German companies [...] [t]he state has now become an early adopter of incentivizing apprenticeships [...]« J Parilla, JL Trujillo and A Berube, »Skills and Innovation Strategies to Strengthen U.S. Manufacturing: Lessons from Germany«, *The Brookings Institution* (2015) 25.

⁸⁴ RB Freeman, »The Great Doubling: The Challenge of the New Global Labor Market«, 62 in J Edwards, M Crain, and AL Kalleberg (eds.), *Ending Poverty in America* (New York, The New Press, 2007).

Systemverschiebungen durch den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff – Entwicklungen, Herausforderungen und Perspektiven

Prof. Dr. Felipe Temming, LL.M (LSE),
Gottfried Wilhelm Leibnitz Universität Hannover

I. Einleitung

Dieser Beitrag handelt von Systemverschiebungen durch den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff. Ausgelöst wurde er durch die seit längerer Zeit beim EuGH zu gewärtigende Tendenz, den Arbeitnehmerbegriff in unionsrechtlichen Sachverhalten weit zu verstehen. So wendet der EuGH den Arbeitnehmerbegriff auch auf Personengruppen an, von denen man bislang dachte, dass sie vom europäischen Arbeitsrecht nicht erfasst werden.

Im Folgenden sollen zunächst die vergangenen Ausweitungstendenzen in der Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitnehmerbegriff skizziert und die daraus resultierenden Systemverschiebungen aufgezeigt werden (nachfolgend unter II.). Danach wird die Frage behandelt, wo das europäische und nationale Arbeitsrecht aufgrund dieser Systemverschiebungen gegenwärtig steht (nachfolgend unter III.). Zum Abschluss soll ein Ausblick gewagt und überlegt werden, mit welchen Veränderungen in diesem Bereich noch gerechnet werden könnte (nachfolgend unter IV.).

II. Vergangenheit: Was hat sich verändert?

Zu Beginn ein Blick in die Vergangenheit: Die Ausweitungstendenzen des Arbeitnehmerbegriffs in der EuGH-Rechtsprechung hängen maßgeblich damit zusammen, dass es sich bei dem Begriff des Arbeitnehmers um einen auslegungsbedürftigen Rechtsbegriff handelt. Um die Entwicklung dieser Rechtsprechung besser einordnen zu können, ist es daher sinnvoll, sich vorab die allgemeine Herangehensweise bei der Auslegung von Rechtsbegriffen im unionsrechtlichen Kontext kurz in Erinnerung zu rufen.¹

1. Allgemeine Herangehensweise bei der Auslegung von Rechtsbegriffen

Im Unionsrecht folgt aus Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV, dass die Kompetenz zur inhaltlichen Ausfüllung von auslegungsbedürftigen Rechtsbegriffen dem EuGH obliegt. Voraussetzung ist, dass diese Begriffe nicht bereits im Primär- oder Sekundärrecht legaldefiniert sind oder ein Verweis auf die entsprechenden Vorschriften der Mitgliedstaaten erfolgt ist. Auslegungsbedürftige Rechtsbegriffe können daher, müssen aber nicht auf der nationalen und unionsrechtlichen Ebene übereinstimmen. Sinn und Zweck der autonomen Auslegung unionsrechtlicher Rechtsbegriffe ist es zu verhindern, dass die Mitgliedstaaten über die Reichweite des Unionsrechts bestimmen. Das würde die einheitliche Anwendbarkeit des Unionsrechts gefährden und diese verteidigt der EuGH resolut und mit allen Mitteln.²

Für die Prüfungsreihenfolge folgt daraus ein dreiteiliges Vorgehen: *Erstens*: Verweist das Unionsrecht in Bezug auf einen auslegungsbedürftigen Rechtsbegriff auf das entsprechende Recht der Mitgliedstaaten? Wenn ja, ist dessen Verständnis heranzuziehen und maßgebend.³ *Zweitens*: Ist dem nicht so, ist weiter zu fragen, ob der europäische »Gesetzgeber« den Rechtsbegriff bereits sekundär- oder primärrechtlich autonom definiert hat.⁴ Existiert eine entsprechende Legaldefinition, ist grundsätzlich von dieser

1 Grundmann, Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den Europäischen Gerichtshof, Konstanz 1997 (zugl.: Bochum, Univ., Diss. 1997), S. 208 ff. mwN.

2 EuGH, 17.12.1970 – 11/70 – Slg. 1970, 1125 (Internationale Handelsgesellschaft), Rn. 3; EuGH, 13.12.1979 – 44/79 – Slg. 1979, 3727 (Hauer), Rn. 14; statt vieler: Borchardt, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2010, § 15 Rn. 31–33.

3 EuGH, 22.5.2003 – C-103/01 – Slg. 2003, I-5369 (Kommission ./ Deutschland), Rn. 33 mwN.

4 Vgl. die Definition des Betriebsübergangs in Art. 1 Nr. 1b der RL 2001/23/EG, ABl. 2001, L 82/16.

Definition auszugehen. Je nach dem Grad ihrer Detailliertheit bestehen für den EuGH autonome Auslegungsspielräume.⁵ *Drittens*: In Abwesenheit einer europäischen Legaldefinition kann der EuGH die Kompetenz vollständig für sich beanspruchen, den auslegungsbedürftigen Rechtsbegriff autonom und somit eigenständig aufzufüllen.⁶

2. Zum Arbeitnehmerbegriff in der Rechtsprechung des EuGH

Wie steht es um den Arbeitnehmerbegriff in unionsrechtlichen Sachverhalten? Eine autonome Legaldefinition des Arbeitnehmerbegriffs findet sich nur in Art. 3 lit. a) der Arbeitsschutzrahmen-RL 89/391/EWG.⁷ Sie definiert den Arbeitnehmerbegriff in Zusammenschau mit ihrem sachlichen Anwendungsbereich denkbar weit. Arbeitnehmer ist nach ihrem Art. 3 lit. a) »jede Person, die von einem Arbeitgeber beschäftigt wird, einschließlich Praktikanten und Lehrlingen, jedoch mit Ausnahme von Hausangestellten[.]« Sie spricht in Art. 3 lit. b) allgemein von Beschäftigungsverhältnissen und erfasst gem. Art. 2 Abs. 1 alle privaten oder öffentlichen Tätigkeitsbereiche und damit auch ausbildungsbezogene, kulturelle und Freizeittätigkeiten.

Von weitaus größerer Relevanz für das übrige europäische Arbeitsrecht sind deshalb zum einen der vom EuGH selbst geformte autonome Arbeitnehmerbegriff und zum anderen der Arbeitnehmerbegriff der 28 Mitgliedstaaten, soweit in europäischen Sekundärrechtsakten auf ihn verwiesen wird. Dieser dynamische Verweis erfolgt regelmäßig im Definitionsteil eines Rechtsaktes, bspw. einer Richtlinie.⁸

a) Unionsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff

(1) Primärrecht

Zentral für den primärrechtlichen Begriff des Arbeitnehmers ist seine Handhabung im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit gem. Art. 45 AEUV. Sie strahlt auf die übrigen Artikel im Primärrecht aus, die den Arbeitnehmerbegriff ebenfalls verwenden. Nach Auffassung des EuGH ist der Begriff des Arbeitnehmers im Sinne des Unionsrechts anhand objektiver Kriterien zu definieren, die das Arbeitsverhältnis im Hinblick auf die Rechte und Pflichten der Betroffenen kennzeichnen. In dem Klassiker, der EuGH-Entscheidung *Deborah Lawrie-Blum gegen das Land Baden-Württemberg*, definierte der EuGH das Arbeitsverhältnis für die Zwecke des Art. 45 AEUV folgendermaßen: »Das

wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht [...] darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält.«⁹ Auch diese Definition ist von einer großen Reichweite gekennzeichnet. Das hängt zum einen damit zusammen, dass sie den Rechtsgrund des Arbeitsverhältnisses nicht erwähnt. Zum anderen legt der EuGH das entscheidende Tatbestandsmerkmal des Weisungsrechts ebenfalls weit aus.¹⁰

Der erste Gesichtspunkt hat in der Rechtsprechung des EuGH den Vorstoß des europäischen Arbeitsrechts in das öffentliche Dienstrecht ermöglicht. Dies gelingt, weil es aufgrund der Definition unerheblich ist, ob das der Tätigkeit zugrunde liegende Rechtsverhältnis privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur ist. Deshalb fallen insbesondere auch Beamte jeglicher Kategorie unter den Arbeitnehmerbegriff des Art. 45 AEUV.¹¹ Die Schutzbereichsausnahme in Art. 45 Abs. 4 AEUV, wonach die Arbeitnehmerfreizügigkeit auf die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung keine Anwendung findet, wird folglich sehr eng interpretiert.¹² Sie ist nicht geeignet, das öffentliche Dienstrecht von der Arbeitnehmerfreizügigkeit insgesamt fernzuhalten. Deshalb konnte sich auch Frau *Lawrie-Blum* – obwohl britische Staatsangehörige – in das damals nur Deutschen offen stehende Beamtenverhältnis auf Zeit einklagen, um ihr Lehramtsreferendariat zu absol-

5 Vgl. nur die sieben Kriterien, mit denen im Rahmen einer typologischen Gesamtbetrachtung festzustellen ist, ob ein Betriebsübergang erfolgt ist oder nicht, hierzu EuGH, 18.3.1986 – 24/85 – Slg. 1986, 1119 (Spijkers), Rn. 13.

6 So bspw. der Begriff des Unternehmens iRd. Art. 101 AEUV, vgl. EuGH, 23.4.1991 – Rs. C-41/90 – Slg. 1991, I-1979 (Höfner und Elser), Rn. 21.

7 ABl. 1989, L 183/1.

8 Bspw. mit folgender Formulierung: »Diese Vereinbarung gilt für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die gemäß den Rechtsvorschriften, Tarifverträgen und/oder Gepflogenheiten in dem jeweiligen Mitgliedstaat einen Arbeitsvertrag haben oder in einem Beschäftigungsverhältnis stehen.« – so § 1 Abs. 2 der Rahmenvereinbarung im Anhang der RL 2010/18/EU zur Durchführung der Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub, ABl. 2010, L 68/13.

9 EuGH, 3.7.1986 – C-66/85 – Slg. 1986, 2121 (Lawrie Blum), Rn. 17.

10 Vgl. dazu die folgenden Ausführungen im Text.

11 Dazu auch Richter und Soldaten, für die dann aber Art. 45 Abs. 4 AEUV relevant wird; sa. EuGH, 1.3.2012 – C-393/10 – NZA 2012, 313, 315 (O'Brien) mAnm. *Heuschmid*, jurisPR-ArbR 21/2012 Anm. 6 und *Uffmann*, EuZA 2012, 518 ff.; vgl. *Brechmann*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl., München 2011 (im Folgenden: Calliess/Ruffert), Art. 45 AEUV Rn. 12, 103–109; Schneider/Wunderlich, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2012, Art. 45 AEUV, Rn. 138–140 mwN.

12 EuGH, 3.7.1986 – C-66/85 – Slg. 1986, 2121 (Lawrie Blum), Rn. 26 f.

vieren. Heute steht das Beamtenverhältnis gem. § 7 Nr. 1 BeamtStG allen Unionsbürgern offen.¹³

Der zweite Gesichtspunkt – die weite Auslegung des Weisungsrechts – hat den Vorstoß des europäischen Arbeitsrechts in Tätigkeitsbereiche ermöglicht, die nach unseren nationalen bürgerlich-rechtlichen Maßstäben dem reinen Dienstvertragsrecht zuzuschlagen wären. Wie ist es dazu gekommen? Mit Hilfe des Weisungsrechts lässt sich das Arbeitsverhältnis von selbständigen Tätigkeiten abgrenzen, was für die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit (Art. 56, 49 AEUV), aber auch für die Zwecke des europäischen Wettbewerbsrechts relevant ist (Art. 101 AEUV). Maßgeblich ist eine Einzelfallbetrachtung und die Bewertung hängt, wie der EuGH formuliert, »von der Gesamtheit der jeweiligen Faktoren und Umstände ab, die die Beziehungen zwischen den Parteien charakterisieren, wie etwa die Beteiligung an den geschäftlichen Risiken des Unternehmens, die freie Gestaltung der Arbeitszeit und der freie Einsatz eigener Hilfskräfte«. ¹⁴ Ähnlich vollzieht sich der Selbständigkeitstest iRd. Art. 101 AEUV. Danach verliert ein Dienstleistungserbringer seine Eigenschaft als unabhängiger Wirtschaftsteilnehmer und damit als Unternehmen, »wenn er sein Verhalten auf dem Markt nicht selbständig bestimmt, sondern vollkommen abhängig von seinem Auftraggeber ist, weil er keines der finanziellen und wirtschaftlichen Risiken aus dessen Geschäftstätigkeit trägt und als Hilfsorgan in sein Unternehmen eingegliedert ist«. ¹⁵

Diese Beschreibung selbständiger Tätigkeit lässt sich mit dem Arbeitsverhältnis kontrastieren. In diesem muss der Arbeitnehmer nach Weisung seines Arbeitgebers handeln, insbesondere was seine Freiheit bei der Wahl von Zeit, Ort und Inhalt ihrer Arbeit angeht, vgl. § 106 GewO. Mit diesem Weisungsrecht geht ein Über-Unterschiedsverhältnis zwischen den Beteiligten einher. Der Arbeitnehmer ist nicht an den geschäftlichen Risiken dieses Arbeitgebers beteiligt, ist während der Dauer des Arbeitsverhältnisses in dessen Unternehmen eingegliedert und bildet daher mit ihm eine wirtschaftliche Einheit. ¹⁶

Folge dieses Begriffsverständnisses ist es, dass der EuGH bereits für die Zwecke der primärrechtlichen Grundfreiheiten das Vorliegen eines Arbeitsvertrages auch bei einem Geschäftsführer einer GmbH und damit bei einem Gesellschaftsorgan für denkbar erachtete. Für diese Linie stehen die Entscheidungen Asscher, Clean Car und Meeusen aus den Jahren 1996, 1998 und 1999. ¹⁷ Mit anderen Worten kann das Rechtsverhältnis zwischen der GmbH und ihrem Geschäftsführer dem europäischen Arbeitsrecht unterfallen, während es nach

unserem nationalen Verständnis im weit überwiegenden Regelfall bezüglich des Anstellungsverhältnisses als Geschäftsbesorgungsvertrag in Form eines Dienstvertrags qualifiziert wird. ¹⁸ Das gesellschaftsrechtliche Weisungsrecht begründet mit anderen Worten nicht die für das Arbeitsverhältnis charakteristische persönliche Abhängigkeit. ¹⁹

(2) Sekundärrecht

Was das europäische Arbeitsrecht im Bereich des Sekundärrechts betrifft, so lassen sich parallele Entwicklungen wie beim Primärrecht aufzeigen. Im Grundsatz setzt der EuGH seit fünf Jahren das um, was er ein Jahrzehnt zuvor insbesondere im Bereich der primärrechtlichen Grundfreiheiten vorgezeichnet hat. ²⁰ Der Grund dafür liegt darin, dass der Arbeitnehmerbegriff des Art. 45 AEUV mehr und mehr eine Leitbildfunktion für diejenigen sekundärrechtlichen Vorschriften entfaltet, die eine autonome Begriffsdefinition des Arbeitnehmers zulassen. Grundlage hierfür ist die Entscheidung Dieter May aus dem Jahre 2011, wo der EuGH – gewohnt apodiktisch – erkannte: »Die vorstehenden Ausführungen des

¹³ Nach § 7 Abs. 2 BeamtStG darf, wenn die Aufgaben es erfordern, nur eine Deutsche oder ein Deutscher im Sinne des Art. 116 GG in ein Beamtenverhältnis berufen werden.

¹⁴ EuGH, 14.12.1989 – C-3/87 – Slg. 1989, I-4459 (Agegate), Rn. 36.

¹⁵ EuGH, 4.12.2014 – C-413/13 – NZA 2015, 55 (FNV Kunsten Informatie en Media), Rn. 33 mAnm. Heuschmidt/Hlavá, AuR 2015, 194 f.

¹⁶ Hierzu Coase, *Economica* 1937, 386 ff.; Temming, *Der vertragsbeherrschende Dritte*, Baden-Baden 2015 (zugl. Köln, Univ., Habil. 2014), S. 889 ff.

¹⁷ EuGH, 27.6.1996 – C-107/94 – Slg. 1996, I-3089 (Asscher), Rn. 24–28; EuGH, 7.5.1998 – C-350/96 – Slg. 1998, I-2521 (Clean Car), Rn. 18–23; EuGH, 8.6.1999 – C-337/97 – Slg. 1999, I-3289 (C.P.M. Meeusen), Rn. 13–16.

¹⁸ BAG, 26.5.1999 – 5 AZR 664/98 – AP Nr. 10 zu § 35 GmbHG; BGH 10.5.2010 – II ZR 70/09 – NZA 2010, 889; Preis, in: Müller/Preis/Schmidt (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Aufl., München 2016, § 611 BGB, Rn. 137–140; zur sozialversicherungsrechtlichen Behandlung von Fremdgeschäftsführern vgl. BSG, 18.12.2001 – B 12 KR 10/01 R – NZA-RR 2003, 325, 326 f.; ausf. Seewald, in: Körner/Leitherer/Mutschler (Hrsg.), *Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht*, 91. Lfg., München, Stand 6/2016, § 7 SGB IV Rn. 89–100 mwN.; sa. die nun strengere Linie für Minderheitsgesellschafter in BSG, 11.11.2015 – B 12 R 2/14 R – SGB 2016, 32 (Aufgabe der »Kopf und Seele«-Rechtsprechung).

¹⁹ Die Reichweite des gesellschaftsrechtlichen Weisungsrechts der Gesellschafter gegenüber dem Geschäftsführer ist streitig. Da das GmbHG keinen weisungsfreien Raum beschreibt, sprechen die besseren Argumente dafür, keine inhaltlichen Grenzen anzuerkennen, so bspw. OLG Düsseldorf, 15.11.1984 – 8 U 22/84 – ZIP 1984, 1476, 1478; U. Schneider, in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl., Köln 2007, § 37 Rn. 30, 38; krit. Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl., München 2013, § 37 Rn. 21.

²⁰ Das lässt sich mit der Rechtsprechung zur unmittelbaren Anwendbarkeit und unmittelbaren Wirkung von Primär- und Sekundärrecht vergleichen, die historisch betrachtet ebenso verlaufen ist. An die Entscheidungen des EuGH in Sachen van Gend & Loos, *Politi*, *van Duyn* und *Grad* sei erinnert, vgl. die Nachweise bei Calliess/Ruffert-Kingreen (Rn. 11), Art. 36 AEUV Rn. 9 und Calliess/Ruffert-Ruffert (Rn. 11), Art. 288 AEUV, Rn. 20 48, 94.

Gerichtshofs zum Begriff des ›Arbeitnehmers‹ im Sinne von Art. 45 AEUV gelten ebenfalls für den Arbeitnehmerbegriff, der in Rechtsakten nach Art. 288 AEUV verwendet wird.«²¹

Der Vorstoß in das öffentliche Dienstrecht lässt sich beispielsweise an der Entscheidung *Dieter Fuß gegen die Stadt Halle* aus dem Jahr 2010 belegen.²² Hier berief sich Herr Fuß, vom Beruf Feuerwehrmann und Hauptbrandmeister im Beamtenverhältnis, erfolgreich auf die Arbeitszeit-RL 2003/88/EG. Er wehrte sich gegen eine maßregelnde Umsetzung vom Außen- in den Innendienst. Diese hatte die Stadt Halle damit begründet, dass Herr Fuß von ihr gefordert hatte, die bindenden Vorgaben der Arbeitszeit-RL einzuhalten.²³

Den Vorstoß in das private Dienstvertragsrecht vollzog der EuGH in zwei aufsehenerregenden Entscheidungen aus dem Jahr 2010 und 2015. In diesen weitete er den Anwendungsbereich der Mutterschutz-RL und der Massenentlassungs-RL auf bestimmte GmbH-Geschäftsführer aus. Ersteres geschah mit dem Urteil *Danosa* und betraf eine lettische Kapitalgesellschaft.²⁴ Letzteres führte der EuGH in der Entscheidung *Balkaya* vor wenigen Monaten mit Blick auf eine deutsche GmbH konsequent fort.²⁵ Zu erwähnen ist auch die Entscheidung *Holterman Ferho*, in der der EuGH diese Grundsätze auf das internationale Verfahrensrecht überträgt.²⁶

b) Verweis auf mitgliedstaatlichen Arbeitnehmerbegriff

Markante Veränderungen sind auch in denjenigen Sekundärrechtsakten des europäischen Arbeitsrechts zu verzeichnen, die auf den nationalen Arbeitnehmerbegriff verweisen. Das betrifft vor allem das in Richtlinien niedergelegte europäische Arbeitsrecht. Dieser dynamische Verweis kann momentan auf im Extremfall 28 divergierende mitgliedstaatliche Arbeitnehmerbegriffe zeigen. Das latente Risiko ist daher nicht von der Hand zu weisen, dass die Mitgliedstaaten gestalterische Wege suchen und finden, um entsprechende arbeitsrechtliche Vorgaben europäischer Herkunft zu meiden. Sofern keine ausdrücklichen Umgehungsverbote normiert sind,²⁷ hat der EuGH den Mitgliedstaaten natürlich in ihr Pflichtenheft geschrieben, diese Verweismöglichkeit nicht dazu zu nutzen, einzelne nationale Arbeitnehmergruppen aus dem Anwendungsbereich solcher Richtlinien herauszudefinieren.²⁸ Doch auch bezüglich jener Richtlinien hat der EuGH eine härtere Gangart eingelegt. Es lässt sich nämlich feststellen, dass der EuGH auch in diesem Bereich zumindest in das öffentliche Dienstrecht vorgestoßen ist. So fasst der EuGH seit 2007 auch Beamte auf Zeit in

den persönlichen Schutzbereich der Befristungs-RL 1999/70/EG.²⁹ Das Präjudiz ist die Entscheidung *Yolanda del Cerro Alonso* und der rote Faden wird über die Urteile *Gavieiro Gavieiro*, *Santana* und *Lorenzo Martinez* weiter gesponnen.³⁰

Hauptargumente des EuGH für diese Entwicklung sind zum einen der berüchtigte Topos der »praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts« – hier also der Befristungs-RL – und zum anderen ihre einheitliche Anwendbarkeit in den Mitgliedstaaten.³¹ Nach eigenem Bekunden des für das Befristungsrecht zuständigen Berichterstatters, dem irischen EuGH-Richter *Ó Caoimh*, geht es aber maßgeblich um die Verhinderung von institutionellem Rechtsmissbrauch, Manipulationsmöglichkeiten und Umgehungsstrategien seitens der Mitgliedstaaten.³² Der EuGH formuliert diesen Zweck in den Urteilsgründen natürlich vornehmer³³ – im Ergebnis läuft das aber auf dasselbe hinaus.

21 EuGH, 7.4.2011 – C-519/09 – Slg. 2011, I-2761 (May), Rn. 22.

22 EuGH, 14.10.2010 – C-243/09 – Slg. 2010, I-9849 (Fuß).

23 EuGH, 14.10.2010 – C-243/09 – Slg. 2010, I-9849 (Fuß), Rn. 15–25, 45, 55, 64, 67.

24 EuGH, 11.11.2010 – C-232/09 – Slg. 2010, I-11405 (Danosa), Rn. 56 ua. mAnm. Schubert, EuZA 2011, 362, 363 ff.

25 EuGH, 9.7.2015 – C-229/14 – NZA 2015, 861, 862 f. (Balkaya), Rn. 38–48 ua. mAnm. Lingemann/Otte, DB 2015, 1965 f.; Lunk, NZA 2015, 917 ff.; Forst, EuZW 2015, 664, 665 f.

26 EuGH, 10.9.2015 – C-47/14 – NZA 2016, 183, 185 (Holterman Ferho Exploitation), Rn. 33–49 ua. mAnm. Lüttringhaus, EuZW 2015, 904 ff.; Kindler, IPRax 2016, 115 ff.; Knöfel, EuZA 2016, 348 ff.

27 Bspw. Art. 3 Abs. 2 S. 1 RL 2008/104/EG zur Leiharbeit, ABL 2008, L 327/9; Art. 2 Nr. 2 S. 2 RL 2001/23/EG zum Betriebsübergang.

28 EuGH, 1.3.2012 – C-393/10 – NZA 2012, 313, 315 Rn. 36 (O'Brien); EuGH, 18.01.2007 – C-385/05 – Slg. 2007, I-611 (CGT), Rn. 40 f. mwN.; für den Begriff der Arbeitszeit bspw. EuGH, 9.12.2003 – C-151/02 – Slg. 2003, I-8389 (Jaeger), Rn. 58 f.

29 ABL 1999, L 175/43.

30 EuGH, 13.9.2007 – C-307/05 – Slg. 2007, I-7109 (del Cerro Alonso), Rn. 29 f.; EuGH, 22.12.2010 – C- 444/09 – Slg. 2010, I-14031 (Gavieiro Gavieiro), Rn. 43; EuGH, 8.9.2011 – C-177/10 – Slg. 2011, I-7907 (Santana), Rn. 44 f.; EuGH, 9.2.2012 – C-556/11 – Lorenzo Martinez, Rn. 30–32, abzurufen unter www.curia.eu (25.10.2016).

31 EuGH, 13.9.2007 – C-307/05 – Slg. 2007, I-7109 (del Cerro Alonso), Rn. 29.

32 So stellte es RiEuGH *Ó Caoimh* in seinem Referat auf der Tagung zum europäischen Arbeitsrecht Anfang 2015 in der ERA in Trier dar.

33 EuGH: »Der Umstand, dass eine Beschäftigung im nationalen Recht als »statutarisch« bezeichnet wird oder bestimmte Aspekte aufweist, die für den öffentlichen Dienst des betreffenden Mitgliedstaats kennzeichnend sind, ist dabei für sich genommen unerheblich, da andernfalls die praktische Wirksamkeit der RL 1999/70 und der Rahmenvereinbarung sowie die einheitliche Anwendung dieser Richtlinie und Vereinbarung in den Mitgliedstaaten erheblich dadurch in Frage gestellt würde, dass den Mitgliedstaaten die Möglichkeit vorbehalten bliebe, nach ihrem Belieben bestimmte Personalkategorien von dem mit diesen Instrumenten des Unionsrechts bezweckten Schutz auszunehmen.«, so EuGH, 13.9.2007 – C-307/05 – Slg. 2007, I-7109 (del Cerro Alonso), Rn. 29.

Abstrakt betrachtet führt die Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs in der Befristungs-RL zu einer vollständigen Blockade des Verweises auf das nationale Arbeitsrecht der Mitgliedstaaten. Stattdessen fällt der Begriff in die Definitionskompetenz der EU zurück und kann damit vom EuGH autonom ausgelegt werden³⁴ – und zwar weit. Bis auf das Tatbestandsmerkmal der Befristung entspricht die Definition im Ergebnis derjenigen aus dem Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Das alles läuft konträr zu dem Wortlaut des einschlägigen § 2 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung zur Befristungs-RL 99/70/EG.³⁵

Die hier skizzierte Entwicklung hat bei Beamten auf Zeit nicht halt gemacht, sondern wurde vom EuGH weiter forciert. Zum einen betrifft sie auch Beamte auf Lebenszeit. In der Rechtssache *Zoi Chatzi gegen das griechische Finanzministerium* hat der EuGH im Jahre 2010 die Rahmenvereinbarung über Elternurlaub im Anhang der RL 1996/34/EG³⁶ auf Lebenszeitbeamte angewandt.³⁷ Frau *Chatzi* ist Beamtin und hatte sich gegen die Ablehnung ihres Antrags gewehrt, mit dem sie einen zweiten neunmonatigen bezahlten Elternurlaub für das zweite ihrer Zwillingsskinder gewährt bekommen wollte. Trotz ihres Beamtenstatus und des Verweises in § 2 der Rahmenvereinbarung auf den nationalen Arbeitnehmerbegriff erachtete der EuGH den Anwendungsbereich der Rahmenvereinbarung für eröffnet.³⁸

Zum anderen hat der EuGH im Jahre 2012 die aus der Befristungs-RL stammende Rechtsprechung in der Entscheidung *O'Brien* auch auf die RL zur Teilzeitarbeit 1997/81/EG übertragen und auf teilzeitbeschäftigte Richter angewandt.³⁹ In diesem Verfahren aus England hatte ein im Ruhestand befindlicher Teilzeitrichter, der zuvor auf Gebührenbasis bezahlt worden war (sog. *Recorder* beim Crown Court), nach Beendigung seiner Richtertätigkeit im Jahr 2005 unter Berufung auf die Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit im Anhang zur RL 1997/81/EG einen Pensionsanspruch geltend gemacht, der zeitanteilig dem Pensionsanspruch eines Vollzeitrichters entsprechen sollte. Anders als nach englischem Recht favorisiert der EuGH für die Zwecke der RL 1997/81/EG eine Qualifizierung des ehemaligen Teilzeitrichters *O'Brien* als Arbeitnehmer. Dem stünde mangels Einschlägigkeit der Arbeitnehmerfreizügigkeit auch Art. 45 Abs. 4 AEUV nicht entgegen.⁴⁰ Damit kann sich Herr *O'Brien* auf das Diskriminierungsverbot aus § 4 der Rahmenvereinbarung berufen.

Die Parallelitäten der Entwicklung zum unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff würden jetzt erwarten lassen,

dass der EuGH auch im Bereich derjenigen Richtlinien, die auf den nationalen Arbeitnehmerbegriff verweisen, den Vorstoß in das private Dienstvertragsrecht in jüngerer Zeit unternommen hat. Paradigma wäre beispielsweise eine GmbH-Geschäftsführerin, deren Wunsch nach einer bezahlten Elternzeit die GmbH ablehnt. Dies würde letztere mit dem Hinweis verbinden, dass Frau X als Selbständige nicht in den Anwendungsbereich der Rahmenvereinbarung über Elternurlaub im Anhang der RL 2010/18/EU falle.⁴¹ Indes existiert – soweit ersichtlich – eine entsprechende Judikatur des EuGH bislang (noch) nicht.

3. Resultat: Systemverschiebungen

Soweit zu den bemerkenswerten Bewegungen in der Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitnehmerbegriff. In ihrer Gesamtheit führen sie zu gravierenden Systemverschiebungen. An dieser Stelle sollen zumindest vier dieser Verschiebungen beschrieben werden. Sie betreffen den Anwendungsbereich des europäischen Arbeitsrechts, den Anknüpfungspunkt des europäischen Arbeitsrechts, das Verhältnis der EU zu den Mitgliedstaaten und schließlich

34 Ebenso *Preis/Sagan*, ZGR 2013, 26, 51; anders GA *Kokott*, in ihren Schlussanträgen v. 17.11.2011 – C-393/10 – Rn. 34 mwN. (bedingte Verweisung); *Brose*, in: *Preis/Sagan* (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, Köln 2015, § 9 Rn. 22 spricht von einem semi-unionsautonomen Arbeitnehmerbegriff; *Thüsing/Stiebert*, ZESAR 2011, 124, 125 (»eine Art Mittelweg«); sa. *Mohr*, ZHR 2014, 326, 338 f.

35 Die Vorschrift lautet: »Diese Vereinbarung gilt für befristet beschäftigte Arbeitnehmer mit einem Arbeitsvertrag oder -verhältnis gemäß der gesetzlich, tarifvertraglich oder nach den Gepflogenheiten in jedem Mitgliedstaat geltenden Definition.«

36 ABl. 1996, L 145/4.

37 EuGH, 16.09.2010 – C-149/10 – Slg. 2010, I-8489 (*Zoi Chatzi*).

38 EuGH, 16.09.2010 – C-149/10 – Slg. 2010, I-8489 (*Zoi Chatzi*), Rn. 29 f. Vor dem EuGH errang Frau *Zoi Chatzi* indes einen halben Sieg, weil nach der Auffassung des EuGH die Richtlinie und Rahmenvereinbarung über Elternurlaub den nationalen Gesetzgeber verpflichtet, ein System des Elternurlaubs zu schaffen, das entsprechend der im betreffenden Mitgliedstaat bestehenden Situation Eltern von Zwillingen eine Behandlung gewährleistet, die ihren besonderen Bedürfnissen gebührend Rechnung trägt. Dem steht auch nicht entgegen, dass die einschlägigen Vorschriften keine Zahl von Elternurlauben proportional zur Anzahl der geborenen Kinder ermöglichen, vgl. EuGH aaO., Rn. 61, 75.

39 EuGH, 1.3.2012 – C-393/10 – NZA 2012, 313, 315 f. Rn. 36, 51 (*O'Brien*) zur RL 97/81/EG v. 15.12.1997 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeiter, ABl. 1998, L 14/9 und L 128/71 – unter Berufung auf EuGH, 13.9.2007 – C-307/05 – Slg. 2007, I-7109 (del Cerro Alonso).

40 EuGH, 1.3.2012 – C-393/10 – NZA 2012, 313, 316 Rn. 43–50 (*O'Brien*).

41 Nicht unwahrscheinliche Fallkonstellation in Anlehnung an EuGH, 11.11.2010 – C-232/09 – Slg. 2010, I-11405 (*Danosa*) und EuGH, 16.09.2010 – C-149/10 – Slg. 2010, I-8489 (*Zoi Chatzi*).

das Verhältnis des EuGH zu den für die europäische Gesetzgebung zuständigen Organen. Im Einzelnen:

a) Anwendungsbereich des europäischen Arbeitsrechts

Die erste Systemverschiebung betrifft den Anwendungsbereich des europäischen Arbeitsrechts. Der EuGH zieht Rechtsverhältnisse, die allgemein abhängige Tätigkeiten zum Inhalt haben, in das europäische Arbeitsrecht hinein. Das gilt zum einen mit Blick auf das öffentliche Dienstrecht. Zum anderen sind aber auch im Privatrecht Personen betroffen, die von ihrem Vertragspartner wirtschaftlich abhängig sind. In all diesen Fällen korrespondiert mit dieser Abhängigkeit das vom EuGH für Arbeitsverhältnisse verlangte Weisungsrecht.

Was das Privatrecht betrifft, unterstellt der EuGH – abstrakt betrachtet – somit die Gruppe der arbeitnehmerähnlichen Selbständigen dem europäischen Arbeitsrecht. Bei ihnen handelt sich um Selbständige, die nach dem deutschen Verständnis persönlich unabhängig, indes wirtschaftlich von einem Auftraggeber abhängig sind und einem Arbeitnehmer vergleichbar schutzbedürftig sind. In diesem Zusammenhang geht es bislang namentlich um GmbH-Fremdgeschäftsführer und Fremdgeschäftsführerinnen, bei denen es sich nach der hiesigen Lesart in den seltensten Fällen um »echte« Arbeitnehmer, sondern wenn überhaupt um arbeitnehmerähnliche Selbständige handeln dürfte – ohne dass dies offen ausgesprochen wird.⁴² Keinerlei Rücksicht nimmt der EuGH dabei auf nationale Befindlichkeiten, wie beispielsweise den Trennungsgrundsatz oder insbesondere die Unterscheidung zwischen dem arbeits- und gesellschaftsrechtlichen Weisungsrecht gem. § 106 GewO und § 37 GmbHG.⁴³

Die Systemverschiebung resultiert daraus, dass das Verständnis des EuGH einem zweigeteilten Ansatz entspricht, der strikt zwischen abhängiger Arbeit und selbständiger Tätigkeit trennt. Damit lassen sich mitgliedstaatliche Modelle kontrastieren, die – wie das deutsche, spanische oder italienische⁴⁴ – auf Dreiteilung setzen und neben Arbeitnehmern und Selbständigen die dritte Kategorie der arbeitnehmerähnlichen Selbständigen kennen.⁴⁵ Auf sie finden bestimmte Vorschriften des Arbeitsrechts entsprechende Anwendung.⁴⁶ Rechtsprechungsgelitete Ausweitungen sind – zumindest in Deutschland – die große Ausnahme.⁴⁷

Damit kommt es zu Konflikten, weil die Möglichkeit der Feinsteuerung durch den nationalen Gesetzgeber verloren geht. Das betrifft namentlich den Umstand, dass arbeitnehmerähnliche Selbständige keinen erhöhten

Bestandsschutz nach dem KSchG wie Arbeitnehmer genießen. Würden das BAG oder der BGH diese Entwicklung hin zu einem dichotomen System initiieren, wäre sie *contra legem*.⁴⁸ Insbesondere Rolf Wank hat sich in Deutschland mit seinem, hiermit im Ansatz korrespondierenden Arbeitnehmerbegriff, der maßgeblich auf die Verteilung des unternehmerischen Risikos zwischen den Vertragsparteien abstellt, nicht durchsetzen können;⁴⁹ das zeigt die arbeitsrechtshistorisch beachtenswerte Definition des Arbeitsvertrages im geplanten § 611a Abs. 1 BGB-E.⁵⁰

Die Vorzugswürdigkeit einer Dreiteilung dürfte insbesondere wegen der größeren Flexibilität auf der Hand liegen. Eine Erklärung, warum der EuGH das aus deutscher Sicht bewährte dreiteilige System nicht vorzieht und stattdessen die grobere dichotome Aufteilung verwendet, könnte darin zu finden sein, dass er damit vordergründig eine Diskussion um die Hauptermächtigungsgrundlage für das europäische Arbeitsrecht, Art. 153 AEUV, vermeiden kann.⁵¹ Formal geht es ja nach seiner Auffassung um Arbeitsrecht. Auf Art. 153 AEUV ist unten bei dem Aspekt

42 So bspw. BAG, 27.6.1985 – 2 AZR 425/84 – AP Nr. 2 zu § 1 Angestelltenkündigungsg (anders noch die Vorinstanz LAG Frankfurt aM., welches den Geschäftsführer entgegen § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG als arbeitnehmerähnliche Person angesehen hatte, vgl. § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG.

43 Zu diesem Gesichtspunkt vgl. bspw. Schubert, ZESAR 2013, 5, 8; dies., EuZA 2011, 362, 365.

44 S. bspw. zur verfahrensrechtlichen Behandlung der arbeitnehmerähnlichen Personen in Deutschland, Spanien und Italien § 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 ArbGG, Art. 17 Estatuto del Trabajador Autónomo (zum sog. trabajador autónomo económicamente dependiente) sowie Art. 2 lit. d, 63 und 102.3 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social sowie vgl. Art. 409 (3) codice di procedura civile.

45 Hierzu Pottschmid, Arbeitnehmerähnliche Personen in Europa, Baden-Baden 2006 (zugl. Göttingen, Univ., Diss., 2004), S. 401 ff.; Perulli, Economically dependent employment, 2002, *passim*, abzurufen unter <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=2510&langId=en> (25.10.2016); ausf. Rebhahn, RdA 2009, 236, 237 ff.

46 Vgl. nur § 2 Abs. 2 Nr. 3 ArbSchG, § 12a Abs. 1 TVG, § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AGG, § 2 S. 2 BUrlG, § 138 SGB IX, § 7 Abs. 1 Nr. 3 PflegeZG.

47 So bspw. für das deutsche Arbeitsrecht die Anwendung der Grundsätze zum fehlerhaften Arbeitsverhältnis, vgl. BGH, 6.4.1964 – II ZR 75/62 – BGHZ 41, 282, 286; BGH, 12.1.1970 – VII ZR 191/67 – BGHZ 53, 152, 157 f.; weitaus zögerlicher indes die Anwendung der Grundsätze zur beschränkten Arbeitnehmerhaftung, vgl. hierzu BSG, 24.6.2003 – B 2 U 39/02 R – NJW 2004, 966; LAG Frankfurt aM., 2.4.2013 – 13 Sa 857/12 – BB 3013, 1726 f.

48 So bspw. Hromadka, NZA 1997, 569, 576; Preis, Individualarbeitsrecht, 4. Aufl., Köln 2012, S. 64 f. mwN.

49 Wank, Arbeitnehmer und Selbständige, München 1988 (teilw. zugl. Köln, Univ., Habil., 1982/1983), S. 122 ff. Augenscheinlich kann von einem Siegeszug auf der unionsrechtlichen Ebene gesprochen werden.

50 Vgl. Ausschussdr. 18(11)770 v. 18.20.2016, S. 1 f.

51 Zu diesem Problemkreis Schwarze-Rebhahn/Reiner (Fn. 11), Art. 153 AEUV Rn. 12–14; ders., EuZA 2013, 421, 422 f.; Calliess/Ruffert-Krebbler (Fn. 11), Art. 153 AEUV, Rn. 2.

des Verhältnisses zwischen der EU und den Mitgliedstaaten noch einmal zurückzukommen.⁵²

b) Anknüpfungspunkt des europäischen Arbeitsrechts

Die zweite Systemverschiebung ist darin zu sehen, dass das europäische Arbeitsrecht kein statusbezogenes oder spezifisch vertragstypenbezogenes Schutzrecht mehr darstellt. Stattdessen verfolgt der EuGH auf diesem Gebiet einen tätigkeitsbezogenen Ansatz, der – in Ansätzen – mit demjenigen der Arbeitsschutzrahmen-RL 89/391/EWG vergleichbar ist.⁵³ Dies gelingt, dem EuGH, weil er zum einen in der deutschen Rechtsordnung so tiefen Graben zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht mühelos überbrückt und zum anderen damit begonnen hat, die für das BGB spezifische Typengrenze zwischen Arbeits- und Dienstvertrag innerhalb der §§ 611 bis 630 BGB zu schleifen.⁵⁴

Diese Systemverschiebung wirft wichtige Fragen auf und es ist im Grundsatz legitim, diese auch zu stellen. In Zeiten, in denen die Grenzen zwischen Arbeitsrecht und anderen Tätigkeitsverträgen verwischen und historisch überkommene Typen somit an ihre Grenzen zu gelangen scheinen, ist es notwendig, zu überlegen, wie der Anwendungsbereich von Schutzvorschriften zugunsten des unterlegenen Vertragspartners zu normieren ist, der eine persönlich geschuldete Tätigkeit erbringt. Verliert der spezifische Vertragstypus seine Abgrenzungsfähigkeit⁵⁵, ist der Bezugspunkt der Regulierung auf die nächst höhere Abstraktionsstufe auszurichten. Mit Blick auf den Arbeits-, Dienst- und Werkvertrag handelt es sich um Verträge, in denen eine Tätigkeit persönlich geschuldet wird.⁵⁶ Zieht man die Terminologie des *Draft Common Frame of Reference* heran, würde es um sog. *service contracts*, also Dienstleistungsverträge gehen.⁵⁷

Ausgelöst hat der EuGH diese Systemverschiebung durch einen zunehmend vereinheitlichten ausgreifenden Arbeitnehmerbegriff, den er rechtsgrundneutral konzipiert und mit einem weiten Weisungsrecht ausgestattet hat.⁵⁸ Bemerkenswert ist daran, dass der EuGH damit unausgesprochen zwei Fragen beantwortet, die die Kommission vor gut neun Jahren gestellt hat. Diese Fragen formulierte sie 2006 in dem mehrheitlich heftig kritisierten Grünbuch »Ein moderneres Arbeitsrecht für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts«,⁵⁹ welches kurze Zeit später leider in den Schubladen der Brüsseler Bürokratie wieder verschwand. Seitdem wartet man vergeblich auf richtungs-

weisende Impulse seitens der Kommission.⁶⁰ Vielleicht gelingt ihr etwas mit dem aktuellen Vorschlag, die Entsenderichtlinie zu reformieren.⁶¹

Die Kommission hatte in dem besagten Grünbuch erstens die Frage aufgeworfen, ob es sinnvoll sei, den Arbeitnehmerbegriff in den Richtlinien zu vereinheitlichen. Dabei bezog sie sich auf Beschäftigte, die grenzüberschreitend arbeiten. In den Erläuterungen wird deutlich, dass diese Konvergenz auch diejenigen Bereiche umfassen sollte, in

52 Vgl. die Ausführungen unter II.3c.

53 Zu diesem Ansatz Ziegler, Arbeitnehmerbegriffe im Europäischen Arbeitsrecht, Baden-Baden 2011 (zugl. Bochum, Univ., Diss., 2010), S. 269 f. Systematisch kann der Schutzansatz auch sektorspezifisch erfolgen: Paradigma ist insoweit die Urlaubsgewährung in der Baubranche, bei der die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse als gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien eine wichtige Rolle spielt, sa. § 13 Abs. 2 BUrIG sowie die hierzu abgeschlossenen Tarifverträge.

54 Statt vieler: Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 4. Aufl., Berlin/Heidelberg 2013, § 7 Rn. 19–25.

55 Dies verneint noch bspw. Rebhahn, RdA 2009, 236, 245, der die persönliche Abhängigkeit nach wie vor für leistungsfähiges Ordnungskriterium hält; sa. ders., EuZA 2013, 421, 424; kritischer Preis, FS Birk, 2008, S. 625, 636 (der bzgl. der Gruppe der Selbständigen die Lösung eher in der verbesserten sozialen Absicherung sieht).

56 Zu dieser dogmatischen Gruppierung Oetker/Maultzsch (Fn. 54), § 1 Rn. 21–25; zu den aktuellen Abgrenzungsfragen beim Drittpersonaleinsatz vgl. bspw. Schindele, ArbRAktuell 2015, 363 ff.

57 Book IV Part C des DCFR; hierzu Zimmermann (Hrsg.), Service Contracts, Tübingen 2010, *passim*.

58 Verstärkt wird die Ausgreifigkeit des Arbeitnehmerbegriffs durch den Umstand, dass es sich bei ihm um den Schlüsselbegriff bezüglich des Anwendungsbereichs des Arbeitsrechts handelt. Bildlich gesprochen ist er das Tor zum Arbeitsrecht. Aus dieser Logik heraus dürfte der EuGH keinen Anreiz verspüren, diesen Begriff eng auszulegen. Für diese These lässt sich seine allgemeine Herangehensweise anführen, Schutzbereiche von subjektiven Rechten zu interpretieren. Deren Anwendungsbereiche werden, wie beispielsweise die Grundfreiheiten, weit ausgelegt, um sich einen grundsätzlichen Prüfungszugriff nicht zu verbauen. Ausnahmen werden regelmäßig eng auslegt; vgl. hierzu die klassischen Entscheidungen EuGH, 11.7.1974 – 8/74 – Slg. 1974, 837 (Dassonville), Rn. 5; EuGH, 25.1.1977 – 46/76, Slg. 1977, 5 (Bauhuis), Rn. 12/15; EuGH, 20.2.1979 – 120/78 – Slg. 979, 649 (Cassis de Dijon), Rn. 8; symptomatisch für den einschlägigen Bereich – also den Begriff des Arbeitnehmers – jüngst EuGH, 9.7.2015 – C-229/14 – NZA 2015, 861, 862 f. (Balkaya), Rn. 44. Interessant ist die Beobachtung, dass je ausgreifender das Arbeitsrecht wird, desto mehr es seine spezifischen Eigentümlichkeiten verlieren würde.

59 Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Ein modernes Arbeitsrecht für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts, KOM(2006) 708 endg.; hierzu Preis, FS Birk, 2008, S. 625, 636 ff. (»Die Philosophie der Kommission [i.e. der Flexicurity-Ansatz] ist bestechend richtig und ausgewogen.« – Zitat aaO. auf S. 631).

60 Kritisch Fuchs, ZESAR 2016, 7, 9: »Es ist offensichtlich, dass die Kommission nicht mehr in der Lage ist, innovative Prozesse auf dem Gebiet des Arbeitsrechts anzustoßen.«; sa. Heuschmid, NZA 2015, Editorial zu Heft 16 (»Gesetzgebung im EU-Arbeitsrecht in der Sackgasse?«). Ganz anders die überbordende Energie, die die Kommission auf dem Gebiet des europäischen Gesellschaftsrechts an den Tag legt, hierzu Temming, Der vertragsbeherrschende Dritte (Fn. 16), S. 153 ff. mwN.

61 Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, COM(2016) 128 final.

denen europäisches Arbeitsrecht auf die mitgliedstaatlichen Arbeitnehmerbegriffe verweist.⁶² Zweitens fragte die Kommission danach, ob man einen Grundstock an Vorschriften bräuhete, welche die Beschäftigungsbedingungen aller Beschäftigten regeln sollten – und zwar *unabhängig von der Form ihres Vertrags*. In diesem Zusammenhang bezog sich die Kommission auf den nach ihrer Auffassung immer praxisrelevanteren Graubereich zwischen abhängiger Arbeit und selbständiger Tätigkeit. Sie umschrieb ihn als sog. »wirtschaftlich abhängige Arbeit«.⁶³ Damit sind nach dem hiesigen Verständnis arbeitnehmerähnliche Selbständige gemeint. Vor dem Hintergrund der eingangs skizzierten Rechtsprechung lässt sich feststellen, dass der EuGH für sich selbst die Frage nach einem einheitlichen Arbeitnehmerbegriff positiv beantwortet zu haben scheint. Dasselbe gilt für die zweite Frage, weil der EuGH auf die Gruppe der arbeitnehmerähnlichen Selbständigen Vorschriften des europäischen Arbeitsrechts anwendet. Unausgesprochen weist er auch die Vorstellung der Kommission von einem dreiteiligen System zurück.

Dieses Vorpreschen des EuGH kann man kritisieren. Das trifft insbesondere auf die Bestrebungen des EuGH zu, die Konvergenz des Arbeitnehmerbegriffs auch in denjenigen Bereichen *contra legem* herzustellen, in denen europäisches Arbeitsrecht auf die mitgliedstaatlichen Arbeitnehmerbegriffe verweist.⁶⁴ Hier sollten den Mitgliedstaaten notwendige Freiräume erhalten bleiben. Zumindest aber ist ein einheitlicher unionsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff auf lange Sicht hin geeignet, Rechtssicherheit zu schaffen, Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden und Anreize zu verringern, das europäische Arbeitsrecht mit Hilfe kreativer gesetzlicher oder vertraglicher Gestaltungen zu umgehen.⁶⁵

c) Verhältnis der EU und den Mitgliedstaaten

Die dritte Systemverschiebung betrifft das vertikale Verhältnis zwischen der EU und den Mitgliedstaaten. Die Rechtsprechung des EuGH besitzt eine mit Blick auf die Mitgliedstaaten kompetenzaushöhlende und zentralisierende Sogwirkung.⁶⁶ Im konkret interessierenden Bereich des Europäischen Arbeitsrechts liegt der erste Grund dafür darin, dass der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff weiter ist als viele seiner nationalen Pendanten. Der zweite Grund ist darin zu sehen, dass der EuGH den bindenden Verweis in Richtlinien auf den nationalen Arbeitnehmerbegriff nicht mehr ernst nimmt, sondern stattdessen seinen eigenen, also autonomen Arbeitnehmerbegriff zugrunde

legt.⁶⁷ Folge dieser Entwicklung ist, dass die Lösung entsprechender Sachverhalte ohne Prüfung des europäischen Arbeitsrechts nicht mehr vollständig ist. Vollkommen unerheblich ist es, dass der Sachverhalt aus Sicht des nationalen – autonomen – Arbeitsrechts gar keinen entsprechenden Bezug aufweist. Damit besitzt der EuGH nun über noch mehr Fragen auf dem Gebiet des europäischen Arbeitsrechts das letzte Wort.⁶⁸ Der EuGH ist mit anderen Worten der berühmte »Motor der Integration« – nun auf dem Gebiet des europäischen Arbeitsrechts.⁶⁹ Qualitativ sind die hierfür verantwortlichen Urteile mit der bahnbrechenden *Cassis de Dijon*-Entscheidung vergleichbar. Letzteres Urteil führte mit dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung zu einer rechtsprechungsgeleiteten Harmonisierung im Bereich der Warenverkehrsfreiheit, die neben die normativen Instrumente der Verordnung und Richtlinie trat.⁷⁰

Aus dieser Systemverschiebung resultiert eine wichtige Feststellung. Und zwar diejenige, dass auf Art. 153 AEUV basierende Richtlinien auch arbeitnehmerähnliche Selbständige mitregeln dürfen. Das ist ein wichtiges Zei-

62 Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Fn. 59), S. 15 f.

63 Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Fn. 59), S. 12–14.

64 Vgl. die Ausführungen unter II.2b.

65 Sa. *Gallner*, FA 2015, 289, die die Chancen dieser weiten Begriffsbildung betont.

66 Die entscheidende Wurzel dieser Entwicklung liegt in der Umformung des Unionsrechts von einer traditionell völkervertragsrechtlichen Materie in eine supranationale Rechtsordnung, die funktionell betrachtet Züge einer Verfassung aufweist. *Weiler* hat dies als »Transformation of Europe« beschrieben (Yale L. J. 1991, 2403 ff.). Zugleich hat sich der EuGH mit Hilfe seiner eigenen Rechtsprechung selbst autorisiert, als Akteur im Beziehungsgeflecht zu den anderen EU-Organen und den Mitgliedstaaten über Fragen der Reichweite des Unionsrechts letztverbindlich zu erkennen. Insbesondere hat sich der EuGH in seiner Rechtsprechung erfolgreich die Expansion supranationaler Autorität gegen mitgliedstaatliches Souveränitätsdenken zum Ziel gesetzt, hierzu vertiefend *Höreth*, Die Selbstautorisierung des Agenten, Baden-Baden 2008 (zugl. Bonn, Univ., Habil. 2007), S. 38 ff. An dieser Stelle wiederholt sich ein allgemeines Phänomen, welches bei föderal oder ähnlich strukturierten Einheiten zu beobachten ist. Die nächst höhere Ebene tendiert unweigerlich dazu, Kompetenzen und damit Sachfragen an sich zu ziehen, sa. *Temming*, NJW 2008, 3404, 3406 (zur Sogwirkung von Grundrechtsschutz).

67 Vgl. auch die Nachweise in Fn. 34.

68 In diesem Zusammenhang kommt dem Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 267 AEUV eine wichtige Rolle zu.

69 Allgemein zu diesem Bild *Calliess/Ruffert-Kahl* (Fn. 11), Art. 4 EUV Rn. 38. Zu den Auswirkungen dieses Gesichtspunkts im Verhältnis zwischen dem EuGH und dem europäischen Gesetzgeber S. dazu sogleich im Text unter II.3d.

70 Statt vieler *Calliess/Ruffert-Kingreen* (Fn. 11), Art. 34–36 AEUV Rn. 47 f., 140 ff. Von Nachteil war aus Sicht der Wirtschaftsakteure freilich, dass das dieses harmonisierende Prinzip im Konfliktfall jedes Mal gerichtlich durchgesetzt werden musste. Der Durchbruch gelang mit der sich an dieses Urteil anschließenden Harmonisierungswelle mit Hilfe unionsrechtlichen Sekundärrechts, dessen treibende Kraft die Kommission war.

chen an die Kommission, die gem. Art. 17 Abs. 2 EUV und Art. 294 AEUV das Initiativrecht zur Gesetzgebung besitzt⁷¹ und entsprechend tätig werden könnte.⁷² Wäre dem nicht so, würde sich der EuGH zu seiner eigenen Rechtsprechung in einen eklatanten Widerspruch setzen. Damit stellt der EuGH eine Parallelität zur weiter formulierten Aufgabennorm in Art. 151 AEUV her.⁷³ Zugleich nivelliert er ein Stück weit den Unterschied zur Ermächtigungsgrundlage in Art. 157 Abs. 3 AEUV, mit deren Hilfe sich auch Rechtsverhältnisse von Selbständigen regulieren lassen.⁷⁴

d) Verhältnis des EuGH zum »europäischen Gesetzgeber«

Die vierte Systemverschiebung betrifft das horizontale Verhältnis des EuGH zum »europäischen Gesetzgeber«, also Kommission, Rat und Parlament. Seit einiger Zeit lässt sich beobachten, dass die Rechtsetzung auf dem Gebiet des europäischen Arbeitsrechts – verstanden als das Produkt von Verordnungen und Richtlinien der zuständigen Gesetzgebungsorgane, gelegentlich initiiert durch Rahmenvereinbarungen der europäischen Sozialpartner – stagniert.⁷⁵ Die Rechtsprechung des EuGH zum europäischen Arbeitnehmerbegriff kann nun als Beleg dafür angeführt werden, dass der EuGH auf dem Gebiet des europäischen Arbeitsrechts von sich aus faktisch legislativ tätig wird und damit eine Funktion einnimmt, die seiner Rolle als Rechtsprechungsorgan nicht regelmäßig entsprechen sollte. Als Beispiel lässt sich seine Entscheidung *Danosa* anführen.⁷⁶ Sie errichtet diesseits des Diskriminierungsschutzes für selbständige schwangere Frauen nun einen weitaus effektiveren Schutz, indem zusätzlich die RL zum Mutterschutz 92/85/EWG⁷⁷ anzuwenden ist. Dadurch erweitert der EuGH den Schutz selbständiger Frauen, weil Art. 4 RL 2010/41/EU und Art. 14 RL 2006/54/EG diesen lediglich ua. in diskriminierungsrechtlicher Hinsicht anordnen und Art. 8 RL 2010/41/EU mit Blick auf Mutterschaftsleistungen nur die Mitgliedstaaten verpflichtet.⁷⁸ Im Ergebnis wird die RL 2010/41/EU um das in Art. 10 RL 92/85/EWG normierte Kündigungsverbot rechtsfortbildend ausgebaut, sofern es sich – aus unserer Sicht – um wirtschaftlich abhängige Selbständige handelt.⁷⁹ Der Schutz ist nun wirksamer als nach der geschriebenen *lex lata*. Anders als der europäische Gesetzgeber nimmt sich der EuGH arbeitnehmerähnlichen Personen auf unionsrechtlicher Ebene somit auf nachhaltige Weise an.

III. Gegenwart: Wo sind wir schon?

Das mögliche Ausmaß dieser soeben beschriebenen Systemverschiebungen lässt sich in ihrer Gesamtheit gegenwärtig noch nicht vollends abschätzen. Sie erzeugen vor allem in unserem nationalen Arbeitsrecht Reibungen und Hitze, weil der EuGH auf nationale Befindlichkeiten wenig Rücksicht nimmt. Die Situation ist umso betrüblicher, weil sich der deutsche Gesetzgeber auf dem Gebiet des Arbeitsrechts in vornehmer Zurückhaltung übt.⁸⁰

Mit Blick auf arbeitnehmerähnliche Selbständige steht fest, dass die hieraus resultierenden Herausforderungen nun am GmbH-Geschäftsführer dogmatisch umzusetzen sind. Im Anwendungsbereich des Unionsrechts mag dies am einfachsten dort gelingen, wo der Gesetzgeber ohnehin den persönlichen Schutzbereich von Arbeitsgesetzen auf arbeitnehmerähnliche Selbständige vorgesehen hat.⁸¹ Primär ist die unionsrechtskonforme Auslegung des Arbeitnehmerbegriffes heranzuziehen. Sie sollte keine unüberwindbaren Hürden darstellen, da der Begriff des Arbeitnehmers auslegungsbedürftig und auslegungsfähig ist.

71 Möglich ist dies auch den europäischen Sozialpartnern nach Art. 154 und 155 AEUV mit Hilfe von Rahmenvereinbarungen. Freilich sind aus dieser Richtung seit mehr als einem Jahrzehnt keine nennenswerte Rechtsakte mehr zu vermelden, vgl. hierzu *Fuchs*, ZESAR 2016, 7, 10; sa. *Weiß*, in: FS Birk, 2008, S. 957 ff. zu den möglichen Gründen der Zurückhaltung auf europäischer Ebene.

72 Das würde die Gruppe der wirtschaftlich Abhängigen entlasten, die die sich zu ihren Gunsten auswirkende Schutzbereichserweiterung des europäischen Arbeitsrechts im konkreten Einzelfall jedes Mal vor Gericht durchsetzen müssen. Ein subjektiv-rechtlicher Hebel zur Durchsetzung dieser Rechtsprechung ist die Berufung auf den Gleichheitssatz gem. Art. 20 Grundrechtecharta, sa. EuGH, 1.3.2012 – C-393/10 – NZA 2012, 313, 315 Rn. 34 (O'Brien) und Schlussanträge der GA Kokott v. 17.11.2011 – C-393/10 – Rn. 36, 41 ff.; zu den Nachteilen ggü. sekundärrechtlicher Harmonisierung vgl. die Bemerkung in der vorherigen Fußnote.

73 *Schwarze-Rebhahn*, EU-Kommentar, Baden-Baden 2000, Art. 136 EGV Rn. 2, 18 f., 22; *Schubert*, Der Schutz der arbeitnehmerähnlichen Personen, München 2004 (zugl. Jena, Univ., Diss., 2003), S. 158 f.

74 Bsp. die RL 2010/41/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben, und zur Aufhebung der RL 86/613/EWG des Rates, ABl. 2010, L 180/1; hierzu *Knigge*, ZESAR 2013, 24 ff.; zur Ermächtigungsgrundlage sa. *Rebhahn*, EuZA 2013, 421, 423.

75 Zu den möglichen Gründen vertiefend *Fuchs*, ZESAR 2016, 7 ff. mwN.

76 EuGH, 11.11.2010 – C-232/09 – Slg. 2010, I-11405 (*Danosa*).

77 ABl. 1992, L 348/1.

78 Sa. *Knigge*, ZESAR 2013, 24, 27.

79 Natürlich lässt sich auch aus der Perspektive der RL 92/85/EWG beschreiben. Ihr Art. 10 wird um bestimmte Organmitglieder rechtsfortbildend erweitert.

80 An den in Art. 30 des Einigungsvertrags niedergelegten Kodifizierungsauftrag bezüglich eines Arbeitsvertragsgesetzbuches sei erinnert.

81 Vgl. die Nachweise in Fn. 46.

Dogmatische Probleme bereiten hingegen die ausdrückliche Herausnahme von Geschäftsführern aus dem Anwendungsbereich eines arbeitsrechtlichen Gesetzes, des Weiteren die kohärente Übertragung des arbeitsrechtlichen Rechte- und Pflichtenbündels auf die Vertragsbeziehung des Geschäftsführers mit der GmbH, die Zwitterstellung des Geschäftsführers aufgrund seiner Eigenschaft als Arbeitgeber und Arbeitnehmer sowie schließlich die Frage, ob und ggf. wie die betriebliche Mitbestimmung auf Geschäftsführer anzuwenden ist. Wie in einem Brennglas offenbaren sich alle diese Probleme bei der Massenentlassungs-RL 98/59/EG⁸², weil nach der EuGH-Entscheidung *Balkaya* der GmbH-Fremdgeschäftsführer als Arbeitnehmer unter diese Richtlinie fällt und daher die §§ 17 ff. KSchG nun darauf ausgerichtet werden müssen.⁸³

IV. Zukunft: Was könnte sich verändern?

Obschon noch nicht einmal die gegenwärtigen Probleme vollständig bewältigt sind, soll abschließend ein kleiner Ausblick gewagt werden. Überlegt man, wohin sich die Rechtsprechung des EuGH weiter entwickeln könnte, könnten mindestens drei Punkte von Interesse sein.

Erstens: Unter II.2b wurde ausgeführt, dass im Rahmen der Befristungs-RL auch Beamte auf Zeit unter den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff fallen. Extrapoliert man diese Rechtsprechung auf andere befristete Beschäftigungsformen im öffentlichen Dienst, dürfte klar sein, dass entgegen der Auffassung des BAG auch die Personalkategorie der sog. öffentlich-rechtlichen Beschäftigungsverhältnisse *sui generis* unter die Befristungs-RL fallen.⁸⁴ Damit sind auch die Beschäftigungsbiographien dieser Angestellten iRd. § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG daraufhin zu kontrollieren, ob die öffentliche Hand durch Verwendung allzu vieler befristeter Einzelverträge Missbrauch betreibt. In diesem Zusammenhang ist auf die Entscheidung *Márquez Samohano* aus dem Jahre 2014 zu verweisen, in der der EuGH den Rechtfertigungsdruck im Hinblick auf die mehrfache, hintereinander geschaltete Befristung von Assistenzprofessoren etwas erhöht hat.⁸⁵

Zweitens: Es ist unwahrscheinlich, dass der arbeitsrechtliche Vorstoß des EuGH in das private Dienstvertragsrecht beim GmbH-Geschäftsführer halt machen wird. Eine weitere denkbare Gruppe schutzbedürftiger selbständig Tätiger dürften Einfirmen-Handelsvertreter sein. Die notwen-

dige wirtschaftliche Abhängigkeit könnte sich aus dem Pflichtenbündel herleiten, welches bereits aufgrund von Art. 3 Abs. 2 der RL 86/653/EWG⁸⁶ selbständige Handelsvertreter zu beachten haben – in Zusammenschau mit dem Umstand, dass der Handelsvertreter nur für einen Prinzipal tätig wird. Gem. Art. 3 Abs. 2 lit. c) der RL 86/653/EWG muss der Handelsvertreter »den vom Unternehmer erteilten angemessenen Weisungen nachkommen«. Es ist in diesem Zusammenhang bezeichnend, dass die Kommission in ihrem Grünbuch die Arbeitsbedingungen selbständiger Handelsvertreter und den durch die RL 86/653/EWG gewährten Mindestschutz gerade in dem Abschnitt über wirtschaftlich abhängige Arbeit als Beispiel anführte.⁸⁷ Würde der EuGH die Gruppe der schutzbedürftigen Einfirmen-Handelsvertreter als Arbeitnehmer betrachten, müssten diese konsequenterweise aus dem Anwendungsbereich der RL 86/653/EWG für selbständige Handelsvertreter ausgeklammert werden. Für Deutschland müsste die Lösung iRd. § 84 Abs. 2 HGB umgesetzt werden.⁸⁸

Und schließlich drittens: Was diejenigen Richtlinien anbelangt, die auf den nationalen Arbeitnehmerbegriff verweisen, sollte man sich keinen Illusionen hingeben, dass es diesbezüglich bei dem heutigen *status quo* bleibt. Bedenkt man, dass beispielsweise die Rahmenvereinbarung zum Elternurlaub im Anhang der RL 2010/18/EU allgemein auch von »Erwerbstätigen« spricht und der primärrechtliche Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen allgemeine Geltung hat, ist eine Ausweitung dieser Rechtsprechungslinie des EuGH nicht unwahrscheinlich. Warum sollten diese beiden Gesichtspunkte nur die Grenze zwischen Arbeitnehmer und Beamten zu schleifen vermögen und

82 ABl. 1998, L 225/16.

83 Hierzu *Lingemann/Otte*, DB 2015, 1965, 1966; *Lunk*, NZA 2015, 917, 918 ff.; *Forst*, EuZW 2015, 664, 666 f.; *Vielmeier*, NJW 2014, 2678, 2680 ff.; *Hohenstatt/Naber*, NZA 2014, 637, 639 ff.

84 Vgl. BAG, 14.9.2011 – 10 AZR 466/10 – AP Nr. 188 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten; BAG, 18.7.2007 – 5 AZR 854/06 – AP Nr. 181 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten.

85 EuGH, 13.3.2014 – C-190/13 – NZA 2014, 475, 480 (*Márquez Samohano*), Rn. 60.

86 ABl. 1986, L 382/17.

87 Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Fn. 59), S. 13; zum Status von Handelsvertretern als Arbeitnehmer, arbeitnehmerähnliche Selbständige oder Selbständige ausf. *Wank*, in: *Martinek/Semler/Habermeier/Flohr* (Hrsg.), *Vertriebsrecht*, 3. Aufl., München 2010, § 13 Rn. 10 ff. mwN.

88 S. zum Ganzen auch BAG, 20.10.2015 – 9 AZR 525/14 – NZA 2016, 254; LAG Düsseldorf, 28.5.2015 – 12 Sa 1423/13 – IPRax 2015, 551 mAnm. *Temming*, IPRax 2015, 509 ff.

nicht auch die Grenze in das Territorium freier Dienstverträge gem. § 611 BGB hinein verschieben können? Die Frage dürfte trotz der damit einhergehenden *contra legem* Auslegung der Rahmenvereinbarung eine rhetorische sein – zumal vor dem Hintergrund der schneidigen Art und Weise, mit welcher der EuGH das *effet utile*-Prinzip⁸⁹ anwenden kann.⁹⁰

V. Schlussthesen

Die vorstehenden Erkenntnisse lassen in thesenartig zusammenfassen:

1. Der EuGH vereinheitlicht den Arbeitnehmerbegriff im europäischen Arbeitsrecht zusehends. Leitbild ist derjenige aus der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Hauptcharakteristikum ist dessen Rechtsgrundneutralität und ein nicht auf persönliche Abhängigkeit beschränktes Weisungsrecht.
2. Zwischen dem unionsrechtlichen und dem deutschen Begriff des Arbeitnehmers bestehen immer größere Diskrepanzen. Der Arbeitnehmerbegriff des EuGH ist weiter als dessen deutsches Pendant. Er setzt nicht mehr nur am nationalen Arbeitsvertrag auf, sondern umfasst auch andere Beschäftigungsformen, die im öffentlichen Recht und Privatrecht abhängige Tätigkeit auf Basis persönlich geschuldeter Leistung erbringen. Das ist ein tätigkeits- und kein spezifisch vertragstypenbezogener Ansatz.
3. Mit Hilfe seines eigenen Arbeitnehmerbegriffs dehnt der EuGH das europäische Arbeitsrecht auf wirtschaft-

lich abhängige Personen aus. Er nimmt damit arbeitnehmerähnliche Personen auf unionsrechtlicher Ebene als schutzbedürftige Personengruppe wahr. Diese Ausdehnung auf wirtschaftlich abhängige Personen führt zu einem zweigeteilten System, das zwischen Selbständigen und Arbeitnehmern trennt. Damit wird dem alternativen – ua. deutschen – Modell einer Dreiteilung aus Selbständigen, arbeitnehmerähnlichen Selbständigen und Arbeitnehmern eine Absage erteilt.

Diese Rechtsprechung entwickelt sich schrittweise fort und führt zu gewichtigen Systemverschiebungen. Sie stärken allesamt die unionsrechtliche Ebene.

⁸⁹ Zu den Grundlagen dieses Prinzip ausf. *Potacs*, EuR 2009, 465, 467 ff., der zwischen dem *effet utile* im engeren und weiteren Sinne unterscheidet. Letzterer dient dazu, die maximale Wirkung einer Bestimmung zu erzielen. Darauf kommt es in solchen Zusammenhängen an.

⁹⁰ Ggf. ließe sich viertens überlegen, wie zu verfahren ist, wenn die Grenzen des Arbeitnehmerbegriffs erreicht sind, die ja selbst nach dem weiten Verständnis des EuGH bestehen (müssen). Dieser Punkt wird für neue Beschäftigungsformen, namentlich *Crowdwork*, relevant werden, vgl. hierzu *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032 ff. Ein mögliches Schutzregime könnte die AGB-Kontrolle nach Maßgabe der Klausel-RL 93/13/EWG, ABl. 1993, L 95/29, bieten. Im Hinblick auf diese Richtlinie ginge es um die rechtspolitisch brisanten Fragen nach der unionsrechtlichen Verbrauchereigenschaft von Arbeitnehmern und der Materialisierung des Unternehmensbegriffes, um wirtschaftlich abhängige Selbständige hiervon auszuschneiden. Das kann an dieser Stelle nicht weiter entfaltet werden.

Rezension: Transnational Labour Law und Research Handbook on Transnational Labour Law

Monografie von Antonio Ojeda-Avilés, 2015, Wolters Kluwer Law & Business, Alphen aan den Rijn, 344 S. (ISBN 978-90-411-5858-1), 142,80 €, erschienen als Band 46 der Studies in Employment and Social Policy Series sowie Sammelband hrsg. von Adelle Blackett und Anne Trebilcock, 2015, Edward Elgar Publishing, Cheltenham UK, Northampton, MA, USA, 588 S. (ISBN 978-1-78254-978-9), 251,87 €, erschienen in der Reihe Research Handbooks in International Law

I. Begriff des transnationalen Rechts und Inhalt der beiden Werke

Philip Jessup, der den Begriff geprägt hat, verstand unter transnationalem Recht »all law which regulates actions or events that transcend national frontiers«¹. Umfasst sein sollten das Völkerrecht, das internationale Privatrecht sowie »other rules which do not wholly fit into such standard categories«². Dahinter stand die Vorstellung, länderübergreifende Sachverhalte nicht nur innerhalb der Grenzen, die durch bestimmte Normkategorien wie Zivilrecht auf der einen und öffentliches Recht auf der anderen Seite gezogen werden, sondern in ihrer Gesamtheit zu betrachten. Daher war es nur konsequent, nichtstaatliches Recht wie die *lex mercatoria* sowie nichtstaatliche Akteure einzubeziehen. In einem weiteren Schritt wurde vielfach die Einbettung des Rechts in die Rechtswirklichkeit mitberücksichtigt, womit transnationales Recht dann auch andere wissenschaftliche Disziplinen wie beispielsweise Sozial- und Politikwissenschaften einbezieht.

Nimmt man eine Monographie zum transnationalen Arbeitsrecht in die Hand, kann man daher sicher erwarten, dass sie zum einen nicht nationale Fragen zum Gegenstand hat und dass zum anderen Kategorien wie Zivil- oder öffentliches Recht keine Bedeutung haben, was allerdings im Arbeitsrecht ohnehin nur am Rande der Fall ist. Danach wird es unsicher. Dass nichtstaatliches Recht wie internationale Rahmenvereinbarungen, sog. *Social Labelling* oder die Selbstverpflichtung von Unternehmen zum Einhalten bestimmter Arbeitsrechtsstandards beispielsweise durch *Codes of Conduct* einbezogen werden, ist möglich. Letztlich

ist »transnational« aber so weit und in dieser Weite dann auch beliebig, dass man vom Titel alleine her nicht sicher abschätzen kann, welche Themen Ojeda-Avilés und die von Blackett und Trebilcock eingeworbenen Beiträge letztlich abdecken.

Beide Bücher setzen sich auf den ersten Seiten daher verständlicherweise mit den Begriffen des transnationalen Rechts und des transnationalen Arbeitsrechts auseinander. Ojeda-Avilés (S. 3–25) knüpft an Jessup an und springt ab S. 7 unter der Überschrift »History of Transnational Labour Law« von angeblich arbeitsrechtlichen Facetten der *lex mercatoria* über Menschenrechte, Diskriminierungsverbote, einer transnationalen Risikogesellschaft zum transnationalen Sportrecht. Der Leser wird durch diese jeweils ausgesprochen knappen, mehr in den Raum gestellten als erklärten Ausführungen nicht wirklich schlauer; ein arbeitsrechtlicher Bezug besteht allenfalls am Rande und wirkt teilweise auch konstruiert. In einem sich anschließenden Abschnitt über die Struktur des transnationalen Arbeitsrechts legt Ojeda-Avilés auf S. 13–25 dann aber sein eigenes Verständnis dar und deckt dabei auch auf, was in seinem Werk behandelt wird: Er unterscheidet zwischen einem von ihm selbst als Verfahrensrecht bezeichneten ersten Hauptabschnitt und einem zweiten materiellrechtlichen Teil. Dem Verfahrensrecht ordnet er das Arbeitskollisionsrecht und das internationale Zivilprozessrecht zu, dem die ersten beiden Kapitel (S. 29–56 und S. 57–84) gewidmet sind. Die sieben Bestandteile des materiellen transnationalen Rechts (Recht internationaler Organisationen, bilaterale und multilaterale Übereinkommen, transnationale Tarifverträge, Standards privater Organisationen, Eigenregeln multinationaler Unternehmen, transnationale Schiedssprüche und einzelstaatliches Recht) füllen die restlichen Kapitel: Kapitel 4, *Transnational Rules of Employment Relations I* (S. 87–112), behandelt Ausschnitte des universellen und regionalen Arbeitsvölkerrechts und Kapitel 5, *Transnational Rules of Employment Relations II* (S. 113–137), vereinzelte Richtlinien der Europäischen Union. Das folgende Kapitel 6, *Fundamental Transnational Rights in Employment Relationships* (S. 139–164), beschränkt sich im Wesentlichen auf Diskriminierungs-

1 Jessup, *Transnational Law*, New Haven ua. 1956, S. 2.

2 Ebd.

verbote sowie das Arbeitsschutzrecht, während das 7. Kapitel, *Company Crises and Offshoring* (S. 165–197) ein Sammelbecken für die eher heterogenen Themenbereiche Massenentlassung, Betriebsübergang und Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers bildet, welche anhand der entsprechenden unionsrechtlichen Richtlinien untersucht werden. Kapitel 8, *Participation of Employees in Business Management* (S. 199–225), hat die Unternehmensmitbestimmung und die Arbeitnehmerbeteiligung zum Gegenstand und stellt im Wesentlichen die dazu existierenden unionsrechtlichen Regelungen sowie vereinzelt Recht der IAO in seinen Mittelpunkt. Dem *Transnational Collective Bargaining* widmet sich Kapitel 9 (S. 227–254) und Kapitel 10 anschließend verschiedenen Aspekten von *Transnational Collective Conflicts* (S. 255–283). Die Monographie endet mit einem Kapitel 11 zur *Corporate Social Responsibility und Codes of Conduct* (S. 285–300).

Blacketts und *Trebilcocks* Herangehensweise an das Begriffsverständnis (S. 3–31) ähnelt der von *Ojeda-Avilés* vor allem in formaler Hinsicht, indem knappe theoretische Überlegungen zum transnationalen Arbeitsrecht um den Grundriss des von ihnen herausgegebenen Buchs ergänzt werden. In der Sache stellen sie mehr tatsächliche Erscheinungen in den Vordergrund und damit gelingt es ihnen besser, den Hintergrund des Wunsches nach einer transnationalen Betrachtung arbeitsrechtlicher Fragen zu verdeutlichen. Es handelt sich um die Globalisierung, in der Produktionsprozesse und Arbeitsmärkte länderübergreifend angelegt seien und die von multinationalen Unternehmen beherrscht würden – in ihrer eigenen, durchaus schneidenden Sprache: »Today, thick webs of contractors structure global production chains, constructing yet obscuring links between workers in the global South who produce products they cannot afford to buy, and workers in the global North who both market and consume goods they no longer produce« –, während entsprechende Strukturen zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte nicht hinreichend entwickelt seien. Hier soll das transnationale Arbeitsrecht als Instrument einer *multi-level governance* ins Spiel kommen, welches zwischen den Staaten und jenseits von Staaten ansetzt, sämtliche nichtstaatliche Akteure mit einbezieht und auch nicht vor innerstaatlichen Fragen halt macht. Was *Blackett* und *Trebilcock* konkret unter transnationalem Arbeitsrecht verstehen, wird letztlich aber nicht anders als bei *Ojeda-Avilés* erst dann besser sichtbar, wenn man sich dem Inhalt

des Sammelbands zuwendet, der in sehr verkürzter Form auch in seiner Struktur auf den S. 5–30 angerissen wird: Sie untergliedern das Werk in die drei Hauptabschnitte *Transnational Labour Law as Law*, S. 37–176, *Transnational Labour Law as Labour Law*, S. 181–356, und auf den Seiten 361–563 *Transnational Law as Transnational Law* (so die Bezeichnung in der Einleitung, S. 22, während in Inhaltsverzeichnis und Überschrift im Text »*Transnational Law as Transnational*« formuliert wird, was ein Fehler sein dürfte). Die drei Hauptabschnitte wiederum sind in sections unterteilt, auf die von 41 Autorinnen und Autoren verfasste 38 Kapitel verteilt sind. Schon die sections lassen nicht mehr immer ein klares inhaltliches Profil erkennen, was vor allem daran liegen wird, dass die Einzelkapitel ausgesprochen heterogene Fragen behandeln, die für sich genommen interessant sein mögen, sich aber einer einfachen und klaren Strukturierung, wie sie sich die beiden Herausgeberinnen wohl gewünscht haben, entziehen. Im Mittelpunkt von *Transnational Labour Law as Law* stehen in der ersten section ausweislich des Titels Methodenfragen, doch wäre es falsch zu glauben, dass dann eine umfassende Methodenanalyse folgt und es ist auch nicht sicher, ob es sich überhaupt immer um Methodenfragen im klassischen Sinn handelt, wenn *Sukthankar* auf den S. 37 ff. etwa von der rechtlichen Bedeutung internationaler Rahmenvereinbarungen berichtet oder *Martin* corporate governance Strukturen darstellt (S. 51 ff.). *Barenberg* dann aber wendet sich sog. labour indicators zu, mit denen verschiedene Institutionen die Einhaltung des Arbeitsrechts messen (S. 76 ff.). In eine ähnliche Richtung zielt der Beitrag von *Trebilcock* ab S. 93, in dem die Möglichkeiten einer due diligence des Einhaltens von Menschenrechten durch Unternehmen und der Auswirkung von Unternehmensverhalten auf Menschenrechte untersucht werden. Wenn sich *Boisson de Chazournes* auf S. 65 ff. mit einem dialogic approach auseinandersetzt, wird deutlich, dass es nicht nur um die Methode der Wissenschaft des transnational labour law, sondern auch um die Methode geht, mit der dieses Recht entsteht und gestaltet wird. Was man sich hier gewünscht hätte, wäre eine am besten offensive Auseinandersetzung mit der Frage der rechtlichen Verbindlichkeit, die sich möglicherweise offen zur überwiegenden Unverbindlichkeit bekennt und darlegt, wie die entsprechenden Regeln denn stattdessen wirken und durchgesetzt werden können. Die zweite section hat schon im Titel keinen klaren Gegenstand mehr, weil in ihr so unterschiedliche Fra-

gen wie Eurokrise, die Haltung des Währungsfonds zum Arbeitsrecht, Rassismus und die Regulierung von Arbeitsmigration sowie Chinas Herausforderungen im Arbeitsrecht zusammengefasst werden. Im weiteren Verlauf des Sammelbandes wird die Heterogenität der Beiträge und die darauf beruhende Schwierigkeit der Strukturierung durch Überschriften mit einzelnen Ausnahmen wie der dritten section des zweiten Hauptabschnitts, in der die IAO betreffende Fragen zusammengefasst werden, immer deutlicher. Kurzum: Wer wissen möchte, was in dem von *Blackett* und *Trebilcock* herausgegebenen Handbuch behandelt wird, muss sich an den Titeln der einzelnen 38 Beiträge orientieren. Sie hier alle aufzulisten, ist schon aus Raumgründen nicht möglich. Der Sammelband geht in der Breite weit über *Ojeda-Avilés* Monographie hinaus und spricht so vielfältige Themen an, dass er der Endlosigkeit des Begriffes des transnationalen Arbeitsrechts noch besser entspricht.

II. Antonio Ojeda-Avilés Transnational Labour Law

Ojeda-Avilés hat 2013 in Spanien eine Monographie mit dem Titel »*Derecho Transnacional del Trabajo*« veröffentlicht. Nur in der Titelei seines *Transnational Labour Law* wird das Copyright für den Verlag auf die englische Übersetzung bezogen. Weder im Geleitwort von *Hepple*, noch im eigenen Vorwort von *Ojeda-Avilés* oder an anderer Stelle wird soweit ersichtlich auf diesen Umstand hingewiesen. Unklar ist damit auch, wer ggfs. übersetzt hat. Weil das dem Verfasser dieser Zeilen nicht vorliegende spanischsprachige Werk 383 Seiten umfassen soll, während die besprochene Monographie nur 320 Seiten stark ist, könnte es sich darüber hinaus um eine gestraffte und möglicherweise auch sonst überarbeitete Fassung handeln. Allerdings wird nur die Brüssel I-VO zur internationalen Zuständigkeit behandelt, obwohl die Brüssel I-VO aus dem Jahre 2012 stammt, auch wenn sie erst zum 10. Januar 2015 in Kraft getreten ist. Dieser Umstand spricht eher gegen eine Aktualisierung. Etwas mehr Transparenz in diesem Punkt wäre wünschenswert, zumal die Übersetzung nicht immer gelungen ist, möglicherweise aber auch die Begriffe selbst vom Autor bereits im Original nicht immer treffend verwendet werden. So wird der deutsche kollisionsrechtliche Terminus der »Ausstrah-

lung« zu »Strahlung«, was dann wiederum mit »irradiation« übersetzt wird (S. 39).

Es handelt sich um ein Buch ohne Fußnoten oder Nachweise im Text, bei dem auch Gesetze, Richtlinien und Entscheidungen (wenn überhaupt) nur nach Nummer zitiert werden. Weil gleichzeitig eine Bibliographie abgedruckt wird (S. 301–308), lässt sich nicht sicher beurteilen, ob die dort aufgeführten Veröffentlichungen verarbeitet wurden, ob es sich um weiterführende Hinweise handelt oder ob es von beidem etwas ist. Nimmt man hinzu, welche Themenfülle auf den 300 Seiten Text behandelt wird, weiß man bereits nach einem flüchtigen Durchblättern, was eigentlich nicht erwartet werden kann: fundierte rechtliche Analysen. Was sich stattdessen findet, ist nicht einfach zu beschreiben. In weiten Teilen handelt es sich um eine recht unglückliche Mischung von Angaben, die sich eigentlich nur an Neulinge richten können, weil sie bei gewissen und teilweise auch bei nur geringsten Vorkenntnissen überflüssig sind. Beispiele über das Buch verteilt sind: Erörterung des Verhältnisses von nationalem zu vereinheitlichtem Kollisionsrecht; Allgemeinplätze zu Grundlagen der internationalen Zuständigkeit, zur grundsätzlichen Natur von universellen, regionalen und EU-Normen, zum unionsrechtlichen Arbeitsrecht, zur Nichtdiskriminierung im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit, zur Arbeitnehmerbeteiligung und zur Unternehmensmitbestimmung in der *Societas Europaea*. Für Anfänger ist das Buch aber dann gerade nicht geeignet, weil die jeweils knappen Ausführungen kaum über eine einfache Beschreibung ohne jeden Tiefgang hinausgehen, nicht nur vereinzelt noch nicht einmal die entsprechenden normativen Grundlagen nennen (siehe etwa die Beschreibung des Zuständigkeitssystems der Brüssel I-VO in Arbeitssachen, S. 60 f.; die Passagen zur Entsenderichtlinie im System der Grundfreiheiten, S. 72 ff.; die anderthalb Seiten zum Koordinierungsrecht der Sozialversicherung in VO 883/2004 und den einen neunzeiligen Absatz zu *labour clauses* in Abkommen der WTO auf S. 108) oder ein unvollständiges Bild vermitteln (Beschreibung der Rom I-VO, bei der Art. 9 nur einmal auf S. 66 oben fälschlicherweise als Tippfehler anstelle von Art. 8, als solcher aber nicht genannt wird, die Entsenderichtlinie aber doch; bei den Rechtsfolgen eines Betriebsübergangs auf den S. 187 ff. etwa fehlt die der Rs. *Alemo-Herron* zugrundeliegende Problematik). So wird kein Zugang zu den jeweiligen Materien eröffnet. An einigen Stellen geht *Ojeda-Avilés* dann doch etwas in die Tiefe. Beispielfhaft genannt

seien S. 69 ff. zu dem die Anknüpfung einzelner Fragen eines grenzüberschreitenden Arbeitskampfs regelnden Art. 9 Rom II-VO; S. 103 ff. zu Fragen der in IAO-Übereinkommen verwendeten Rechtstechnik; der Abschnitt zur Massenentlassungsrichtlinie auf S. 170 ff. sowie zur Richtlinie über europäische Betriebsräte auf S. 212 ff.; ferner teilweise die Angaben zu sog. transnationalen Kollektivverhandlungen ab S. 227; ob hier der soziale Dialog der Art. 154 f. AEUV systematisch hingehört, ist dann angesichts seiner Verzahnung mit dem Richtliniengabungsverfahren aber zweifelhaft. Selbst dort freilich, wo *Ojeda-Avilés* nicht an der Oberfläche verharret, ist es keinesfalls so, dass ein mit den Materien über deutschsprachige Literatur auch nur einigermaßen vertrauter Leser wirklich Neues erfährt. Zum Vergleich mit seinen Passagen zur Praxis grenzüberschreitender Arbeitskämpfe nehme man nur beispielhaft und ohne Anspruch auf Vollständigkeit *Birks* Rechtmäßigkeit gewerkschaftlicher Unterstützungsmaßnahmen von 1978³ oder *Hergenröders* Arbeitskampf mit Auslandsberührung aus dem Jahre 1987⁴ zur Hand.

Der Zweck, ein solches Buch zu veröffentlichen, kann eigentlich nur darin liegen, die Zusammenstellung der Themen in die wissenschaftliche Diskussion einzubringen. Allerdings entwickelt *Ojeda-Avilés* etwa zum Ende seines Werks keine Gesamtbetrachtung und unternimmt auch nicht den Versuch, Gedankenlinien und -strukturen zu identifizieren, sondern hört mit der letzten Zeile im letzten Kapitel zu *corporate social responsibility* und *codes of conduct* einfach auf. Man bleibt daher etwas ratlos zurück.

III. *Adelle Blacketts* und *Anne Trebilcocks* **Research Handbook on Transnational Labour Law**

Anders stellt es sich bei dem von *Blackett* und *Trebilcock* herausgegebenen Sammelband dar. Auch bei diesem Buch darf man freilich nicht Rechtswissenschaft und Dogmatik nach deutschem Muster erwarten. Es handelt sich vielmehr um eine Sammlung aus Überlegungen zu Einzelproblemen oder -phänomenen, die zwar aus der Feder von Juristinnen und Juristen stammen, die ihren Gegenstand dann aber kaum juristisch untersuchen, sondern entweder auch und teilweise ganz überwiegend aus der Perspektive eines nicht immer ganz klar definierten Gemi-

sches von Nachbarwissenschaften betrachten, oder die allein deskriptiver Natur sind. Im vorliegenden Kontext hat eine solche Vorgehensweise aber durchaus eine gewisse Berechtigung. Beim Stand der derzeitigen Forschung geht es nämlich vielfach noch um das schlichte Erfassen und Verstehen bestimmter Erscheinungen, das Formulieren und Erkennen von Fragen, das Entwickeln erster Lösungsansätze; selbst dann, wenn es dem äußeren Anschein nach um rechtliche Regeln oder Institute geht, fehlt diesen häufig wie erwähnt eine rechtliche Verbindlichkeit im klassischen Sinn. Das, was derzeit geleistet werden kann, meistern die Autorinnen und Autoren der Beiträge ganz überwiegend mit Bravour und die Herausgeberinnen haben dafür gesorgt, dass eine beeindruckende Breite an Themen behandelt wird, deren Lektüre beinahe durchgängig neues Hintergrundwissen vermittelt. Nur beispielhaft seien hervorgehoben: *Eberts* Untersuchung zur Haltung des Internationalen Währungsfonds zum Arbeitsrecht im Rahmen seiner Strukturanpassungsprogramme (S. 124 ff.); die Schilderung von *Bellace* ab S. 181, ob IAO-Übereinkommen Nr. 87 das Streikrecht erfasst – ein altes, durch die Arbeitgeberseite 2012 erneut aufgeworfenes Problem; sicherlich auch *Blacketts* Darlegungen zu *domestic work* mit besonderem Augenmerk auf die Arbeiten der IAO sowie vor allem eines französischen Tarifvertrags zu dieser Form der Arbeitserbringung; darüber hinaus *Belle Antoinettes* Beitrag über arbeitsrechtliche Rechte der hier vergleichsweise unbekannteren Inter-Amerikanischen Menschenrechtskonvention und die Möglichkeiten ihrer Durchsetzung (S. 284 ff.); *La Hovarys* Darstellung der Überwachungsorgane der IAO und der Wirkung/rechtlichen Qualität der Sprüche dieser Organe, erneut vor dem Hintergrund des bereits erwähnten Vorstoßes der Arbeitgeberseite im Jahre 2012, die Garantie des Streikrechts in IAO-Übereinkommen Nr. 87 in Frage zu stellen (S. 316 ff.); die sich daran anschließende Beschreibung *Dillers* der Zuhilfenahme von privaten Akteuren durch die IAO anhand von Beispielen in Kambodscha und Bangladesch; schließlich *Alberstons* und *Compas* Untersuchung des *trade-labour link* in den Handelsabkommen mit Mexiko – hierzu allerdings wenig Neues – und vor allem mit weiteren lateinamerikanischen Ländern (S. 474 ff.).

³ S. 127 ff.

⁴ Insbesondere S. 275 ff.

Wenn man etwas kritisieren kann, dann am ehesten, dass manche der Beiträge zu kurz für die behandelte Problematik sind; die Kürze wird eine Vorgabe der Herausgeberinnen sein (was etwa auch der zweite Satz in der Sternchen-Fußnote im Beitrag von *Maupain* auf S. 301 nahelegt), die damit Themenbreite einer Vertiefung vorgezogen haben. Darüber hinaus wäre es schon möglich gewesen, die bloße Beschreibung von Strukturen und Erscheinungen durch eine rechtliche Analyse zu ergänzen und sei es nur – im vorliegenden Kontext in besonderem Maße nahliegend – nach der internationalen Zuständigkeit und dem anwendbaren Recht zu fragen; das Arbeitskollisionsrecht der Europäischen Union wird von *van Hoek* ab S. 438 zwar sehr ansprechend in einem eigenen Beitrag thematisiert, doch fehlt hier dann der Bezug zu konkreten Einzelfragen. Bei denjenigen Abhandlungen, die zwar von Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftlern verfasst sind, die aber eine sozialwissenschaftliche oder ökonomische Betrachtung durchführen, bleibt zudem stets die Frage zurück, wie wissenschaftlich fundiert diese Gedanken eigentlich sind (dies insbesondere zu *Adams/Deakin*, S. 111 ff., über die Eurokrise).

IV. Fazit

Im Vergleich mit dem Sammelband von *Blackett* und *Trebilcock* verblasst *Ojeda-Avilés* Transnational Labour Law noch etwas mehr, wobei auch der Sammelband vor allem deshalb den Titel des *Research Handbook* zu Recht trägt, weil er wertvolles, in dieser Form wissenschaftlich nicht oder nur schwer zugängliches Material liefert; einen eigenen *research* findet man dann doch etwas zu wenig, doch mag

dies auch auf eine bewusste Entscheidung der Herausgeberinnen zugunsten der Behandlung möglichst vieler Themen zurückzuführen sein.

Fragt man sich nach Lektüre der beiden Bücher, was transnationales Arbeitsrecht ist, ist man nicht viel schlauer als zu Beginn. Einen ganz klaren Schwerpunkt bilden Institution und Handeln der IAO sowie sonstiges universelles und regionales Arbeitsvölkerrecht. *Ojeda-Avilés* setzt einen klareren weiteren Akzent beim Kollisionsrecht und dem internationalen Zivilprozessrecht, während in beiden Werken ausgerechnet das Handeln privater Akteure etwas an den Rand gedrängt wird, obwohl dieses doch einer der wesentlichen Bausteine auf dem Weg von »international« zu »transnational« sein soll; *Blackett* und *Trebilcock* gehen in den Beiträgen von *Kolben* (S. 361 ff.) und *Dumas* (S. 374 ff.) immerhin über die sog. Rahmenvereinbarungen hinaus. Beide Bücher belegen letztlich damit auch Weite und Beliebigkeit dieses Begriffs. Weil sie zudem jeweils auf ihre Art theoretische Tiefe meiden, entwickeln sie auch kein dogmatisches Instrumentarium, mit dem sich die Konturen des Begriffs schärfen ließen. Zuletzt sei noch angemerkt, dass bei *Blackett* und *Trebilcock* nicht englischsprachige Literatur selten verarbeitet wurde und wenn, dann vor allem in den Beiträgen nicht angelsächsischer Autorinnen und Autoren. Selbst bei letzteren findet man ausgesprochen selten Literatur aus weiteren Ländern; eine Ausnahme ist der bereits erwähnte Beitrag von *van Hoek* zum unionsrechtlichen Arbeitskollisionsrecht. Der Forschungsgegenstand mag »transnational« sein, die Literaturlauswertung ist weit von einer Sprachgrenzen überschreitenden Betrachtung entfernt.

Prof. Dr. Sebastian Krebber, LL.M.,
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg


Zusammenfassungen

Koch: Die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG im Bereich der betrieblichen Lohngestaltung – Teil 1

 SR 4/2016, S. 131–142


Im ersten Teil seiner Untersuchung erörtert der Autor den Inhalt und Gegenstand des Mitbestimmungsrechts aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, sein Verhältnis zum Gesetz- und Tarifvorbehalt sowie die sich für Betriebsrat und Arbeitnehmer ergebenden Ansprüche. Er beleuchtet dabei *va. den Wandel in der Rechtsprechung*. Der zweite Teil des Artikels erscheint voraussichtlich in der Ausgabe 2/17.

Liebman: U.S. Trade Unions and German Subsidiaries

 SR 4/2016, S. 143–157

Die Autorin untersucht anhand mehrerer konkreter Beispiele die Praxis deutscher Tochterunternehmen in den USA hinsichtlich der kollektiven Regelung der Arbeitsbedingungen. Dabei erläutert sie auch grundsätzlich das System der kollektiven Arbeitsbeziehungen in den USA und die signifikanten Unterschiede zwischen den einzelnen Bundesstaaten im Norden und Süden.


Temming: Systemverschiebungen durch den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff – Entwicklungen, Herausforderungen und Perspektiven

 SR 4/2016, S. 158–168

Der Beitrag beleuchtet die fundamentale Bedeutung und den Wandel des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs. Er konstatiert ein ausgesprochen breites Begriffsverständnis des EuGH sowohl in Bezug auf den primär- wie auch den sekundärrechtlichen Arbeitnehmerbegriff, das erheblich vom deutschen Arbeitnehmerbegriff abweicht.


Abstracts

Koch: Co-decision of the Works Council according to § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG with regard to a Plant Related Wage Policy – Part 1

 SR 4/2016, pp. 131–142


In the first part of his article the author analyses the content and subject of the right to co-determination in § 87 para. 1 No. 10 BetrVG, its relationship to the primacy of statutory norms and norms of collective agreements concluded by unions as well as the claims of works councils and workers. He especially examines the changes in case-law. The second part is expected to be published in issue 2/17.

Liebman: U.S. Trade Unions and German Subsidiaries

 SR 4/2016, pp. 143–157

Using concrete examples, the author examines the behavior of German subsidiaries in the USA with regard to the social dialogue. She explains the foundations of the social dialogue in the USA and the significant differences between the different federal states especially in the north and the south.

Temming: Systematical Shifts via the Definition of Employee – Developments, Challenges and Perspectives

 SR 4/2016, pp. 158–168

The article highlights the fundamental importance and the changes in the definition of the employee in EU law. It detects a remarkably wide understanding of the concept by the ECJ with regard to primary as well as secondary EU law, which significantly deviates from the German concept of the employee.

Vorschau | In einer der nächsten Ausgaben von »Soziales Recht« werden Sie voraussichtlich lesen:

Abhandlungen

- *Stein Evju: Die Auswirkungen der Rechtsprechung des EGMR zum Streikrecht in Deutschland, Großbritannien und Norwegen*
- *Eberhard Eichenhofer: Juristen und Sozialstaat in der Weimarer Republik*

Rezensionsaufsatz

- Felipe Temming, *Der vertragsbeherrschende Dritte* (Frank Bayreuther)