



## Newsletter 1/2017

Berichtszeitraum 1. Januar - 31. März 2017

### Inhalt

I. Editorial .....	3
II. Anmerkung zum EuGH.....	4
III. Anmerkung zum EGMR .....	9
IV. Verfahren vor dem EuGH .....	16
1) Allgemeine Fragen .....	16
2) Arbeitszeit und Arbeitsschutz .....	17
3) Befristungen.....	18
4) Betriebsübergang .....	19
5) Entsendung von Arbeitnehmern .....	21
6) Gleichbehandlung.....	22
7) Insolvenzrecht.....	25
8) Soziale Sicherheit.....	25
9) Teilzeitarbeit .....	28
10) Urlaubsrecht .....	28
11) Vergaberecht .....	29
V. Verfahren vor dem EGMR .....	30
1) Arbeitnehmerdatenschutz .....	30
2) Betriebliche Altersversorgung.....	30
3) Gleichbehandlung.....	31
4) Meinungsfreiheit .....	31
5) Soziale Sicherheit.....	32
6) Verfahrensrecht.....	33
7) Zwangsarbeit .....	34

<b>VI. Sonstige Informationen</b> .....	36
<b>1) Europäische Union</b> .....	36
<b>2) Europarat</b> .....	39
<b>3) Internationale Arbeitsorganisation (ILO)</b> .....	40
<b>4) Vereinte Nationen</b> .....	42
<b>5) EFTA-Gerichtshof</b> .....	43

## I. Editorial

Wir freuen uns, Ihnen die 17. Ausgabe unseres Newsletters zum Europäischen Arbeitsrecht präsentieren zu können. Im Zusammenhang mit der Diskussion um eine Europäische Säule sozialer Rechte stellt sich die Frage, welches Potential das Arbeitsvölkerrecht für die Fortentwicklung der sozialen Dimension der EU entfalten kann. Diese Frage ist Gegenstand einer **Konferenz**, die das Hugo Sinzheimer Institut (HSI) und das Institut für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der Europäischen Union (IAAEU, Trier) gemeinsam organisieren. Die Veranstaltung **‘Social Pillar’ – Social Europe? – International Labour Law as a stimulus for better social integration – aspirations and reality** findet am 22. September 2017 in Trier statt. Nähere Informationen und Anmeldemöglichkeiten finden Sie hier.

In der aktuellen Ausgabe unseres Newsletters informieren wir in der Anmerkung unter II. über die vom EuGH entschiedenen Fälle zum „Kopftuchverbot“ am Arbeitsplatz (C-157/15 – *G4S Secure Solutions* und C-188/15 – *Boungaoui und ADDH*). Weiter werden die Schlussanträge in Sachen *Asklepios* zur Fortgeltung dynamischer Bezugnahmeklauseln nach einem Betriebsübergang in einem Hinweis kritisch bewertet. Daneben hatte der EuGH im Berichtszeitraum u.a. Urteile zur Verbringung von Ruhezeiten im Straßenverkehrswesen, dem Gleichbehandlungsgrundsatz im Arbeitsleben und der Bemessung des Insolvenzgeldes von Grenzgängern erlassen. Zwei weitere Vorlagefragen des BAG zum Urlaubsrecht bieten dem Gerichtshof die Möglichkeit zur weiteren Ausdifferenzierung seiner Rechtsprechung.

Im Mittelpunkt der EGMR-Verfahren steht das Urteil *Vukato-Bojic / Schweiz* (Nr. 61838/10), das die Überwachung einer verunfallten Arbeitnehmerin durch einen von der gesetzlichen Unfallversicherung beauftragten Privatdetektiv zum Gegenstand hat. Wir freuen uns besonders, dass sich der renommierte Experte Prof. Dr. Kurt Pärli (Universität Basel) dazu bereit erklärt hat, hierzu eine Anmerkung (III.) unter Berücksichtigung der schweizerischen Rechtslage zu verfassen. In der Rechtsprechungsübersicht informiert Karsten Jessolat u.a. über neue Urteile des EGMR zur unzulässigen Verwendung von Gesundheitsdaten im Kontext einer Beförderung, dem Verschulden eines Arbeitgebers für Berufskrankheiten, Whistleblowing und zwei Fällen zur Zwangsarbeit.

Unter der Rubrik „Sonstige Informationen“ berichten Dr. Christina Hießl und Ammar Bustami (IAAEU) u.a. über die Pläne der Kommission im Zusammenhang mit der gescheiterten Reform der Arbeitszeitrichtlinie und über das Weißbuch zur Zukunft Europas. Der Ausschuss für soziale Rechte des Europarats hatte sich mit einer Beschwerde zur Diskriminierung von Aushilfslehrern beim Zugang zur Weiterbildung befasst. Weiter legte Deutschland seinen 6. Staatenbericht zum UN-Sozialpakt vor. Der UN-Ausschuss für die Beseitigung der Diskriminierung der Frau kritisierte Deutschland aufgrund der bestehenden Ungleichheit von Männern und Frauen im Arbeitsleben und mahnte Besserungen an.

Ferner finden Sie in den Literaturempfehlungen (unter VII.) Hinweise zu zwei Neuerscheinungen auf dem Gebiet des Arbeitsvölkerrechts.

Wir hoffen, Ihnen mit dem HSI-Newsletter einen möglichst umfassenden und aktuellen Überblick über die Entwicklungen im europäischen Arbeitsrecht bieten zu können und freuen uns über Ihre Rückmeldungen an: [newsletter@hsi-frankfurt.de](mailto:newsletter@hsi-frankfurt.de).

Für das HSI-Team  
*Dr. Johannes Heuschmid*  
April 2017

## II. Anmerkung zum EuGH

### **Kopftuchverbote am Arbeitsplatz – Spannungsverhältnis zwischen Arbeitgeberwille und Religionsfreiheit – Anm. zu den Urteilen des EuGH vom 14.03.2017 – C-157/15 – [G4S Secure Solutions](#) sowie C-188/15 – [Bouagnaoui und ADDH](#)**

von Daniel Hlava, LL.M.

Zitiervorschlag: Hlava, HSI Newsletter 1/2017, Anm. unter II.

Der Gerichtshof hat am 14. März 2017 in der Spruchformation der Großen Kammer zwei wegweisende Entscheidungen zu der Frage getroffen, ob ein privater Arbeitgeber einen Arbeitnehmer wegen des Tragens religiöser Symbole oder Kleidung am Arbeitsplatz kündigen darf. Den Urteilen lagen folgende Sachverhalte zugrunde:

#### **1. Sachverhalt**

Das erste Vorabentscheidungsverfahren (C-157/15 – *G4S Secure Solutions*) hat die Kündigung einer Muslima, Frau Achbita, zum Gegenstand, die bei einem privaten Arbeitgeber in Belgien als Rezeptionistin angestellt war. Das Unternehmen erbringt Rezeptions- und Empfangsdienste für Kunden im öffentlichen und privaten Sektor. Unternehmensintern galt die zunächst ungeschriebene und später in der Arbeitsordnung festgehaltene Regel, wonach es Arbeitnehmern verboten war, am Arbeitsplatz sichtbare Zeichen einer politischen, philosophischen oder religiösen Überzeugung zu tragen. Nachdem Frau Achbita ihre feste Absicht geäußert hatte, zukünftig während der Arbeit ein islamisches Kopftuch zu tragen, wurde ihr unter vorherigem Hinweis auf die vom Unternehmen angestrebte Neutralität gekündigt. Ihre Kündigungsschutzklage vor den belgischen Arbeitsgerichten blieb ohne Erfolg. Der Kassationshof Belgiens legte dem EuGH schließlich die Frage vor, ob die für alle Arbeitnehmer geltende Neutralitätsregel eine unmittelbare Diskriminierung wegen der Religion i.S.v. Art. 2 Abs. 2 Buchst. a Richtlinie 2000/78/EG darstelle.

Im zweiten Vorlageverfahren (C-188/15 – *Bouagnaoui und ADDH*) war Frau Bouagnaoui in Frankreich bei einer privaten Informatikberatungsgesellschaft als Softwaredesignerin beschäftigt und im Außendienst eingesetzt. Sie ist muslimischen Glaubens und trug am Arbeitsplatz ein Kopftuch. Auf den Wunsch eines Kunden, die Dienstleistungen des Unternehmens künftig nicht mehr von einer Mitarbeiterin mit „Schleier“ ausführen zu lassen, wies sie ihr Arbeitgeber auf die notwendige Zurückhaltung gegenüber Kunden hinsichtlich ihrer persönlichen Einstellungen hin, zu denen auch das religiöse Bekenntnis gehört. Unter Hinweis auf ihre berufliche Neutralitätspflicht verlangte ihr Arbeitgeber, den „Schleier“ im Kundenkontakt nicht mehr zu tragen, was Frau Bouagnaoui ablehnte. Daraufhin wurde ihr gekündigt. Die Klägerin sah hierin eine Diskriminierung aufgrund ihrer Religion und wandte sich mit Unterstützung durch den Menschenrechtsverband ADDH (Association de défense des droits de l'homme – Vereinigung zum Schutz der Menschenrechte) an die französischen Gerichte. Der Kassationsgerichtshof Frankreichs richtete schließlich an den EuGH die Frage, ob der Wille des Arbeitgebers, Kundenwünschen nachzukommen, eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung nach Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG sei, die den Tatbestand einer Diskriminierung wegen der Religion ausschließt.

## 2. Entscheidungen

In seiner Leitentscheidung *G4S Secure Solutions* legt der EuGH zunächst den Begriff der Religion in Art. 1 Richtlinie 2000/78EG aus (Rn. 25 ff.). Zur Begriffsbestimmung zieht er in wertender Rechtsvergleichung Art. 9 EMRK (Religionsfreiheit), die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten sowie Art. 10 Abs. 1 EU-GRC heran und misst dem Begriff eine weite Bedeutung bei. Religion i.S.v. Art. 1 Richtlinie 2000/78EG umfasse sowohl den Umstand, religiöse Überzeugungen zu haben („forum internum“), als auch deren öffentliche Bekundung („forum externum“).

Sodann führt der Gerichtshof zur Vorlagefrage des Kassationshofs aus, dass die unternehmensinterne Regel, neutrale Kleidung zu tragen, keine unmittelbar auf der Religion beruhende Diskriminierung darstelle, da alle Arbeitnehmer des Unternehmens allgemein und unterschiedslos hiervon betroffen seien. Es könne sich jedoch um eine mittelbare Diskriminierung handeln, wenn die an sich neutrale Verpflichtung Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung besonders benachteiligt. Eine mittelbare Ungleichbehandlung könne nach Art. 2 Abs. 2 Buchst. b Ziff. i Richtlinie 2000/78/EG durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt sein, wenn die dafür eingesetzten Mittel angemessen und erforderlich sind.

Der Wunsch des Arbeitgebers, „im Verhältnis zu den öffentlichen und privaten Kunden eine Politik der politischen, philosophischen oder religiösen Neutralität zum Ausdruck zu bringen“ (Rn. 37), sei ein rechtmäßiges Ziel i.S.d. Richtlinie und falle grundsätzlich in die nach Art. 16 EU-GRC anerkannte unternehmerische Freiheit, insbesondere wenn davon nur Arbeitnehmer mit Kundenkontakt betroffen seien. Werde die „Politik der Neutralität“ im Unternehmen tatsächlich kohärent und systematisch verfolgt, sei eine dahingehende interne Regelung auch zur Zielerreichung geeignet. Das Verbot eines sichtbaren Tragens von Zeichen persönlicher Überzeugungen sei erforderlich, wenn es sich nur an Arbeitnehmer richtet, die mit Kunden in Kontakt treten. Die Beschränkung der Religionsfreiheit müsse jedoch auf das unbedingt Erforderliche begrenzt werden. Daher sei zu prüfen, ob der Arbeitgeber ohne eine zusätzliche Belastung anstelle einer Kündigung auch einen anderen Arbeitsplatz ohne Sichtkontakt mit Kunden hätte anbieten können. In diesem Fall wäre die Ungleichbehandlung nicht gerechtfertigt.

In der zweiten Entscheidung *Bouagnaoui und ADDH* bekräftigt der EuGH zunächst seine Feststellungen zum Religionsbegriff. Da aus dem Vorlageverfahren nicht klar hervorging, ob das Verbot des Tragens eines islamischen Kopftuchs auch hier auf einer allgemeinen internen Regel wie in der Rs. *G4S Secure Solutions* beruhte, machte der EuGH weitere Ausführungen zum Vorliegen einer wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderung nach Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG (unter Bezug auf EuGH v. 12.1.2010 – C-229/08 – [Wolf](#); v. 13.9.2011 – C-447/09 – [Priqge u.a.](#); v. 13.11.2014 – C-416/13 – [Vital Pérez](#); v. 15.11.2016 – C-258/15 – [Salaberria Sorondo](#)). Ein Diskriminierungsmerkmal könne nach dem 23. Erwägungsgrund der Richtlinie „nur unter sehr begrenzten Bedingungen“ eine solche berufliche Anforderung darstellen (Rn. 38). Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG erfasse nur Anforderungen, die von der Art einer beruflichen Tätigkeit und den Bedingungen ihrer Ausübung objektiv vorgegeben sind. Der subjektive Wille des Arbeitgebers, besonderen Kundenwünschen bspw. durch ein Kopftuchverbot nachzukommen, könne nicht als wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung in diesem Sinne gesehen werden (Rn. 40).

## 3. Anmerkung

Überzeugend ist die vom EuGH vollzogene Auslegung des Religionsbegriffs in Art. 1 Richtlinie 2000/78/EG, die im Einklang mit dem Verständnis aus Art. 10 Abs. 1 EU-GRC und der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 9 EMRK vorgenommen wird (vgl. EGMR v. 26.10.2000 – Nr. 30985/96 – [Hasan und Chaush / Bulgarien](#), Rn. 60; *Jarass*, GRCh, Art. 10 Rn. 7) und damit den Schutzbereich der Richtlinie

für das Merkmal Religion konkretisiert. In dem Verbot des Tragens sichtbarer Zeichen politischer, philosophischer oder religiöser Überzeugungen erkennt der EuGH zu Recht eine mögliche mittelbare Ungleichbehandlung wegen der Religion. Eine unmittelbare Ungleichbehandlung scheidet aus, da die Regel unterschiedslos für alle Arbeitnehmer gilt und sich zudem neben der Religion auch auf andere persönliche Überzeugungen bezieht. Die Generalanwältinnen Kokott und Sharpston kamen hier in ihren Schlussanträgen zu den Vorlageverfahren noch zu unterschiedlichen Ergebnissen (hierzu *Hoevels*, AuR 2016, 467 ff).

Einer Klarstellung bedürfen hingegen die Ausführungen des EuGH zur Rechtfertigung einer mittelbaren Ungleichbehandlung nach Art. 2 Abs. 2 Buchst. b Ziff. i Richtlinie 2000/78/EG. Der Gerichtshof erkennt den „Wunsch eines Arbeitgebers, den Kunden ein Bild der Neutralität zu vermitteln“ (Rn. 38), grundsätzlich als rechtmäßiges Ziel an, das in seiner unternehmerischen Entscheidungsfreiheit liege. Hieraus darf nicht bereits geschlossen werden, dass eine Einschränkung der Religionsausübungsfreiheit allein in die autonome Entscheidungsmacht des Arbeitgebers gestellt wird. Art. 16 EU-GRC enthält hierfür bereits aufgrund seiner Unbestimmtheit keine Rechtsgrundlage (*Buschmann*, AuR 2017, 180). Es greift daher zu kurz, wenn aus der Entscheidung des EuGH in der Rs. *G4S Secure Solutions* pauschal geschlossen wird, der Arbeitgeber könne das Kopftuch am Arbeitsplatz unilateral verbieten. Die unternehmerische Freiheit gilt nicht schrankenlos, sondern muss „im Hinblick auf ihre gesellschaftliche Funktion gesehen werden“ (EuGH v. 9.9.2008 – C-120/06 P u.a., Rn. 183), was bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen ist (*Hoevels*, AuR 2016, 467, 469). Die in Art. 10 Abs. 1 EU-GRC verbürgte Religionsfreiheit und das in Art. 21 Abs. 1 EU-GRC verankerte Diskriminierungsverbot haben bei der Auslegung der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie eine besondere Stellung inne (vgl. auch Erwägungsgrund 1 der Richtlinie).

Grundsätzlich ist Art. 21 EU-GRC nach der Rechtsprechung des EuGH vorrangig zu berücksichtigen; diese systematische Wertung ist ebenso mit Blick auf die unternehmerische Freiheit zu beachten (zum Verhältnis zwischen Art. 21 und Art. 28 EU-GRC vgl. EuGH v. 13.9.2011 – C-447/09 – [Pridge u.a.](#); NK-GA/*Heuschmid/Lörcher*, Art. 28 GRCh Rn. 27). Dies gilt umso mehr, je stärker die Menschenwürde durch eine Ungleichbehandlung tangiert ist (s. NK-GA/*Heuschmid/Lörcher*, Art. 21 GRCh Rn. 22).

Fraglich ist, welche Anforderungen sich aus Art. 10 Abs. 1 EU-GRC für eine Neutralitätspflicht im Arbeitsverhältnis ergeben. Art. 52 Abs. 3 EU-GRC bestimmt, dass die Gewährleistungen der Charta mindestens die gleiche Bedeutung und Tragweite haben, wie entsprechende Rechte in der EMRK (näher NK-GA/*Heuschmid/Lörcher*, Art. 52 GRCh Rn. 22 ff). Der Grundrechtsschutz der Charta darf nicht hinter demjenigen der Konvention zurückbleiben (*Jarass*, GRCh, Art. 52 Rn. 63). Zur Bestimmung des Gehalts von Art. 10 Abs. 1 EU-GRC ist somit die ebenso in Art. 9 EMRK verbürgte Religionsfreiheit durchgängig als Rechtserkenntnisquelle bzw. „Rechtsquelle sui generis“ (NK-GA/*Heuschmid/Lörcher*, Art. 51 GRCh Rn. 23) heranzuziehen. Dies gilt nicht nur für den Schutzbereich, wie vorliegend für die Begriffsbestimmung von „Religion“, sondern ebenso für die Schranken von Grundrechten (*Jarass*, GRCh, Art. 52 Rn. 25). Nach Art. 9 Abs. 2 EMRK sind Einschränkungen der Bekenntnisfreiheit nur dann zulässig, wenn sie gesetzlich vorgesehen und aus konkreten Gründen (öffentliche Sicherheit und Ordnung, Gesundheit, Moral oder Schutz der Rechte und Freiheiten anderer) notwendig sind. Nach den amtl. Erläuterungen zu Art. 10 EU-GRC (ABl. 2007/C 303/21) gelten diese abschließenden Einschränkungsmöglichkeiten auch für das Charta-Grundrecht.

Was den Schutzbereich anbelangt, wird Art. 9 EMRK durch die Rechtsprechung des EGMR konkretisiert (allgemein: Erläuterungen zu Art. 52 EU-GRC, ABl. 2007/C 303/33; EuGH v. 5.10.2010 – C-400/10 PPU – [Mcb](#), Rn. 53 f.; EuGH v. 22.12.2010 – C-279/09 – [DEB](#), Rn. 35). Dieser fasste den Schutz der Religionsfreiheit jedoch weiter als vorliegend der EuGH. Im Fall [Eweida u.a. / Vereinigtes Königreich](#) (EGMR v. 15.1.2013 – Nr. 48420/10 u.a.) ging es um die Kündigung einer Angestellten einer privaten Fluggesellschaft, die entgegen der internen Vorgaben zur Dienstkleidung von Arbeitnehmern mit Kundenkontakt, ein sichtbares Kreuz getragen hatte. Der EGMR führte hierzu

aus, dass zwischen den Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen ein fairer Ausgleich erreicht werden müsse. Das diskrete Kreuz habe nicht vom beruflichen Erscheinungsbild abgelenkt. Außerdem habe nichts darauf hingedeutet, dass das Tragen religiöser Kleidungsstücke sich nachteilig auf die Marke oder das Image der Fluggesellschaft ausgewirkt hätte (EGMR v. 15.1.2013 – Nr. 48420/10 u.a., Rn. 94). Ein Unterschied zur Rs. *G4S Secure Solutions* bestand darin, dass die Fluggesellschaft teilweise andere religiöse Kleidung (Turban und Hidschab) zugelassen hatte. Die Entscheidung zeigt dennoch, dass auch bei einer allgemeinen Regel zum Tragen neutraler Kleidung jeweils im Einzelfall zu prüfen ist, ob die Einschränkung der Religionsfreiheit gerechtfertigt ist. Es reicht nicht bereits aus, dass sich eine allgemeine Regel nur an Arbeitnehmer mit Kundenkontakt richtet und der Arbeitgeber vor einer Kündigung Versetzungsmöglichkeiten geprüft hat. Das vom Arbeitgeber verfolgte Unternehmensbild ist nach der Rechtsprechung des EGMR jedenfalls nicht höher zu gewichten als das Recht der Religionsausübung (vgl. die Anm. von *Portaru*, CJEU Cases C-157/15 Achbita and C-188/15 Bougnaoui – ‘Neutrality’ Trumps Religious Freedom, [Völkerrechtsblog](#), 24.3.2017, doi: 12345678). Die abstrakte Gefahr oder bloße Behauptung, das Unternehmensbild werde durch das Tragen von Kleidung mit religiöser Symbolwirkung am Arbeitsplatz verwässert, reicht jedenfalls nicht aus, um einen Eingriff in die Religionsfreiheit zu rechtfertigen. Eine Klarstellung des EuGH wäre hier wünschenswert.

Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer allgemeinen Neutralitätsregel im Unternehmen ist weiter zu bedenken, dass Angehörige bestimmter Religionen dadurch besonders beeinträchtigt sind (s. auch *Hoevels*, AuR 2016, 467, 468). Eine solche Regel kann daher allenfalls gerechtfertigt sein, wenn durch die Bekleidung objektiv eine tatsächliche und erhebliche Gefahr für das Unternehmensbild entstehen würde oder Rechte anderer unverhältnismäßig eingeschränkt würden. In einer offenen und pluralistischen demokratischen Gesellschaft sollte ein Kunde jedoch im Allgemeinen ein Kopftuch tolerieren können (vgl. dahingehend EGMR v. 15.1.2013 – Nr. 48420/10 u.a. – [Eweida u.a. / Vereinigtes Königreich](#), Rn. 94; *Brose/Greiner/Preis*, NZA 2011, 369, 379). Zu einem anderen Ergebnis könnte man kommen, wenn einer Verkäuferin das Tragen einer Burka (vollkommene Verhüllung, inklusive des Gesichts) verboten wird, soweit für das Kundengespräch Augenkontakt und Mimik als eine berufliche Anforderung nach Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG anzusehen sind.

Zu begrüßen ist, dass der EuGH eine Kündigung als ultima ratio betont, indem er dem Arbeitgeber die Prüfpflicht auferlegt, ob der betroffene Arbeitnehmer ggf. an einem anderen Arbeitsplatz beschäftigt werden kann. Diese Verpflichtung sollte jedoch nicht zu restriktiv davon abhängig gemacht werden, dass die Versetzung für den Arbeitgeber keinerlei zusätzliche Belastung bedeutet. Auch hier bedarf es einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unter Berücksichtigung der Arbeitnehmerinteressen.

Weiter ist die Feststellung in der Rs. *Bougnaoui und ADDH* zu begrüßen, dass besondere Kundenwünsche keine „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ i.S.v. Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG darstellen und damit keine Diskriminierung rechtfertigen können. Die Möglichkeit, vom Diskriminierungsschutz abzuweichen, muss eng ausgelegt werden (vgl. nur EuGH v. 13.9.2011 – C-447/09 – [Prigge u.a.](#), Rn. 72). In seiner bisherigen Rechtsprechung (Urt. v. 10.7.2008 – C-54/07 – [Feryn](#)) hatte der EuGH lediglich durch beredtes Schweigen mögliche Kundenpräferenzen nicht als Rechtfertigungsgrund für eine diskriminierende Einstellungspraxis gewertet (ErfK/*Schlachter*, AGG § 8 Rn. 4; *Brors* in: Däubler/Bertzbach, HK-AGG, § 8 Rn. 4; zurückhaltender *Lobinger*, EuZA 2009, 365, 384).



#### 4. Bedeutung für das deutsche Recht

Das in der Richtlinie 2000/78/EG enthaltene Verbot einer Diskriminierung wegen der Religion wird im deutschen Recht durch § 7 i.V.m. § 1 AGG umgesetzt. Die Entscheidungen des EuGH sind daher auch für die deutsche Rechtspraxis relevant.

Im Kündigungsschutzprozess einer Einzelhandelsverkäuferin erkannte das BAG keine Anhaltspunkte dafür, dass ihre Beschäftigung mit Kopftuch zu nicht hinnehmbaren wirtschaftlichen Beeinträchtigungen für das Kaufhaus führen würde. Auch hätte das Tragen eines islamischen Kopftuchs nicht zur Folge, dass eine Verkäuferin ihre branchenübliche Tätigkeit nicht mehr ausüben könne (BAG v. 10.10.2002 – 2 AZR 472/01; allg. ErfK/*Schlachter*, AGG § 8 Rn. 4 f). Bei der Gelegenheit betonte das BAG ferner den „besonders hohen Stellenwert“ der nach Art. 4 GG und Art. 9 EMRK gewährleisteten Religionsfreiheit im Rahmen der Interessenabwägung (BAG v. 10.10.2002 – 2 AZR 472/01, Rn. 47). Grundsätzlich konnten damit Kundenerwartungen auch nach bisheriger Auffassung keine Diskriminierung i.S.d. AGG rechtfertigen (vgl. *Brors* in: Däubler/Bertzbach, HK-AGG, § 8 Rn. 11, 17). Dies wird durch das Urteil in der Rs. *Bouagnaoui und ADDH* bekräftigt (s. auch *Buschmann*, AuR 2017, 180). Im Übrigen ist der Arbeitgeber nach § 12 Abs. 4 AGG verpflichtet, seine Beschäftigten vor Diskriminierungen durch Kunden zu schützen (vgl. *Wobst*, NZA-RR 2016, 508, 511).

Wie in der Rs. *G4S Secure Solutions* klargestellt wurde, kann eine interne Regel zum Tragen neutraler Kleidung nur gerechtfertigt werden, wenn mit ihr tatsächlich kohärent und systematisch eine allgemeine und undifferenzierte Politik der Neutralität gegenüber politischen, philosophischen und religiösen Überzeugungen verfolgt wird (Rn. 40 f). Zielt die scheinbar neutrale Regel tatsächlich darauf ab, Symbole einzelner Glaubensrichtungen zu verbieten, wäre dies nicht gerechtfertigt (vgl. *Lingemann/Müller*, BB 2007, 2006, 2011).

Das BVerfG sah in einem pauschalen Kopftuchverbot für Lehrkräfte an öffentlichen Schulen einen Verstoß gegen Art. 4 Abs. 1 und 2 GG, wenn keine konkrete Gefährdung des Schulfriedens oder der staatlichen Neutralität vorliegt (BVerfG v. 27.1.2015 – 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10). Auch bei Erzieherinnen in öffentlichen Kindertagesstätten reiche eine abstrakte Gefährdung anderer verfassungsrechtlicher Positionen nicht aus (BVerfG v. 18.10.2016 – 1 BvR 354/11). Welche Bedeutung das zu einem privaten Arbeitsverhältnis ergangene Urteil *G4S Secure Solutions* für die derzeit diskutierten Neutralitätspflichten im öffentlichen Dienst hat, bleibt abzuwarten. Nach der Rechtsprechung des EGMR könnten hier weitergehende Ermessensspielräume des staatlichen Arbeitgebers bestehen, wie es in der Rs. *Ebrahimian / Frankreich* für eine öffentliche Klinik – vor dem Hintergrund der besonderen Rechtslage in Frankreich – entschieden wurde (vgl. EGMR v. 26.11.2015 – Nr. 64846/11; zum Tragen eines Kopftuchs als Schweizer Grundschullehrerin s. EGMR v. 15.2.2001 – Nr. 42393/98 – *Dahlab*; näher hierzu *Walter* in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, Kap. 17 Rn. 133).



### III. Anmerkung zum EGMR

#### **Fehlende gesetzliche Grundlage zur Überwachung einer verunfallten Arbeitnehmerin durch die gesetzliche Unfallversicherung – EGMR vom 18. Oktober 2016 – Nr. 61838/10 – [Vukato-Bojic / Schweiz](#)**

Anmerkung von Prof. Dr. Kurt Pärli, Universität Basel

Zitervorschlag: Pärli, HSI Newsletter 1/2017, Anm. unter III.

#### **1. Sachverhalt und innerstaatliche Prozessgeschichte**

Sachverhalt und Prozessgeschichte sind sehr komplex, da der Fall zum einen sehr lange zurück liegt und sich zum anderen Verfahren der gesetzlichen Unfallversicherung mit denjenigen der gesetzlichen Invalidenversicherung überlagerten (die nachfolgende Sachverhaltsdarstellung orientiert sich am in Straßburg angefochtenen Urteil des schweizerischen Bundesgerichts, [8C 629/2009](#); siehe bereits die kurze Darstellung des Falles im Newsletter 04/2016). Bevor auf den eigentlichen Sachverhalt eingegangen wird, sind ein paar wenige Ausführungen zur Absicherung bei Unfällen nach schweizerischer Rechtslage notwendig. In der Schweiz sind alle Arbeitnehmer obligatorisch gegen Unfallrisiken versichert. Wer mindestens acht Stunden pro Woche arbeitet, ist zudem nicht nur bei Berufsunfällen, sondern auch bei Nichtberufsunfällen (Freizeitunfällen) im Rahmen der obligatorischen Unfallversicherung versichert. Die Unfallversicherung (UV) kommt dabei für die Kosten der Heilbehandlung auf und gewährt Geldleistungen (Taggelder und Renten). Führt ein Unfall zu einer drohenden Invalidität oder ist diese eingetreten, so kommen überdies Leistungen der Eidgenössischen Invalidenversicherung (IV) zum Tragen. Wie der folgende Sachverhalt und die Prozessgeschichte zeigen, hängen die beiden Leistungssysteme zusammen.

Die Klägerin war als Coiffeuse (in Deutschland: Frisörin) angestellt und bei der „Altstadt Versicherungen“ (ab hier: „Altstadt“) obligatorisch gegen die Folgen eines Unfalls (Berufs- und Nichtberufsunfall) versichert. Als die Beschwerdeführerin (BF) im August 1995 auf einem Fußgängerstreifen von einem Motorrad angefahren wurde und mit dem Kopf auf die Straße stürzte, leistete die „Altstadt“ die gesetzlich vorgesehene Heilbehandlung und richtete ein Taggeld aus. Die dem Taggeldanspruch zugrunde zu legende Arbeitsunfähigkeit wurde bis Oktober 1996 auf 100%, danach bis Januar 1997 auf 50% und anschließend bis März 1997 auf 25% festgesetzt. Für die Zeit ab April 1997 wurde der Leistungsanspruch verneint. Gegen diese Entscheidung legte die BF Einsprache (versicherungsinternes Beschwerdeverfahren, im Folgenden: „Einspruch“) ein. Adressat des Einspruchs war die „Zürich-Versicherungsgesellschaft“ (ab hier: „Zürich“) als Rechtsnachfolgerin der „Altstadt“, die den Entscheid bestätigte. Das kantonale Sozialversicherungsgericht gab der Beschwerde statt und verpflichtete die „Zürich“, erneut über die Leistungsberechtigung zu entscheiden.

In der Folge ordnete die „Zürich“ eine Prüfung des funktionellen Leistungsvermögens (EFL) an. Die BF war mit dieser Abklärungsmaßnahme nicht einverstanden. Danach veranlasste die Zürich eine *Überwachung der Versicherten durch Privatdetektive*. Die Überwachung fand an insgesamt vier Tagen innerhalb von dreiundzwanzig Tagen statt. Die Privatdetektive erstatteten der „Zürich“ Bericht und legten getätigte Videoaufnahmen bei. Dem Material ließ sich u.a. entnehmen, dass sich die BF außer Haus zu Fuß fortbewegte, einen Hund ausführte, verschiedentlich ein Auto über teils erhebliche Distanzen steuerte, ohne Unterstützung anderer Personen Einkäufe tätigen konnte und mit einer Überkopfbewegung den Kofferraumdeckel des Autos schließen konnte. Es waren zudem laut

Überwachungsbericht keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass sich die BF bei diesen Aktivitäten, namentlich auch beim Einkauf, in irgendeiner Weise psychisch oder sozial auffällig verhielt.

Die „Zürich“ verlangte von der BF, gestützt auf den Überwachungsbericht und mit Hinweis auf die Verweigerung, eine EFL vornehmen zu lassen, einer neurologischen Abklärung ihres Gesundheitszustandes zuzustimmen, was diese ablehnte. Einen Antrag der BF, die Überwachungsunterlagen aus den Akten zu entfernen, lehnte die „Zürich“ ab und verneinte erneut einen weiteren Leistungsanspruch. Die Versicherte erhob dagegen Einspruch. Die „Zürich“ holte hierauf ein neurologisches Gutachten nach Aktenlage ein. Darauf wurde dem Einspruch teilweise stattgegeben und der Versicherten bis zum 22. September 2005 Taggeld auf der Basis einer Arbeitsunfähigkeit von 10% und anschließend eine Invalidenrente entsprechend einem Invaliditätsgrad von 10% sowie eine Integritätsentschädigung auf der Grundlage eines Integritätsschadens von 10% zugesprochen. Im Übrigen weigerte sich die „Zürich“ weiterhin, die Überwachungsunterlagen aus den Akten zu entfernen und hielt an der Ablehnung eines weitergehenden Leistungsanspruchs fest.

Die Entscheidung der „Zürich“ wirkte sich auch auf den Anspruch auf eine Leistung der Eidgenössischen Invalidenversicherung (IV) aus. Die IV-Stelle des Kantons Zürich hatte der BF rückwirkend ab August 1996 eine volle Invalidenrente bei einem Invaliditätsgrad von 100% zugesprochen. Nachdem die IV Kenntnis von der Verfügung der „Zürich“ hatte, verfügte sie die sofortige *Sistierung (Aussetzung) der IV-Rente*. Die Entscheidung wurde später aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung aufgehoben.

In dem Verfahren gegen die „Zürich“ gab das Bundesgericht (Urt. v. 29.3.2010 – [8C 629/2009](#), aufgenommen in die amtl. Sammlung der Bundesgerichtsentscheide, s. [BGE 135 I 169](#)) der „Zürich“ teilweise Recht und stützte seine Entscheidung auf die Überwachungsergebnisse. Diese würden sich kaum mit der von der BF behaupteten vollen Arbeitsunfähigkeit in Einklang bringen. Eine Neubeurteilung der Arbeits- und Erwerbsfähigkeit sei demnach notwendig. Die vorhandenen medizinischen Akten würden an sich nicht ausreichen, da aber die BF Abklärungen ihres Gesundheitszustands verweigerte, sei es zulässig, aufgrund der Akten zu entscheiden und dabei auch die Erkenntnisse aus der Observation zu berücksichtigen.

Zur Rechtmässigkeit der Observation im Anwendungsbereich der gesetzlichen Sozialversicherung verwies das Bundesgericht auf die in BGE 135 I 169 festgehaltenen Voraussetzungen für die Überwachung. In dieser „Überwachungsleitentscheidung“ legte es vorerst den zulässigen Rahmen einer Überwachung von Versicherten durch Privatdetektive im Auftrag der Sozialversicherer dar. Zulässig sei, bei einer versicherten Person „Tatsachen, welche sich im öffentlichen Raum verwirklichen und von jedermann wahrgenommen werden können (beispielsweise Gehen, Treppensteigen, Autofahren, Tragen von Lasten oder Ausüben sportlicher Aktivitäten)“ ([BGE 135 I 169, E. 4.3](#)) zu dokumentieren und systematisieren. Unzulässig seien Observationen in der Intimsphäre der versicherten Person. Auch die Überwachung im öffentlichen Raum erfordere indes eine grundrechtliche Würdigung. Betroffen sei das in [Art. 13 Abs. 1 Bundesverfassung](#) der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) verankerte Recht auf Schutz der Privatsphäre. Dieser Schutz sei indes nicht absolut, vielmehr könnten Grundrechte gemäß [Art. 36 BV](#) eingeschränkt werden, sofern eine gesetzliche Grundlage vorliege, ein öffentliches Interesse bestehe und die Einschränkung verhältnismässig ist und der Kerngehalt des Grundrechts nicht angegriffen werde.

Zum Erfordernis der gesetzlichen Grundlage hielt das Bundesgericht in BGE 135 I 169 vorab fest, dass es sich bei der Observation im öffentlichen Raum um einen lediglich *geringfügigen Grundrechtseingriff* handle und somit die Anforderungen an den Bestimmtheitsgrad der gesetzlichen Grundlage weniger hoch wären (BGE 135 I 169, E.5.4.1 und 5.4.2). Die Geringfügigkeit des Eingriffs wurde u.a. (wenig überzeugend, näher s. bei Heusser, in: [Jusletter 9. Januar 2017](#), Rz. 22) mit dem Argument begründet, solche Überwachungen kämen nur selten vor. Als gesetzliche Grundlage für eine Observation durch den Unfallversicherer erachtet das Bundesgericht die

Abklärungskompetenznorm in [Art. 43 des Bundesgesetzes über den allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts \(ATSG\)](#) i.V.m. der *Datenbearbeitungserlaubnisnorm* in [Art. 96 des Unfallversicherungsgesetzes \(UVG\)](#) und [Art. 28 Abs. 2 ATSG](#) (Auskunftspflicht der versicherten Person) als ausreichend.

Gegen die Entscheidung des Bundesgerichts legte die BF Beschwerde beim Gerichtshof in Straßburg ein. Sie machte geltend, die von der Versicherung angeordneten Überwachungsmaßnahmen sowie die dazu in der Schweiz geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen würde das Recht auf Achtung ihres Privatlebens verletzen ([Art. 8 EMRK](#)). Außerdem rügte sie eine Verletzung von [Art. 6 EMRK](#) (Recht auf ein faires Verfahren), da sich das Bundesgericht in unzulässiger Weise auf das von der Versicherung in Auftrag gegebene Aktengutachten gestützt hatte. Dieses basiere auf dem unrechtmäßig erlangten Überwachungsbericht. Die BF bemängelt weiter, dass sie im innerstaatlichen Verfahren keine Möglichkeit gehabt hatte, das fragliche Aktengutachten und den Überwachungsbericht wirksam infrage zu stellen.

## 2. Entscheidung

Im Verfahren vor dem EGMR machte die Schweiz (wie zuvor das Bundesgericht in Bezug auf Art. 13 BV) geltend, die Überwachung stelle lediglich einen *geringen Eingriff* in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK dar (Rn. 51).

Der Gerichtshof ruft vorab mit Hinweis auf seine Rechtsprechung in den Fällen [Peck / Großbritannien](#) (v. 28.1.2003 – Nr. 44647/98) und [Köpke / Deutschland](#) (v. 5.10.2010 – Nr. 420/07) in Erinnerung, dass dem Begriff „Privatleben“ eine weite Bedeutung zukomme. Zum in Art. 8 EMRK verankerten Schutz des Privatlebens gehöre das Recht, mit anderen Menschen Beziehungen zu pflegen. Dies gelte auch im öffentlichen Kontext. Erfasst vom Schutzbereich sind also auch Aktivitäten beruflicher Natur und solche außerhalb des Hauses oder der Wohnung einer Person. Weiter erwähnt der Gerichtshof, dass der „normale Gebrauch“ von Videokameras im öffentlichen Raum zur Verfolgung legitimer und vorsehbarer Zwecke nicht von Art. 8 EMRK erfasst sei. Anders verhalte es sich jedoch, wenn eine solche Überwachung systematisch und permanent erfolge. Eine geheime Videoüberwachung am Arbeitsplatz stelle eine ernsthafte Beeinträchtigung des Rechts auf Schutz des Privatlebens dar (Rn. 52-57). Im vorliegenden Fall sei die Beschwerdeführerin an mehreren Tagen über einen längeren Zeitraum hin überwacht und das Überwachungsmaterial sei für eine medizinische Expertise benutzt worden. Intensität und Dauer der Überwachung durch einen Privatdetektiv und Nutzung dieser Personendaten in einem Streit mit einer Versicherung stellten im Lichte der bisherigen Rechtsprechung eine Beeinträchtigung des Privatlebens im Sinne von Art. 8 Abs. 1 EMRK dar (Rn. 57). Der Eingriff wurde dabei anders als vom schweizerischen Bundesgericht als erheblich qualifiziert. Auch wenn die Überwachung durch einen Privatdetektiv nicht gleichermaßen stark in den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 EMRK eingreife, seien dennoch die allgemeinen Anforderungen an die gesetzliche Grundlage nach Art. 8 Abs. 2 EMRK zu erfüllen (Rn. 76 unter Hinweis auf Rn. 68 und auf Rn. 66 und 72 des Urteils des EGMR v. 28.6.2007 – Nr. 62540/00 – [Uzun / Deutschland](#)).

Aus Art. 8 Abs. 2 EMRK lasse sich ableiten, dass jede möglicherweise vom Grundrechtseingriff betroffene Person der gesetzlichen Grundlage entnehmen können muss, unter welchen Voraussetzungen, von welcher Behörde und nach welchem Verfahren sie überwacht werden kann, und wie sie sich dagegen wehren kann. Die gesetzliche Grundlage muss mit anderen Worten so klar und so detailliert ausgestaltet sein, dass es für die betroffenen Personen vorhersehbar ist, wann sie mit einer verdeckten Überwachung rechnen müssen („*foreseeability*“, Rn. 66). An die Voraussehbarkeit stellt der EGMR besonders hohe Anforderungen, denn die verdeckte Überwachung birgt in besonderem Maße die Gefahr von willkürlichen Handlungen und Entscheidungen der Behörden. Die gesetzliche Grundlage müsse deshalb ausreichend klar sein und dem Bürger genügende Anhaltspunkte dafür liefern, unter welchen Umständen und Voraussetzungen die

Behörden berechtigt sind, eine solche verdeckte Überwachung vorzunehmen. Die gesetzliche Grundlage müsse auch deshalb besonders präzise sein, weil die Überwachungstechnologie immer ausgeklügelter und ausgereifter wird (Rn. 67). Der EGMR verlangt deshalb, dass eine gesetzliche Grundlage die *Art, den Umfang, die Dauer sowie die Voraussetzungen* der Überwachung regeln müsse. Auch ist erforderlich, dass die *Kontrolle der Überwachung* sichergestellt ist und der überwachten Person müssen *Rechtsmittel* zur Verfügung stehen (Rn. 68).

Anschließend hält der EGMR fest, was diese Anforderungen an die gesetzliche Grundlage im konkreten Fall bedeuten. Die in der Schweiz geltenden gesetzlichen Grundlagen für die Überwachung von Versicherten der gesetzlichen Unfallversicherung genügen den Anforderungen an die Voraussehbarkeit und ausreichenden Klarheit nicht. Art. 28 und 43 ATSG und Art. 96 UVG würden die verdeckte Überwachung nicht ausdrücklich erlauben; der Begriff Überwachung sei nicht einmal erwähnt (Rn. 71). Auch würde es an adäquaten und effektiven Garantien gegen unzulässige Überwachungsmaßnahmen mangeln (Rn. 77). Es könne insgesamt nicht angenommen werden, dass das nationale Recht einen strikten Standard bezüglich Modalitäten und Grenzen der Überwachung aufweisen würde. Die Beeinträchtigung des in Art. 8 Abs. 1 EMRK geschützten Privatlebens der versicherten Person erfolgte deshalb nicht „in accordance with the law“ und stellt folglich eine Verletzung der EMRK dar. Da es bereits an der erforderlichen gesetzlichen Grundlage mangelte, musste der EGMR nicht mehr im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung beurteilen, ob die Überwachung in einer demokratischen Gesellschaft notwendig war.

Die Beschwerdeführerin rügte weiter eine Verletzung von [Art. 6 EMRK](#) (Recht auf ein faires Verfahren), da die Versicherung die Ablehnung von Leistungen auf der Grundlage einer ärztlichen Einschätzung vornahm, die auf der unzulässigen Überwachung beruhte. Zudem sei der fragliche Arzt finanziell von der Versicherung abhängig, eine unabhängige Einschätzung sei deshalb nicht möglich. Dem widersprach der EGMR: Die alleinige Tatsache, dass ein Arzt von der Versicherung angestellt sei, heiße nicht, dass eine objektive Beurteilung unmöglich sei. Für den Gerichtshof liegt eine Verletzung von Art. 6 EMRK dann vor, wenn konventionswidrig erhobene Beweismittel das innerstaatliche Verfahren insgesamt als unfair erscheinen ließen. Dies treffe vorliegend nicht zu. Die Beschwerdeführerin hatte die Möglichkeit, das streitige Gutachten infrage zu stellen. Zudem hätten sich die innerstaatlichen Gerichte in der Beweiserhebung auch auf andere Beweise gestützt (Rn. 80-100).

Der Gerichtshof kommt zum Ergebnis, dass die Beschwerde sowohl bezüglich Art. 6 als auch Art. 8 EMRK zulässig ist. Er entscheidet mit dem Stimmenverhältnis von 6 zu 1, dass Art. 8 EMRK verletzt und Art. 6 EMRK nicht verletzt ist. Der Beschwerdeführerin werden auf der Basis von Art. 41 EMRK eine Genugtuungs-Entschädigung von 8.000 Euro sowie eine Entschädigung in Höhe von 15.000 Euro für Kosten und Auslagen zugesprochen.

### 3. Kommentar

Das Urteil ist über die Schweiz hinaus für alle EMRK-Ratifikationsstaaten von Bedeutung. Die Überwachung von in der gesetzlichen Sozialversicherung versicherten Personen wird in vielen Staaten praktiziert, was im Lichte der vorliegenden Entscheidung nur bei einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage zulässig ist.

In der schweizerischen Öffentlichkeit hat das EGMR-Urteil große Beachtung gefunden. Auch in der Rechtswissenschaft wurde und wird über die Auswirkungen diskutiert (vgl. die Urteilsbesprechungen von Pierre Heusser, „Privatdetektive aufgepasst! Das Urteil des EGMR vom 18. Oktober 2016 und dessen Auswirkungen weit über den Bereich der Unfallversicherung hinaus“, in: [Jusletter 9. Januar 2017](#) und Caderas, Claudia/Hürzler, Marc, Rüge für die Schweiz mangels hinreichender Gesetzesgrundlage für Observationen durch Versicherer, Haftpflicht und Versicherung (HAVE) 2016

S. 425-427. Siehe weiter Stolkin, Philip, Observation, Kompetenzen und Gesetz – oder: Der kleine Unterschied zwischen Versicherung und Polizei, in: [Jusletter 27. März 2017](#)). Betroffen ist nicht nur die im Fall involvierte gesetzliche Unfallversicherung. Auch Überwachungsmaßnahmen der anderen Sozialversicherer und der (in der Schweiz kantonalen) Sozialhilfe bedürfen einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage. Es ist deshalb in nächster Zeit mit zahlreichen gesetzgeberischen Aktivitäten zu rechnen. Die schweizerische Unfallversicherungsanstalt SUVA hat, gestützt auf die Straßburger-Entscheidung, ihre bisherige Überwachungspraxis eingestellt. Die [SUVA hat Vorschläge an den Gesetzgeber](#) ausgearbeitet. Das zuständige Bundesamt für Sozialversicherung (BSV) hat umgehend reagiert. Nur vier Monate nach dem „Signal aus Straßburg“ hat das BSV am 22. Februar 2017 einen Vorschlag für eine [Revision des ATSG](#) in die Vernehmlassung (Stellungnahmeverfahren zu einem Vorentwurf eines neuen Gesetzes) geschickt.

Was lässt sich aus dem Urteil an Anforderungen hinsichtlich der gesetzlichen Grundlage für die Überwachung einer in der gesetzlichen Unfallversicherung versicherten Person entnehmen? Es braucht vorab einen ausreichenden Anfangsverdacht. Ist damit der Verdacht auf einen Betrug ([Art. 146 Strafgesetzbuch der Schweiz – StGB](#)) oder Sozialversicherungsbetrug ([Art. 148a StGB](#)) gemeint oder genügt bereits der Verdacht, ungerechtfertigterweise eine Sozialversicherungsleistungen bezogen zu haben ohne dass die Voraussetzungen eines Betruges bzw. Sozialversicherungsbetruges vorliegen? Das Gesetz muss diese Fragen beantworten und erläutern, was unter einem *Anfangsverdacht* zu verstehen ist und auch, welche *Behörde* bzw. Stelle innerhalb einer Behörde über das *Vorliegen eines Anfangsverdachts* befinden und die Überwachung anordnen kann. Weiter muss die Art und Weise der zulässigen Überwachungsmaßnahme bezeichnet werden. In der Lehre (siehe Heusser, in: [Jusletter 9. Januar 2017](#), Rz. 31) wird darauf hingewiesen, der Gesetzgeber müsse darlegen, ob von der überwachten Person Fotos gemacht werden dürfen oder auch Filmaufnahmen und Tonaufzeichnungen. Auch sei zu klären, ob Aufnahmen mit Drohnenkameras zulässig wären. Weiter verlangt der EGMR, dass der Umfang und die Dauer der Überwachung im Gesetz ausreichend präzise definiert werden. Notwendig sind überdies gesetzliche Regelungen zur Aufbewahrung und Vernichtung der durch die Observation gewonnenen Informationen. Erforderlich ist ferner eine Bezeichnung von Rechtsmitteln und der zuständigen Rechtsmittelinstanz, damit eine versicherte Person gegen eine Überwachung vorgehen kann.

Bei der vom schweizerischen Gesetzgeber geplanten „Überwachungsnorm“ ([Art. 43a ATSG](#)) bedürfen einige Punkte der *Konkretisierung*. So sind zwar die Voraussetzungen der Überwachung einigermaßen klar bezeichnet (konkreter Verdacht des unrechtmäßigen Leistungsbezugs bzw. des Versuchs dazu und Fehlen geeigneter anderer Möglichkeiten zur Feststellung des Leistungsbezuges). Die Regelung ist aber ergänzungsbedürftig und zwar in dem Sinne, dass die *Überwachung nur dann in Frage kommt*, wenn andere, die *Persönlichkeit der betroffenen Person weniger beeinträchtigende* Mittel, sich als unzulässig erweisen. Zuständig für die Überwachung sind „die Versicherungsträger“ (Art. 43a Abs. 1 rev.ATSG) und diese dürfen für die Überwachung mit „Spezialisten und Spezialistinnen“ zusammenarbeiten (Art. 43a Abs. 4 rev.ATSG). Welche beruflichen Anforderungen solche Personen vorweisen müssen, hält das Gesetz nicht fest. Weiter fehlen Angaben zu den Mitteln, die Überwacher einsetzen dürfen. Um den Anforderungen des EGMR an die Vorhersehbarkeit und Klarheit der rechtlichen Grundlage für eine rechtmäßige Überwachung gerecht zu werden, ist erforderlich, dass der Gesetzgeber die im Rahmen der Überwachung einsetzbaren Mittel klar benennt oder zumindest klar festhält, dass Feststellungen, die – auch wenn sie von öffentlichem Grund aus – über Geschehnisse im Privatbereich gemacht werden, von den Behörden nicht verwertet werden dürfen, ungeachtet der Mittel, mit denen diese Feststellung gemacht werden.

Unbefriedigend, ist auch die Bestimmung in Art. 43a Abs. 6 rev.ATSG, wonach der Versicherungsträger, wenn sich herausstellt, dass die Observation nicht angezeigt war, das Observationsmaterial zu vernichten hat. Die im Gesetz vorgesehene obligatorische Vernichtung führt möglicherweise zu einer für die versicherte Person ungünstigen Aktenlage. Auch kann die zwingend



vorgesehene Vernichtung dazu führen, dass eine versicherte Person nicht mehr gegen die unrechtmäßige Überwachung gerichtlich vorgehen kann. In diesem Zusammenhang ist an die Entscheidung des EGMR [I / Finnland](#) zu erinnern (EGMR v. 17.7.2008 – Nr. 20511/03). Eine finnische Spitalangestellte, die gleichzeitig auch Patientin desselben Spitals war, konnte eine Datenschutzverletzung bzgl. Daten zu ihrem Gesundheitszustand nicht beweisen, da die Zugriffsdaten auf das Patienteninformationssystem vorschriftsgemäß gelöscht wurden. Damit hatte Finnland die aus Art. 1 i.V.m. Art. 8 EMRK fließende staatliche Schutzpflicht verletzt (in diesem Fall zeigt sich auch ein Paradox des Datenschutzes: Um eine Datenschutzverletzung beweisen zu können, müssen Daten lange aufbewahrt werden).

In der vorliegenden EGMR-Entscheidung ging es um eine Auseinandersetzung mit einer in der gesetzlichen Unfallversicherung versicherten Arbeitnehmerin und einer privaten Versicherungsgesellschaft (der „Zürich-Versicherung“). Da die „Zürich“ jedoch gemäß dem innerstaatlichen Recht ([Art. 68 des Unfallversicherungsgesetzes](#)) die gesetzliche Unfallversicherung durchführt und damit eine staatliche Aufgabe wahrnimmt, ist sie gleichermaßen wie der Staat an die Grundrechte gebunden ([Art. 35 Abs. 2 Bundesverfassung BV](#)). Der EGMR hält zu dieser Frage fest, dass sich der Staat nicht von den Verpflichtungen aus der EMRK befreien kann, indem er Aufgaben an private Akteure delegiert (Rn. 47).

Dass eine private Versicherung, die mit der Durchführung einer obligatorischen Sozialversicherung betraut ist, an die EMRK-Verpflichtungen gebunden ist und somit einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage für eine Überwachung von Versicherten bedarf, liegt auf der Hand. Wie verhält es sich aber mit privaten Versicherungsträgern, die *nicht obligatorische Versicherungen* durchführen? Und welche Konsequenzen hat das EGMR-Urteil Vukota-Boijc / Schweiz für die Überwachung in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen durch die Arbeitgeber? Angesprochen ist hier die ebenfalls aus der EMRK fließende *Schutzpflicht des Staates*, Private wirksam vor EMRK-Verletzungen durch andere Private zu schützen. Im Urteil [Bărbulescu / Rumänien](#) hält der Gerichtshof fest, dass die positiven Verpflichtungen zum Schutz vor Verletzungen des Rechts auf Privatleben konkrete Maßnahmen erforderten (EGMR v. 12.1.2016 – Nr. 61496/08, Rn. 52, mit weiteren Hinweisen auf die EGMR-Entscheidungen Nr. [40660/08](#) und [60641/08](#) – *von Hannover / Deutschland*, Rn. 57 sowie Nr. [38079/06](#) – *Benediksdóttir / Island*). Die Grenzen zwischen den negativen und positiven staatlichen Verpflichtungen wären zudem fließend; in beiden Fällen müsste zwischen den divergierenden staatlichen und privaten bzw. gegensätzlichen privaten Interessen eine faire Abwägung vorgenommen werden (EGMR v. 12.1.2016 – Nr. 61496/08 – [Bărbulescu / Rumänien](#), Rn. 52, mit Hinweisen auf Nr. 6339/05 – [Evans / Großbritannien](#), Rn. 75, 77).

Was bedeutet dies nun hinsichtlich des Erfordernisses einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage für eine Überwachung durch private Versicherer oder Arbeitgeber? Im deutschen Recht könnte § 32 Abs. 1 Satz 2 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) bzw. § 26 Abs. 1 S. 2 BDSG nach dem Entwurf für ein Datenschutz-Anpassungs- und –Umsetzungsgesetz EU die Rechtsgrundlage für eine Überwachung durch Privatdetektive im Arbeitsverhältnis darstellen. Ob die Datenerhebung im Wege der Überwachung durch einen Detektiv hiernach überhaupt zulässig ist, ist jedoch umstritten (hierzu Hinweis in HSI-Newsletter 4/2016 unter V.1).

Der EGMR hielt wiederholt fest, dass eine Rechtfertigung einer Verletzung von Menschenrechten der EMRK durch Private der Sache nach den gleichen Anforderungen genügen müsse, wie wenn die Verletzung durch eine staatliche Behörde erfolge (EGMR v. 12.11.2008 – Nr. 34503/97 – [Demir and Baykara / Türkei](#), Rn. 111). Auch bezeichnet der EGMR eine (geheime) Überwachung am Arbeitsplatz als einen schweren Eingriff in das Recht auf Privatsphäre (EGMR v. 12.1.2016 – Nr. 61496/08 – [Bărbulescu / Rumänien](#), Rn. 57, mit Verweis auf das [Köpke](#)-Urteil). Man könnte deshalb zur Annahme gelangen, dass sich aus der Entscheidung Vukota-Boijc / Schweiz ableiten ließe, der nationale Gesetzgeber müsse die Überwachung von Arbeitnehmern *vergleichbar klar und voraussehbar* regeln wie die Überwachung im Bereich staatlicher Sozialversicherungen. Die EGMR-Entscheidung [Bărbulescu / Rumänien](#) führt indes zu einem anderen Ergebnis. Der Beschwerdeführer hatte die

fehlende Vorhersehbarkeit der Überwachung im rumänischen Arbeitsrecht kritisiert (EGMR v. 12.1.2016 – Nr. 61496/08 – [Bărbulescu / Rumänien](#), Rn. 47). Der EGMR folgte diesem Einwand nicht und beschränkte sich vielmehr darauf zu prüfen, ob die rumänischen Gerichte eine angemessene Interessenabwägung vorgenommen hatten (EGMR v. 12.1.2016 – Nr. 61496/08 – [Bărbulescu / Rumänien](#), Rn. 52 f). Der portugiesische Richter Pinto de Albuquerque gab eine sehr differenzierte dissenting opinion ab. Er brachte u.a. zum Ausdruck, dass eine rechtmäßige Überwachung des Internet- und E-Mail-Verkehrs von Arbeitnehmern verhältnismäßig sein muss und eine ausreichend klare Regelung auf Unternehmensebene erfordert. Der Fall Bărbulescu wurde an die große Kammer verwiesen und es ist nicht auszuschließen, dass diese den Fall im Sinne der Erwägungen der dissenting opinion entscheiden wird.

Auch die Observation von Versicherten durch private Haftpflichtversicherer ist im Lichte der aus der EMRK fließenden staatlichen Schutzpflichten näher zu analysieren. Das schweizerische Bundesgericht hielt hierzu in [BGE 136 III 410](#) fest, die Zulässigkeit der Observation von Versicherten durch private Haftpflichtversicherer sei auf der Grundlage des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes zu prüfen. Eine Observation durch Privatdetektive könne die Geheim- oder Privatsphäre der Zielperson betreffen und bedürfe deshalb einer Rechtfertigung. Eine solche bestehe darin, dass weder die Versicherung noch die dahinter stehende Versichertengemeinschaft zu Unrecht Leistungen erbringen müsse. Das Interesse an einer wirksamen Missbrauchsbekämpfung sei gegen das Interesse des von der Observation Betroffenen auf Unversehrtheit seiner Person abzuwägen (BGE 136 III 410, E. 2.2.3). Zum Verhältnis des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes zu Art. 8 EMRK verweist das Bundesgericht auf die EGMR-Praxis (Das Bundesgericht verweist hier auf die Urteile Verlière gegen die Schweiz und Minell), wonach ein Staat seinen positiven Verpflichtungen nachgekommen ist, wenn der beschwerdeführenden Partei gegen die Beeinträchtigung ihres Privatlebens Rechtsbehelfe in zivil- und strafrechtlicher Natur zur Verfügung stehen und wenn der Staat die auf dem Spiele stehenden Interessen umfassend gegeneinander abwägen (BGE 136 III 410, E.6.2). Im Fall [Verlière / Schweiz](#) hatte der EGMR die Observation eines Versicherten durch eine private Versicherungsgesellschaft als zulässig erachtet. Dieses Urteil stammt allerdings aus dem Jahre 2001 und seither hat der EGMR seine Sensibilität gegenüber Verletzungen von EMRK-Rechten durch Private und die dadurch entstehende Schutzpflicht des Staates erhöht. Die Zulässigkeit einer Observation durch Privatversicherer erfordert aus Sicht der *Vukota*-Entscheidung eine Neubeurteilung.



## IV. Verfahren vor dem EuGH

Zusammengestellt von Dr. Johannes Heuschmid und Daniel Hlava, LL.M.

### 1) Allgemeine Fragen

#### Schlussanträge

##### Schlussanträge des Generalanwalts Bobek vom 21. März 2016 – C-190/16 – Fries

**Rechtsvorschriften:** Art. 15 Abs. 1 EU-GRC (Berufsfreiheit und Recht zu arbeiten), Art. 21 Abs. 1 EU-GRC (Diskriminierungsverbot), FCL.010 und FCL.065 b des Anhangs I der Verordnung (EU) Nr. 1178/2011 (zur Festlegung technischer Vorschriften und Verfahren für fliegendes Personal in der Zivilluftfahrt nach der Verordnung (EG) Nr. 216/2008)

**Schlagworte:** Altersgrenze von 65 Jahren für im gewerblichen Luftverkehr tätige Piloten – Flugsicherheit – Berufsfreiheit und Recht zu arbeiten – Gleichbehandlung aufgrund des Alters – Definition des Begriffs „gewerblicher Luftverkehr“ – Leer- bzw. Überführungsflüge sowie Ausbildungs- und Prüfungstätigkeiten

**Kernaussagen:** 1. Die in FCL.065 Buchst. b des Anhangs I der Verordnung (EU) Nr. 1178/2011 enthaltene Altersgrenze von 65 Jahren für Piloten im gewerblichen Luftverkehr stellt keine nach Art. 21 Abs. 1 EU-GRC verbotene Altersdiskriminierung dar und verstößt nicht gegen das Recht zu arbeiten und einen frei gewählten Beruf auszuüben gem. Art. 15 Abs. 1 EU-GRC.

2. Der Begriff „gewerblicher Luftverkehr“ erfasst weder sog. Leer- bzw. Überführungsflüge, noch die Ausbildung und Abnahme von Prüfungen.

[**Hinweis:** Nach der unionsrechtlichen Bestimmung in FCL.065 b des Anhangs I der Verordnung (EU) Nr. 1178/2011 dürfen Piloten ab dem Alter von 65 Jahren – auch bei fortbestehender Pilotenlizenz – nicht mehr als Pilot im gewerblichen Luftverkehr tätig sein. Im Ausgangsverfahren weigerte sich eine Fluggesellschaft aufgrund dieser Regelung einen 65-jährigen Piloten weiter zu beschäftigen. Der mit dem Fall befasste 5. Senat des BAG stellte dem EuGH die Frage, ob die Altersgrenze mit dem Verbot der Altersdiskriminierung in Art. 21 Abs. 1 EU-GRC sowie der Berufsfreiheit und dem Recht zu arbeiten in Art. 15 Abs. 1 EU-GRC vereinbar ist (Vorlagebeschluss v. 27.1.2016 – 5 AZR 263/15 (A)). Der Generalanwalt erkennt keinen Verstoß gegen die in der Charta verbürgten Grundrechte des Piloten. Der weite Ermessensspielraum des Unionsgesetzgebers sei nicht überspannt worden und die Altersgrenze von 65 Jahren stehe im Einklang mit den einschlägigen Normen der Internationalen Zivilluftfahrtorganisation. In der Rs. [Prigge u.a.](#) sah der EuGH eine tarifvertragliche Altersgrenze von 60 Jahren für Piloten als inkohärent an, da nationale und internationale Normen die Grenze bei 65 Jahren zogen (EuGH v. 13.9.2011 – C-447/09; Preis: in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, § 4 Rn. 126 f). Weiter wollte das BAG wissen, ob der Begriff des „gewerblichen Luftverkehrs“ nach FCL.010 auch sog. Leerflüge (Flüge ohne Passagierbeförderung, insb. zur Überführung eines Flugzeugs zu einem anderen Standort oder zur Wartung) umfasst. Gleiches war für die Tätigkeit als Pilotenausbilder fraglich. Der Generalanwalt kommt zu dem Ergebnis, dass Leerflüge sowie Ausbildungs- und Prüfungstätigkeiten nicht unter den Begriff „gewerblicher Luftverkehr“ fallen und damit die Altersgrenze von 65 Jahre hier nicht anwendbar ist.]

## Neue anhängige Verfahren

### [Vorabentscheidungsersuchen des Supremo Tribunal Administrativo \(Portugal\) – C-64/16 – Associação Sindical dos Juizes Portugueses](#)

**Rechtsvorschriften:** Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV, Art. 47 EU-GRC (unabhängige Gerichte)

**Schlagworte:** Einseitige und fortdauernde Kürzung der Bezüge von Richtern durch andere Verfassungsorgane zum Abbau des Haushaltsdefizits – Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit

### [Vorabentscheidungsersuchen der Corte suprema di cassazione \(Italien\) – C-616/16 – Presidenza del Consiglio dei Ministri u.a.](#)

**Rechtsvorschriften:** Änderungsrichtlinie 82/76/EWG (Facharztausbildung)

**Schlagworte:** Pflicht zur angemessenen Vergütung von Ärzten während ihrer Weiterbildung zum Facharzt – Anwendbarkeit der Richtlinie 82/76/EWG auf Facharztausbildungen, die bereits vor dem Jahr 1983 begonnen haben

### [Vorabentscheidungsersuchen der Corte suprema di cassazione \(Italien\) – C-617/16 – Castellano u.a.](#)

**Rechtsvorschriften:** Änderungsrichtlinie 82/76/EWG (Facharztausbildung)

**Schlagworte:** Pflicht zur angemessenen Vergütung von Ärzten während ihrer Weiterbildung zum Facharzt – Anwendbarkeit der Richtlinie 82/76/EWG auf Facharztausbildungen, die bereits vor dem Jahr 1983 begonnen haben

### [Vorabentscheidungsersuchen des Upper Tribunal \(Vereinigtes Königreich\) – C-618/16 – Prefeta](#)

**Rechtsvorschriften:** Art. 7 Abs. 2 Freizügigkeitsverordnung (EU) Nr. 492/2011, Art. 7 Abs. 3 Unionsbürgerrichtlinie 2004/38/EG, Anhang XII Beitrittsvertrag (Polen)

**Schlagworte:** Ausschluss polnischer Staatsangehöriger von der Freizügigkeit – Keine ununterbrochene Arbeitsdauer von 12 Monaten – Erhalt der Arbeitnehmereigenschaft

## **2) Arbeitszeit und Arbeitsschutz**

### Urteile/Beschlüsse

#### [Urteil des Gerichtshofs \(Zehnte Kammer\) vom 2. März 2017 – C-245/15 – Casa Noastră](#)

**Rechtsvorschriften:** Art. 3 Buchst. a Verordnung (EG) Nr. 561/2006 (Harmonisierung bestimmter Sozialvorschriften im Straßenverkehr), Art. 2 Nr. 3 Verordnung (EG) Nr. 1073/2009 (Zugang zum grenzüberschreitenden Personenkraftverkehrsmarkt)

**Schlagworte:** Linienverkehr zur Personenbeförderung – Begriff – von einem Arbeitgeber für seine Arbeitnehmer organisierte unentgeltliche Beförderung zur und von der Arbeitsstätte mit in seinem Eigentum stehenden und von einem seiner Arbeitnehmer gelenkten Fahrzeugen

**Kernaussage:** Der von einem Arbeitgeber eingerichtete Beförderungsverkehr zwischen dem Wohnort und der Arbeitsstätte seiner Arbeitnehmer, dessen Linienstrecke nicht mehr als 50 km beträgt, fällt aufgrund der Ausnahme in Art. 3 Buchst. a Verordnung (EG) Nr. 561/2006 nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung.

### [Urteil des Gerichtshofs \(Zehnte Kammer\) vom 2. März 2017 – C-97/16 – Pérez Retamero](#)

**Rechtsvorschriften:** Richtlinie 2002/15/EG (Arbeitszeit von Personen mit Fahrtätigkeiten im Straßentransport)

**Schlagworte:** Arbeitnehmerbegriff – Abgrenzung der Begriffe „Fahrpersonal“ und „selbständiger Kraftfahrer“ – Anwendungsbereich der Richtlinie 2002/15/EG über die Arbeitszeit von Personen, die Fahrtätigkeiten im Bereich des Straßentransports ausüben

**Kernaussage:** Das Vorabentscheidungsersuchen ist unzulässig, da das Vorlagegericht nicht dargelegt hat, dass der Ausgangsfall in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2002/15/EG fällt.

### Schlussanträge

#### [Schlussanträge des Generalanwalts Tanchev vom 2. Februar 2017 – C-102/16 – Vaditrans](#)

**Rechtsvorschriften:** Art. 8 Abs. 6 u. 8 Verordnung (EG) Nr. 561/2006 (Harmonisierung bestimmter Sozialvorschriften im Straßenverkehr)

**Schlagworte:** Ruhezeiten des Fahrers – Umstände, unter denen Ruhezeiten im Fahrzeug verbracht werden dürfen

**Kernaussage:** Ein Fahrer darf die regelmäßigen wöchentlichen Ruhezeiten nach Art. 8 Abs. 6 u. 8 Verordnung (EG) Nr. 561/2006 nicht im Fahrzeug verbringen.

[**Hinweis:** In den Schlussanträgen zur Auslegung der Verordnung (EG) Nr. 561/2006 zur Harmonisierung bestimmter Sozialvorschriften im Straßenverkehr sind insbesondere Regelungen zur Arbeitszeit von im Straßenverkehrsgewerbe tätigen Arbeitnehmern geregelt. Streitig war vorliegend, ob die Verordnung in Art. 8 Abs. 6 i.V.m. Abs. 8 den Fahrern verbietet, die dort vorgesehene „regelmäßige wöchentlichen Ruhezeit“ von mindestens 45 Stunden in ihrem Fahrzeug zu verbringen. Dies wird vom Generalanwalt im Rahmen einer geradezu lehrbuchmäßigen Auslegung unter Berücksichtigung der verschiedenen Auslegungsmethoden bejaht (Rn. 25 ff). Sollte der EuGH dem folgen, hätte dies unmittelbare Auswirkungen auf die innerstaatliche Rechtslage, da die VO (EG) Nr. 561/2006 im Inland, wie auch nochmal in § 21a Abs. 5 ArbZG klargestellt wird, unmittelbar anwendbar ist. Ebenfalls bejaht wird die daran anschließende Frage, ob die in der VO enthaltenen Sanktionsvorschriften den Anforderungen von Art. 49 Abs. 1 EU-GRC (nullum crimen, nulla poena sine lege) entspricht.]

## 3) Befristungen

### Urteile/Beschlüsse

#### [Beschluss des Gerichtshofs \(Zehnte Kammer\) vom 9. Februar 2017 – C-443/16 – Rodrigo Sanz](#)

**Rechtsvorschriften:** § 4 Abs. 1 Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge (umgesetzt durch Richtlinie 1999/70/EG)

**Schlagworte:** Aufeinanderfolgende befristete Verträge im öffentlichen Dienst – Umstrukturierung von Hochschulen – Überführung der Hochschulprofessoren in den Lehrkörper der Universitätsprofessoren – Erlangung eines Doktorgrades – Wechsel von Vollzeit- in Teilzeitstellen – Anwendung nur auf Beamte auf Zeit

**Kernaussage:** Es verstößt gegen § 4 Abs. 1 Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, wenn im Rahmen von Umstrukturierungen einer Hochschule den auf Zeit ernannten nicht

promovierten Hochschulprofessoren die Dienstzeit um die Hälfte verkürzt wird, während dies bei unbefristet ernannten Hochschulprofessoren, die ebenfalls keinen Dokortitel haben, nicht der Fall ist.

**[Hinweis:** In Spanien existierte die inzwischen abgeschaffte Kategorie der „Hochschulprofessoren“ (Profesores Titulares de Escuela Universitaria), die für Dozenten ohne Dokortitel an Fachhochschulen und Colleges gedacht war. Im Wege der Umstrukturierung spanischer Universitäten wurden diese Hochschulprofessoren in den Lehrkörper der Universitäten eingegliedert. Zudem wurde aufgrund von Budgetkürzungen die Arbeitszeit der befristeten Hochschulprofessoren (Beamte auf Zeit), die keinen Doktorgrad hatten, um die Hälfte reduziert, während dies bei unbefristet beschäftigten Hochschulprofessoren nicht der Fall war. Der EuGH sieht hierin einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot von befristet Beschäftigten nach § 4 Abs. 1 Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge. Mit Verweis auf seine gefestigte Rechtsprechung betont er, dass das Diskriminierungsverbot nicht restriktiv ausgelegt werden darf (Rn. 31 m.w.N.). Die Situation der Beamten auf Zeit und der unbefristeten Beamten sei aufgrund der identischen Eigenschaften der Stellen, der Art der Arbeit und der erforderlichen Ausbildung vergleichbar (Rn. 39). Haushaltserwägungen können kein Rechtfertigungsgrund für eine Diskriminierung sein (Rn. 52; vgl. bereits EuGH v. 23.10.2003 – C-4/02 und C-5/02 – [Schönheit und Becker](#), Rn. 85; EuGH v. 22.4.2010 – C-486/08 – [Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols](#), Rn. 46). Wie die Entscheidung im Wege eines Beschlussverfahrens nach Art. 99 der EuGH-Verfahrensordnung und die vielfältigen Nachweise in der Begründung (vgl. Rn. 25) zeigen, hat der Gerichtshof inzwischen eine ausdifferenzierte Rechtsprechung zum Diskriminierungsverbot von befristet Beschäftigten entwickelt, dem er eine hohe Bedeutung beimisst.]

### **Neue anhängige Verfahren**

#### **[Vorabentscheidungsersuchen des Tribunal Superior de la Justicia de Galicia \(Spanien\) – C-574/16 – Grupo Norte Facility](#)**

**Rechtsvorschriften:** § 4 Abs. 1 Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge (umgesetzt durch Richtlinie 1999/70/EG), Art. 21 EU-GRC (Nichtdiskriminierung)

**Schlagworte:** Äquivalenzgrundsatz – Unterschiedliche Abfindung bei Vertragsbeendigung von befristeten und unbefristeten Arbeitnehmern – Vergleichbarkeit der Beendigungsgründe wegen „sachlicher Umstände“ und „sachlicher Gründe“ – Ersetzungsvertrag – Rechtfertigung – Diskriminierungsverbot

## **4) Betriebsübergang**

### **Schlussanträge**

#### **[Schlussanträge des Generalanwalts Bot vom 19. Januar 2017 – verb. Rs. C-680/15 und C-681/15 – Asklepios Kliniken](#)**

**Rechtsvorschriften:** Art. 3 Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG

**Schlagworte:** § 613a BGB – Fortgeltung dynamischer Bezugnahmeklauseln auf einen Tarifvertrag im Arbeitsvertrag nach einem Betriebsübergang

**Kernaussage:** Enthält der zwischen dem Veräußerer und den Arbeitnehmern geschlossene Arbeitsvertrag eine Klausel, die auf Arbeitsbedingungen in einem Kollektivvertrag verweist, und an dessen Aushandlung weder der Veräußerer noch der Erwerber teilnehmen können, hat eine solche Klausel nach dem Betriebsübergang gem. Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 3 Richtlinie 2001/23/EG keinen dynamischen Charakter. Die Bezugnahmeklausel unterliegt den zeitlichen Grenzen nach Art. 3 Abs. 3 Richtlinie 2001/23/EG, die auf die in einem Kollektivvertrag vereinbarten Arbeitsbedingungen

anwendbar sind.

[**Hinweis:** Bereits im Januar 2017 hat Generalanwalt Bot seinen in Deutschland mit Spannung erwarteten Schlussantrag auf die Vorlage des 4. Senats (4 AZR 61/14 (A)) veröffentlicht (hierzu Hanau, AuR 2016, 159 ff; Sagan, ZESAR 2016, 116 ff). Hierin leitet er allein aus den Bestimmungen der Betriebsübergangs-RL eine entdynamisierende Wirkung ab, so dass Bezugnahmeklauseln ab dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs lediglich statisch wirken. Dies soll sich aus einer systematische Auslegung von Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 3 der Betriebsübergangs-RL ergeben, wie sie bereits in der Entscheidung [Werhof](#) angewandt worden sei (Rn. 39 und 73ff). Überzeugend ist dies allerdings nicht, da es in der Richtlinie zwei unterschiedliche Tatbestände zur Aufrechterhaltung von Arbeitsbedingungen gibt, die jeweils auch unterschiedliche Rechtsfolgen nach sich ziehen. Auf der einen Seite steht Art. 3 Abs. 1 Betriebsübergangs-RL, soweit es sich um arbeitsvertragliche Arbeitsbedingungen handelt, und auf der anderen Seite Art. 3 Abs. 3 Betriebsübergangs-RL, soweit es sich um Arbeitsbedingungen handelt, die auf der Basis der normativen Wirkung von Tarifverträgen unmittelbar und zwingend (§ 4 Abs. 1 TVG) gelten. Aufgrund dieser unterschiedlichen dogmatischen Ansätze kann die Lösung, die Art. 3 Abs. 3 Betriebsübergangs-RL vorsieht, nicht einfach auf die individualrechtlich vereinbarten Arbeitsbedingungen übertragen werden. Insbesondere aber widerspricht dies der zu Art. 3 Abs. 1 Betriebsübergangs-RL ergangenen Rechtsprechung des EuGH, nach der die Richtlinie gewährleisten soll, dass der Arbeitsvertrag mit dem Erwerber in unveränderter Form fortgesetzt wird. Die RL soll nämlich gerade verhindern, dass sich die Lage der Arbeitnehmer allein aufgrund des Betriebsübergangs verschlechtert (EuGH v. 6.11.2003 – C-4/01 – [Martin u.a.](#), Rn. 48; EuGH v. 6.9.2011 – C-108/10 – [Scattolon](#), Rn. 75). Das Gegenteil wäre vorliegend der Fall. Würde der EuGH dem Generalanwalt folgen, wäre die Tarifflicht weiter erleichtert, da jeder Betriebsübergang sogar innerhalb eines Konzerns als einseitige Maßnahme des Arbeitgebers zu einer Entdynamisierung der Verträge führen würde. Auf diese Gefahr hatte das BAG zu Recht in seinem Vorlagebeschluss hingewiesen (BAG v. 17.6.2015 – 4 AZR 61/14 (A), Rn. 49). Abgesehen davon ist ein solches Ergebnis nicht mit der Zielbestimmung in Art. 3 Abs. 3 EUV und Art. 151 AEUV vereinbar. Schließlich kann auch das immer wieder vorgebrachte Argument, die RL diene dem „gerechten Ausgleich der Interessen“ von Arbeitnehmern und Arbeitgebern nicht zur einschränkenden Auslegung herangezogen werden (Rn. 44 und 98), da die RL gerade Ausdruck einer solchen Interessensabwägung ist. Abgesehen davon ist das Arbeitsrecht als Schutzrecht der schwächeren Vertragspartei typischerweise parteiisch, da es darauf gerichtet ist eine gerade nicht vorhandene Vertragsparität herzustellen (EuGH zum Verbraucherrecht: Urt. v. 14.6.2012 – C-618/10 – [Banco Español de Crédito](#), Rn. 39). Plausibel ist hingegen der Verzicht die Grundsätze der Entscheidung [Alemo-Herron](#) zu Art. 16 EU-GRC zur Anwendung zu bringen, die zwischenzeitlich durch die Entscheidung [AGET Iraklis](#) (EuGH v. 21.12.2016 – C-201/15, siehe dazu Hinweis in HSI-Newsletter 4/2016 [unter IV.6.](#)) erheblich relativiert worden sind, auch wenn die dogmatische Begründung nicht überzeugt (Rn. 113). Demzufolge musste sich der Generalanwalt auch nicht mit der Frage befassen, ob vor dem Hintergrund des Günstigkeitsprinzips in Art. 3 Abs. 8 Betriebsübergangs-RL der Anwendungsbereich der EU-GRC nach deren Art. 51 überhaupt eröffnet ist. Eine Thematik, die für die arbeitsrechtliche Praxis von erheblicher Bedeutung ist, die jedoch durch die Nachjustierung von Art. 16 EU-GRC in [AGET Iraklis](#) etwas entschärft wurde. Bemerkenswert ist überdies, dass die Bundesregierung, insbesondere das BMAS, sich nicht in dieses überaus relevante Verfahren eingeschaltet hat. Das Urteil des EuGH in Sachen Asklepios ist für den 27.4.2017 angekündigt. Die Entscheidung wird im kommenden HSI-Newsletter 2/2017 eingehend bewertet.]

#### **Schlussanträge des Generalanwalts Tanchev vom 1. Februar 2017 – C-336/15 – Unionen**

**Rechtsvorschriften:** Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG

**Schlagworte:** Kollektivvertrag über verlängerte Kündigungsfristen bei ununterbrochener Beschäftigungszeit – Berücksichtigung von Beschäftigungszeiten beim Veräußerer nachdem ein Jahr seit dem Übergang vergangen ist

**Kernaussage:** Bei einem Betriebsübergang muss der Erwerber die beim Veräußerer zurückgelegten Beschäftigungszeiten als Betriebszugehörigkeitsdauer bei der Frist einer betriebsbedingten Kündigung berücksichtigen, und zwar auch dann, wenn seit dem Betriebsübergang ein Jahr

vergangen ist.

[**Hinweis:** Vorliegend ist fraglich, ob nach einem Betriebsübergang bei der Berechnung von Kündigungsfristen, die sich kollektivvertraglich nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit richten, auch die Beschäftigungszeiten beim Veräußerer zu berücksichtigen sind. Die Frage steht vor dem Hintergrund der schwedischen Rechtslage, wonach (unter Bezug auf Art. 3 Abs. 3 S. 2 BetriebsübergangsRL 2001/23/EG) die Bindung des Erwerbers an Kollektivverträge des Veräußerers auf ein Jahr begrenzt ist. Der EuGH hatte bereits für die Berechnung von Entlassungsabfindungen nach einem Betriebsübergang festgestellt, dass der Erwerber alle vom übernommenen Personal geleisteten Dienstjahre in der Weise berücksichtigen muss, wie es im Arbeitsverhältnis zum Veräußerer vorgesehen war (EuGH v. 14.9.2000 – C-343/98 – [Collino und Chiappero](#), Rn. 51). Auf diese Rechtsprechung nimmt der Generalanwalt Bezug und zieht einen Vergleich zu der mit einer verlängerten Kündigungsfrist verbundenen Gehaltszahlung (Rn. 25; auch unter Hinweis auf ein ähnliches Ergebnis des EFTA-Gerichtshofs v. 18.12.2014 – E-10/14 – *Enes Deveci u.a.* / *Scandinavian Airlines System Denmark-Norway-Sweden*, Rn. 83). Das betroffene Arbeitsverhältnis sei nach dem Betriebsübergang auch nicht zum Nachteil der Arbeitnehmer abgeändert worden, da für den Erwerber zum Zeitpunkt des Übergangs ein Kollektivvertrag bestand, der dieselben Modalitäten zur Berechnung der Kündigungsfrist enthielt wie der Kollektivvertrag des Veräußerers (Rn. 27, 32). Zudem dürfe die Wahrnehmung der Ein-Jahres-Option aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 BetriebsübergangsRL nicht dazu führen, dass sich die Arbeitsbedingungen durch einen Betriebsübergang verschlechtern, wenn der ablösende Kollektivvertrag denselben Wortlaut hat (Rn. 33). Im deutschen Recht ist die vorangegangene Betriebszugehörigkeit beim Veräußerer ebenso vom Erwerber für die Berechnung von Kündigungsfristen zu berücksichtigen (vgl. BAG v. 18.09.2003 – 2 AZR 330/02; Schaub/Koch, ArbR-HdB § 118 Rn. 11; Kittner/Zwanziger/Deinert-Bachner, § 96 Rn. 42). Der EuGH ist den Schlussanträgen in seinem Urteil vom 6.4.2017 im Ergebnis gefolgt. Die Entscheidung wird im kommenden HSI-Newsletter 2/2017 eingehend bewertet.]

**[Schlussanträge des Generalanwalts Mengozzi vom 29. März 2017 – C-126/16 – Federatie Nederlandse Vakvereniging u.a.](#)**

**Rechtsvorschriften:** Art. 5 Abs. 1 Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG

**Schlagworte:** Betriebsübergang – Ausnahme im Fall eines Konkurs- oder Insolvenzverfahrens – „Pre-pack“ – Fortsetzung der Unternehmen

**Kernaussage:** Das niederländische Verfahren zum Abschluss eines Pre-pack stellt kein Insolvenzverfahren i.S.d. Ausnahme in Art. 5 Abs. 1 RL 2001/23/EG dar. Die Arbeitnehmerschutzbestimmungen in Art. 3 und 4 RL 2001/23/EG finden auf die Übertragung eines Unternehmens oder seine fortbestehenden Teile im Rahmen eines Pre-pack Anwendung.

## 5) Entsendung von Arbeitnehmern

### Neue anhängige Verfahren

**[Vorabentscheidungsersuchen des Bezirksgerichts Bleiburg \(Österreich\) – C-33/17 – Čepelnik](#)**

**Rechtsvorschriften:** Art. 56 AEUV (Dienstleistungsfreiheit), Durchsetzungsrichtlinie 2014/67/EU zur Entsenderichtlinie 96/71/EG

**Schlagworte:** Sicherstellung eines noch nicht fälligen Bußgeldes – Verhängung eines Zahlungstopps und Bezahlung einer Sicherheitsleistung in der Höhe des (noch nicht endgültig feststehenden) Werklohns gegen den inländischen Auftraggeber – Sitz des Dienstleistungserbringers in einem anderen Mitgliedstaat



## 6) Gleichbehandlung

### Urteile/Beschlüsse

#### [Urteil des Gerichtshofs \(Zweite Kammer\) vom 9. März 2017 – C-406/15 – Milkova](#)

**Rechtsvorschriften:** Art. 5 u. 27 UN-BRK, Art. 7 Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie 2000/78/EG, Art. 20 u. 21 EU-GRC (allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz)

**Schlagworte:** Verstärkter Kündigungsschutz von Arbeitnehmern mit Behinderungen – Fehlen eines solchen Schutzes für Beamte mit Behinderungen – UN-BRK

**Kernaussagen:** 1. Mitgliedstaaten können für Arbeitnehmer mit bestimmten Behinderungen einen besonderen Entlassungsschutz vorsehen, ohne diesen Schutz auch Beamten mit den gleichen Behinderungen zuzubilligen, es sei denn, dass ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz vorliegt. In die Prüfung müssen alle maßgeblichen nationalen Rechtsvorschriften zur Stellung einerseits der Arbeitnehmer mit einer bestimmten Behinderung und andererseits der Beamten mit der gleichen Behinderung einbezogen werden, wobei insbesondere das Ziel des Kündigungsschutzes zu berücksichtigen ist.

2. Falls ein Verstoß gegen Art. 7 Abs. 2 Richtlinie 2000/78 im Lichte der UN-BRK und i.V.m. dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz vorliegt, müssen die nationalen Schutzvorschriften auch auf Beamte angewandt werden.

**[Hinweis:** Nach bulgarischem Recht bedarf u.a. die betriebsbedingte Kündigung eines Arbeitnehmers mit einer spezifischen Krankheit bzw. Behinderung der vorherigen Zustimmung durch die staatliche Arbeitsinspektion. Diese berücksichtigt die gesundheitlichen Auswirkungen der Entlassung. Bulgarische Beamte können entgegen dem deutschen Beamtenverständnis bei Wegfall ihrer Planstelle entlassen werden. Sie sind jedoch vom besonderen Kündigungsschutz für behinderte Arbeitnehmer ausgeschlossen. Vorliegend wurde das Dienstverhältnis einer psychisch kranken Beamtin wegen Streichung ihrer Planstelle ohne Zustimmung der Arbeitsinspektion beendet. Der EuGH sieht hierin keine Diskriminierung aufgrund einer Behinderung i.S.v. Art. 2 Abs. 2 Buchst. a oder b RL 2000/78/EG, da die Ungleichbehandlung beim Kündigungsschutz nicht auf der Behinderung, sondern auf der Natur des Beschäftigungsverhältnisses beruhe (Rn. 40). Letzteres stellt keine Diskriminierung i.S.d. RL 2000/78EG dar (Rn. 44; vgl. bereits EuGH v. 7.7.2011 – C-310/10 – [Aqafitej](#), Rn. 31-35). Bei dem besonderen Kündigungsschutz handle es sich jedoch um eine positive Maßnahme nach Art. 7 Abs. 2 RL 2000/78/EG, die faktische Ungleichheiten von behinderten Menschen im Berufsleben verringern und dadurch materielle Gleichheit herstellen soll (Rn. 47). Ebenso fordert die UN-BRK besondere Maßnahmen zur Herstellung der tatsächlichen Gleichberechtigung im Arbeitsleben (vgl. Art. 27 Abs. 1 Buchst. h sowie Art. 5 Abs. 1 u. 4 UN-BRK), worauf der EuGH ergänzend Bezug nimmt (Rn. 48 f). Da somit der Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet sei, müsse auch der Gleichbehandlungsgrundsatz in Art. 20 u. 21 EU-GRC gewahrt werden (zu dessen Bedeutung NK-GA/Heuschmid/Lörcher, § 20 GRCh Rn. 8 ff.). Der Zweck der streitgegenständlichen Regelung bestehe darin, Personen – unabhängig von der Art ihres rechtlichen Status – wegen der Auswirkungen einer Kündigung auf ihren Gesundheitszustand zu schützen. Hiernach erscheint dem EuGH die Unterscheidung zwischen Arbeitnehmern und Beamten mit je derselben Behinderung nicht angemessen (Rn. 59 ff). Kommt das vorliegende Gericht entsprechend zu dem Ergebnis, dass ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz vorliegt, müsse Beamten mit einer Behinderung im Wege einer „Anpassung nach oben“ derselbe Kündigungsschutz zuteilwerden (Rn. 68 f). Über die Anknüpfung an Art. 7 Abs. 2 RL 2000/78/EG im Lichte der UN-BRK wendet der EuGH damit den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz der EU-GRC im (öffentlichen) Arbeitsverhältnis an.]

#### [Urteil des Gerichtshofs \(Große Kammer\) vom 14. März 2017 – C-157/15 – G4S Secure Solutions \(ehem. Achbita\)](#)

**Rechtsvorschriften:** Art. 2 Abs. 2 Buchst. a u. b Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie 2000/78/EG

**Schlagworte:** Kopftuchverbot – Diskriminierung wegen der Religion – Unternehmensinterne Regelung, die den Arbeitnehmern verbietet, am Arbeitsplatz sichtbare politische, philosophische



oder religiöse Zeichen zu tragen – Mittelbare Diskriminierung

**Kernaussage:** Ergibt sich aus einer internen Regel eines privaten Unternehmens, die das sichtbare Tragen jedes politischen, philosophischen oder religiösen Zeichens am Arbeitsplatz verbietet, das Verbot eines islamischen Kopftuchs, kann hierin eine mittelbare Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung liegen, wenn tatsächlich Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung in besonderer Weise benachteiligt werden. Eine Diskriminierung liegt nicht vor, wenn sie durch ein rechtmäßiges Ziel, wie die Verfolgung einer Politik der Neutralität gegenüber Kunden, sachlich gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.

[**Hinweis:** siehe Anmerkung unter II.]

#### [Urteil des Gerichtshofs \(Große Kammer\) vom 14. März 2017 – C-188/15 – Bougnaoui und ADDH](#)

**Rechtsvorschriften:** Art. 4 Abs. 1 Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie 2000/78/EG

**Schlagworte:** Kopftuchverbot – Diskriminierung wegen der Religion – Wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung – Wunsch eines Kunden, die Leistungen nicht von einer Arbeitnehmerin ausführen zu lassen, die ein islamisches Kopftuch trägt

**Kernaussage:** Der Wille eines Arbeitgebers, den Wünschen eines Kunden zu entsprechen, Leistungen nicht mehr von einer Arbeitnehmerin mit islamischem Kopftuch ausführen zu lassen, ist keine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung i.S.d. Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG.

[**Hinweis:** siehe Anmerkung unter II.]

#### Schlussanträge

#### [Schlussanträge des Generalanwalts Bobek vom 23. März 2017 – C-143/16 – Abercrombie & Fitch Italia](#)

**Rechtsvorschriften:** Art. 2 Abs. 2 Buchst. a und Art. 6 Abs. 1 Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie 2000/78/EG

**Schlagworte:** Gleichbehandlungsgrundsatz und Verbot der Altersdiskriminierung – Nationale Regelung über Gelegenheitsarbeitsverträge mit Personen, die das 25. Lebensjahr noch nicht vollendet haben

**Kernaussage:** Gelegenheitsarbeitsverträge, nach denen ein Arbeitnehmer bei Bedarf gelegentlich zur Arbeitsleistung herangezogen werden kann (zum Begriff vgl. Rn. 1), die mit Arbeitnehmern geschlossen werden, die das 25. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, stellen keine unmittelbare Diskriminierung wegen des Alters dar, wenn die Regelung ein legitimes Ziel verfolgt, das einen Bezug zur Beschäftigungs- und Arbeitsmarktpolitik aufweist, und dieses Ziel mit angemessenen und erforderlichen Mitteln erreicht wird.

#### Neue anhängige Verfahren

#### [Vorabentscheidungsersuchen des Juzgado de lo Social n.º 1 de Cuenca \(Spanien\) – C-270/16 – Ruiz Conejero](#)

**Rechtsvorschriften:** Art. 2 Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie 2000/78/EG

**Schlagworte:** Diskriminierungsverbot wegen einer Behinderung – Nationale Vorschrift, wonach einem Arbeitnehmer ab einer bestimmten Häufigkeit von Krankheitstagen gekündigt werden darf – Anwendbarkeit dieser Regelung bei behinderungsbedingter Abwesenheit

[**Hinweis:** Nach spanischem Recht darf einem Arbeitnehmer gekündigt werden, wenn dieser innerhalb eines definierten Zeitraums (z.B. aufgrund von Krankheit) eine bestimmte Anzahl an Fehltagen angehäuft hat (laut Vorlagefrage: „20 % der Arbeitstage in zwei aufeinanderfolgenden Monaten und insgesamt 5 % in den vorangegangenen zwölf Monaten oder aber 25 % in vier nicht aufeinanderfolgenden Monaten innerhalb von zwölf Monaten“). Fraglich ist nun, ob diese Regelung

auch auf Arbeitnehmer anwendbar ist, deren Fehlzeiten durch eine Behinderung verursacht sind. Der EuGH hatte sich in der Rs. [HK Danmark](#) bereits mit einer dänischen Regelung befasst, die eine Verkürzung der Kündigungsfrist ermöglichte, wenn der betreffende Arbeitnehmer innerhalb der letzten zwölf Monate krankheitsbedingt 120 Tage mit Entgeltfortzahlung abwesend war (Urt. v. 11.4.2013 – C-335/11 und C-337/11, m. Anm. Heuschmid, HSI-Newsletter 2/2013 unter II.). Er entschied, dass diese Regelung nicht mit der RL 2000/78/EG vereinbar ist, wenn die Fehlzeiten eines behinderten Arbeitnehmers kausal darauf zurückzuführen sind, dass der Arbeitgeber keine angemessenen Vorkehrungen nach Art. 5 RL 2000/78/EG i.V.m. Art. 2 UAbs. 4 UN-BRK zur Reduzierung der Abwesenheitszeiten getroffen hat (z.B. Angebot von Teilzeitarbeit). Es spricht einiges dafür, dass der EuGH dieser Linie in der hiesigen Entscheidung folgen wird.]

#### [Vorabentscheidungsersuchen des Symvoulio tis Epikrateias \(Griechenland\) – C-409/16 – Kalliri](#)

**Rechtsvorschriften:** Gleichbehandlungsrichtlinien 76/207/EWG, 2002/73/EG und 2006/54/EG

**Schlagworte:** Mindestgröße von 1,70 m als Zugangsvoraussetzungen für Bewerber an einer Polizeiakademie – Mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts

[**Hinweis:** Die Festlegung einer Mindestkörpergröße könnte Frauen beim Zugang zur Beschäftigung i.S.v. Art. 2 Abs. 1 Buchst. b RL 2006/54/EG und Art. 2 Abs. 2 Buchst. b RL 2000/78/EG mittelbar diskriminieren, da sie im Durchschnitt kleiner sind als Männer. Vorliegend wird daher insbesondere zu klären sein, ob die Mindestgröße von 1,70 m für den Zugang zur Offiziers- und Polizistenschule gerechtfertigt ist (ebenso Stiebert, ZESAR 2017, 27, 29). Das Verfahren ist auch für die deutsche Rechtspraxis relevant. Bspw. erkannte das VG Schleswig in der Mindestgröße von 1,63 m für weibliche Bewerber im höheren Polizeivollzugsdienst der Bundespolizei eine unzulässige mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts (VG Schleswig v. 26.3.2015 – 12 A 120/14). Der VGH Hessen sah hingegen eine Mindestgröße von 1,60 m für die Einstellung in den gehobenen Polizeivollzugsdienst als sachlich gerechtfertigt an (VGH Hessen v. 25.8.2016 – 1 B 976/16). Daneben spielen Vorgaben zu Mindestgrößen auch in anderen Berufen eine Rolle (z.B. bei Piloten, hierzu LAG Köln v. 25.6.2014 – 5 Sa 75/14).]

#### [Vorabentscheidungsersuchen des Nejvyšší soud České republiky \(Tschechische Republik\) – C-653/16 – Svobodová](#)

**Rechtsvorschriften:** Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie 2000/78/EG

**Schlagworte:** Ungleichbehandlung beim Arbeitsentgelt – Ausschluss der Vergütung für Bereitschaftsdienste von Richtern, während anderen Arbeitnehmern (öffentlicher und privater Arbeitgeber) eine solche Vergütung zusteht – gleiches Gehalt aller Richter entsprechend des Dienstalters, obwohl unterschiedliche Stunden an Bereitschaftsdiensten geleistet werden

#### [Vorabentscheidungsersuchen des Obersten Gerichtshofs \(Österreich\) – C-24/17 – Österreichischer Gewerkschaftsbund](#)

**Rechtsvorschriften:** Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie 2000/78/EG

**Schlagworte:** Berücksichtigung von Vordienstzeiten vor dem 18. Lebensjahr – Altersdiskriminierung – Überleitung in ein neues Besoldungssystem – Fortbestehen finanzieller Auswirkungen des vorangegangenen altersdiskriminierenden Systems im Überleitungsmonat – Anspruch auf einen finanziellen Ausgleich – Begrenzung der Anrechnung von Vordienstzeiten für bestimmte Dienstverhältnisse

[**Hinweis:** Der EuGH hatte sich bereits in verschiedenen Vorabentscheidungsverfahren zu Aspekten der Altersdiskriminierung in österreichischen Besoldungssystemen geäußert. Konkret ging es hierbei um die Anrechnung von Vordienstzeiten bei der Eingruppierung und um Fragestellungen im Zusammenhang mit der Ablösung des altersdiskriminierenden Systems durch ein neues Besoldungssystem (vgl. nur EuGH v. 18.6.2009 – C-88/08 – [Hütter](#); EuGH v. 28.1.2015 – C-417/13 – [Starjakob](#); EuGH v. 21.12.2016 – C-539/15 – [Bowman](#)).]

## 7) Insolvenzrecht

### Neue anhängige Verfahren

#### [Vorabentscheidungsersuchen des Tribunal Administrativo e Fiscal de Viseu \(Portugal\) – C-627/16 – Ventura Ramos](#)

**Rechtsvorschriften:** Art. 11 Insolvenzrichtlinie 2008/94/EG

**Schlagworte:** Verfallfrist für nicht erfüllte Arbeitsentgeltansprüche gegen Garantieeinrichtung – Verfallfrist von einem Jahr nach Ende des Arbeitsvertrags oder Eröffnung des Insolvenzverfahrens – Berücksichtigung von fälligen Ansprüchen bis zu 6 Monaten vor Antragstellung – Unverschuldetes Fristversäumnis

#### [Vorabentscheidungsersuchen des Court of Appeal \(Vereinigtes Königreich\) – C-17/17 – Grenville Hampshire](#)

**Rechtsvorschriften:** Art. 8 Insolvenzrichtlinie 80/987/EWG (abgelöst durch Richtlinie 2008/94/EG)

**Schlagworte:** Arbeitgeberinsolvenz – Verpflichtung sicherzustellen, dass jeder einzelne Arbeitnehmer im Fall der Zahlungsunfähigkeit seines Arbeitgebers mindestens 50 % des Werts seiner erworbenen Ansprüche auf Leistungen bei Alter erhält – nationale Regelung, wonach grundsätzlich mehr als 50 % des Werts der Ansprüche erhalten bleiben, einzelne Arbeitnehmer aber auch weniger erhalten können

## 8) Soziale Sicherheit

### Urteile/Beschlüsse

#### [Urteil des Gerichtshofs \(Erste Kammer\) vom 1. Februar 2017 – C-430/15 – Tolley](#)

**Rechtsvorschriften:** Koordinierungsverordnung (EWG) Nr. 1408/71 (abgelöst durch Verordnung (EG) Nr. 883/2004)

**Schlagworte:** Gegen das Risiko „Alter“ versicherte Person, die jede Berufstätigkeit endgültig eingestellt hat – Abgrenzung zwischen Invaliditäts- und Krankheitsleistung – Leistungsexport

**Kernaussagen:** 1. Die Pflegekomponente der Unterhaltsbeihilfe für Behinderte („disability living allowance“) ist eine Leistung bei Krankheit i.S.d. Verordnung (EWG) Nr. 1408/71.

2. Auch wenn eine Person aufgrund von Beitragszahlungen während eines bestimmten Zeitraums in das Sozialversicherungssystem eines Mitgliedstaats Ansprüche auf eine Altersrente erworben hat, können die Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats möglicherweise später für diese Person nicht weiter gelten.

3. Die Gewährung einer Beihilfe darf nicht davon abhängig gemacht werden, dass der Bezieher seinen Wohnort und Aufenthaltsort im Mitgliedstaat hat. Der Anspruch auf eine Leistung bleibt gem. Art. 22 Abs. 1 Buchst. b und Art. 22 Abs. 2 Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 nach einer Wohnortverlegung in einen anderen Mitgliedstaat erhalten, wenn hierfür eine Genehmigung erteilt wurde.

#### [Urteil des Gerichtshofs \(Zweite Kammer\) vom 2. März 2017 – C-496/15 – Eschenbrenner](#)

**Rechtsvorschriften:** Art. 45 AEUV (Arbeitnehmerfreizügigkeit), Art. 7 Freizügigkeitsverordnung (EU) Nr. 492/2011

**Schlagworte:** Grenzgänger, der im Wohnsitzmitgliedstaat einkommensteuerpflichtig ist – vom Beschäftigungsmitgliedstaat gezahltes Insolvenzgeld – Fiktive Berücksichtigung der Lohnsteuer des Beschäftigungsstaats – Insolvenzgeld, das niedriger ist als das bisherige Nettoarbeitsentgelt – Bilaterales Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung

**Kernaussage:** Es liegt kein Verstoß gegen Art. 45 AEUV und Art. 7 Verordnung (EU) Nr. 492/2011 vor,

wenn bei der Höhe des Insolvenzgelds eines Grenzgängers fiktiv die deutsche Lohnsteuer abgezogen wird, obwohl die betreffende Person die Leistung im anderen Mitgliedstaat nicht versteuern muss und das gezahlte Insolvenzgeld damit unter seinem bisherigen Nettoarbeitsentgelt liegt.

[**Hinweis:** Insolvenzgeld wird nach § 167 Abs. 1 SGB III von der Bundesagentur für Arbeit grundsätzlich in Höhe des zuvor erzielten Nettoarbeitsentgelts gewährt. Für Grenzgänger enthält § 167 Abs. 2 Nr. 2 SGB III eine Sonderregelung. Bei der Berechnung des Insolvenzgelds von Arbeitnehmern, die weder in Deutschland einkommensteuerpflichtig sind, noch in einem anderen Mitgliedstaat einer Steuer auf das Insolvenzgeld unterliegen, wird fiktiv die deutsche Lohnsteuer abgezogen. Hierdurch soll eine Besserstellung von Grenzgängern gegenüber im Inland einkommensteuerpflichtigen Arbeitnehmern vermieden werden (vgl. Voelzke in: Hauck/Noftz, SGB III, § 167 Rn. 30). Im Ausgangsverfahren arbeitete der in Frankreich wohnende Kläger in einem Unternehmen in Deutschland. Sein Gehalt war nach dem deutsch-französischen Steuerabkommen in Frankreich zu versteuern; auf das Insolvenzgeld fiel dort keine Steuer an. Entsprechend wurde die Leistung nach § 167 Abs. 2 Nr. 2 SGB III fiktiv in Höhe der deutschen Lohnsteuer gekürzt. Da die deutschen Lohnsteuersätze höher sind als die französischen, hatte dies zur Folge, dass das gezahlte Insolvenzgeld nicht seinem zuvor erhaltenen Nettogehalt entsprach. Auf die Vorlage des LSG Rheinland-Pfalz (Beschl. v. 23.7.2015 – L 1 AL 134/13) stellte der EuGH fest, dass die Kürzung nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 45 Abs. 2 AEUV bzw. Art. 7 Freizügigkeitsverordnung (EU) Nr. 492/2011 verstößt. Die nachteiligen Auswirkungen auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit seien allein in den unterschiedlichen Steuersätzen der beiden Mitgliedstaaten begründet, deren Festsetzung in den Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten falle (Rn. 45 ff; vgl. EuGH v. 12.5.1998 – C-336/96 – [Gilly](#), Rn. 47, 53). Der EuGH bestätigt damit die deutsche Rechtslage.]

## **Schlussanträge**

### **Schlussanträge des Generalanwalts Saugmandsgaard Øe vom 12. Januar 2017 – C-620/15 – A-Rosa Flussschiff**

**Rechtsvorschriften:** Koordinierungsverordnung (EWG) Nr. 1408/71 (abgelöst durch Verordnung (EG) Nr. 883/2004)

**Schlagworte:** Bindungswirkung von A1-Bescheinigungen (ehem. E 101-Bescheinigungen)

**Kernaussage:** Solange eine E 101-Bescheinigung (jetzt: A1-Bescheinigung) nicht von dem ausstellenden Träger widerrufen oder für ungültig erklärt worden ist, bindet sie den zuständigen Träger und die Gerichte des Aufnahmemitgliedstaats selbst dann, wenn von diesen festgestellt wird, dass die Tätigkeit des Arbeitnehmers offensichtlich nicht in den sachlichen Anwendungsbereich der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 fällt.

[**Hinweis:** A1-Bescheinigungen (früher E 101-Bescheinigungen) erfüllen bei der Entsendung eines Arbeitnehmers die Funktion, das Fortbestehen der Sozialversicherungspflicht im Herkunftsstaat zu bescheinigen. Auf diese Weise soll eine Doppelversicherung im Beschäftigungsstaat vermieden werden (vgl. Koch in: Henssler/Braun, Arbeitsrecht in Europa, Sozialversicherungsrecht Rn. 43 ff.; sowie Heuschmid/Schierle in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, § 5 Rn. 37). Nach bisheriger Rechtsprechung des EuGH sind Sozialversicherungsträger des Beschäftigungsstaats an die Bescheinigungen gebunden, bis diese durch die ausstellenden Behörden aufgehoben wurden (vgl. nur EuGH vom 26.1.2006 – C-2/05 – [Herbosch Kiere](#), Rn. 33). Im Vorlageverfahren geht es nun um die Frage, ob die Bindungswirkung auch dann besteht, wenn die Voraussetzungen zur Ausstellung einer A1-Bescheinigung offensichtlich nicht erfüllt sind. Der Generalanwalt hält auch hier an der Bindungswirkung fest und verweist auf das bei Streitigkeiten über die Aufhebung vorgesehene Dialog- und Vermittlungsverfahren (hierzu Schreiber in: Schlachter/Heinig, Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, § 33 Rn. 75). Bei Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs oder Betrugs könnte eine Änderung der Rechtsprechung jedoch erforderlich sein (vgl. Rn. 85, mit Hinweis auf EuGH v. 28.7.2016 – C-423/15 – [Kratzer](#), Rn. 37). Ein Vorlageverfahren zur Bindungswirkung einer betrügerisch erwirkten

A1-Bescheinigung ist derzeit unter dem Az. C-359/16 (*Altun u.a.*) anhängig (vgl. Hinweis in HSI-Newsletter 3/2016 unter IV.9.)]

#### [Schlussanträge des Generalanwalts Szpunar vom 8. März 2017 – C-569/15 – X](#)

**Rechtsvorschriften:** Koordinierungsverordnung (EWG) Nr. 1408/71 (abgelöst durch Verordnung (EG) Nr. 883/2004)

**Schlagworte:** Anwendbare Rechtsvorschriften – Wanderarbeitnehmer, der sich in einem dreimonatigen unbezahlten Urlaub befindet und eine Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat ausübt

**Kernaussage:** Ein Arbeitnehmer, der in seinem Wohn- und Beschäftigungsmitgliedstaat einen dreimonatigen unbezahlten Urlaub nimmt, um in einem anderen Mitgliedstaat eine Beschäftigung für einen anderen Arbeitgeber aufzunehmen, gilt während dieser Zeit als in zwei Mitgliedstaaten beschäftigt. Es finden die Vorschriften des Wohnsitzmitgliedstaats Anwendung.

#### [Schlussanträge des Generalanwalts Szpunar vom 8. März 2017 – C-570/15 – X](#)

**Rechtsvorschriften:** Koordinierungsverordnung (EWG) Nr. 1408/71 (abgelöst durch Verordnung (EG) Nr. 883/2004)

**Schlagworte:** Wanderarbeitnehmer – Ausübung eines Teils der Tätigkeit im Wohnmitgliedstaat, insbesondere durch Heimarbeit

**Kernaussage:** Ein Wanderarbeitnehmer, der nur einen kleinen Teil seiner Tätigkeiten für denselben Arbeitgeber (etwa 6,5% der Arbeitszeit) im Wohnsitzmitgliedstaat verrichtet und dort vor allem von zu Hause aus arbeitet, gilt als ausschließlich im Beschäftigungsmitgliedstaat beschäftigt.

### Neue anhängige Verfahren

#### [Vorabentscheidungsersuchen des Sąd Apelacyjny w Gdańsku \(Polen\) – C-517/16 – Czerwiński](#)

**Schlagworte:** Überprüfbarkeit der von einem anderen Mitgliedstaat vorgenommenen Erklärung über die Einstufung einer Leistung als Leistung der sozialen Sicherheit – Überbrückungsgeld – Leistung bei Alter – Grundsatz der Zusammenrechnung von Versicherungszeiten

#### [Vorabentscheidungsersuchen des Centrale Raad van Beroep \(Niederlande\) – C-551/16 – Klein Schiphorst](#)

**Rechtsvorschriften:** Art. 64 Koordinierungsverordnung (EG) Nr. 883/2004

**Schlagworte:** Leistungsexport bei Arbeitslosigkeit – Verlängerung des Exportzeitraums – Verweigerung – Bestehen einer konkreten und nachweisbaren Aussicht auf Beschäftigung – Befugnisse der Mitgliedstaaten

#### [Vorabentscheidungsersuchen der Augstākā tiesa \(Lettland\) – C-651/16 – DW](#)

**Rechtsvorschriften:** Art. 45 AEUV (Arbeitnehmerfreizügigkeit), Art. 4 Abs. 3 EUV (Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit)

**Schlagworte:** Höhe des Mutterschaftsgeldes – Ermittlung der durchschnittlichen Beitragsbemessungsgrundlage – Einbeziehung von Einkünften während Beschäftigungszeit bei einem EU-Organ – Niedrigere Leistung, als wenn durchgehende Beschäftigung im Mitgliedstaat bestanden hätte

#### [Vorabentscheidungsersuchen des Korkein hallinto-oikeus \(Finnland\) – C-679/16 – A](#)

**Rechtsvorschriften:** Art. 3 Abs. 1 Koordinierungsverordnung (EG) Nr. 883/2004, Art. 20 u. 21 AEUV (Unionsbürgerschaft), Art. 19 UN-BRK (unabhängige Lebensführung)

**Schlagworte:** Persönliche Assistenz für Menschen mit Behinderung als „Leistung bei Krankheit“ i.S.v. Art. 3 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 – Keine Leistungsgewährung im EU-Ausland während eines Studiums – Beschränkung der Freizügigkeit von Unionsbürgern – Rechtfertigung



## 9) Teilzeitarbeit

### Schlussanträge

#### [Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston vom 16. März 2017 – C-98/15 – Espadas Recio](#)

**Rechtsvorschriften:** Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit (umgesetzt durch Richtlinie 97/81/EG) und Art. 4 Richtlinie 79/7/EWG (Gleichbehandlung von Männern und Frauen)

**Schlagworte:** Berechnung der Bezugsdauer von Leistungen bei Arbeitslosigkeit – Nichteinbeziehung arbeitsfreier Wochentage – Diskriminierung

**Kernaussagen:** 1. Die Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit ist nicht auf eine beitragsbezogene Leistung bei Arbeitslosigkeit anwendbar, die ausschließlich aus Beiträgen einer Arbeitnehmerin und ihrer vormaligen Arbeitgeber finanziert wird.

2. Wird die Arbeitsleistung nur an bestimmten Wochentagen erbracht („vertikale“ Teilzeitarbeit), müssen die arbeitsfreien Tage bei der Berechnung von Beitragszeiten berücksichtigt werden und dürfen nicht zu einer Verringerung der Bezugsdauer einer Leistung führen, wenn die Mehrheit der Beschäftigten mit „vertikaler“ Arbeitszeitvereinbarung Frauen sind.

## 10) Urlaubsrecht

### Neue anhängige Verfahren

#### [Vorabentscheidungsersuchen des Bundesarbeitsgerichts \(Deutschland\) – C-569/16 – Bauer](#)

**Rechtsvorschriften:** Art. 7 Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG, Art. 31 Abs. 2 EU-GRC (Recht auf bezahlten Jahresurlaub)

**Schlagworte:** Anspruch auf Urlaubsabgeltung nach Tod des Arbeitnehmers – Vererbbarkeit des Urlaubsabgeltungsanspruchs – Vereinbarkeit von § 7 Abs. 4 BUrlG i.V.m. § 1922 Abs. 1 BGB mit Unionsrecht

**[Hinweis:** Das Vorabentscheidungsersuchen des BAG (Az. 9 AZR 45/16 (A)) ergeht im Anschluss an die Entscheidung des EuGH in der Rs. *Bollacke*. Dort wurde festgestellt, dass der Anspruch eines Arbeitnehmers auf Urlaubsabgeltung nicht mit seinem Tod untergeht (EuGH v. 12.6.2014 – C-118/13 – *Bollacke*, m. Anm. Heuschmid/Hlava, HSI-Newsletter 3/2014, Anm. unter II.). Das Recht auf bezahlten Jahresurlaub ergibt sich aus Art. 7 Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG sowie primärrechtlich aus Art. 31 Abs. 2 EU-GRC. Das BAG sieht keine Möglichkeit, § 7 Abs. 4 BUrlG i.V.m. § 1922 Abs. 1 BGB dahingehend auszulegen, dass der Abgeltungsanspruch vererbbar ist. Eine Abkehr des EuGH von seiner *Bollacke*-Rechtsprechung erscheint unwahrscheinlich (s. Klein, jurisPR-ArbR 49/2016, Anm. 2; Buschmann, AuR 2016, 479). Auch ist nicht erkennbar, weshalb BUrlG und BGB tatsächlich keinen Raum für eine richtlinienkonforme Auslegung i.S.d. *Bollacke*-Rechtsprechung lassen sollen (vgl. Gooren/Rudkowski, NJW 2017, 1149, 1150 f m.w.N.; Schneider, ZESAR 2017, 79, 82 f). Vorliegend war der Erblasser bei einer Körperschaft des öffentlichen Rechts beschäftigt, sodass es hier nicht auf die Frage der Horizontalwirkung von Art. 31 Abs. 2 EU-GRC ankommt. Parallel hat das BAG dem EuGH ein weiteres Verfahren zur Vererbbarkeit des Urlaubsabgeltungsanspruchs vorgelegt, bei dem außerdem die Horizontalwirkung des Grundrechts in einem privaten Arbeitsverhältnis eine Rolle spielt (anhängig unter C-570/16 – *Willmeroth*, vgl. Hinweis in HSI-Newsletter 4/2016; zur Horizontalwirkung des Grundrechts NK-GA/Heuschmid/Lörcher, Art. 31 GRCh Rn. 33).]

#### [Vorabentscheidungsersuchen des Bundesarbeitsgerichts \(Deutschland\) – C-684/16 – Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften](#)

**Rechtsvorschriften:** Art. 7 Abs. 1 Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG, Art. 31 Abs. 2 EU-GRC (Recht auf bezahlten Jahresurlaub)

**Schlagworte:** Verfall von Urlaubsansprüchen – Pflicht des Arbeitgebers zur initiativen Urlaubsgewährung

[**Hinweis:** Das Vorlageverfahren des BAG (Beschl. v. 13.12.2016 – 9 AZR 541/15 (A)) betrifft die Vereinbarkeit von § 7 BUrlG mit Art. 7 Abs. 1 ArbeitszeitRL 2003/88/EG und Art. 31 Abs. 2 EU-GRC (Recht auf bezahlten Jahresurlaub). § 7 Abs. 4 BUrlG sieht einen Abgeltungsanspruch für den Urlaub vor, der wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr genommen werden kann. Nach § 7 Abs. 3 BUrlG geht der Urlaubsanspruch unter, soweit er nach Ablauf des Urlaubsjahres bzw. dem Übertragungszeitraum nicht genommen wurde. Die Vorlage des 9. Senats betrifft die Frage, ob ein Arbeitgeber verpflichtet ist, von sich aus einseitig den Urlaub seiner Arbeitnehmer festzulegen, wenn der Anspruch anderenfalls verfallen würde. In der Rs. [Sobczyszyn](#) wies der EuGH mit Blick auf die Bedeutung des Mindestjahresurlaubs für die Gesundheit und Sicherheit der Arbeitnehmer darauf hin, dass der Urlaub in einem „vom Arbeitnehmer vorgeschlagenen Zeitraum zu gewähren [ist]“ (EuGH v. 30.6.2016 – C-178/15, Rn. 32 f). Ob aus der bisherigen Rechtsprechung eine Verantwortung des Arbeitgebers für die rechtzeitige Urlaubsgewährung abgeleitet werden kann, ist umstritten (dies annehmend u.a. Kohte, jurisPR-ArbR 31/2016, Anm. 2; LAG Berlin-Brandenburg v. 12.6.2014 – 21 Sa 221/14, m. Anm. Hlava, jurisPR-ArbR 41/2014, Anm. 6; Müller-Wenner, AuR 2017, 89; a.A. LAG Schleswig-Holstein v. 9.2.2016 – 1 Sa 321/15; Gooren, NZA 2016, 1374 ff). Das BAG geht davon aus, dass § 7 Abs. 3 u. 4 BUrlG nicht dahingehend ausgelegt werden kann, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer seinen bezahlten Urlaub ggf. „aufzwingen“ muss (Vorlagebeschluss, Rn. 13). Dies überzeugt nicht, da der Wortlaut insoweit offen ist (zur Verpflichtung der richtlinienkonformen Auslegung EuGH v. 19.4.2016 – C-441/14 – [DJ](#), m. Anm. Heuschmid, HSI-Newsletter 2/2016, unter II.). Da es sich um einen Fall handelt, der im Horizontalverhältnis spielt, könnte es hier auch auf Art. 31 Abs. 2 EU-GRC ankommen (vgl. NK-GA/Heuschmid/Lörcher, Art. 31 GRCh Rn. 33). Mit der Rs. C-619/16 – *Kreuziger* ist auf Vorlage des OVG Berlin-Brandenburg ein weiteres Verfahren zur Frage der arbeitgeberseitigen Pflicht zur initiativen Urlaubsgewährung anhängig (vgl. Hinweis in HSI-Newsletter 4/2016 unter IV.9.)]

## 11) Vergaberecht

### Neue anhängige Verfahren

#### [Vorabentscheidungsersuchen der Vergabekammer Südbayern \(Deutschland\) – C-212/16 – DUK Versorgungswerk und Gothaer Pensionskasse](#)

**Rechtsvorschriften:** Art. 3 Abs. 1 Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG

**Schlagworte:** Umstrukturierung eines öffentlichen Unternehmens – Betriebsübergang – Betriebliche Altersversorgung – Vorliegen einer wesentlichen Vertragsänderung bei Vertragsschluss des ausgegründeten Unternehmens mit dem bisherigen Leistungserbringer der betrieblichen Altersversorgung des ausgründenden Unternehmens – Berechtigung des Auftraggebers zur Festlegung der Finanzierungsform der Pensionskasse – Ausschluss kapitalgedeckter Pensionskassen



## V. Verfahren vor dem EGMR

*Zusammengestellt von Karsten Jessolat, DGB Rechtsschutz GmbH, Gew. Centrum für Revision und Europäisches Recht, Kassel*

### 1) Arbeitnehmerdatenschutz

#### Urteile

#### [Urteil \(5. Sektion\) vom 26. Januar 2017 – Nr. 42788/06 – Surikov / Ukraine](#)

**Rechtsvorschriften:** Art. 6 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren), Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens)

**Schlagworte:** Bewerbung auf höherwertigen Arbeitsplatz – Verwendung sensibler personenbezogener Daten – Datenschutz

**Kernaussage:** Auch im Hinblick auf das legitime Interesse eines Arbeitgebers an Informationen über den Gesundheitszustand seiner Arbeitnehmer muss die Erhebung personenbezogener Daten rechtmäßigen Anforderungen genügen und sowohl die Interessen des Arbeitgebers als auch die Interessen des Arbeitnehmers an Vertraulichkeit berücksichtigen.

**[Hinweis:** Der Beschwerdeführer bewarb sich bei seinem Arbeitgeber um eine höherwertige Position. Nach der Ablehnung seiner Bewerbung stellte sich im anschließenden gerichtlichen Verfahren heraus, dass der Arbeitgeber die Ablehnung mit dem Gesundheitszustand des Beschwerdeführers begründete. Kenntnis hiervon hatte er durch Informationen des Verteidigungsministeriums der früheren UdSSR, wonach der Beschwerdeführer während seiner Militärzeit unter psychischen Störungen litt. Der Gerichtshof kommt zu dem Ergebnis, dass es sich bei den Informationen über den gesundheitlichen Zustand des Beschwerdeführers um sensible personenbezogene Daten handelt, die nur unter sehr engen Voraussetzungen erhoben werden dürfen. Unter Hinweis auf seine ständige Rechtsprechung (Urt. v. 4.5.2000 – Nr. 28341/95 – [Rotaru / Rumänien](#); Urt. v. 4.12.2008 – Nr. [30562/04](#) und [30566/04](#) – *S. und Marper / Vereinigtes Königreich*) weist der EGMR darauf hin, dass die systematische Erhebung und Speicherung von personenbezogenen Informationen durch Art. 8 EMRK geschützte Rechte beeinträchtigt. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Informationen eine lang zurückliegende Vergangenheit der Person betreffen oder die Verarbeitung der Daten sehr intime und sensible Bereiche wie die körperliche und geistige Gesundheit des Individuums betreffen. Ein Verstoß gegen Art. 8 EMRK kann daher nur dann gerechtfertigt sein, wenn er durch Gesetz legitimiert ist oder geeignet ist, die Ziele einer demokratischen Gesellschaft zu erreichen (Urt. v. 30.10.2012 – Nr. 57375/08 – [P. und S. / Polen](#); Urt. v. 7.7.2015 – Nr. 2800/12 – *M. N. u.a. / Saint Marino*).]

### 2) Betriebliche Altersversorgung

#### Neue (an die jeweilige Regierung zugestellte) Verfahren

#### [Nr. 23026/09 – Yerokhin / Ukraine eingereicht am 11. April 2009 – zugestellt am 18. Februar 2017](#)

**Rechtsvorschriften:** Art. 6 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren)

**Schlagworte:** Betriebliche Altersversorgung – Auslegung eines Tarifvertrages – Leistungsfähigkeit des Arbeitgebers – Abweisung der Klage als Verstoß gegen den Anspruch auf ein faires Verfahren

### 3) Gleichbehandlung

#### Urteile

##### [Urteil \(5. Sektion\) vom 12. Januar 2017 – Nr. 74734/14 – Saumier / Frankreich](#)

**Rechtsvorschriften:** Art. 14 EMRK (Diskriminierungsverbot) i.V.m. Art. 1 Zusatzprotokoll Nr. 1 (Schutz des Eigentums)

**Schlagworte:** Berufskrankheit – Rentenzahlung – Ausschluss von Schadensersatzansprüchen auch im Fall eines unentschuldbaren Fehlverhaltens des Arbeitgebers – keine Diskriminierung

**Kernaussage:** Es stellt keine Verletzung von Art. 14 EMRK i.V.m. Art. 1 Zusatzprotokoll Nr. 1 dar, wenn das nationale Recht unterschiedliche Voraussetzungen für Rentenzahlungen im Falle von am Arbeitsplatz erlittenen Gesundheitsschäden vorsieht, abhängig davon, ob für deren Ursache der Arbeitgeber verantwortlich ist oder deren Ursache anderen Personen als dem Arbeitgeber zurechenbar ist.

**[Hinweis:** Im vorliegenden Rechtsstreit arbeitete die Beschwerdeführerin in einer chemischen Fabrik und war dort der Einwirkung von Mangandioxid ausgesetzt, das bei ihr im Alter von 27 Jahren Parkinson verursachte. Im Prozess um geltend gemachte Schadensersatzansprüche konnte nicht nachgewiesen werden, dass die Ursachen der Gesundheitsschädigung ihrem Arbeitgeber zuzurechnen waren. Nach dem französischen Recht führt eine Berufskrankheit, die auf einem unentschuldbaren Fehlverhalten des Arbeitgebers beruht, zu einer Erhöhung von Rentenleistungen. Demgegenüber sind Ansprüche geringer, wenn Personen Gesundheitsschäden erleiden, die von Dritten verursacht wurden. Der EGMR sieht in dieser Unterscheidung keine Verletzung von Art. 14 EMRK i.V.m. Art. 1 Zusatzprotokoll Nr. 1. Die Entscheidung des EGMR gibt keinen Aufschluss darüber, ob das Haftungsprivileg gemäß § 104 Abs. 1 SGB VII einem Schadensersatzanspruch gegen den Arbeitgeber aus § 618 Abs. 3 BGB entgegengehalten werden kann und ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der Ausschlussgrund konventionskonform ist. Zwar sieht das französische Recht einen Schadensersatzanspruch wegen vorsätzlichem Verhalten des Arbeitgebers vor. Der EGMR hat sich mit dieser Frage allerdings nicht auseinandergesetzt, da sie nicht Gegenstand der Verfahren vor den nationalen Gerichten war und dort auch ein vorsätzliches Verhalten des Arbeitgebers nicht festgestellt wurde. Den von Lörcher ([HSI-Newsletter 3/2015 unter V.10.](#)) erhofften Aufschluss für die Regelung des § 104 SGB VII liefert die Entscheidung daher nicht.]

#### Neue (an die jeweilige Regierung zugestellte) Verfahren

##### [Nr. 54711/15 – Jurčić / Kroatien eingereicht am 28. Oktober 2015 – zugestellt am 07. Februar 2017](#)

**Rechtsvorschriften:** Art. 14 EMRK (Diskriminierungsverbot) i. V. m. Art. 1 Protokoll Nr. 12 (allgemeines Diskriminierungsverbot)

**Schlagworte:** Zahlung von Krankengeld während der Schwangerschaft – Keine Krankengeldzahlung bei In-vitro-Fertilisation – Diskriminierung wegen künstlicher Befruchtung

### 4) Meinungsfreiheit

#### Urteile

##### [Urteil \(2. Sektion\) vom 28. März 2017 – Nr. 51706/11 – Marunić / Kroatien](#)

**Rechtsvorschriften:** Art. 10 EMRK (Freiheit der Meinungsäußerung)

**Schlagworte:** Whistleblowing – Kündigung wegen öffentlicher Rufschädigung des Arbeitgebers durch den Arbeitnehmer – vorherige öffentliche Kritik des Arbeitgebers an dem Arbeitnehmer

**Kernaussage:** Ein Arbeitnehmer, der vom Arbeitgeber öffentlich kritisiert wird, hat im Rahmen der

durch Art. 10 EMRK garantierten Meinungsfreiheit ebenso das Recht, öffentliche Kritik an seinem Arbeitgeber zu üben, ohne dafür arbeitsrechtliche Konsequenzen fürchten zu müssen.

[**Hinweis:** Der EGMR bestätigt mit dieser Entscheidung die bekannte Rechtsprechung aus den Verfahren [Heinisch / Deutschland](#) (Urt. v. 21.7.2011 – Nr. 28274/08), [Balenovic / Kroatien](#) (Urt. v. 30.9.2010 – Nr. 28369/07) und [Wojtas-Kaleta / Polen](#) (Urt. v. 16.7. 2009 – Nr. 20436/02), wonach die öffentliche Kritik eines Arbeitnehmers an seinem Arbeitgeber (hier: ein privatrechtlich organisiertes Ver- und Versorgungsunternehmen, das vollständig im Eigentum einer Kommune steht) vom Recht auf freie Meinungsäußerung geschützt ist. Dies gilt auch dann, wenn aufgrund nationaler Regelungen die Arbeitnehmer im Rahmen eines besonderen Treueverhältnisses verpflichtet sind, den Ruf des Arbeitgebers zu schützen. Hieraus ergibt sich keine Notwendigkeit, das Recht auf freie Meinungsäußerung einzuschränken, das es auch vor dem Hintergrund einer demokratischen Gesellschaft zu verteidigen gilt. Im vorliegenden Fall war zudem die Besonderheit zu berücksichtigen, dass der Arbeitgeber zuvor die Arbeitsweise der Beschwerdeführerin öffentlich kritisiert hatte, sodass von ihr nicht erwartet werden konnte, dass sie schweigen und ihre Reputation nicht in gleicher Weise verteidigen sollte. Ein solches Verhalten würde die Loyalitätspflicht überspannen und wäre nicht von Art. 10 EMRK gedeckt.]

#### **Urteil (4. Sektion) vom 17. Januar 2017 – Nr. 21575/08 – Jankovskis / Litauen**

**Rechtsvorschriften:** Art. 10 EMRK (Freiheit der Meinungsäußerung)

**Schlagworte:** Recht auf Internetzugang in einer Justizvollzugsanstalt – Verweigerung eines Onlinezugangs als Behinderung einer Ausbildung

**Kernaussage:** Der Zugang zum Internet ist ein subjektives Recht, das der Wahrnehmung verschiedener Menschenrechte dient.

[**Hinweis:** Der EGMR stellt mit dieser Entscheidung fest, dass das Informationsrecht eines Insassen einer Justizvollzugsanstalt verletzt ist, wenn ihm ein Internetzugang zu Studienzwecken verweigert wird. Der Beschwerdeführer absolvierte ein Jurastudium im Fernstudium, für das der Zugang zu einer Website des Ministeriums für Bildung und Wissenschaft erforderlich war. Dieser Zugang wurde ihm von der Leitung der Justizvollzugsanstalt verweigert. Nach Ansicht des EGMR ermöglicht die Ausbildung dem Beschwerdeführer die Rehabilitation und Reintegration in die Gesellschaft. Der Zugang zu der betreffenden Seite stellte kein Sicherheitsrisiko dar. Aus diesem Grunde war die Weigerung der Gefängnisverwaltung, dem Beschwerdeführer den Zugang zu der Website zu ermöglichen, rechtswidrig. Mit der Entscheidung bringt der EGMR zum Ausdruck, dass das Recht auf Internetzugang zunehmend als Menschenrecht anzuerkennen ist, da die Veränderungen bei der Übermittlung von Informationen, die teilweise nur noch online verfügbar sind, die Bedeutung des Internets im Alltag widerspiegeln. Mit dieser Entscheidung festigt der EGMR seine Rechtsprechung (vgl. Urt. v. 19.1.2016 – Nr. 17429/10 – [Calder / Estland](#)), in der bereits eine Verletzung von Art. 10 EMRK festgestellt wurde, wenn Gefangenen der Zugang zu Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsdatenbanken verweigert wird.]

## **5) Soziale Sicherheit**

### **Urteile**

#### **Urteil (4. Sektion) vom 7. März 2017 – Nr. 8263/15 – Baczúr / Ungarn**

**Rechtsvorschriften:** Art. 1 Zusatzprotokoll Nr. 1 (Schutz des Eigentums)

**Schlagworte:** Aberkennung einer Invalidenrente aufgrund einer Gesetzesänderung – Verhältnismäßigkeit – Erforderlichkeit einer gesetzlichen Übergangsnorm

**Kernaussage:** Eine gesetzliche Regelung, wonach eine Invalidenrente durch die Änderung der Voraussetzungen auf null reduziert wird, verstößt gegen Art. 1 Zusatzprotokoll Nr. 1 EMRK, wenn dem Leistungsempfänger dadurch die einzige Einnahmequelle entzogen wird.

[**Hinweis:** Es handelt sich um ein Parallelverfahren zu dem Urteil vom 13.12.2016 – Nr. 53080/13 – [Belany Nagy / Ungarn](#), siehe HSI-Newsletter [04/2016](#) unter V.4.]

### (Un-) Zulässigkeitsentscheidungen

#### Entscheidung (2. Sektion) vom 5. Januar 2017 – Nr. 56995/10 – İmihan Öz / Türkei

**Rechtsvorschriften:** Art. 2 EMRK (Recht auf Leben), Art. 3 EMRK (Verbot der Folter)

**Schlagworte:** Arbeitsunfall – Hinterbliebenenrente – Erforderlichkeit notwendiger Sicherheitsmaßnahmen durch den Arbeitgeber – Erniedrigende Behandlung durch Zahlung unzureichender Rente

**Kernaussage:** Eine erniedrigende Behandlung durch Zahlung einer unzureichenden Hinterbliebenenrente erfordert sowohl die Darlegung, dass der Lebensunterhalt ausschließlich von der Rente bestritten wird als auch, dass eine Rente, die in etwa dem gesetzlichen Mindestlohn entspricht, nicht ausreicht, um den grundlegenden menschlichen Bedürfnissen gerecht zu werden.

## 6) Verfahrensrecht

### Urteile

#### Urteil (4. Sektion) vom 10. Januar 2017 – Nr. 56134/08 – Korzeniak / Polen

**Rechtsvorschriften:** Art. 6 EMRK (faies Verfahren)

**Schlagworte:** Befangenheit eines Richters durch Teilnahme am Verfahren in mehreren Instanzen – Einzelfallentscheidung

**Kernaussage:** Die Frage, ob es dem Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK entspricht, wenn ein Richter in mehreren Instanzen mit demselben Verfahren befasst ist, ist im Einzelfall zu beurteilen. Die Befangenheit des Richters ist gegeben, wenn zwischen den von den jeweiligen Instanzen des Verfahrens zu entscheidenden Rechtsfragen in materieller Hinsicht eine große Nähe besteht.

[**Hinweis:** Der Beschwerdeführer, der für ein polnisches Unternehmen in Deutschland als Bauarbeiter tätig war, hatte vor einem polnischen Gericht auf Zahlung des in Deutschland an deutsche Arbeitnehmer gezahlten Lohnes geklagt. Einer der Richter des Berufungsgerichts wurde im Verlauf des Verfahrens zum Richter am Obersten Gerichtshof ernannt, der in dritter Instanz über die Angelegenheit zu entscheiden hatte. Der Beschwerdeführer machte geltend, dass die Besetzung des Gerichts in der Revisionsinstanz mit demselben Richter, der bereits in der Berufungsinstanz über sein Verfahren entschieden habe, gegen das Recht auf ein faires Verfahren verstößt. Der EGMR hat die Auffassung des Beschwerdeführers bestätigt, wobei unter Bezug auf die Entscheidung [Toziczka / Polen](#) (Urt. v. 12.1.2012 – Nr. 29995/08) und [Warsicka / Polen](#) (Urt. v. 16.1.2007 – Nr. 2065/03) ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, dass die Prüfung der richterlichen Unabhängigkeit jeweils nach den Umständen des Einzelfalls zu erfolgen hat.]

#### Urteil (5. Sektion) vom 19. Januar 2017 – Nr. 5114/09 – Kulykov u.a. / Ukraine

**Rechtsvorschriften:** Art. 6 EMRK (faies Verfahren), Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens)

**Schlagworte:** Richter – Entlassung – Verfahrensanforderungen – Verletzung des Schutzes des Privatlebens

**Kernaussage:** Der Begriff „Privatleben“ schließt Aktivitäten beruflichen oder wirtschaftlichen Charakters nicht aus und ist zentraler Ausgangspunkt für die Begründung des Schutzbereichs von Art. 8 EMRK in Bezug auf das Arbeitsleben. Das Arbeitsleben eröffnet der Mehrheit der Bevölkerung die bedeutende Chance der Entwicklung einer Beziehung zur Außenwelt.

[**Hinweis:** Bei der Entscheidung handelt es sich um eine Parallelentscheidung zum Urteil vom

9.9.2013 – Nr. 21722/11 – [Oleksandr Volkov / Ukraine](#), siehe Anmerkung *Lörcher*, HSI-Newsletter 01/2013 unter III.]

### (Un-) Zulässigkeitsentscheidungen

#### Entscheidung (2. Sektion) vom 24. Januar 2017 – Nr. 18546/08 – Ertaç Bilim / Türkei

**Rechtsvorschriften:** Art. 6 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren)

**Schlagworte:** Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen Schlechtleistung – Beschleunigtes Verfahren nach nationalen Rechtsvorschriften

**Kernaussage:** Eine spätere Änderung nationaler Rechtsvorschriften über die Dauer gerichtlicher Verfahren in Folge der Umsetzung der EGMR-Rechtsprechung kann es erforderlich machen, einen Rechtsbehelf vor den nationalen Gerichten erneut zu erheben, um den Rechtsweg im Sinne von Art. 35 Abs. 1 EMRK auszuschöpfen. Der EGMR ist keine Rechtsmittelinstanz in Bezug auf Entscheidungen der nationalen Gerichte und es ist nicht seine Aufgabe, Tatsachen festzustellen und nationale Gesetze auszulegen.

**[Hinweis:** Das Verfahren über die Rechtmäßigkeit einer Kündigung dauerte vor dem Arbeitsgericht 21 Monate, obwohl eine Vorschrift des türkischen Arbeitsgesetzbuches vorsah, dass ein Kündigungsschutzverfahren über zwei Instanzen innerhalb von drei Monaten beendet sein muss. Der türkische Gesetzgeber hatte aber in Umsetzung des EGMR-Urteils [Ümmüahan Kaplan / Türkei](#) (v. 20.3.2012 – Nr. 24240/07) die gesetzlichen Vorschriften über die Dauer gerichtlicher Verfahren dahin gehend geändert, dass sie nunmehr in „angemessener“ Zeit erledigt sein müssen. Dem Beschwerdeführer wäre es daher möglich gewesen, im Hinblick auf die neuen gesetzlichen Regelungen erneut Klage vor dem nationalen Gericht zu erheben, um den Rechtsweg vor den nationalen Gerichten auszuschöpfen. Die weitere Rüge des Beschwerdeführers, das Arbeitsgericht habe sich nicht ausreichend mit seiner Argumentation auseinandergesetzt, ist der Entscheidung des EGMR entzogen, da es nicht seine Aufgabe ist, nationales Recht anzuwenden.]

## 7) Zwangsarbeit

### Urteile

#### Urteil (4. Sektion) vom 17. Januar 2017 – Nr. 58216/12 – J. u.a. / Österreich

**Rechtsvorschriften:** Art. 3 EMRK (Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung), Art. 4 EMRK (Verbot der Sklaverei und der Zwangsarbeit)

**Schlagworte:** Entzug der Pässe durch den Arbeitgeber – körperliche Misshandlung durch den Arbeitgeber – Zwangsarbeit ohne Bezahlung des zugesagten Lohnes – Untersuchungspflicht staatlicher Behörden

**Kernaussage:** Weder aus Art. 3 EMRK noch aus Art. 4 EMRK ergibt sich eine Verpflichtung der nationalen Strafverfolgungsbehörden, eine universelle Jurisdiktion über behauptete Rechtsverletzungen bei Straftaten im Ausland anzunehmen.

**[Hinweis:** Bei den Beschwerdeführerinnen handelt es sich um philippinische Staatsangehörige, die in Manila für Arbeiten als Hausangestellte rekrutiert wurden, um in Dubai zu arbeiten. Von ihrem privaten Arbeitgeber wurden ihnen die Reisepässe abgenommen. Sie mussten bis zu 18 Stunden pro Tag arbeiten, ohne dafür den vereinbarten Lohn zu erhalten. Sie wurden körperlich misshandelt und bedroht. Auf einer Reise nach Wien, während der sie ebenfalls auf die Kinder der Auftraggeber aufpassen mussten, gelang ihnen die Flucht. In Österreich wurde mit Hilfe einer NGO von den staatlichen Behörden ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts auf Menschenhandel eingeleitet. Dieses wurde mit der Begründung eingestellt, dass Auslandsstaten von nichtösterreichischen Staatsangehörigen nicht justiziabel seien. Der EGMR hat keine Verletzung von

Art. 3 EMRK oder Art. 4 EMRK festgestellt. Nach Auffassung des EGMR haben die nationalen Strafverfolgungsbehörden im Rahmen der sich als ausreichend herausgestellten gesetzlichen Vorschriften sämtliche Schritte unternommen, die von ihnen erwartet werden konnten. Eine Verpflichtung, im Ausland begangene Rechtsverletzungen zu verfolgen, ergibt sich aus Art. 3, Art. 4 EMRK auch dann nicht, wenn die Vorkommnisse in den Philippinen, den Vereinigten Arabischen Emiraten und Österreich nicht isoliert betrachtet werden. In einem zustimmenden Minderheitenvotum bestätigen die Richter *Pinto de Albuquerque und Tsotsorea* das Ergebnis der Entscheidung, weichen aber von ihrer Begründung insoweit ab, als der EGMR sich nicht mit den grundlegenden Elementen des Vergehens des Menschenhandels und der davon zu unterscheidenden Merkmale der Sklaverei beschäftigte und darüber hinaus die internationalen Verpflichtungen der Republik Österreich nicht zutreffend analysiert habe.]

**Urteil (1. Sektion) vom 30. März 2017 – Nr. 21884/15 – Chowdury u.a. / Griechenland**

**Rechtsvorschriften:** Art. 4 EMRK (Verbot der Sklaverei und der Zwangsarbeit)

**Schlagworte:** Arbeit ohne Arbeitserlaubnis – widrige Arbeitsbedingungen (bewaffnete Aufsicht, keine Entlohnung) – Verletzung von Schutzpflichten aufgrund unzureichender staatlicher Untersuchung

**Kernaussage:** Die Staaten haben durch gesetzgeberische Maßnahmen das Verbot der Zwangsarbeit und Sklaverei sicherzustellen und die Rechte der davon betroffenen Opfer zu schützen. Zu diesem Zweck sind Instrumente für effektive Untersuchungsverfahren durch Ermittlungsbehörden und Gerichte zur Verfügung zu stellen.

**[Hinweis:** Beschwerdeführer des Verfahrens waren 42 Bangladeschi, die in Griechenland leben. Sie haben zwischen Oktober 2012 und Februar 2013 auf einer Plantage als Erdbeerpflücker gearbeitet. Der vereinbarte Lohn betrug 22,00 Euro für 7 Arbeitsstunden und 3,00 Euro für jede Stunde Mehrarbeit. Die tägliche Arbeitszeit betrug 12 Stunden unter bewaffneter Aufsicht. Die Beschwerdeführer waren in Massenunterkünften ohne Toiletten oder fließendes Wasser untergebracht. Ein Streik der Arbeitnehmer im Frühjahr 2013 zur Durchsetzung der bis dahin nicht gezahlten Vergütung wurde gewalttätig niedergeschlagen. Der Arbeitgeber wurde zur Zahlung von insgesamt 1500,00 Euro an sämtliche 35 Anspruch stellenden Arbeitnehmer verurteilt. Die hiergegen erhobene Berufung blieb erfolglos. Der daraufhin angerufene EGMR hat einen Verstoß gegen Art. 4 EMRK festgestellt, da die Republik Griechenland ihrer Verpflichtung, das Verbot des Menschenhandels und der Zwangsarbeit zu schützen und im Falle eines Verstoßes für eine effektive Aufklärung des Rechtsverstoßes zu sorgen, nicht im ausreichenden Maße nachgekommen ist.]



## VI. Sonstige Informationen

*Zusammengestellt von Dr. Christina Hießl und Ammar Bustami, Institut für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der Europäischen Union (IAAEU) Trier*

### 1) Europäische Union

#### Europäisches Parlament

(Die folgenden Informationen sind den „[Pressemitteilungen](#)“ des Europäischen Parlaments entnommen.)

#### **Parlamentarische Agenda 2017** [[PM v. 4.1.2017](#)]

Der Überblick über die gesetzgeberischen Prioritäten der nächsten Monate deutet darauf hin, dass Entscheidungen über sozial- und arbeitsrechtliche Reformen nicht zu erwarten sind.

#### **Ausweitung der Schutzrechte auf Arbeitnehmer in „neuen“ Arbeitsformen** [[PM v. 19.1.2017](#)]

Eine Entschließung des Parlaments fordert die Kommission auf, zentrale Rechte allen Arbeitnehmern zugänglich zu machen, etwa auch bei Arbeit auf Abruf oder digital vermittelten Arbeitsaufträgen. Die Mitgliedstaaten sollen eine effektivere Durchsetzung der Arbeitnehmerschutzrechte sicherstellen und Schwarzarbeit bekämpfen. Zu den Vorschlägen zählt die Einführung einer europäischen Sozialversicherungskarte, die eine Nachverfolgung von Beitragszahlungen ermöglichen soll. „Null-Stunden-Verträge“ und unbezahlte Praktika sollen der Vergangenheit angehören.

#### **Geschlechtergleichstellung** [[PM v. 14.3.2017](#)]

Nach einem Bericht des Frauenausschusses des Europäischen Parlaments [[PM v. 6.2.2017](#)], demzufolge die EU 28 im Gleichstellungsindex des EIGE nur 52,9 von 100 Punkten erreichten, forderte das Parlament in einer Entschließung u.a. Maßnahmen zur Balance zwischen Berufs- und Privatleben einschließlich einer Überarbeitung der Mutterschutz- und Elternurlaubs-RL und zusätzliche Vorschriften zum Vaterschafts- und Pflegeurlaub, wozu die Kommission Legislativvorschläge erarbeiten sollte. Weiter drängt das Parlament auf ein Vorantreiben der Verabschiedung der RL über Geschlechterquoten in Aufsichtsräten, über die eine Beschlussfassung des Rates noch immer aussteht.

#### Europäische Kommission

(Die folgenden Informationen sind den „[Schlagzeilen](#)“ der Generaldirektion Beschäftigung, Soziales und Integration entnommen.)

#### **Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz** [[PM v. 10.1.2017](#)]

25 Jahre nachdem die erste EU-RL zum Arbeitnehmerschutz verabschiedet wurde, plant die Kommission nunmehr eine Reihe von Reformen in diesem Bereich, dessen legislative Weiterentwicklung unter den beiden Barroso-Kommissionen ab 2004 fast gänzlich zum Erliegen gekommen war. Bisher liegt ein Richtlinienvorschlag zur seit Langem geforderten Reglementierung des Schutzes vor arbeitsbedingten Krebserkrankungen vor; in anderen Bereichen (insbesondere Erkrankungen des Bewegungsapparates) scheint die Kommission – im Gegensatz zu Parlament und Gewerkschaften (vgl. [ETUI 2015](#), S. 19 f.) – gegenwärtig keinen Regulierungsbedarf zu sehen. Ein besonderer Fokus liegt auf der Unterstützung der Unternehmen – insbesondere kleiner und mittlerer – bei der Umsetzung des Arbeitnehmerschutzes, wozu die Kommission einen Leitfaden (<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=7960>) erarbeitet hat. Als

besonders kontrovers dürfte sich das in der Kommunikation hervorgehobene Ziel der „Entbürokratisierung“ im Interesse der Unternehmen erweisen, was schon in Bezug auf den 2014 vorgestellten mehrjährigen [strategischen Rahmen](#) als simple Deregulierung kritisiert wurde (vgl. ETUI 2015, S. 23 f.).

#### **Europäische Säule sozialer Rechte** [[PM v. 15.1.2017](#)]

Nach Abschluss der Konsultation im Jahr 2016 [vgl. [PM v. 8.3.2016](#)] will die Kommission in Kürze ihren endgültigen Vorschlag zur Europäischen Säule sozialer Rechte vorlegen. Diese soll als Bezugsrahmen für das Leistungsscreening der teilnehmenden Mitgliedstaaten im Bereich Beschäftigung und Soziales, zum Vorantreiben nationaler Reformen und als Kompass für Konvergenz innerhalb Europas dienen.

#### **Roadmap zur Arbeitszeitrichtlinie** [[Kommunikation v. 28.2.2017](#)]

Der seit Jahren ergebnislos verlaufende Prozess der Überarbeitung der Arbeitszeitrichtlinie wurde von der Kommission vorläufig auf Eis gelegt. Nachdem über einen Legislativvorschlag aus dem Jahr 2004 auch nach einer [Überarbeitung](#) 2005 keine Einigung zwischen Parlament und Rat erzielt werden konnte und Versuche einer Entwurfserarbeitung durch die europäischen Sozialpartner 2012 nach zweijährigen Verhandlungen für gescheitert erklärt wurden, möchte sich die Kommission nunmehr auf eine nicht-legislative Unterstützung der Mitgliedstaaten bei der (bisher überaus mangelhaften) Umsetzung der bestehenden Richtlinie beschränken. Dafür sollen Leitlinien, die insbesondere die wichtigsten EuGH-Urteile zusammenfassen, erarbeitet und im zweiten Quartal zusammen mit einem Bericht über den gegenwärtigen Stand der Umsetzung veröffentlicht werden. Damit bleiben die zahlreichen Problempunkte der RL, wie sie z.T. auch von der Kommission immer wieder hervorgehoben worden waren (vgl. die Regelungslücken etwa zu Fragen der Mehrfachbeschäftigung und zum Bereitschaftsdienst sowie die Vielzahl von Abweichungsmöglichkeiten von den vorgeschriebenen Standards, insbesondere der „Opt-out“ des Art. 21, der bereits im Kommissionsvorschlag 2005 beseitigt worden wäre), auf unabsehbare Zeit ungelöst. Ebenfalls ungelöst bleiben die Umsetzungsdefizite, die bereits heute bestehen. Hierfür wäre die Einleitung von Vertragsverletzungsverfahren angezeigt. Fraglich ist zudem, ob die Leitlinien zu einer Umdeutung der RL durch die Hintertür führen.

#### **Bericht zur Beschäftigungssituation** [[PM v. 7.3.2017](#)]

Der am 3. März angenommene gemeinsame Beschäftigungsbericht stellt insgesamt eine sehr positive Entwicklung fest (Rückgang der Arbeitslosigkeit auf 8,5 % im dritten Quartal 2016, Beschäftigungsquote 2016 erstmals höher als vor der Krise), hebt aber auch die nach wie vor beträchtlichen Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten hervor und verweist auf die ungleiche Betroffenheit von Arbeitslosigkeit und niedrigen Einkommen in Bezug auf Alter und Geschlecht in vielen Mitgliedstaaten.

#### **Jubiläen der sozialen Strukturfonds** [[PM v. 7.3.2017](#) und [PM v. 23.3.2017](#)]

Mit dem Europäischen Sozialfonds und dem Europäischen Globalisierungsfonds haben 2017 die beiden wichtigsten arbeitsmarktbezogenen finanziellen Instrumente der EU ihren Jahrestag: Ersterer wird 60, zweiterer 10. Nach einem kürzlich erschienenen Bewertungsbericht der Kommission zur Rolle des Sozialfonds hat dieser im Zeitraum 2007-2014 nahezu 10 Millionen Menschen zu einem Arbeitsplatz verholfen [vgl. [PM v. 5.1.2017](#)].

#### **Weißbuch zur Zukunft Europas** [[PM v. 28.3.2017](#)]

Aus Anlass des EU-Gipfels in Rom am 25. März zum 60. Jahrestag der Unterzeichnung der Römischen Verträge skizziert ein [Weißbuch](#) der Kommission fünf Szenarien für die Entwicklung der Europäischen Union in den nächsten zehn Jahren (1: „Weiter wie bisher“; 2: „Schwerpunkt Binnenmarkt“; 3: „Wer mehr will, tut mehr“; 4: „Weniger, aber effizienter“; 5: „Viel mehr gemeinsames Handeln“). Insbesondere die dritte Alternative, die letztlich auf das vielzitierte „Europa der zwei Geschwindigkeiten“ hinausläuft, zeigt die Möglichkeiten einer engeren politischen Zusammenarbeit auf, welche gegenwärtig nicht realistisch wäre, wenn dafür alle Mitgliedstaaten an Bord geholt

werden müssten. Dazu zählt in den Augen der Kommission neben Verteidigung, Sicherheit und Justiz auch der Bereich „Steuern und Soziales“, wobei die prognostizierten Sozialstandards zur Förderung besserer Arbeitsbedingungen nicht näher erläutert werden.

Die Kommission will dieses Basisdokument in den kommenden Monaten durch verschiedene Diskussionspapiere, etwa zur Entwicklung der sozialen Dimension Europas, der Vertiefung der Wirtschafts- und Währungsunion auf der Grundlage des Berichts der fünf Präsidenten vom Juni 2015, den Chancen der Globalisierung, der Zukunft der europäischen Verteidigung und der EU-Finzen ergänzen. Zudem wurde von den führenden Vertretern von 27 Mitgliedstaaten sowie Europäischem Rat, EU-Parlament und Kommission am 25. März 2017 die „[Erklärung von Rom](#)“ unterzeichnet. In dieser werden vier wegweisende Zielrichtungen für die gemeinsame Zukunft der EU benannt, darunter auch die Stärkung der sozialen Dimension Europas.

### **Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH)**

(Die folgenden Informationen sind den „[Pressemitteilungen](#)“ des Gerichtshofs entnommen.)

#### **Rechtsprechungsstatistiken 2016 [PM v. 17.2.2017]**

Mit insgesamt 704 erledigten Verfahren konnte der EuGH im Jahr 2016 trotz einer Rekordzahl von eingereichten Vorabentscheidungsersuchen (470 von insg. 692 eingegangenen Rechtssachen) den Rückstau an anhängigen Rechtssachen leicht senken (auf 872). Die durchschnittliche Verfahrensdauer lag mit 15 Monaten auf dem niedrigsten Wert seit 30 Jahren. Auch der beständige Anstieg der Vorabentscheidungsersuchen wird positiv gewertet, da er das Vertrauen der nationalen Gerichte in die Zusammenarbeit mit dem EuGH zum Ausdruck bringe.

### **Europäische Stiftung zur Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen (EUROFOUND)**

#### **Berichte zu zentralen Themen der Arbeitswelt**

In den vergangenen Monaten publizierte die Stiftung u.a. Berichte zu den Themen „[Mid-Career Review](#)“ zur [Festigung der Arbeitsmarktposition alternder Arbeitnehmer](#), [Potential von Lohnnebenkostensenkungen zur Arbeitsplatzschaffung](#), [Offshoring und Reshoring europäischer Unternehmen](#), die [Rolle der Sozialpartner im Europäischen Semester](#) und [Einkommensungleichheit vor und nach der Rezession](#).

### **Eurostat**

Jüngste statistische Publikationen zeigen einen anhaltenden Trend des [Rückgangs der Arbeitslosigkeit](#) in Europa (auf 8,1% für die EU und 9,6 % für die Eurozone) bei gleichzeitiger [Erhöhung der Erwerbstätigenquote](#) (+ 1% für die EU und +1,1% für die Eurozone) und leichter [Erhöhung der Anzahl offener Arbeitsplätze](#). Eine [Studie zu Mindestlöhnen](#) in der EU ergab ein immer noch sehr deutliches Gefälle zwischen östlichen Mitgliedstaaten (fast ausnahmslos < EUR 500) und westlichen (durchgehend > EUR 1.000). Eine [Untersuchung der Geschlechterverteilung](#) in Managementpositionen belegte, dass diese Positionen in deutlicher Überzahl von Männern bekleidet werden (einzige Ausnahme unter den Mitgliedstaaten ist Lettland). Immerhin ist mittlerweile mehr als jede dritte Führungsposition in Europa mit einer Frau besetzt.

## 2) Europarat

### Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

Am 20.3.2017 wählte der EGMR einen neuen Vize-Präsidenten, Lino-Alexandre Sicilianos, sowie einen neuen Sektionspräsidenten, die beide ab Mai 2017 ihre Funktionen aufnehmen werden (siehe [PM v. 20.3.2017](#)). Außerdem veröffentlichte der EGMR im Rahmen der jährlichen Pressekonferenz des Präsidenten seinen [Jahresbericht 2016](#) und betonte insbesondere die Wichtigkeit einer effektiven Durchsetzung der Konvention (siehe [PM v. 20.3.2017](#)).

### Ministerkomitee

In Bezug auf die Entscheidung des EGMR in der Rechtssache [Heinisch / Deutschland](#) vom 21.7.2011 (Nr. 28274/08) zu einer Kündigung wegen Whistleblowings befasste sich das Ministerkomitee am 22.2.2017 in Folge des von Deutschland eingereichten [Aktionsberichts](#) mit der Umsetzung der Entscheidung. Da Deutschland seiner Umsetzungspflicht nachgekommen war, schloss das Ministerkomitee die [Untersuchungen](#) ab.

### Parlamentarische Versammlung

Vom 23. bis 27. Januar 2017 tagte die [Parlamentarische Versammlung](#) zum ersten Mal im Jahr 2017. Einer [Empfehlung](#) des Ausschusses für Sozialordnung, Gesundheit und Familie folgend beschloss die Versammlung die Resolution „[Reinforcing social dialogue as an instrument for stability and decreasing social and economic inequalities](#)“, in der sie sich für eine Stärkung des Sozialen Dialogs und von Kollektivrechten ausspricht.

### Europäische Sozialcharta (ESC)

#### Allgemeines

In der 290. Sitzung des Ausschusses im Januar 2017 wurden Giuseppe Palmisano (Italien) zum Präsidenten, Monika Schlachter (Deutschland, IAAEU Universität Trier) und Karin Lukas (Österreich) zu Vizepräsidentinnen sowie Eliane Chemla (Frankreich) zur Berichterstatterin des Europäischen Ausschusses für soziale Rechte gewählt.

Zudem veröffentlichte der Ausschuss am 23.3.2017 seinen [Jahresbericht 2016](#). Hiernach wurden im Kollektivbeschwerdeverfahren 2016 insgesamt 21 neue Beschwerden eingereicht. Der Ausschuss entschied in insgesamt 11 Fällen, von denen 8 Entscheidungen auch zur Sache ergingen, u.a. zu den Rechten von Arbeitnehmern in Irland und Gewerkschaftsrechten von Militärpersonal in Frankreich.

Weiterhin wurden im letzten Jahr Staatenberichte von 34 Mitgliedstaaten untersucht, von denen in 166 Stellungnahmen Verletzungen der ESC, sowie in weiteren 64 Fällen Verletzungen von Informationspflichten festgestellt wurden. Zum Teil bestehen noch grundlegende Umsetzungsprobleme, insbesondere bei fortdauernder Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts und der sexuellen Orientierung sowie aufgrund ungenügender Sicherstellung gleicher Rechte von Männern und Frauen. Dennoch stellte der Ausschuss auch Fortschritte gerade in der Entwicklung von Antidiskriminierungsregelungen in Bezug auf Menschen mit Behinderungen fest.

## Beschwerdesystem

### [Sachentscheidung vom 18. Oktober 2016 – Nr. 105/2014 – Associazione sindacale „La Voce dei Giusti“ / Italien](#)

**Rechtsvorschriften:** Art. 10 i.V.m. Artikel E (Diskriminierungsverbot) RESC

**Schlagworte:** Recht auf berufliche Ausbildung – Zugang zu beruflicher Weiterbildung – Weiterbildung zur Förderlehrertätigkeit – indirekte Diskriminierung von Aushilfslehrern – Diskriminierungsverbot

**Orientierungssatz:** Die italienische Gesetzgebung zu Spezialisierungskursen für Förderlehrkräfte diskriminiert mittelbar Aushilfslehrer, indem sie diesen den freien Zugang zu den relevanten Weiterbildungskursen verwehrt. Darin liegt eine Verletzung von Artikel 10 (Recht auf berufliche Weiterbildung) i.V.m. Art. E (Diskriminierungsverbot) der Sozialcharta.

**[Hinweis:** Der Ausschuss sieht keine Notwendigkeit einer Betrachtung des vom Beschwerdeführer ebenfalls gerügten Art. 1 (Recht auf Arbeit) der Sozialcharta. Jedoch diskriminiere die italienische Gesetzgebung indirekt Aushilfslehrer gegenüber voll ausgebildeten Lehrkräften, indem sie nicht sicherstellt, dass auch Aushilfslehrer, welche in der Regel in prekärer oder befristeter Arbeit stehen, eine gleiche Zugangsmöglichkeit zu den für die Förderlehrertätigkeit erforderlichen Weiterbildungskursen haben.]

### [Sachentscheidungen vom 6. September 2016 und vom 8. September 2016 – Nr. 107/2014 und Nr. 106/2014 – Finnish Society of Social Rights / Finnland](#)

**Rechtsvorschriften:** Art. 24 RESC (Recht auf Kündigungsschutz)

**Schlagworte:** Kündigung aus betrieblichen Gründen – Wiedereinstellung nach Kündigung – Recht auf angemessene Entschädigung bei sachgrundloser Kündigung – Wiedereinstellung als zweckmäßiger Ausgleich

**Orientierungssätze:** Die finnische Gesetzgebung steht dahingehend im Einklang mit Art. 24 § 1 lit. a (Recht auf Kündigungsschutz) der Sozialcharta, als dass sie Kündigungen aus betrieblichen Gründen zulässt und einen angemessenen Ausgleich zwischen den Unternehmensinteressen bei betrieblichen Umstrukturierungen und dem Recht der Arbeitnehmer auf Schutz bei Kündigung herstellt. Allerdings verletzen die finnischen Regelungen das Recht auf eine angemessene Entschädigung oder einen anderen zweckmäßigen Ausgleich (Art. 24 § 1 lit. b RESC), indem sie Höchstgrenzen für die Entschädigung vorsehen und als sonstige Ausgleichsmechanismen keine Wiedereinstellung vorsehen.

**[Hinweis:** In den beiden zeitgleich eingegangenen Beschwerden befasste sich der Ausschuss insgesamt mit der Vereinbarkeit der finnischen Gesetzgebung mit dem Recht auf Schutz bei Kündigung aus Art. 24 RESC. In der ersten Entscheidung (Nr. 107/2014) wies der Ausschuss die – vom Europäischen Gewerkschaftsbund (European Trade Union Confederation) unterstützten – Rügen der Beschwerdeführerin, Finnlands Gesetzgebung lasse unzulässigerweise die Einstellung von Leiharbeitnehmern im Anschluss an eine betrieblich bedingte Kündigung zu, als unbegründet ab. Die finnische Gesetzgebung stelle insbesondere durch die Verpflichtung zur Wiedereinstellung des gekündigten Arbeitnehmers in den der Kündigung folgenden neun Monaten sicher, dass der Schutz aus Art. 24 nicht umgangen werde. Im Rahmen der zweiten Entscheidung (Nr. 106/2014) gab der Ausschuss der Beschwerde statt, da keine angemessenen Entschädigungs- und Ausgleichsmechanismen in Fällen sachgrundloser Kündigungen bestünden.]

## **3) Internationale Arbeitsorganisation (ILO)**

### Allgemeines

Im jährlich erscheinenden ILO-Bericht „[World Employment and Social Outlook – Trends 2017](#)“ (s. zuletzt HSI-Newsletter 1/2016 unter VI.3.) werden die aktuelle globale Arbeitsmarktsituation und deren Trends untersucht. Demnach werden im Jahr 2017 voraussichtlich weltweit 3,4 Millionen

Menschen mehr arbeitslos sein und die Zahl an prekären Beschäftigungsverhältnissen weiterhin konstant bleiben. Laut dem Bericht schreitet auch die Reduzierung von Erwerbsarmut nur langsam voran, während Chancenungleichheit und soziale Unzufriedenheit weiter steigen.

Der gemeinsame Bericht von ILO und Eurofound [„Working anytime, anywhere: The effects on the world of work“](#) beschäftigt sich mit den positiven wie negativen Aspekten von Telearbeit und Heimarbeit unter Nutzung von Informations- und Kommunikationstechnologien sowie deren Einfluss auf das Arbeitsleben.

Anknüpfend an die bereits 2001 erschienene Aufsatzsammlung [„Women, gender and work“](#) wurde nun ein zweiter Band mit dem Untertitel [„Social choices and inequalities“](#) mit 30 ausgewählten Beiträgen aus der International Labour Review veröffentlicht.

In der Sammlung von Fallstudien [„Talking through the crisis: Social dialogue and industrial relations trends in selected EU countries“](#) wird der Beitrag von Sozialem Dialog in der Krise seit 2008 in elf EU-Mitgliedsstaaten, darunter auch Deutschland, untersucht. Das Werk kommt in einem vergleichenden Kapitel zu dem Ergebnis, dass Sozialer Dialog, wenn auch in unterschiedlichen nationalen Spielarten realisiert, einen zentralen Beitrag zur positiven Wirtschaftsentwicklung in Krisenzeiten leisten kann.

Schließlich werden in zwei **rechtsvergleichenden Berichten** die Regelungen in 13 EU-Mitgliedsstaaten, darunter Deutschland, zu [Massenentlassungen](#) und zu [Leiharbeit](#) analysiert.

## **Verwaltungsrat**

Im März 2017 tagte der Verwaltungsrat auf seiner [329. Sitzung](#).

### *Beschwerden nach Art. 24 der ILO-Verfassung*

Im Rahmen dieser Sitzung hatte der Verwaltungsrat über fünf Beschwerden zu entscheiden.

Die erste Beschwerde richtete sich gegen [Spanien](#) betreffend das **Übereinkommen über die Festsetzung von Mindestlöhnen**, 1979 (Nr. 131). Gerügt wurde zum einen die Festsetzung eines Mindestlohns, welcher den Mindestanforderungen nicht entspreche, zum anderen das Unterlassen umfassender Konsultationen mit den Gewerkschaften. Der Verwaltungsrat hat den [Bericht](#) des entsprechenden Prüfungsausschusses angenommen.

Weitere Beschwerden richteten sich gegen die [Ukraine](#) hinsichtlich des **Übereinkommens über den Lohnschutz**, 1949 (Nr. 95), gegen [Peru](#) hinsichtlich der **Übereinkommen über Zwangs- und Pflichtarbeit**, 1930 (Nr. 29) und über die **Abschaffung der Zwangsarbeit**, 1957 (Nr. 105), sowie gegen [Thailand](#) ebenfalls hinsichtlich des **Übereinkommens über Zwangs- und Pflichtarbeit**, 1930 (Nr. 29).

Auch die [Berichte](#) in diesen Beschwerdeverfahren wurden vom Verwaltungsrat angenommen (*unter Tagesordnungspunkt 20*).

Eine [Beschwerde gegen Polen](#) hinsichtlich des Übereinkommens über Mindestnormen der sozialen Sicherheit, 1952 (Nr. 102) wurde wieder zurückgezogen.

### *Ausschuss für Vereinigungsfreiheit*

Der [381. Bericht des Ausschusses für Vereinigungsfreiheit](#) wurde im März 2017 veröffentlicht und auf der 329. Sitzung des Verwaltungsrats angenommen.



Diesmal waren keine Fälle aus Europa dabei, dafür aber zwei Verfahren gegen Kanada: (Fall Nr. 3003; Rn. 140 – 172; Lehrer, Recht auf Kollektivverhandlungen, Streikrecht) und (Fall Nr. 3143, 3151; Rn. 173 – 218; Gesetzgebung, Vereinbarkeit mit der Vereinigungsfreiheit).

#### Sachverständigenausschuss

Im Februar 2017 hat der Sachverständigenausschuss (*Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations – CEACR*) seinen [Bericht](#) über die Durchführung der Übereinkommen und Empfehlungen und seinen [General Survey](#) zur Förderung von sicheren und gesunden Arbeitsbedingungen veröffentlicht.

In ersterem fordert der Ausschuss Deutschland im Hinblick auf das Übereinkommen Nr. 29 – Verbot der Zwangsarbeit – dazu auf, rechtlich und praktisch sicherzustellen, dass Gefängnisinsassen nur auf Grundlage von deren freier und informierter Zustimmung zur Arbeit für Privatunternehmen herangezogen werden (S. 198).

## 4) Vereinte Nationen

### Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte

E/C.12/DEU/6) zum Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vor, mit welchem sich der Ausschuss voraussichtlich im Rahmen seiner vorbereitenden Sitzung im Oktober 2017 befassen wird.

Deutschland stellt in dem Bericht die Entwicklungen im Bereich der sozialen Rechte des Pakts (Artikel 6-9) dar. Dabei geht der Bericht u.a. auf Maßnahmen zur Beseitigung von Diskriminierungen bei der Ausübung der Rechte ein (Rn. 11 – 53); im Besonderen auf die Gleichbehandlung von Männern und Frauen (Rn. 63 – 87) sowie auf Maßnahmen zur Reduzierung von Arbeitslosigkeit sonstiger benachteiligter Gruppen (Rn. 90 – 102).

### Ausschuss für die Beseitigung der Diskriminierung der Frau

Im Rahmen seiner 66. Sitzung veröffentlichte der Ausschuss für die Beseitigung der Diskriminierung der Frau am 3. März 2017 seine [abschließenden Bemerkungen](#) (UN Doc. CEDAW/C/DEU/CO/7-8) zum kombinierten 7. bis 8. Staatenbericht Deutschlands (s. zuletzt HSI-Newsletter 4/2016 unter VI.4.).

Nach der Betonung der positiven Entwicklungen seit dem letzten Staatenbericht geht der Ausschuss in 15 Seiten auf die noch besorgniserregenden Bereiche ein und gibt jeweils Empfehlungen zur Umsetzung der Inhalte der UN-Konvention. Allgemein rügt er das weitgehend noch fehlende Bewusstsein in Justiz und Anwaltschaft für die in der Konvention verbürgten Rechte (Rn. 9 – 10). Auch in Bezug auf die extraterritoriale Anwendbarkeit der Konvention in transnationalen Unternehmen bestehe noch Umsetzungsbedarf (Rn. 15 – 16).

In Bezug auf die Gleichstellung von Männern und Frauen in Beschäftigung und Beruf (Rn. 35 – 36) nimmt der Ausschuss mit Besorgnis u.a. die noch immer hohe Lohnungleichheit sowie die Konzentration von Frauen in niedrigbezahlten Berufen und prekären Beschäftigungsverhältnissen zur Kenntnis. Dies hänge auch mit der ungenügenden Zahl von Kinderbetreuungsangeboten zusammen. Gerade Frauen mit Migrationshintergrund, weibliche Geflüchtete und Frauen mit Behinderungen hätten noch immer einen nur begrenzten Zugang zum Arbeitsmarkt.

## 5) EFTA-Gerichtshof

### [Vorlageersuchen des Norges Høyesterett \(Norwegen\) – E-19/16 – Torbjørn Selstad Thue](#)

**Rechtsvorschriften:** Art. 2 Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG

**Schlagnworte:** Arbeitszeitbegriff – Einordnung von Dienstreisen außerhalb der Normalarbeitszeit

[**Hinweis:** Für das Unionsrecht definiert der EuGH Arbeitszeit in ständiger Rechtsprechung (in Anlehnung an die ArbeitszeitRL) als die „Zeitspanne, während deren ein Arbeitnehmer gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten arbeitet, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt“, was in der Rs. [Tyco](#) (Urt. v. 10.9.2015 – C-266/14) bereits für Fahrzeiten von Technikern bejaht wurde, die täglich unterwegs waren, um bei Kunden Installations- und Wartungsarbeiten vorzunehmen. Auch nach deutschem Recht werden Fahrzeiten bei Außendienstmitarbeitern als notwendiger Bestandteil der vertraglichen Hauptleistungspflichten als Arbeitszeit angesehen (vgl. Koch in: Schaub/Koch, Arbeitsrecht von A-Z, 20. Auflage 2016, „Dienstreise“); das deutsche ArbZG enthält jedoch keine generelle Regelung zur Einordnung von Reisezeiten, weshalb hier tarifvertraglichen oder betrieblichen Regelungen eine wichtige Rolle zukommt.]

© Hugo Sinzheimer Institut der Hans-Böckler-Stiftung

Wilhelm-Leuschner-Straße 79

D - 60329 Frankfurt am Main

Telefon: +49 (0) 69 - 6693 - 2953

Telefax: +49 (0) 69 - 6693 - 2791

E-Mail: [hsi@boeckler.de](mailto:hsi@boeckler.de)

[www.hugo-sinzheimer-institut.de](http://www.hugo-sinzheimer-institut.de)

[Impressum](#)