DeutscherAnwaltVerein

Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Arbeitsrecht

zu dem Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1152 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen in der Europäischen Union im Bereich des Zivilrechts

Stellungnahme Nr.: 5/2022 Berlin, im Februar 2022

Mitglieder des Ausschusses Arbeitsrecht

- Rechtsanwältin Dr. Nathalie Oberthür, Köln (Vorsitzende und Berichterstatterin)
- Rechtsanwalt Dr. Christian Arnold, Stuttgart
- Rechtsanwältin Regina Bell, München
- Rechtsanwältin Dr. Susanne Clemenz, Gütersloh (Berichterstatterin)
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Björn Gaul, Köln
- Rechtsanwalt Roland Gross, Leipzig
- Rechtsanwalt Jürgen Markowski, Offenburg
- Rechtsanwalt Benja Mausner, Stuttgart
- Rechtsanwalt Dr. Thomas Müller-Bonanni, Düsseldorf
- Rechtsanwältin Dr. Barbara Reinhard, Frankfurt am Main
- Rechtsanwältin Dr. Ulrike Schweibert, Frankfurt am Main
- Rechtsanwalt Dr. Uwe Silberberger, Düsseldorf

Zuständig in der DAV-Geschäftsstelle

- Rechtsanwalt Max Gröning

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel
Rue Joseph II 40, Boîte 7B
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
EU-Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

www.anwaltverein.de

Verteiler

- Bundesministerium für Arbeit und Soziales
- Bundesministerium der Justiz
- Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz

- Ausschuss für Arbeit und Soziales im Deutschen Bundestag
- Ausschuss für Recht im Deutschen Bundestag
- Ausschuss für Wirtschaft im Deutschen Bundestag
- Arbeitsgruppen Recht der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien
- Arbeitsgruppen Arbeit und Soziales der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien
- Arbeitsgruppen Wirtschaft der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien

- Justizministerien und -senatsverwaltungen der Länder
- Arbeitsministerien und -senatsverwaltungen der Länder

- Bundesarbeitsgericht
- Landesarbeitsgerichte

- Europäische Kommission – Vertretung in Deutschland
- Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI)
- Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA)
- Ver.di, Recht und Politik
- Deutscher Gewerkschaftsbund (DGB)
- Bundesverband der Arbeitsrechtler in Unternehmen
- Bund der Richterinnen und Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit
- Arbeitsgerichtsverband
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Rechtsanwaltskammern
- Bundesnotarkammer
- Bundesverband der Freien Berufe
- Deutscher Richterbund
- Deutscher Notarverein e.V.
- Deutscher Steuerberaterverband

- DAV-Vorstand und Geschäftsführung
- Vorsitzende der DAV-Gesetzgebungs- und Geschäftsführenden Ausschüsse des DAV
- Vorsitzende der DAV-Landesverbände
- Vorsitzender des FORUM Junge Anwaltschaft

Presse
- Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)
- Zeitschrift Recht der Arbeit
- Zeitschrift Arbeitsrechtliche Entscheidungen (AE)
- Redaktion Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ)
- Süddeutsche Zeitung
- Juve Verlag
- Juris Newsletter
- Der Tagesspiegel

- Der Spiegel
- Legal tribune online
- NJW
- Netzpolitik.org

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV versammelt mehr als 61.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Anwaltsnotarinnen und Anwaltsnotare, die in 252 lokalen Anwaltvereinen im In- und Ausland organisiert sind. Er vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Zusammenfassung

Mit der Richtlinie (EU) 2019/1152 vom 20.06.2019 wurde die Richtlinie 91/533/EWG (Nachweisrichtlinie) aufgehoben. Im Erwägungsgrund (EG) 51 wird darauf hingewiesen, dass es angesichts der erheblichen Änderungen hinsichtlich des Zwecks, des Anwendungsbereichs und des Inhalts nicht angezeigt sei, die vormalige Richtlinie (nur) zu ändern. Mit dem Gesetzentwurf sollen nun die Vorgaben der Richtlinie (EU) 2019/1152 unter Wahrung der Umsetzungsfrist zum 01.08.2022 umgesetzt werden. Der DAV begrüßt die fristgerechte Umsetzung der Richtlinie, sieht an einigen Stellen allerdings noch Anpassungsbedarf.

1. Arbeitnehmerbegriff

Die Richtlinie gilt gemäß Art. 1 Abs. 2 RL „für jeden Arbeitnehmer in der Union, der nach den Rechtsvorschriften, Kollektiv- bzw. Tarifverträgen oder Gepflogenheiten in dem jeweiligen Mitgliedstaat einen Arbeitsvertrag hat oder in einem Arbeitsverhältnis steht, wobei die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu berücksichtigen ist“. In Erwägungsgrund (EG) 8 wird darauf hingewiesen, dass der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung Kriterien für die Feststellung des Status eines Arbeitnehmers aufgestellt hat, die bei der Umsetzung der Richtlinie berücksichtigt werden sollten. Diese mittlerweile in Richtlinien verbreitete Definition des Arbeitnehmers scheint sich auf den ersten Blick auf den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff, der demjenigen des nationalen Rechts nicht uneingeschränkt entspricht, sondern bspw. auch GmbH-Geschäftsführer und andere Berufsgruppen erfassen kann, zu beziehen. Die Umsetzung der Vorgaben der Richtlinie durch den vorliegenden Entwurf begrenzt auf das nationale Arbeitsrecht wäre dann nicht vollständig. Allerdings gab es im Vorfeld der Verabschiedung der Richtlinie gerade zu der Frage, ob der Begriff des

Arbeitsverhältnisses unionsrechtlich zu verstehen oder dem der Mitgliedsstaaten folgen solle, erhebliche Differenzen. Die Bundesrepublik Deutschland gab bei der Verabschiedung im Rat zu Protokoll, dass der Begriff des Arbeitsverhältnisses nicht unionsweit einheitlich auszulegen, es vielmehr Sache der Mitgliedstaaten sei, den Anwendungsbereich der Richtlinie zu definieren (Ratsdokument 9327/19, ADD v. 29.5.2019). Die Erklärung lautet wörtlich:

„Die Bundesrepublik Deutschland (“Deutschland”) erklärt zum Anwendungsbereich der Richtlinie über transparente und verlässliche Arbeitsbedingungen in der Europäischen Union („Richtlinie“): Für den Anwendungsbereich der Richtlinie ist die Definition des Arbeitsverhältnisses bzw. Arbeitsvertrages entscheidend. Deutschland hat sich gemeinsam mit etlichen anderen Mitgliedstaaten während der Verhandlungen dafür eingesetzt, dass hierzu auf das nationale Recht der Mitgliedstaaten verwiesen wird. Die Richtlinie berührt den Kernbereich des Individualarbeitsrechts. Hier gibt es in den Mitgliedstaaten traditionell gewachsene Grundstrukturen, zu denen insbesondere die Definition des Arbeitsverhältnisses, auch in Abgrenzung zu anderen Rechtsverhältnissen, zählt. Ein Verweis auf das nationale Recht findet sich nun in Artikel 1 Absatz 2 der Richtlinie. Hieraus ergibt sich, dass in erster Linie die Mitgliedstaaten das Arbeitsverhältnis und damit den Anwendungsbereich der Richtlinie entsprechend ihren jeweiligen nationalen Regelungen definieren. Der Hinweis auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in Artikel 1 Absatz 2 der Richtlinie verweist aus Sicht Deutschlands auf dessen Rechtsprechung zur Sicherstellung der Wirksamkeit von Richtlinien. Nach dieser Rechtsprechung definieren in erster Linie die Mitgliedstaaten das Arbeitsverhältnis, wenn die betreffende Richtlinie auf das nationale Recht verweist. Dieses Ermessen ist dadurch begrenzt, dass die Mitgliedstaaten bestimmte Personalkategorien nicht willkürlich ausnehmen dürfen. Dies prüft der EuGH in jedem Einzelfall gesondert anhand des Zwecks der jeweiligen Richtlinie. Der Hinweis in Artikel 1 Absatz 2 der Richtlinie führt nicht dazu, dass der Begriff des Arbeitsverhältnisses unionsweit einheitlich auszulegen ist. Anderenfalls würde der Verweis auf das nationale Recht ins Leere laufen. Dies ergibt sich auch daraus, dass die Gewährleistung einer einheitlichen Implementierung aus dem entsprechenden Erwägungsgrund gestrichen wurde.“

Der Gesetzentwurf greift dieses Verständnis auf, indem die Bestimmungen der Richtlinie nur für Arbeitnehmer im Sinne des nationalen Rechts umgesetzt werden sollen. Allerdings hat der Europäische Gerichtshof, der gem. Art. 267 Abs. 1 AEUV über die Auslegung der Richtlinie zu entscheiden hat, schon einmal über die Durchführung einer Willkürkontrolle hinaus den Arbeitnehmerbegriff einer Richtlinie ungeachtet des darin enthaltenen Verweises auf das nationale Recht unionsrechtlich ausgelegt (EuGH vom 17.11.2016 – C-216/15, Ruhrlandklinik). Sollte deshalb nach Auffassung des EuGH der Arbeitnehmerbegriff auch dieser Richtlinie unionsrechtlich definiert sein, wäre der Arbeitnehmerbegriff im nationalen Recht im Anwendungsbereich der Richtlinie dementsprechend unionsrechtskonform auszulegen.

2. Erweiterung des Katalogs der nachzuweisenden Vertragsbedingungen

In enger Umsetzung der Richtlinie wird der bisher im Nachweisgesetz vorgesehene Katalog der mindestens nachzuweisenden Arbeitsbedingungen erweitert, wobei der Entwurf nun – richtlinienkonform – keine Ausnahmeregelung für vorübergehende Aushilfsarbeitsverhältnisse von höchstens einem Monat mehr vorsieht.

a) Dauer der Probezeit

Neu nachzuweisen sind nach dem Entwurf die Dauer und die Bedingungen einer etwaig vereinbarten Probezeit. Dies erscheint auf den ersten Blick unproblematisch, könnte aber problematisch werden, wenn der Begriff der Probezeit in der Richtlinie anders gemeint sein sollte als im nationalen Recht (dazu unten Ziffer 6).

b) Ruhepausen und Ruhezeiten

Der Entwurf sieht vor, dass neben der Angabe der vereinbarten Arbeitszeit nun auch Angaben über vereinbarte Ruhepausen und Ruhezeiten erfolgen müssen. Der Gesetzesbegründung ist nicht zu entnehmen, ob damit nur arbeitsvertraglich „vereinbarte“ oder auch die gesetzlichen Ruhezeiten gemeint sind. Die Richtlinie enthält insoweit keine Auslegungshilfen, der Entwurf geht mit dieser Regelung vielmehr über die unionsrechtlichen Vorgaben hinaus, die bei vorhersehbarer Arbeitszeit nur die Angabe der Länge des Standardarbeitstages bzw. der

Standardarbeitswoche verlangen. Damit stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber nun im Rahmen des Arbeitsvertrages die Regelungen des ArbZG wiedergeben und konkret erläutern, oder ob lediglich das betriebliche Arbeitszeitsystem mitgeteilt werden muss. Insoweit wäre eine gesetzliche Klarstellung wünschenswert. Alternativ sollte überlegt werden, auf die Pflicht zur Angabe von Ruhepausen und Ruhezeiten zu verzichten, weil sie nach Dauer und Lage ständigen Veränderungen unterworfen sind, so dass eine Angabe hierzu im Arbeitsvertrag gar nicht erfolgen kann. Die Hinweise des Arbeitgebers würden sich damit im Zweifel auf die Wiedergabe der gesetzlichen Rahmenvorgaben beschränken.

c) Verfahren bei Kündigung

Bisher mussten Arbeitnehmer nur über die Fristen für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses unterrichtet werden. Nun sieht der Gesetzentwurf vor, dass „über das bei der Kündigung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer einzuhaltende Verfahren, mindestens das Erfordernis der Schriftform der Kündigung und die Fristen für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses, sowie die Frist zur Erhebung einer Kündigungsschutzklage“ zu unterrichten ist. Art.4 Abs.1 lit. j) der Richtlinie verlangt die Unterrichtung über „das bei der Kündigung des Arbeitsverhältnisses vom Arbeitgeber und vom Arbeitnehmer einzuhaltende Verfahren, einschließlich der formellen Anforderungen und der Länge der Kündigungsfristen, oder, falls die Kündigungsfristen zum Zeitpunkt der Unterrichtung nicht angegeben werden können, die Modalitäten der Festsetzung der Kündigungsfristen“. Der Gesetzentwurf hält sich daher eng am Wortlaut der Richtlinie, wobei allerdings unklar bleibt, was mit dem „einzuhaltenden Verfahren“ gemeint ist. Im deutschen Arbeitsrecht ist der Ausspruch einer arbeitgeberseitigen Kündigung bekanntlich vielfältigen gesetzlichen Vorgaben unterworfen, die ihrerseits sehr unterschiedliche „Verfahren“ verlangen. Das beginnt mit kollektivrechtlichen Anhörungs- und Zustimmungsverfahren und findet seine Fortsetzung in diversen sonderkündigungsschutzrechtlichen Spezialregelungen, bis hin zum Massenentlassungskündigungsschutz. Das „Verfahren“ kann auch die Anhörung des Arbeitnehmers oder eine vorherige Abmahnung erfordern. Die Information über die notwendige Schriftform sowie die geltenden Kündigungs- und Klagefristen ist daher sicher leistbar. Angesichts der vielfältig denkbaren vom Arbeitgeber „im Fall der Fälle“ bei beabsichtigter Kündigung

einzuhaltenden Verfahren müsste aber, nimmt man die Vorgaben des Gesetzeswortlauts ernst, für alle denkbaren Konstellationen eine Art Kündigungsschutzkommentar gefertigt und dem Arbeitsvertrag beigefügt werden. Zwar erlaubt § 2 Abs. 4 NachweisG-E in Übereinstimmung mit der Richtlinie den Verweis auf die jeweilige gesetzliche Regelung; wenn diese konkret bezeichnet werden müsste, wäre daraus für die praktische Handhabbarkeit allerdings nicht viel gewonnen.

Der Gesetzgeber scheint das Problem zu sehen, indem er die Darstellung des Verfahrens dadurch begrenzt, dass „mindestens“ das Erfordernis der Schriftform der Kündigung, die Fristen für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses sowie die Frist zur Erhebung einer Kündigungsschutzklage in den Nachweis aufzunehmen ist. An dieser Begrenzung sollte unbedingt festgehalten werden. Andernfalls wäre der Gesetzgeber aufgefordert, nationale Vorlagen als Hilfestellung für Arbeitgeber zu entwickeln. Das entspräche Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie. Danach sollen die Mitgliedstaaten Vorlagen und Modelle für Dokumente bereitstellen, einschließlich gezielter und ausreichend umfangreicher Information über den geltenden Rechtsrahmen, um den Arbeitgebern zu helfen, die Informationen zeitnah zu erteilen (so ausdrücklich EG 25 der Richtlinie). Ein nach Vorstellung des Gesetzgebers dem geänderten Nachweisgesetz entsprechender Nachweis der Arbeitsbedingungen könnte von dem zuständigen Ministerium als Muster vorgelegt werden.

d) Verfahren bei Aufhebungsverträgen

Der Nachweis muss nach dem Gesetzentwurf lediglich Angaben zum Verfahren des Kündigungsausspruchs enthalten, nicht aber zu Verfahren bei anderweitiger Beendigung des Arbeitsverhältnisses, insbesondere durch Aufhebungsvertrag. Der Gesetzentwurf stimmt insoweit auf den ersten Blick mit den Vorgaben der Richtlinie überein. In anderen Sprachfassungen der Richtlinie wird allerdings nicht nur von der Kündigung des Arbeitsverhältnisses gesprochen, sondern allgemeiner von dessen Beendigung („where their employment relationship is terminated“; „en cas de cessation de leur relation de travail“). Bei diesem Verständnis müsste der Nachweis allgemein einen Hinweis auf das Verfahren bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses vorsehen (vgl. auch *Maul-Sartori*, NZA 2019, 1161), was bei Aufhebungsverträgen

insbesondere die Schriftform des § 623 BGB beinhalten würde. Da keiner der Sprachfassungen Vorrang gebührt, ist allerdings nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber die deutsche Sprachfassung heranzieht, solange nicht die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs eine andere Auslegung der Richtlinie vorgibt.

e) Bedingungen bei Entsendung

§ 2 Abs. 1 Nr. 4 NachweisG sah bislang in Übereinstimmung mit der Richtlinie vor, dass die Bedingungen „für die“ Rückkehr des Arbeitnehmers bezeichnet werden müssen. Dies beinhaltet auch die Angabe, aus welchen Gründen der Arbeitnehmer zurückgerufen werden kann. Der Gesetzentwurf sieht nunmehr vor, dass die Bedingungen „der“ Rückkehr genannt werden müssen; dies könnte so verstanden werden, dass nicht mehr die Voraussetzungen, sondern nur noch die Modalitäten der Rückkehr, etwa die Erstattung von Umzugskosten, gemeint sein könnte. Zur Klarstellung wird deshalb angeregt, die bisherige Formulierung beizubehalten.

3. Ausschluss der elektronischen Form

Obwohl Art. 3 ebenso wie EG 24 der Richtlinie die Übermittlung der erforderlichen Informationen ausdrücklich auch auf elektronischem Wege erlaubt, bleibt der deutsche Gesetzgeber – ohne jede Begründung – bei dem bereits jetzt in § 2 Abs. 1 NachweisG ausdrücklich angeordneten Verbot der elektronischen Übermittlung. Dies ist angesichts der Verbreitung digitaler Kommunikationsmittel nicht nachvollziehbar, insbesondere vor dem Hintergrund der zunehmenden Digitalisierung der Arbeit auch im Bereich der mobilen Arbeit und der Plattformarbeit. Hier besteht aus Sicht des DAV Nachbesserungsbedarf, die Übermittlung des Nachweises in Textform gegen Übermittlungsnachweis sollte zugelassen werden. Das beträfe dann auch spätere Änderungen der Arbeitsbedingungen.

4. Sanktionen

Art. 15 der Richtlinie verlangt, dass der Arbeitnehmer im Fall der Nachweispflichtverletzung entweder i.) in den Genuss günstiger Vermutungen kommt

(wobei EG 39 der Richtlinie vorsieht, dass dies die Vermutung umfassen sollte, dass der Arbeitnehmer ein unbefristetes Arbeitsverhältnis hat, dass es keine Probezeit gibt oder dass der Arbeitnehmer eine Vollzeitstelle innehat), oder ii.) bei einer zuständigen Stelle Beschwerde einreichen kann, um zeitnah und wirksam und angemessene Abhilfe zu erhalten. § 4 NachweisG-E sieht demgegenüber vor, dass eine Verletzung der Nachweispflicht als Ordnungswidrigkeit mit einem Bußgeld bewehrt werden kann; da durch das Bußgeld allerdings nur mittelbar Druck geschaffen, nicht aber unmittelbar Abhilfe geschaffen wird, dürfte dies zwar den Vorgaben von Art. 19 der Richtlinie (Sanktionen), nicht aber von Art. 15 der Richtlinie genügen. Soweit eine gesetzliche Vermutungswirkung nicht begründet werden soll, wäre im Folgenden von der Rechtsprechung zu entscheiden, ob nicht die bislang bereits zum Teil angenommenen Beweiserleichterungen (vgl. LAG Rheinland-Pfalz 02.04.2019 – 6 Sa 363/18) zu einer Beweislastumkehr weiter zu entwickeln sind.

5. Höchstdauer einer Probezeit

Die in den Nachweis aufzunehmende Probezeit darf nach Art. 8 der Richtlinie nicht länger als sechs Monate dauern. Bei befristeten Arbeitsverhältnissen muss die Probezeitdauer im Verhältnis zur erwarteten Dauer des Vertrages und der Art der Tätigkeit stehen, wobei EG 28 der Richtlinie darauf verweist, dass insbesondere bei befristeten Arbeitsverhältnissen von weniger als 12 Monaten die Angemessenheit der Probezeit festzustellen ist.

Der sechsmonatigen Höchstdauer der Probezeit wird durch § 622 Abs. 3 BGB, wonach die verkürzte Kündigungsfrist nur während der vereinbarten Probezeit, „längstens“ für die Dauer von sechs Monaten eingeräumt wird, Rechnung getragen. Für befristete Arbeitsverhältnisses sieht § 15 Abs. 3 TzBfG nach dem Gesetzentwurf künftig eine Prüfung der Angemessenheit der Probezeit vor.

Fraglich ist allerdings, ob damit die Vorgaben der Richtlinie ausreichend umgesetzt werden. Der Begriff der Probezeit wird im deutschen Recht dahingehend verstanden, dass er lediglich Auswirkungen auf die Dauer der Kündigungsfrist hat; ob ein inhaltlicher Grund für eine Kündigung vorliegen muss, ist von der Vereinbarung einer Probezeit unabhängig und hängt vielmehr von der Erfüllung der Wartezeit gem. § 1 Abs. 1 KSchG

ab. In anderen Rechtsordnungen bezeichnet die Probezeit demgegenüber den Zeitraum, innerhalb derer das Arbeitsverhältnis ohne inhaltliche oder verfahrensmäßige Beschränkung gekündigt werden kann; die Probezeit soll es nach diesem Verständnis dem Arbeitgeber ermöglichen, die Fähigkeiten des Arbeitnehmers bei der Arbeit zu bewerten, insbesondere im Hinblick auf seine Erfahrung, und dem Arbeitnehmer, zu beurteilen, ob die ausgeübte Tätigkeit für ihn geeignet ist (vgl. etwa die „période d`essai“ nach Art. L 1221-20 des französischen Code du Travail). Auch EG 27 der Richtlinie betont, dass die Probezeit es den Parteien des Arbeitsverhältnisses gestatten soll, zu überprüfen, ob der Arbeitnehmer und die Stelle, für die er eingestellt worden ist, miteinander vereinbar sind, und dem Arbeitnehmer zugleich begleitende Hilfe anzubieten. EG 28 verweist ergänzend darauf, dass in zahlreichen Mitgliedstaaten die Probezeiten zwischen drei und sechs Monate dauern. Dies legt nahe, dass der Begriff der Probezeit in der Richtlinie inhaltlich nicht dem deutschen Begriff der Probezeit entspricht, sondern dem der Wartezeit. Bei diesem Verständnis der Richtlinie wäre geboten, bei befristeten Arbeitsverhältnissen nicht die Dauer der Probezeit, sondern die der Wartezeit angemessen zu begrenzen (ebenso *Kreßel*, ZFA 2021, 312, 328). Das aber hätte zur Folge, dass bei Arbeitnehmern in einem befristeten Arbeitsverhältnis mit kurzer Vertragslaufzeit der Kündigungsschutz der §§ 1, 2 KSchG früher zur Anwendung käme als dies bei einem Arbeitnehmer in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis oder in einem Arbeitsverhältnis mit längerer Laufzeit der Fall wäre; dies könnte mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG problematisch sein. Darüber hinaus kann die angemessene Dauer der Probezeit im Hinblick auf die Art der im Arbeitsverhältnis zu erbringenden Tätigkeit nur einzelfallbezogen bewertet werden; dies ist in anderen europäischen Rechtsordnungen möglich, in denen erst die arbeitsvertragliche Vereinbarung der Probezeit den gesetzlichen Schutz vor ungerechtfertigter Kündigung zeitlich zurückdrängt, während in der deutschen Rechtsordnung die Wartezeit bereits gesetzlich festgelegt ist. Dies legt es nahe, wie auch in dem Gesetzentwurf vorgesehen, die Vorgaben der Richtlinie nur auf die von den Arbeitsvertragsparteien beeinflussbare Probezeit zu beziehen.

6. Mehrfachbeschäftigung

Art. 9 der Richtlinie sieht vor, dass ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer weder verbieten darf, außerhalb des mit ihm festgelegten Arbeitsplans ein Arbeitsverhältnis mit anderen Arbeitgebern aufzunehmen, noch ihn benachteiligen darf, falls er dies tut, wobei die

Mitgliedstaaten Bedingungen festlegen dürfen, bei deren Vorliegen die Arbeitgeber aus objektiven Gründen Unvereinbarkeitsbestimmungen anwenden dürfen, etwa aus Gründen der Gesundheit und der Sicherheit, zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen, der Integrität des öffentlichen Dienstes oder zur Vermeidung von Interessenkonflikten.

Inhaltlich entspricht dem die Rechtsprechung des BAG, nach der eine Nebentätigkeit nur dann untersagt werden darf, wenn sie betriebliche Interessen des Arbeitgebers beeinträchtigt (BAG vom 11.12.2001 – 9 AZR 464/99). Die Umsetzung von Unionsrecht bedarf allerdings der gesetzlichen Kodifikation, die Umsetzung durch Richterrecht genügt nicht. Insoweit regt der DAV an, eine entsprechende gesetzliche Regelung bspw. in die Gewerbeordnung aufzunehmen.

7. Kündigungsschutz und Beweislast

Art. 18 der Richtlinie sieht vor, dass Arbeitnehmer, die der Ansicht sind, dass ihnen aufgrund der Inanspruchnahme der in der Richtlinie vorgesehenen Rechte gekündigt worden ist oder dass sie deshalb Maßnahmen mit gleicher Wirkung ausgesetzt sind, vom Arbeitgeber verlangen können, dass er hinreichend genau bezeichnete Gründe für die Kündigung bzw. Maßnahme anführt und diese Gründe schriftlich darlegt. Die Mitgliedstaaten müssen zudem die erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um sicherzustellen, dass in Fällen, in denen ein Arbeitnehmer Tatsachen anführt, die darauf schließen lassen, dass eine Kündigung bzw. Maßnahme erfolgt ist, weil der Arbeitnehmer Rechte aus der Richtlinie in Anspruch genommen hat, der Arbeitgeber nachzuweisen hat, dass die Kündigung aus anderen Gründen erfolgt ist.

Beide Anforderungen werden von dem Gesetzentwurf nicht umgesetzt. Ein Begründungserfordernis für Kündigungen ist bislang nur bei außerordentlicher Kündigung gem. § 626 Abs. 3 Satz 2 BGB und im Hinblick auf die Sozialauswahl bei betriebsbedingter Kündigung gem. § 1 Abs. 3 Satz 1, 2. HS KSchG vorgesehen, eine Vermutungsregelung entsprechend § 22 AGG in Fällen des Richtlinienverstoßes gibt es ebenfalls nicht. Insoweit regt der DAV an, die Richtlinie vollständig umzusetzen.