

Festschrift für Prof. Rolf Wank zum 70. Geburtstag

von

Prof. Dr. Martin Henssler, Prof. Dr. Jacob Joussem, Prof. Dr. Martin Maties, Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Preis

1. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 67184 5

Zu [Leseprobe](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

beck-shop.de

FESTSCHRIFT FÜR
ROLF WANK

beck-shop.de



Roef Sam

beck-shop.de

Moderne Arbeitswelt

FESTSCHRIFT FÜR
ROLF WANK

HERAUSGEGEBEN
VON

MARTIN HENSSLER
JACOB JOUSSEN
MARTIN MATIES
ULRICH PREIS

2014



beck-shop.de

www.beck.de

ISBN 978 3 406 67184 5

© 2014 Verlag C.H.Beck oHG
Wilhelmstraße 9, 80801 München

Druck und Bindung: Beltz Bad Langensalza GmbH
Neustädter Straße 1–4, 99947 Bad Langensalza

Satz: Meta Systems Publishing & Printservices GmbH, Wustermark

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

beck-shop.de

VORWORT

Für die Realisierung dieser Festschrift zu Ehren von *Rolf Wank* gilt großer Dank dem Verlag C. H. Beck, der das Projekt trotz ökonomischer Hürden in großzügiger Weise ermöglicht hat. Unser Dank gilt ferner Frau Hildgund Kulhanek für die umsichtige Koordination und überaus sorgfältige Betreuung der zahlreichen Manuskripte.

Martin Henssler, Jacob Jousen, Martin Maties und Ulrich Preis

beck-shop.de

ROLF WANK

Rolf Wank wurde am 16.4.1943 in Köln geboren. Wissenschaftler, Praktiker, Freunde und Weggefährten, die sich auf Einladung der Herausgeber zusammengefunden haben, ehren mit dieser Festschrift einen herausragenden Hochschullehrer, Rechtswissenschaftler und Menschen. Er ist nicht nur Autor zahlreicher Monografien, Lehrbücher, Kommentierungen, Aufsätze und Anmerkungen, sondern vor allem der Methodenlehrer, der im einzelfallgeprägten Arbeitsrecht dogmatisch korrekte Ergebnisse begründet, ohne die Gerechtigkeit aus den Augen zu verlieren, dem die Verehrung seiner Freunde, Weggefährten, Schüler und Praktiker sowie Kollegen aus dem Inland- und Ausland zuteil wird.

Rolf Wank hat nach seinem Schulbesuch in Oberhausen (Rhld.) ein Semester Volkswirtschaft in Marburg studiert und begann dann dort im Wintersemester 1962/63 mit dem juristischen Studium, das er anschließend an der Universität Köln fortsetzte (erste juristische Staatsprüfung 1968). Nach seiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln begann er im Juli 1970 in Köln den Referendardienst und legte dort 1974 die zweite juristische Staatsprüfung ab. Danach war er als wissenschaftlicher Assistent bei *Herbert Wiedemann* im Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln tätig (Promotion 1977, Dissertation: „Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung“, 1978). 1983 erhielt er von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln die *venia legendi* für Arbeits- und Sozialrecht, Bürgerliches und Handelsrecht sowie Rechtstheorie. Seine Habilitationsschrift erschien zweibändig und trägt die Titel „Die juristische Begriffsbildung“ von 1985 und „Arbeitnehmer und Selbständige“ von 1988. Der von *Rolf Wank* teleologisch gebildete Arbeitnehmerbegriff hat die Diskussion um den von der h.M. bisher ontologisch gebildeten Arbeitnehmerbegriff neu angefacht und eröffnet durch seine Ausrichtung an Sinn und Zweck des Arbeitsrechts auch für künftige Veränderungen in der Arbeitswelt (z. B. aufgrund europarechtlicher Einflüsse oder Veränderungen der tatsächlichen Arbeitsbedingungen) Spielraum.

Vom Sommersemester 1983 bis zum Wintersemester 1984/85 hat er in Münster gelehrt. Vom Sommersemester 1985 bis zum Ende des Sommersemesters 2011 war er an der Ruhr-Universität Bochum Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht, dem er bis zu seiner Pensionierung treu geblieben ist. Zudem engagierte er sich als DHV-Vertreter an der Ruhr-Universität Bochum, um seinem Berufsstand zu dienen. *Rolf Wank* ist Mit-Herausgeber und Mitglied der Schriftleitung der RdA (Recht der Arbeit) sowie Redaktionsmitglied der Arbeitsrechtlichen Praxis (AP). Er baute eine Reihe von Kontakten ins Ausland auf, u.a. nach Japan, Korea, Taiwan, USA, Polen, Großbritannien und Frankreich. Er beschränkte sich hierbei nicht nur auf die Herstellung der Kontakte, sondern er veröffentlichte in arrivierten ausländischen Fach-

zeitschriften, wobei seine Veröffentlichungen z.T. in die jeweilige Landessprache übersetzt wurden (so z. B. ins Japanische). Als echter Gelehrter hat sich *Rolf Wank* nicht nur mit den Rechtsordnungen befasst, sondern auch die Landeskulturen erforscht, um das erforderliche Hintergrundwissen zu haben.

Die Veröffentlichungen von *Rolf Wank* sind qualitativ und quantitativ überragend. Die Publikationen sind nicht nur hinsichtlich ihrer Zahl ungewöhnlich (fast 400, Tendenz steigend). Groß und vielfältig ist auch die Bandbreite der Themen. Sie erstreckt sich von seinem Haupttätigkeitsfeld – dem Arbeitsrecht – über das allgemeine Zivilrecht, das Sozialrecht und das Gesellschaftsrecht bis hin zu seiner großen Liebe und Leidenschaft, der Methodenlehre. Aufgrund dessen verwundert es nicht, dass sich alle Veröffentlichungen von *Rolf Wank* auf einem hohen Niveau bewegen und von methodischem Denken geprägt sind.

Methodische Rechtsanwendung war und ist ein besonderes Anliegen von *Rolf Wank*. Wie sehr er sich der methodengerechten Rechtsanwendung verschrieben hat, zeigt sich neben seiner Dissertation in seiner Habilitationsschrift bis hin zu seiner jüngsten Schrift zu „Auslegung und Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht“. Es ist ein Wesenszug der Schriften von *Rolf Wank*, dass er sich dabei nicht in Abstraktionen verliert, sondern stets die Anwendung im konkreten Fall vor Augen hat. Für Studienanfänger spitzte *Rolf Wank* die methodischen Grundlagen in einer knappen, auf das Wesentliche begrenzten Schrift zu. Stets ging es *Rolf Wank* nicht nur um wissenschaftlichen Erkenntnisfortschritt, sondern auch darum, die Studierenden mitzunehmen. Seine Bemühungen in der Lehre haben sich stets in hervorragenden Evaluierungen seiner Veranstaltungen durch die Studierenden gezeigt. Forschung und Lehre gehen bei ihm Hand in Hand. Nach seiner Pensionierung hat der Drang zu wissenschaftlichen Publikationen und Vorträgen nicht nachgelassen.

Er veröffentlichte im Arbeitsrecht eine nahezu unüberschaubare Anzahl von Veröffentlichungen, die viel und oft rezipiert und zitiert werden. Es seien nur einige wenige genannt: Monografien zu den Themen Arbeiter und Angestellte, Arbeitsschutzrecht, Nebentätigkeit, Telearbeit, Kommentierungen in dem von *Wiedemann* herausgegebenen Kommentar zum TVG, zum AÜG, zum Arbeitsschutz, zum BDSG und zum ArbZG im Erfurter Kommentar und die Bearbeitung des Abschnitts „Auflösung des Arbeitsverhältnisses und Kündigungsschutz“ im Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht. Verschiedene Aufsätze und Anmerkungen zum Arbeitsrecht zeugen von der Vielseitigkeit *Rolf Wanks*, die sowohl im Kollektiv- als auch im Individualarbeitsrecht angesiedelt sind. Will man einen Bereich besonders hervorheben, so ist es sein Verdienst um die Fortentwicklung des Arbeitnehmerbegriffs, dem sich *Rolf Wank* mit voller Hingabe verschrieben hat. Er hat dies so getan, wie man es nach der Methodenlehre zu tun hat: mittels einer teleologisch gebildeten Definition des (Arbeitnehmer)Begriffs. Der Ansatz zwischen Arbeitnehmern und Selbstständigen danach zu differenzieren, ob und inwieweit sie freiwillig ein unternehmerisches Risiko übernommen haben, dem unternehmerische Chancen gegenüberstehen, hat zwar nicht in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, aber doch in der Literatur und Instanzrechtsprechung zahlreiche Anhänger gefunden. Durch seine Kategorisierung des Arbeitnehmerähnlichen als Unterfall des Selbstständigen, dessen Ähnlichkeit gerade die wirtschaftliche Abhän-

gigkeit ist, rundet das System der Rechtssubjekte im Arbeitsrecht ab. Ob sich der „wanksche“ Arbeitnehmerbegriff durchsetzen wird, ist bisweilen offen.

Neben der wohl wichtigsten Frage zum Statusbegriff hat sich *Rolf Wank* auch ausführlich mit dem brennendsten Bereich des Arbeitsrechts – dem Kündigungsschutz – auseinandergesetzt. Hervorzuheben sind die exzellente Bearbeitung des Kündigungsschutzrechts im Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht und auch ein richtungsweisender Beitrag zur Rechtsfortbildung im Kündigungsschutzrecht aus RdA 1987, 129 ff. Früh hat sich *Rolf Wank* mit dem europäischen Arbeitsrecht auseinandergesetzt. Im europäischen Arbeitsrecht hat er sich insbesondere um den Betriebsübergang, die Anerkennung von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen, den Bereitschaftsdienst als Arbeitszeit und das Antidiskriminierungsrecht verdient gemacht. Das frühe und intensive Engagement in der damals noch nicht so stark wahrgenommenen Materie zeigt sich bereits in dem 2002 erschienenen Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, das er gemeinsam mit *Peter Hanau* und *Heinz-Dietrich Steinmeyer* verfasste.

Da man einen echten Methodenlehrer nicht in eine Schublade stecken kann, hat *Rolf Wank* zugleich alle Bereiche des Privatrechts bearbeitet. Mehrere Bücher zum Handels- und zum Personengesellschaftsrecht (teilweise als Alleinautor, teilweise mit *Martin Maties*) und die gemeinsam mit *Dirk Olzen* veröffentlichte Zivilrechtliche Klausurenlehre, die inzwischen in der siebten Auflage erschienen ist, richten sich vor allem an Studierende.

Auch nach seinem Ausscheiden aus dem Vorlesungsbetrieb hat sich *Rolf Wank* weiter um Forschung und Lehre verdient gemacht. So las *Rolf Wank* auf Bitte seiner alten Fakultät auch noch nach seiner Pensionierung mit 68 Jahren die Vorlesung Methodenlehre für Studienanfänger. Das Verfassen einer bereits erschienenen 406-seitigen Monografie als Pensionär und das Erarbeiten diverser Folgeauflagen von erfolgreichen Büchern und Kommentierungen zeugen davon, dass *Rolf Wank* die Rechtswissenschaft lebt und liebt. Auf eine weitere umfangreiche Monografie zur Methodenlehre dürfen wir uns bereits jetzt freuen. Das postdienstliche Engagement wird auch im Ausland wahrgenommen. So hat *Rolf Wank* jüngst wieder Vorträge in Spanien, der Türkei und in Japan gehalten, war als Pensionär für ein Semester Mitglied einer japanischen Fakultät (Universität Nagoya) und lehrte dort unter anderem europäisches Antidiskriminierungsrecht. Sein unbändiger Tatendrang wird dadurch belegt, dass er als Mitherausgeber und Mitglied der Schriftleitung der RdA sowie Redaktionsmitglied der AP tätig bleibt.

Rolf Wank hat über sein beeindruckendes Lebenswerk hinaus nie das höchste Gut verloren, das man haben kann, die Menschlichkeit. Ihm sind Egozentrik und Geltungsbedürfnis fremd. Wenn man ihn um Hilfe bittet, so kann man sich sicher sein, dass sie einem zuteilwerden wird. Seinen nicht nur juristischen Wissensdurst hat er mit seiner Frau Christel auch auf seinen zahlreichen Auslandsreisen gestillt und sich jeweils das Beste aus allen Kulturen im Bezug auf das zwischenmenschliche Miteinander angeeignet, so dass *Rolf Wank* auf der ganzen Welt ein gern gesehener Gast ist.

Köln, Bochum, Augsburg, im Juli 2014

Martin Henssler, Jacob Jousen, Martin Maties und Ulrich Preis

beck-shop.de

INHALTSVERZEICHNIS

Jobst-Hubertus Bauer

Dr. jur., Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Stuttgart, Honorarprofessor
an der Universität Tübingen

Ausgewählte Probleme der AGB-Kontrolle von Anstellungsverträgen
vertretungsberechtigter Organmitglieder 1

Frank Bayreuther

Dr. jur., Professor an der Universität Passau

Starre Altersgrenzen und absolute Altersbeschränkungen für die
Berufsausübung 11

Martina Benecke

Dr. jur., Professorin an der Universität Augsburg

Leiharbeitnehmer in der Betriebsverfassung des Entleihbetriebes – Das BAG
zu Betriebszugehörigkeit und Schwellenwerten 27

Klaus Bepler

Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht a.D., Honorarprofessor an der Universität
Halle-Wittenberg

Billable Hours? 41

Rolf Birk

Dr. jur., utr., Dres. h.c., Professor em. an der Universität Trier

Zur Pönalisierung des Arbeitsrechts durch Richtlinien der Europäischen
Union 53

Rudolf Buschmann

Assessor, Lehrbeauftragter an der Universität Kassel, Redakteur „Arbeit und Recht“

Altersdiskriminierung in der Namensliste 63

Wolfgang Däubler

Dr. jur., Professor an der Universität Bremen

Für wen gilt das Arbeitsrecht? 81

Matthew W. Finkin

Dr. jur., Dres. h.c., Professor an der Universität von Illinois

The Privatization of Workplace Justice and the Atomization of the
American Worker 95

Martin Franzen

Dr. jur., Professor an der Universität München

Arbeitsrecht zwischen BAG, BVerfG, EuGH und EGMR 105

Inken Gallner

Richterin am Bundesarbeitsgericht

Streit über den Streitgegenstand? 117

Peter Hanau

Dr. jur., Dres. h.c., Professor em. an der Universität zu Köln

Späte Vor- und Nachwirkungen von Tarifverträgen 129

Martin Henssler

Dr. jur., Professor an der Universität zu Köln

Die neue Rolle der Gewerkschaften bei Restrukturierungen und

Massenentlassungen 137

Gerrick Freiherr von Hoyningen-Huene/Kristina Kneip

Dr. jur., Dr. jur. habil., Professor em. an der Universität Heidelberg

Mitarbeiterin an der EBS Law School, Wiesbaden

Die Massenentlassung zwischen Europarecht und § 17 KSchG 161

Wolfgang Hromadka

Dr. jur., Dr. h.c., Professor entpfl. Universität Passau

Arbeitsvertrag und Betriebsvereinbarung 175

Stefan Huster

Dr. jur., Professor an der Universität Bochum

Pauschalierung und Typisierung im Sozialrecht 193

Jacob Jousen

Dr. jur., Professor an der Universität Bochum

Beamtenähnliche Arbeitnehmer im kirchlichen Dienst 207

Abbo Junker

Dr. jur., Professor an der Universität München

Koalitionsfreiheit und Streikrecht im öffentlichen Dienst nach der

Rechtsprechung des EGMR – Eine Skizze 219

Sudabeh Kamanabrou

Dr. jur., Professorin an der Universität Bielefeld

Tarifliche Regelungen zu Verfall und Abgeltung von Mehrurlaub und

ihre Folgen 231

Wolfgang Kohle

Dr. jur., Professor an der Universität Halle-Wittenberg

Der Fortsetzungsanspruch 245

Michael Kort

Dr. jur., Professor an der Universität Augsburg

Betriebliche Übung bei der privaten E-Mail- und Internetnutzung am

Arbeitsplatz 259

Rüdiger Krause

Dr. jur., Professor an der Universität Göttingen

Zu den Zielen und Folgen des Betriebsübergangsrechts 275

Andrea Lohse

Dr. jur., Professorin an der Ruhr-Universität Bochum

Zivilrechtliche Probleme der „Entflechtung“ kartellrechtswidriger
Personenaußengesellschaften 299

Manfred Löwisch

Dr. jur., Dr. h.c., Rechtsanwalt, Professor em. an Universität Freiburg

Einrechnung von Leiharbeitnehmern in den Schwellenwert der
Kleinbetriebsklausel – Beispiel verfehlerter Gesetzesauslegung 315

Martin Maties

Dr. jur., Professor an der Universität Augsburg

Der Anwendungsbereich des Arbeitsrechts 323

Bernd Baron von Maydell

Dr. jur., Dr. h.c., em. Direktor des Max-Planck-Instituts für Sozialrecht und Sozialpolitik,
München, Honorarprofessor an der Universität München

Die KSPW und ihre Bedeutung für das deutsche Arbeits- und Sozialrecht 343

Cord Meyer

Dr. jur., Honorarprofessor an der Universität Leipzig

Rücksichtnahme als Nebenpflicht auch konkurrierender
Tarifvertragsparteien 351

Wilhelm Moll

Dr. jur., LL.M., Rechtsanwalt

Personalführung durch Dritte 375

Hartmut Oetker

Dr. jur., Professor an der Universität Kiel, Richter am Thüringer OLG, Jena

Sozialplandotierung in konzernabhängigen Unternehmen durch die
Einigungsstelle im Schnittfeld von Arbeits- und Gesellschaftsrecht 383

Dirk Olzen

Dr. jur., Professor an der Universität Düsseldorf

Zur Pfändung von Pflichtteilsansprüchen 397

Ulrich Preis

Dr. jur., Dr. h.c., Professor an der Universität zu Köln

Unvollkommenes Gesetz und methodengerechte Rechtsfindung im
Arbeitsrecht 413

Robert Rebhahn

Dr. iur., Professor an der Universität Wien

Zur Methodenlehre des Unionsrechts 431

Hermann Reichold

Dr. jur., Professor an der Universität Tübingen

Methodenfragen bei der Weiterentwicklung der Entgeltmitbestimmung durch das BAG 455

Reinhard Richardi

Dr. jur., Professor em. an der Universität Regensburg

Vertrags- oder Eingliederungstheorie als ergänzende Gesichtspunkte für die Begründung arbeitsrechtlicher Beziehungen in der Betriebsverfassung 465

Volker Rieble

Dr. jur., Professor an der Universität München

Zeitarbeitsverbot im Streik 475

Christian Rolfs

Dr. jur., Professor an der Universität zu Köln

Die Bindungswirkung sozialrechtlicher Entscheidungen beim unfallversicherungsrechtlichen Haftungsausschluss 483

Monika Schlachter

Dr. jur., Dr. h.c., Professorin an der Universität Trier

Das Konzept des Missbrauchs im EU-Befristungsrecht 503

Anja Schlewing

Dr. jur., Richterin am Bundesarbeitsgericht, Honorarprofessorin an der Universität Bielefeld

Der „Widerruf“ der Versorgungszusage wegen Treubruchs 513

Harald Schliemann

Vorsitzender Richter am BAG i.R., Thüringer Justizminister a.D., Rechtsanwalt

Zum Schutz wirtschaftlich schwacher Solo-Dienst- und Werkvertragsunternehmer – Ein Zwischenruf 531

Benedikt Schmidt

Dr. jur., Regierungsrat, Referent im Bundesministerium für Arbeit und Soziales

Die „überflüssige“ und die „hilfsweise“ Änderungskündigung – oder: Was ist eigentlich eine Rechtsbedingung? 545

Klaus Schreiber

Dr. jur., Professor an der Universität Bochum

Zur tatsächlichen Vermutung im arbeitsgerichtlichen Verfahren 559

Peter Schüren

Dr. jur., Professor an der Universität Münster

Qualitätsmanagement des Subunternehmers als Indiz zum Nachweis eines Werkvertrags – eine (weitere) Skizze 571

Heinz-Dietrich Steinmeyer

Dr. jur., Professor an der Universität Münster

AGG und kirchliches Arbeitsrecht 587

Gregor Thüsing/Stephan Pötters

Dr. jur., LL.M. (Harvard), Professor an der Universität Bonn

Dr. jur., LL.M. (Cambridge), Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Bonn

Unternehmensmitbestimmung im Gemeinschaftsbetrieb – Zur Frage der
Zurechnung von Mitarbeitern im gemeinsamen Betrieb bei Wahlen für den
Aufsichtsrat nach dem MitbestG 599

Hajime Wada

Professor an der Universität Nagoya

Gesetzliche Regelungen zum befristeten Arbeitsvertrag in Japan 617

Manfred Weiss

Dr. jur., Dr. h.c. mult., Professor em. an der Universität Frankfurt a.M.

Zur Genesis der sozialen Grundrechte in der EU 635

Herbert Wiedemann

Dr. jur., Professor em. an der Universität zu Köln

Juristische und musikalische Interpretation – ein Essay 647

Heinz Josef Willemsen

Dr. jur., Honorarprofessor an der Universität Bochum, Rechtsanwalt

Das Geheimnis der Miso-Suppe oder: Die Betriebsübung als Ausdruck
arbeitgeberseitiger Regelungsmacht 657

Peter A. Windel

Dr. jur. utr., Professor an der Universität Bochum

Brauchen wir Arbeitsgerichtsbarkeit? 679

Hellmut Wißmann

Dr. jur., Präsident des Bundesarbeitsgerichts a.D., Honorarprofessor an der

Universität Halle-Wittenberg

Öffnung der deutschen Unternehmensmitbestimmung nach Europa? 695

Schriftenverzeichnis von Professor Dr. Rolf Wank 707