
Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht

Zweiwochenschrift für die betriebliche Praxis

NZA 17/2019

10. September 2019 · 36. Jahrgang · Seite 1161–1240

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift herausgegeben von:

Prof. Dr. Jobst-Hubertus Bauer, Rechtsanwalt, Stuttgart – Dr. Susanne Clemenz, Rechtsanwältin, Gütersloh – Prof. Dr. Johannes Peter Francken, Präsident des LAG Baden-Württemberg a. D., Freiburg – Edith Gräfl, Vorsitzende Richterin am BAG, Erfurt – Prof. Dr. Matthias Jacobs, Bucerius Law School, Hamburg – Dr. Thomas Klebe, Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht (HSI), Frankfurt a. M. – Prof. Dr. Eckhard Kreßel, Vorsitzender des Vorstandes der Berufsgenossenschaft Holz und Metall, Stuttgart – Prof. Dr. Mark Lembke, Rechtsanwalt, Frankfurt a. M. – Maria Britta Loskamp, Ministerialdirektorin, Leiterin der Abteilung Arbeitsrecht und Arbeitsschutz im Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Berlin – Prof. Dr. Stefan Lunk, Rechtsanwalt, Hamburg – Prof. Dr. Dr. h. c. Ulrich Preis, Universität zu Köln – Prof. Dr. Reinhard Richardi, Universität Regensburg – Ingrid Schmidt, Präsidentin des BAG, Erfurt – Prof. Dr. Klaus Schmidt, Präsident des LAG Rheinland-Pfalz a. D., Heidelberg – Prof. Dr. Jens Schubert, Leiter der Abteilung Recht und Rechtspolitik in der Bundesverwaltung der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di, Berlin – Prof. Dr. Achim Schunder, Rechtsanwalt, Frankfurt a. M.

Schriftleitung: Prof. Dr. Achim Schunder, Dr. Jochen Wallisch und Martin Wildschütz
Beethovenstr. 7b, 60325 Frankfurt a. M.

Aufsätze und Berichte

Richter am ArbG Dr. Mathias Maul-Sartori*

Die neue Arbeitsbedingungenrichtlinie

EU-Arbeitsrecht weiter auf dem Vormarsch

Kurz vor Ende der europäischen Legislaturperiode haben Europäisches Parlament und Rat eine wichtige arbeitsrechtliche Richtlinie verabschiedet, die „Richtlinie ... über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen.“ Die Arbeitsbedingungenrichtlinie wird die Nachweisrichtlinie ablösen. Die dort geregelte Pflicht des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer über alle wesentlichen Aspekte des Arbeitsverhältnisses zu unterrichten, führt sie erweitert fort. Änderungen bei den Rechtsfolgen, darunter eine Vermutungsregelung, sollen die Durchsetzung verbessern. Zusätzlich enthalten sind materielle Mindestanforderungen an einzelne Arbeitsbedingungen wie zB die Dauer der Probezeit, Nebentätigkeitsmöglichkeiten, Fristen bei einem Arbeitsabruf. Der Beitrag stellt die Neuerungen vor und gibt eine Einschätzung, welche Änderungen des bundesdeutschen Arbeitsrechts erforderlich werden. Eine erste Beantwortung von zur Beantwortung anstehenden Auslegungsfragen wird versucht, etwa zur Informationspflicht über das Kündigungsverfahren, die eine Warnpflicht vor der dreiwöchigen Klagfrist für Kündigungsschutzklagen umfassen dürfte. Deutlich soll werden, dass die Richtlinie erweiterte unionsrechtliche Anforderungen an die Unterrichtung über Arbeitsbedingungen und an deren Gestaltung stellt. Um an die Überschrift eines Beitrags nach Verabschiedung der Nachweisrichtlinie (Däubler, NZA 1992, 577) anzuknüpfen: Das Unionsarbeitsrecht ist weiter auf dem Vormarsch.

I. Einleitung: Fortentwicklung der Nachweisrichtlinie und Umsetzung der ESSR

Mehr als 27 Jahre ist es her, dass der Europäische Gesetzgeber die „Richtlinie ... über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen“ beschlossen hat. Die Nachweisrichtlinie – so die gebräuchliche Kurzbezeichnung – soll jedem Arbeitnehmer ein Schriftstück verschaffen mit Angaben zu allen wesentlichen Bedingungen seines Arbeitsvertrags oder Arbeitsverhältnisses.¹ Für die Bundesrepublik ist die Umsetzung insbesondere durch das Nachweisgesetz erfolgt.²

Nummehr ist die Ablösung der Nachweisrichtlinie beschlossen. Sie wird ersetzt werden durch die „Richtlinie ... über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen in der Europäischen Union.“³ Wieder ist eine Kurzbezeichnung erforderlich. Vorgeschlagen wird Arbeitsbedingungenrichtlinie. Gemäß Art. 25⁴ tritt die neue Richtlinie am 31.7.2019

* Der Autor ist Richter am ArbG Frankfurt (Oder).

1 Nachweisrichtlinie, Erwägungsgründe Abs. 7.

2 Für Auszubildende ist § 11 BBiG einschlägig, für Seeleute § 28 See-ArbG.

3 RL 2019/1152/EU, ABl. 2019 L 186, 105.

4 Artikel ohne weitere Angaben sind Artikel der Arbeitsbedingungenrichtlinie.

in Kraft. Die Umsetzung durch die Mitgliedstaaten muss bis zum 1.8.2022 erfolgt sein. Dann wird die Nachweisrichtlinie aufgehoben.⁵

Ausgangspunkt des Gesetzgebungsvorhabens war eine im Auftrag der Kommission durchgeführte Evaluation.⁶ Diese sieht starke Anhaltspunkte dafür, dass die Nachweisrichtlinie ihre Ziele erreicht habe, nämlich Arbeitnehmer vor Rechtsverletzungen zu schützen und für größere Transparenz auf dem Arbeitsmarkt zu sorgen. Es gäbe aber auch Punkte, die ihre Wirksamkeit beeinträchtigten. Ausnahmemöglichkeiten und Einschränkungen beim Arbeitnehmerbegriff führten dazu, dass nicht alle Arbeitnehmer erfasst würden. Veränderungen bei den Abhilfemöglichkeiten und Sanktionen könnten die Durchsetzung der Richtlinie verbessern. Hier für Verbesserungen zu sorgen, ist das eine Anliegen der Arbeitsbedingungenrichtlinie.⁷

Das andere Anliegen ist, zur Umsetzung der „Europäischen Säule Sozialer Rechte“ beizutragen. Feierlich proklamiert bei dem EU-Gipfel in Göteborg 2017 handelt es sich bei der ESSR um ein ganzes Paket von Dokumenten.⁸ Kern sind zwanzig soziale Grundsätze, darunter ein Kapitel zu fairen Arbeitsbedingungen. Umfasst ist das Recht, am Beginn einer Beschäftigung schriftlich über Rechte und Pflichten aus dem Beschäftigungsverhältnis informiert zu werden. Weitere von der Arbeitsbedingungenrichtlinie aufgegriffene⁹ Grundsätze sind: Beschäftigungsverhältnisse, die zu prekären Arbeitsbedingungen führen, sollen unterbunden werden. Probezeiten sollen eine angemessene Dauer nicht überschreiten. Bei Kündigungen soll insbesondere das Recht bestehen, zuvor die Gründe zu erfahren.

Zur Verwirklichung beider Anliegen bringt die Arbeitsbedingungenrichtlinie eine Vielzahl von Neuerungen. Angesichts der erheblichen Änderungen hat der europäische Gesetzgeber es vorgezogen, anstelle einer Änderung der Nachweisrichtlinie eine neue Richtlinie zu schaffen.¹⁰ Neuerungen und daraus folgender Anpassungsbedarf im bundesdeutschen Arbeitsrecht sollen der Gliederung der Richtlinie folgend vorgestellt werden. Ein abschließender Abschnitt versucht eine erste Bewertung.

II. Weiter Anwendungsbereich: Arbeitsvertrags- und Arbeitsverhältnisparteien

1. Alle Arbeitsvertragsparteien bei wenigen Ausnahmemöglichkeiten

Der EU-Gesetzgeber sieht bei der Abgrenzung des persönlichen Anwendungsbereichs für die Nachweisrichtlinie Schutzlücken, insbesondere bei der Anwendbarkeit auf neu entstandene Arbeitsformen.¹¹ Eine gegenüber der Nachweisrichtlinie überarbeitete Regelung zur persönlichen Anwendbarkeit findet sich in Art. 1 II. Enthalten sind zwei Anknüpfungspunkte: Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis. In ihrer ersten Alternative erfasst die Vorschrift, vorbehaltlich noch zu erörternder Ausnahmen, alle Personen, die einen Arbeitsvertrag abgeschlossen haben, wie er im mitgliedstaatlichen Recht definiert ist. Somit bewirkt für das bundesdeutsche Recht die Einordnung des dem Rechtsverhältnis zugrunde liegenden Vertrags als Arbeitsvertrag iSv § 611a BGB grundsätzlich die Einbeziehung in den Anwendungsbereich der Richtlinie.

Eine Herausnahme aus dem Anwendungsbereich ist nur im Rahmen ausdrücklich vorgesehener Ausnahmen zulässig.¹² Die Arbeitsbedingungenrichtlinie weitet die unionsrechtlich vorgegebene Anwendbarkeit der Informationsrechte aus,¹³ indem sie die nach der Nachweisrichtlinie zulässigen Aus-

nahmen einengt. Aufgegeben werden die Ausnahmen für kurzzeitig befristete Arbeitsverhältnisse bzw. für Gelegenheitsarbeit oder Tätigkeiten besonderer Art. Die Ausnahme für Personen, die in nur geringem Umfang beschäftigt werden, schränkt Art. 1 III deutlich ein. Die im Voraus festgelegte und tatsächlich geleistete Arbeitszeit darf höchstens drei Stunden je Woche betragen, wobei der Durchschnitt in einem vierwöchigen Referenzzeitraum maßgebend ist.

Weitergehende Ausnahmemöglichkeiten sind für die neu eingeführten Mindestanforderungen an die Arbeitsbedingungen vorgesehen. Die Mitgliedstaaten können festlegen, dass die einschlägigen Bestimmungen aus Kapitel III nicht für Beamte, Katastrophenschutzorganisationen, die Streitkräfte, die Polizeibehörden, Richter, Staatsanwälte, Ermittler oder andere Strafverfolgungsbehörden gelten. Allerdings muss die Ausnahme auf objektiven Gründen beruhen, Art. 1 VI. Spezifische Regelungen zur Anwendung auf Seeleute und Hausangestellte enthalten Art. 1 VII und VIII.

Eine Ausnahme für in geringem Umfang beschäftigte Personen enthält das Nachweisgesetz seit der Streichung der Ausnahme für geringfügig Beschäftigte in Haushalten¹⁴ nicht mehr. Die in § 1 S. 1 NachwG vorgesehene Ausnahme für Aushilfen bei Beschäftigung von höchstens einem Monat¹⁵ wird der Umsetzungsgesetzgeber aufgeben müssen. Wegen der Mindestanforderungen an die Arbeitsbedingungen wird er Ausnahmeerfordernisse für die genannten Bereiche und Funktionen prüfen und ansonsten eine entsprechend weite Umsetzung sicherstellen müssen.

2. Zusätzlich Parteien anderer wesensgleicher Rechtsverhältnisse wie etwa Beamte

a) Debatte auf EU-Ebene um den persönlichen Anwendungsbereich

Mit den Arbeitsvertragsinhabern wird der persönliche Anwendungsbereich der Arbeitsbedingungenrichtlinie nicht ausgeschöpft. Art. 1 II verlangt in seiner Alt. 2 zusätzlich, dass die Richtlinie auf Arbeitnehmer als Partei eines Arbeitsverhältnisses angewandt wird. Die vollständige Bestimmung lautet:

„In dieser Richtlinie werden die Mindestrechte festgelegt, die für jeden Arbeitnehmer in der Union gelten, 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.“

Die Bestimmung des persönlichen Anwendungsbereichs war zwischen den EU-Institutionen umstritten. Kommission und Parlament wollten die unionsautonome Begriffsbestimmung zur Geltung bringen. Danach ist bekanntlich wesentliches Merkmal eines Arbeitsverhältnisses, dass jemand während

5 Art. 21 I 1, Art. 24 S. 1.

6 European Commission, SWD (2017) 205 final, 3 f.

7 Erwägungen 5, 8, 39; Dok KOM (2017) 797 final/2, 2.

8 Lörcher, AuR 2017, 387; Wixforth, Soziale Sicherheit 2018, 49.

9 Erwägungen 2 und 3.

10 Vgl. Erwägung 51.

11 Erwägung 5; Dok KOM (2017) 797 final/2, 3 und 10.

12 Vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:2007:37 = NZA 2007, 193 Rn. 37 – *Confédération générale du travail*.

13 Dok KOM (2017) final/2, 3; vgl. Erwägung 11.

14 § 1 Nr. 2 NachwG aF, aufgegeben durch BGBI. I 1999, 388 mit Wirkung zum 1.4.1999.

15 § 1 S. 1 NachwG.

einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält.¹⁶ Dieser Begriff ist weiter als das bundesdeutsche Verständnis vom Arbeitnehmer als Inhaber eines Arbeitsvertrags. Nach unionsrechtlichem Verständnis kann die persönliche und weisungsgebundene Tätigkeit auf anderen Rechtsgründen als einem Arbeitsvertrag beruhen, Weisungsgebundenheit wird über den Bereich der persönlichen Abhängigkeit hinaus angenommen.¹⁷

Der Rat hat sich der Aufnahme einer entsprechend ausformulierten Definition widersetzt und auf Bezugnahmen auf die jeweiligen mitgliedstaatlichen Begriffsverständnisse gedrungen.¹⁸ In diesem Sinne hat die Bundesrepublik bei der Verabschiedung im Rat eine Erklärung zu Protokoll gegeben, wonach der Arbeitsverhältnisbegriff nicht unionsweit einheitlich auszulegen sei, sondern es in erster Linie die Mitgliedstaaten seien, die das Arbeitsverhältnis und damit den Anwendungsbereich der Arbeitsbedingungenrichtlinie entsprechend ihren jeweiligen nationalen Regelungen definieren würden.¹⁹

b) Folgen für die Umsetzung

Der Frage, ob diese Auffassung zutrifft oder nicht doch der unionsautonom bestimmte Arbeitnehmerbegriff maßgeblich sein wird, soll hier nicht nachgegangen werden. Die verbindliche Entscheidung über die Auslegung von Art. 1 II ist dem *EuGH* vorbehalten.

Jedenfalls dürfte die praktische Relevanz der Auslegungsfrage beschränkt bleiben. Auch bei Abstellen auf das jeweilige nationale Begriffsverständnis können die Mitgliedstaaten die Anwendung nicht ausnahmslos auf Arbeitsvertragsparteien begrenzen. Dies folgt aus der zu der ähnlich formulierten Abgrenzungsvorschrift zum Anwendungsbereich der Teilzeitrichtlinie ergangenen Rechtsprechung des *EuGH* in der Rechtssache O'Brien. Dort hat der *Gerichtshof* ausgeführt, dass das durch einen entsprechenden Verweis den Mitgliedstaaten eingeräumte Definitionsermessen nicht unbegrenzt sei. Die Mitgliedstaaten müssten die praktische Wirksamkeit der Unionsmaßnahme und die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts wahren,²⁰ darunter insbesondere den allgemeinen Gleichheitssatz, wie er in Art. 20 Grundrechtecharta verankert sei.²¹ Ob ein Rechtsverhältnis in den Anwendungsbereich einzubeziehen sei, hänge davon ab, ob es seinem Wesen nach erheblich anders sei als dasjenige, das zwischen Arbeitgebern und Beschäftigten bestehe, die nach dem nationalen Recht zur Kategorie der Arbeitnehmer gehörten.²²

Bereits dieses Verbot willkürlicher Ausnahmen – in der angesprochenen Protokollerklärung anerkannt – begründet eine weitgehende Kontrolle durch das Unionsrecht, die *de facto* den nationalen Arbeitnehmerbegriff um Beschäftigtengruppen erweitert, die zuvor nicht erfasst waren.²³ Letztlich führt es zu einer semi-unionsautonomen Begriffsbestimmung.²⁴ Eine entsprechende Prüfung, ob ein Ausschluss willkürlich sein würde, ist für alle „üblichen Verdächtigen“ vorzunehmen, für die eine Einbeziehung in den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff trotz anderweitiger nationaler Betrachtung diskutiert wird, beispielsweise Beamte,²⁵ GmbH-Geschäftsführer²⁶ und Praktikanten,²⁷ behinderte Menschen in Werkstätten²⁸ oder DRK-Schwestern.²⁹ Ebenso wird die Einbeziehung neuartiger Beschäftigungsformen zu prüfen sein. Erwägung 8 nennt Arbeitnehmer, die auf Online-Plattformen beschäftigt sind, als mögliche Adressaten der Richtlinie.

Sicher auszuschließen bleibt die tatsächlich selbstständige Person. Auch unter Beachtung der Richtlinienziele unterscheidet sie sich wesentlich. Sie fällt nicht als Arbeitnehmer in den Anwendungsbereich der Arbeitsbedingungenrichtlinie. Erwägung 8 anerkennt das ausdrücklich.

Dem Arbeitsvertragsverhältnis wesensgleiche Rechtsverhältnisse müssen die Mitgliedstaaten als Arbeitsverhältnisse im unionsrechtlichen Sinne in die Anwendung einbeziehen, ohne dass dem eine im nationalen Recht vorzunehmende Zuordnung zu einem anderen Rechtsverhältnistypus entgegenstehe. So werden zB Beamte insbesondere wegen der festgelegten Dienstzeiten und der Weisungsgebundenheit auch bei Abstellen auf eine gebundene mitgliedstaatliche Definitionskompetenz erfasst. Die Einschränkungsmöglichkeit in Art. 1 VI ausdrücklich für Beamte hat die grundsätzliche Anwendbarkeit auf Beamte zum Hintergrund.

III. Unterrichtungspflichten: Neuerungen bei Form, Zeitpunkt, Inhalt und Durchsetzung

1. Anpassungen bei Form und Zeitpunkt der Unterrichtung

Die „Unterrichtung über das Arbeitsverhältnis“ ist Gegenstand von Kapitel II der Richtlinie. Die Unterrichtungspflichten aus der Nachweisrichtlinie werden hinsichtlich Form, Fälligkeit, Inhalt und Durchsetzung fortentwickelt.

Für die Form ist zunächst mit Art. 3 eine Vorschrift aus den Allgemeinen Bestimmungen des Kapitels I einschlägig. Danach hat der Arbeitgeber die Informationen schriftlich zur Verfügung zu stellen. Zusätzlich zur Papierform wird die elektronische Form ausdrücklich zugelassen, allerdings unter bestimmten Vorgaben. Insbesondere muss das elektronische Dokument speicher- und druckbar sein. Unter Berücksichtigung der Vorgaben kann der Ausschluss der elektronischen Form durch § 2 I 3 NachwG aufgegeben werden.

Weitere Vorschriften zu Form und zur Frist finden sich in Art. 4 III und Art. 5. Bestimmte Informationen können durch Hinweis auf Rechtsvorschriften einschließlich Tarifverträgen erteilt werden. Ausdrücklich vorgesehen ist, dass die Information in einem oder mehreren Dokumenten erfolgen kann. Anders als in der Nachweisrichtlinie wird die Möglichkeit, durch einen schriftlichen Vertrag zu informieren, nicht mehr erwähnt. Soweit aber das Dokument den Formanforderungen genügt, der Vertrag also schriftlich oder

16 Doc KOM (2017), 797 final/2, Erwägung 7 und Art. 2 I (a) sowie S. 13; EP, Plenarsitzungsdokument A8-0355/2018 v. 26.10.2018, Änderungsanträge 11 und 51.

17 *Temming*, SR 2016, 158 (159 f.); *Wank*, EuZA 2018, 327 (335 ff.).

18 Ratsdokument 10299/18 v. 21.6.2018, Art. 1 II; 10054/18 v. 14.6.2018, 4f.

19 Ratsdokument 9327/19, ADD 1 v. 29.5.2019, 2. Ungarn hat die Erklärung unterstützt. Die Tschechische Republik hat eine insoweit gleichlautende Erklärung zu Protokoll gegeben.

20 *EuGH*, ECLI:EU:C:2012:110 = NZA 2012, 313 Rn. 34 – O'Brien.

21 Schlussanträge der GAin *Kokott* v. 17.11.2011 – C-393/10, ECLI:EU:C:2011:746 = BeckRS 2011, 81653 Rn. 41 – O'Brien.

22 *EuGH*, ECLI:EU:C:2012:110 = NZA 2012, 313 Rn. 42 – O'Brien.

23 *Uffmann*, EuZA 2012, 518 (526).

24 *Brose* in *Preis/Sagan*, Europäisches ArbR, 2. Aufl. 2019, Befristungsrecht Rn. 13.22.

25 *EuGH*, ECLI:EU:C:2012:263 = NVwZ 2012, 688 Rn. 23 ff. – Neidel.

26 *EuGH*, ECLI:EU:C:2010:674 = Slg. 2010, I-11435 = NZA 2011, 143 Rn. 39 ff. – Danosa; ECLI:EU:C:2015:574 = NZA 2016, 183 Rn. 34 ff. – Holtermann.

27 *EuGH*, ECLI:EU:C:2015:455 = NZA 2015, 861 Rn. 49 ff. – Balkaya.

28 *EuGH*, ECLI:EU:C:2015:200 = NZA 2015, 1444 Rn. 25 ff. – Fenoll.

29 *EuGH*, ECLI:EU:C:2016:883 = NZA 2017, 41 Rn. 25 ff. – Ruhrlandklinik und BAGE 158, 121 = NZA 2017, 662.

durch ein den Anforderungen entsprechendes elektronisches Dokument abgeschlossen ist, ist eine entsprechende Erfüllung der Informationspflichten zulässig.

Eine Lücke der Nachweisrichtlinie³⁰ adressiert Art. 5 III. Er stellt Anforderungen an die Zugänglichkeit der Vorschriften, auf die der Arbeitgeber in Erfüllung der Informationspflichten hinweist. Die Mitgliedstaaten müssen sicherstellen, dass diese Vorschriften einschließlich der Vorschriften aus für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen durch Fernkommunikationsmittel und auf elektronischem Wege zur Verfügung gestellt werden, darunter auf bestehenden Online-Portalen.

Eine wichtige Änderung betrifft die Fälligkeit. Sie wird durch Art. 5 I vorverlegt. Für den Großteil der in Art. 4 II aufgelisteten Gegenstände muss die Information bis zum siebten Kalendertag nach dem ersten Arbeitstag, verstanden als der tatsächliche Arbeitsbeginn,³¹ erfolgen. Die übrigen Informationen gem. Art. 4 II müssen innerhalb eines Monats nach dem ersten Arbeitstag erfolgen. § 2 I 1 NachwG, der von einer einheitlichen Frist von einem Monat ausgeht, wird anzupassen sein.

2. Generalklausel und erweiterter Katalog informationspflichtiger Gegenstände

a) Fortführung der Generalklausel

Art. 4 bestimmt den notwendigen Inhalt der Information. Jedenfalls informationspflichtige Gegenstände listet ein Katalog auf. Ergänzend ordnet eine Generalklausel an, dass die Arbeitgeber die Arbeitnehmer über die wesentlichen Aspekte des Arbeitsverhältnisses unterrichten müssen.

Gegenüber der Vorgängerregelung in Art. 2 I Nachweisrichtlinie ist der Begriff für mögliche Informationsgegenstände geändert. Vorbehaltlich ihrer Wesentlichkeit sind nicht mehr Punkte von Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis informationspflichtig, sondern Aspekte des Arbeitsverhältnisses. Hierin wird eine Erweiterung zu sehen sein. Deutlich wird, dass die Informationspflicht nicht auf in einer vertraglichen Vereinbarung geregelte Punkte beschränkt bleiben soll, sondern alle das Arbeitsverhältnis betreffenden Gesichtspunkte erfassen kann.

Für den Kommissionsvorschlag erschien zweifelhaft, ob die Generalklausel eigenständig und über den Katalog hinausgehend Informationspflichten begründen könnte.³² Hier hat der Trilog mit der Einfügung des Wortes „mindestens“ eine Klarstellung gebracht. An der Rechtsprechung des *EuGH* zur Vorgängerregelung in Art. 2 Nachweisrichtlinie³³ ist somit festzuhalten. Der Katalog der informationspflichtigen Gegenstände schränkt die allgemeine Pflicht nicht ein, über die wesentlichen Punkte des Arbeitsverhältnisses zu informieren.

Dementsprechend bleiben die Mitgliedstaaten verpflichtet, die Unterrichtungspflichten unterschiedlichen Informationsbedürfnissen anzupassen.³⁴ Die Generalklausel in § 2 I 1 NachwG behält ihren guten Sinn, erlaubt sie doch entsprechende Anpassungen durch die Rechtsprechung. Hinzuweisen ist darauf, dass die spezifischen Regelungen zur Information durch einen Hinweis auf Rechtsvorschriften, zur Fälligkeit der Informationen und zur Mitteilung von Änderungen in Art. 4 III, 5 und 6 dem Wortlaut nach – wie schon die Vorgängervorschriften aus der Nachweisrichtlinie³⁵ – auf die aufgelisteten Informationsgegenstände oder eine Auswahl davon beschränkt sind. Hier werden Fragen nach der An-

wendung auf sonst wesentliche Informationsgegenstände zu beantworten sein.

b) Ergänzungen beim Katalog informationspflichtiger Gegenstände

Durch die Arbeitsbedingungenrichtlinie soll die Liste informationspflichtiger Gegenstände aus der Nachweisrichtlinie angepasst werden, um den Entwicklungen auf dem Arbeitsmarkt und insbesondere der Zunahme atypischer Arbeitsformen Rechnung zu tragen.³⁶ Der erweiterte Katalog findet sich jetzt in Art. 4 II. Informationspflichtig werden zusätzlich: Dauer und Bedingungen einer Probezeit, ein Anspruch auf vom Arbeitgeber bereitgestellte Fortbildung,³⁷ die Aufschlüsselung der Information über die Vergütung nach Grundbetrag und etwa hinzukommenden Elementen sowie innerhalb der Grenzen der Verantwortlichkeit des Arbeitgebers die Identität des Sozialversicherungsträgers, der im Zusammenhang mit der Beschäftigung Beiträge erhält. Leiharbeiter müssen sobald als möglich über die Identität der entleihenden Unternehmen informiert werden.

Deutlich ausgebaut werden die Informationspflichten wegen der Arbeitszeiten. Insbesondere geschützt werden die Arbeitnehmer, deren Arbeitszeiten völlig oder größtenteils unvorhersehbar sind.³⁸ Sie sind durch einen Hinweis auf den grundsätzlich variablen Arbeitsplan zu warnen. Ihnen sind mitzuteilen die Anzahl der garantierten bezahlten Stunden, die Vergütung zusätzlich erbrachter Arbeiten, Referenzstunden und -tage als mögliche Zeiten für Arbeitseinteilungen, Mindestankündigungsfristen und eventuelle Möglichkeiten, den Abruf zu widerrufen.

Die Bestimmung zu zusätzlichen Unterrichtspflichten gegenüber ins Ausland gesandten Arbeitnehmern in Art. 7 wird ebenfalls erweitert. Hervorzuheben ist die für entsandte Arbeitnehmer vorgeschriebene Information über den Link zur „einzigen offiziellen nationalen Webseite“ iSv Art. 5 Durchsetzungsrichtlinie.³⁹ Aufgabe dieser vom Aufnahmestaat einzurichtenden Webseite ist es, über die im Rahmen von Art. 3 Entsenderichtlinie auf dorthin entsandte Arbeitnehmer anzuwendenden Arbeitsbedingungen zu informieren. Mit Hilfe der Angabe zur Web-Adresse und den dort abrufbaren Informationen können die entsandten Arbeitnehmer die gewährten Arbeitsbedingungen auf die Einhaltung der Entsenderichtlinie überprüfen.

3. Neue Informationspflichten über das Kündigungsverfahren einschließlich Klagefrist

a) Informationspflicht wegen Schriftform-erfordernissen

Bedeutende Erweiterungen betreffen die Unterrichtungspflichten im Zusammenhang mit der Kündigung. Art. 2 II

30 Vgl. *Friese*, EAS B 3050, Stand: März 2010 Rn. 45; *EUArbR/Kolbe*, 2. Aufl. 2018, RL 91/533/EWG, Art. 2 Rn. 56.

31 Erwägung 23.

32 *Maul-Sartori*, ZESAR 2018, 369 (370).

33 *EuGH*, ECLI:EU:C:2001:84 = Slg. 2001, I-1061 = NZA 2001, 381 Rn. 21 f. – Lange.

34 *Maul-Sartori*, Europäische arbeitsverhältnisbezogene Informationspflichten, 2008, 158 f.

35 *Friese*, EAS B 3050 Rn. 47, 52, 55; *EUArbR/Kolbe*, RL 91/533/EWG, Art. 2 Rn. 56, Art. 3 Rn. 10, Art. 5 Rn. 2.

36 Erwägung 15.

37 Vgl. Erwägung 17.

38 Die Abgrenzung ist einigermaßen kompliziert. Die Regelung stellt auf völlig oder größtenteils unvorhersehbare Arbeitsmuster ab, verstanden als „die Organisationsform der Arbeitszeit nach einem bestimmten Schema, das vom Arbeitgeber festgelegt wird.“ Art. 2 Buchst. c.

39 RL 2014/67/EU, ABl. 2014 L 159, 11.

Buchst. g Nachweisrichtlinie zählt die Kündigungsfristen zu den informationspflichtigen Punkten. Art. 4 II Buchst. j verlangt darüber hinaus die Unterrichtung über „das bei der Kündigung des Arbeitsverhältnisses vom Arbeitgeber und vom Arbeitnehmer einzuhaltende Verfahren, einschließlich der formellen Anforderungen“.

Zu den erfassten formellen Anforderungen gehört die für den Ausspruch der Kündigung vorgeschriebene Schriftform. Für das bundesdeutsche Recht wird das diesbezügliche Schriftformerfordernis aus § 623 BGB informationspflichtig. Der Arbeitgeber wird den Arbeitnehmer darüber unterrichten müssen, dass eine Kündigung von beiden Vertragsparteien schriftlich zu erklären ist.

Unterrichtungspflichtig wird außerdem das ebenfalls in § 623 BGB geregelte Schriftformerfordernis für Auflösungsverträge. Hierfür spricht der Vergleich mit der englischen und französischen Sprachfassung, die beide allgemeiner von der Beendigung des Arbeitsverhältnisses sprechen.⁴⁰ Der Katalog informationspflichtiger Gegenstände im NachwG wird also um die für Kündigung und Auflösungsvertrag vorgeschriebene Schriftform zu ergänzen sein.

b) Warnpflicht vor dreiwöchiger Klagefrist für Kündigungsschutzklage

Kontroverse Diskussionen stehen dazu zu erwarten, ob der Arbeitgeber über die dreiwöchige Klagefrist informieren muss, wie sie § 4 KSchG für Kündigungsschutzklagen aufstellt. Erwägung 18 formuliert sybillinisch:

„Es sollte möglich sein, dass die Angaben zu dem bei der Kündigung des Arbeitsverhältnisses einzuhaltenden Verfahren die Frist für die Einreichung einer Klage gegen die Kündigung enthalten.“

Hierin ist nicht bloß die unionsrechtliche Zulassung erweiterter Informationen zu sehen. Vielmehr ist Erwägung 18 als verbindliche Auslegung zu verstehen, dass Klagefristen für Kündigungsschutzklagen zu dem informationspflichtigen Verfahren bei Kündigung des Arbeitsverhältnisses gehören können. Dies spiegelt die oben angesprochene Erweiterung der informationspflichtigen Gegenstände durch die Änderung des Wortlauts der Generalklausel. Während eine Einordnung gesetzlicher Klagefristen als Punkt des Arbeitsvertrags oder Arbeitsverhältnisses eher fern lag, erscheint eine Betrachtung als Aspekt des Arbeitsverhältnisses zwanglos möglich.

Ob ein Mitgliedstaat entsprechende Informationspflichten umsetzen muss, entscheidet sich – wie für die Bestimmung sonst wesentlicher Punkte als Gegenstand von Informationspflichten aus der Generalklausel⁴¹ – anhand der Bedeutung. Für das bundesdeutsche Arbeitsrecht dürfte die Klagefrist in § 4 KSchG wegen ihrer Spezifität und drastischen Kürze von hervorgehobener Bedeutung sein. Sie erfüllt das weithin verwandte Kriterium für die Wesentlichkeit iSv § 2 I NachwG, nämlich die Notwendigkeit zur Geltendmachung von Arbeitnehmerrechten und das Drohen erheblicher Nachteile bei Unkenntnis.⁴² Kenntnis von der Klagefrist ist für den Arbeitnehmer zur Geltendmachung seiner Schutzrechte gegen eine Kündigung notwendig, damit er diese Rechte nicht infolge Versäumung der Klagefrist verliert.

Der Informationspflicht steht nicht entgegen, dass die Klagefrist gesetzlich geregelt ist. Die Regelung in Art. 4 III, wonach durch einen Hinweis auf gesetzliche Vorschriften

informiert werden kann, macht deutlich, dass auch gesetzlich geregelte Aspekte erfasst sein können. Zwar wird zutreffend darauf hingewiesen, dass besondere Zurückhaltung geboten ist, wenn es um die Informationspflichtigkeit gesetzlich geregelter Arbeitsbedingungen geht.⁴³ Unter den gesetzlich geregelten Aspekten des Arbeitsverhältnisses sticht aber die Klagefrist gerade wegen ihrer Spezifität und Drastik hervor. Die Annahme einer diesbezüglichen Informationspflicht ist daher kein Präzedenz, das eine überbordende Ausdehnung der Informationspflichten und damit einhergehende Überforderung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer nach sich zöge.

Im Ergebnis folgt, dass die Arbeitsbedingungenrichtlinie eine Information des Arbeitnehmers über die Klagefrist nach § 4 KSchG verlangt. Der Katalog des NachwG sollte entsprechend angepasst werden. Der Arbeitgeber wird nicht dazu verpflichtet werden müssen, der Kündigung eine Rechtsmittelbelehrung beizufügen.⁴⁴ Erforderlich wird aber ein Hinweis in Arbeitsvertrag oder Nachweis, dass im Falle einer arbeitgeberseitigen Kündigung die dreiwöchige Klagefrist ab Zugang der Kündigung zu beachten ist, falls der Arbeitnehmer deren Unwirksamkeit geltend machen will.

c) Mitteilungspflicht wegen Kündigungsgründen

Eine besondere Informationspflicht zu Kündigungsgründen ist in Kapitel IV in Art. 18 II enthalten. Danach können Arbeitnehmer, die der Ansicht sind, ihnen sei aufgrund der Inanspruchnahme von Rechten aus der Arbeitsbedingungenrichtlinie gekündigt worden oder sie seien deshalb Maßnahmen mit gleicher Wirkung ausgesetzt, vom Arbeitgeber verlangen, dass er hinreichend genau bezeichnete Gründe für die Kündigung oder die Maßnahme mit gleicher Wirkung anführt. Der Arbeitgeber hat diese Gründe schriftlich darzulegen. Eine ähnliche Bestimmung enthält Art. 12 II der ebenfalls jüngst verabschiedeten Richtlinie zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben.⁴⁵

Für das bundesdeutsche Recht räumt § 626 II 3 BGB einen Mitteilungsanspruch wegen der Kündigungsgründe ein. Danach muss der Kündigende dem anderen Teil auf Verlangen den Kündigungsgrund unverzüglich schriftlich mitteilen. Diese Vorschrift ist allerdings auf die außerordentliche Kündigung von Dienstverhältnissen einschließlich Arbeitsverhältnissen beschränkt.

Die Umsetzung der neuen unionsrechtlichen Begründungspflicht könnte erfolgen, indem für Arbeitnehmer der Mitteilungsanspruch wegen der Gründe auf die ordentliche Kündigung sowie Maßnahmen mit gleicher Wirkung⁴⁶ erweitert wird. Würde ein Maßregelungsverdacht im Sinne der Richtlinienvorschrift als tatbestandliche Voraussetzung ergänzt, bliebe der Anspruch an einen Zusammenhang mit der Ausübung eines geschützten Rechts gebunden.

40 „where their employment relationship is terminated“; „en cas de cessation de leur relation de travail“.

41 Vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:2001:84 = Slg. 2001, I-1061 = NZA 2001, 381 Rn. 23 – Lange.

42 *HWK/Kliemt*, ArbR, 8. Aufl. 2018, NachwG, § 2 Rn. 3; *Linde/Lindemann*, NZA 2003, 649 (651).

43 *EUArbR/Kolbe*, RL 91/533/EWG, Art. 2 Rn. 8.

44 Vgl. *APS/Hesse*, KSchG, 5. Aufl. 2017, § 5 Rn. 16.

45 RL 2019/1158/EU, ABl. 2019 L 188, 79.

46 Erwägung 43 nennt als Bsp. für eine der Kündigung vergleichbare Benachteiligung, dass ein auf Abruf tätiger Arbeitnehmer keine Arbeit mehr zugewiesen bekommt. Ebenfalls in Betracht kommt die Nichtverlängerung eines befristeten Arbeitsvertrags.

4. Neue Rechtsfolgen: Unwirksamkeit des Arbeitsabrufs und Vermutungsregelungen

a) Die Information als Wirksamkeitsvoraussetzung des Arbeitsabrufs

Neue Regelungen zu den Rechtsfolgen der Versäumung der Informationspflicht sind in Kapitel IV enthalten, darunter die Anordnung der Unverbindlichkeit eines nicht richtliniengemäßen Arbeitsabrufs.

Für die Nachweisrichtlinie gilt der Grundsatz, dass die Missachtung der Unterrichtungspflicht nicht die Unwirksamkeit einer unterrichtungspflichtigen Vereinbarung zur Folge hat. Die Nachweisrichtlinie ordnet keine konstitutive Schriftform an.⁴⁷ Keine ihrer Bestimmungen gebietet es, einen wesentlichen Punkt des Arbeitsvertrags oder des Arbeitsverhältnisses, der nicht oder nicht hinreichend genau in einem dem Arbeitnehmer ausgehändigten Schriftstück aufgeführt ist, als unwirksam zu betrachten.⁴⁸

Die Arbeitsbedingungenrichtlinie bringt eine Ausnahme zu diesem Grundsatz. Art. 10 sieht für Arbeitsverhältnisse mit völlig oder größtenteils unvorhersehbaren Arbeitszeiten vor, dass Arbeitnehmer einen Arbeitseinsatz verweigern dürfen, den der Arbeitgeber nicht unter Beachtung der zuvor mitgeteilten unterrichtungspflichtigen Rahmenbedingungen angewiesen hat.⁴⁹ Ein Arbeitsabruf soll demnach für den Arbeitnehmer nur dann verpflichtend sein, wenn die abgerufenen Arbeitszeiten innerhalb der mitgeteilten Referenzstunden und -tage liegen und die mitgeteilte Ankündigungsfrist beachtet ist. Diese besondere Rechtsfolge bedarf der Umsetzung.

b) Vermutungen zugunsten des Arbeitnehmers

Versäumt der Arbeitgeber Informationspflichten nach dem NachwG, so kann sich das in einem Rechtsstreit auf die gerichtliche Tatsachenfeststellung auswirken. Die Nichterteilung des Nachweises ist einer Beweisvereitelung gleichzustellen.⁵⁰ In Anlehnung an die einschlägigen Grundsätze nimmt die Rechtsprechung Beweiserleichterungen zugunsten des Arbeitnehmers an, die bis zur Beweislastumkehr führen können.⁵¹ Eine solche Vorgehensweise ist aber von der Nachweisrichtlinie weder vorgeschrieben noch verboten.⁵² Aus dem dort in Art. 6 geregelten Vorbehalt zugunsten der mitgliedstaatlichen Beweisregelungen folgte, dass das Unionsrecht eine Sanktion der Unterrichtungsversäumung durch spezifisch beweisrechtliche Maßnahmen nicht erforderte.⁵³

Insofern bringt die Arbeitsbedingungenrichtlinie Änderungen. Den Vorbehalt zugunsten des mitgliedstaatlichen Beweisrechts führt sie nicht fort. Vielmehr sieht Art. 15 ausdrücklich beweisrechtliche Folgen der Informationsversäumung vor. Der Arbeitnehmer soll – eventuell nach einer vorherigen Anmahnung der Unterrichtung – in den Genuss von für ihn günstigen widerleglichen Vermutungen kommen, wenn der Arbeitgeber die Informationen zu den nach dem Katalog aus Art. 4 II informationspflichtigen Aspekten nicht fristgerecht erteilt. Gleiches soll gelten, falls die durch Art. 6 vorgegebene Information über Änderungen nicht erfolgt.

Die Regelung gehört zu den Maßnahmen, mit denen der Unionsgesetzgeber der unzureichenden Durchsetzung der Nachweisrichtlinie⁵⁴ begegnen will.⁵⁵ Zwar verbleibt den Mitgliedstaaten die Wahl. In Art. 15 I Buchst. b ist alternativ die Bereitstellung einer qualifizierten Beschwerdemöglichkeit vorgesehen. Gegenüber dem dort vorgegebenen behördlichen Verfahren ist aber die Einführung von Vermutungen vorzuzugwürdig.

Gesetzliche Vermutungen bestehen aus Vermutungsbasis und Vermutungsfolge. Geregelt wird, dass das Gericht aus der Feststellung der Vermutungsbasis auf die Vermutungsfolge, die vermutete Tatsache oder das vermutete Recht, zu schließen hat. Im Falle widerleglicher Vermutungen – § 292 ZPO erklärt dies für durch Gesetz aufgestellte Vermutungen zum Regelfall – kann der Prozessgegner den Schluss verhindern, indem er das Gegenteil beweist. Dazu muss das Gericht im Wege freier Beweiswürdigung die volle Überzeugung vom Gegenteil der Vermutung gewinnen.⁵⁶ Für das deutsche Zivilverfahrensrecht sind gesetzliche Vermutungen besondere Normen der Beweislastverteilung, die bei ihrer Auslösung die Beweislast umkehren.⁵⁷

Für eine allgemeine Vermutungsregelung würde Vermutungsbasis die Versäumung einer Unterrichtungspflicht sein. Zu den Vermutungsfolgen enthält Erwägung 39 Beispiele: das Vorhandensein eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses, das Fehlen einer Probezeit oder das Innehaben einer Vollzeitstelle. Der Kommissionsvorschlag enthielt entsprechende Regelungen noch im verfügbaren Teil.⁵⁸ Aus dessen Abänderung ist darauf zu schließen, dass die Vermutungsfolgen weit zu fassen sind. Der Sanktionszusammenhang spricht dafür, für die Vermutungsfolge allgemein auf das Vorbringen des Arbeitnehmers zu dem in Streit geratenen Aspekt abzustellen, zu dem die vorgeschriebene Unterrichtung nicht fristgerecht erfolgt ist.

Die Einführung einer entsprechenden Regelung würde die Beweislast für die Widerlegung der Vermutung dem informationssäumigen Arbeitgeber zuweisen. Es käme zu einer Beweislastumkehr dort, wo ansonsten der Arbeitnehmer wegen der Vermutungsfolge darlegungs- und beweispflichtig wäre. Dies ist etwa für die vereinbarte Vergütungshöhe oder den Umfang einer vereinbarten Teilzeitbeschäftigung jeweils als rechtsbegründende Tatsache der Fall. Die Auslösung der Vermutung hätte zur Folge, dass der Arbeitgeber das Vorliegen der von ihm geltend gemachten Vereinbarung eines geringeren Entgelts oder eines geringeren Wochenstundenumfangs als vom Arbeitnehmer behauptet darlegen und bei hinreichendem Bestreiten beweisen müsste. Ein Unterschied zur bisherigen Rechtslage würde darin bestehen, als die Beweislastumkehr obligatorisch sein würde und nicht mehr wie bei Anwendung der Grundsätze der Beweisvereitelung ein mögliches Ergebnis der freien Würdigung aller Umstände durch das Gericht.⁵⁹

47 BAG, NZA 1998, 37.

48 EuGH, ECLI:EU:C:2001:84 = Slg. 2001, I-1061 = NZA 2001, 381 Rn. 29 – Lange.

49 Im Hinblick auf die ausdr. Bezugnahme in Art. 10 I Buchst. b auf die einschlägige Informationspflicht dürfte die Ankündigungsfrist für Arbeitseinsätze umfasst sein.

50 ErfK/Preis, 19. Aufl. 2019, NachwG, § 2 Rn. 48; HWK/Kliemt, NachwG, Vorb. Rn. 44.

51 Vgl. LAG Düsseldorf, Urt. v. 20.10.2015 – 8 Sa 1091/13, BeckRS 2016, 67724 Rn. 77; LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 10.5.2007 – 11 Sa 25/07, BeckRS 2007, 46012, Ls. 1; LAG Niedersachsen, NZA-RR 2003, 520 Rn. 43 f.; LAG Köln, NZA 1999, 545.

52 EuGH, ECLI:EU:C:2001:84 = Slg. 2001, I-1061 = NZA 2001, 381 Rn. 35 – Lange.

53 Maul-Sartori, Europäische arbeitsverhältnisbezogene Informationspflichten, 2008, 298.

54 Däubler, NZA 1992, 577 (578).

55 Erwägung 39; Dok KOM (2017) 797 final/2, 17 zu Art. 14.

56 Zöller/Greger, ZPO, 32. Aufl. 2018, § 292 Rn. 2.

57 MüKoZPO/Prütting, 5. Aufl. 2016, ZPO § 292 Rn. 26; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Aufl. 2008, § 292 Rn. 8.

58 Dok KOM (2017) 797 final/2, Art. 14 Buchst. a.

59 Vgl. Musielak/Voit/Foerste, ZPO, 16. Aufl. 2019, § 286 Rn. 63; HWK/Kliemt, NachwG, Vorb. Rn. 44.

IV. Mindestanforderungen bei Probezeiten, Nebentätigkeitsverboten, Abrufarbeit

1. Höchstdauer für Probezeiten

Anders als die Nachweisrichtlinie ist die Arbeitsbedingungenrichtlinie nicht auf Informationsrechte beschränkt. Kapitel III, das mit „Mindestanforderungen an die Arbeitsbedingungen“, überschrieben ist, enthält inhaltliche Festlegungen zu einzelnen Mindestrechten. Betroffen ist eine Reihe von Punkten, die aber allesamt nicht zu den zentralen Arbeitsbedingungen zählen. Vorgestellt werden sollen Art. 8–11 und die dort enthaltenen Bestimmungen zur Höchstdauer von Probezeiten, zur Einschränkung von Nebentätigkeitsverboten und zu Abrufarbeit.⁶⁰

Art. 8 gibt eine Höchstdauer für Probezeiten vor. Dort, wo ein Arbeitsverhältnis einer Probezeit unterworfen ist, soll sie sechs Monate nicht überschreiten. Längere Probezeiten können ausnahmsweise vorgesehen werden, wenn dies durch die Art der Beschäftigung gerechtfertigt oder im Interesse des Arbeitnehmers ist. Bei befristeten Arbeitsverhältnissen muss die Probezeitdauer im Verhältnis zur erwarteten Dauer des Vertrags und der Art der Tätigkeit stehen.

Für das bundesdeutsche Arbeitsvertragsrecht bestimmt § 622 III BGB, das während einer vereinbarten Probezeit das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von nur zwei Wochen gekündigt werden kann. Die neue unionsrechtliche Vorgabe zur Höchstdauer ist dort eingehalten. Die vereinbarte Probezeit darf längstens sechs Monate betragen.

Umsetzungsbedarf begründet dagegen die Anforderung zur Verhältnismäßigkeit der Probezeitdauer. Eine Anpassung an die vorhersehbare Vertragsdauer oder die Art der Tätigkeit ist in § 622 III BGB nicht geregelt. Die Vorschrift wird von der Rechtsprechung dahin ausgelegt, dass die Vereinbarung einer Probezeit auch in befristeten Arbeitsverhältnissen unter Beachtung der Sechsmonatsgrenze wirksam ist. Die einzelfallbezogene Anpassung der Höchstdauer lehnt das BAG ab.⁶¹

Welche Höchstdauer proportional zu der zu erwartenden Vertragsdauer bleibt, ist in Art. 8 oder der dazugehörigen Erwägung 28 nicht konkret bestimmt. Das Europäische Parlament hatte in dem zugrunde liegenden Änderungsantrag auf befristete Beschäftigung mit einer Dauer von weniger als einem Jahr gezielt und von 25 % der erwarteten Vertragsdauer gesprochen.⁶² Dies würde bedeuten, dass zB für den auf sechs Monate befristeten Vertrag eine Probezeit von längstens 1,5 Monaten erlaubt werden dürfte.

2. Einschränkung von Nebentätigkeitsverboten

Art. 9 enthält eine Regelung zu Mehrfachbeschäftigung. Dort werden die Mitgliedstaaten verpflichtet sicherzustellen, dass ein Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nicht verbietet, außerhalb der Arbeitszeiten eine Beschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber aufzunehmen. Arbeitgeber dürfen weiterhin Unvereinbarkeitskriterien festlegen. Diese müssen aber auf objektiven Gründen beruhen, wie zB Sicherheit und Gesundheitsschutz, Schutz von Geschäftsgeheimnissen, Integrität des öffentlichen Dienstes oder Vermeidung von Interessenkonflikten.

Hierin dürfte gegenüber der bundesdeutschen Rechtslage nicht unbedingt eine Verschärfung liegen. Bei der Vereinbarung von Nebentätigkeitsverboten sind Arbeitnehmer bereits jetzt durch Art. 12 GG bzw. § 307 BGB geschützt.⁶³ Allerdings würde die Umsetzung durch eine konkrete Vorschrift der Rechtssicherheit und der Transparenz dienen.

3. Mindestankündigungsfrist für Arbeitsabrufe, Verhinderung des Missbrauchs von Abrufarbeit

Die bereits angesprochene Regelung zu (größtenteils) unvorhersehbaren Arbeitszeiten enthält zusätzlich zur Unverbindlichkeitsfolge bei ungenügender Information eine materielle Anforderung. Art. 10 I Buchst. b verlangt, dass die Mindestankündigungsfrist für Arbeitseinsätze angemessen ist. Gemäß Erwägung 32 S. 2 darf dabei die Länge der Ankündigungsfrist je nach den Erfordernissen des betreffenden Sektors unterschiedlich sein, doch muss ein angemessener Schutz der Arbeitnehmer sichergestellt sein.

Die im bundesdeutschen Recht in § 12 III TzBfG bestehende Festsetzung der Ankündigungsfrist auf mindestens vier Tage dürfte einen solchen angemessenen Schutz darstellen. Machen Tarifvertragsparteien von der ihnen in § 12 VI TzBfG eingeräumten Abweichungsbefugnis zuungunsten der Arbeitnehmer Gebrauch, so wird es ihnen obliegen, für den betroffenen Sektor den angemessenen Arbeitnehmerschutz sicherzustellen.

Art. 11 verpflichtet die Mitgliedstaaten, den Missbrauch von Abrufarbeitsverträgen und ähnlichen Arbeitsverträgen zu unterbinden. Was mit Abrufarbeitsverträgen gemeint ist, wird in Erwägung 35 näher beschrieben: Verträge, die dem Arbeitgeber die Flexibilität einräumen, den Arbeitnehmer nach Bedarf zur Arbeit aufzufordern. Ausdrücklich erfasst sind Null-Stunden-Verträge.

Bei der Missbrauchsunterbindung haben die Mitgliedstaaten die Wahl. Mögliche Maßnahmen sind: Beschränkungen von Anwendung und Dauer, die Einführung einer widerlegbaren Vermutung, dass ein Arbeitsvertrag mit einer Mindeststundenzahl abgeschlossen ist oder andere gleichwertige Maßnahmen. Die Nennung mehrerer Möglichkeiten der Missbrauchsbekämpfung ähnelt dem Vorgehen in der Befristungsrichtlinie, dort § 5 des Anhangs. Die einschlägige Rechtsprechung⁶⁴ erscheint übertragbar. Danach stünde es im Ermessen der Mitgliedstaaten, ob sie zur Verhinderung von missbräuchlichen Praktiken eine oder beide der beschriebenen Maßnahmen ergreifen bzw. auf andere gleichwertige Maßnahmen zurückgreifen.

Im bundesdeutschen Arbeitsrecht findet sich eine – jüngst weiterentwickelte⁶⁵ – Regelung zu Abrufarbeit in § 12 I 2–4 TzBfG. Danach muss die Vereinbarung von Abrufarbeit eine bestimmte Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit festlegen. Ist die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit nicht festgelegt, gilt eine Arbeitszeit von 20 Stunden als vereinbart. Anders als in Art. 11 Buchst. b wird zwar nicht auf die Durchschnittsarbeitszeit für einen vergangenen Zeitraum abgestellt. Zusammen mit der Regelung zu dem höchstzulässigen Mehr- oder Minderabruf in § 12 II TzBfG dürfte die Festlegung des fixen Arbeitszeitumfangs aber eine gleichwer-

60 Daneben sieht Kap. III in Art. 12 eine Verpflichtung des Arbeitgebers vor, Nachfragen des Arbeitnehmers nach einer anderen Arbeitsform zu beantworten, in Art. 13 Verpflichtungen hins. des kostenlosen Angebots von Pflichtfortbildungen.

61 BAGE 125, 325 = NZA 2008, 521 Rn. 14 ff.

62 EP, A8-0355/2018, Änderungsantrag 91.

63 Dazu *Staudinger/Krause*, BGB, 2013, Anhang zu § 310 Rn. 210; *Schaub/Linck*, ArbR-HdB, 17. Aufl. 2017, § 42 Rn. 10; *HWK/Thüsing*, ArbR, 7. Aufl. 2016, BGB, § 611 Rn. 370 ff.

64 *EuGH*, ECLI:EU:C:2008:223 = Slg. 2008, I-2533 = NZA 2008, 581 Rn. 71 – Impact; *EuGH*, Urt. v. 3.7.2014 – C-362/13, ECLI:EU:C:2014:2044 = BeckRS 2014, 81092 Rn. 59 – Fiamingo.

65 Gesetz zur Weiterentwicklung des Teilzeitrechts – Einführung einer Brückenteilzeit, BGBl. I 2018, 2384.

tige Maßnahme zur Missbrauchsbekämpfung iSv Art. 11 Buchst. b sein.

V. Bewertung

1. Die Arbeitsbedingungenrichtlinie wird an den proklamierten Zielen zu messen sein. Ihre Evaluation ist in Art. 23 programmiert. Jedenfalls Teilerfolge sind zu erwarten. Was die für die Nachweisrichtlinie festgestellten Mängel angeht: Das Drohen nachteiliger Vermutungsregelungen oder die Unverbindlichkeit von Arbeitsabrufen mangels ausreichender Information kann den Arbeitgeber zur verbesserten Beachtung der Unterrichtungspflichten anhalten. Die Einschränkung der Ausnahmemöglichkeiten und die Einbeziehung wesensgleicher Rechtsverhältnisse wird die Reichweite der Informationsrechte verbessern.

2. Im Blick auf die in den Erwägungsgründen wiedergegebenen Grundsätze der ESSR ist zunächst zu unterstreichen, dass die Informationsrechte grundlegend modernisiert werden. Die angepassten Unterrichtungspflichten zB bei Entsendung, unvorhersehbaren Arbeitszeiten oder Abrufarbeit erscheinen in der Lage, einen praktischen Fortschritt zu bringen. Sie bieten so eine Gelegenheit, das oft proklamierte Soziale Europa erfahrbar zu machen.

3. Wegen des in ESSR und den Erwägungen zur Richtlinie deutlich angesprochenen Kündigungsschutzes macht die Richtlinie ebenfalls Änderungen erforderlich. Die Informa-

tion über die formellen Anforderungen an die Kündigung und die Information über die Klagefrist für die Kündigungsschutzklage dürften das Potenzial haben, die Durchsetzung der im Kündigungsschutz bereits bestehenden Arbeitnehmerrechte zu verbessern. Ein Anspruch auf Mitteilung von Kündigungsgründen könnte hilfreich für den Arbeitnehmer werden, der in einem gerichtlichen Verfahren den tragenden Beweggrund für die von ihm als maßregelnd angegriffene Kündigung des Arbeitgebers darlegen muss.⁶⁶

4. Modernisierung der Informationspflichten und die neuen punktuellen Schutzrechte bedeuten einen Anpassungsbedarf im bundesdeutschen Arbeitsrecht. Hierfür ist die Arbeitsbedingungenrichtlinie derzeit sicherlich nicht der einzige aus dem Unionsrecht herrührende Anlass. Weitere Entwicklungen, zB die Richtlinie zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben oder die jüngere Rechtsprechung des *EuGH* zum Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub, machen entsprechende Überlegungen erforderlich. Wie bereits nach der Verabschiedung der Nachweisrichtlinie⁶⁷ gilt: Das Unionsarbeitsrecht ist auf dem Vormarsch. Es wird in absehbarer Zeit für das bundesdeutsche Arbeitsrecht weitere Änderungen bringen. ■

⁶⁶ Vgl. *BAGE* 160, 296 = *NZA* 2017, 1452 Rn. 42.

⁶⁷ *Däubler*, *NZA* 1992, 577.