

# Dagmar Schiek

## Die Hartz-Gesetze – EU-rechtliche Perspektiven

### I. Einführung

Die »Hartz-Gesetze« für »moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt« sind in der bereits vor ihrem Inkrafttreten entflammten umfangreichen Fachdiskussion auch unter EU-rechtlichen Gesichtspunkten kritisiert worden. Das bietet sich in der Tat an, scheinen doch Ziele wie »(weitere) Aufhebung des Dienstleistungsmonopols der Bundesanstalt für Arbeit« und »Deregulierung der Zulassung von Leiharbeit als prekäres Beschäftigungsverhältnis« dem Postulat eines »wettbewerbsmotivierten Arbeitsrechts« zu entsprechen, das einige Fachbuchautoren auch heute noch als oberstes Ziel der EU-Sozialpolitik sehen möchten.<sup>1</sup> Diese erste Vermutung passt allerdings nicht zum Inhalt der Diskussion: Da wird der Inhalt eines Legislativvorschlags der EU zur Gleichstellung der Leiharbeitnehmer mit ihren fest angestellten Kollegen noch vor jeder Beschlussfassung des Rates als »verfehlt« bekämpft<sup>2</sup> und nach Billigung dieses Vorhabens durch den Rat sicherheitshalber die Regelungskompetenz der EU in Fragen »Diskriminierung von Leiharbeitnehmern« bestritten.<sup>3</sup> Wenn nicht sicher ausgeschlossen werden kann, dass Teile der »Hartz-Regelungen« gemeinschaftsrechtswidrig sind, wird prophylaktisch »nachgewiesen«, dass das für deren Anwendung völlig irrelevant sei.<sup>4</sup> Sind die EU-Impulse für die Arbeitsmarktreformen also doch nicht ausschließlich wettbewerbsgesteuert? Dieser Frage geht die folgende Darstellung nach – und kommt zu differenzierten Ergebnissen. Den Anforderungen der Beschäftigungspolitischen Leitlinien und des Gender Mainstreaming Grundsatzes werden die »Hartz-Gesetze« trotz rhetorischer Akklamationen in beide Richtungen nur zum Teil gerecht; da beides jedoch eher in die Kategorie »soft law« gehört, führt dies nicht zu harten rechtlichen Konsequenzen. Den primärrechtlichen Rahmenvorgaben des Binnenmarktrechts für die Arbeitsmarktpolitik entsprechen die neuen Regelungen zum Teil besser als die alten. Inkompatibilitäten mit sozialpolitischen Richtlinien führen jedoch zur Gemeinschaftsrechtswidrigkeit einzelner Regelungsbereiche, was – entgegen der in Deutschland im Vordringen begriffenen Meinung – nach der neueren Rechtsprechung des EuGH auch zu harten rechtlichen Konsequenzen führt.

### II. Beschäftigungspolitische Leitlinien und Gender Mainstreaming

Die von der EU gesetzten Rahmenbedingungen, die die Hartz-Reformen zum Teil tragen, sind größtenteils in den Beschäftigungspolitischen Leitlinien enthalten, deren rechtliche Verbindlichkeit unmittelbar nicht gegeben ist (vgl. Art. 249 EG-V). Den-

<sup>1</sup> *Fuchs/Marhold*, Europäisches Arbeitsrecht 2001, S. 8–10; *Krimphove*, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2001, S. 10–12.

<sup>2</sup> *Picken*, ZfA 2002, 469, 501–503.

<sup>3</sup> *Rieble/Klebeck*, NZA 2003, 23.

<sup>4</sup> *Bauer*, NZA 2003, 30, 31; *Kerwer*, NZA 2002, 1316.

noch sind sie für die Mitgliedstaaten nicht bedeutungslos, sie sind gem. Art. 10 EG-V auch verpflichtet, den von der Gemeinschaft formulierten Politiken zur Durchsetzung zu verhelfen.

### *A. Beschäftigungspolitische Leitlinien – maßgeblicher Inhalt*

Die Beschäftigungspolitischen Leitlinien der EU stützen sich auf Art. 128 EG-V und dienen der Koordinierung der Beschäftigungspolitiken, der Förderung von Qualifizierung, Ausbildung und Anpassungsfähigkeit der Arbeitnehmer sowie der Arbeitsmärkte (Art. 125 EG-V) und einem hohen Beschäftigungsniveau (Art. 127 EG-V). Sie müssen sich an den Empfehlungen zu den Grundzügen der Wirtschaftspolitik gem. Art. 99 Abs. 2 EG-V ausrichten (Art. 128 Abs. 2 EG-V). Trotz dieser eher phantasie-losen primärrechtlichen Regelungen sind die Leitlinien seit ihrer ersten Verabschiedung im Jahre 2000 von ehrgeizigen sozialpolitischen Zielen geprägt, die im Rahmen des »Prozesses von Lissabon« seit 1997 erarbeitet wurden. Für das Jahr 2002 standen die »Investition in Menschen«, die »Bekämpfung der Ausgrenzung« sowie die Förderung der Chancengleichheit im Vordergrund – dies alles sollte der Förderung des europäischen Sozialmodells dienen. Allerdings wird dafür auch auf »weitere Strukturreformen zur Verbesserung der Arbeitsmarktfunktionen, Innovation und Wettbewerbsfähigkeit« abgestellt – neben der Schaffung eines aktiven Wohlfahrtsstaates.<sup>5</sup>

Der Schwerpunkt der »Verbesserung der Beschäftigungsfähigkeit« beinhaltet beinahe auch ein Programm für die »Hartz-Kommission«: Jugend- und Langzeitarbeitslosigkeit sind durch Instrumente der aktiven Arbeitsmarktpolitik zu bekämpfen, Sozialleistungs-, Steuer- und Ausbildungssysteme sind so anzupassen, dass sie aktiv zur Förderung der Beschäftigungsfähigkeit beitragen, sie sollen Anreize zur Arbeitsaufnahme bieten, die Mobilität aller Arbeitnehmer und insbesondere das aktive Altern fördern. Bei all dem sollen die Mitgliedstaaten sich auch die Bekämpfung von Diskriminierung zum Ziel setzen sowie aktive Maßnahmen zur Integration der von Ausgrenzung bedrohten Bevölkerungsgruppen in den Arbeitsmarkt entwickeln und ergreifen.

Der Schwerpunkt Entwicklung von Unternehmensgeist und Schaffung von Arbeitsplätzen stellt Ziele wie »Verringerung der Gemeinkosten«, Förderung der Aufnahme einer unternehmerischen Tätigkeit durch Beratung und finanzielle Unterstützung, Abbau von Hindernissen für die Erbringung von Dienstleistungen und Maßnahmen wie regionale und lokale Beschäftigungsinitiativen in den Vordergrund.

Im Schwerpunktbereich »Förderung der Anpassungsfähigkeit der Unternehmen und ihrer Beschäftigten« geht es einerseits um Flexibilisierung des Arbeitsverhältnisses, z. B. durch Teilzeitarbeit, andererseits aber um ein ausgewogenes Verhältnis von Flexibilität und Sicherheit sowie eine höhere Qualität der Arbeitsplätze.

Das Hartz-Konzept mit der stärkeren Gewichtung von Bildungsmaßnahmen und gezielterem Einsatz von Arbeitsvermittlung sowie der Flexibilisierung des Arbeitsrechts durch Legalisierung der Leiharbeit entspricht in groben Zügen der ersten Leitlinie. Allerdings widerspricht die tendenzielle Aussteuerung von älteren Arbeitnehmern aus dem Arbeitsmarkt durch Maßnahmen wie den Verzicht auf Bestandsschutz gerade für diese Gruppe dem Ziel, einen möglichst langen Verbleib im Erwerbsleben zu ermöglichen.

<sup>5</sup> ABl. EG 2002 L 60/60, S. 63 vor A.

Das Gebot des Gender Mainstreaming<sup>6</sup> ergibt sich als Rahmenvorgabe für die Beschäftigungspolitik der Mitgliedstaaten nicht nur aus den Beschäftigungspolitischen Leitlinien, sondern auch aus der Richtlinie 2002/73/EG.

Im Rahmen der Beschäftigungspolitischen Leitlinien ist die »Verstärkung der Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit von Frauen und Männern« ein gleichgewichtiger Regelungsbereich. Das Ziel, die Beschäftigungsquote von Frauen auf 60% bis zum Jahre 2010 anzuheben, von dem die Bundesrepublik weiter entfernt ist als andere Mitgliedstaaten, soll vor allem durch das Prinzip des »Gender Mainstreaming« in allen Bereichen erreicht werden. Darüber hinaus sind beratende Gleichstellungsstellen aufzubauen und spezifische Maßnahmen zu ergreifen, um den Grundsatz des gleichen Entgelts effektiv umzusetzen, Frauenfördermaßnahmen zum Abbau geschlechtsspezifischer Unterschiede in Betracht zu ziehen und Maßnahmen zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf für Frauen und Männer zu ergreifen.

Dieser Regelungsbereich ist in jüngster Zeit durch die Richtlinie 2002/78/EG<sup>7</sup> verstärkt worden, welche die Richtlinie 76/207/EWG, auch bekannt unter dem Namen Gleichbehandlungsrichtlinie, novelliert. Diese erhält einen neuen Artikel 1a, der die Mitgliedstaaten verpflichtet, das Prinzip des Gender Mainstreaming bei allen Gesetzgebungsvorhaben, die den Zugang zur Beschäftigung betreffen, anzuwenden.<sup>8</sup> Zwar ist die Änderungsrichtlinie gem. ihrem Artikel 2 erst bis 2. 10. 2005 umzusetzen. Den Verpflichtungen der Mitgliedstaaten aus Art. 10 widerspricht es jedoch, die Ziele bereits in Kraft getretener Richtlinien grob zu konterkarieren.<sup>9</sup>

Die »aktive Berücksichtigung des Ziels der Gleichstellung von Frauen und Männern« erfordert bei der Vorbereitung von Gesetzgebungsvorschlägen zweierlei: Zum einen müssen die Konsequenzen für die Beteiligung von Frauen an der Beschäftigung kompetent überprüft werden, zum anderen müssen, falls sich Negativaspekte ergeben, Gegenmaßnahmen ergriffen werden. Schon am ersten Element fehlte es im Gesetzgebungsverfahren: Die Gesetzesbegründung und andere Materialien weisen an keiner Stelle dezidiert aus, welcher Effekt der Maßnahmen auf die Erwerbsbeteiligung von Frauen erwartet wird. Das Gesetzgebungsverfahren wird den Anforderungen des Gender Mainstreaming Prinzips also nicht gerecht.

### C. Verletzung von »Soft-Law« bleibt EU-rechtlich wirkungslos

Allerdings sehen die Beschäftigungspolitischen Leitlinien keine Konsequenzen bei Nichteinhaltung vor. Ob die Vernachlässigung des Gender Mainstreaming Prinzips in einem Gesetzgebungsverfahren bereits als Torpedierung der Ziele der Richtlinie 2002/

<sup>6</sup> Zum Begriff des Gender Mainstreaming als politischer oder organisationssoziologischer Methode immer noch aktuell: *Stiegler*, Wie Gender in den Mainstream kommt: Konzepte, Argumente und Praxisbeispiele zur EU-Strategie des Gender Mainstreaming, Bonn 2000; aus rechtswissenschaftlicher Sicht *Koerber*, RdA 2002, 167 (zum Verhältnis von Gleichstellungsrecht und Gender Mainstreaming) sowie *Körner*, NZA 2002, 241 (zum JobAqtiv-Gesetz).

<sup>7</sup> ABl. EG 2002 L 269/15 vom 5. 10. 2002.

<sup>8</sup> Die neue Vorschrift lautet: »Die Mitgliedstaaten berücksichtigen aktiv das Ziel der Gleichstellung von Frauen und Männern bei der Formulierung und Umsetzung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften, Politiken und Tätigkeiten in den in Absatz 1 genannten Bereichen«. Die in Absatz 1 genannten Bereiche sind: Zugang zur Beschäftigung einschließlich des Aufstiegs, Zugang zur Berufsbildung, Arbeitsbedingungen, soziale Sicherheit.

<sup>9</sup> EuGH 18. 12. 1997, C-129/96 – Inter-Environnement Wallonie, Slg.1997, I-7411, Rn. 45 f.

73/EG im Sinne einer Vertragsverletzung betrachtet werden muss, ist sehr zweifelhaft. Die nur teilweise Vereinbarkeit der Hartz-Gesetze mit den genannten Prinzipien bleibt daher ohne rechtliche Konsequenz.

### III. Primärrechtliche Vorgaben

Die Beschäftigungspolitik ist gem. Art. 126 EG-V grundsätzlich Sache der Mitgliedstaaten, die bei deren Durchführung an primärrechtliche Vorgaben gebunden bleiben. Dabei ist insbesondere das Binnenmarktrecht maßgebend, ein Begriff, mit dem die Grundfreiheiten (vgl. Art. 14 EG-V) sowie das Wettbewerbsrecht (Art. 81–90 EG-V) zusammengefasst werden.<sup>10</sup>

Die Monopolisierung der Arbeitsvermittlung bei öffentlichen Anbietern ist vom EuGH bereits mehrfach als gemeinschaftsrechtswidrig angesehen worden.<sup>11</sup> Darüber hinaus steht der Gerichtshof der mit dem Arbeitsvermittlungsmonopol eng verbundenen Beschränkung der Arbeitnehmerüberlassung kritisch gegenüber: Nachdem er die Monopolstellung italienischer Hafengebäude bezüglich der Arbeitnehmerüberlassung im Hafen für gemeinschaftsrechtswidrig gehalten hat,<sup>12</sup> hat er in einer neueren Entscheidung die Ausgestaltung des Verbotes der Arbeitnehmerüberlassung im deutschen Baugewerbe als Verstoß gegen die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit angesehen.<sup>13</sup> Grund war in beiden Fällen, dass die grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung stärker eingeschränkt wurde als das zur Erreichung der mit dem Verbot erstrebten sozialpolitischen Ziele erforderlich war. Die frühere Regelung des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG sowie § 1 b Satz 2 AÜG wurde vor allem deswegen kritisiert, weil sie es den Bauunternehmen aus anderen Mitgliedstaaten praktisch unmöglich mache, von den Ausnahmen vom Verbot der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe zu profitieren. Sie wurden mit den Hartz-Gesetzen nun entsprechend der Vorgaben des EuGH umgestaltet.<sup>14</sup>

Darüber hinaus gebietet es die in Art. 49 EG-V garantierte Dienstleistungsfreiheit grundsätzlich, dass Leistungen EU-weit ausgeschrieben werden; einem öffentlichen Monopol dürfen sie nur unter den strengen Auflagen des Art. 86 Abs. 2 EG-V vorbehalten werden.<sup>15</sup> Die Hartz-Gesetze führen mit § 37c SGB III (neu) ein Ausschreibungsgebot für Fort- und Weiterbildungsangebote ein.<sup>16</sup> Dies kann als Umsetzung der Anforderung des Binnenmarktrechts begriffen werden, auch sozialpolitisch erwünschte Dienstleistungen dem Wettbewerb auszusetzen. Allerdings ermöglicht es Art. 86 Abs. 2 EG-V auch, das Angebot bestimmter sozialer Dienstleistungen dem Wettbewerb zu entziehen. Voraussetzung dafür ist, dass es sich um Leistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse handelt und dass die Anwendung der Vorschriften des EG-Vertrags die Erbringung dieser Leistungen voraussichtlich unmöglich macht. Sozialleistungen, wie z. B. die Arbeitsvermittlung oder Qualifizierung von Arbeitslosen, sind selbstverständlich Dienstleistungen im all-

<sup>10</sup> Vgl. *Müller-Graf*, EuR Beiheft 2/2002, S. 7 ff.

<sup>11</sup> Vgl. EuGH v. 23. 4. 1991, Rs C-41/90 (Höfner und Elser), Slg. 1991, I-147 zum Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit; EuGH 11. 12. 1997, Rs. C-55/96 (Job Centre II), Slg. 1997, I-7119 zum italienischen Monopol der Arbeitnehmerüberlassung.

<sup>12</sup> EuGH 12. 2. 1998, Rs C 163/96 (Raso), Slg. 1998, I-533.

<sup>13</sup> EuGH 25. 10. 2001, Rs C 493/99 (Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland) Slg. 2001, I-8163.

<sup>14</sup> Vgl. auch ausdrücklich Begründung des Gesetzesentwurfes, BT-Drs. 15/25, S. 38.

<sup>15</sup> Für Aufrechterhaltung des belgischen Post-Monopols etwa EuGH, 19. 5. 1993, Rs. C-320/91 (Corbeau), Slg. 1993, I-2543.

<sup>16</sup> Zu den Personalserviceagenturen als wichtigsten Anwendungsbereich dieses Grundsatzes vgl. *Ulber*, ArbUR 2003, 7.

gemeinen wirtschaftlichen Interesse. Wenn also, wie im Beitrag von *Bieback* nahegelegt,<sup>17</sup> die Ausschreibungspflicht nach § 37 SGB III für die Aufgabenerfüllung nachweislich dysfunktional ist, so wären auch andere Regelungsmöglichkeiten gegeben gewesen. Grundsätzlich stellt sich der Ersatz des Systems der individuellen Zuweisung durch das System der Bildungsgutscheine jedoch als eher binnenmarktkonform dar.

#### IV. Verbindliche Vorgabe im Richtlinienrecht

Vorgaben des EG-Rechts für den Regelungsbereich der Hartz-Gesetze ergeben sich darüber hinaus und vor allem aus Richtlinien über prekäre Beschäftigungsverhältnisse und aus der Richtlinie für einen allgemeinen Rahmen zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung im Arbeitsverhältnis (RL 2000/78/EG). Diese Richtlinien stehen bisher im Zentrum der EG-rechtlichen Diskussion zu den Hartz-Gesetzen. Dabei geht es im wesentlichen um die Regelungskomplexe »Aufhebung des Bestandsschutzes für Arbeitnehmer über 52 Jahre« und »Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern«.

##### A. Prekäre Beschäftigung im EG-Recht – Grundsätze und Kompetenzen

Die Regulierung der sogenannten prekären Beschäftigungsverhältnisse im EG-Recht ist durchaus eine interessante Illustration des Zusammenspiels von Flexibilisierung und Sozialschutz in der Europäischen Sozialpolitik. Schon in ihren ersten Regulierungsvorschlägen aus dem Jahre 1989 verfolgte die Kommission ein doppeltes Ziel: Befristete Arbeitsverhältnisse, Teilzeitbeschäftigung und auch Leiharbeit sollten begünstigt werden, weil man hierin eine Möglichkeit sah, auf Flexibilisierungserfordernisse des Arbeitsmarktes zu reagieren. Dies sollte jedoch nicht auf Kosten der Beschäftigten geschehen. Im Gegenteil, um die Akzeptanz für diese Beschäftigungsformen zu erhöhen, sollten die Mitgliedstaaten zur Einhaltung sozialer Mindeststandards verpflichtet werden.<sup>18</sup> Die beiden bereits verabschiedeten Richtlinien zu diesem Regelungsbereich, die beide auf Sozialpartnervereinbarungen beruhen,<sup>19</sup> sind die Richtlinien zur Teilzeitarbeit<sup>20</sup> und zur Befristung.<sup>21</sup> In beiden ist der Grundsatz der Gleichbehandlung der sogenannten prekär Beschäftigten mit den sogenannten Normalbeschäftigten zentral: Teilzeitbeschäftigten dürfen wegen der Teilzeit, befristet Beschäftigte wegen der Befristung nicht benachteiligt werden. Zugleich ist aus-

<sup>17</sup> In diesem Heft.

<sup>18</sup> KOM (90) 228 endg. v 13. 8. 1990 (Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte Arbeitsverhältnisse im Hinblick auf Wettbewerbsverzerrungen), ABl. EG 1990 Nr. C 224/6 und ABl. EG 1990 Nr. C 305/8; Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte Arbeitsverhältnisse hinsichtlich der Arbeitsbedingungen, ABl. EG 1990 Nr. C 224/8; verabschiedet wurde die RL 91/383 über die Verbesserung der Sicherung und des Gesundheitsschutzes von Arbeitnehmern mit befristetem Arbeitsverhältnis oder Leiharbeitsverhältnis; zum Richtlinienpaket *Wank*, RdA 1992, 103 sowie *Schmidt, Michael*, Die Richtlinienvorschläge der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zu den atypischen Arbeitsverhältnissen, 1992.

<sup>19</sup> Zur Rechtsetzung im sozialen Dialog vgl. *Heinze*, ZfA 1997, 505; *Höland*, ZIAS 1995, 425; s. a. *Joussen*, ZIAS 2000, 191.

<sup>20</sup> RL 97/81/EG des Rates vom 15. 12. 1997 zu der von UNICE, CEEP and EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit, ABl. 1998 L 14/9; geändert durch RL 98/23/EG (Ausdehnung auf das VK) ABl. 1998 L 131/10.

<sup>21</sup> RL 1999/70/EG des Rates vom 28. 6. 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, ABl. 1999 L 175/43.

drückliches Ziel der Sozialpartnervereinbarung Befristung die Beschränkung der Befristung.<sup>22</sup>

Bei den Sozialpartnerverhandlungen über die *Leiharbeit* war die Gleichbehandlung der Leiharbeitnehmer gerade nicht einigungsfähig. Nachdem die Kommission einen eigenen Vorschlag vorgelegt und der Rat sich einen Gemeinsamen Standpunkt gebildet hat, wurde dieser am 21. 11. 2002 vom Parlament in erster Lesung behandelt. Da gem. Art. 251 Abs. 3–7 EG-V nach der ersten Lesung auch unter Einbeziehung des Vermittlungsverfahrens maximal acht Monate vergehen dürfen, ist mit einer Verabschiedung noch in diesem Jahr zu rechnen; das theoretisch ebenfalls mögliche endgültige Scheitern ist aufgrund der geringen Unterschiede zwischen Rats- und EP-Position nicht mehr zu erwarten. Der Kommissionsvorschlag<sup>23</sup> folgt demselben Konzept wie die beiden genannten Richtlinien: Sein erklärtes Ziel ist es, den Bedürfnissen der Unternehmen nach flexiblen Arbeitsformen sowie den Bedürfnissen der Beschäftigten nach angemessener Sicherheit und einem höheren beruflichen Status durch »regulierte Flexibilität« gerecht zu werden (Erwägungsgrund 4). Der ursprüngliche Vorschlag<sup>24</sup> sah in der Leiharbeit vor allem eine Möglichkeit, Arbeitsplätze zu schaffen und Arbeitnehmer aus Mangelberufen sowie für Vertretungen zu gewinnen. Da der Vergleich zwischen allen Mitgliedstaaten der EU zu dem Ergebnis führte, dass zehn von fünfzehn, darunter auch die Niederlande, Luxemburg und Frankreich mit den höchsten Leiharbeitsquoten, den Leiharbeitnehmern die gleiche Vergütung wie den vergleichbaren Stammarbeitnehmern des Entleihbetriebs garantieren,<sup>25</sup> war von Anfang an die Ausdehnung dieses Grundsatzes auf alle Mitgliedstaaten geplant (Art. 5). Im Gegenzug sollen bestehende Beschränkungen der Leiharbeit regelmäßig überprüft werden (Art. 4).

Das in der Literatur so herb kritisierte Gleichbehandlungsgebot gilt nach dem letzten Entwurf der Richtlinie unter mehreren Kautelen. Zum einen können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass bei einem unbefristeten Arbeitsverhältnis des Leiharbeitnehmers zum Verleiher, in dessen Rahmen auch für Zeiten zwischen Einsätzen gezahlt wird, auch bezüglich des Arbeitsentgeltes anderes gilt. Hätte der Gesetzgeber also das Synchronisationsverbot bei der Leiharbeit aufrechterhalten, so könnte es auch nach Ablauf der Umsetzungsfrist der Leiharbeitsrichtlinie bei der unterschiedlichen Bezahlung von Leih- und Stammarbeitnehmern bleiben. Darüber hinaus können die Mitgliedstaaten die Schutzvorschrift tarifdispositiv ausgestalten, sofern ein angemessenes Schutzniveau für Leiharbeitnehmer gewährleistet bleibt. Schließlich kann auf eine Gleichstellung nur in Bezug auf das Arbeitsentgelt für Überlassungen von einer Zeitdauer von bis zu sechs Wochen verzichtet werden, allerdings nur, wenn die zeitliche Beschränkung sich aus der auszuführenden Tätigkeit ergibt: Diese muss nach ihrer Natur oder Dauer nicht mehr als sechs Wochen in Anspruch nehmen (Art. 5 Entwurf). Das Europäische Parlament<sup>26</sup> will die Tarifdispositivität nicht von Bedingungen abhängig machen, mit Rücksicht auf die Tarifautonomie. Dafür will es die Sechs-Wochen-Ausnahme aufgehoben sehen. Da die Gleichbehandlungsfrage für das EP zentral war, ist es nicht ausgeschlossen, dass sie auch im Vermittlungsverfahren noch eine Rolle spielt.

Da die Gleichbehandlungsverpflichtung bezüglich des Entgelts nun ernsthaft droht, wird ein neues Argument aktiviert: Die Gemeinschaft sei gar nicht regelungsbefugt,

22 Zur Umsetzung der Richtlinien in deutsches Recht *Schiek*, KJ 2002, 18.

23 Stand vom 28. 11. 2002, KOM (2002) 701 endg.

24 Vom 20. 3. 2002, KOM (2002) 149 endg.

25 Ebenda, S. 5, näher *Storrie*, *Temporary Work in the European Union*, Dublin: Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2002, 52 ff.

26 Stellungnahme vom 21. 11. 2002, vgl. A5–0356/2002.

Art. 137 Abs. 6 EG-V stehe entgegen.<sup>27</sup> Dieser entzieht der Gemeinschaft die Regelung für Entgeltfragen. Allerdings ist durchaus umstritten, wie Art. 137 Abs. 6 EG-V auszulegen ist. Schließlich ermächtigt Art. 137 Abs. 1 EG-V generell zur Regelung der Arbeitsbedingungen. Die meisten Arbeitsbedingungen sind jedoch in irgend einer Form entgeltrelevant. Zu recht wird daher vertreten, Art. 137 Abs. 6 EG-V sei als eine Ausnahme von Art. 137 Abs. 2 EG-V eng auszulegen.<sup>28</sup> Jedenfalls müssen Art. 137 Abs. 1 und Art. 137 Abs. 6 in Einklang gebracht werden. Nach der bisherigen Rechtsprechung des EuGH<sup>29</sup> ist dabei auf den Schwerpunkt der jeweiligen Regelung abzustellen. Bei der Regelung von Diskriminierungsverboten sind Entgeltregelungen notwendig miterfasst, weil sonst eine Ausweichmöglichkeit besteht, die die Diskriminierungsverbote bei den übrigen Arbeitsbedingungen wirkungslos macht.<sup>30</sup> Zusätzlich ist zu beachten, dass der Grundsatz der Nichtdiskriminierung als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts einen sehr hohen Rang genießt.<sup>31</sup> Die Auslegung der Kompetenzvorschriften des Art. 137 EG-V in einer Weise, die ausgerechnet die Legislation zugunsten dieses Grundsatzes unmöglich macht, ist auch deswegen abzulehnen. Eine Gemeinschaftskompetenz bezüglich der Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern hinsichtlich des Entgelts ist also gegeben.

## B. Konträres Vorgehen des deutschen Gesetzgebers

Diese Konzeption der regulierten Flexibilität bei zentraler Bedeutung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist für das deutsche Arbeitsrecht offenbar schwierig zu verdauen, wie auch die Hartz-Gesetze belegen. Die Unvereinbarkeit einzelner Regelungen mit den EG-rechtlichen Vorgaben beruht auf Verstößen gegen den Grundsatz der »Flexicurity« und das Gleichbehandlungsprinzip. Anders als derzeit in der Literatur behauptet wird, hat dies auch Konsequenzen für die Anwendung der Gesetze.

### 1. Kein Befristungsschutz für Arbeitnehmer über 52 Jahre

Der erste kritisierte Punkt ist lediglich eine Verschärfung einer existierenden Regelung: Eine Modifikation des § 14 Abs. 3 TzBfG gewährleistet, dass bis 2006 der Befristungsschutz für Arbeitnehmer über 52 (statt »nur« über 58) Jahren aufgehoben wird.<sup>32</sup> Diese Regelung verletzt sowohl die Befristungsrichtlinie als auch das neue gemeinschaftsrechtliche Verbot der Diskriminierung wegen des Alters.

27 Rieble/Klebeck (Fn. 3); Wank, MüHdbdArbR, 2. Aufl. Ergänzungsband 2002, § 116 Rn. 110; ders, NZA 2003, 15, 18, mit Fn. 54–64; unentschieden Thüsing, DB 2002, 2219, 2220.

28 Schmidt, Marlene, NZA 1998, 576, 578.

29 Vgl. EuGH 3. 4. 2000 Rs. C-376/98 (Deutschland gegen Parlament und Rat – Tabakwerbung), Slg. 2000, I-2247; EuGH 9. 10. 2001, Rs. C-377/98 (Niederlande gegen Parlament und Rat – »BiotechnologieRL«) Slg. 2001, I-7079.

30 Vgl. Hanau, in: ders./Steinmeyer/Wank, Handbuch des Europ. ArbR, 2002, § 19 Rn. 16; Steinmeyer, RdA 2001, 10, 18.

31 Vgl. zuletzt EuGH 12. 12. 2002, C-442/00, Ángel Rodríguez Caballero v. Fondo de Garantía Salarial (Fogasa), Rn. 30, 43.

32 Zur Problematik des § 14 Abs. 3 TzBfG a. F. bereits Schiek, KJ 2002, 18, m.w.N.

## a) RL 1999/70/EG und Sozialpartnervereinbarung Befristung

Bei der Befristungsrichtlinie ist es nicht die Gleichbehandlungsvorschrift, sondern der Grundsatz der Beschränkung der Befristung, der zur Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der neuen Regelung führt. Gem. § 5 der Sozialpartnervereinbarung Befristung, die mit der RL 1999/70/EG für die gesamte Gemeinschaft verbindlich gemacht wurde, müssen die Mitgliedstaaten die wiederholte Befristung begrenzen, entweder durch sachliche Gründe oder durch eine maximal zulässige Verlängerung der Befristungsdauer oder durch die maximale Anzahl aufeinanderfolgender Befristungen. Keine dieser Begrenzungen sieht § 14 Abs. 3 TzBfG vor. Während kurz nach der Verabschiedung des TzBfG sich schnell die Mehrheitsmeinung für die Unzulässigkeit dieser Regelung aussprach,<sup>33</sup> werden inzwischen die Gegenargumente immer häufiger wiederholt.<sup>34</sup>

Eine Argumentationslinie ist, dass § 14 Abs. 3 TzBfG das Lebensalter der Betroffenen als sachlichen Grund einführe. Dieses Argument geht am Wortlaut des § 14 Abs. 3 TzBfG vorbei: Dieser ist gesetzestechnisch als Ausnahme vom Grundsatz der Befristungsbeschränkung formuliert.<sup>35</sup> Es bleibt jedoch die naheliegende Frage, ob § 14 Abs. 3 TzBfG einfach umformuliert werden könnte, etwa in dem Sinne, dass ein sachlicher Grund für eine Befristung eines Arbeitsverhältnisses mit einem Arbeitnehmer, der älter als 52 Jahre ist, immer vorliegt.<sup>36</sup> Auch diese Regelung würde jedoch am Inhalt der Sozialpartnervereinbarung Befristung scheitern. Diese stellt in Art. 5 a klar, dass der sachliche Grund generell die Verlängerung eines befristeten Vertrags über die erste Befristung hinaus rechtfertigen muss. Weiter wird der »sachliche Grund« nicht definiert. Das bedeutet jedoch nicht, dass die Mitgliedstaaten einen unbegrenzten Freiraum zur Ausfüllung dieses Begriffs haben.<sup>37</sup> Vielmehr ist eine offene Norm des Gemeinschaftsrechts gemeinschaftsrechtlich auszulegen; anders würde die Einheitlichkeit des Gemeinschaftsrechts gerade gefährdet.<sup>38</sup> Bei Richtlinien und Sozialpartnervereinbarungen sind dabei die Erwägungsgründe maßgebend. Nach Erwägungsgrund Nr. 7 soll die aus »objektiven Gründen erfolgende Inanspruchnahme befristeter Arbeitsverhältnisse« Missbrauch vermeiden helfen. Das legt nahe, dass subjektive Gründe – also Gründe in der Person des Arbeitnehmers – gerade ausgeschlossen sein sollen. Auch die Nr. 8 der Erwägungsgründe spricht für diese Auslegung, denn danach sind befristete Verträge für bestimmte Branchen, Berufe oder Tätigkeiten charakteristisch und können den Bedürfnissen der Arbeitgeber oder Arbeitnehmer entsprechen. Dies spricht dafür, dass der sachliche Grund mit der spezifischen Tätigkeit oder der spezifischen Bedürfnislage der Arbeitsvertragsparteien zusammenhängen muss. Das schließt selbstverständlich besondere sachliche Befristungsgründe im Zusammenhang mit aktiver Arbeitsmarktpolitik nicht aus. In Betracht kommt etwa die Befristung im Hinblick auf ein (gefördertes) Eingliederungsarbeitsverhältnis bei Langzeitarbeitslosen.<sup>39</sup> Die Aufhebung des Befristungs-

33 *Däubler*, ZIP 2000, 1961, 1967; *Blanke*, AiB 2000, 729, 735; *APS Backhaus*, Rn. 103 zu § 14 TzBfG; *Lipke*, KR (6. Aufl. 2002), § 14 TzBfG Rn. 324; *Kittner/Däubler/Zwanziger-Däubler*, Rn. 99 zu § 14 TzBfG; *Rolfs*, EAS Teil B 3200 Rn. 38; *Hanau*, Gutachten C zum 63. DJT 2000, C 53, C 88; *Dörner*, RWS Forum 21, ArbeitsR 2001, 1 (9).

34 *Kerwer*, NZA 2002, 1316; *Thüsing/Lambrich*, BB 2002, 829; *Bauer*, NZA 2003, 30.

35 So auch implizit *Bauer*, NZA 2003, 32 mit Fn. 32.

36 So etwa *Preis/Gotthardt*, DB 2000, 2065, 2072.

37 So *Thüsing/Lambrich*, (Fn. 34), 832.

38 Vgl. zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts etwa *Borchardt*, in: *Lenz* (Hrsg.), EG-Vertrag, Art. 220, Rn. 13–16; *Schwarze*, in: *ders.* (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 220, Rn. 27–30.

39 Vgl. KR *Lipke*, § 14 Rn. 185; dies ist auch der Inhalt der von *Thüsing/Lambrich* (Fn. 34), zitierten Regelung des Art. L. 322-4-8-1 Code du Travail (<http://www.legifrance.gouv.fr/citoyen/unicode.ow?code=CTRAVAIL.rcv>).

schutzes nach § 14 Abs. 3 TzBfG ist demgegenüber nicht einmal auf arbeitslose Arbeitnehmer beschränkt, geschweige denn auf Arbeitsverhältnisse, die ohne öffentliche Förderung nachweislich nicht begründet worden wären. Allein das Alter eines Beschäftigten kann kein Interesse an einem Verzicht auf den Bestandsschutz rechtfertigen. Die bloße Behauptung, dass ältere Arbeitnehmer ohnehin nur noch befristet einen Arbeitsplatz erhalten, ist dafür jedenfalls nicht hinreichend belegt. Darüber hinaus rechtfertigt sie gerade keine Absenkung des Schutzniveaus zuungunsten dieser Gruppe, die ja offenbar besonders schutzbedürftig ist. § 14 Abs. 3 TzBfG ist also mit § 5 Sozialpartnervereinbarung Befristung unvereinbar.

b) *RL 2000/78/EG*

Darüber hinaus ist die Regelung mit der *RL 2000/78/EG* nicht vereinbar, die bekanntlich die Diskriminierung wegen des Alters untersagt.<sup>40</sup>

Zugunsten einer endlosen Befristung von Arbeitsverhältnissen kann auch nicht Art. 6 dieser Richtlinie ins Feld geführt werden. Danach sind Ungleichbehandlungen wegen des Alters gerechtfertigt, wenn sie objektiv und angemessen sind und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt, i. e. zur Erreichung dieses Zieles erforderlich und angemessen sind. Als legitimes Ziel wird die Beschäftigungspolitik ausdrücklich genannt.

Art. 6 fordert von den Mitgliedstaaten eine doppelte Verhältnismäßigkeitsprüfung: Zum ersten muss die Maßnahme – hier die endlose Kettenbefristung – durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt sein. Das Ziel, die Arbeitslosigkeit älterer Arbeitnehmer zu verringern, ist zweifellos legitim. Schon an der Tatsache, ob es durch die Kettenbefristungserlaubnis erreicht werden kann, bestehen jedoch erhebliche Zweifel. Wie bekannt, ist auch nach inzwischen 28 Jahren eine positive Auswirkung von Befristungsmöglichkeiten generell auf die Arbeitsmarktchancen nicht nachweisbar;<sup>41</sup> neuere Untersuchungen werfen sogar die Frage auf, ob Befristung nicht eher ein kumulatives Arbeitslosigkeitsrisiko schafft anstatt als Brücke in Beschäftigung zu dienen.<sup>42</sup> Warum dies bei älteren Beschäftigten anders sein sollte, ist unerfindlich.<sup>43</sup> Der Bericht der »Enquete-Kommission sozialer Wandel« stützt diese Thesen. Er stellt unter Bezugnahme auf Ergebnisse der OECD ausdrücklich fest, dass von der Senkung des Bestandsschutzes etwa für Langzeitarbeitslose wenig Auswirkungen auf die Beschäftigung zu erwarten sind.<sup>44</sup> Selbst diejenigen, die entgegen dieser eindeutigen Datenlage annehmen, dass die Aufhebung des Bestandsschutzes sich günstig auf die Arbeitsmarktlage der über 52jährigen auswirkt, geben zu, dass hier auch mildere Mittel denkbar seien, etwa eine bloße Absenkung im Gegensatz zur völligen Aufhebung des Kündigungsschutzes.<sup>45</sup> Selbst nach diesen Auffassungen wäre also die Aufhebung des Bestandsschutzes durch die Freigabe der kumulierten Eintagesbefristung nicht erforderlich und dementsprechend auch nicht gerechtfertigt. Selbst wenn man, entgegen diesen Feststellungen, annimmt, dass die Legalisierung der Kumulativbefristung gerechtfertigt werden könnte, müsste außer der Angemessenheit im

<sup>40</sup> Allgemein *Schmidt, Marlene/Senne*, RdA 2002, 80.

<sup>41</sup> Hierzu ausführlich *Schiek*, KJ 2002, 18, mit Fn. 7.

<sup>42</sup> *Giesecke/Groß*, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, 2002, 85, 103 f.

<sup>43</sup> So heißt es in der Stellungnahme des IAB zu den Hartz-Vorschlägen: »Auch von einer Senkung der Altersgrenze für befristete Beschäftigten ist kein Einstellungsschub zu erwarten (...). Für Arbeitslose ab 58 Jahren können (seit Januar 2001) befristete Verträge uneingeschränkt geschlossen werden, ohne dass sich deren Beschäftigungschancen verbessert hätten« (Autorengemeinschaft: Werkstattbericht »Moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt«, 2002, S. 39, <http://doku.iab.de/werkber/2002/wb1302.pdf>, Abfrage 12.2.2003).

<sup>44</sup> BT-Drs. 14/8800, S. 84.

<sup>45</sup> *Bauer* (Fn. 34); *Wiedemann/Thüsing*, NZA 2002, 1234, 1239.

engeren Sinne im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung eine weitere Angemessenheitsprüfung vorgenommen werden. In deren Rahmen ist das Ziel der erstrebten Regelung mit dem allgemeinen Ziel des Schutzes Älterer vor Diskriminierung abzuwägen. An dieser doppelten Verhältnismäßigkeitsprüfung würde die Dauerbefristung in jedem Fall scheitern.<sup>46</sup>

Ebenso wie § 14 Abs. 3 TzBfG a.F. ist auch § 14 Abs. 3 TzBfG n.F. demnach gemeinschaftsrechtswidrig.

## 2. Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern und Ausnahmen

Im Recht der Leiharbeit sieht das »Hartz-1-Gesetz« schwerwiegende Änderungen vor. Bei grundsätzlicher Aufrechterhaltung des Verbotes der Arbeitnehmerüberlassung wird die Erlangung der Erlaubnis in mehrfacher Hinsicht erleichtert. Insbesondere wird das Synchronisierungsverbot aufgehoben, die Befristung des Arbeitsverhältnisses auf den Arbeitseinsatz also erlaubt (§ 3 Abs. 1 Nr. 3–5, § 9 Nr. 2 AÜG werden gestrichen). Da hier ein sachlicher Grund gem. § 14 Abs. 1 Nr. 1 TzBfG gegeben ist (vorübergehender betrieblicher Bedarf), ist auch eine wiederholte Befristung unbegrenzt zulässig; hinzu kommt die Möglichkeit der sachgrundlosen Erstbefristung gem. § 14 Abs. 2 TzBfG.<sup>47</sup> Anderes gilt nur, wenn der wiederholte Einsatz vorhersehbar und in der Zwischenzeit andere Einsätze zumutbar waren. Auch die Maximalüberlassungsdauer wird aufgehoben (Streichung von § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG).

Im Gegenzug wird den Leiharbeitnehmern die Gleichstellung bei den Arbeitsbedingungen gewährt. Hier sind zwei Ausnahmen vorgesehen: Erstens für den Fall, dass dem zuvor arbeitslosen Leiharbeitnehmer für die Dauer von 6 Wochen mindestens ein Nettoentgelt in Höhe des Arbeitslosengeldes gewährt wird, zweitens wird die Vorschrift tarifdispositiv gestellt (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 neu, § 9 Nr. 2 neu AÜG). Die Lockerung des Verbotes der Leiharbeit sowie die Aufhebung des Synchronisierungsverbotes entspricht bereits – im Vorgriff – der Deregulierungsverpflichtung des Art. 4 der geplanten RL Leiharbeit, deren Verabschiedung, wie gesagt, noch dieses Jahr zu erwarten ist.

Dies gilt für die Gleichbehandlungsverpflichtung – sofern sich der Kommissionsvorschlag in seiner letzten Fassung durchsetzt – nur eingeschränkt. Zum einen ist nach dem Wortlaut der § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2 AÜG nicht ausgeschlossen, dass der Leiharbeitnehmer auch in einer längeren Beschäftigung einfach nur für die ersten sechs Wochen unterbezahlt wird. Eine entsprechende gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung wäre jedoch möglich und, falls die Regelung so in Kraft tritt, geboten. Die Vorschrift wäre also so zu lesen, dass eine Absenkung des Entgelts nur dann möglich wäre, wenn ein zuvor arbeitsloser Leiharbeitnehmer nur für sechs Wochen (oder kürzer) eingestellt wird.

Ein weiteres Problem der Neufassung des AÜG im Vergleich zum Richtlinienentwurf ist, dass die Tarifdispositivität nicht beschränkt ist. Der Kommissionsentwurf sieht vor, dass in Tarifverträgen nur vom Gleichbehandlungsgebot abgewichen werden kann, wenn der angemessene Schutz der Leiharbeitnehmer dadurch nicht gefährdet ist. Dies können die Mitgliedstaaten theoretisch auch durch eine Angemessenheitskontrolle des Tarifvertrags gewährleisten. In Deutschland wäre dies jedoch wegen der

<sup>46</sup> Wie hier *Leuchten*, NZA 2002, 1254, 1257; ohne eindeutige Stellungnahme *Wiedemann/Thüsing*, NZA 2002, 1234, 1239.

<sup>47</sup> Kritisch zur darin liegenden Problematik der Risikokumulation *Ulber*, *ArbuR* 2003, 7, 9.

verfassungsrechtlichen Garantie der Tarifautonomie ein wenig empfehlenswerter Weg. Der Gesetzgeber könnte alternativ Mindestbedingungen definieren, die nicht tarifdispositiv wären, und so eine Angemessenheit der Arbeitsbedingungen der Leiharbeitnehmer zu gewährleisten. Möglich wäre z. B., dass die Tarifdispositivität des Gleichbehandlungsgrundsatzes davon abhängt, dass ein unbefristetes Verhältnis des Leiharbeitnehmers zum Verleihunternehmen besteht, in dessen Rahmen auch einsatzfreie Zeiten bezahlt werden. Eine völlige Freigabe der tariflichen Regelung wäre jedoch mit der Richtlinie, falls der Entwurfstext sich so durchsetzt, nicht zu vereinbaren.

Dem Gesetzgeber ist zum Teil vorgehalten worden, ohne rechtliche Verpflichtung bereits im Vorgriff eine EG-Richtlinie zu verwirklichen.<sup>48</sup> Es trifft zwar zu, dass es eine Umsetzungsverpflichtung für eine nicht verabschiedete Richtlinie nicht gibt. Es ist aber zu bedenken, dass bei Verabschiedung des Gesetzes bereits klar war, dass die Richtlinie spätestens acht Monate später verabschiedet sein würde. Insofern wäre es jedenfalls unsinnig gewesen, die Anforderungen an Leiharbeit noch weiter abzusenken als künftig zulässig.

### C. Rechtsfolgen eines Richtlinienverstößes arbeitsvertraglicher Gesetze

In der Literatur zu § 14 TzBfG alt und neu wird inzwischen argumentiert, selbst wenn die »Tagelöhnerregel«<sup>49</sup> des § 14 Abs. 3 TzBfG gegen die RL 1999/70 und/oder die RL 2000/78/EG verstoße, seien deutsche Gerichte dennoch verpflichtet, das gemeinschaftswidrige Recht anzuwenden: Richtlinien seien schließlich nicht im Verhältnis zwischen Privaten anwendbar, und die Möglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung bestehe nicht.<sup>50</sup> Die entsprechenden Stimmen beziehen sich auf die Entscheidung Faccini Dori des EuGH aus dem Jahre 1993,<sup>51</sup> in der der EuGH die unmittelbare Wirkung der Haustürwiderrufrichtlinie abgelehnt hat. Im Fall ging es darum, ob das Versäumnis der Umsetzung durch Italien dadurch geheilt werden könne, dass die Normen der Richtlinie wie Gesetze zwischen Privaten angewendet wurden. Eine vergleichbare Argumentation wäre auch zur Sechs-Wochen-Regel möglich, sofern man diese für einen Verstoß gegen die künftige Leiharbeitsrichtlinie hält.

Diese Argumentation ist allerdings nicht überzeugend. Es ist erstens zu beachten, dass sich der Fall Faccini Dori von dem vorliegenden diametral unterscheidet. Der deutsche Gesetzgeber hat mit § 14 TzBfG die RL Befristung umgesetzt. Fraglich ist lediglich, ob eine Ausnahmenvorschrift von der zweifellos richtlinienkonformen Generalregelung in § 14 Abs. 1, 2 TzBfG richtlinienwidrig ist. Im Falle solcher Ausnahmenvorschriften hat der EuGH jedoch bereits in seiner früheren Rechtsprechung angenommen, dass der Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung auch die Deapplikation gebieten könne. Dementsprechend hat er die Nichtanwendung des Verschuldensfordernisses im niederländischen Antidiskriminierungsrecht<sup>52</sup> und die Nichtanwendung einer Generalklausel zur Unwirksamkeit von Gesellschaftsverträgen im spanischen Aktienrecht<sup>53</sup> für geboten gehalten.<sup>54</sup>

48 Lembeke, BB 2003, 98, 99 f; Hümmelich/Holthausen/Welslau, NZA 2003, 7, 9.

49 Vgl. Däubler, ZIP 2000, 1961.

50 Bauer, NZA 2003, 30, 31; Kerwer NZA 2002, 1316.

51 EuGH 14. 7. 1994, Rs. C-91/92 (Faccini Dori) Slg. 1994, I-3325.

52 EuGH 8. 11. 1990, Rs. C-177/88 (Dekker), Slg. 1990, I-3941.

53 EuGH 13. 11. 1990, Rs. C-106/89 (Marleasing), Slg. 1990, I-4135.

54 Vgl. zu diesem Komplex auch die Entscheidung EuGH 16. 12. 1993, Rs. C-334/92 (Wagner-Miret), Slg. 1993, I-6911.

Darüber hinaus hat sich auch die Rechtsprechung zur Richtlinienwirkung seit 1993 weiterentwickelt. Schon in der Entscheidung *Unilever*<sup>55</sup> hat der EuGH die Gerichte für verpflichtet gehalten, ein richtlinienwidriges nationales Gesetz in einem Rechtsstreit zwischen Privaten außer acht zu lassen. Zwar handelte es sich dabei um ein öffentlich-rechtliches Gesetz: Es ging um eine Etikettierungsvorschrift. Weil Olivenölfaschen dieser nicht entsprachen, hatte eine Supermarktkette die Annahme der falsch etikettierten Lieferung verweigert. Generalanwalt Jacobs stellte darauf ab, dass sich der säumige Mitgliedstaat gegenüber dem Supermarktbetreiber gar nicht auf die Etikettierungsvorschrift hätte berufen dürfen; daher müssten auch Gerichte die Vorschrift außer acht lassen. Es ging also genau betrachtet um eine Vertikalwirkung.<sup>56</sup> Der EuGH hat die Deapplikation von richtlinienwidrigen Vorschriften des nationalen Rechts aber auch in jüngerer Zeit nicht auf die Fälle vertikaler Wirkungen beschränkt. In zwei jüngeren Entscheidungen zur Klauselrichtlinie (RL 93/13/EWG, in der deutschen Literatur z. T. auch AGB-Richtlinie)<sup>57</sup> waren horizontale Fälle zu behandeln. In der Entscheidung *Oceano* ging es um die Frage, ob das nationale Gericht sich von Amts wegen für unzuständig halten konnte, weil seine Zuständigkeit entgegen der Klauselrichtlinie in AGB vereinbart worden war. Der Gerichtshof kam, obwohl die Richtlinie noch gar nicht umgesetzt war, zu dem Ergebnis, das nationale Gericht habe das nationale Recht weitestmöglich so auszulegen, dass dieses Ergebnis erreicht werde. In der Rechtssache *Codife* ging es um die Frage, ob ein Gericht die Missbräuchlichkeit einer Klausel auch dann von Amts wegen überprüfen könne, wenn dies durch eine ebenfalls formularmäßig vereinbarte Ausschlussfrist ausgeschlossen war. Obwohl es hier um einen Streit zwischen Privaten ging, tenorierte der EuGH, die Richtlinie 93/13/EWG stehe einer innerstaatlichen Regelung genau diesen Inhalts entgegen. Davon, dass entsprechende Auslegungsfragen unzulässig seien,<sup>58</sup> kann also schon gar nicht die Rede sein.

Schließlich kommt ein weiteres hinzu: Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung, um den es sowohl bei § 14 Abs. 3 TzBfG als auch bei § 3 Abs. 1 Nr. 2, § 9 Nr. 2 AÜG geht, ist – wie gesagt – ein fundamentaler Rechtsgrundsatz der Gemeinschaft. Dementsprechend hat der EuGH in der bereits zitierten Entscheidung *Caballero*<sup>59</sup> tenoriert, ein nationales Gericht dürfe eine diskriminierende Regelung des nationalen Rechts auf keinen Fall anwenden,<sup>60</sup> und das in einem Fall, in dem es nicht einmal um eine positive Verankerung des Diskriminierungsverbotes in einer Richtlinie ging. Dementsprechend besteht also jedenfalls für richtlinienwidrige Diskriminierung die berechtigte Erwartung, der EuGH werde die Diskriminierungsverbote der Richtlinien aufgrund ihrer Eigenschaft als Inkarnation des Gleichbehandlungsgebotes als allgemeinem Rechtsgrundsatz als horizontal effektiv betrachten.

Wie bereits gesagt, kommt es für die Realisierung des Diskriminierungsschutzes für Leiharbeitnehmer darauf nicht an. Die § 3 Abs. 1 Nr. 2, § 9 Nr. 3 AÜG können im Einklang mit dem geplanten Art. 5 der Leiharbeitsrichtlinie ausgelegt werden, so dass sich die Frage der reinen Nichtanwendung nicht stellen würde. Setzt sich aber das EP mit dem Vorschlag der Streichung der Sechs-Wochen-Regel durch, so werden die genannten Paragraphen zur richtlinienwidrigen Ausnahme vom Grundsatz der Nichtdiskriminierung gem. Art. 5 RL Leiharbeit, so dass dieselben Maßstäbe gelten.

<sup>55</sup> EuGH 26. 9. 2000, Rs. C-443/98 (*Unilever Italia*), Slg. 2000, I-7535.

<sup>56</sup> Ebenso *Buschmann*, *ArbuR* 2003, 1, 6; anders: *Gundel*, *EuZW* 2001, 143.

<sup>57</sup> EuGH 27. 6. 2000, Rs. C-240-244/98 (*Oceano*), Slg. 2000, I-4941; EuGH 21. 11. 2002, Rs. C-473/00 (*Codife*), *EuZW* 2003, 27.

<sup>58</sup> So *Bauer* (Fn. 50).

<sup>59</sup> Oben Fn. 31.

<sup>60</sup> No 43.

Die Hartz-Gesetze sind also einerseits eine notwendige Umsetzung EG-rechtlicher Vorgaben im Hinblick auf mehr Wettbewerb zwischen öffentlichen und privaten bzw. nationalen und internationalen Dienstleistern. Dementsprechend könnte man sie bei kurzsichtiger Betrachtung als Ausfluss eines allgemeinen EG-rechtlichen Liberalisierungsprinzips begreifen. Ein solches Prinzip beherrscht die EG-Sozialpolitik jedoch nicht mehr. Spätestens seit der Integration des sozialpolitischen Abkommens mit dem Vertrag von Amsterdam stehen soziale Ziele gleichberechtigt neben liberalen. Dementsprechend ist Ziel der EU-Sozialpolitik auch der Erhalt eines qualitativ hohen Niveaus von Beschäftigung und Arbeitsbedingungen sowie die Durchsetzung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung. Gegen diese Grundsätze verstoßen die Hartz-Gesetze sowohl bezüglich der Diskriminierung älterer Arbeitnehmer und ggf. künftig bezüglich der Diskriminierung von Leiharbeitnehmern gegenüber Stammarbeitnehmern potentiell. Dies ist durch Nichtanwendung der EG-rechtswidrigen Ausnahmeregel in § 14 TzBfG bzw. durch richtlinienkonforme Auslegung der Sechs-Wochen-Regel in § 3 Abs. 1 Nr. 2, § 9 Nr. 2 AÜG zu heilen.