

ISBN 978-3-89892-906-6

Friedrich-Ebert-Stiftung

Beschäftigungsfördernd? Sozialverträglich? Zukunftsfähig?

## Beschäftigungsfördernd? Sozialverträglich? Zukunftsfähig?

Ein Entwurf für ein Arbeitsvertragsgesetz



Dokumentation eines Expertengesprächs der  
Friedrich-Ebert-Stiftung am 15. und 16. Februar 2008

Erfurter Forum   
FÜR ARBEITS- UND SOZIALRECHT

**FRIEDRICH  
EBERT  
STIFTUNG** 

# **Beschäftigungsfördernd? Sozialverträglich? Zukunftsfähig?**

---

Ein Entwurf für ein Arbeitsvertragsgesetz

Dokumentation eines Expertengesprächs  
der Friedrich-Ebert-Stiftung  
am 15. und 16. Februar 2008

**Konzeption, Organisation, Moderation  
des Expertengesprächs und  
Herausgeber der Dokumentation:**

*Franz Josef Düwell,*  
Vorsitzender Richter am  
Bundesarbeitsgericht

*Dr. Irina Mohr,*  
Leiterin Forum Berlin  
der Friedrich-Ebert-Stiftung

*Michael Schultheiß,*  
Leiter des Landesbüros Thüringen  
der Friedrich-Ebert-Stiftung

*Prof. Dr. Joachim Weyand,*  
Technische Universität Ilmenau

## Inhaltsverzeichnis

---

<b>Vorwort</b>	<b>Seite 5</b>
<b>Einführung zum Expertengespräch</b> <i>Franz Josef Düwell</i>	<b>Seite 7</b>
<b>Chancen eines Arbeitsvertragsgesetzes</b> <i>Prof. Dr. Ulrich Preis</i>	<b>Seite 11</b>
<b>I. Nachfragen im Anschluss an die Einführung (Düwell) und den Vortrag des Entwurfverfassers (Preis)</b>	<b>Seite 36</b>
<b>Der kündigungrechtliche Bestandsschutz im Entwurf des Arbeitsvertragsgesetzes</b> <i>Christoph Schmitz-Scholemann</i>	<b>Seite 38</b>
<b>Der Diskussionsentwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes (ArbVG-E) und das Recht des befristeten Arbeitsvertrags</b> <i>Dr. Ulrich Koch</i>	<b>Seite 48</b>
<b>Das ausgewogene Austauschverhältnis: Arbeitsleistung, Entgelt und gesetzlicher Mindestlohn</b> <i>Prof. Dr. jur. Joachim Weyand</i>	<b>Seite 51</b>
<b>II. Diskussion im Anschluss an die Referate Kündigungsschutzrecht (Schmitz-Scholemann), Befristungsrecht (Koch), Ausgewogenes Austauschverhältnis (Weyand)</b>	<b>Seite 67</b>

## Inhaltsverzeichnis

---

<b>Flexibilisierung von Arbeitsbedingungen im Interesse von Arbeitnehmern und Betrieben?</b> <i>Dr. Gerhard Reinecke</i>	<b>Seite 70</b>
<b>Arbeitsvertrag und Allgemeine Vertragsbedingungen im Diskussionsentwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes</b> <i>Prof. Dr. Holger Senne</i>	<b>Seite 83</b>
<b>Leiharbeit</b> <i>Prof. Dr. Peter Schüren</i>	<b>Seite 89</b>
<b>III. Diskussion zu Flexibilisierung der Arbeitsbedingungen (Reinecke), Arbeitsvertrag und Allgemeine Vertragsbedingungen (Senne) und Überlassung und sonstige Arbeit mit Drittbezug (Schüren)</b>	<b>Seite 99</b>
<b>Der Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes: Die Vereinbarkeit von Beruf und Familie</b> <i>Prof. Dr. Marita Körner</i>	<b>Seite 102</b>
<b>Alternde Gesellschaft: Herausforderung für das Arbeitsrecht</b> <i>Prof. Dr. Christiane Brors</i>	<b>Seite 110</b>
<b>Wissengesellschaft und lebenslanges Lernen – Zum Regelungsansatz des Entwurfs eines Arbeitsvertragsgesetzbuches</b> <i>Prof. Dr. iur. Axel Kokemoor</i>	<b>Seite 118</b>

## Inhaltsverzeichnis

---

<b>IV. Diskussion im Anschluss an die Referate Vereinbarkeit Familie und Beruf (Körner), Alternde Gesellschaft (Brors), Wissensgesellschaft und lebenslanges Lernen (Kokemoor)</b>	<b>Seite 130</b>
<b>Sozialrechtliche Gehalte eines Arbeitsvertragsgesetzbuches</b> <i>Prof. Dr. Eberhard Eichenhofer</i>	<b>Seite 134</b>
<b>Das Verhältnis des Entwurfs zum europäischen und internationalen Arbeitsrecht</b> <i>Rudolf Buschmann</i>	<b>Seite 148</b>
<b>V. Diskussion im Anschluss an die Referate Sozialrechtliche Gehalte (Eichenhofer) und Europäisches und internationales Recht (Buschmann)</b>	<b>Seite 160</b>
<b>VI. Abschlussdiskussion</b>	<b>Seite 164</b>
<b>Anhang</b>	<b>Seite 174</b>

## Vorwort

---

Es gibt verschiedene Forderungen und konkrete Ansätze einer Kodifizierung des Arbeitsrechts in Deutschland, das wegen seiner Zersplitterung in viele Gesetzestexte als sehr intransparent gilt. Im Jahr 2006 haben die beiden Rechtsprofessoren Martin Henssler und Ulrich Preis im Auftrag der Bertelsmann Stiftung den bisher weitestgehenden Versuch unternommen, eine Kodifizierung des individuellen Arbeitsrechts vorzuschlagen, und den Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes vorgelegt. Der Entwurf erhob von vornherein den Anspruch, nicht nur ein „Restatement“ zu sein, also eine technische Zusammenfassung des geltenden Rechts, sondern eine Weiterentwicklung mit einigen, von den Interessenlagen her ausgewogenen Änderungen. Nach Diskussionen und Kommentaren gab es im November 2007 eine bearbeitete Version.

Die Diskussion war breit, aber im Sinne der Tarifpartner nicht ausgeglichen. Die Arbeitnehmerorganisationen beteiligten sich daran deutlich weniger. Auf der politischen Ebene wurde der Entwurf kaum aufgegriffen, auch hier am wenigsten von der SPD. Auch wenn allgemein die Verdienste insbesondere der systematischen Arbeit des Entwurfs herausgestellt wurden, bestand ein deutlicher Eindruck, dass die Änderungen sich für Arbeitnehmerinteressen eher negativ auswirken. Dies wurde in einzelnen Stellungnahmen auch begründet, eine umfassende Auseinandersetzung jedoch blieb aus.

In den letzten Monaten verdichteten sich die Anhaltspunkte und Forderungen, dass sich auch der Gesetzgeber im Jahr 2008 mit einem Arbeitsvertragsgesetz beschäftigt. Der Friedrich-Ebert-Stiftung erschien es daher notwendig, dass gerade auf der Arbeitnehmerseite eine gründliche Auseinandersetzung mit dem Entwurf stattfindet. Aus der Zielsetzung der fachlichen Politikberatung heraus war es für uns sinnvoll, einen ausgewählten Kreis

von Arbeitsrechtsexpertinnen und -experten aus Wissenschaft, Justiz, Politik und Verbänden zu einem Expertengespräch einzuladen, der eine kritische Bestandsaufnahme des Entwurfs und seiner Diskussion vornehmen kann. Als Rahmen schien dafür das Erfurter Forum für Arbeits- und Sozialrecht der Friedrich-Ebert-Stiftung geeignet, das sich seit 2006 am Standort des Bundesarbeitsgerichts um einen rechtspolitischen Dialog zwischen Justiz und Betroffenen bemüht.

Das Expertengespräch fand am 15. und 16. Februar 2008 in Weimar statt. Etwa 50 ausgewiesene Expertinnen und Experten diskutierten die wichtigsten Aspekte des Entwurfs bis ins Detail. Es gelang somit, einen weitgehenden Überblick über die Verdienste und auch die Mängel des Entwurfes zu erlangen und damit grundlegende Erfordernisse für ein Arbeitsvertragsgesetz zu formulieren; dies unabhängig davon, ob man sich nun auf den vorliegenden Entwurf stützt oder einen neuen Ausgangspunkt erarbeitet. Als erkenntnisleitendes Kriterium wurde dabei explizit der eigentliche Sinn des Arbeitsrechts formuliert: im Interesse der Arbeitnehmer den strukturellen Nachteil auszugleichen, den sie in der Regel im Arbeitsverhältnis haben. Die vorliegende Dokumentation kann nicht den Anspruch erheben, eine vollständige Aufarbeitung zu bieten, wir meinen aber, dass sie wichtige Anhaltspunkte auch für den Gesetzgebungsprozess leisten kann.

Wir erhoffen uns seine Rezeption und möchten vor allem die Fachpolitikerinnen und Fachpolitiker ermuntern, die hier enthaltenen konstruktiven wie kritischen Anregungen aufzugreifen. Die Arbeitsrechtlerinnen und Arbeitsrechtler in Weimar haben sich bemüht, einen sachlich-dogmatisch wie auch aus praktischer Erfahrung begründeten Input zu geben. Wir hoffen, dass dies auch bei der politischen Umsetzung hilft.

*Erfurt, April 2008  
Michael Schultheiß*

## Einführung zum Expertengespräch

*Franz Josef Düwell,  
Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht*

Ein einheitliches Arbeitsvertragsgesetzbuch soll noch in dieser Legislaturperiode auf den Weg gebracht werden. Auf einer Veranstaltung der CDA, Christlich-demokratische Arbeitnehmer-schaft Deutschlands, und der Bertelsmann Stiftung im September 2007 in Berlin haben sich Politiker, Wissenschaftler, Vertreter der Tarifparteien, Betriebs- und Personalräte für die Einbringung eines Entwurfs noch in dieser Wahlperiode ausgesprochen. Wir freuen uns, dass eine der prominenten Teilnehmerinnen dieser Veranstaltung, nämlich Frau Prof. Dr. Pfarr, auch an unserem auf der Arbeitsebene stattfindenden Expertengespräch teilnimmt. CDA-Chef und NRW Arbeitsminister Karl-Josef Laumann sagte in Berlin: „Es ist absehbar, dass die Debatte beendet werden kann.“ Er berief sich auf seinen Ministerkollegen Olaf Scholz. Der hatte vor einem halben Jahr in die seit dem Scheitern der brandenburgischen und sächsischen Gesetzesinitiativen ins Stocken gekommene Diskussion um ein Arbeitsvertragsgesetz die Idee eingebracht, einen Dialog der Sozialpartner einzuleiten. Der von Professoren Dr. Martin Henssler und Dr. Ulrich Preis vorgelegte und im November 2007 in der NZA veröffentlichte Entwurf sei dazu eine gute Grundlage. Es müsse jetzt ausgetestet werden, ob bestimmte Gruppen ein oder kein Interesse an einer ernsthaften Lösung hätten: „Dies muss dann aber politisch ausgetragen werden.“ Ronald Pofalla, Generalsekretär der CDU, forderte ebenfalls die Einbringung und Verabschiedung: „Wir brauchen ein verständliches und praxistaugliches Arbeitsgesetzbuch. Das ist ein ehrgeiziges, aber lohnenswertes Ziel.“ Der Vorsitzende des Bundestagausschusses für Arbeit und Soziales, Gerald Weiß, MdB, erklärte: „Das Arbeitsgesetzbuch ist kein Fall für den Bulldozer, aber es ist Aufgabe des Gesetzgebers, eine Art Kunden-

freundlichkeit auch auf diesem Gebiet herzustellen. Was im Sozialrecht möglich ist, sollte im Arbeitsrecht auch möglich sein.“

Und wie steht das Bundesarbeitsgericht dazu? Immerhin ist nicht unbedingt Zustimmung zu erwarten, wenn die nach einem geflügelten Wort eines der führenden Arbeitsrechtlers, des Professors Dr. iur., Dr. iur. h. c. mult. Dr. Franz Gamillscheg, im BAG sitzenden „Richterkönige“ entthront werden sollen. Ich habe nicht feststellen können, dass im BAG ein einheitliches Meinungsbild entstanden ist. Die Medien wissen es wieder einmal früher. FOCUS online meldete am 31.1.2008: „Das Bundesarbeitsgericht fordert, die Vielzahl der bestehenden Regelungen in einem Gesetzeswerk zusammenzufassen, um die Arbeitsgerichte zu entlasten. Das Bundesarbeitsgericht will ein Einheitsgesetz für Arbeitsverträge.“ Es sei an der Zeit, die Vielzahl der bestehenden Regelungen zusammenzufassen, sagte nach Focus Bundesarbeitsgerichts-Präsidentin Ingrid Schmidt. Damit könnte ein Zeichen für die Rechtskultur gesetzt werden. Das Arbeitsvertragsgesetz sei dann „ein Vorbild für Europa – insbesondere für die neu hinzugekommenen Länder“. Der Gesetzgeber könne dabei auf die umfangreichen Vorarbeiten der Kölner Professoren Martin Henssler und Ulrich Preis zurückgreifen, die bereits vor zwei Jahren eine entsprechende Initiative gestartet hätten.

Ich begrüße herzlich als wichtigsten Referenten den Mitverfasser des Entwurfs, Prof. Dr. Ulrich Preis, in unserer Runde. Er hat entscheidend dazu beigetragen, dass das seit Langem steckengebliebene Projekt wieder anläuft. Es ist so weit voran gekommen wie es bisher noch kein anders. 1896 war es vom Reichstag bei Verabschiedung des BGB gefordert worden. Willy Brandt hatte das Projekt 1969 mit seinem Aufruf „mehr Demokratie wagen“ verbunden. Er hatte es als Verfassungsauftrag verstanden und eine Kommission eingesetzt, an der auch unser heutiger Experte Prof. Dr. Thomas Dieterich, den ich bei dieser Gelegenheit ebenfalls herzlich willkommen heiße, teilgenommen hat. Die Ergebnisse jener Kommission waren kurz vor der Verwirklichung. Sie scheiterten am Zerfall des sozialliberalen Bündnisses. Nach meiner

Einschätzung eines nicht zum Kreis der Insider Gehörenden war danach keine Initiative so nah dem Ziel wie zurzeit der Entwurf von Preis/Henssler.

Wenn ich so herzlich Ulrich Preis in unserem Kreis willkommen heiße, tue ich das auch deshalb, weil uns ein kleines Geheimnis verbindet. Vor 15 Jahren trafen sich in Münster in einem Hinterzimmer einer Stadthalle am Rande einer SPD-Parteiveranstaltung der damalige NRW-Arbeitsminister Franz Müntefering, der AsJ Bezirksvorsitzende Franz Josef Düwell, damals noch Vorsitzender Richter am LAG Hamm, und ein aufstrebender Kölner wissenschaftlicher Assistent namens Dr. Ulrich Preis. Es ging um das 1992 beim Juristentag in Hannover wieder reanimierte Projekt des Arbeitsgesetzbuchs. Den beiden Arbeitsrechtlern gelang es, Interesse für das stecken gebliebene Gesetzesvorhaben zu wecken. Kurz: Münte fing Feuer. Er beauftragte Preis, ein Gutachten zu erstellen. Das Projekt nahm seinen Lauf. Der Rest der Geschichte ist bekannt.

Da wir jetzt wissen, woher der Gesetzentwurf kommt, sollten wir heute und morgen prüfen: Wo stehen wir? Um dann am Schluss die Frage beantworten zu können: Wohin geht die Reise?

Dabei möchte ich vor einem Schmusekurs und vor faulen Kompromissen warnen. Ein Beispiel: Es bringt uns nicht weiter, wenn eine von Arbeitgeberverbänden als zu arbeitnehmerfreundlich empfundene Regelung wie das Leistungsverweigerungsrecht nach § 11 Abs. 5 AÜG dadurch entschärft wird, dass die „Hälfte“ der Regelung, nämlich die Entgeltfortzahlung, zurückgeschnitten wird. Ohne bezahlte Leistungsverweigerung bietet Arbeitnehmerüberlassung die legale Chance zur Streikbrucharbeit. Will man diese, dann sollte die Ehrlichkeit gebieten, das dann nutzlose Leistungsverweigerungsrecht ganz entfallen zu lassen. Hier gilt das berühmte Dichterwort: „In der Not bringt der Mittelweg den Tod“.

Ich danke allen Referentinnen und Referenten für die Mühe der Vorbereitung und wünsche uns einen klaren Kopf. Wir wollen „sine ira et studio“ den vorgelegten Entwurf analysieren. Ich wünsche unserem Vorhaben mit dem Gruß meiner Heimatstadt Dortmund: Glück auf!

## Chancen eines Arbeitsvertragsgesetzes

---

*Prof. Dr. Ulrich Preis,  
Institut für Deutsches und Europäisches  
Arbeits- und Sozialrecht Köln*

### **I. Einleitung**

Die historischen Erfahrungen in Deutschland, endlich ein für Arbeitnehmer und Arbeitgeber transparentes Arbeitsvertragsrecht umzusetzen, lassen einen Vortrag über die „Chancen eines Arbeitsvertragsgesetzes“ geradezu naiv erscheinen. Die unendliche Geschichte der gescheiterten Kodifikationsversuche ist hinreichend geschildert.<sup>1</sup> Woher nehmen die Protagonisten des immer wieder aktuellen Vorhabens den Optimismus, dass es jetzt funktionieren könnte?<sup>2</sup> Weder Argumente noch gutes Zureden konnten die politischen Akteure in Deutschland bislang überzeugen. Was sollte jetzt anders sein?

Mit einem Schuss Zweckoptimismus möchte ich von den Chancen für unsere Gesellschaft, die dieses Vorhaben mit sich bringt, sprechen: Chancen für Arbeitgeber und für Arbeitnehmer, für den Arbeitsmarkt, für die Rechtskultur, für ein zusammenwachsendes Europa und eine Verbesserung der Arbeitsbeziehungen.

### **II. Chancen für die Rechtskultur**

Es war der Schwung der Wiedervereinigung, der 1989 hoffen ließ, jetzt sei die Zeit, das seit 100 Jahren überfällige Werk zu vollenden. Als Assistent habe ich das Thema, das nach dem stillen Tod der Arbeitsgesetzbuchkommission im Jahre 1977 eigentlich gar keines mehr war, in der Zeitschrift für Rechtspolitik auf-

<sup>1</sup> Zuletzt von Neumann, *Die unendliche Geschichte des Arbeitsvertragsrechts*, DB 2008, 60.

<sup>2</sup> *Diskussionsentwurf NZA 2007, Beilage zu Heft 21/2007; zitiert als DE-ArbVG.*



gegriffen.<sup>3</sup> Eine einfache und bestechende Idee: Im Kontext der Wiedervereinigung ein verständliches Arbeitsrecht auch für die verunsicherten Bürger der ehemaligen DDR schaffen. Das Vorhaben traf auf Widerhall. Einige Kongresse und Gesprächsrunden zu dem Thema fanden statt, meines Wissens sogar auch der Friedrich-Ebert-Stiftung. Was folgte, war nur das aus der Not geborene Übergangsarbeitsvertragsgesetz im Juni 1990 („lex schwedes“).<sup>4</sup> Dann wurde das unübersichtliche bundesdeutsche Recht den Bürgern der DDR übergestülpt. Als Placebo erging der Auftrag des Einigungsvertrages (Art. 30), „baldmöglichst“ das Arbeitsvertragsrecht zu kodifizieren. Eine engagierte Gruppe von Professorinnen und Professoren legte 1992 den Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes als Gutachten zum 59. Deutschen Juristentag vor.<sup>5</sup> Die erste negative Erfahrung folgte in der Abstimmung auf dem Juristentag. Es gab zwar noch eine Mehrheit für das Projekt als solches, aber in jeder Einzelfrage zeigte sich, dass die von Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften geleiteten Juristen unterschiedliche Auffassungen vertraten.<sup>6</sup> Der Weg über verantwortungsbereite Politiker schien da Erfolg versprechender. Der frühere Vizepräsident des BAG, Dr. Dirk Neumann, fand in dem seinerzeitigen Ministerpräsidenten des Freistaates Sachsen, dem Arbeitsrechtler Professor Kurt Biedenkopf (BR-Drucks. 293/95), einen Verbündeten. In Nordrhein-Westfalen gelang es, den damaligen nordrhein-westfälischen Arbeitsminister Franz Müntefering zu überzeugen. In Nordrhein-Westfalen wurden wesentliche Vorarbeiten für den später von Brandenburg eingebrachten Entwurf geleistet (BR-Drucks. 691/96). Beide Entwürfe waren simultan auf der Basis des Juristentagsgutachtens entwickelt worden. Nur ein geringer Prozentsatz der Regelungen beider Entwürfe unterschied sich. Alle Fachleute waren sich einig, dass man diese Unterschiede in einem Konsultationsprozess werde begründen können. Doch zu einer echten Diskussion kam es erst gar nicht. Dem Vernehmen nach sollen Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften seinerzeit ihren Einfluss geltend gemacht haben, dass das Projekt nicht weitergeführt wird. Wenige Verbandsvertreter erreichten die Einstellung des Projekts. Wird

sich im Jahre 2008 diese Erfahrung wiederholen? Schon vor zehn Jahren, 1998, mit Beginn der rot-grünen Koalition, unternahmen wir einen erneuten Versuch. Die Friedrich-Ebert-Stiftung war daran unter dem Stichwort „New Deal im Arbeitsrecht“ beteiligt.<sup>7</sup> Doch Ergebnisse gab es erneut nicht. Erneut sollen die Gewerkschaften auf der Bremse gestanden haben. Aus meiner Sicht war das ein historischer Fehler.

Schon im Jahre 1990 war der Gesetzeszustand suboptimal. Das Reformvorhaben hatte seinerzeit viel mit einem rechtskulturellen Fortschritt zu tun. Im Jahre 2008 ist das Kodifikationsanliegen notwendig, weil Schaden vom Arbeits- und Sozialstandort Deutschland abgewendet werden soll. Die Gesetzgebungskrise des deutschen Arbeitsrechts offenbart sich seit Langem. Und sie wird immer greifbarer. Man nehme eine beliebige Gesetzesammlung zur Hand und versuche, aus ihr ein einigermaßen stimmiges Bild des deutschen Arbeitsrechts zu erlangen. Außer einem Arbeitsrechtsexperten wird hier jeder, auch ein gebildeter Jurist, scheitern.

Wenn das schon der Fall ist, was sollen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sagen? Jeder weiß, dass die Unübersichtlichkeit des Arbeitsrechts dem Mächtigeren in die Hand spielt. Ein Gesetz, das ein Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber vorhalten kann, oder mit dessen Hilfe sich auch Personalverantwortliche gegen-

<sup>3</sup> Preis, *Ist die Kodifikation des Arbeitsverhältnisrechts im Zuge der deutsch-deutschen und europäischen Rechtsangleichung erforderlich?* ZRP 1990, 311.

<sup>4</sup> Rolf Schwedes war Ministerialrat im Bundesministerium für Arbeit und Soziales, der weitgehend den Entwurf alleine gefertigt haben soll.

<sup>5</sup> Gutachten D auf dem 59. DJT 1992 in Hannover.

<sup>6</sup> Vgl. den Bericht und die Beschlussfassung über den 59. DJT 1992 in NZA 1992, 1070.

<sup>7</sup> Vgl. Preis, *Die Aktualität des Arbeitsvertragsgesetzes*, in Friedrich-Ebert-Stiftung (Hrsg.), „New Deal im Arbeitsrecht“, Gesprächskreis Arbeit und Soziales, Nr. 88, S. 73 ff.



über Vorgesetzten im Vorfeld eines Rechtsstreits durchsetzen könnten, hätte eine rechtsdurchsetzende und streitvermeidende Funktion. Die Verweigerung ist gerade aus Arbeitnehmersicht verantwortungslos.

### **III. Chancen für den Verbraucher (Studierende eingeschlossen)**

Wir Hochschullehrer spüren jeden Tag in der Lehre, wie komplex schon die Grundvorlesung ist. Am besten legt man das Gesetz weg. Im vergangenen Semester habe ich den Studierenden das Arbeitsrecht mithilfe unseres Gesetzentwurfes erläutert, weil aus dem gegenwärtigen Recht eine Systematik nicht herzuleiten ist. Das funktionierte besser. Der Gesetzentwurf ist gegliedert, wie man ein vernünftiges, überschaubares Lehrbuch schreiben sollte. Machen Sie doch einmal den Laientest und legen den Entwurf Nichtjuristen vor, die permanent mit dem Arbeitsrecht zu tun haben. Sie sind begeistert. Denn sie finden transparent Antwort auf Grundfragen, die der Rechtsunterworfenen heute deshalb nicht einmal im Ansatz beantworten kann, weil er die maßgeblichen Rechtssätze dazu nicht findet und nicht finden kann.

Wer sich Kenntnisse oder einen Überblick über das Arbeitsrecht durch die Lektüre von Gesetzen verschaffen will, der ist schlecht beraten. Man kann eine beliebige Gesetzessammlung zur Hand nehmen und versuchen, aus ihr ein einigermaßen stimmiges Bild des deutschen Arbeitsrechts zu erlangen. Außer einem Arbeitsrechtsexperten wird hier jeder, auch ein nicht spezialisierter Volljurist, scheitern. Manche Gesetzessammlungen beschränken sich daher von vornherein auf eine alphabetische Aneinanderreihung der Rechtsnormen (etwa KITTNER, Arbeits- und Sozialordnung, 33. Aufl., 2008), mit der Konsequenz, dass die Gesetzessammlung mit den arbeitsrechtlich weithin irrelevanten Materien Aktiengesetz, Altersteilzeitgesetz und Arbeitnehmererfindungsrecht beginnt. Die verbreitetste Gesetzessammlung mit systematischer Gliederung dürften die dtv-Arbeitsgesetze (71. Aufl., 2007) sein. In seiner Einführung schreibt RICHARDI auf Seite XIX: „Diese Textausgabe bezweckt, durch die systematische

Zusammenstellung maßgeblicher Arbeitsgesetze den roten Faden zu geben, der eine Orientierung im Labyrinth des Arbeitsrechts ermöglicht.“

Doch was dem Studierenden bei der Lektüre widerfährt, muss ihm undurchdringbar erscheinen. Nach dem Abdruck von Auszügen aus dem Grundgesetz (GG) und ganz rudimentären Vorschriften aus dem Recht der Europäischen Union (das heute das deutsche Arbeitsrecht schon stark dominiert) soll ausweislich der Gliederung in den dtv-Arbeitsgesetzen das „Arbeitsvertragsrecht“ dokumentiert sein. Dort findet sich zunächst ein Auszug aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB). Da das Arbeitsvertragsrecht seine Basis im Privatrecht hat, ist das sicher sinnvoll. Denn der Allgemeine Teil des BGB und das Recht der Schuldverhältnisse enthalten zahlreiche Normen, die für Arbeitsverträge relevant sind. Doch der Student, der hofft, etwas über die Rechtsstellung von Arbeitnehmer oder Arbeitgeber zu erfahren, stößt als Erstes auf die §§ 13 und 14 BGB. Dort sind bekanntlich der Verbraucher- und der Unternehmerbegriff des BGB geregelt. Schon hier wird er sich fragen, ob er sich nicht vielleicht beim Kauf vergriffen hat. Doch der Buchumschlag mit dem roten Titel „Arbeitsgesetze“ lässt den anfänglichen Zweifel wieder schwinden. Immerhin: Schon bald findet er § 113 BGB, der allerdings nichts Grundlegendes über das Arbeitsverhältnis, sondern lediglich eine Sonderregelung zur Geschäftsfähigkeit minderjähriger Arbeitnehmer (§ 113 BGB) enthält. Nach längerem Blättern stolpert man dann über § 310 Abs. 4 S. 2 BGB, in dem erstmals der Begriff des Arbeitsvertrages in der Gesetzessammlung auftaucht. Die Vorschrift versteht man aber erst wirklich nach einem soliden Rechtsstudium im Arbeitsrecht. Um sie anwenden zu können, muss man nämlich die „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten“ kennen. Doch wo finden sich diese? Wenn der Student nunmehr hofft, im Titel „Dienstvertrag“ bei § 611 BGB fündig zu werden, wird er überwiegend enttäuscht. Immerhin muss der Student schon den Schluss gezogen haben, dass der Dienstvertrag als Unterfall wohl auch den Arbeitsvertrag erfasst. Aber selbst

diese klugen Leser erfahren nichts über die Abgrenzung, wer denn nun Arbeitnehmer und wer „freier“ Dienstnehmer ist. Schon bei der groben Lektüre der Normen überrascht die erkennbar fehlende Systematik: In den §§ 611 bis 630 BGB ist willkürlich, ohne irgendein erkennbares Grundprinzip, einmal von dem Dienstgeber und Dienstnehmer und dann wieder von dem Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Rede. Ratlos und frustriert endet die Lektüre des BGB. Bis dahin hat man nicht ansatzweise einen plausiblen Überblick über die Grundsätze zu Abschluss, Inhalt, Beendigung und Haftung im Arbeitsverhältnis erlangen können.

Nachdem er den Abdruck der Art. 27, 30, 34 des Einführungsgesetzes zum BGB (EGBGB), der zentralen Vorschriften zum Internationalen (Arbeits-)Vertragsrecht, überblättert hat, stößt der Leser auf die Gewerbeordnung (GewO) vom 21.06.1869, neu bekannt gemacht allerdings am 22.02.1999. Vollkommen überraschend findet man nunmehr zum ersten Mal unter einem Gesetzestitel den Begriff „Arbeitnehmer“. Freilich sucht man nach einer Definition des Begriffs des Arbeitnehmers hier vergeblich. In § 105 GewO findet sich eine Norm, die dem Leser das Spannungsfeld von Vertragsfreiheit und Gesetzesbindung erläutert, ohne aber irgendeinen substanziellen Inhalt zu vermitteln. Dort heißt es: „Arbeitgeber und Arbeitnehmer können Abschluss, Inhalt und Form des Arbeitsvertrages frei vereinbaren, soweit nicht zwingende gesetzliche Vorschriften, Bestimmungen eines anwendbaren Tarifvertrages oder einer Betriebsvereinbarung entgegenstehen.“ Immerhin entdeckt der Student in der Gewerbeordnung, die systematisch zum Verwaltungsrecht gehört, eine Definition des Weisungsrechts des Arbeitgebers (§ 106 GewO), um dann in § 107 GewO die Banalität zu erfahren, dass das Arbeitsentgelt in Euro zu berechnen und auszuzahlen ist. Richtig überrascht ist er, dass neuerdings in der Gewerbeordnung abweichend von der Vorschrift des § 630 BGB der Rechtsanspruch auf ein qualifiziertes Zeugnis geregelt ist (§ 109 GewO). Nach diesem aufschlussreichen Blick in die Gewerbeordnung offeriert ihm die Gesetzessammlung das Handelsgesetzbuch (HGB) vom

10. Mai 1897. Hier findet er Regelungen über Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge. Der Leser ist erschrocken über die altertümliche Formulierung und fragt sich, ob im Zeitalter moderner Ausbildungsberufe tatsächlich noch ein Gesetz in Kraft ist, das von „Gehilfen und Lehrlingen“ handelt. Es erschließt sich nicht, ob diese Vorschriften tatsächlich für alle Arbeitsbeziehungen gelten können. In Fußnoten fällt ihm auf, dass teilweise Vorschriften für verfassungswidrig erklärt worden sind. Wenn der Student ganz klug ist, entdeckt er § 84 HGB zum Begriff des Handelsvertreters und erkennt, dass es selbstständige und unselbstständige Handelsvertreter gibt. Unvermittelt stellt er sich die Frage, ob denn diese Vorschrift auch etwas aussagt über die Fragestellung, ob ein Beschäftigter Arbeitnehmer ist oder nicht (siehe unter § 8). Nachdem er manches Gültiges und Veraltetes zu Wettbewerbsverboten und zu Provisionsregelungen gelesen hat, stößt er in der Gesetzessammlung nunmehr zur Neuzeit vor.

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) vom 14.8.2006, bereits geändert durch Gesetz vom 2.12.2006, will nach Ansicht des Gesetzgebers einen „in sich stimmigen“ Schutz vor Diskriminierungen verwirklichen (vgl. BT-Drs. 16/1780, 2). Es lässt sich trefflich darüber streiten, ob dem Gesetzgeber in Umsetzung der Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG, 2002/73/EG und 2004/113/EG dies gelungen ist. Wenn es ein gutes Gesetz wäre, dann hätte der Gesetzgeber es nicht schon wenige Monate nach seinem Inkrafttreten nachbessern müssen. Schließlich hat das Gesetz eine beispiellose Verunsicherung ausgelöst. Bis zum 31.12.2007, also ein gutes Jahr nach Inkrafttreten des Gesetzes, sind über 400 Aufsätze und Bücher zu dem AGG erschienen. Die praktische Bedeutung hält sich zwar noch in Grenzen. Aber das Gesetz als solches birgt erhebliche systematische Unklarheiten. Und die EU-Kommission hat der Bundesrepublik jetzt eine lange Rüge erteilt, sodass ein Vertragsverletzungsverfahren ante portas steht. Nach dem Paukenschlag des Diskriminierungsrechts findet der Student das Nachweisgesetz (NachwG), ebenfalls ein Gesetz, das auf der Umsetzung einer EG-Richtlinie beruht (91/533/EWG). Das

Gesetz ist eine *lex imperfecta*, die Stoff für spitzfindige juristische Fragen enthält, in der Sache aber eine bloße deklaratorische Formvorschrift für den Arbeitsvertrag darstellt. Unter der Ordnungsnummer 16 folgt ein Herzstück des Arbeitsvertragsrechts, das Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverhältnisse (TzBfG). Vom Grundprinzip der Vollzeitarbeit und dem Kündigungsschutz hat der Leser der Gesetzessammlung bis hierhin zwar noch nichts erfahren. Dafür folgen die Regelungen über befristete Arbeitsverträge in der Wissenschaft (WissZeitVG) und ein weiteres Sondergesetz über befristete Arbeitsverträge mit Ärzten in der Weiterbildung (ÄrzteBefrG). Unter Ordnungsnummer 17 folgt schon das Altersteilzeitgesetz (AltersteilzeitG), obwohl der Leser doch erst einmal etwas über sein Arbeitsleben, aber doch noch nicht über seinen Ruhestand erfahren wollte. Im Übrigen ist das Gesetz ein Sozialleistungsgesetz, sodass man sich fragt, weshalb es in der Gesetzessammlung unter Arbeitsvertragsrecht subsumiert wird. Die einzige individualarbeitsrechtliche Regelung befindet sich in § 8 AltersteilzeitG. Mehr zufällig erfährt der kundige Leser als Nächstes, dass er Entgeltansprüche auch an Feiertagen und im Krankheitsfall hat (EntgeltfortzahlungsgG) und einen zwingenden Mindesturlaubsanspruch nach dem Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) geltend machen kann (Ordnungsnummern 18 und 19).

Nach gut 120 Seiten verwirrender Gesetzeslektüre stößt unser Neuleser dann unter Ordnungsnummer 20 auf das Kündigungsschutzgesetz (KSchG). Obwohl er glaubt, etwas Zentrales entdeckt zu haben, wird er niemals die ganze Wahrheit über den Kündigungsschutz erfahren. Auch versierte Juristen schaffen es nicht, die allgemeinen Kündigungsnormen sowie den allgemeinen und den besonderen Kündigungsschutz in eine systematische Einheit zu bringen. Nirgends steht etwas über die Grundlagen des Kündigungsrechts. Stattdessen muss er sich in einem Wust allgemeiner arbeitsrechtlicher Prinzipien und zerstreuter Sondernormen zurechtfinden, was nur noch einem Spezialisten gelingt. Unter dem Stichwort des Kündigungsrechts sind mindes-

tens 27 Gesetze relevant. Und wenn man sich den Mechanismus des Geltungsbereichs des Gesetzes (§ 23 KSchG) und der Klagefrist (§ 4 KSchG) anschaut, dann kann man verzweifeln.

Nachdem der Nutzer dann (Ordnungsnummer 21) das Gesetz über den Schutz des Arbeitsplatzes bei Einberufung zum Wehrdienst (ArbPlSchG) zur Kenntnis genommen hat, das angesichts sinkender Zahlen Wehrpflichtiger wenig Relevanz hat, um unmittelbar danach (Ordnungsnummer 22) das Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (BetrAVG) zu sichten, stellt der Student fest, dass das von ihm seither Gelesene eine Systematik kaum erkennen lässt. Dass er dann nachfolgend unter der Ordnungsnummer 23 die Insolvenzordnung (InsO) – noch immer unter der Kopfzeile „Arbeitsvertragsrecht“ – findet, dürfte sowohl Arbeitgeber wie Arbeitnehmer mit Sorge erfüllen. Führt das Chaos des Arbeitsvertragsrechts in die Insolvenz, wird man sich besorgt fragen?

Unter III. behandelt die Gesetzessammlung Sonderformen des Arbeitsverhältnisses. Dort werden die wichtigen Normen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) und des Berufsbildungsgesetzes (BBiG) wiedergegeben. Freilich stellt sich der Leser die Frage, ob er nicht bis hierher nur von Sonderformen eines Arbeitsverhältnisses gelesen hat. Und wo findet man etwas über mittelbare Arbeitsverhältnisse oder Gruppenarbeitsverhältnisse? Oder über arbeitnehmerähnliche Personen, die erstmals in § 6 Abs. 1 Nr. 3 AGG Erwähnung gefunden haben? Nur das BBiG kann für sich in Anspruch nehmen, einigermaßen konsistent die Regelungen für diesen Bereich kodifiziert zu haben.

Es folgt unter IV der Gesetzessammlung ein auszugsweiser Abdruck aus dem Sozialgesetzbuch (SGB). In sozialrechtlichen Gesetzen finden sich – immer wieder tückisch versteckt – arbeitsrechtlich relevante Normen. Hier ist jeder Nichtspezialist zum Scheitern verurteilt. Man erfährt, dass die sog. „Ein-Euro-Jobber“ in keinem Arbeitsverhältnis stehen (§ 16 SGB II). Das SGB III

hat unter Umständen erhebliche Bedeutung für die Rechtsstellung des Arbeitnehmers bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses (vgl. § 2 Abs. 2, §§ 143 ff. SGB III). Im SGB IV muss man die berühmten Regelungen zum Beschäftigtenbegriff (§ 7 SGB IV) und zur geringfügigen Beschäftigung (§ 8 SGB IV) verstehen. Eine echte arbeitsrechtliche Regelung findet sich in § 45 SGB V. Im SGB VI gibt es nur scheinbare arbeitsrechtliche Regelungen. So ist nämlich das Grundproblem der Altersgrenzen durch § 41 SGB VI nicht gelöst. Immerhin findet der Nutzer dann in den §§ 104 ff. SGB VII Regelungen zur Haftungsbeschränkung bei Personenschäden. Dabei fällt dem kundigen Nutzer auf, dass er bislang nirgendwo etwas zu den Grundsätzen der Arbeitnehmerhaftung gefunden hat. Im Schwerbehindertenrecht findet der Leser dann die hoch praxisrelevanten Vorschriften zum Kündigungsschutz Schwerbehinderter (§§ 85 ff. SGB IX).

Die folgende Auflistung zum technischen und sozialen Arbeitsschutz erscheint unübersichtlich. Sie beginnt mit dem Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG), gefolgt von dem Arbeitssicherheitsgesetz (ASiG) und dem Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG). Insbesondere im ArbSchG sind wesentliche Nebenpflichten des Arbeitgebers geregelt, die die unzureichende Norm des § 618 BGB arbeitsrechtlich ausgestalten (hierzu unter § 36 II). Nach dem technischen Arbeitsschutz folgt der soziale Arbeitsschutz. Auch diese Aufteilung ist schwer erklärbar. Das Arbeitszeitgesetz (ArbZG) regelt die nicht vertragsdispositiven Grenzen höchstzulässiger Arbeitszeiten. Das Gesetz zum Schutz der erwerbstätigen Mutter (MuSchG) enthält ebenso wie das Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit (BEEG) aus familienpolitischen Gründen eine Mixtur von arbeitsrechtlichen, öffentlich-rechtlichen und sozialrechtlichen Normen, von denen im Arbeitsvertragsrecht insbesondere die Regelungen zum Sonderkündigungsschutz (§ 9 MuSchG, § 18 BEEG) und zur Teilzeitarbeit (§ 15 VII BEEG) relevant sind, die trotz vergleichbarer Lebenssachverhalte in Sondergesetzen geregelt sind. Mit dem Jugendarbeitsschutzgesetz (JArb-

SchG) und dem Heimarbeitsgesetz (HAG) endet der Bereich des sozialen Arbeitsschutzes. Vergleichsweise systematisch ist dagegen das Kollektivarbeitsrecht geregelt.

Das Arbeitsrecht ist und bleibt ein kunstvoll geordnetes Chaos. Der Heidelberger Rechtsgelehrte THIBAUT forderte aus diesem Grunde im Jahre 1814 die Kodifikation des Privatrechts mit den Worten: „So ist unser ganzes einheimisches Recht ein endloser Wust einander widerstrebender, vernichtender, buntschäckiger Bestimmungen, ganz dazu geartet, die Deutschen voneinander zu trennen, und den Richtern und Anwälten die gründliche Kenntniß des Rechts unmöglich zu machen“ (THIBAUT, Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, Heidelberg, 1814, S. 149).

#### **IV. Chancen für Arbeitgeber**

In einer komplexer werdenden Welt müssen klare Strukturen für das wirtschaftliche Handeln erkennbar werden. In einer Dienstleistungsgesellschaft ist das Recht der Beschäftigten zentral für das geordnete Wirtschaften. In beschäftigungspolitischer Hinsicht ist zu bedenken, dass ein überschaubares und kalkulierbares Recht Investitionsentscheidungen erleichtert. Die kalkulatorischen Kündigungskosten könnten verbessert werden durch eine Präzisierung des Kündigungsschutzrechts. Eine weiter gehende Deregulierung der befristeten Arbeitsverträge verhilft kaum zu mehr Erfolg. Vielmehr muss das Gesamtsystem rechts- und europarechtskonform fortgeschrieben werden. Die Flexibilität innerhalb des Arbeitsverhältnisses muss gestärkt werden. Ein anpassungsfreundliches Arbeitsrecht, das dem Grundsatz des schonendsten Interessenausgleichs gerecht wird, ist anzustreben. In einer Kodifikation lassen sich notwendige wesentliche Erleichterungen für Kleinunternehmen systematisch einordnen. Eine verständige Kodifikation lässt das Arbeitsrecht auch für Kleinunternehmen leichter handhabbar werden.

## V. Restatement als Chance?

Von verschiedenen Seiten kam der Vorschlag, die Kodifikation des Arbeitsvertragsrechts auf ein reines „restatement“ zu beschränken. Restatement soll heißen: Neuformulierung des geltenden Rechts. Das ist nicht wenig. Denn das geltende Recht für Arbeitgeber und Arbeitnehmer überhaupt erkennbar zu machen, wäre ein wesentlicher Fortschritt für beide Seiten.

Hiermit zu beginnen, wäre zweifellos der richtige Schritt, der schon schwer genug zu realisieren ist. Wir haben deshalb transparent zu machen versucht, welche Normen, die im Diskussionsentwurf (Stand: November 2007) enthalten sind, Abweichungen gegenüber dem geltenden Recht enthalten. Die im Entwurf enthaltenen Abweichungen sind Ergebnisse der zwischen den Verfassern geführten Diskussionen. Dabei wurde stets darauf geachtet, dass die Kompromisse sowohl für Arbeitgeber- wie Arbeitnehmerseite tragbar sind. Der vorliegende Entwurf enthält so wenige materielle Änderungen des geltenden Rechts, dass er schon einem „restatement“ nahe kommt. Es wäre jetzt an der Zeit, dass die Politik und die Verbände klar Stellung beziehen.

Natürlich kann man sich auch schon an der Neuformulierung des geltenden Rechts zerstreiten. Das gegenwärtige Arbeitsrecht ist an vielen Stellen nicht europarechtskonform. Ist jetzt die Formulierung eines europarechtskonformen Rechts noch „restatement“? Die Aufgabe der Rechtswissenschaft kann es nur sein, ein rechtssystematisch stimmiges, nachhaltiges Gesetzeswerk zu erstellen. Diese Aufgabe kann sich darauf reduzieren, das geltende Recht möglichst transparent wiederzugeben. Andererseits ist es ohne Weiteres möglich, rechtspolitisch neue Erkenntnisse in das Werk zu integrieren. Doch erscheint die Gefahr zu groß, das Vorhaben zu überfrachten und damit zu gefährden.

Die Verfasser des Entwurfs sehen sich der Anforderung aus Politik und Verbänden ausgesetzt, möglichst wenig am geltenden Recht zu ändern, um überhaupt eine Chance auf Verwirklichung zu haben. Die wenigen Reformelemente, die der Entwurf über die

formale Deregulierung hin zu einer verständlichen Kodifikation hinaus hat, werden nicht offen, aber doch unter der Hand angegriffen. Vor diesem Hintergrund ist es schon ein gewagtes Unterfangen, die Reformansätze des Entwurfs herauszustellen.

## VI. Noch ungenutzte Reformchancen

In den Entwurf sind deshalb einige aktuelle Themenstellungen nicht eingeflossen, für die die Verfasser des Entwurfs jedoch Lösungsvorschläge „in der Schublade“ haben (z. B. sog. „Praktikantenverträge“). Um den Entwurf nicht zu stark aufzublähen, haben wir das öffentlich-rechtliche Arbeitszeitrecht nicht integriert. Es gilt allerdings zu erwägen, ob dies nicht aus Gründen der Transparenz des gesamten Komplexes „Arbeitszeit“ sinnvoll wäre.

Insgesamt wird man darüber nachzudenken haben, ob der arbeitsrechtspolitische Weg der vergangenen Jahre, einerseits Sondergruppen stark zu schützen, andererseits an den Rändern zu flexibilisieren, richtig war. Schon im Ansatz werden bei dieser Form der Gesetzgebung Widersprüche und Zielkonflikte deutlich, die an zahlreichen Beispielen (z. B. Schutz älterer Arbeitnehmer im Kündigungsschutz einerseits, Herabsetzung des Schutzes im Befristungsrecht andererseits) verdeutlicht werden können. Zwei weitere Beispiele seien genannt:

Das Recht der Arbeitnehmerüberlassung wird zunehmend zur Vermeidung des Normalarbeitsverhältnisses genutzt. Soll die Arbeitnehmerüberlassung tatsächlich eine gleichwertige Alternative zum „Normalarbeitsverhältnis“ sein oder nicht doch nur ein Instrument zur Füllung temporärer Sonderbedarfe? Stellt sie eine gleichwertige Alternative dar, muss auch die Rechtsstellung der Leiharbeitnehmer dem allgemeinen Standard angeglichen sein. Ich bin entsetzt darüber, dass wirklich keine einzige Stellungnahme zu unserem Entwurf, der das geltende Recht weitgehend fortschreibt, zur Reform des Arbeitnehmerüberlassungsrechts erfolgt ist, obwohl die Missstände in diesem Bereich auf der Hand liegen. Hier befindet sich eine bislang ungenutzte Reformchance.

Dringend notwendig ist ein klares Konzept zur Umsetzung der Prinzipien des Gleichbehandlungsgrundsatzes und der Diskriminierungsverbote. Die gegenwärtige Rechtslage, die die Grundprinzipien nicht verständlich regelt, Diskriminierungsaspekte nur punktuell, unsystematisch und wenig abgestuft regelt, wird zu großen Problemen in der Rechtspraxis führen. Die EG-rechtswidrigen Zustände sind aufzulösen.

## **VII. Ein modernisiertes Arbeits- und Sozialrecht für eine alternde Gesellschaft**

Das Arbeits- und Sozialrecht muss sich der demografischen Entwicklung stellen. Denn es wird auf jüngere und ältere Arbeitnehmer gleichermaßen ankommen. Lange betrachtete jedoch vor allem das Arbeitsrecht ältere Arbeitnehmer als sozialpolitische Verschiebemasse und drängte sie aus dem Erwerbsleben.

Die Verteuerung der Arbeitsleistung älterer Arbeitnehmer einerseits und der ökonomische Druck auf Personalverantwortliche andererseits, möglichst die gleiche Leistung zu günstigeren Konditionen zu erlangen, stellen die wesentlichen Gründe für kontraproduktive Effekte in Bezug auf ältere Beschäftigte dar. Diese Effekte richten sich aber nicht nur gegen ältere Arbeitnehmer im bestehenden Arbeitsverhältnis, sondern auch gegen ältere Beschäftigungslose. Die Kumulation von Betriebszugehörigkeitsregeln, Verdienstsicherungsklauseln, verringerter Arbeitszeit bei Erreichen eines bestimmten Alters, erhöhten Urlaubsansprüchen, längeren Kündigungsfristen sowie – last but not least – dem Ausschluss der ordentlichen Kündigung sorgen für Einstellungshemmnisse für Arbeitnehmer, die das 40. Lebensjahr überschritten haben. Denn die Angst vor ihrer praktischen „Unkündbarkeit“ und höherer Kostenbelastung ist groß. Das Befristungsrecht, das über eine Liberalisierung diesen Effekt kompensieren wollte, konnte dieses Ziel nicht erreichen. Die Philosophie, eine bestandsschutzrechtliche Entrechtung älterer Arbeitnehmer wirke sich zu deren Gunsten aus, ist nicht aufgegangen. Insgesamt werden damit Ältere als Gruppe auf dem deutschen Arbeits-

markt benachteiligt. Diese insgesamt kontraproduktiven Beschäftigungseffekte pauschaler begünstigender Senioritätsregeln sind in Deutschland lange verkannt worden.

Das Verbot der Altersdiskriminierung bietet allen Beteiligten etwas: älteren und jüngeren Arbeitnehmern, aber auch Arbeitgebern. Deshalb sollte es als Chance begriffen werden, die kontraproduktiven Beschäftigungseffekte zulasten älterer Menschen zu therapieren und sklerotische Normsetzung aufzubrechen. Mithilfe des aus ihm resultierenden grundsätzlich altersneutralen Ansatzes lassen sich Widersprüchlichkeiten beseitigen, die vor allem das Arbeitsrecht wie ein roter Faden durchziehen. Die Verbesserung der Beschäftigungschancen und der Rechtsstellung älterer Beschäftigter beruht auf drei Säulen: Diskriminierungsfreiheit, Liberalität und sozialer Ausgleich. Das Sozialversicherungssystem darf nicht als Legitimation zur Diskriminierung und Ausgrenzung älterer Beschäftigter aus dem Erwerbsprozess dienen.

Deshalb erwähne ich hier einige rechtspolitische Forderungen, die zum Teil auch in dem Gesetzentwurf umgesetzt sind, die aber verdeutlichen, dass es sich lohnt, jetzt schnellstmöglich in den Diskussionsprozess einzusteigen:

Das Axiom, mit Erreichen der Regelaltersgrenze der gesetzlichen Rentenversicherung müsse „Schluss“ sein, ist aufzugeben. Daher sollten jegliche absolute Altersgrenzen für die Aufnahme von Beschäftigung und den Ausstieg aus dem Berufsleben entfallen. Die aus demografischer Sicht notwendige längere Lebensarbeitszeit kann durch eine nicht diskriminierende Altersgrenzenregelung flankiert werden, die den Arbeitnehmern, die weiterarbeiten wollen, auch die Weiterarbeit ermöglicht.

Die Unzulässigkeit von Altersgrenzen muss zu einer behutsamen Anpassung der Regelungen zum Kündigungsschutz führen. Schonend erfolgt dies durch eine Umkehr der Beweislast: Der Arbeit-



nehmer kann grundsätzlich die Weiterbeschäftigung über das gesetzliche Rentenalter hinaus verlangen, der Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung indes aus Leistungsgründen oder zur Erhaltung einer ausgewogenen Altersstruktur ablehnen.

Das Lebensalter sollte kein gesetzliches Kriterium der Sozialauswahl bei betriebsbedingten Kündigungen (§ 1 Abs. 3 S. 1 KSchG) sein. Es genügt, die Betriebs- bzw. Unternehmenszugehörigkeit (Anciennitätsprinzip) zu berücksichtigen, um den legitimen Schutz älterer Beschäftigter zu sichern. Des Weiteren darf das Kriterium der Rentenberechtigung oder Rentennähe nicht mehr berücksichtigt werden. In Ansehung der gegenwärtigen und langfristigen künftigen Rentenleistungen ist die Annahme, der Arbeitnehmer sei „abgesichert“ und benötige keine weitere Erwerbsarbeit, pure Fiktion. Schließlich kann § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG als im Ergebnis nicht altersdiskriminierende Ausnahmeregelung beibehalten werden. Insbesondere die altersgruppenbezogene Sozialauswahl begegnet aus altersdiskriminierungsrechtlichen Aspekten keinen durchgreifenden Bedenken.

Im Übrigen, das betrifft nur zum Teil das Projekt des Arbeitsvertragsgesetzes: Bei der Bemessung der Abfindung darf das Kriterium der Rentenberechtigung oder Rentennähe aus rechtlichen und systematischen Gründen keine Rolle mehr spielen. Die Argumentation ist dieselbe wie i. R. d. Sozialauswahl bei betriebsbedingten Kündigungen. Erworbene Besitzstände sind bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses abzugelten. Die sog. Überbrückungsfunktion von Abfindungen ist abzulehnen, da sie auf dem unzutreffenden Axiom der Absicherung durch eine gesetzliche Alterssicherung beruht. Im Gegenteil: Mit Abfindungen wird entweder der Besitzstand abgegolten oder eine Genugtuungsfunktion (im Falle unwirksamer Kündigung) verfolgt. In beiden Fällen ist es sinnvoll, Abfindungen für die Alterssicherung zu verwenden. Der Staat sollte die Verwendung für die Alterssicherung in geeigneter Weise durch steuerliche Maßnahmen fördern.

Durch ein überschaubar reguliertes, Binnenflexibilität ermöglichendes und Altersdifferenzierungen vermeidendes Arbeitsvertragsrecht mit einem verständigen Mix von (verlängerter) Probezeit, abgewogenen Befristungsregeln, fairen Kündigungs- und Abfindungsregeln sowie einer hinreichenden Binnenbeweglichkeit wird insgesamt viel für die Beschäftigungssicherheit erreicht. Widersprüchliche Regelungen, ältere Arbeitnehmer durch das Angebot prekärer sachgrundloser Zeitarbeit (z. B. § 14 Abs. 3 TzBfG) wieder in Beschäftigung zu bringen, sind dann obsolet. Wenn man die sachgrundlose Befristung für ein beschäftigungsförderndes Instrument hält, ist es inkonsequent, dieses nur am Merkmal Alter festzumachen. Am besten entfällt der § 14 Abs. 3 TzBfG.

Die Regelungen zur Prävention und zum Eingliederungsmanagement (insbesondere § 84 SGB IX) sind gut gedacht, aber schlecht gemacht. Dadurch erreichen sie ihr Ziel nicht. In der Sache geht es darum, zur Vermeidung krankheitsbedingter Kündigungen bei krankheitsanfälligen Arbeitnehmern präventiv personalpolitische Maßnahmen einzuleiten und ggf. das Angebot zur Hilfe zur Obliegenheit des Arbeitgebers vor Ausspruch einer Kündigung zu machen. Das entspricht im Kern der Rechtsprechung und könnte präzise an richtiger Stelle geregelt werden. Zu erwägen ist auch, die in § 74 SGB V nur sehr rudimentär ausgestaltete stufenweise Wiedereingliederung in einen Rechtsanspruch auf Wiedereingliederung zu verstärken.

Qualifizierung und Weiterbildung sind Aufgabe aller Beteiligten. Auch Betriebsräte haben Möglichkeiten, innerbetriebliche Initiativen zu starten. Durch arbeitsrechtliche Maßnahmen können Rechte und Pflichten zur Weiterbildung flankiert werden. Auch könnte die innerbetriebliche Weiterbildung gefördert werden. Das deutsche Individualarbeitsrecht enthält seit Langem auch einen bestandsschutzrechtlichen Ansatz, die Qualifizierung zu fördern. § 1 Abs. 2 S. 3 KSchG erkennt die vorrangige Pflicht zur



Umschulung und Fortbildung des Arbeitnehmers an, um dessen Weiterbeschäftigung zu ermöglichen. Die Rechtsprechung könnte dieses Instrument schärfen.

### VIII. Chancen zur Bekämpfung prekärer Beschäftigungsbedingungen; Flexicurity-Debatte

Im Rahmen ihres letzten Flexicurity-Papiers<sup>8</sup> hat die EU-Kommission eine bestechende, richtige und ausgewogene Philosophie vorgestellt. Sie will den unbefristeten Normalarbeitsvertrag dadurch stärken, dass sie dessen Flexibilisierung empfiehlt. Andererseits soll die rechtliche Situation von Arbeitskräften mit befristeten Verträgen, Leiharbeitsverhältnissen, Abrufverträgen u. a. verbessert werden.

Die Kommission trifft in der Tat das sich auch in Deutschland zuspitzende Hauptproblem des Arbeitsmarktes. Das Normalarbeitsverhältnis wird wegen seines vermeintlich hohen Standards vermieden. Dagegen werden sog. atypische Vertragsverhältnisse mit geringerem Bestandsschutz stärker genutzt. Die Zusammenschau der nachfolgenden Zahlenreihen verdeutlicht für Deutschland den seit Jahren gleichförmigen Trend.

	Sozialversicherungspflichtig Beschäftigte (in Tsd.)	Ausschließlich geringfügig Beschäftigte (in Tsd.)	Sozialversicherungspflichtig Teilzeitbeschäftigte (in Tsd.)	Arbeitnehmerüberlassung (in Tsd.)
1991	30.005	~ 2.300	2.658	131
1992	29.325	~ 2.500	-	128
1993	28.596	~ 2.700	-	114
1994	28.238	~ 2.900	-	134
1995	28.118	~ 3.000	-	165
1996	27.739	~ 3.200	3.582	175
1997	27.280	~ 3.300	3.641	200
1998	27.208	~ 3.700	3.826	245
1999	27.483	~ 3.900	3.773	275
2000	27.826	4.052	3.938	328
2001	27.817	4.132	4.122	341
2002	27.571	4.169	4.254	318
2003	26.955	4.375	4.282	330
2004	26.524	4.803	4.305	385
2005	26.178	4.747	4.364	443
2006	26.354	4.854	4.509	513
2007	26.857	~ 4.900		

<sup>8</sup> Flexicurity-Papier vom 27.06.2007, Mitteilung der Kommission KOM 2007/359 endgültig.

	Unbefristete Beschäftigung (in Tsd.)	Befristete Beschäftigung (in Tsd.)	Selbständig Erwerbstätige ohne eigene Beschäftigte (in Tsd.)
1991	29.545	3.674	1.383
1992	28.951	3.735	1.377
1993	28.644	3.590	1.409
1994	28.354	3.537	1.442
1995	28.147	3.641	1.513
1996	28.088	3.813	1.640
1997	27.679	3.934	1.752
1998	27.580	4.057	1.788
1999	27.791	4.431	1.782
2000	27.997	4.368	1.842
2001	28.309	4.307	1.818
2002	28.288	4.107	1.856
2003	27.797	4.133	1.957
2004	27.259	4.060	2.071
2005	27.343	4.670	2.294

Quellen: Bundesagentur für Arbeit, IAB, Statistisches Bundesamt, BMAS, eigene Berechnungen.

In Deutschland sind zunehmend Missbräuche im Bereich der grenzwertigen Verhältnisse der Selbstständigkeit mit wirtschaftlicher Abhängigkeit festzustellen. Diese Beobachtung wird gestützt durch die in der Statistik ablesbare annähernde Verdoppelung der Ein-Personen-Unternehmen, die keine Mitarbeiter beschäftigen. Signifikant in Deutschland ist die Abnahme sozialversicherungspflichtiger Beschäftigung bei gleichzeitigem Anstieg der nicht sozialversicherungspflichtigen geringfügigen Beschäftigung. Über die gesamte Zeitreihe lässt sich darstellen, dass nahezu proportional mit dem Anstieg der geringfügigen Beschäftigung die sozialversicherungspflichtige Beschäftigung abgenommen hat. Genauso verhält es sich mit der Relation von unbefristeten und befristeten Beschäftigungsverhältnissen. Die Abnahme der unbefristeten Beschäftigungsverhältnisse wird durch den kontinuierlichen Anstieg der befristeten Beschäftigungsverhältnisse seit 1991 (bis auf einen Rest von ca. 1 Mio. Beschäftigten) kompensiert. Im Bereich des besonders stark geschützten Normalarbeitsverhältnisses des öffentlichen Dienstes greift die Ausweitung des Befristungsrechts um sich. Die Befristungsquote im öffentlichen Dienst (ca. 9–10%) liegt nach Untersuchungen fast doppelt so hoch wie die Befristungsquote in der Industrie (ca. 5%).<sup>9</sup> Die erleichterten Befristungsregeln des öffentlichen Dienstes (§ 14 Abs. 1 Nr. 7 TzBfG; HRG/WissZeitVG; großzügige Rechtsprechung des BAG im Schulbereich) sind die Gegenreaktion auf die praktisch unkündbaren unbefristeten Arbeitsverhältnisse im öffentlichen Dienst und werden mithin verstärkt genutzt. Es bietet sich also die simple Formel an, dass der Erfolg der befristeten und geringfügigen Beschäftigungsverhältnisse erkaufte worden ist mit der Abnahme der unbefristeten und sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung. Das Ganze wird garniert um die Zunahme der Arbeitnehmerüberlassung, die typischerweise befristet erfolgt und als Drittbeziehung das reguläre unbefristete Beschäftigungsverhältnis aushöhlt.

<sup>9</sup> Giesecke/Groß, *Befristete Beschäftigung in Europa (Präsentation)*, Quelle: [http://www.dgb.de/themen/arbeitsrecht/materialien/praesentation\\_giesecke.pdf](http://www.dgb.de/themen/arbeitsrecht/materialien/praesentation_giesecke.pdf).

Richtig und ausgewogen erkennt die Kommission, dass die Veränderung des Kündigungsschutzes nicht die Beschäftigungsprobleme einer Volkswirtschaft löst. So zeigten entsprechende Analysen, dass strenge Beschäftigungsschutzvorschriften auf die Gesamtarbeitslosigkeit zwar nur begrenzte Auswirkungen haben, sie aber gerade für die Gruppen abträglich sein können, die beim Eintritt in den Arbeitsmarkt am ehesten mit Schwierigkeiten zu kämpfen haben, wie junge Menschen, Frauen, ältere Arbeitnehmer und Langzeitarbeitslose.<sup>10</sup> Für Deutschland muss man als besonders exemplarisch die Beschäftigungssituation von Schwerbehinderten zugrunde legen. Die massiven Schutzvorschriften und der besonders starke Kündigungsschutz führen zu Vermeidungsstrategien, einer kontinuierlich sinkenden Beschäftigungsquote seit 1982 und einer katastrophal niedrigen Neueinstellungsquote.<sup>11</sup>

Man muss mithin schon ignorant sein, wenn man den Reformbedarf im deutschen Arbeits- und Sozialsystem bestritte. Schon in der Ära Kohl, verstärkt in der Ära Schröder und Clement, ist man den Weg gegangen, atypische Beschäftigungsverhältnisse zu fördern: Es „boomen“ die geringfügige Beschäftigung, die Teilzeitbeschäftigung, die Arbeitnehmerüberlassung, mit Einschränkungen die befristete Beschäftigung, zum Teil irreguläre Praktikanten- und Volontärsverhältnisse sowie die Ein-Personen-Selbstständigkeit.

Zutreffend beschreibt die Kommission: *„Wegen der Versuche, die Arbeitsmarktflexibilität zu fördern, haben sich befristete Verträge, Abrufverträge, Leiharbeitsverträge usw. stark entwickelt. Häufig werden Arbeitskräfte für lange Zeit wiederholt mit befristeten Verträgen eingestellt, bevor sie einen unbefristeten Vertrag erhalten. Diese Verträge wirken eher als Fallen denn als Aufstiegsmöglichkeiten. In diesen Ländern hängt Sicherheit eher vom Beschäftigungsschutz ab als von Sozialleistungen.“*

Betrachtet man die Lösungsansätze der Kommission, kommt man nicht umhin festzustellen, dass der Finger auch in die Wunde des deutschen Arbeitsvertragsrechts gelegt wurde. Die Politik verkauft den Anstieg befristeter Arbeitsverhältnisse, von Leiharbeitsverhältnissen und geringfügiger Beschäftigung als Aufschwung im Arbeitsmarkt und ignoriert gleichzeitig, dass die unbefristete reguläre Beschäftigung im Normalarbeitsverhältnis über Jahre kontinuierlich zurückgegangen ist.

Ein Arbeitsvertragsgesetz, das auf diese Fragen Antworten gibt, könnte auch ein Leuchtturmprojekt in Europa sein. Dem Entwurf ist die Grundentscheidung immanent, die notwendige soziale Absicherung nicht ausschließlich über das Arbeitsverhältnis erreichen zu wollen. Die Verfasser sehen diese Aufgabe primär im Sozialrecht und Sozialversicherungsrecht. Vor diesem Hintergrund wird auch eine traditionelle Vertragstypenabgrenzung vorgenommen. Das Arbeitsvertragsrecht soll nur für das weisungsgebundene Arbeitsverhältnis gelten. Nur ganz behutsam werden auf arbeitnehmerähnliche Personen – getreu dem bisherigen Konzept – Arbeitnehmerschutzvorschriften angewandt (vgl. § 1–3 DE-ArbVG). Wo dies möglich ist, folgt der Entwurf durchaus der Philosophie, dass die Qualifizierung der Beschäftigten, die Weiterbildung und das Erfordernis des lebenslangen Lernens eine ganz wesentliche Voraussetzung für die Erhaltung der Beschäftigungsfähigkeit sind. Dies zeigt sich in der Definition der geschuldeten Arbeitsleistung (§ 27 Abs. 3 DE-ArbVG), dem Versuch, die Weiterbildung des Arbeitnehmers zur Pflicht zu machen, angemessene Unterstützungsmaßnahmen des Arbeitgebers zu kodifizieren (§ 72 DE-ArbVG) sowie die betriebs- oder personenbedingte Kündigung dann für unwirksam zu erklären,

<sup>10</sup> Ebenso schon die Analyse von Jahn, *Zur ökonomischen Theorie des Kündigungsschutzes*, 2002.

<sup>11</sup> Vgl. *Behindertenbericht der Bundesregierung, BT-Drucks. 15/1295, S. 22 und 33. Zuletzt zur Arbeitsmarktlage der Behinderten Bundesarbeitsgemeinschaft der Integrationsämter und Hauptfürsorgestellen ZB/Info Dezember 2006.*

wenn der Arbeitnehmer nach Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen auf demselben oder einem anderen Arbeitsplatz, gegebenenfalls zu veränderten Arbeitsbedingungen, weiterbeschäftigt werden kann (§ 116 Abs. 4 DE-ArbVG). Der Entwurf ermöglicht ferner, das Normalarbeitsverhältnis in der Binnenbeweglichkeit zu fördern, indem erstmals die Vorschriften über die Änderung der Arbeitsbedingungen zusammengefasst und erleichtert werden, ohne das gewünschte unbefristete Arbeitsverhältnis zu gefährden. Dabei wird die Veränderungsbreite auf ein soziales Maß begrenzt. Besonders heikel ist das Ziel, das Recht der Entlassungen bei betriebsbedingten Kündigungen transparenter und zuverlässiger zu gestalten. Auch hier geht der Entwurf erste vorsichtige Schritte, ohne das traditionelle Kündigungsschutzsystem aufzugeben. Jedes Tasten am Kündigungsschutz ist in Deutschland bislang der Sargnagel für jegliche Reformdiskussion, sodass sich der Entwurf hier verständlicherweise zurückhält. In einem Konsultationsprozess ergäben sich aber unter Umständen unter Einbeziehung der Sozialpartner doch vernünftige Lösungen, die im Ergebnis sowohl Unternehmer als auch Arbeitnehmer besser stellen könnten. Möglicherweise ist die Eröffnung einer vertraglichen Abfindungsoption bei Fortbestehen des generellen Bestandsschutzsystems des deutschen Rechts eine Möglichkeit. Brisant ist die Frage der Segmentierung der Arbeitsmärkte im Bereich der befristeten Beschäftigung, der Arbeitnehmerüberlassung und der Sondergruppen im Arbeitsverhältnis, insbesondere von schwerbehinderten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern. Notwendig sind vernünftige Regelungen zu befristeten Arbeitsverträgen, die die Aufnahme der Beschäftigung erleichtern, aber das unbefristete Arbeitsverhältnis nicht aushöhlen. Das Arbeitnehmerüberlassungsrecht ist nur dann eine adäquate Alternative zum unbefristeten Normalarbeitsverhältnis, wenn die Arbeitnehmerüberlassung in etwa den gleichen Sozialschutz wie das unbefristete Arbeitsverhältnis bietet. Hinsichtlich des äußerst restriktiven Arbeitsrechts zugunsten von schwerbehinderten Menschen muss sich die Bundesrepublik nochmals nachhaltig die Frage stellen, ob ein solch

hoch komplexer Sozialschutz zugunsten schwerbehinderter Arbeitnehmer nicht im Ergebnis zu einer kontraproduktiven Segmentierung führt. Die Alternative wäre aus meiner Sicht, den repressiven kostenintensiven Schutz abzubauen, es allerdings bei der Pflichtplatzquote zu lassen und sich auf die Förderung der benachteiligten Beschäftigten durch den Staat und die diese Gruppe beschäftigende Arbeitgeber zu beschränken.

### **IX. Fazit**

Was erhoffe ich von dieser Tagung? Dass die Friedrich-Ebert-Stiftung mithilft, erstaunliche arbeitsrechtliche Scheuklappen herunterzureißen, um einen an der Sache und an den Menschen orientierten Dialog über ein wichtiges Vorhaben zu führen.

## I. Nachfragen im Anschluss an die Einführung (Düwell) und den Vortrag des Entwurfverfassers (Preis)

---

Im Anschluss an seinen Vortrag über den von ihm und Henssler ausgearbeiteten Entwurf wurde Preis darauf hingewiesen, dass nach Pressemeldungen noch ein anderer Entwurf zum Arbeitsvertragsgesetz in Arbeit sei. Dieser andere Entwurf sei ein abgespeckter, schlanker „restatement“-Entwurf. Der Fragesteller wollte von Preis wissen, wie er zu dem anderen Entwurf stehe, da er gesagt habe, es könne nicht Sache deutscher Professoren sein, nur einen „restatement“-Entwurf zu liefern.

Preis antwortete, er kenne keinen anderen Entwurf. Henssler und er sähen in ihrem eigenen Entwurf schon überwiegend ein „restatement“. Auf Anregung der Bertelsmann-Stiftung hätten sie im letzten Entwurf deutlich machen sollen, wo Abweichungen zum geltenden Recht gegeben seien. Eine Übersicht über die Abweichungen finde sich in der NZA. Er, Preis, halte eine solche Auflistung allein schon wegen der Vollständigkeit für problematisch. Außerdem sei zu berücksichtigen, dass bei einer Neuformulierung immer Abweichungen entstünden. Anschließend unterstrich er erneut, nichts von einem anderen Entwurf zu wissen. Hinsichtlich seines eigenen seien die Sozialpartner dazu aufgerufen, ihre Kritik zu äußern. Henssler und er seien dann bereit, eine Klärung herbeizuführen: „Lieber den einen oder anderen Punkt herausnehmen und hin zu noch mehr ‚restatement‘ als Angriffsflächen zu bieten.“

Das Publikum äußerte, im Entwurf sei weitaus mehr geändert worden, als kursiv hervorgehoben worden sei. Es handele sich also nicht um einen, wie von Preis dargestellten, überwiegenden „restatement“-Entwurf. Es bleibe auch zu bezweifeln, dass der Entwurf zweier Hochschullehrer, für den ein bei der Bertels-

mann-Stiftung tätiger Volkswirt werbe, zum Gesetz werde: „So werden in Deutschland keine Gesetze gemacht.“ Der Entwurf sei nicht so weit vorgedrungen, wie Preis es glauben machen wolle; ihm fehle die politische Unterstützung. Alle vorherigen Entwürfe hinsichtlich einer Kodifikation seien zwar politisch gescheitert, aber zumindest seien sie zunächst politisch gefördert worden. Der Entwurf von Preis und Henssler sei momentan Gegenstand von juristischen Diskussionsrunden. Die eigentliche Klippe bestehe aber nicht in diesem oder einem anderen Diskussionskreis, sondern darin, die politischen Kräfte von der Notwendigkeit einer Kodifikation zu überzeugen. Um dies zu erreichen, müsse man davon überzeugen, dass bereits das bloße Schaffen einer Rechtssicherheit ein Mehrwert sei.

# Der kündigungsrechtliche Bestandsschutz im Entwurf des Arbeitsvertragsgesetzes

*Christoph Schmitz-Scholemann,  
Richter am Bundesarbeitsgericht*

Für die Gelegenheit, hier sprechen zu dürfen, bedanke ich mich. Ebenso bedanke ich mich im Voraus dafür, dass Sie mir die Unhöflichkeit nachsehen, ohne alle Komplimente für die versammelten Personen, ferner auch ohne Lob von Ort und Anlass gleich zur Sache zu kommen.

## **Vorbemerkung**

Eine Vorbemerkung muss ich machen: Ich bin hier nicht als Botschafter des Zweiten Senats des Bundesarbeitsgerichts und auch nicht als Geschäftsführer irgendeiner noch so verdienstvollen Filiale des Weltgeistes. Ich spreche als Arbeitsrichter mit fast drei Jahrzehnten Erfahrung. Im Übrigen vertrete ich nur mich selbst und sage, was ich denke, was mir an dem Gesetzentwurf gefällt und was mich stört, und zwar so treffend und so klar, wie ich kann.

## **Standort der Regelungen**

Der Diskussionsentwurf von Preis und Henssler regelt das Kündigungsrecht im fünften Abschnitt, der sich mit der Beendigung und dem Übergang des Arbeitsverhältnisses befasst. In den §§ 108–127 ist im Wesentlichen das materielle Kündigungsrecht geregelt. Die damit zusammenhängenden prozessrechtlichen Vorschriften finden wir in §§ 135–139 a. Weitere das Kündigungsrecht beeinflussende Normen enthalten § 134 „Aufhebungsvertrag“, § 140 „Unternehmensübergang“ und die der „Abwicklung des Arbeitsverhältnisses“ gewidmeten §§ 141–145. Beträchtliche Auswirkungen muss man auch einigen anderen Vorschriften zu-

messen, die nicht im Abschnitt „Beendigung ... des Arbeitsverhältnisses“ stehen. Ich nenne jetzt nur die §§ 96 und 97 zur Änderung der Arbeitsbedingungen einschließlich Änderungskündigung und, sehr wichtig, die Regelungen des Beschäftigungsanspruchs in § 26 Abs. 2 und des Annahmeverzugs in § 57. Ich komme darauf zurück.

## **Unbedenkliche Regelungen**

Das materielle Kündigungsrecht in den §§ 108 ff. enthält keine besonderen Überraschungen, aber doch die eine oder andere Korrektur. Dass die Kündigungsfristen sich altersunabhängig verlängern (§ 111), dass die Kündigungserklärungsfrist bei außerordentlichen Kündigungen nur noch bei verhaltensbedingten Gründen gelten soll, dass für die Dauer der Wartezeit mehrere Möglichkeiten angeboten werden (§ 115 Abs. 1), dass Unterbrechungen bis zu zwei Monaten für die Erfüllung der Wartezeit in der Regel unschädlich sein sollen, dass verschiedene sogenannte gesicherte Erkenntnisse der Rechtsprechung, wie etwa die durchgängige Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und einiger seiner Ausprägungen, kodifiziert und teilweise wohl auch etwas modifiziert werden sollen (§ 116), dass Schwerbehinderung und Alter aus dem Kreis der Sozialdaten gestrichen werden sollen (§ 117 Abs. 1), dass das Recht der Massenentlassung auf eine kohärente europarechtlich einwandfreie Grundlage gestellt wird (§ 124–§ 126), sind Neuerungen, die jedenfalls im Prinzip nachvollziehbar sind, aber das Gesamtsystem des Kündigungsrechts nur wenig verändern. Man kann auch nicht behaupten, die vorgeschlagenen Korrekturen gingen einseitig zulasten der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer. Auch die Nichterwähnung des Sonderkündigungsschutzes für Mandatsträger (bisher § 15 KSchG) in den Vorschriften über die Kündigung soll erklärtermaßen nicht diesen Kündigungsschutz beseitigen, sondern ist Ausfluss der Überlegung, die Materie im Betriebsverfassungsgesetz regeln zu wollen. Ob das eine glückliche Idee ist, will ich ebenso wenig vertieft betrachten wie die Frage, ob die Verlängerung der Klagefrist auf einen Monat mit der Möglichkeit, die Frist



einvernehmlich auf bis zu sechs Monate auszuweiten, einen Fortschritt bedeutet. Tiefgreifende Änderungen oder Systemwechsel sind mit all dem nicht verbunden und waren ja auch nicht das Ziel des Entwurfs. Ich habe den Eindruck, die Absicht bestand darin, das Kündigungsrecht bequemer, übersichtlicher, variabler und zugleich sicherer für die Rechtsanwender zu gestalten. Was davon Schnickschnack ist und was sich durchsetzt, kann sich wahrscheinlich nur im Alltagsgebrauch erweisen, wie bei neu entwickelten Autos. Ich will dem nicht weiter nachgehen, sondern stattdessen Ihr Augenmerk hauptsächlich auf zwei von mir als Grundideen des entworfenen Kündigungsrechts angesehene Vorschläge lenken und, wenn am Schluss noch etwas Zeit ist, auf einige Einzelprobleme hinweisen.

### **Bestandsschutz und Abfindungspraxis**

Ein großes Verdienst des Entwurfs liegt in meinen Augen darin, gewissermaßen den Finger auf eine seit Langem offene Wunde des deutschen Kündigungsrechts gelegt zu haben, nämlich auf das Spannungsfeld zwischen dem de jure bestehenden Bestandsschutz und der de facto herrschenden Abfindungspraxis. Jeder hier im Raum weiß, worum es dabei geht: Das geltende Recht sagt, dass der Arbeitsvertrag, der ohne gesetzlichen Grund gekündigt worden ist, fortbesteht, und zwar mit allen Rechten und Pflichten. Der Arbeitnehmer muss zurück in den Betrieb und dort arbeiten, der Arbeitgeber muss Lohn zahlen. Wenn sich erst am Ende eines langen Prozesses herausstellt, dass die Kündigung unwirksam war, muss der Arbeitgeber unter Umständen beträchtliche Lohnnachzahlungen leisten, ohne die Arbeit nachfordern zu können, deren Annahme er zuvor abgelehnt hat. Das ist die gesetzliche Lage, deren schöne dogmatische Strenge die real existierenden Arbeitnehmerinnen und Arbeitgeber so wenig fasziniert, dass sie, nämlich die Rechtslage, in der Praxis im Wesentlichen als Drohkulisse in Güteverhandlungen funktioniert. Da die wenigsten gekündigten Arbeitnehmer in den Betrieb zurückwollen und die meisten Arbeitgeber das Risiko des Annahmeverzugs fürchten, einigt man sich auf die Beendigung des allseits lästig gewordenen Arbeitsverhältnisses und eine Abfindung.

Dieses Auseinanderklaffen von Rechtslage und Praxis wird vielfach beklagt. Wenn man es ändern will, könnte man zum Beispiel die Anforderungen an die Auflösungsgründe in § 9 KSchG drastisch senken, indem man die Auflösung gegen Abfindung zum Regelfall machen würde und nur missbräuchliche Auflösungsanträge ausschloße. Eine solche Abfindungslösung muss meiner Meinung nach nicht weniger Arbeitnehmerschutz bedeuten, vor allem hätte der Gesetzgeber es in der Hand, die Abfindungshöhe so festzusetzen, dass sie eine prohibitive Wirkung gegen unberechtigte Kündigungen entfalten könnte.

### **Der Mittelweg des Entwurfs**

Der Entwurf des Arbeitsvertragsgesetzbuches hat, wie gesagt, das Verdienst, diese große Systemfrage des Kündigungsrechts aufzugreifen. Gleichzeitig hat er leider den Nachteil, die Frage weder klar noch ausgewogen zu lösen. Er versucht, einen Mittelweg zu beschreiten, und ich glaube, dass dieser Weg nicht gangbar ist. Der Entwurf setzt, was zweifellos eine gewisse Logik hat, beim Annahmeverzug und ein wenig beim Beschäftigungsanspruch an. Bei Letzterem schlägt der Entwurf zwar einerseits eine Kodifizierung des Anspruchs auf Prozessbeschäftigung vor (§ 137), andererseits regelt aber § 26 Abs. 2, dass der Arbeitgeber nach Kündigung den Arbeitnehmer freistellen darf, ohne dafür Gründe angeben zu müssen. Unklar ist mir, wie das zusammenpassen soll. Weiter soll an sich das Bestandsschutzprinzip erhalten bleiben, andererseits aber der Anspruch auf Zahlung von Annahmeverzugslohn nach § 57 Abs. 3 endgültig entfallen für die Zeit, in der gegen den Arbeitnehmer ein klageabweisendes Urteil erster oder zweiter Instanz im Kündigungsschutzprozess streitet. Das heißt: Weist das Arbeitsgericht die Kündigungsschutzklage ab, so entfällt der Vergütungsanspruch für den Zeitraum, in dem dieses Urteil nicht abgeändert ist, und zwar endgültig auch dann, wenn es später abgeändert wird. Gleiches gilt mutatis mutandis für das klageabweisende Urteil zweiter Instanz. Wir hätten hier also den doch schwierig in unser Rechtssystem einzuordnenden Vorgang, dass ein abgeändertes oder aufgeho-



benes – also von der Rechtsordnung rechtskräftig als falsch erkanntes Urteil – Recht setzt, in diesem Fall zulasten des Arbeitnehmers. Es ist so ähnlich, als ob man einem unwirksam gekündigten Mieter ansinnen würde, während des Räumungsprozesses auf eigene Kosten ins Hotel zu ziehen. Hier büdelt der Entwurf also dem Arbeitnehmer einen guten Teil des Prozessführungsrisikos auf. Das Arbeitsverhältnis würde zwar als fortbestehend angesehen, jedoch in einer während des Prozesses gewissermaßen potenziell amputierten Form. Ungeklärt ist nach dem Entwurf, was in dieser Zeit mit den Vertragspflichten des Arbeitnehmers geschehen soll: Darf er zum Beispiel konkurrierend tätig werden, oder setzt er damit, wie nach bisheriger Rechtsprechung, u. U. einen Grund zu einer außerordentlichen Kündigung des Arbeitgebers? Ist er zur Verschwiegenheit verpflichtet (§ 77)? Darf er unter erleichterten Voraussetzungen Strafanzeigen gegen den Arbeitgeber stellen (§ 78)? Was ist mit Urlaub, Krankheit, Steuern, Abgaben, sozialrechtlichen Ansprüchen? Selbst wenn man dem Arbeitnehmer Arbeitslosengeld zuerkennen würde: Ist es denn richtig, wenn die Versicherungsgemeinschaft oder der Steuerzahler das Prozessrisiko des Arbeitgebers trägt? Hieße das nicht: Schlechte Unternehmerrisiken sozialisieren? Natürlich verändert eine solche Rechtslage die Verhandlungspositionen in der entscheidenden Phase kurz nach Ausspruch der Kündigung und während der ersten Instanz, zumal der Arbeitnehmer auch nur eine sehr schwache Möglichkeit hat, auf einen Abfindungsanspruch umzuschwenken. Das kann er nach dem Entwurf nur unter den gegenüber dem geltenden Recht kaum spürbar erleichterten Voraussetzungen oder mit Zustimmung des Arbeitgebers, siehe §§ 119, 120. Der Arbeitgeber wird natürlich nicht sehr spendierfreudig sein, wenn er, wie nach dem Entwurf vorgesehen, im Extremfall die Chance hat, ich übertreibe jetzt ein bisschen, den Prozess auf Kosten des Arbeitnehmers zu verlieren. Nimmt man hinzu, dass der Entwurf neben diesen durch den Wegfall des Annahmeverzugsanspruchs und des Beschäftigungsanspruchs in bestimmten Fällen bewirkten Turbulenzen und Widersprüchlichkeiten der Rechtslage noch eine dem jetzigen § 1 a

KSchG entsprechende Abfindungsregelung stellen (§ 139) und daneben noch die Möglichkeit schaffen will, dass Arbeitnehmer und Arbeitgeber die Aufhebung des Bestandsschutzes sollen vereinbaren können (§ 139 bzw. § 139 a), so kann das Resümee meiner Meinung nach nur lauten, dass der Entwurf, so gut er gemeint ist, in diesem Punkt gründlich überdacht werden sollte. Was mich am meisten stört, ist dabei nicht die Tendenz in Richtung Abfindungsgesetz, sondern das durch Herausnahme des einen Hauptanspruchs aus dem Synallagma bewirkte Ungleichgewicht: Einer trage des anderen Last, ist ein schöner Grundsatz, aber als Appell an den Arbeitnehmer, das Risiko der Unwirksamkeit von Kündigungen des Arbeitgebers zu übernehmen, finde ich den Satz nicht überzeugend.

Genug der Polemik!

### **Eindämmung von Rechtsschutzredundanzen**

Eine andere Grundidee, die ich in dem Entwurf zu erkennen glaube und die ich sehr begrüße, ist die der Vermeidung oder Eindämmung von Rechtsschutzredundanzen. Das bestehende Recht ist bekanntlich davon geprägt, dass ein und derselbe Umstand, wie beispielsweise die Schwerbehinderung, bei einer Kündigung mehrfach zu berücksichtigen sein kann. So spielt nach geltendem Recht die Schwerbehinderung in der Sozialauswahl (§ 1 Abs. 3 S. 1 KSchG) eine Rolle; sie muss dem Betriebsrat mitgeteilt werden, sie bedarf der Berücksichtigung im Rahmen sozialrechtlicher Schutzvorschriften mit Kündigungsrelevanz (§ 84 SGB IX), sie hat diskriminierungsrechtliche Bedeutung und sie steht im Zentrum des Sonderkündigungsschutzes nach § 85 SGB IX. Jedes Mal ist der Blickwinkel ein etwas anderer, aber letztlich geht es immer um den Schutz des Schwerbehinderten. Es ist, als ob in einem Krankenhaus die Anweisung bestünde, dass auf eine Wunde sieben Pflaster geklebt werden müssen, am besten noch in fünf verschiedenen Abteilungen. Und am Schluss besteht das Hauptproblem gar nicht mehr darin, die Wunde zu heilen oder zu pflegen, sondern die Kompetenzstreitigkeiten der verschiedenen

Abteilungen zu klären und die Unverträglichkeiten der Pflaster zu beseitigen. Der Patient wird bei diesem Verfahren zweifellos länger behandelt – aber geht es ihm hinterher auch besser? Ich glaube es nicht. Dieser Unzuträglichkeit des geltenden Rechts begegnet der Entwurf mit einem, wie ich finde, rundum gelungenen Vorschlag, der sich in § 121–§ 123 findet. In § 121 wird bei gegenüber der bisherigen Rechtsprechung etwas veränderten Fristenregelungen die gegenwärtige Rechtslage festgeschrieben, soweit sie es nicht bereits ist. Die Kündigung gegenüber schwerbehinderten Menschen bleibt weiterhin von der Zustimmung des Integrationsamts abhängig. In § 122 findet sich dann aber die entscheidende Änderung. Sie besteht darin, dass der Arbeitnehmer, der sich gegen die erteilte Zustimmung des Integrationsamts wenden will, dies mit der fristgemäß zu erhebenden Kündigungsschutzklage vor dem Arbeitsgericht tun kann und muss. Der Doppelweg zu den Arbeits- und den Verwaltungsgerichten bleibt dem Arbeitnehmer also erspart. Der Arbeitgeber, dem die Zustimmung nicht erteilt worden ist, kann sich dagegen beim Arbeitsgericht wehren. Auch er kann also die schnellere und sachnähere Gerichtsbarkeit in Anspruch nehmen, und vor allem muss er nicht auf zwei Rechtswegen prozessieren. Nimmt man hinzu, dass der Entwurf in § 117 Abs. 1 die Schwerbehinderung aus den zu berücksichtigenden Sozialdaten streicht, so wird das Bemühen deutlich, den einen Aspekt der Schwerbehinderung möglichst auch rechtlich nur einmal, nämlich umfassend im Rahmen des Sonderkündigungsschutzes zu behandeln und die von mir angesprochenen Redundanzen einzudämmen. In vergleichbarer Weise verfährt der Entwurf mit dem Sonderkündigungsschutz für werdende Mütter, Arbeitnehmer in Elternzeit und Wehrpflichtige. Dieser gesamte Bereich des Sonderkündigungsschutzes, der bisher in verstreuten Normen recht undurchsichtig geregelt war, erfährt hier in drei gut verständlichen Paragraphen eine vergleichsweise einfache Ordnung, wobei man natürlich über das eine oder andere Detail streiten kann. Cum grano salis aber gilt: Die Neuregelung wird viel überflüssige Bürokratie vermeiden, ohne dem Schutz der Schwerbehinderten, der Schwangeren und der Eltern irgendeinen spürbaren Abbruch zu tun.

### **Praktikable Regelungen für Problemfelder**

Aus meiner Sicht ebenfalls sehr aner kennenswert ist der Mut, mit dem der Entwurf an einigen Dauerbaustellen des Kündigungsrechts vorgeht. Ich nenne hier nur das im Zusammenhang mit dem Kündigungsrecht immer wieder auftretendes Phänomen der von Arbeitgeber und Arbeitnehmer geschlossenen Verträge zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses und zur Regulierung offener Ansprüche bei Gelegenheit der Beendigung. Hier haben Rechtsprechung und Literatur seit Jahrzehnten den Allgemeinen Teil des BGB und des Schuldrechts herangezogen, späterhin das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, das Grundgesetz und so weiter. Der Entwurf tut hier einen, wie ich finde, couragierten und richtigen Schritt: Er erkennt einerseits die Möglichkeit von Aufhebungsvertrag, Ausgleichsquittung und Klageverzicht an, schafft aber, und das ist das Neue, ein Widerrufsrecht für den Arbeitnehmer, das an keine Gründe, wohl aber an eine Frist von einer Woche gebunden ist, § 134 und § 145. Wie jeder Arbeitsrichter weiß, sind gerade weniger gewandte Arbeitnehmer bei Beendigungsvereinbarungen oft in einer beschämend unterlegenen Position, die nicht auszunutzen keineswegs jeder Vorgesetzte die charakterliche Stärke hat. Das Widerrufsrecht gäbe den Arbeitnehmern die Möglichkeit, die oft existenziell wichtige Entscheidung über die Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses wirklich frei zu treffen.

Zum Schluss noch vier Details:

Der Entwurf verzichtet bei den sozialen Auswahlkriterien in § 117 Abs. 1 S. 1 auf das Merkmal Alter, weil die Verfasser der Meinung sind, das Alter sei aus diskriminierungsrechtlichen Gründen kein zulässiges Unterscheidungsmerkmal mehr. Ich will nur darauf hinweisen, dass man hier sehr anderer Meinung sein kann. Wenn bei der Sozialauswahl die Erwerbchancen der wesentliche Gesichtspunkt sind, dann kann ich mir schwer vorstellen, wie man ohne dieses Kriterium auskommen will. Denn dass das Alter eine geringere Rolle bei den Erwerbchancen spie-

len würde als die Anzahl der Kinder oder die bisherige Beschäftigungsdauer, widerspricht jeder Erfahrung. Das Gegenteil liegt meiner Meinung nach sogar auf der Hand. Das erkennt der Entwurf auch ausdrücklich an, wenn er in § 129 Abs. 3 die erweiterte Möglichkeit zum Abschluss sachgrundlos befristeter Arbeitsverträge an das Lebensalter knüpft. Das Diskriminierungsverbot kann sicher viel bewirken, aber die sozialen und biologischen Tatsachen kann es nicht ändern. Ich meine daher, man sollte das Alter als Sozialdatum beibehalten; seine Überbewertung relativiert sich durch die anderen Kriterien oft auch durch vernünftige Altersgruppenbildung. Der Gedanke des Entwurfs ist wohl auch nicht gegen alte Arbeitnehmer gerichtet; man glaubt vielmehr, ihren Schutz de facto zu verbessern, indem man ihn de jure kleiner schreibt. Ob diese Rechnung aufgehen könnte, weiß ich nicht. Das Problem liegt darin, dass sich dieses Argument natürlich gegen jeden Arbeitnehmerschutz mit mehr oder weniger der gleichen Berechtigung verwenden lässt.

Der Entwurf beschreibt an verschiedenen Stellen Pflichten des Arbeitgebers, z. B. in § 67 Informations- und Erörterungspflichten, ohne Sanktionen zu nennen. Solche Normen sind so wohlklingend, wie sie problematisch sind. Im Kündigungsschutzrecht erleben wir immer wieder, dass man versucht, derartiges soft law in Verfahrensvorschriften umzumünzen und auf diesem Umweg absolute Unwirksamkeitsgründe zu schaffen. Das war z. B. bei § 84 Abs. 1 und Abs. 2 SGB IX der Fall. Vielleicht kann man diesem Problem entgegen, indem man festschreibt, dass die Verletzung dieser Pflichten für sich nicht zur Unwirksamkeit einer in dem Zusammenhang ausgesprochenen Kündigung führt.

In § 135 Abs. 4 schlägt der Entwurf, abweichend vom bisherigen Recht, vor, dass der Arbeitnehmer auch die fehlende Schriftform einer Kündigung innerhalb der Klagfrist von nunmehr einem Monat geltend machen muss. Die Frist soll zwar erst ab dem Ende der tatsächlichen Beschäftigung laufen, nichtsdestotrotz möchte ich von einer solchen Regelung dringend abraten, weil sie den

Streit um die Frage, ob und wann mündlich gekündigt worden ist, wieder eröffnen wird. Ich habe als Arbeitsrichter viele Beweisaufnahmen zu dieser durch die jetzige Regelung abgeschnittenen Frage erlebt, die ebenso langwierig wie unfruchtbar verliefen, vor allem wenn nachträglich irgendwelche in heftigen Streitereien in Gaststätten oder Backstuben gefallenen Zornesworte auszulegen waren.

### **Gesetzessprache**

Ganz zum Schluss noch ein Wort zur Sprache des Gesetzes. Man kann natürlich nicht erwarten, dass sich der Normsetzer des 21. Jahrhunderts zu so schönen in Daktylen, Anapästien und Jamben schwelgenden Rhythmen aufschwingt wie der Gesetzgeber des BGB in § 923 Absatz 1:

„Steht auf der Grenze ein Baum, so gebühren die Früchte und, wenn der Baum gefällt wird, auch der Baum den Nachbarn zu gleichen Teilen.“

Ebenso wenig darf man Reime erwarten, wie sie das BGB bringt, ebenfalls in § 923, nun aber Absatz 3:

„Diese Vorschriften gelten auch für einen auf der Grenze stehenden Strauch.“

Nein, Preis und Henssler bevorzugen eine klare, schlichte und auf Verständlichkeit zielende Sprache. Ich finde das, Scherz beiseite, angenehm und der Sache dienlich. Es ist nur eine einzige Vorschrift, bei der ich Bedenken anmelden will: Bitte lenken Sie Ihr Augenmerk auf § 116 Abs. 1 des Entwurfs. Wenn Sie einen Moment dem offenkundigen Sinn der Vorschrift nachspüren, wird Ihnen mein Vorschlag plausibel erscheinen, das Wort „vermieden“ durch das Wort „erreicht“ zu ersetzen.

Vielen Dank für Ihre Geduld.

# Der Diskussionsentwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes (ArbVG-E) und das Recht des befristeten Arbeitsvertrags

*Dr. Ulrich Koch,  
Richter am Bundesarbeitsgericht*

1. Der Anspruch des Diskussionsentwurfs ist die Fortschreibung des Rechts des befristeten Arbeitsvertrags „entsprechend den Regelungen des Teilzeit- und Befristungsgesetzes“ und die sachgerechte Lösung entstandener Problemstellungen bzw. „an einigen Stellen werden nach geltender Rechtslage problematische Fragen praxisgerecht neu austariert“ (Begründung S. 17, 129).

2. Das Befristungsrecht des TzBfG ist in weiten Teilen in den Entwurf (Stand: November 2007) übernommen worden. Anders als im Kündigungsschutzrecht ist die zum TzBfG ergangene Rechtsprechung nicht in die Formulierungen eingearbeitet worden. Bedeutet dies, dass die bisherigen Regelungen für die Praxis als ausreichend handhabbar angesehen werden? Daneben sollte man sich darüber bewusst sein, dass der Auslegung und Anwendung der befristungsrechtlichen Vorschriften die bisherige Rechtsprechung des BAG zugrunde gelegt werden würde.

3. Der Entwurf hat außerhalb des TzBfG gelegene Befristungsvorschriften teilweise eingearbeitet (z. B. in § 129 Abs. 1 2 Nr. 3 ArbVG-E). Zum Schicksal von anderen befristungsrechtlichen Vorschriften verhält sich der Entwurf nicht. Dies betrifft insbesondere § 41 S. 2 SGB IV, § 8 Abs. 3 ATG sowie die Vorschriften des ArbVtrG und des WissZeitVG.

4. Abweichungen zum gegenwärtigen Recht bestehen beim Schriftformerfordernis (§ 128 Abs. 2 ArbVG-E), den Befristungsgründen (§ 129 Abs. 1 2 Nr. 7 ArbVG-E sowie § 130 Abs. 1 ArbVG-E), der sachgrundlosen Beschäftigung (§ 129 Abs. 2 2 ArbVG-E) sowie bei der Klageerhebung (§ 135 Abs. 3 ArbVG-E).

5. Die Änderung der Vorschriften über das Schriftformerfordernis (§ 128 Abs. 2 2 ArbVG-E) soll die „rigide Rechtsprechung“ korrigieren. Ein praktisches Bedürfnis sehe ich insbesondere nach der Entscheidung des 7. Senats vom 13. Juni 2007 (– 7 AZR 700/06 –) hierfür nicht. Die Einhaltung des Schriftformerfordernisses vor Beginn der Arbeitsaufnahme stellt m. E. auch für einen öffentlichen Arbeitgeber kein unüberwindbares Hindernis dar. Daneben erscheint mir fraglich, ob die im Entwurf vorgeschlagene Regelung in dem Sachverhalt der Entscheidung vom 1. Dezember 2004 (– 7 AZR 198/04 –) zur Wahrung des Schriftformerfordernisses geführt hätte. Eine besondere Regelung über die Nachholung der Schriftform könnte aber für den Bereich der sachgrundlosen Befristung sinnvoll sein.

6. Die redaktionelle Überarbeitung von § 129 Abs. 1 Nr. 7 ArbVG-E erscheint mir angesichts der bereits ergangenen Entscheidungen des 7. Senats zu dem Befristungsgrund in § 14 Abs. 1 2 Nr. 7 TzBfG nicht unbedingt erforderlich zu sein; entschieden würde allerdings die noch offene Frage nach der Rechtsnormqualität der Ermächtigungsgrundlage für die ausgebrachten Haushaltsmittel.

7. Die Änderung der Vorbeschäftigungszeit in § 129 Abs. 2 ArbVG-E halte ich angesichts der Vorgaben aus der Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zur Durchführung der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge (ABl. EG 1999 L 175 S. 43) zumindest für überdenkenswert.

8. Die Regelung über die Altersgrenze (§ 130 Abs. 1 AGB-E) halte ich zumindest um das Merkmal der wirtschaftlichen Absicherung für ergänzungsbedürftig. Die Zulässigkeit einer vorzeitigen Altersgrenze bei Zahlung einer angemessenen Abfindung ist angesichts der damit verbundenen Einschränkung der grundrechtlichen Position des Arbeitnehmers m. E. nicht unbedenklich.

9. Ein praktisches Bedürfnis für die auf den Befristungsgrund in § 129 Abs. 1 2 Nr. 1 AGB-E beschränkte Kurzkündigungsfrist ist m. E. nicht vorhanden; ihre rechtliche Zulässigkeit erscheint mir nicht ganz bedenkenfrei.

10. M. E. würde die Zukunftsfähigkeit des Entwurfs im Bereich des Befristungsrechts deutlich gewinnen (a) durch die Aufnahme einer rechtssicheren Abgrenzung zwischen nachträglicher Befristung und dem Abschluss eines Aufhebungsvertrags, (b) eines widerspruchsfreien Systems der Beschäftigungsförderung durch befristete Arbeitsverträge und (c) einer Angleichung des Bestandschutzes durch Kündigung und befristete Arbeitsverträge insbesondere bei älteren Arbeitnehmern.

## Das ausgewogene Austauschverhältnis: Arbeitsleistung, Entgelt und gesetzlicher Mindestlohn

---

*Prof. Dr. jur. Joachim Weyand, Universität Ilmenau*

### I. Einführung

#### 1. Hungerlöhne vor dem Arbeitsgericht

Das Arbeitsgericht Gera/Thüringen hatte kürzlich über die Klage eines Mitarbeiters einer Wach- und Schließgesellschaft zu entscheiden, der – nach beendetem Arbeitsverhältnis – die Nachzahlung von Arbeitsentgelt verlangte. Er war als Wachkraft mit der Überprüfung der Zugangsberechtigung sowie Kontrollrunden inner- und außerhalb von Objekten betraut. Im August 2007 hatte er 200 Stunden gearbeitet; seine Entgeltabrechnung wies für diesen Monat – auf der Grundlage eines Stundenlohns von 3,90 € – den Betrag von 780 € brutto aus. Für den August 2007 und die vorausgehenden Monate verlangte er eine Nachzahlung in Höhe von rund 2.500 €.

Der Kläger trug vor, dass er mit dieser Vergütung um 30 % unter den Unterstützungssätzen des Arbeitslosengeldes II liege. Zudem würden für Dienstleistungen dieser Art üblicherweise 7,20 €/Stunde gezahlt. Der Arbeitgeber verwies darauf, dass der Stundenlohn von 3,90 € noch deutlich über dem vergleichbarer Konkurrenten liege. Im Übrigen komme das Tarifentgelt für die niedrigste Entgeltgruppe nicht über 5 € hinaus. Dem Kläger wurde durch das Arbeitsgericht aufgegeben, seine Darlegungen unter Beweis zu stellen. Als er dazu nicht in der Lage war, wurde die Klage abgewiesen.

Niedriglöhne, oder – um es etwas drastischer zu formulieren – Hungerlöhne sind seit Langem vor allem in Ostdeutschland anzutreffen, wo die hohe Arbeitslosigkeit den Arbeitssuchenden häufig keine Alternative lässt, die angebotene Tätigkeit auszuschlagen. Hungerlöhne sind mittlerweile aber zu einer flächendeckenden Erscheinung in Deutschland geworden und damit mehr als nur ein „Ost-Problem“. Nach einer jüngst durchgeführten Erhebung, die im Auftrag der Friederich-Ebert-Stiftung erfolgte, haben 17 % der Vollzeitbeschäftigten einen Lohn unterhalb der sog. Niedriglohnschwelle.<sup>1</sup> Besonders betroffen sind Branchen im Dienstleistungssektor wie das Friseurhandwerk, das Reinigungsgewerbe sowie das Wach- und Sicherheitsgewerbe. Auch im internationalen Vergleich liegt Deutschland mit seinem Anteil an Niedriglohnbeschäftigten deutlich über dem EU-Durchschnitt. Und jüngst hat die Meldung, wonach etwa 7.500.000 Vollzeitbeschäftigte von ihrem Entgelt nicht leben können und auf Zuschussleistungen nach dem Sozialgesetzbuch II (SGB II) angewiesen sind, die Öffentlichkeit noch einmal besonders aufgeschreckt.

## 2. Diskussionsentwurf

Der Diskussionsentwurf zu einem Arbeitsvertragsgesetz sieht einen eigenständigen Titel zur Frage des Arbeitsentgelts vor, in dem er zum einen den Entgeltanspruch als solchen und dessen Höhe regelt (§ 34 ArbVGE). Darüber hinaus enthält er Vorschriften zur Einschränkung des Naturallohns (§ 35 ArbVGE), zur Abrechnung des Entgelts (§ 37 ArbVGE) und zum Anspruch sowie der Rückzahlung von Sondervergütungen (§§ 38, 39 ArbVGE).

Der eingangs beschriebenen Problematik nimmt sich der Entwurf dadurch an, dass er die Sittenwidrigkeit einer Entgeltvereinbarung in § 34 ArbVGE konkretisiert. Er wählte dazu zunächst die folgende Formulierung:

### § 34 Höhe des Arbeitsentgelts

*(1) Ist die Höhe des Entgelts nicht vereinbart, so ist das übliche Entgelt und, wenn ein solches nicht feststellbar ist, ein der Arbeitsleistung angemessenes Entgelt als vereinbart anzusehen. Das übliche Entgelt bestimmt sich im Zweifel nach den am üblichen Arbeitsort geltenden tariflichen Entgeltregelungen vergleichbarer Branchen und Berufsgruppen.*

*(2) Besteht zwischen der Arbeitsleistung und dem vereinbarten Entgelt unter Berücksichtigung der sonstigen Vertragsbedingungen ein auffälliges Wertmissverhältnis, ist die Entgeltvereinbarung unwirksam. Ein auffälliges Wertmissverhältnis ist im Zweifel dann anzunehmen, wenn die Vergütung nicht mindestens zwei Drittel des am Arbeitsort für die Arbeitsleistung üblichen Entgelts erreicht.*

*(3) ....*

§ 34 Abs. 2 wurde im Rahmen des Relaunches überarbeitet. In der überarbeiteten Fassung wurde die Entgeltuntergrenze noch einmal angehoben; die Klausel lautet wie folgt:

*(2) Besteht zwischen der Arbeitsleistung und dem vereinbarten Entgelt unter Berücksichtigung der sonstigen Vertragsbedingungen ein auffälliges Wertmissverhältnis, ist die Entgeltvereinbarung unwirksam. Ein auffälliges Wertmissverhältnis ist im Zweifel dann anzunehmen, wenn die Vergütung nicht mindestens 70 Prozent des am regelmäßigen Arbeitsort für die Arbeitsleistung üblichen Entgelts erreicht.*

<sup>1</sup> Bosch/Weinkopf, Gesetzliche Mindestlöhne auch in Deutschland?, 2007, S. 4.



Damit knüpft der Entwurf in der Sache an eine Regelung im (Vorläufer-)Entwurf des Landes Brandenburg aus dem Jahre 1996 an, der allerdings noch eine Orientierungsgröße von 80 % des Tarifentgelts vorsah.<sup>2</sup> Unterstützung erhielt die Idee durch den Vorschlag des vormaligen Bundesarbeitsministers Müntefering, der in der Diskussion um den Mindestlohn anregte, die Sittenwidrigkeit von Arbeitsentgelten gesetzlich zu konkretisieren.<sup>3</sup> Tatsächlich versteht sich der Formulierungsvorschlag als ein Beitrag zur aktuell so lebhaft diskutierten Frage eines Mindestlohns und sieht sich den alternativ erörterten Verfahren – nämlich der Ausweitung des Arbeitnehmerentendegesetzes und dem, ein gesetzliches Mindestentgelt auf der Basis des Gesetzes über Mindestarbeitsbedingungen oder eines selbstständigen Gesetzes zu erlassen – durch seine Flexibilität überlegen.<sup>4</sup>

Angesichts der beschränkten Redezeit soll im Folgenden allein der Vorschlag des § 34 ArbVGE einer näheren Betrachtung unterzogen werden. Hierbei handelt es sich um die Regelung mit dem interessantesten rechtspolitischen Gehalt. Eine Beschränkung auf diese Vorschrift ist im Übrigen auch deshalb gerechtfertigt, weil die übrigen vorgeschlagenen Bestimmungen des Titels im Wesentlichen nur die einschlägigen Bestimmungen der GewO (§§ 107, 108 GewO) wiedergeben bzw. eine Kodifizierung der BAG-Rechtsprechung zu den Sondervergütungen vorsehen und damit über eine Niederschrift geltenden Rechts nicht hinauskommen.

<sup>2</sup> *BR-Drucks. 691/96.*

<sup>3</sup> *Rede im Bundestag am 26.04.2007, veröffentlicht auf <http://www.bmas.bund.de/BMAS/Navigation/Presse/>.*

<sup>4</sup> *Henssler/Sittard, Flexibler Mindestlohn durch Konkretisierung des Sittenwidrigkeitstatbestands, ZIP 2007, 159 (163 ff).*

<sup>5</sup> *BAG v. 21.06.2000 – 5 AZR 608/98, AP Nr. 60 zu § 612 BGB;*

*BAG v. 23.05.2001 – 5 AZR 527/99, EzA § 138 BGB Nr. 29.*

<sup>6</sup> *BAG v. 24.03.2004 – 5 AZR 303/03, AP Nr. 59 zu § 138 BGB; zuletzt BAG v. 26.04.2006 – 5 AZR 549/05, AP Nr. 63 zu § 138 BGB.*

<sup>7</sup> *BAG v. 24.03.2004 – 5 AZR 303/03, AP Nr. 138 BGB; zuletzt BAG v. 26.04.2006 – 5 AZR 549/05, AP Nr. 63 zu § 138 BGB.*

## II. Konkretisierung des Sittenwidrigkeitstatbestandes

Der Regelungsansatz des § 34 ArbVGE, nämlich die Konkretisierung dessen, was unter einem sittenwidrigen Entgelt zu verstehen ist, verdient Unterstützung. Tatsächlich ist der dahin gehende Bedarf größer, als dies in der öffentlichen Diskussion gemeinhin unterstellt wird. Der – auch in Fachkreisen – verbreitet anzutreffende Eindruck, wonach die Arbeitsgerichte das Arbeitsentgelt jedenfalls dann als sittenwidrig i. S. d. § 138 BGB ansehen, wenn das übliche Lohnniveau etwa um mehr als ein Drittel unterschritten wird, findet keine Unterstützung in der Rechtsprechung. Sieht man genauer hin, zeigt sich vielmehr, dass eine Rechtsprechung der Arbeitsgerichte, wonach Arbeitsentgelte, die den Tariflohn um mehr als ein Drittel unterschreiten, sittenwidrig sind, so nicht existiert.

### a) Sittenwidriges Arbeitsentgelt in der Rechtsprechung des BAG

So weist das BAG zunächst immer wieder darauf hin, dass es nicht in erster Linie auf einen Vergleich zwischen dem vereinbarten Entgelt und den Tariflöhnen des betreffenden Wirtschaftszweiges ankommt, sondern dass vom „objektiven Wert“ der Arbeitsleistung auszugehen sei. Dieser spiegele sich nicht im Tariflohn, sondern im allgemeinen Lohnniveau des jeweiligen Wirtschaftszweiges wider.<sup>5</sup> Eine feste Orientierung an bestimmten Größen – Sozialhilfesatz oder Arbeitslosengeld II, Pfändungsfreigrenzen – hat das Gericht stets abgelehnt.<sup>6</sup>

Zudem legt das BAG großen Wert auf die Begleitumstände des Vertragsschlusses. Maßgeblich sei, dass das Geschäft nach

- Inhalt,
- Beweggrund und
- Gesamtcharakter

nicht mehr den guten Sitten entspricht.<sup>7</sup>



Eine kaum weniger große Unsicherheit herrscht in der Wissenschaft. Unklar ist, ob die subjektive Seite des Sittenwidrigkeitstatbestandes nach wie vor von Bedeutung ist und falls ja, ob ein unangemessen niedriger Lohn die Ausnutzung einer unterlegenen Position des Arbeitnehmers wenigstens indiziert.<sup>8</sup> Auch der Orientierungsmaßstab für die Sittenwidrigkeitsprüfung – Tariflohn, ortsüblicher Lohn, steuerliches Existenzminimum – fällt höchst unterschiedlich aus.<sup>9</sup> Nicht zuletzt ist streitig, wie hoch der „Abschlag“ gegenüber diesen Orientierungsgrößen ausfallen darf.

Die Konsequenzen dieser Rechtsprechung und ihrer Begleitung im Schrifttum liegen auf der Hand: Die Unsicherheit bei der Bestimmung des Sittenwidrigkeitstatbestandes sind derart groß, dass von den betroffenen Arbeitnehmern das vorenthaltene Arbeitsentgelt erst gar nicht geltend gemacht wird.

Dies ist offenbar auch die Erklärung dafür, dass die Zahl der höchstrichterlichen Entscheidungen in den beiden vergangenen Jahrzehnten nicht über ein halbes Dutzend hinaus kommt.

#### **b) § 34 ArbVGE**

Dem Anliegen nach größerer Rechtssicherheit trägt die Regelung des § 34 Abs. 2 S. 1 DiskE jedenfalls zu einem Teil Rechnung, wenn sie zunächst – noch allgemein – auf ein auffälliges Missverhältnis zwischen Arbeitsleistung und Entgelt abstellt und – im Unterschied zu § 138 BGB – auf subjektive Vorgaben verzichtet. § 34 Abs. 2 S. 2 DiskE enthält dann eine gesetzliche Vermutung für das Vorliegen eines allgemeinen Missverhältnisses im Sinne des Satzes 1. Ein solches Missverhältnis ist – im Zweifel – anzunehmen, wenn der Wert der vereinbarten Vergütung nicht mindestens 70 % des Marktüblichen erreicht – ein Wert, der sich erkennbar an die jüngsten Entscheidungen des Gerichts anlehnt.<sup>10</sup>

Vergleichsmaßstab und Ausgangspunkt der 70 %-Kontrolle ist das am Arbeitsort marktübliche Entgelt. Die Anknüpfung an die Marktüblichkeit soll – so wird zur Begründung von den Autoren angeführt – sicherstellen, dass besonders niedrige Tariflöhne nicht zu einer Verfälschung des Kontrollmaßstabes führen.<sup>11</sup> Sie schließt es allerdings nicht aus, dass auch untertarifliche Bedingungen, sollten sich diese eingebürgert haben, als Bezugsrahmen gewählt werden.

#### **c) Fragestellung**

Genügt diese Konkretisierung für eine Rechtfertigung der Vorschrift? Dazu muss zunächst gefragt werden, welchen Einwänden sie nach gegenwärtigem Recht ausgesetzt ist. Darüber hinaus fragt sich – de lege ferenda –, ob und inwieweit dieser individualistische Ansatz tatsächlich gegenüber den alternativ diskutierten Lösungsansätzen vorzugswürdig ist.

### **III. Sittenwidrigkeitsgrenze im verfassungsrechtlichen Kontext**

#### **1. Normsetzungsprärogative der Koalitionen und Sittenwidrigkeitsgrenze**

Zunächst begegnet die Konkretisierung des Sittenwidrigkeitstatbestandes – im Unterschied zu den Vorschlägen eines gesetzlichen Mindestlohns – durchgreifenden Bedenken im Hinblick auf etwaige verfassungsrechtliche Einwände.<sup>12</sup>

<sup>8</sup> Vgl. etwa Bepler, *Festschrift Richardi*, S. 189 (192).

<sup>9</sup> Lakies, in: Däubler, *TVG*, 2. Aufl., § 5, Anh. 1, Rn. 47 f.; Däubler, *NZA* 2001, 1335; Reicnecke, *Sonderbeilage NZA* 3/2000, S. 23 (32).

<sup>10</sup> *Keine Sittenwidrigkeit, wenn die Vergütung 72,7 % des Tariflohns – BAG v. 11.01.1973 – 5 AZR 322/72, AP Nr. 30 zu § 138 BGB – bzw. 70 % des allgemeinen Lohnniveaus – BAG v. 23.05.2001 – 5 AZR 527/99, EzA § 138 BGB Nr. 29 – betrug.*

<sup>11</sup> Henssler/Sittard, *Flexibler Mindestlohn durch Konkretisierung des Sittenwidrigkeitstatbestands*, *ZIP* 2007, 159 (163).

<sup>12</sup> *Zu den verfassungsrechtlichen Bedenken gegen den gesetzlichen Mindestlohn siehe etwa Rieble/Klebeck, Gesetzlicher Mindestlohn?, ZIP* 2006, 829 (830 ff.).

Zwar sind gesetzlichen Maßnahmen im Hinblick auf den verfassungsrechtlichen Schutz der Tarifautonomie eine Grenze gezogen, wenn und soweit sie in Konkurrenz zu den tariflichen Eckwerten treten, weil die Regelung von Entgelt quasi das „Hausgut“ der Koalitionen ist.<sup>13</sup> In der Regel ist daher ein gesetzlicher Mindestlohn nur zu rechtfertigen, wenn er unter dem Niveau der unteren Tariflöhne liegt und den Tarifvertragsparteien einen gewissen Gestaltungsspielraum belässt. Die Tarifvertragsparteien haben jedoch nur eine Normsetzungsprärogative, kein Normsetzungsmonopol.<sup>14</sup> Eine gesetzliche Regelung, die eine Anknüpfung an die Tarifentgelte vornimmt und sie zum Ausgangspunkt einer Sittenwidrigkeitsbestimmung macht, steht dem nicht entgegen.

## **2. Sittenwidrigkeitsgrenze und Verbot der Dritterstreckung von Tarifverträgen**

Bedenken könnten allenfalls im Hinblick auf das Verbot der dynamischen Blankettverweise auf Tarifverträge, wonach ein Tarifwerk nur im Einzelfall und nur durch einen auf einen bestimmten Tarifvertrag bezogenen Hoheitsakt auf nicht organisierte Außenseiter erstreckt werden darf, bestehen.<sup>15</sup>

Das Bundesverfassungsgericht hat diesen Grundsatz jedoch in seiner jüngeren Rechtsprechung zum Equal-pay-Gebot des AÜG und zum Berliner Tariftreuegesetz deutlich relativiert. Soweit es in diesen Entscheidungen zu den Grenzen der Dritterstreckung von Tarifverträgen Stellung nimmt, lässt es das Gericht sein Bewenden haben bei der knappen Bemerkung, das Grundrecht der negativen Koalitionsfreiheit schütze nicht dagegen, dass der Gesetzgeber die Ergebnisse von Tarifverträgen zum Anknüp-

fungspunkt gesetzlicher Regelungen macht.<sup>16</sup> Er dürfte damit nicht mehr als ernsthafte Schranke für den Gesetzgeber in Betracht kommen.

## **IV. Sittenwidrigkeitsgrenze de lege ferenda?**

Und dennoch ist fraglich, ob eine derartige Intervention des Gesetzgebers bei der Entgeltbestimmung de lege ferenda geboten ist. Die Bundesregierung und die sie tragenden Parteien haben sich jüngst in den sog. Koalitionseckpunkten vom 19. Juli 2007 auf eine Vorgehensweise verständigt, bei der die Erweiterung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes und der Einsatz eines „aktualisierten“ Gesetzes über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen im Vordergrund steht.

Die vorgeschlagene richterliche Kontrolle der Entgeltfindung wäre daher nur zu empfehlen, wenn sie diesen Verfahren überlegen wäre oder aber zumindest neben ihnen bestehen könnte.

## **1. Flächendeckende Entgeltregulierung?**

Die Ausrichtung auf den Tariflohn als Bezugspunkt für schlechthin alle Entgeltvereinbarungen, also nicht nur für den Niedriglohnsektor, erweckt allerdings Bedenken, wird auf diesem Wege doch auch das „gehobene Mittelfeld“ der Belegschaften erreicht, also der Arbeitnehmer, deren Vergütungen deutlich über den für ein noch menschenwürdiges Dasein erforderlichen Einkommen liegen. Fehlt es in diesem Bereich an tariflichen Regelungen, ist also ausschließlich an der ortsüblichen Vergütung anzuknüpfen, kann folgerichtig auch der „Gutverdiener“ auf die 70 % Untergrenze rekurrieren.

Für diese Arbeitnehmer stellt sich dann die Frage, ob sie der gewerkschaftlichen Unterstützung und damit der Mitgliedschaft in dieser überhaupt noch bedürfen. Die Attraktivität der Tarifautonomie im Allgemeinen und der Tarifparteien im Besonderen speist sich seit jeher aus der Fähigkeit, Austauschgerechtigkeit in Fragen des Entgelts für jeden Einzelnen erzielen zu können. Dies

<sup>13</sup> BVerfGE v. 27.4.1999 – 1 BVR 2203/93, BVerfGE 100, 94, 268 (Rn. 102).

<sup>14</sup> BVerfGE 38, 386 (393) = AP Nr. 23 zu Art. 9 GG; BVerfGE 44, 322 (341) = AP Nr. 15 zu § 5 TVG.

<sup>15</sup> Siehe etwa BVerfGE 44, 322 (341) = AP Nr. 15 zu § 5 TVG.

<sup>16</sup> BVerfGE NZA 2005, 153; BVerfG NZA 2007, 51 = NZA 2007, 42.

gilt auch für die besser verdienenden Arbeitnehmer, wie in jüngerer Zeit die Beispiele der Ärzte oder der Flugkapitäne zeigen.

Wird den Tarifvertragsparteien für diese Einkommensgruppen die Möglichkeit genommen, ihre Legitimation unter Beweis zu stellen – weil sich ein Anspruch auch auf anderem Wege erzielen lässt –, birgt dies die Gefahr, dass ihre Attraktivität schwindet. Diese Erfahrungen haben in den vergangenen 20 Jahren gerade die DGB-Gewerkschaften machen müssen. Und die Notwendigkeit der Einbeziehung der sich als Gutverdiener verstehenden Arbeitnehmergruppen dürfte zur Sicherung der gewerkschaftlichen Attraktivität in den kommenden Jahren eher noch wachsen.

Der auf alle Arbeitsverhältnisse anzuwendende Regelungsvorschlag beinhaltet deshalb die Gefahr, dass die Akteure des Tarifgeschehens in einem Zentralfeld ihrer Aktivitäten nicht mehr als solche wahrgenommen werden und damit an Attraktivität verlieren. Er schießt damit über das notwendige Ziel, der Sicherung eines Mindestentgelts, hinaus.

## **2. Sittenwidrigkeitsgrenze und Sicherung des Mindestlohns**

Im eigentlich problematischen Bereich der Entgeltbestimmung, dem sog. Niedriglohnsektor, tritt der Vorschlag in Konkurrenz zu den aktuell präferierten Verfahren, der Verwendung des Arbeitnehmerentsendegesetzes und dem Rückgriff auf ein (reformiertes) Gesetz über Mindestarbeitsbedingungen.

### **a) Tarifaufweitung durch Arbeitnehmerentsendegesetz vs. § 34 ArbVGE**

Bekanntlich hat der Gesetzgeber bei der Festschreibung von Mindestlöhnen in 2007 verstärkt auf das Arbeitnehmerentsendegesetz zurückgegriffen, indem er – das Gesetz beschränkte sich zunächst auf das Bauhaupt- und Baunebengewerbe – den Katalog um die Gebäudereiniger-Branche<sup>17</sup> und die der Briefzusteller erweitert hat; über eine weitere Ausdehnung des Gesetzes auf sonstige Branchen wird gegenwärtig gestritten.

Das Gesetz unterbindet in seinem Anwendungsbereich den möglichen Unterbietungswettbewerb ausländischer Arbeitgeber – ihnen wird der Wettbewerbsvorteil geringerer Arbeitsentgelte des Heimatlandes genommen – aber auch inländischer Arbeitgeber.<sup>18</sup> Materiell setzt es eine Repräsentativität der Arbeitgeber – mehr als 50 % der Beschäftigten einer Branche – voraus. Damit bietet es die Grundlage für die Festsetzung eines Branchen-Mindestentgelts und damit – wie § 34 ArbGVGE – eine branchenorientierte Mindestentgeltgestaltung.

Das Gesetz hat gegenüber dem Formulierungsvorschlag des § 34 ArbVGE zunächst den Vorzug, dass die Festsetzung der Entgelthöhe den Tarifvertragsparteien überlassen wird. Sie treten damit insbesondere auch in der Öffentlichkeit als die maßgeblichen Akteure in Erscheinung. Der Staat in Gestalt des Bundesarbeitsministers beschränkt sich darauf, deren Regelung zur Durchsetzung zu verhelfen.

Zudem hat die Festsetzung durch das Arbeitnehmerentsendegesetz gegenüber der vom Richter gezogenen Entgeltuntergrenze den Vorteil, dass es nichts mehr zu ermitteln gilt; die maßgeblichen Stundensätze sind bekannt und geben allen Beteiligten eine sichere Orientierung. Und dieser Umstand ist, wie mehrere Untersuchungen in den Ländern, in denen ein gesetzlicher Mindestlohn seit Langem existiert, zeigen, von erheblicher Bedeutung dafür, dass Mindestlöhne akzeptiert werden: Sie werden umso eher von Unternehmen und Arbeitnehmern „angenommen“, je konkreter sie ausfallen. Und nicht zuletzt ist diese Orientierungsgröße hilfreich bei der Anwendung im Arbeitsförde-

<sup>17</sup> Durch das „Erste Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerentsendegesetzes“ vom 12.03.2007 und das „Zweite Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerentsendegesetzes“ vom 14.12.2007.

<sup>18</sup> Vgl. auch BT-Drs. 13/2414 unter A I: Unterbunden werden soll der „massive Einsatz“ von ausländischen Arbeitnehmern aus Ländern mit deutlich niedrigerem Lohnniveau“.

rungsrecht, wenn etwa im Zusammenhang mit den Sperrzeitenregelungen des SGB III die Grenzen für einen sittenwidrigen Lohn gefragt sind.

Darüber hinaus muss im Anwendungsbereich des Gesetzes kein Abschlag gegenüber dem Tariflohn in Kauf genommen werden. Das ist angesichts eines Tariflohniveaus in den Problembranchen – im Friseurhandwerk in Sachsen und Thüringen können selbst Fachkräfte einen tariflichen Stundenlohn von nicht mehr als 4 €/Stunde beanspruchen, aber auch im Hotel- und Gaststättengewerbe von NRW liegt der niedrigste Tarifverdienst bei 5,25 € – nicht ganz unerheblich. Ein Abschlag von 30 % auf einen ohnehin niedrigen Tariflohn in den Fällen, in denen es gewissermaßen auf jeden Cent ankommt, bedeutet aber – wie auch der Ausgangsfall zeigt – für die Betroffenen eine Menge Geld. Nicht selten handelt es sich hierbei um den Betrag, der über die Notwendigkeit der Inanspruchnahme des Arbeitslosengeldes II entscheidet.

Schließlich hat die individualistische Konzeption des § 34 ArbVGE den Nachteil, dass sie die Durchsetzung des Anspruchsniveaus ausschließlich dem Arbeitnehmer überlässt. Bekanntlich ist aber die Durchsetzung individueller Ansprüche im Arbeitsverhältnis im Allgemeinen und in Krisenregionen mit prekären Arbeitsverhältnissen im Besonderen sehr oft Illusion. Dagegen wird im Arbeitnehmerentsendegesetzes staatlichen Behörden mit weitreichenden Kompetenzen, dem Zoll, die Überwachung übertragen.

Allerdings weist das Arbeitnehmerentsendegesetz die unverkennbare Schwäche auf, dass es im Hinblick auf seine Voraussetzungen nur beschränkt anwendbar ist. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Notwendigkeit, dass bundesweit Entgelttarifverträge bestehen müssen, an die das Gesetz anknüpfen kann. Insofern existieren eine Menge „weißer Flecken“ in der Tariflandschaft. Und an diesen Tariflöhnen mangelt es vor allem in den

Problemereichen, die bereits heute durch Armutslöhne auf sich aufmerksam machen.<sup>19</sup> Schließlich droht, auch soweit der Wille zum Abschluss derartiger Tarifverträge bei den Beteiligten gegeben ist, das erforderliche 50 %-Quorum der Tarifbindung einer Anwendung des Gesetzes im Wege zu stehen. Die Auseinandersetzung um den Mindestlohn der Briefzusteller hat dies eindrucksvoll unter Beweis gestellt. Die Senkung dieses Quorums selbst wiederum würde erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken aufwerfen.

### **b) Gesetzliche Festsetzung vs. § 34 ArbVGE**

In diesen Problemereichen ist eine das Arbeitnehmerentsendegesetz ergänzende gesetzliche Intervention in Betracht zu ziehen. Und damit stellt sich die Frage nach der Alternative zwischen der durch das Gesetz und der im Diskussionsentwurf vorgeschlagenen, mithin durch den Richter gesetzten Entgeltuntergrenze.

#### **aa) Einheitlicher gesetzlicher Mindestlohn?**

In der rechtspolitischen Auseinandersetzung dominiert der Ruf nach einem festen staatlichen Mindestlohn. So fordert der DGB einen Mindeststundensatz von 7,50 €, von der Fraktion Die Linke im Bundestag wird die Forderung nach 8 € in der Stunde erhoben.

Ein solcher staatlicher Mindestlohn kann verschieden ausgestaltet sein. Zunächst wäre an einen branchenübergreifend geltenden, nicht tarifdispositiven Mindestlohn zu denken. Alternativ könnten verschiedene branchenabhängige Mindestlöhne festgelegt werden. Ferner bestünde die Möglichkeit eines gesetzlichen Mindestlohnes, der nur in den Branchen zur Anwendung kommt, in denen keine Tarifverträge existieren und deshalb auch das Arbeitnehmerentsendegesetz nicht zur Anwendung kommen

<sup>19</sup> Bieback, *Rechtliche Probleme von Mindestlöhnen, insbesondere nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz*, RdA 2000, 207 (214).

kann. Vorstellbar ist schließlich, dass eine gesetzliche Regelung den Vorrang der Tarifverträge unberührt lässt und damit die Abweichung der Entgeltfestsetzung „nach unten“ erlaubt.

Der flächendeckende gesetzliche Mindestlohn sieht sich aber, will er effektiv sein, erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf den Schutz der Tarifautonomie ausgesetzt. Er wird deshalb – zu Recht – nicht ernsthaft in Erwägung gezogen.

### **bb) Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen**

Als Alternative zu einer flächendeckenden Regelung ist das Gesetz über Mindestarbeitsbedingungen vom 11.01.1952 (MindestArbBG)<sup>20</sup> in Betracht zu ziehen.

In seiner bisherigen Fassung erlaubt das Gesetz dem Bundesminister für Arbeit und Soziales (BMAS), kraft Rechtsverordnung (§ 4 Abs. 4 MindArbBG) die unterste Grenze der Entgelte in einem Wirtschaftszweig oder einer Beschäftigungsart festzusetzen, wenn drei materielle Bedingungen erfüllt sind: fehlende oder nicht repräsentative Koalitionen, Befriedigung der sozialen und wirtschaftlichen Bedürfnisse der Arbeitnehmer und fehlende Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen.

Ein wesentliches Problem des Gesetzes liegt in dem Festsetzungsverfahren nach §§ 2 ff. MindArbBG. Es ist extrem aufwendig und langwierig. An ihm sind nicht nur der Bundesminister bzw. die oberste Behörde des Landes, der vom Bundesminister gem. § 2 Abs. 1 MindArbBG zu errichtende Hauptausschuss und die gem. § 4 Abs. 1 MindArbBG zu errichtenden Fachausschüsse der jeweiligen Wirtschaftszweige und Beschäftigungsarten zu betei-

<sup>20</sup> *Zu Motiven und Werdegang des Gesetzte siehe Peter, in: Peter/Kempen/Zachert, Rechtliche und rechtspolitische Aspekte des Sicherens von tariflichen Mindeststandards, 2003, S. 91.*

ligen. Es ist auch ein Einvernehmen der Vertreter der Koalitionen erforderlich. Das Verfahren bedarf der Überarbeitung, welche gegenwärtig erfolgt.

Das Festsetzungsverfahren des Gesetzes entspricht hinsichtlich seiner Flexibilität dem des Diskussionsentwurfs. Die Entgelte lassen sich in sehr differenzierter Weise – jeweiliger Wirtschaftszweig und jeweilige Berufstätigkeit – zur Geltung bringen; es ist die Einbeziehung der Arbeitnehmer – und Arbeitgebervertreter – gewährleistet. Und der Vorwurf eines unverhältnismäßigen Eingriffs in die Tarifautonomie kann ihm nicht gemacht werden, bringt doch die Subsidiaritätsregelung in §§ 1 Abs. 1, 8 Abs. 2 MindArbBG zum Ausdruck, dass nur dort eine Anwendung in Betracht kommt, wo es an Tarifregelungen fehlt.

Im Übrigen überwiegen bei einem Vergleich zwischen der durch Rechtsverordnung und durch den Richter gezogenen Untergrenze die Vorteile der Rechtsverordnung: Es ist zunächst wieder die klare Orientierung an den Stundensätzen. Sie bringen eindeutig zum Ausdruck, worunter „nichts mehr geht“. Zudem gilt im Hinblick auf die Durchsetzung des Anspruchs auch insoweit: Während das Gesetz über Mindestarbeitsbedingungen in den §§ 11 ff. den Arbeitsbehörden der Länder nicht nur die Überwachung, sondern auch die Geltendmachung der Ansprüche der Arbeitnehmer überträgt, lässt das Konzept des Diskussionsentwurfs den Arbeitnehmer allein.

## **II. Fazit**

Damit komme ich zum Schluss:

Die Armutslöhne, die inzwischen zu einer flächendeckenden Erscheinung geworden sind, machen eine Intervention durch den Gesetzgeber unumgänglich. Der Diskussionsentwurf wählt dazu einen individualrechtlichen Ansatz, indem er eine Konkretisierung der Sittenwidrigkeit der Entgeltvereinbarung empfiehlt. Die vorgeschlagene Regelung schießt jedoch, soweit sie eine flächen-

deckende Orientierung an den üblichen Entgelten vorsieht, ohne Not über das Ziel hinaus und lässt den Eindruck entstehen, auf die Tarifvertragsparteien komme es letztendlich nicht an. In den Bereichen, in denen sie besonders wichtig ist, den Niedrigentgeltsektoren, lässt sie es an einer klaren Orientierung fehlen und überlässt – im Unterschied zu den Konkurrenzmodellen – die Durchsetzung des angemessenen Entgelts allein den betroffenen Arbeitnehmern. Sie kann deshalb den in sie gesetzten Erwartungen, die Entgeltbestimmung durch das Setzen einer Untergrenze fairer zu gestalten, nicht gerecht werden.

Bleibt die Frage, ob die Regelung nicht doch als quasi „letztes Halteseil“ für die Fälle eingeführt werden sollte, in denen es an jeder sonstigen Sicherung fehlt. Nun, die Norm birgt die Gefahr, als Argument gegen eine kollektivrechtliche Absicherung des Mindestlohns instrumentalisiert zu werden und sich dann letztendlich als ein Placebo zu erweisen. Angesichts dessen ist es zu empfehlen, sich bei der Entgeltuntergrenze auf die kollektiven bzw. gesetzlichen Sicherungsverfahren zu konzentrieren und im Übrigen auf die Sittenwidrigkeitsrechtsprechung zu vertrauen. Einer darüber hinaus gehenden Sittenwidrigkeitsbestimmung in einem Arbeitsvertragsgesetz bedarf es deshalb nicht.

## **II. Diskussion im Anschluss an die Referate Kündigungsschutzrecht (Schmitz-Scholemann), Befristungsrecht (Koch), Ausgewogenes Austauschverhältnis (Weyand)**

Zunächst nahm Preis zu den Referaten Stellung. Er sagte, Weyand kritisiere § 34 Abs. 2 des Entwurfs zu Recht. Bei der Konzeption des Paragraphen zwei Jahre zuvor sei die Mindestlohndebatte noch nicht so weit fortgeschritten gewesen und Henssler und er hätten im Bewusstsein, die Problematik nicht ganz lösen zu können, einen kleinen Beitrag leisten wollen. Auch den Anmerkungen Kochs zur Befristung stimmte Preis zu. Entgegen den Ausführungen im Entwurf sei er für ein Streichen der Absätze 2 und 3 des § 14 TzBfG und das Einführen einer ein- oder sogar zweijährigen Probezeit. Den Einwurf aus dem Publikum, warum der Entwurf entgegen seiner Meinung gestaltet sei, verwarf Preis. Er wies auf die Notwendigkeit von Kompromissen hin. Gleiches treffe auf die von Schmitz-Scholemann an den §§ 57 Abs. 3 (Entfallen des Anspruchs auf Annahmeverzugslohn) und § 26 Abs. 2 AVGE (Freistellung ohne Angabe des Grundes) geübte Kritik zu. Er habe in den Regelungen Kompromisslösungen gesehen. Die von den Referenten geäußerten Bedenken seien gerechtfertigt: „Kurzum, im Grunde genommen, ich stimme Ihnen allen zu.“

Ein Diskussionsteilnehmer äußerte, es seien durch die vorhergehenden Referate viele gefährliche Lockerungen des Kündigungs- und Bestandsschutzes aufgezeigt worden. Er wolle noch drei Punkte hinzufügen. Die positive Bewertung der §§ 121–123 AVGE könne er inhaltlich nicht teilen. Aus formalen Gesichtspunkten sei es sicherlich ein Ansatz, etwas zusammenfassen zu wollen, aber inhaltlich sei den Regelungen des Entwurfs nicht zuzustimmen. Der Sonderkündigungsschutz für Schwerbehinderte werde



in § 121 Abs. 1 Nr. 3 b weiter eingeschränkt, als das BAG es schon vorgenommen habe. Bei der Sozialauswahl sei im Entwurf neben dem Kriterium des „Alters“ auch das der „Schwerbehinderung“ gestrichen worden. Außerdem entspreche der § 140 Abs. 6 AVGE zwar der alten, aber nicht mehr der neuen Rechtsprechung. Die genannten Beispiele wollte der Diskussionsteilnehmer lediglich als nicht gewichtete Beispiele verstanden wissen. Der Nutzen einer Kodifikation dürfe nicht zu einer Aufweichung der bestehenden Schutzvorschriften führen.

Zur Ergänzung wollte ein Diskussionsteilnehmer auf die Auslassungen des Entwurfs aufmerksam machen. Im Befristungsrecht sei dies, dass keine Definition dessen erfolge, was Teilzeit- und Befristetbeschäftigte seien. Auch werde nicht erwähnt, dass es ein ausdrückliches Verbot der Diskriminierung wegen Teilzeit- oder befristeter Beschäftigung gebe. Das sei aber in Zeiten, in denen die prekären Beschäftigungen zunähmen, eine besonders wichtige Vorschrift, die aus Gründen der Transparenz dringend aufzunehmen sei. Des Weiteren fehlten die Regelungen zur Informationspflicht über bestehende unbefristete Arbeitsverhältnisse.

Direkt an den Verfasser des Entwurfs wandte sich ein Diskussionsteilnehmer, indem er fragte, weshalb in der Sozialauswahl alles außer den „Unterhaltungspflichten“ weggefallen sei. Außerdem merkte er kritisch an, er verstehe nicht, warum Preis zwar hier sage, seines Erachtens sei die sachgrundlose Befristung zu streichen, er es aber im Entwurf nicht getan habe.

Preis antwortete, er habe bereits gesagt, es gebe auch „Verhandlungsergebnisse zwischen zwei Autoren, wo der eine nachgibt und der andere unterliegt“. Er wolle nun am „liebsten ein Koreferat halten, wo überall Verbesserungen im Kündigungsschutz sind“. Bei der Sozialauswahl habe der Fragende übersehen, dass es neben den „Unterhaltungspflichten“ noch das Kriterium der „Unternehmenszugehörigkeit“ gebe. Durch Letzteres würden ältere Arbeitnehmer, durch Ersteres die Familie geschützt. Die anderen

Kriterien halte er mit Henssler nicht für „zielführend.“ Hinsichtlich der Schwerbehinderung wolle er noch anmerken, dass ein völlig neues Schwerbehindertenrecht gebraucht werde. Dieses große Thema hätten die Verfasser des Entwurfs bewusst ausgespart.

Die Schlussworte hatten die Referenten. Schmitz-Scholemann merkte an, in der Diskussion seien viele einzelne Normen herangezogen worden. Der Eindruck, dass sie alle zulasten des Arbeitnehmers gingen, sei allerdings nicht richtig. Im Übrigen sei zu berücksichtigen, dass es sicherlich sehr schwierig sei, einen solchen Gemeinschaftstext wie den Entwurf zu verfassen. Wie schwierig es sei, habe er der Begründung zum Entwurf entnehmen können. In dieser heiße es: „Im vorliegenden Entwurf wird das geltende Recht deshalb behutsam fortentwickelt. Systematische Unstimmigkeiten, Widersprüche und Lücken werden auf eine gesetzliche Grundlage gestellt.“ Koch hatte nichts hinzuzufügen. Weyand wandte sich an Preis und fragte, welche Schlussfolgerungen dieser daraus ziehe, „allen Einwendungen der Referenten Recht gegeben zu haben“. Preis sah darin die Notwendigkeit, über die infrage stehenden Punkte erneut mit Henssler zu diskutieren.



# Flexibilisierung von Arbeitsbedingungen im Interesse von Arbeitnehmern und Betrieben?

Dr. Gerhard Reinecke,  
Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht

## 1. Einleitung

Nicht wenige Bestimmungen des Entwurfs eines Arbeitsvertragsgesetzes betreffen unmittelbar oder mittelbar die Flexibilisierung der Arbeitsbedingungen. In erster Linie sind hier die §§ 29 („Erweiterte Arbeitspflicht ...“), 30 („Anpassung der Arbeitszeit an den Arbeitsanfall“) und 31 („Anspruch auf Veränderung der Arbeitszeit“) zu nennen, ferner die §§ 18 („Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen“) und 98 („Änderungsvorbehalt und ähnliche Vereinbarungen“).

Nicht auf den ersten Blick erschließt sich die Bedeutung der gesetzlichen Bestimmungen zur Flexibilisierung für die hier interessierende Fragestellung, ob sie „beschäftigungsfördernd, sozialverträglich (und) zukunftsfähig“ sind oder sein können. Daher soll zunächst kurz dargestellt werden, welche Bedeutung ihnen vom Gesetzgeber und in der öffentlichen Diskussion bisher beigegeben wurde, worauf sich die Flexibilisierungsbestrebungen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern beziehen können und auf welcher rechtlichen Ebene sie realisiert werden (sollen).

<sup>1</sup> Weitere Beispiele: § 47 Abs. 3 S. 1 der Sächsischen FachschulVO, § 5 Nr. 1 der VO über die Prüfung zum anerkannten Abschluss Geprüfte Fachkraft für Arbeit- und Berufsförderung in Werkstätten für behinderte Menschen, § 5 der VO über die Prüfung zum anerkannten Abschluss Geprüfter Betriebswirt/geprüfte Betriebswirtin nach dem BBiG.

<sup>2</sup> Vgl. weiter § 13 Abs. 2 des Hessischen Gleichberechtigungsgesetzes, Art. 10 des Bayerischen Gleichstellungsgesetzes.

## 2. Flexibilität und Flexibilisierung – nur Modeworte?

Die Worte Flexibilität und Flexibilisierung gehören mittlerweile zum festen Wortschatz des Wirtschafts- und Arbeitslebens. Unternehmer, Arbeitgeber und Arbeitnehmer, auch Behinderte, wir alle sollen flexibel sein, fit für Gegenwart und Zukunft. Längst haben diese Worte Eingang in die Gesetzes- und Normensprache gefunden. Nach § 92a BetrVG können die Vorschläge des Betriebsrats zur Beschäftigungssicherung insbesondere (auch) „eine flexible Gestaltung der Arbeitszeit ... zum Gegenstand haben“. In zahlreichen Verordnungen wird Flexibilität als Bildungs- bzw. Ausbildungsziel genannt, z. B. in § 1 Abs. 4 Nr. 2 der Brandenburgischen Berufsschulverordnung vom 5.4.2002<sup>1</sup>.

Zahlreiche Bestimmungen betreffen die Flexibilisierung der Arbeitszeit und sollen diese fördern. Das Gesetz, mit dem das neue Arbeitszeitgesetz eingeführt wurde, heißt mit vollem Namen „Gesetz zur Vereinheitlichung und Flexibilisierung des Arbeitszeitrechts“. Nicht wenige Normen, z. B. § 385 Abs. 2 SGB III, nennen eine flexible Arbeitszeitgestaltung als Mittel zur Förderung der Chancengleichheit der Geschlechter und zur Frauenförderung.<sup>2</sup> Flexibilität und Flexibilisierung spielen nicht nur im deutschen Wirtschafts- und Arbeitsrecht eine wichtige Rolle. Das Grünbuch der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 22.11.2006 mit dem Titel „Ein modernes Arbeitsrecht für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts“ nennt einen „flexiblen integrativen Arbeitsmarkt“ als „die zentrale politische Herausforderung“.

Natürlich beziehen sich die Flexibilisierungsbestrebungen nicht nur auf Arbeitszeitdauer und -lage. Fast ebenso wichtig für Unternehmer/Arbeitgeber sind die Möglichkeiten eines flexiblen Arbeitseinsatzes, also ein weitgehendes Weisungsrecht, sowie die Flexibilisierung des Arbeitsentgelts, etwa durch Widerrufsklauseln und Freiwilligkeitsvorbehalte. Letztere betreffen unmittelbar das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung. Um die Flexibilisierung (fast) aller Arbeitsbedingungen geht es bei der Vereinbarung von Ruhenszeiten, z. B. während der Schulferien. Auch Bezugnahmeklauseln werden – das ist nicht so offensicht-

lich – im Zusammenhang mit Betriebsübergängen und Unternehmensumstrukturierungen als Flexibilisierungsinstrumente eingesetzt.

Landläufig werden das Flexibilisierungsinteresse des Arbeitgebers und das Sicherheitsinteresse des Arbeitnehmers gegenübergestellt, sinnfällig verbunden im vielfach gebrauchten Kunstwort „flexicurity“. Doch haben auch Arbeitnehmer Interesse an Flexibilität. Es hat durch gesetzliche Normen wie die der §§ 8, 9 TzBfG und § 15 BEEG und die Weiterbildungsgesetze der Länder Anerkennung gefunden.

Hier geht es nicht um „flexicurity“, sondern um die Flexibilisierungsmöglichkeiten für Arbeitgeber und Arbeitnehmer und ihre rechtlichen Grenzen, und zwar innerhalb des bestehenden Arbeitsverhältnisses, innerhalb bestehender Rechtsbeziehungen. Es geht also um interne Flexibilisierung und nicht um sogenannte externe Flexibilisierung, etwa durch Kündigung, Änderungskündigung, Leiharbeit, (mehr oder weniger) freie Mitarbeit, Vergabe von Werkverträgen, Praktika.

Bei allen Diskussionen um Flexibilität innerhalb des Arbeitsverhältnisses darf eines nicht außer Acht gelassen werden: Es ist offensichtlich, dass sich externe und interne Flexibilität ähnlich wie in kommunizierenden Röhren verhalten. Genauer gesagt: Schränken Gesetze und Rechtsprechung die interne Flexibilisierung zu sehr ein, weichen Arbeitgeber in die externe Flexibilisierung aus. Ein markantes Beispiel dafür ist § 12 TzBfG. Nach Satz 2 dieser Bestimmung muss die Vereinbarung einer Abrufarbeit „eine bestimmte Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit festlegen“. Das wurde den Flexibilitätsinteressen der Arbeitgeber, wohl auch mancher Arbeitnehmer zu wenig gerecht. Sie wichen aus auf Rahmenverträge mit beiderseitiger Unverbindlichkeit und den Abschluss befristeter Arbeitsverträge für einzelne oder mehrere Einsätze. Nach dem Urteil des BAG vom 7.12.2005<sup>3</sup> erfordert § 12 Abs. 1 S. 2 TzBfG nur die Festlegung einer Mindestdauer.

### **3. Die Regelungsebenen: Gesetz, Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung und Einzelarbeitsvertrag**

Arbeitgeber können ihre Flexibilisierungsinteressen meist im Verhandlungswege, also in den von ihnen gestellten Vertragsbedingungen durchsetzen. Das gilt insbesondere nach dem Urteil des Fünften Senats vom 7.12.2005<sup>4</sup>. Danach steht § 12 TzBfG – wie erwähnt – vertraglichen Bandbreitenregelungen nicht entgegen. Hier geht es in erster Linie um die Frage, ob und inwieweit die Arbeitnehmer gegen zu weitgehende Flexibilisierungsvereinbarungen geschützt werden. Hält die Klausel der Vertragskontrolle stand, kommt es darauf an, ob der Arbeitgeber von seinen vertraglichen Möglichkeiten den „richtigen“ Gebrauch gemacht hat – Ausübungskontrolle.

Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit sowie die Verteilung der Arbeitszeit werden vorzugsweise durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung geregelt, meist, aber nicht durchgehend im tariflich vorgesehenen Rahmen – § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG. Weit verbreitet sind Betriebsvereinbarungen zur gleitenden Arbeitszeit, die meist dem Flexibilisierungsinteresse beider Seiten Rechnung tragen, zum Teil mit sehr langen Ausgleichszeiträumen – Stichwort „Arbeitszeitkonten“, Modethema „Lebensarbeitszeitkonten“. Teilweise sehen diese Regelungen auch lange Zeiten des Aussetzens mit der Arbeit vor oder ermöglichen dies jedenfalls. Es gibt zahlreiche Betriebsvereinbarungen, mit denen die Arbeitszeitdauer zeitweise herabgesetzt wird, in aller Regel zur Beschäfti-

<sup>3</sup> – 5 AZR 535/04 – BAGE 116, 267 = AP TzBfG § 12 Nr. 4 = EzA Nr. 2. Die vom Arbeitgeber, nicht vom Arbeitnehmer (!), eingelegte Verfassungsbeschwerde wurde mit Beschluss vom 23.11.2006 – 1 BvR 1909/06 – (AP BGB § 307 Nr. 22 = NJW 2007, 286) nicht zur Entscheidung angenommen.

<sup>4</sup> – 5 AZR 535/04 – BAGE 116, 267 = AP TzBfG § 12 Nr. 4 = EzA Nr. 2. Anders noch die Vorinstanz LAG Düsseldorf 17.10.2004 – 18 Sa 224/04 – LAGE BGB 2002 § 315 Nr. 1, das Bandbreitenregelungen für nach § 134 BGB unwirksam gehalten hat.

gungssicherung – § 87 Abs. 1 Nr. 3, § 92a Abs. 1 BetrVG. Betriebsvereinbarungen unterliegen nicht der AGB-Kontrolle – § 310 Abs. 4 S. 1 BGB –, wohl aber einer Kontrolle nach § 75 BetrVG.

Auch viele Tarifverträge enthalten Bestimmungen zur Flexibilisierung, etwa Bandbreitenregelungen oder Öffnungsklauseln, die abweichende Regelungen auf betrieblicher Ebene erlauben. Die Kontrolldichte ist jedoch deutlich geringer. Das immer wieder gebrauchte Schlagwort heißt „Richtigkeitsgewähr“. Die Gerichte haben Tarifverträge nur daraufhin zu überprüfen, ob sie gegen das Grundgesetz oder anderes höherrangiges Recht verstoßen.<sup>5</sup>

Arbeitnehmer können ihre Flexibilisierungsinteressen längst nicht im selben Umfang wie Arbeitgeber im Arbeitsvertrag durchsetzen. Hier ist der Gesetzgeber gefordert. Manche Arbeitnehmer wünschen sich etwa eine abwechslungsreichere Arbeit, ein Interesse, das nicht geschützt wird. Anders verhält es sich mit dem Interesse an Verkürzung oder Verlängerung der Arbeitszeit und an einem Aussetzen mit der Arbeit. Es hat – wie erwähnt – durch zahlreiche gesetzliche Normen Anerkennung gefunden. Die wichtigsten sind § 8, 9 TzBfG und § 15 BEEG. Weiter sind hier zu nennen der – allerdings dispositiv – § 616 BGB, der unterdessen wieder in seiner ursprünglichen Fassung vom 1.1.1900 gilt, und die Weiterbildungsgesetze der Länder.

<sup>5</sup> *Ständige Rechtsprechung, z. B. BAG 28.7.2005 – 3 AZR 14/05 – DB 2006, 166.*

<sup>6</sup> *NZA-Beilage 1/2007, S. 5*

#### **4. Flexibilisierung der Arbeitsbedingungen im Diskussionsentwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes (AVGE)**

Hier geht es sowohl um Normen, die unmittelbar Flexibilität ermöglichen, als auch um Normen, die Flexibilität begrenzen. Wichtig ist dabei, ob und ggf. welche Änderungen der Entwurf gegenüber dem heutigen Recht bringt.

##### **4.1 Art der Arbeitsleistung**

§ 28 AVGE entspricht wörtlich § 106 GewO. § 28 Abs. 2 („Eine Weisung, die diesen Anforderungen nicht genügt, ist für den Arbeitnehmer nicht verbindlich.“) enthält eine wünschenswerte Klarstellung.

§ 29 AVGE („Erweiterte Arbeitspflicht aus betrieblichen Gründen/Kurzarbeit“) ist neu. Er enthält, wie die Verfasser des Entwurfs selbst sagen<sup>6</sup>, materielle Änderungen zugunsten der Arbeitgeber. Die Absätze 1 und 2 betreffen die Überstunden, Absatz 3 die Kurzarbeit, die Absätze 1 und 4 die Erweiterung des Weisungsrechts „aus dringenden betrieblichen Gründen“ und „in Notfällen“. Die Erweiterung des Direktionsrechts im letztgenannten Fall erscheint sinnvoll. Die Schaffung der Verpflichtung des Arbeitnehmers, „aus dringenden betrieblichen Gründen“ an einem vom Arbeitsvertrag abweichenden Ort zu arbeiten oder eine abweichende Tätigkeit auszuüben, ist nicht unproblematisch, zumal sich der Arbeitgeber durch entsprechende Flexibilisierungsklauseln im Arbeitsvertrag solche Rechte auch vertraglich sichern kann. Zudem besteht bei den vielen kurzfristigen und prekären Arbeitsverhältnissen kein Bedürfnis nach einer solchen Regelung.

##### **4.2 Arbeitszeitdauer, Arbeitslage**

§ 30 AVGE („Anpassung der Arbeitszeit an den Arbeitsanfall“) soll § 12 TzBfG („Arbeit auf Abruf“) ersetzen. § 12 Abs. 1 S. 2 TzBfG („Die Vereinbarung muss eine bestimmte Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit festlegen.“) soll ersetzt werden durch die Formulierung in § 30 Abs. 1 AVGE („so ist zugleich eine bestimmte monatliche, wöchentliche oder tägliche Mindest-

dauer der Arbeitszeit zu vereinbaren.“). Wenn nunmehr von einer „Mindestdauer“ die Rede ist, so wird damit die Rechtsprechung (Urteil vom 7.12.2005) kodifiziert. Das erscheint mir vernünftig. Dass aber die Mindestdauer der Arbeitszeit auch auf einen Monat bezogen werden kann, bedeutet trotz der viertägigen Ankündigungsfrist eine spürbare Erweiterung der Flexibilisierungsmöglichkeiten.

§ 31 AVGE übernimmt im Wesentlichen die Regelungen der §§ 8, 9 TzBfG. Allerdings wurden die Schwellwerte von 16 auf 11 Arbeitnehmer verringert. Nach § 8 Abs. 4 S. 3 TzBfG können die Gründe, die den Arbeitgeber zur Ablehnung des Verringerungswunsches des Arbeitnehmers berechtigen, durch Tarifvertrag festgelegt werden. § 31 Abs. 7 AVGE erklärt die Vorschriften zu den Ansprüchen auf Verringerung bzw. Erhöhung der Arbeitszeit insgesamt für tarifdispositiv. Sinnvoll ist die Integration des Anspruchs auf Verringerung der Arbeitszeit während der Elternzeit nach § 3 Abs. 3 AVGE.

#### **4.3 Aussetzen mit der Arbeit**

§ 33 Abs. 1 Nr. 1 AVGE enthält die sinnvolle Klarstellung, dass der Arbeitnehmer bei rechtswidrigen Weisungen ein Leistungsverweigerungsrecht hat. § 33 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 AVGE entspricht § 275 Abs. 3 BGB. § 33 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 AVGE enthält Regelbeispiele, unter lit. c eine Regelung zum „Pflegeurlaub“, die keine Fristbegrenzung enthält. Sie wird ergänzt durch § 59 AVGE, wonach das Entgelt für einen Zeitraum von insgesamt höchstens einer Woche pro Kalenderjahr fortzuzahlen ist.

§ 26 Abs. 2 AVGE berechtigt den Arbeitgeber zur bezahlten Freistellung des Arbeitnehmers von der Arbeit, „wenn der Arbeitsvertrag zuvor gekündigt oder das Recht zur Freistellung aus sonstigen sachlichen Gründen im Arbeitsvertrag vereinbart wurde“. Damit würde der bisher von der Rechtsprechung entwickelte prozessuale Weiterbeschäftigungsanspruch entfallen und damit ein Mittel, den Bestandsschutz, der weiterhin Ziel des Kündigungsschutzes nach dem AVGE ist, effektuieren.

Völlig neu ist § 72 AVGE („Weiterbildung“). Absatz 1 verpflichtet den Arbeitgeber zur Weiterbildung, Absatz 2 den Arbeitgeber zu Informationen und zur Unterstützung der Weiterbildung. Nach § 72 Abs. 3 AVGE soll der Arbeitnehmer einen Anspruch auf – wohl bezahlte – Freistellung zur beruflichen Weiterbildung in Höhe von x Tagen haben. Insbesondere mit dieser Vorschrift erweist sich der AVGE als „zukunftsorientiert“.

#### **4.4 Vorschriften zu arbeitsvertraglichen Flexibilisierungsklauseln**

Hier sind in erster Linie die §§ 18 und 96 AVGE zu nennen. § 18 AVGE enthält allgemeine Vorschriften zur Vertragskontrolle.<sup>7</sup> § 18 AVGE übernimmt mit einigen Modifikationen die Vorschriften der §§ 305 ff. BGB. § 18 Abs. 1 S. 1 AVGE stellt sinnvollerweise von vornherein auf das entscheidende Kriterium ab, nämlich dass die Kontrolle bei allen vom Arbeitgeber gestellten Vertragsbedingungen eingreift, gleichgültig, ob es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt oder nicht. Allerdings enthält die Vorschrift hinsichtlich des Stellens der Bedingungen keine Beweislastregel mehr, wie sie in § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB enthalten war, und zwar in der Form eines sprachlichen Regel-Ausnahmeschemas („es sei denn, dass“).

§ 18 Abs. 2 AVGE scheint eine selbstverständliche Regelung zu enthalten. Diese Vorschrift ist aber sinnvoll, da § 305 Abs. 2, 3 BGB nach § 310 Abs. 4 S. 2 2. HS. BGB im Arbeitsrecht nicht anzuwenden ist.

§ 18 Abs. 3 bis 5 AVGE enthalten § 305 b und § 305 c BGB entsprechende Regelungen, Abs. 6 Regelungen, die § 307 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 sowie § 310 Abs. 3 S. 2 BGB entsprechen.

<sup>7</sup> Die Überschrift ist ungenau. § 18 enthält nicht nur Vorschriften zur Inhaltskontrolle, sondern auch zur Einbeziehungskontrolle. Deshalb sollte die Überschrift schlicht „Kontrolle allgemeiner Vertragsbedingungen“ lauten.

§ 18 Abs. 7 S. 1, 2 AVGE ist nachhaltig zu begrüßen, da er den Inhalt des § 307 Abs. 3 S. 1 BGB in eine verständliche Form bringt. S. 3 HS. 1 dieser Bestimmung entspricht § 310 Abs. 4 S. 3 BGB. Der 2. Halbsatz bestimmt ausdrücklich, dass Gleiches „auch für Tarifverträge (gilt), auf die im Arbeitsvertrag v o l l s t ä n d i g Bezug genommen wird und die im Fall beidseitiger Tarifbindung für das Arbeitsverhältnis unmittelbar und zwingend gelten würden“.

§ 18 Abs. 8 AVGE enthält Bestimmungen, die im Wesentlichen in §§ 309 und 308 BGB enthalten sind. Nummer 1 von Abs. 8 entspricht im Wesentlichen § 309 Nr. 12 BGB. Es dürfte aber ein Redaktionsversehen sein, dass dort der Satz fehlt: „Buchstabe b gilt nicht für Empfangsbekanntnisse, die gesondert unterschrieben oder mit einer gesonderten qualifizierten elektronischen Signatur versehen sind“. § 18 Abs. 8 Nr. 2, 3 und 4 AVGE entsprechen § 309 Nr. 13, § 308 Nr. 5, 6 BGB. § 18 Abs. 9 AVGE entspricht § 306 Abs. 1, 2 BGB. § 306 Abs. 3 BGB, wonach der Vertrag unwirksam ist, wenn das Festhalten an ihm unzumutbar wäre, wurde nicht übernommen. Diese Bestimmung wurde bisher im Arbeitsrecht auch nicht angewandt.

§ 96 AVGE enthält Vorschriften zum Änderungsvorbehalt und ähnlichen Vereinbarungen. Damit soll § 308 Nr. 4 BGB in seinem arbeitsrechtlichen Anwendungsbereich ersetzt werden. Das ist im Grundsatz sinnvoll, da § 308 Nr. 4 BGB nur die Änderung der Leistungen des Verwenders von AGB betrifft, nicht aber die Vereinbarung eines Rechts, die Leistung des Vertragspartners des Verwenders zu ändern. Der Maßstab muss derselbe sein. Das ergibt sich aus § 96 Abs. 1 S. 1 AVGE. S. 2 des § 96 Abs. 1 AVGE modifiziert die Rechtsprechung des BAG<sup>8</sup>. Nach dieser Entscheidung muss die Vertragsklausel „außerdem die Richtung angeben, aus der der Widerruf möglich sein soll (wirtschaftliche Gründe, Leistung oder Verhalten des Arbeitnehmers)“. Diese Entscheidung betraf (nur) die Arbeitsentgeltflexibilisierung, genauer gesagt, die Widerrufs-klauseln. Es ist fraglich, welche Bedeutung § 96 Abs. 1 S. 2 AVGE in anderen Fällen der Flexibilisierung hat.

Neu ist § 96 Abs. 2 AVGE, der für die Ausübung des Änderungsvorbehalts die Wahrung einer Mindestfrist von einem Monat zum Ende eines Kalendermonats vorschreibt. Nach § 96 Abs. 4 S. 1 AVGE hat die Ausübung bei Wirksamkeit des Änderungsvorbehalts „nach billigem Ermessen zu erfolgen“. Es ist sinnvoll, die sich sonst aus § 315 BGB ergebende Ausübungskontrolle hier zu „platzieren“. § 96 Abs. 6 AVGE lässt tarifvertragliche Abweichungen auch zuungunsten des Arbeitnehmers zu. Das entspricht § 310 Abs. 4 S. 1 BGB, wonach die AGB-Vorschriften keine Anwendung auf Tarifverträge finden. Betriebs- und Dienstvereinbarungen werden in den §§ 18, 96 AVGE nicht ausdrücklich erwähnt. Es ist fraglich, ob daraus der Gegenschluss gezogen werden kann, dass Betriebsvereinbarungen ebenso wie Arbeitsverträge nach den §§ 18, 96 AVGE kontrolliert werden können. Eine Regelung dieses Punktes würde wohl sinnvoll sein.

Der bereits behandelte § 97 AVGE (Änderungskündigung) wird an dieser Stelle nur deshalb erwähnt, um noch einmal auf den Zusammenhang zwischen innerer und äußerer Flexibilität hinzuweisen.

Weitere Vorschriften zur Flexibilisierung enthält § 38 AVGE. § 38 Abs. 2 AVGE entspricht § 315 Abs. 1 BGB. Ob eine solche Wiederholung an dieser Stelle sinnvoll ist, erscheint mir fraglich, da die für die Praxis wichtigen Regelungen, nämlich die Absätze 2 und 3 von § 315 BGB, nicht übernommen wurden. Nach § 38 Abs. 3 S. 1 AVGE können Sondervergütungen unter Freiwilligkeitsvorbehalt gestellt werden. Daraus wird zu schließen sein, dass das bei laufenden Leistungen unzulässig ist. Damit würde die Rechtsprechung kodifiziert. Nach dem Urteil des BAG vom 25.4.2007<sup>9</sup> sind Klauseln unwirksam, die bei monatlich zu zahlenden Leis-

<sup>8</sup> Urteil vom 12.1.2005 – 5 AZR 364/04 – BAGE 113, 140 = AP BGB § 308 Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 308 Nr. 1.

<sup>9</sup> – 5 AZR 627/06 – AP BGB § 308 Nr. 7 = EzA BGB 2002 § 397 Nr. 20 = DB 2007, 1757 = BB 2007, 1900.



tungszulagen jeden Rechtsanspruch ausschließen. Dagegen sind derartige Freiwilligkeitsvorbehalte bei Sonderzahlung nach ständiger Rechtsprechung zulässig.<sup>10</sup> § 38 Abs. 3 S. 2 AVGE erklärt für bestimmte Freiwilligkeitsvorbehalte § 96 Abs. 1 und 2 für anwendbar. Diese Vorschrift sollte klarer gefasst werden.

Mittelbar betrifft auch § 40 AVGE („Rückzahlung von Sondervergütungen“) die Flexibilität von Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Rückzahlungsklauseln erschweren dem Arbeitnehmer die Kündigung und damit die Wahrnehmung seines Rechts zur externen Flexibilisierung. Nach bisheriger Rechtsprechung des Zehnten Senats des BAG<sup>11</sup> sind Klauseln, die den Anspruch auf die Sonderzahlung daran knüpfen, dass das Arbeitsverhältnis über den Auszahlungszeitpunkt hinaus innerhalb eines bestimmten Zeitraums fortbesteht, auch dann zulässig, wenn der Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht im Verantwortungsbereich des Arbeitnehmers liegt, wie das bei betriebsbedingten Kündigungen der Fall ist. Damit wird der Arbeitgeber zur Kündigung gerade zum Stichtag und nicht etwa zu einem Zeitpunkt danach ermutigt, also zur externen Flexibilisierung. Allerdings hat der Zehnte Senat diese Rechtsprechung in seinem Urteil vom 24.10.2007<sup>12</sup> (deutlich) infrage gestellt. Insofern nimmt § 40 Abs. 1 S. 1 AVGE, der derartige Rückzahlungsklauseln nur für wirksam erklärt, wenn sie die Rückzahlung für den Fall einer vom Arbeitnehmer zumindest mit veranlassten Beendigung vorsieht, wohl nur eine bevorstehende Änderung der Rechtsprechung vorweg. Damit würde dem Arbeitgeber diese gewinnbringende externe Flexibilisierung etwas erschwert.

Der Grundsatz, dass verdienter Lohn nicht mehr entzogen werden darf, der im Wesentlichen nur auf Arbeitsentgelt im engeren Sinne, etwa auf Zulagen zum Zeitlohn und Provisionen, angewandt wurde<sup>13</sup>, soll in § 40 Abs. 1 S. 2 AVGE kodifiziert werden. Das ist sinnvoll.

## 5. Fazit

Die Bestimmungen des Entwurfs zur Flexibilisierung der Arbeitsbedingungen weichen in einigen Punkten vom geltenden Recht ab. So erweitert § 29 AVGE das Direktionsrecht des Arbeitgebers. Bedenklich ist, dass der Arbeitnehmer, wenn auch nur „aus dringenden betrieblichen Gründen“, auf Verlangen des Arbeitgebers verpflichtet sein soll, „an einem von der arbeitsvertraglichen Vereinbarung abweichenden Ort zu arbeiten oder eine von der arbeitsvertraglichen Leistungspflicht abweichende Tätigkeit auszuüben“. Im Regelfall wird sich der „Normalarbeitnehmer“ einem solchen Wunsch nicht verschließen. Die Einräumung eines Rechts des Arbeitgebers würde aber die Konturen des Weisungsrechts zwar nicht in der Theorie, wohl aber in der Praxis verschwimmen lassen. Kann man einem Arbeitnehmer wirklich noch ernsthaft empfehlen, einer auf dringende betriebliche Gründe gestützten Weisung nicht nachzukommen, wenn man solche Gründe nicht für gegeben hält?

§ 31 („Anspruch auf Veränderung der Arbeitszeit“) enthält eine begrüßenswerte Absenkung des Schwellenwertes und gestaltet den Anspruch tarifdispositiv.

Zukunftsorientiert, „zukunftsfähig“ erweist sich der Entwurf mit seinem § 72 („Weiterbildung“) jedenfalls dann, wenn „klargestellt“ wird, dass der Arbeitnehmer Anspruch auf bezahlte Freistellung hat.

<sup>10</sup> BAG 23.10.2002 – 10 AZR 48/02 – BAGE 103, 151 = AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 243 = EzA Nr. 169 = DB 2003, 286 = BB 2003, 369; 24.10.2007 – 10 AZR 825/06 – für BAGE vorgesehen.

<sup>11</sup> BAG 28.3.2007 – 10 AZR 261/06 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 265 = EzA BGB 2002 § 611 Gratifikation, Prämien Nr. 21.

<sup>12</sup> – 10 AZR 825/06 – für BAGE vorgesehen.

<sup>13</sup> BAG 13.9.1974 – 5 AZR 48/74 – AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 84 = EzA Nr. 43 = DB 1974, 24, 83 = BB 1974, 1639, zu 2 b der Gründe.



Die Aufnahme der das Arbeitsrecht betreffenden Vorschriften der §§ 305 ff. BGB in den AVGE ist zu begrüßen, ebenso – jedenfalls im Grundsatz – die Tendenz, Ergebnisse der arbeitsgerichtlichen AGB-Kontrolle zu kodifizieren. Der Entwurf enthält aber nur wenige inhaltliche Änderungen.

## Arbeitsvertrag und Allgemeine Vertragsbedingungen im Diskussionsentwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes

---

*Prof. Dr. Holger Senne,  
Fachhochschule Dortmund*

Die Inhaltskontrolle allgemeiner Vertragsbedingungen im Diskussionsentwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes ist m. E. gelungen. Die vorgesehene Regelung führt gegenüber der heutigen Rechtslage zu mehr Klarheit und Nachvollziehbarkeit für die Arbeitsvertragsparteien.

### **Die Regelung der Inhaltskontrolle**

Die zentrale Norm zur Inhaltskontrolle allgemeiner Vertragsbedingungen befindet sich in § 18 des Entwurfs. Die Bestimmung ist eine Regelung *lex specialis* gegenüber den §§ 305 ff. BGB. § 18 Abs. 1 enthält eine Begriffsbestimmung allgemeiner Vertragsbedingungen des Arbeitsvertrages. Absatz 2 regelt die Voraussetzungen für die Einbeziehung (ausdrücklicher Hinweis, Möglichkeit der Kenntnisnahme) und entspricht damit dem heutigen § 305 Abs. 2 BGB. Absatz 3 normiert entsprechend § 305 b BGB den Vorrang der Individualabrede, Absatz 4 enthält den Ausschluss ungewöhnlicher Klauseln entsprechend § 305 c Abs. 1 BGB. Die Auslegungsregel des Absatzes 5 übernimmt die Funktion des § 305 Abs. 2 BGB.

Bedeutsam für die zukünftige Inhaltskontrolle ist § 18 Abs. 6 des Entwurfs, der vergleichbar dem heutigen § 307 BGB den Ausschluss von Regelungen vorsieht, die den Arbeitnehmer unangemessen benachteiligen. Ferner ist hier das Transparenzgebot verankert.

Eine wichtige Weichenstellung wird in Absatz 7 des § 18 vollzogen: „Abreden, die unmittelbar die Höhe des Arbeitsentgelts, die vereinbarte Arbeitsleistung oder die Dauer der Arbeitszeit regeln, unterliegen einer Inhaltskontrolle ausschließlich nach Absatz 6 Satz 2

in Verbindung mit Absatz 6 Satz 1.“ Damit werden insoweit die Regelungen der §§ 308 und 309 BGB ausgeschlossen.

In der Veranstaltungsdiskussion wurden an dieser Stelle Bedenken geäußert, die ich im Ergebnis nicht teile. Zwar sehe ich aufgrund der dogmatischen Konzeption des § 18 des Entwurfs (m. E. Regelung *lex specialis* gegenüber den §§ 305 ff. BGB) insoweit keine Möglichkeit des Rückgriffs über § 1 Abs. 1 S. 2 des Entwurfs auf die heutigen Bestimmungen der AGB-Kontrolle, jedoch werden vermutete „Lücken“ einerseits über § 18 Abs. 6 des Entwurfs erfasst, andererseits – das wird die noch darzustellende empirische Untersuchung zeigen – greifen bei Einzelklauseln zusätzliche besondere Bestimmungen, die im Ergebnis zu befriedigenden Lösungen führen.

Absatz 8 des § 18 der Entwurfsfassung enthält in Ziffer 1 den Ausschluss bestimmter Beweislastregelungen. Ziffer 2 regelt den Ausschluss bestimmter Formvorschriften oder Zugangserfordernisse, Ziffer 3 schließt bestimmte fingierte Erklärungen aus, Ziffer 4 verhindert Zugangsfiktionen in den tatbestandlich beschriebenen Fällen.

§ 18 Abs. 9 schließt in Übereinstimmung mit der heutigen Rechtslage § 139 BGB aus, die Rechtsfolge der Teilnichtigkeit entspricht § 305 c Abs. 2 BGB.

Im Rahmen der Vorbereitung meiner Präsentation habe ich 50 Vertragsklauseln einer empirischen, vergleichenden Untersuchung unterzogen. Bei der Untersuchung ergab sich, dass die Lösung des Entwurfs in Regelfall im Vergleich zur heutigen Rechtslage für die Arbeitsvertragsparteien eher nachvollziehbar ist und sich durch einen höheren Grad an Klarheit auszeichnet. Der Grund dafür liegt u. a. darin, dass ein Rückgriff auf „arbeitsrechtliche Besonderheiten“ nach dem Entwurf nicht mehr nötig ist, sondern eine maßgeschneiderte arbeitsrechtliche Dogmatik für die AGB-Kontrolle begründet wird. Aus Zeitgründen musste ich für die Präsentation eine Auswahl treffen und habe mich – jeweils ausgehend von einer bereits höchstrichterlich entschiedenen Fallkonstellation – auf sechs typische Vertragsklauseln beschränkt. Die entsprechenden Lösungen werden nachfolgend vorgestellt:

### **Freiwilligkeitsvorbehalt**

Ausgegangen bin ich von dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 25.4.2007 – 5 AZR 627/06. Laufendes Arbeitsentgelt wurde unter Freiwilligkeitsvorbehalt gestellt. Das Bundesarbeitsgericht erkannte den pauschalen, grundlosen Vorbehalt als unangemessen im Sinne des § 307 Abs. 1 und 2 BGB. Der Arbeitnehmer konnte den vollen Anspruch auf die Leistungszulage geltend machen.

Der Entwurf beschränkt in § 38 Abs. 3 den Freiwilligkeitsvorbehalt auf echte Sonderleistungen, ansonsten erfolgt ein Verweis auf § 96 Abs. 1 und 2 des Entwurfs: „Eine Vereinbarung, die dem Arbeitgeber das Recht zur einseitigen Änderung von Vertragsbedingungen vorbehält (Änderungsvorbehalt), unterliegt der Inhaltskontrolle nach Maßgabe des § 18. Sie ist unangemessen benachteiligend, wenn in der Vereinbarung weder der Zweck noch der Grund für die vorbehaltene Änderung in allgemeiner Form geregelt ist.“ Vergleicht man die Rechtslage des Entwurfs mit der des BGB, ist festzustellen, dass sich das Ergebnis nicht ändert, die Entwurfslösung gegenüber der heutigen Rechtslage jedoch eindeutiger ist.

### **Widerrufsvorbehalt**

Dem Sachverhalt des Urteils des Bundesarbeitsgerichts vom 19.12.2006 – 9 AZR 294/06 – lag eine grundlose Widerrufsklausel in einer Dienstwagenregelung zugrunde. Die Zumutbarkeit wurde vom Senat nach § 308 Nr. 4 BGB beurteilt. Die Klausel „aus jedem Anlass“ wurde als zu weitgehend und damit als unwirksam erkannt.

Die Lösung des Entwurfs ist in § 96 Abs. 1 und 2 zu suchen. Der vorstehende Widerrufsvorbehalt wäre ein Änderungsvorbehalt im Sinne des Entwurfs. Da Zweck und Grund fehlen, wäre die Vertragsregelung nach § 18 Abs. 6 des Entwurfs unwirksam. Das Ergebnis ändert sich nicht.

Bei derartigen Fallkonstellationen würde Richterrecht weiterhin Bedeutung behalten, so die Anforderung der Rechtsprechung, dass nicht mehr als 25 % des regelmäßigen Verdienstes dem Vor-

behalt unterliegen dürfen.<sup>1</sup> Dies würde ebenfalls über § 18 Abs. 6 Entwurf erfasst.

### **Bezugnahmeklausel**

In seinem Urteil vom 14.12.2005 – 4 AZR 536/04 – hatte sich das Bundesarbeitsgericht mit einer Bezugnahmeklausel zu befassen. Die Auslegungsregel „dynamische Bezugnahmeklausel = Gleichstellungsklausel“ ist auf Verträge, die nach dem 31.12.2001 geschlossen sind, nicht mehr anzuwenden. Das Gericht erkannte einen Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB und der Unklarheitenregel des § 305 c Abs. 2 BGB.

Nach dem Entwurf würde die Klausel nach § 18 Abs. 6 und Abs. 5 beurteilt, das Ergebnis ändert sich nicht.

### **Vertragsstrafenklausel**

Ausgangspunkt ist der Sachverhalt des Urteils des Bundesarbeitsgerichts vom 4.3.2004 – 8 AZR 196/ 03 –. Nach der Rechtsprechung sind formularmäßige Vertragsstrafenklauseln zulässig und werden nicht nach § 309 Nr. 6 BGB ausgeschlossen; insoweit stellt § 888 Abs. 3 ZPO eine arbeitsvertragliche Besonderheit dar. Eine Unangemessenheit der Klausel kann allerdings in einem Missverhältnis zwischen der Pflichtverletzung und der Höhe der Vertragsstrafe begründet sein (§ 307 BGB).

Im Entwurf ist die Vertragsstrafe in § 90 geregelt. Sie wäre nach § 90 Abs. 1 Ziff. 1 des Entwurfs zulässig. Die Höhe der Vertragsstrafe ist nach § 90 Abs. 2 auf ein Bruttomonatsgehalt begrenzt. Das Ergebnis ändert sich damit lediglich hinsichtlich der Höhe. Die Entwurfslösung ist gegenüber der heutigen Rechtslage eindeutiger und für die Vertragsparteien nachvollziehbarer, da der für den juristischen Laien kaum nachvollziehbare Rückgriff auf das Zwangsvollstreckungsrecht entbehrlich wird.

<sup>1</sup> Siehe dazu *AnwK-ArbR/Hümmerich*, § 307 BGB, Rn. 60.

<sup>2</sup> Ausführlich dazu *Petra Senne, Arbeitsrecht, Das Arbeitsverhältnis in der betrieblichen Praxis*, 4. Aufl., Köln, 2007, S. 236 m. w. N. auf die Rechtsprechung; grundlegend zu der Thematik Rückzahlung von verauslagten Bildungsinvestitionen *Düwell/Ebeling, DB 2008, 406 ff.*

### **Rückzahlungsklauseln bei Fortbildungskosten**

Mit dieser Thematik hatte sich das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 11.4.2006 – 9 AZR 610/05 – zu befassen. Führt ein Arbeitgeber eine finanzierte Fortbildungsmaßnahme durch, die auch die individuellen Chancen des Mitarbeiters auf dem Arbeitsmarkt verbessern, können Rückzahlungsverpflichtungen wirksam werden. Die Bindungsfristen sind dabei u. a. abhängig von der Fortbildungsdauer. § 307 BGB schließt Klauseln aus, die unabhängig von der Art der vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Rückzahlungspflicht entstehen lassen. Im Entwurf ist eine Spezialregelung für Weiterbildungsmaßnahmen, die ausschließlich betrieblichen Interessen dienen, in § 72 Abs. 4 enthalten. Die Regelung legt für diesen Fall dem Arbeitgeber die Kostentragungspflicht auf. Ansonsten erfolgt eine Beurteilung nach § 18 Abs. 6 des Entwurfs in Übereinstimmung mit § 307 BGB. Dabei behalten die richterrechtlichen Grundsätze zur Bindungsdauer weiter Bedeutung.<sup>2</sup> Hier sollte eine umfassende Regelung erwogen werden, die die richterrechtlichen Grundsätze aufgreift.

### **Ausschlussklauseln**

Der 5. Senat des Bundesarbeitsgerichtes hatte sich in seinem Urteil vom 28.9.2005 – 5 AZR 52/05 – mit einer Ausschlussklausel zu befassen. Eine einzelvertragliche Ausschlussfrist, die die schriftliche Geltendmachung aller Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis innerhalb einer Frist von weniger als drei Monaten ab Fälligkeit verlangt, ist nach § 307 BGB unwirksam. Dabei werden kurze gesetzliche Ausschlussfristen als arbeitsrechtliche Besonderheiten gewertet.

Im Entwurf werden Ausschlussfristen in § 147 mit einer Mindestfrist von drei Monaten geregelt. Das Ergebnis ändert sich wiederum nicht, die Entwurfslösung ist jedoch gegenüber der heutigen Rechtslage eindeutiger, da es nicht mehr der Begründung über „arbeitsrechtliche Besonderheiten“ bedarf, die für die juristisch nicht geschulten Vertragsparteien kaum nachvollziehbar sind.

## Fazit

Die aufgezeigte empirische Untersuchung ließe sich umfangreich fortsetzen. Sie macht einmal deutlich, dass § 18 des Entwurfs gleichsam die allgemeine Regelung der AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht darstellt, die bei spezifischen Klauseln durch zahlreiche besondere Bestimmungen ergänzt wird. Befürchtete „Lücken“ sind auch in der umfangreicheren Voruntersuchung nicht erkennbar gewesen.

Die Thematik bietet Anregung für weitere wissenschaftliche Arbeit. Der Verfasser hat bereits ein Dissertationsthema zur Inhaltskontrolle allgemeiner Vertragsbedingungen im Arbeitsrecht gegeben, in dem der erörterte Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes Untersuchungsgegenstand sein wird. Es gilt, die lohnende wissenschaftliche Arbeit an dem Entwurf fortzusetzen.<sup>3</sup> Dieser stellt nach Auffassung des Verfassers eine hervorragende Grundlage zur Schaffung eines Arbeitsvertragsgesetzes dar.

<sup>3</sup> Zu den Vorgängerentwürfen bis 1977 siehe Holger Senne, *Die Entwürfe zu einem Arbeitsvertragsgesetz – Grundlagen und Kritik* –, Dissertation, Marburg 1980; hervorragend dokumentiert sind die Entwürfe von Ramm, *Entwürfe zu einem Deutschen Arbeitsvertragsgesetz*, Frankfurt am Main, 1992.

## Leiharbeit

*Prof. Dr. Peter Schüren,  
Westfälische Wilhelms-Universität Münster*

### 1. Einleitung

Zuerst möchte ich mich bei den Veranstaltern bedanken, dass sie mir Gelegenheit geben, über den Teil des Entwurfs zu sprechen, der sich mit der Leiharbeit beschäftigt. Leiharbeiter sind immer noch eine Randgruppe. Doch wird es, wenn es so weitergeht, bald eine Million davon geben – die Nachfrage nach Leiharbeitnehmern wächst gewaltig, denn sie kosten insbesondere für einfache Tätigkeiten wenig, und man kann sie seit 2003, ohne teure Bindungen einzugehen, nutzen. Sie sind auch deshalb interessant, weil sie ein gutes Beispiel dafür abgeben, was mit einer Gruppe geschieht, deren Interessen niemand vertritt. So ähneln sie ein wenig den arbeitenden Frauen in den 50er-Jahren, denen die Leichtlohngruppen von Arbeitgebern und Gewerkschaften verpasst wurden.

Erlauben Sie mir, dass ich etwas vorneweg schicke, was meine Person betrifft. Ich will etwas klarstellen. Mit Leiharbeit wird viel Geld verdient – von den Verleihern und von Entleihern. Der rechtliche Rahmen ist für die wirtschaftliche Entwicklung der Branche von großer Bedeutung. Wer sich hier öffentlich äußert, nimmt Einfluss. Wo es um sehr viel Geld geht, sollte man wissen, wer was und wen finanziert. Ich möchte vorneweg schicken, dass ich mit dem, was ich hier sage, in niemandes anderen Diensten stehe als in denen des Landes Nordrhein-Westfalen. Ich bin dort Professor an der Universität Münster. Ansonsten werde ich nicht dafür vergütet, dass ich hier dieses oder jenes erzähle.

Jetzt aber zur Arbeitnehmerüberlassung und den Rechtsverhältnissen der Leiharbeitnehmer, für die der Entwurf in vier langen Paragrafen eine Regelung vorschlägt.

## 2. Gesetzentwurf im Überblick

### a) Struktur

Was ändert sich an der Struktur der Regelung? Der Gesetzentwurf nimmt aus dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz die Teile heraus, die sich mit dem Leiharbeitsverhältnis befassen. Er lässt das, was die Arbeitnehmerüberlassung selber angeht – also die Vertragsbeziehung zwischen Verleiher und Entleiher – und was den öffentlichen-rechtlichen Teil, insbesondere die Verleiherlaubnis betrifft, im AÜG. Die Verfasser des Entwurfs empfehlen in der Begründung, dass man das Recht der Arbeitnehmerüberlassung, also den Vertrag zwischen Verleiher und Entleiher, im BGB regeln sollte.

### b) Inhalt

Es gibt zwei ganz wichtige Aspekte, zu denen der aktuelle Entwurf beredt schweigt. Es sind dies die extremen Billiglöhne, die in der Leiharbeit seit 2003 gezahlt werden. Und es sind dies die Gestaltungen, bei denen die Leiharbeitnehmer ohne jeden ernsthaften Schutz über das Leiharbeitsverhältnis zu einer Art „Wegwerfbelegschaft“ werden. Ich meine damit die Strohmankonstruktionen, die als konzerninterne Überlassungen neuer Art angepriesen werden.

Dort, wo der Entwurf tatsächlich etwas Neues von Belang regelt, verschlechtert er die Bedingungen der Leiharbeitnehmer weiter. Ich meine die Rechte der Leiharbeitnehmer im Arbeitskampf und ich meine das Verschwindenlassen der Vermittlungsvermutung.

Um es klar und deutlich auszusprechen: Der Entwurf in seiner aktuellen Fassung – denn hier hat sich etwas geändert, auf das ich noch zu sprechen kommen werde –, der Entwurf also in sei-

ner aktuellen Fassung schreibt im Wesentlichen den Status quo fest und verschlechtert an zwei durchaus nicht bedeutungslosen Stellen die Rechtslage für die Leiharbeitnehmer ganz erheblich.

## 3. Praxis der Arbeitnehmerüberlassung seit 2002

Um zu verstehen, was das für die Betroffenen heute bedeutet, muss man sich klarmachen, dass das Recht der Arbeitnehmerüberlassung seit Ende 2002 extrem verändert wurde. Es wurde in einer Weise verändert, die man nur damit erklären kann, dass es sich hier um eine Randgruppe handelt, deren Interessen faktisch durch niemanden vertreten werden. Warum der Gesetzgeber das getan hat, liegt auf der Hand – es ging darum, einen flexiblen Billiglohnbereich zu schaffen, der schnell und anhaltend eine große Zahl von Menschen aus der Arbeitslosenstatistik herausholt. Dass diese Menschen ein karges Leben fristen würden, war den Beteiligten vermutlich klar. Eine redliche Diskussion muss freilich einbeziehen, dass es keine Arbeitsplätze für Leiharbeitnehmer in der heutigen Zahl gäbe, wenn die Löhne dort bei € 10 lägen. Eine noch offenere Diskussion müsste freilich auch berücksichtigen, dass Stundenlöhne von € 4,80 auch deshalb möglich wurden, weil die Position anderer Arbeitnehmer, die für vergleichbare Tätigkeiten € 12 bekommen, unangetastet blieb. Das ist ein weites Feld – und ich werde mich hüten, es ernsthaft zu thematisieren.

Der Gesetzgeber hat Ende 2002 das Recht der Arbeitnehmerüberlassung so gestaltet, dass nunmehr das Verleihen von Arbeitnehmern ohne zeitliche Grenze möglich ist. Das war ein entscheidender Schritt. Denn er ermöglicht es erstmals, dauerhaft Stammbesellschaften durch Leiharbeitnehmer zu ersetzen. Damit allein hätte sich aber noch nicht viel am Arbeitsmarkt getan. Ernsthaftige Nachfrage nach Leiharbeitnehmern musste über den Preis motiviert werden. Leiharbeiter auf Dauerstellen einzusetzen, macht nur Sinn, wenn sich damit Geld sparen lässt und wenn sich damit Arbeitnehmerschutz tüchtig reduzieren lässt – Schutzabbau ist ja am Ende auch nur eine Form von Kostensenkung.

Beides ist inzwischen erreicht. Mit der Reform hat der Gesetzgeber das Angebot verbunden, die Arbeitsbedingungen der Leiharbeiter, die im Gesetz mit den Stichworten „Equal Pay“ und „Equal Treatment“ völlig unreal festgeschrieben sind, nahezu grenzenlos nach unten zu verschlechtern. Das Angebot ist von der Leiharbeitsbranche nach einigem erschreckten Zögern enthusiastisch angenommen worden. Tarifdispositives Gesetzesrecht gibt es schon lange. Aber in dieser Qualität ist es einmalig. Noch nie hat jemand in der deutschen Arbeitsrechtsgeschichte so disponiert wie die Tarifverträge der Leiharbeit.

Die Branche hat inzwischen auch die Traum-Gewerkschaft gefunden, die es ihr ermöglicht, in billigen Flächentarifverträgen und in extrem billigen Haustarifverträgen bis hinunter zu Löhnen unterhalb von € 5 Leiharbeiter für alle Branchen einsetzbar zu machen. Die Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen – CGZP – hat hier die Rolle der Avantgarde übernommen – der DGB kam dann hinterher. Zwar nicht bis in den Keller, aber doch – um im Bild zu bleiben – bis ins Erdgeschoss.

Vielleicht haben einige von Ihnen die Sendung „Report“ gesehen, die am 10.12.2007 ausgestrahlt wurde. Report-Mainz berichtete über ein Verleihunternehmen aus Wuppertal, das eine türkische Arbeitnehmerin einstellte. Bei der Arbeitsaufnahme musste diese Frau eine Beitrittserklärung zur Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften Zeitarbeit (CGZP) unterschreiben, wobei sich die Tarifgemeinschaft in dieser Beitrittserklärung vorbehielt, die Gewerkschaft zu bestimmen, bei der diese Türkin dann Mitglied werden sollte. Noch toller war die Regelung der Beitragsabführung, denn hier war nicht etwa ein Dauerauftrag oder eine Einzugsermächtigung vorgesehen, vielmehr sollte der Arbeitgeber diese Beitrag abführen und der Arbeitnehmerin vom Lohn abziehen. Der Stundenlohn der Arbeitnehmerin betrug 2006 – im Ernst, der Arbeitsvertrag liegt mir vor – € 4,81 Cent. Das ist deutlich weniger, als ich bei meinem Ferienjob im Sommer 1974 bekam. Das Ganze macht ein Haustarif der CGZP möglich.

#### **4. Versäumnisse des Entwurfs: Förderung von ungesicherten „Zweitbelegschaften“**

Zurück zu den Regelungsfragen, denen sich der Entwurf nicht widmet: Mit der nunmehr möglichen unbegrenzten Einsetzbarkeit der Leiharbeiter und solchen Billiglöhnen, wie sie insbesondere aus den christlichen Haustarifverträgen hergeleitet werden, kann man Stammbesellschaften auf Dauer durch Leiharbeiter ersetzen und dabei viel Geld sparen. Aber Geld wird nicht nur bei der Vergütung gespart. Geld wird auch gespart, wenn es nach beendeter Nutzung um den Abbau von Arbeitsplätzen geht. Ein hübsches Beispiel dafür ist die Entwicklung bei Nokia in Bochum. Dort sollen bis zu 20 % der Belegschaft Leiharbeiter gewesen sein. Der Personalabbau wird sich so vollziehen, dass diese Leiharbeiter kostenlos für Nokia nach Hause geschickt werden und dann für die Stammbesellschaft über Sozialpläne verhandelt wird. Das bedeutet, dass der Personalabbau, wenn man Leiharbeiter einsetzt, risikoarm und spottbillig wird.

Was hat das alles mit dem Entwurf zu tun? Ganz schön viel, meine Damen und Herren.

Diese Entwicklung nehmen die Verfasser des Entwurfs eines Arbeitsvertragsgesetzes ausweislich der Materialien nämlich nicht einmal zur Kenntnis. Deshalb sehen sie natürlich auch keinen Handlungsbedarf. Wenn man der Meinung ist, dass eine solche Entwicklung die akzeptable Konsequenz der Schaffung eines neuen Billiglohnsektors ist, dann sollte man das aussprechen. Ich halte es nicht für richtig, dass zwei Arbeitnehmer für die gleiche Arbeit völlig unterschiedlich vergütet und abgesichert werden. Die Frage der Lohnhöhe ist sicherlich nicht die Zuständigkeit des Arbeitsrechts – aber das Arbeitsrecht ist durchaus angesprochen, wenn eine spezifische gesetzliche Konstruktion durch einen nahe liegenden Missbrauch zum Eingangstor für sittenwidrige Lohnregelungen wird.



Die zweite Problemzone ist der Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung zur Schaffung von Arbeitsverhältnissen zweiter Klasse in ungeschützten Zweitbelegschaften. Hier will der Entwurf anscheinend noch ein wenig nachhelfen. In der Folge der Gesetzesreform von 2002 ist neben den christlichen Billigtarifen eine weitere äußerst zweifelhafte Form der Kostensenkung propagiert worden. Es geht um die konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung bzw. den hauseigenen Verleiher neuen Stils. Dabei, so wird vorgeschlagen, soll eine Konzerntochter als gewerbsmäßiger Verleiher agieren und Personal akquirieren, das sie zu Billigtarifen einstellt und nur an die Konzernschwestern ausleiht. Noch einfacher geht es, wenn man einen kleinen Verleiher ohne Konzernbindung mit dem gleichen Ziel einsetzt. Wenn die Konzernschwestern dieses Personal nicht mehr benötigen, gibt es für die Leiharbeiter bei der „Aschenputtel“-Verleihschwester keine Arbeit mehr und sie werden einfach entsorgt, das heißt, ohne Weiteres entlassen. Da es in Verleihunternehmen üblicherweise keine Betriebsräte gibt – Verleihunternehmen haben im Regelfall keine Betriebsräte –, entfallen die Problemzonen Interessensausgleich und Sozialplan für diese Arbeitnehmer. Der Gesetzentwurf ignoriert auch diese außerordentlich problematische Entwicklung fast ganz. Ich komme gleich dazu. Stattdessen wiederholt er in aller Ausführlichkeit die alte Arbeitnehmerschutzregelung über die Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis und ihr Fehlen als Voraussetzung für ein fingiertes Arbeitsverhältnis beim Entleiher. Die praktische Bedeutung des fingierten Arbeitsverhältnisses zum Entleiher ist bekanntermaßen sehr gering. Ich kenne keinen einzigen Fall, in dem ein ehemaliger Leiharbeiter auf diese Weise in die Stammbesellschaft gewandert ist.

Die gesetzliche Fiktion spielt nur dort eine Rolle als Drohpotenzial und Grundlage für die Verfolgung wegen Beitragshinterziehung, wo Scheinwerkverträge praktiziert werden. Scheinwerkverträge sind, was deutsche Arbeitnehmer angeht, ziemlich selten geworden. Es gibt fast keinen besonderen Bedarf mehr für diese Gestaltungen, seit dem eine dauerhafte Überlassung zu bil-

ligsten Konditionen möglich ist. Sie kommen mit ausländischen Arbeitnehmern aber immer noch recht häufig vor, wenn nur der werkvertragliche Einsatz in Deutschland erlaubt ist und die ausländischen Unternehmen dann unter dem Deckmantel eines Werkvertrages schlichte Personalgestellung betreiben. Zu diesem Bereich sagt der Entwurf nichts. Hier gibt es auch kaum Regelungsbedarf. Wer die Praxis kennt, und Sie können mir glauben, ich kenne sie, wird zugeben müssen, dass man hier kein fingiertes Arbeitsverhältnis braucht. Denn die ausländischen „Schleuser“, die deutschen Unternehmen unter dem Deckmantel von Werkverträgen Personal beschaffen, lassen sich rechtlich auch über Strohmannkonstruktionen fassen. Wer nur Leute für einen Abnehmer einstellt, ist kein Verleiher, sondern Strohmann. Das fingierte Arbeitsverhältnis reduziert – das räume ich ein – die Anforderungen an die rechtliche Argumentation auf Textbausteinniveau – das hat Vorteile.

#### **a) Streichung der Vermittlungsvermutung**

Interessant ist, was der Entwurf im Vergleich zum geltenden AÜG aktuell verändern will. Es sind zwei Bereiche. Lassen Sie mich mit dem harmloseren anfangen.

In der ersten Fassung des Arbeitsvertragsgesetzes, zu der auch eine Begründung vorgelegt wurde, haben die Verfasser für den Fall, dass ein Verleiher wesentliche gesetzliche Bestimmungen verletzt und seinen Arbeitnehmern z. B. nicht den gesetzlich vorgeschriebenen Lohn zahlt, die Vermutung der Arbeitsvermittlung mit der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher verknüpft. Mit anderen Worten: Sie haben für den Fall, dass ein Verleiher seine Arbeitgeberpflichten ernsthaft verletzt, ein Arbeitsverhältnis zum Beschäftigungsunternehmen fingiert. Das könnte den Hausverleihern wehtun, die nur für einen Entleiher in symbiotischer Beziehung tätig sind. Diese Hausverleiher können nämlich ihre Arbeitgeberpflicht zur Marktaktivität nicht erfüllen; sie übernehmen kein Arbeitgeberberrisiko.

Eine solche Regelung gab es vor 1997 im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Sie hat jedoch damals keine praktische Rolle gespielt. Das lag daran, dass hauseigene Verleiher vor 1997 keine interessante Gestaltungsform waren, weil die Überlassungshöchstdauer nur neun Monate betrug. Dieser Regelungsvorschlag der ersten Fassung des Entwurfs mit der Vermittlungsvermutung und dem fingierten Arbeitsverhältnis ist inzwischen aus dem Arbeitsvertragsgesetzesentwurf herausgenommen worden. Was hat das zu bedeuten? Ganz einfach Folgendes:

Die Frage der vermuteten Arbeitsvermittlung hat nämlich inzwischen eine neue Brisanz bekommen. Sie ist dort interessant, wo Verleiher nur mit der Funktion der Personalbeschaffung für ein bestimmtes Unternehmen am Markt auftreten. Wo sie als Strohmännchen für dieses Unternehmen agieren und Arbeitnehmer zu billigen Tarifen einstellen. Das tun sie, obwohl klar ist, dass diese Arbeitnehmer dann, wenn sie der Entleiher nicht mehr benötigt, beim Strohmännchen entlassen werden müssen. Der Inhouse-Verleiher ohne Marktaktivität ist offensichtlich ein Missbrauch des Arbeitnehmerüberlassungsrechts. Denn die geringere Vergütung der Leiharbeitnehmer rechtfertigt sich ausschließlich damit, dass der Verleiher das Risiko übernimmt, die Leiharbeitnehmer in den Zwischenzeiten zwischen einzelnen Überlassungen vergüten zu müssen, ohne sie ausleihen zu können. Ein Verleiher, der selbst nicht am Markt auftritt, ist aber gar kein Verleiher, sondern nur ein Strohmännchen. Für diesen Fall wäre die Vermittlungsvermutung eine Erleichterung des Nachweises für die Leiharbeitnehmer gewesen, dass sie in Wirklichkeit nur für das Beschäftigungsunternehmen arbeiten und dessen Arbeitnehmer sind. Die Leiharbeitnehmer hätten nur beweisen müssen, dass ihr Verleiher seine Pflichten nicht erfüllt. Zum Beispiel dadurch, dass er sie sofort nach Einsatzende entlässt. Dann wäre es Sache des Verleihers und des Entleihers gewesen, Beweis dafür anzutreten, dass hier kein Strohmännchengeschäft vorliegt, sondern der Entleiher sich die Arbeitnehmer von einem ernsthaften, marktaktiven Verleiher ausgeliehen hat, der auch für sie das Arbeitsplatzrisiko in den Grenzen des Möglichen übernimmt.

Hier hat der Entwurf von der ersten Fassung zur zweiten Fassung hin die Vermittlungsvermutung gestrichen. Das ist bemerkenswert, denn es war die einzige Regelung, in der die Stellung der Arbeitnehmer gegenüber der Rechtslage 2002/2003 mit einiger Relevanz verbessert werden sollte.

#### **b) Keine Vergütung bei verweigerter Streikbrecherarbeit**

Wichtiger ist die nächste Innovation des Entwurfs: Ich wiederhole mich: Leiharbeitnehmer spielen heute eine andere Rolle als vor zehn Jahren. Es soll heute schon über 700.000 geben. In einzelnen Unternehmen stellen sie einen erheblichen Teil der Belegschaft dar – 10, 20 oder 30% und mehr. Deshalb wird es in Zukunft nicht nur wie früher bloß auf dem Papier interessant, wie die Rechtsstellung der Leiharbeitnehmer in einer Situation des Arbeitskampfes ist.

Das geltende Arbeitnehmerüberlassungsrecht regelt hierzu, dass die Leiharbeitnehmer nicht verpflichtet sind, in einem Arbeitskampf Streikbrecherarbeit zu leisten. Sie können sich weigern, das zu tun, und der Verleiher muss ihnen gleichwohl die Vergütung weiterbezahlen. Das ist eine Regelung, die die Entleiher daran hindert, sich auf breiter Front mit Leiharbeitnehmern vor den Wirkungen eines Arbeitskampfes zu schützen. Für die Verleiher kann diese Regelung im geltenden AÜG belastend sein; sie können ihre Leute nicht als Streikbrecher vermieten.

Der Entwurf sieht nunmehr vor, dass die Leiharbeitnehmer berechtigt bleiben, ihre Arbeitsleistung zu verweigern, wenn im Entleiherbetrieb ein Arbeitskampf stattfindet. Nur sollen sie jetzt keine Vergütung mehr vom Verleiher erhalten, wenn sie von diesem Recht Gebrauch machen. Es liegt auf der Hand, dass die Leiharbeitnehmer dieses Recht in der Wirklichkeit nicht ausüben können, wenn sie dann ihre Vergütung verlieren. Damit wären Leiharbeitnehmer bei Umsetzung dieses Vorschlags in Zukunft ein hervorragendes Mittel, die Wirkungen eines Streiks zu reduzieren. Sie wären auch geeignet, während einer Aussperrung die

Produktion weiterzuführen. Darüber lohnt es sich nachzudenken, denn die Zahl dieser Arbeitnehmer ist inzwischen so groß, dass das ein relevanter Faktor sein wird, der die Kampfparität tangiert.

### 5. Fazit

Ich will es damit im Wesentlichen genug sein lassen und zusammenfassen. Der Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes bringt für die Arbeitnehmerüberlassung eine weitere Optimierung im Interesse der Verleiher und Entleiher. Die Situation der Arbeitnehmer in dieser Branche wird dagegen noch verschlechtert. Dort, wo Missbrauch eingerissen ist, schweigt der Entwurf. An den Stellen, an denen schon bislang wenig Relevantes geschah, wiederholt der Entwurf die vorhandenen Regelungen mit geringfügigen Korrekturen.

Ich sehe hier – lassen Sie mich ein ganz klares Fazit ziehen – keinen Fortschritt gegenüber dem geltenden Recht. Ich sehe in der Regelung zur Streikbrecherarbeit einen ganz bedenklichen Vorschlag.

Wenn man für die Leiharbeit etwas regeln will, dann muss man zuerst die Frage beantworten, ob man die Kombination aus extrem niedrigen Löhnen und nahezu totaler Schutzlosigkeit will. Wenn man sie nicht will, dann kann man mit ganz geringem Aufwand und ohne Flexibilität und Kosten aus den Augen zu lassen, ein Minimum an Absicherung erreichen. Dazu sind Gesetze da.

Weiterführende Hinweise:

*Billigtarife in der Leiharbeit:*

*Schüren*, Die Tariffähigkeit der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und PSA vor den deutschen Arbeitsgerichten – Ergebnisse einer Umfrage, NZA 2007, 1213 – 1215.

*Ders.*, Tariffähigkeit der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für die Leiharbeit, NZA 2008.

*Strohmannkonstruktionen:*

*Schüren*, Kostensenkung durch konzerneigene Verleihunternehmen, BB 2007, 2346.

## III. Diskussion zu Flexibilisierung der Arbeitsbedingungen (Reinecke), Arbeitsvertrag und Allgemeine Vertragsbedingungen (Senne) und Überlassung und sonstige Arbeit mit Drittbezug (Schüren)

Als nicht in den Entwurf eingearbeitet, mahnte ein Diskussions Teilnehmer die §§ 308, 309 BGB und damit eine nicht ausreichende Möglichkeit der AGB-Kontrolle an.

Der Verfasser führte aus, § 309 BGB sei ein Sammelsurium von Klauseln, die dem Gesetzgeber für verschiedene Vertragstypen eingefallen sei. Viele seien für den Arbeitsvertrag nicht relevant, weshalb Henssler und er sie nicht übernommen hätten. Es sei, wie von dem Diskussionsteilnehmer angesprochen, richtig, dass der Entwurf kein ausdrückliches Klauselverbot für die Pauschalierung von Schadenersatzansprüchen beinhalte. Aber auch diese Vertragskonstellation komme in Arbeitsverträgen kaum vor, es handele sich zumeist um eine Vertragsstrafe. Wenn man nun auf eine Pauschalierung von Schadenersatzansprüchen auswiche, die einer Vertragsstrafe gleichkäme, löse die Rechtsprechung das Problem über die Generalklausel in § 18 Abs. 6 AVGE. Der Entwurf habe keine Übernahme eins zu eins, sondern eine gewichtete Übernahme der AGB-Kontrolle bedurft. Er glaube, die Rechtsprechung komme damit klar, da es relativ wenig betroffene Fallkonstellationen gebe.

Ein anderer Diskussionsteilnehmer wandte sich darauf an Preis und wollte wissen, ob dieser Folgendes bedacht habe: Wenn Preis sage, der § 18 AVGE regle die ABG-Kontrolle für Arbeitsverträge abschließend, dann bedeute dies, dass der auf das BGB verweisen-

de § 1 Abs. 2 AVGE nicht zur Anwendung komme. Dafür spreche natürlich der Gedanke, dass das Arbeitsvertragsgesetz die Rechte des Arbeitnehmers umfassend darstellen solle. Nun könne sich aber die Frage stellen, ob nicht ggf. im Prozess unter Berufung auf die subsidiäre Anwendbarkeit des BGB auf die nicht aufgenommenen §§ 308, 309 BGB Bezug genommen werden könne. Und dann könne man sich fragen, ob im Rahmen dessen, was für den § 307 BGB in dieser Vorschrift enthalten ist, die Grundsätze der ausgeschlossenen Klauselverbote herangezogen werden könnten.

Preis antwortete, in Anbetracht der Generalklausel in § 18 Abs. 6 AVGE bedürfe es keines Rückgriffes auf § 307 BGB. Die Idee des Entwurfs sei, eine bereichsspezifische Konkretisierung für relevante Fragestellungen im Arbeitsleben, wie z. B. Vertragsstrafe, Änderungsvorbehalte, zu schaffen. Bei anderen Dingen habe er volles Vertrauen in die Rechtsprechung.

Daraufhin meldete sich ein weiterer Diskussionsteilnehmer zu Wort. Wenn der Rückgriff auf § 307 BGB nicht nötig oder nicht möglich sei, könne man auf den Gedanken kommen, einen Vergleich zu ziehen: Wenn eine entsprechende Regelung wie in §§ 308, 309 BGB nicht vorhanden sei, heiße das, dass entsprechende Erwägungen nicht angestellt werden dürften. Damit habe man ein großes Problem.

Dieses Problem sehe man nicht, wurde von anderer Seite geäußert. Das, was § 307 bewirke, werde zukünftig durch § 18 Abs. 6 AVGE bewirkt. Das Tatbestandsmerkmal „unangemessene Benachteiligung“ werde nicht nur mit dem Gesetz, sondern auch mit den einschlägigen kollektivrechtlichen Bestimmungen verglichen, sodass zahlreiche Wirkungen über diesen Kontrollmechanismus miterfasst würden. Demnach sei es ein guter Schritt, sich im Arbeitsrecht von den §§ 308, 309 zu trennen.

Auf die Äußerung von Preis, er habe trotz seiner Bitte keine gewerkschaftlichen Anregungen und Unterstützung zur Regelung des AÜG erhalten, hielt ihm ein Diskussionsteilnehmer entgegen, es habe genügend Anregungen gegeben. So hätten Schüren und Kollegen auf die Veröffentlichung von Helm „Wie kann man Tarifverträge unterlaufen?“ geantwortet, außerdem enthalte das Jahrbuch Arbeitsrecht Beiträge von Schüren, die sehr wohl für einen Gesetzesentwurf hätten genutzt werden können.

Endlich merkte ein Diskussionsteilnehmer an, die Tarifdispositivität spiele in den Referaten von Reinecke und Schüren im Hintergrund mit. An verschiedenen Stellen des Entwurfs werde auf abweichende Tarifverträge verwiesen. Die Tariflandschaft habe sich aber verändert, die Vorschriften über die Tarifdispositivität allerdings noch traditionell formuliert. Wenn das Instrument der Tarifdispositivität behalten werden solle, was seines Erachtens richtig sei, müsse es stärker, d. h. auf ausreichend repräsentative Vertragspartner, beschränkt werden.

# Der Entwurf eines Arbeitsvertrags- gesetzes: Die Vereinbarkeit von Beruf und Familie

*Prof. Dr. Marita Körner,  
Universität der Bundeswehr München*

Das 3. Ludwigsburger Rechtsgespräch war im November 2006 dem Thema „Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts“ gewidmet. Im Vorwort zum Tagungsband heißt es, das „Familienarbeitsrecht“ solle zu einem arbeitsrechtlichen Generalthema werden. Ganz so ambitioniert hatte das vor fast 15 Jahren der 60. Deutsche Juristentag noch nicht gesehen, der 1994 in seiner arbeitsrechtlichen Abteilung die Probleme mit der Vereinbarkeit von Beruf und Familie in den Mittelpunkt gestellt hatte. Zum Generalthema ist das Sujet seitdem noch längst nicht geworden, wenn sich auch die work-life-balance, die begrifflich nicht nur, aber auch die Vereinbarkeit von beruflichem und privatem Leben meint, mittlerweile zu einem modischen Schlagwort entwickelt hat.

In drei Schritten werden zunächst die zentralen Erfordernisse für die Vereinbarkeit von Familie und Beruf genannt, dann eine knappe arbeitsrechtliche Bestandsaufnahme vorgenommen und schließlich gefragt, was der Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes Neues zum Thema beiträgt.

## **1. Erfordernisse für die Vereinbarkeit von Beruf und Familie**

Nach wie vor steht die Neuorganisation innerfamiliärer Arbeitsteilung auf der Agenda, wobei sich Rollenmuster in abgeschwächter Form hartnäckig halten. Man denke nur an die hohe Teilzeitquote unter Müttern, die gleichzeitig nach wie vor in der Mehrzahl der Fälle die Hauptverantwortung für die Familienarbeit tragen. In dem eng damit zusammenhängenden Problembereich

der Kinderbetreuungsinfrastruktur ist zwar durch das deutlich erhöhte Erziehungsgeld und den Ausbau von Kinderkrippen Bewegung gekommen. Als gelöst dürfen die mit der Betreuung verbundenen Probleme aber nicht angesehen werden.

Arbeitsrechtlich sind vor allem drei Bereiche angesprochen: Für die Vereinbarkeit von Beruf und Familie steht an erster Stelle ein stabiles Arbeitsverhältnis. Hier ist nicht nur der arbeitsrechtliche Bestandsschutz für klassische Arbeitsverhältnisse angesprochen, sondern auch die rasante Zunahme prekärer Beschäftigung, die wegen der Unsicherheiten für die Lebensplanung besonders Familien hart trifft oder gar von vornherein von der Familiengründung abhält.

In zweiter Linie ist für die bessere Vereinbarkeit von Berufs- und Familienaufgaben die Arbeitszeitflexibilität angesprochen, und zwar nicht nur hinsichtlich der Wochenarbeitszeit, sondern auch mit Blick auf die Lebensarbeitszeit, d. h. die Arbeitszeitverteilung über den Lebenslauf. Auch wenn die Arbeitszeitflexibilität eine zentrale Rolle für die Lösung von Vereinbarkeitsproblemen spielt, kann sie doch nicht per se als Königsweg gelten, denn nicht jede Art von Flexibilisierung ist vereinbarkeitsfreundlich. Es kommt darauf an, wer die Entscheidungsbefugnis über die Flexibilisierung der Arbeitszeit hat. Flexible Arbeitszeit kann durch das Erfordernis ständiger Verfügbarkeit, ungünstiger Arbeitszeitlage, Rückruf aus berufsarbeitsfreien Zeiten u. a. sogar vereinbarkeitshemmend wirken und wäre insoweit als „negative Flexibilität“ zu bezeichnen. Bei aller Rigidität der Zeitstrukturen der Industriegesellschaft boten sie doch zumindest Berechenbarkeit. Da Familienalltag von Regelmäßigkeit geprägt ist, können flexible Arbeitszeiten nur dann ein Element für die Lösung des Vereinbarkeitsproblems sein, wenn sie eine stabile Grundstruktur bieten, mit der Möglichkeit selbstbestimmter Abweichung, was dann als „positive Flexibilität“ gelten könnte. Eine EU-weit vergleichende Studie der Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions hat ergeben, dass Männer viel häufiger als Frauen von „positiver Flexibilität“ profitieren, diese aber nur selten in mehr Familienarbeit investieren .

Schließlich ist für die Vereinbarkeit von beruflichen und familiären Anforderungen entscheidend, dass die erziehende oder pflegende Person – Familienpflichten bestehen nicht nur in der absteigenden, sondern auch in der aufsteigenden Linie – ein existenzsicherndes Einkommen erzielen kann. Das ist angesichts der zunehmenden prekären Beschäftigung nicht einmal mehr für Personen gewährleistet, die einer Vollzeittätigkeit nachgehen. Eine ausreichend dotierte eigene Beschäftigung wird noch dringender angesichts des neuen Unterhaltsrechts. Dort wird nun – richtig – dem Kindesunterhalt nach Scheidung der Vorrang eingeräumt und werden dem erziehenden Elternteil nur noch eingeschränkt eigene Unterhaltsansprüche zugebilligt, sodass die Erwerbstätigkeit beider Elternteile viel wichtiger geworden ist.

## 2. Arbeitsrechtliche Bestandsaufnahme

a) Gerade eine existenzsichernde Erwerbstätigkeit ist aber häufig nicht gewährleistet, insbesondere nicht für Frauen. Obwohl die Beschäftigungsquote von Frauen seit Jahren steigt, liegen die Qualität der von ihnen verrichteten Arbeit und ihre Bezahlung weit hinter der von Männern und weit unten im EU-Vergleich. Das mag mit der hohen weiblichen Teilzeitquote und der Verbreitung von prekärer Beschäftigung, wie geringfügiger Beschäftigung, Befristung, Leiharbeit oder Scheinselbständigkeit, zu tun haben. Neben dem praktischen Vereinbarkeitsproblem liegt hier auch eine rechtliche Diskriminierungsproblematik.

b) Partiiell sieht das Recht zwar familienbezogene Arbeitsplatzsicherheit vor, so mit den Kündigungsverböten in § 9 MuSchG und § 18 BEEG, aber diese Verböte wirken nur temporär. Ansonsten bietet § 1 Abs. 3 1 HS. 1 KSchG einen gewissen Schutz für Arbeitnehmer mit Familienpflichten bei der betriebsbedingten Kündigung, da bei der Sozialauswahl Unterhaltspflichten zu berücksichtigen sind, die die Rechtsprechung auch bei der personen- und verhaltensbedingten Kündigung in die Interessenabwägung einbezieht.

c) Nur ausnahmsweise können Eltern eine bestimmte Lage ihrer Arbeitszeit durchsetzen: Nach § 6 Abs. 4 b ArbZG ist ein Wechsel von Nacht- in Tagesarbeit möglich, wenn im Haushalt eines Arbeitnehmers ein Kind unter zwölf Jahren lebt und keine andere Betreuung vorhanden ist. Bei der Lage des Urlaubs kann Elternschaft ggf. als sozialer Belang geltend gemacht werden (§ 7 Abs. 1, 3 BurlG).

d) Schließlich kann ein Arbeitnehmer Arbeitsbefreiung für die Pflege eines kranken Kindes gem. § 275 Abs. 3 BGB i.V.m. § 45 Abs. 3 S. 1 SGB V verlangen und erhält für den Entgeltausfall einen Krankengeldanspruch.

Da es also zur Vereinbarkeitsproblematik nur punktuell gesetzliche Regelungen gibt – hier sind nicht alle genannt –, stellt sich die Frage, ob die Lösung dieses Problems nicht ohnehin eher Aufgabe der Kollektivparteien ist. Die Tarifvertragsparteien haben sich allerdings bislang nur halbherzig mit dem Thema befasst. Das gilt auch für den Betriebsrat, für den Familienverträglichkeit der Arbeitsbedingungen nur eine Aufgabe unter vielen ist (vgl. § 80 Abs. 1 Nr. 2b; § 96 Abs. 2 S. 2 BetrVG). § 75 BetrVG als Schlüsselnorm für die Kontrolle von Betriebsvereinbarungen nennt Familienverträglichkeit dagegen nicht einmal als Kontrollmaßstab.

Solange das Vereinbarkeitsproblem von den Kollektivparteien nicht ernsthaft angegangen wird – und das wird es wohl auch deshalb nicht, weil die Betroffenen mangels Vereinbarkeit nicht hinreichend in kollektiven Interessenvertretungen repräsentiert sind –, stehen Individualansprüche im Mittelpunkt des Interesses.

Der Arbeitsvertrag hat aber hier nicht nur eine Lückenbüßerfunktion. Vielmehr folgen Regelungen zur Vereinbarkeit von Beruf und Familie aus den Schutzpflichten des Arbeitsvertrages.



### 3. Vereinbarkeit von Beruf und Familie im Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes

Im Einigungsvertrag ist in § 31 Abs. 2 der Programmsatz enthalten, wonach es Aufgabe des Gesetzgebers ist, „die Rechtslage unter dem Gesichtspunkt der Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu gestalten“. Dem trägt der Entwurf an mehreren Stellen Rechnung. Neben Regelungen zum Mutterschutz (§ 60) und zur Elternzeit (§§ 101 f.) sieht der Entwurf folgende Regelungen vor, die die Vereinbarkeitsproblematik berühren:

a) § 33 Abs. 1 Nr. 2 lit. c i. V. m. § 59 gewährt nicht nur Arbeitsbefreiung bei Pflege eines erkrankten Kindes oder nahen Angehörigen, sondern auch Entgeltfortzahlung für eine Woche im Kalenderjahr. Nicht ganz klar ist aber, wie diese Regelung des Entwurfs mit § 45 SGB V zusammenpasst: Dort ist ein Krankengeldanspruch für zehn Tage vorgesehen. Alles zusammengenommen, würde das heißen, dass ein Arbeitnehmer mit erkranktem Kind eine Woche Entgeltfortzahlung vom Arbeitgeber erhält, danach, sofern die Krankheit so lange andauert, zehn Tage Krankengeld für Kinder bis zu zwölf Jahren und darüber hinaus unbefristet lange die Möglichkeit der Arbeitsverweigerung, etwa wenn das Kind besonders schwer erkrankt ist.

b) Auch an anderer Stelle findet sich familienfreundliches: Nach § 47 III darf der Arbeitnehmer aus dringenden persönlichen Gründen die Lage seines Urlaubs ändern, wenn dem nicht überwiegende betriebliche Gründe entgegenstehen. Noch wichtiger ist § 28 Abs. 1 S. 3, der die Berücksichtigung der familiären Verhältnisse beim Weisungsrecht vorsieht. Man könnte sich darüber hinaus noch eine entsprechende Inhaltskontrolle bei Versetzungsklauseln vorstellen.

c) § 31 Abs. 1, 3 dagegen behält die derzeitige Rechtslage bei und gewährt Arbeitnehmern mit Familienpflichten keinen besonderen Anspruch auf Berücksichtigung ihres Arbeitszeitwunsches. Auch ein Teilzeitwunsch, der im Zusammenhang mit der Erfül-

lung von Familienaufgaben steht, darf schon allein aus betrieblichen Gründen abgelehnt werden. Nur während der Elternzeit muss der Arbeitgeber dringende betriebliche Gründe für die Ablehnung eines Teilzeitwunsches vorbringen (§ 33 Abs. 3), was aber kein Fortschritt ist, denn es entspricht der BAG-Rechtsprechung. Allerdings könnte nach § 31 Abs. 7 Vereinbarkeitsfreundlicheres in Tarifverträgen geregelt werden.

d) Auch die Einbahnstraßenregelung beim Anspruch auf Teilzeitarbeit wird im Entwurf nicht nur nicht aufgehoben, sondern eher verschärft: Nach § 9 TzBfG darf der Wunsch des Arbeitnehmers auf Arbeitszeitverlängerung nur aus dringenden betrieblichen Erfordernissen abgelehnt werden, nach dem Entwurf reichen schon betriebliche Erfordernisse (§ 31 Abs. 5). Hier scheint ein Widerspruch zur Rechtsprechung des BAG zu liegen: Das BAG sieht in § 9 TzBfG nicht nur einen unverbindlichen Appell, sondern einen Anspruch des Arbeitnehmers, und hat die Überprüfbarkeit der Unternehmerentscheidung im Teilzeitrecht deutlich erweitert. Der Anspruchscharakter der Verlängerungsoption sollte in einem Arbeitsvertragsgesetz deutlich hervortreten.

e) Darüber hinaus wäre auch ein Anspruch auf Befristung der verkürzten Arbeitszeit denkbar. Den umgekehrten Fall hat das BAG jedenfalls abgesegnet: Ein unbefristet teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer soll nicht im Sinne von § 307 Abs. 1 BGB unangemessen benachteiligt sein, wenn der Arbeitgeber eine Arbeitszeiterhöhung befristet, sofern es für die Befristung des Arbeitsvertrages insgesamt einen sachlichen Grund gäbe. Die Befristung der verkürzten Arbeitszeit würde die Schwierigkeiten für Arbeitnehmer mit abnehmenden Familienpflichten, wieder einen Vollzeit Arbeitsplatz zu erlangen, viel besser lösen als ein Anspruch auf Verlängerung der Arbeitszeit. Auch für den Arbeitgeber wäre das eine zumutbare Lösung, die ihm, anders als ein Anspruch auf Verlängerung, Berechenbarkeit ermöglicht.

f) Für die Arbeitsplatzsicherheit, die für die Vereinbarkeit besonders wichtig ist, enthält der Entwurf in § 117 zumindest indirekt eine Regelung. Bei der Sozialauswahl bei betriebsbedingter Kündigung soll es nur noch auf die Dauer der Unternehmenszugehörigkeit und Unterhaltspflichten ankommen. Ob das aber eine Abkehr von der bisherigen Praxis bedeutet, bleibt offen: Die Rechtsprechung misst derzeit der Betriebszugehörigkeit ein viel höheres Gewicht bei als den Unterhaltspflichten. Nach gängigen Punktetabellen ist ein Kind nur so viel wert wie zwei Jahre Betriebszugehörigkeit.

g) Ambivalent klingt schließlich § 29 Abs. 1, wonach es eine erweiterte Arbeitspflicht aus dringenden betrieblichen Gründen geben soll, wenn auch bei der Befolgung der Pflicht „überwiegende persönliche Gründe“ des Arbeitnehmers entgegenstehen können. Mit dieser Regelung kann der Arbeitnehmer zwar im Prinzip familiäre Gründe gegen eine erweiterte Arbeitspflicht geltend machen, wird aber in eine Verteidigungsposition gedrängt.

Insgesamt fällt die Bilanz also ambivalent aus. Der Entwurf enthält punktuelle Regelungen zum Vereinbarkeitsproblem. Ein Konzept für ein familienfreundliches Arbeitsrecht ist aber nicht zu erkennen. Wenn es nicht beim modischen Schlagwort bleiben, sondern das Thema ernst genommen werden soll, sollte die Vereinbarkeit von Familie und Beruf allerdings als „Querschnittsaufgabe“ in allen Regelungsbereichen des AR mit berücksichtigt werden. Konkret könnte ohne große Änderungen am Entwurf die Befristung der verminderten Arbeitszeit bei familienbedingter Teilzeitarbeit aufgenommen werden. Wichtig wären auch bessere Übergänge von Teilzeit und Befristung in Standardarbeitsverträge: Frauen/Mütter/Pflegende stellen nicht nur den Löwenanteil bei der Teilzeitarbeit, sondern sind auch besonders häufig nur befristet beschäftigt, was dem Erfordernis von Arbeitsplatzsicherheit für Personen mit Familienpflichten zuwiderläuft. Modell könnte hier das Wissenschaftszeitvertragsgesetz stehen, das für den Bund im Jahr 2007 verabschiedet wurde. Nach § 2 Abs. 5

sieht es für befristet beschäftigte Assistenten und Juniorprofessoren (im Angestelltenverhältnis) eine automatische Vertragsverlängerung vor, wenn sie Kinder haben, und zwar bis zu einer Regelhöchstdauer von zwei Jahren pro Kind. Schließlich ist daran zu denken, wegen der Elternschaft einen eigenständigen Diskriminierungsschutz zu schaffen.

# Alternde Gesellschaft: Herausforderung für das Arbeitsrecht

*Prof. Dr. Christiane Brors,  
Westfälische Wilhelms-Universität Münster*

## 1. Einleitung

In der Geologie versteht man unter einer Verwerfung eine Zerreiß- oder Bruchstelle im Gestein, die über eine Distanz von einigen dutzend bis hundert Kilometern Gesteinsteile gegeneinander versetzt. Synonyme der Verwerfung sind der Sprung, die Verschiebung. Soweit sich der Entwurf mit Regelungen des Kriteriums „Alter“ beschäftigt, setzt er an einer derartigen Bruchstelle an. Das ist tatsächlich – wie der Titel meines Referats sagt – eine sogar sehr anspruchsvolle Herausforderung für ein modernes Arbeitsvertragsgesetz. Warum ist das so?

Die gesellschaftliche Bedeutung des „Alters“ hat sich grundlegend verändert. Die demografischen Prognosen weisen darauf hin, dass die Zahl der älteren Beschäftigten wachsen wird. Auf der anderen Seite sinken die Vermittlungschancen älterer Arbeitnehmer. Gesellschaftspolitisch ist darauf zu reagieren, damit ältere Arbeitnehmer gleichberechtigte Teilhabechancen am Arbeitsmarkt haben und letztlich das Sozialversicherungssystem tragfähig bleibt. Die entscheidende Verwerfung oder der entscheidende Bruch im deutschen Arbeitsrecht geht aber von einem anderen Epizentrum aus. Es ist dies die europäische Gesetzgebung der Richtlinie 2000/78/EG, nach der die Diskriminierung wegen des Alters untersagt ist. Der hier zur Diskussion stehende Entwurf reagiert z. B. in § 117 darauf. In § 117 wird wegen angeblicher Europarechtswidrigkeit das Kriterium „Alter“ in der Sozialauswahl insgesamt gestrichen. Ob das gut ist, werde ich im Folgenden noch erörtern.

Fest steht jedenfalls – und das ist der Ausgangspunkt meiner Überlegungen –, dass die europäischen Regelungen zum Alter das deutsche Arbeitsrecht in seiner Gesamtheit verändern werden. Die Mangoldentscheidung hat gezeigt, dass arbeitsrechtliche Selbstverständlichkeiten beim Umgang mit dem Kriterium „Alter“ an einem strengeren Maßstab zu messen sind und deshalb neu überdacht werden müssen.

Anders als bei dem Diskriminierungsschutz wegen des Geschlechts handelt es sich bei Regelungen zum Schutz vor Altersdiskriminierung – böse gesagt – nicht um einen praktisch zu vernachlässigenden „Randgruppenschutz“. Vielmehr betrifft das Kriterium „Alter“ jeden Arbeitnehmer. Die Regelungen zur Seniorität sind zentral im Arbeitsrecht.

Antworten auf Fragen der Einstellung, der Entgeltbemessung, der Beförderung und schließlich der Beendigung des Arbeitsverhältnisses richten sich im bisherigen Arbeitsrecht am Kriterium „Alter“ aus.

Der Gesetzgeber hat es bislang im AGG versäumt, die bestehenden arbeitsrechtlichen Regelungen auf ihre Vereinbarkeit mit dem europäischen Diskriminierungsschutz zu überprüfen und anzupassen. Die vehemente Kritik am AGG hat gezeigt, dass die bisherige Gesetzgebung nicht gut gewesen ist. Die Verwirrung, die der Gesetzgeber z. B. mit der Regelung des § 2 Abs. 4 AGG gestiftet hat, ist groß. Mit § 2 Abs. 4 AGG wollte der Gesetzgeber Kündigungen nicht am Maßstab des AGG messen. Dass dies europarechtswidrig ist, entspricht nahezu der einhelligen Ansicht. Nun erklären Sie aber mal einem Arbeitgeber, dass er bei Kündigungen die Diskriminierungsregelungen zu beachten hat, wenn im Gesetz gerade das Gegenteil steht.

Sie sehen, mit solchen Gesetzen werden Verwerfungen zwischen nationalem und europäischem Recht nicht aufgehoben. Es bleibt die offene Bruchstelle, es wird keine verlässliche Verbindung

zwischen den europäischen Vorgaben und dem nationalen Recht hergestellt.

Gute Gesetze lösen Verwerfungen in der Weise auf, dass unter Berücksichtigung sowohl der nationalen wie auch der europäischen Rechtsprinzipien wiederum ein geschlossenes und kein gebrochenes Rechtssystem geschaffen wird. Die Geschlossenheit des Rechtssystems ist Voraussetzung für ein verlässliches und damit für den praktischen Anwender berechenbares und akzeptables Recht. Eine gute Gesetzgebungskunst bietet den Anwendern als Mindestvoraussetzung nämlich zunächst ein Normprogramm, auf das sie sich verlassen können. Das heißt in erster Linie, dass das Gesetz die europäischen Vorgaben einhält. Erst dann ist der Gesetzgeber glaubwürdig. Umsetzungsfehler sind Kosten für die Anwender, wobei insbesondere die Arbeitgeberseite belastet wird. Darüber hinaus muss sich die europäische Umsetzung an den bestehenden Rechtsprinzipien orientieren, damit das nationale Recht in sich geschlossen und damit überhaupt für die Vertragsparteien verständlich bleibt.

Damit steht ein recht schlichtes Überprüfungsprogramm des Entwurfs in zwei Schritten fest: Regelungen im Bereich Alter sind unter Berücksichtigung dieses Mindeststandards zukunftsfähig, wenn sie den Prinzipien, d. h. dem Sinn und Zweck des nationalen Rechts, entsprechen und den europäischen Rahmen nicht überschreiten. Oder um es mit den modifizierten Worten aus dem „Leoparden“ zu sagen: „Man muss vieles verändern, damit wenigstens etwas so bleibt, wie es ist.“

Da es nun immer erst interessant wird, sobald es konkret ist, lassen Sie uns die Regelung ansehen, in der im Entwurf am klarsten auf die europäischen Verwerfungen reagiert wird. Das ist der § 117. Hier heißt es nun, dass der Arbeitgeber sich darauf beschränken kann, die Sozialauswahl nach Dauer der Betriebszugehörigkeit und nach Unterhaltungspflichten vorzunehmen. Sie sehen, im Entwurf fehlt das derzeit maßgebliche Kriterium Alter.

In der Begründung des Entwurfs wird darauf verwiesen, dass dieses Kriterium europarechtswidrig sein. Ob es gut ist, das Kriterium „Alter“ zu streichen, überprüfe ich nun anhand des oben entwickelten Programms – nämlich:

- Entspricht die Regelung den Prinzipien des nationalen Rechts (Schritt 1) und
- (Schritt zwei) beachtet sie die europäischen Vorgaben?

## **2. Die Bedeutung des Kriteriums „Alter“ in der Sozialauswahl nach nationalem Recht**

Zum ersten Schritt: Die zugrunde liegenden nationalen Prinzipien: Welche Rechtsgedanken liegen der Sozialauswahl zugrunde?

Diese Frage ist leicht zu beantworten. Seit der gesetzlichen Regelung der Sozialauswahl in der DemobilmachungsVO vom 4.1.1919 (in der übrigens auch das Alter genannt ist) soll derjenige Arbeitnehmer geschützt werden, der durch den Arbeitsplatzverlust den größten Nachteil hat. Das Bundesarbeitsgericht<sup>1</sup> hat das – anders gewendet – in seiner Entscheidung vom 26.6.1964 klar formuliert. Bei der Entscheidung, wer zu kündigen ist,

„... kommt (es) darauf an, welcher Arbeitnehmer auf die Erhaltung des Arbeitsplatzes am wenigsten angewiesen ist“.

Das ist schlicht und einfach zu verstehen. Schon zu Zeiten der Vollbeschäftigung – nämlich 1964 – führte das Bundesarbeitsgericht weiter aus, da der ältere Arbeitnehmer schlechtere Chancen am Arbeitsmarkt hat, findet der 35-Jährige eher eine neue Beschäftigung als der 43-Jährige. Der ältere Arbeitnehmer ist daher schutzwürdig. Galt diese Argumentation schon zu Zeiten

<sup>1</sup> 2 AZR 373/63 – AP Nr. 15 zu § 1 KSchG, Betriebsbedingte Kündigung.

der Vollbeschäftigung, so gilt sie freilich erst recht in Zeiten knapper Arbeitsplätze, wenn die Konkurrenz größer ist. Eindeutig ist der ältere Arbeitnehmer daher schützenswert.

Nun könnte man überlegen, ob dieser Schutz nicht durch das Merkmal „Betriebszugehörigkeit“ (mit)gewährleistet ist. In § 117 des Entwurfs wird ja nur noch auf die Betriebszugehörigkeit abgestellt. Wenn Beschäftigte lange beschäftigt sind, altern sie auch dabei. Das liegt auf der Hand. Eine gewisse Schnittmenge ergibt sich also zwischen lange beschäftigten und älteren Arbeitnehmern. Aus dieser Schnittmenge fallen aber alle die älteren Arbeitnehmer heraus, die keine langen Betriebszugehörigkeiten haben. Wer ist das?

Antwort: Alle Arbeitnehmer, die letztlich wegen ihrer schlechten Chancen am Arbeitsmarkt nur in unregelmäßigen Beschäftigungsverhältnissen beschäftigt gewesen sind. Das heißt, es handelt es sich gerade um besonders schutzwürdige Arbeitnehmer, wie z. B.

- Arbeitnehmer, die wegen Kinderbetreuung zwar kein geschütztes Arbeitsverhältnis hatten, denen aber ein späterer (Teil)Wiedereinstieg geglückt ist,
- Arbeitnehmer, die betriebsbedingt gekündigt worden sind,
- Arbeitnehmer, die nach Leiharbeitseinsätzen vom Entleiher eingestellt worden sind,
- Arbeitnehmer, die in wirtschaftlichen „Krisensituationen“ einen Aufhebungsvertrag unterschrieben haben,
- Arbeitnehmer, die befristet bei verschiedenen Arbeitgebern beschäftigt gewesen sind (man beachte die erleichterte Befristung bei älteren Arbeitnehmern),

- Arbeitnehmer, denen schließlich der Nachweis im Prozess nicht gelingt, dass der Arbeitgeber ihre Vorbeschäftigungszeiten anrechnet.

Lassen Sie mich kurz meine berufliche Perspektive als Arbeitsrichterin einnehmen. Ich denke, es fällt schwer, einem 50-jährigen Leiharbeiter, der den Sprung zum Entleiher in die Stammbesellschaft vor drei Jahren geschafft hat, nun zu erklären, er werde gekündigt, da er – auch mit Blick auf seine Chancen am Arbeitsmarkt – nicht schützenswert sei. Der Arbeitnehmer wird dies als ungerecht ansehen und nicht akzeptieren. Ich denke, zu Recht. Er ist nach dem Sinn und Zweck der Sozialauswahl zu schützen. Diese Überlegung lässt sich auf alle der genannten Gruppen übertragen.

Nimmt man die genannten Arbeitnehmer aus dem Schutz der Sozialauswahl und kündigt ihnen, bedient man damit konsequent das Interesse der Arbeitgeberseite, älteren Arbeitnehmern zu kündigen. Dies hat mit Sozialschutz rein gar nichts zu tun. Die Sozialauswahl dient aber ausschließlich dem Sozialschutz des Arbeitnehmers. Daher widerspricht die Herausnahme des Kriteriums „Alter“ dem Sinn und Zweck der Sozialauswahl.

### **3. Kriterium „Alter“ europarechtswidrig?**

Nun wird in der Entwurfsbegründung angeführt, dass das Kriterium „Alter“ in der Sozialauswahl europarechtswidrig sei. Das ist bislang in der gesamten Diskussion um das AGG so von niemandem vertreten worden. Zu Recht, denn es stimmt nicht. Und damit sind wir beim zweiten Schritt: der Überprüfung der Regelung am europäischen Maßstab.

Um das Ergebnis vorwegzunehmen, die Richtlinie 2000/78/EG zwingt den Gesetzgeber nicht, Schutzvorschriften zugunsten älterer Arbeitnehmer zu erlassen. Sie gibt ihm aber die Möglichkeit dazu. Da der Schutz älterer Arbeitnehmer aber schon nach dem nationalen Recht erforderlich und gerecht ist, sollte der Gesetz-

geber das Kriterium „Alter“ in der Sozialauswahl beibehalten und die Vorschrift richtlinienkonform gestalten. Das ist auf folgende Weise möglich:

In Art. 6 und 7 der Richtlinie 2000/78/EG, die in § 5 AGG umgesetzt ist, wird ausdrücklich die Möglichkeit vorgesehen, positive Maßnahmen zum Schutz von benachteiligten Gruppen zu erlassen. Das versteht sich eigentlich auch von selbst. Der nationale Schutz behinderter Menschen ist ja nicht deshalb untersagt, weil das Kriterium „Behinderung“ in der Richtlinie 2000/78/EG genannt ist. Dies wäre sogar ein klarer Verstoß gegen Art. 8 der RiLi 2000/78/EG, wonach die Umsetzung zu keiner Absenkung des bereits gewährten nationalen Standards führen darf. Auch daran ist bei der Überprüfung von § 117 des Entwurfs zu denken.

Ist als positive Schutzmaßnahme daher ein Schutz älterer Arbeitnehmer in der Sozialauswahl möglich und wie gezeigt geboten, muss die Schutzbedürftigkeit jedoch noch genauer gefasst werden. Wie oben erörtert, folgt die Schutzbedürftigkeit aus den schlechteren Chancen am Arbeitsmarkt. Nehmen die Chancen am Arbeitsmarkt daher z. B. mit 40 Jahren deutlich ab, sollten Arbeitnehmer ab 40 Jahren und nicht wie nach der bisherigen Praxis ab dem 18. Lebensjahr „Punkte“ in der Sozialauswahl bekommen.

Die bisherige Praxis müsste aber noch in einem weiteren Aspekt verändert werden. Der Schutz wegen des „Alters“ darf nicht dazu führen, dass jüngere Arbeitnehmer automatisch schlechter gestellt werden. Wie der EuGH in ständiger Rechtsprechung betont, ist eine positive Maßnahme nur dann verhältnismäßig, wenn die bevorzugte Gruppe keinen absoluten Vorteil von der Regelung hat. Daher muss im Einzelfall abgewogen werden, ob der jüngere Arbeitnehmer nicht doch schlechtere Chancen am Arbeitsmarkt hat. Im Falle von Massenentlassungen könnten auch diese Umstände in Vereinbarungen mit dem Betriebsrat berücksichtigt werden. Die Sozialauswahl mag dadurch zunächst komplizierter

erscheinen als bisher. Sie ist aber handhabbar und zugleich europarechtskonform, wenn zwei Aspekte berücksichtigt werden:

- Bei der Punktevergabe werden die Chancen am Arbeitsmarkt (z. B. ab 40 Jahren) berücksichtigt, und
- die Sozialauswahl lässt Raum für die Einzelfallabwägung.

#### **4. Gegenvorschlag**

Da ich nicht ohne einen konkreten Gegenvorschlag schließen möchte, könnte eine Regelung wie folgt formuliert werden:

„Das Alter ist bei der Sozialauswahl in der Weise zu berücksichtigen, dass ihm kein genereller Vorrang gegenüber den übrigen Auswahlkriterien zukommt, sondern die Besonderheiten des Einzelfalls unter Berücksichtigung der Chancen auf dem Arbeitsmarkt entscheiden.“

Sollte Ihnen der Vorschlag bekannt vorkommen? Es ist die alte von der großen Koalition gestrichene Regelung des § 10 Abs. 1 Nr. 6, als der Gesetzgeber das AGG noch – und richtigerweise – auf Kündigungen anwenden wollte.

Wendet man gegen diesen Vorschlag ein, er sei – insbesondere bei Massenentlassungen – unpraktikabel, stimmt dies nicht. Eine Härtefallklausel – wie sie auch heute in Interessenausgleichen üblich ist – kann den Spielraum zu Einzelfallentscheidungen geben. Zudem muss man sich eines vor Augen halten: Die von mir angeführten schutzwürdigen Arbeitnehmergruppen wären das Bauernopfer der in § 117 vorgeschlagenen Lösung. Ob dies in einer Gesellschaft angesichts der steigenden Anzahl von älteren Beschäftigten noch als fair akzeptiert werden wird, bezweifle ich.



# Wissensgesellschaft und lebenslanges Lernen – Zum Regelungsansatz des Entwurfs eines Arbeitsvertragsgesetzes

*Prof. Dr. iur. Axel Kokemoor,  
Fachhochschule Schmalkalden*

## 1. Überblick

a) Mit dem Begriff der Wissensgesellschaft bezeichnet man die moderne Form der früheren Industriegesellschaften. Im Laufe der Zeit rückte die Bedeutung der Produktionsmittel in den Hintergrund, während sich Wissen zur Grundlage des sozialen und ökonomischen Zusammenlebens entwickelte, dessen wesentliche Ressource es bildet. Wissen ist der zentrale Produktionsfaktor in Gegenwart und Zukunft, der die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen ausmacht und damit gleichzeitig zum Bestimmungsfaktor für den Ausbau und Erhalt von Arbeitsplätzen wird.

b) Die Bedeutung des einzelnen Arbeitnehmers wird in der modernen Gesellschaft von seinem Wissen geprägt, das seine Einsatzfähigkeit im Betrieb sowie seine Chancen am Arbeitsmarkt im Wesentlichen umschreibt. Im Gegensatz zu früheren Jahren lernt man heute nicht mehr „für das Leben“, sondern die einmal erreichte Qualifikation verliert im Zeitablauf an Wert und bedarf beständiger Auffrischung. Um im Beruf über den Tag hinaus gefragt zu sein, ist der einzelne Arbeitnehmer damit der Notwendigkeit eines lebenslangen Lernens unterworfen.

Die Idee des lebenslangen Lernens geht deutlich weiter und umfasst alles formale, nicht-formale und informelle Lernen an verschiedenen Lernorten von der frühen Kindheit bis einschließlich der Phase des Ruhestands. Im beruflichen Umfeld von Bedeutung ist u. a. auch die Zertifizierung von nicht formal erworbenen

Kompetenzen und die Ermöglichung des Wiedereinstiegs in die Bildungswege. Der gesellschaftliche und demografische Wandel führt insbesondere zu einem gegenüber der Vergangenheit erhöhten Weiterbildungsbedarf bei älteren Arbeitnehmern, deren Zahl steigt und deren Erwerbsleben sich verlängert. Eine wachsende Frauenerwerbstätigkeit begründet verstärkten Weiterbildungsbedarf während und nach der Familienphase; betroffen sind vermehrt auch Männer, die sich verstärkt familiären Pflichten zuwenden.

Lebenslanges Lernen lässt sich nicht einseitig „verordnen“, sondern ist weitgehend ein vom Einzelnen – also in dem hier interessierenden Kontext vom Arbeitnehmer – selbst verantwortetes Lernen. Es setzt gerechte Zugangsmöglichkeiten und kompetente Lernberatung voraus, wobei neben öffentlichen Stellen auch die Arbeitgeber gefragt sind, die mit dem Wandel der beruflichen Anforderungen und der Wettbewerbslage ihrer Branche unmittelbar vertraut sind.

c) Der Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzbuches betrifft grundsätzlich nur Arbeitsverhältnisse. Lebenslanges Lernen bezogen auf die Arbeitswelt, wie sie in einem Arbeitsvertragsgesetz geregelt werden soll, umschreibt insofern die beständige Notwendigkeit der beruflichen Weiterbildung durch berufliche Fortbildung sowie ggf. auch Umschulung.

## 2. Zum Ansatz des § 72 des Entwurfs eines Arbeitsvertragsgesetzes

### a) Regelungskontext

aa) Explizite Vorschriften zur beruflichen Weiterbildung finden sich im Wesentlichen in § 72 AVG-E. Diese Vorschrift steht daher im Zentrum der Betrachtung. § 129 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AVG-E erkennt einen sachlichen Befristungsgrund an, wenn ein Arbeitnehmer zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers beschäftigt

wird, insbesondere für die Dauer einer beruflichen Weiterbildung. § 66 Abs. 2 AVG-E schreibt vor, dass der Arbeitgeber speziell im Rahmen der beruflichen Aus- und Fortbildung auf die Unzulässigkeit von Benachteiligungen hinweisen soll. Keine ausdrückliche Regelung erfahren hat die Frage der Rückzahlung von Ausbildungskosten. Derartige Vereinbarungen unterliegen der Inhaltskontrolle allgemeiner Vertragsbedingungen gemäß § 18 des Entwurfs. Im Kündigungsrecht werden Weiterbildungsaspekte ausdrücklich angesprochen in § 116 Abs. 4 AVG-E. Der Entwurf enthält für die Weiterbildung besonderer Arbeitnehmergruppen keine abweichenden Regelungen. Für Teilzeitbeschäftigte und Arbeitnehmer in befristeten Arbeitsverhältnissen gelten daher grundsätzlich die allgemeinen Regelungen ebenso wie für Arbeitnehmer, die von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung freigestellt sind.

bb) Der Entwurf verdeutlicht durch seinen § 72 Abs. 1 AVG-E, dass für das lebenslange Lernen in erster Linie der Arbeitnehmer als Betroffener selbst verantwortlich ist. Zugleich wird dem Arbeitgeber durch § 72 Abs. 2 AVG-E aufgegeben, zum Lernerfolg durch Unterstützung und Information beizutragen. Der Entwurf zielt damit darauf ab, den für das lebenslange Lernen notwendigen Bewusstseinswandel bei Arbeitnehmern und Arbeitgebern einzuleiten. Dies ist der wesentliche Gehalt des § 72 AVG-E. Materiell neu für das Individualarbeitsrecht sind auch die Regelungen zum Freistellungsanspruch und zur Weiterbildungsverpflichtung des Arbeitnehmers in den Absätzen 3 und 4 des § 72 AVG-E. Die unmittelbaren Auswirkungen dieser Vorschriften sind allerdings begrenzt.

#### **b) Pflichten des Arbeitnehmers (Abs. 1)**

aa) Nach § 72 Abs. 1 des Entwurfs ist der Arbeitnehmer verpflichtet, seine berufliche Leistungsfähigkeit den sich ändernden Anforderungen anzupassen und sich eigenverantwortlich entsprechend weiterzubilden. Damit setzt der Entwurf den Zentralgedanken des lebenslangen Lernens um, indem er dem Arbeit-

nehmer verdeutlicht, dass vor allem er selbst für seine berufliche Weiterbildung verantwortlich ist und daher auch selbst aktiv werden muss.

bb) Fraglich erscheint, ob § 72 Abs. 1 AVG-E eine echte Rechtspflicht des Arbeitnehmers begründet oder ob hier nur eine Obliegenheit statuiert wird. Bestünde eine echte Rechtspflicht, so könnte der Arbeitgeber die Nichtbeachtung der Weiterbildungsverpflichtung als Verstoß gegen den Arbeitsvertrag eigenständig abmahnen und im Wiederholungsfall verhaltensbedingt kündigen. Handelte es sich um eine bloße Obliegenheit, also eine (Mitwirkungs-), Verpflichtung im eigenen Interesse ohne eigentlichen Schuldcharakter, würden wiederholte Verstöße nicht zur verhaltensbedingten Kündigung berechtigen. Der Arbeitnehmer hätte aber Rechtsnachteile bei Nichterfüllung zu tragen, etwa in Form einer personenbedingten Kündigung, wenn durch die fehlende Weiterbildung die Eignung für das sich wandelnde Berufsbild entfallen ist.

Auf eine echte Rechtspflicht deutet zunächst der Wortlaut der Absätze 1 und 2 sowie die Einordnung des § 72 an erster Stelle im zweiten Untertitel des vierten Titels, der mit „Pflichten des Arbeitnehmers“ überschrieben ist. Dass es sich dennoch nur um eine Obliegenheit handelt, deutet die Einordnung der fehlenden Weiterbildungsbereitschaft in das Kündigungsrecht des Entwurfs an, die im Kontext der betriebs- und personenbedingten Kündigung in § 116 Abs. 4 AVG-E erfolgt ist. Nach dieser Vorschrift ist eine betriebs- oder personenbedingte Kündigung auch unwirksam, wenn der Arbeitnehmer nach Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen auf demselben oder einem anderen Arbeitsplatz, gegebenenfalls zu veränderten Arbeitsbedingungen, weiterbeschäftigt werden kann. Sie ist jedoch insbesondere dann nicht unwirksam, wenn der Arbeitnehmer die Maßnahme zuvor abgelehnt hat. Auch das Zusammenspiel mit Absatz 4 des § 72 AVG-E deutet auf eine bloße Obliegenheit, denn wenn der Arbeitgeber die Teilnahme an Maßnahmen der Weiterbildung,

die ausschließlich betrieblichen Interessen dienen, nur bei Kostenübernahme und Freistellung unter Entgeltfortzahlung verlangen kann, besagt dies zugleich, dass er sonstige Weiterbildungsmaßnahmen gar nicht verlangen kann.

cc) Es spricht insofern mehr dafür, dass hier nur eine Obliegenheit des Arbeitnehmers begründet wird. Dies könnte u. U. durch folgende Formulierung klarer herausgestellt werden: „Der Arbeitnehmer ist im eigenen Interesse verpflichtet ...“. Zwingend geboten erscheint dies allerdings nicht. Denn selbst wenn man hier von einer echten Rechtspflicht ausgehen wollte, handelte es sich jedenfalls um eine nur schwach ausgeprägte Pflicht eigener Art: Durch § 116 Abs. 4 AVG-E sind Pflichtverstöße weitgehend aus dem Anwendungsbereich der verhaltensbedingten Kündigung ausgeklammert. Ferner wird die Pflicht durch die Mitverantwortlichkeit des Arbeitgebers in Absatz 2 des § 72 AVG-E relativiert und hinsichtlich möglicher Verstoßfolgen abgemildert. Und schließlich ist zu bedenken, dass die Art und Weise der Weiterbildung durch den Entwurf und in Übereinstimmung mit den Grundgedanken des lebenslangen Lernens letztlich nicht vorgegeben wird. Sie kann daher auch durch informelles Lernen sowie im Selbststudium von Fachzeitschriften und Büchern erfüllt werden. Abweichende Auswirkungen dürften sich angesichts dessen auch bei Annahme einer Rechtspflicht speziell im Kündigungsrecht wohl nur bei „Totalverweigerern“ jeglicher Weiterbildung ergeben.

dd) Die Bedeutung des Absatzes 1 liegt demnach vor allem darin, einen Bewusstseinswandel herbeizuführen und dem Arbeitnehmer vor Augen führen, dass er selbst verantwortlich ist und aktiv werden muss. Davon darf gemäß Absatz 5 auch in Tarifverträgen nicht abgewichen werden.

### **c) Pflichten des Arbeitgebers (Abs. 2)**

aa) Nach § 72 Abs. 2 AVG-E 2 hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer über den Weiterbildungsbedarf und geeignete Weiterbildungsmaßnahmen zu informieren und ihn bei der Verpflichtung nach Absatz 1 zu unterstützen, also bei der Anpassung der beruflichen Leistungsfähigkeit an die sich ändernden Anforderungen und bei der eigenverantwortlichen Weiterbildung.

bb) § 72 AVG-E spricht in allen Absätzen ganz allgemein vom „Arbeitnehmer“. Alle Regelungen gelten daher ohne Einschränkungen auch für Teilzeitbeschäftigte, befristete Arbeitsverhältnisse sowie in der Elternzeit, während des Wehrdienstes und bei einem vereinbarten Ruhen des Arbeitsverhältnisses (§§ 99, 100 Abs. 2 AVG-E). Einer ausdrücklichen Regelung bedarf es insoweit nicht, weil nach der Regelungstechnik des Entwurfs nur Abweichungen gesondert zu erwähnen wären.

cc) Dem Arbeitgeber wird durch die Regelung des Absatzes 2 verdeutlicht, dass er den Arbeitnehmer bei seinen Weiterbildungsbemühungen unterstützen muss. Anders als bei Absatz 1 dürfte es sich um eine echte Rechtspflicht handeln; zwingend ist dies allerdings auch hier nicht. Dafür spricht aber der regulatorische Kontext der §§ 92 Abs. 1, 96 ff. BetrVG. Auch § 96 Abs. 1 BetrVG kennt einen echten Anspruch auf Förderung der Berufsbildung, der allein kollektivrechtlich gilt und durch einen individualrechtlichen Anspruch auf Unterstützung nun konsequent abgerundet würde. Letztlich ist die Bedeutung dieser Frage aber von untergeordneter Bedeutung, weil sich ein Individualanspruch zumeist bereits aus § 81 Abs. 4 S. 2 BetrVG ergibt. Die wichtigste Konsequenz ist zudem ausdrücklich in § 116 Abs. 4 AVG-E geregelt. Danach ist eine personen- oder betriebsbedingte Kündigung auch unwirksam, wenn nach Umschulung oder Fortbildung eine Weiterbeschäftigung möglich ist; dies gilt nur dann nicht, wenn der Arbeitnehmer bereits abgelehnt hat oder dies dem Arbeitgeber mangels Eignung des Arbeitnehmers oder aus wirtschaftlichen Gründen nicht zuzumuten ist.

dd) Führt der Arbeitgeber Weiterbildungsmaßnahmen durch oder informiert oder unterstützt er im Weiterbildungsbereich, ergibt sich über das Gleichbehandlungsgebot des § 4 AVG-E regelmäßig ein Teilhabeanspruch.

#### **d) Bildungsurlaub (Abs. 3)**

aa) Materiell neu für das Bundesrecht ist Absatz 3 Satz 1, der dem Arbeitnehmer einen in Tagen bestimmten jährlichen Anspruch auf Freistellung zur beruflichen Weiterbildung zugesteht (Satz 1). Die Regelung gewährt allerdings nur einen Anspruch auf unentgeltliche Freistellung und ohne Kostenübernahme durch den Arbeitgeber, was freilich eine Förderung durch die Bundesagentur für Arbeit nicht ausschließt. Sie betrifft allein die berufliche Weiterbildung, während die allgemeine oder politische Weiterbildung nicht erfasst wird. Der Anspruch wird ferner dadurch eingeschränkt, dass nach Satz 2 mit dem Arbeitgeber Einvernehmen über den Inhalt der Weiterbildungsmaßnahme erzielt werden muss. Er greift nur „im Rahmen des Absatzes 1“, setzt also grundsätzlich sich ändernde Anforderungen voraus.

bb) Auf den ersten Blick ungewöhnlich, bei näherem Hinsehen jedoch durchaus schlüssig erscheinen die Teilverweise auf das Urlaubsrecht in Satz 3. Die Bezugnahme auf § 46 Abs. 1 S. 4 führt dazu, dass Bildungsurlaub im Anschluss an Maßnahmen der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation zwingend zu gewähren ist. Dies erleichtert dem Arbeitnehmer nach gesundheitlichen Problemen einen zielgerichteten Neustart, wobei die Interessen des Arbeitgebers hinreichend durch das zwingende Einvernehmen bezüglich des Inhalts gesichert werden. Der Verweis auf § 47 Abs. 2 AVG-E bedeutet bei einem durch den Arbeitgeber verschuldeten Verfall des Anspruchs durch nicht rechtzeitige Gewährung, dass Schadensersatz in Geld zu leisten ist. Dadurch erlangt die Regelung Sanktionscharakter. Der angestrebte Weiterbildungserfolg kann in diesen Situationen für die Vergangenheit nicht mehr erreicht werden, und es wird der jährlichen Verpflichtung mehr Nachdruck verliehen.

Die fehlende Bezugnahme auf § 42 Abs. 1 S. 3 sowie § 44 Abs. 1 und 2 AVG-E bewirkt, dass der Anspruch auch befristet oder in Teilzeit beschäftigten Arbeitnehmern, Arbeitnehmern im Ein- und Austrittsjahr sowie Arbeitnehmern vor oder nach der Elternzeit, dem Wehrdienst oder anderen Freistellungen ungemindert zusteht. Der Anspruch wird also aus dem Weiterbildungsbedarf abgeleitet und nicht als Gegenleistung für die zu erbringende Arbeitsleistung gesehen, was sachgerecht erscheint. Dem Konzept („ganz oder gar nicht“) entspricht auch der fehlende Verweis auf § 42 Abs. 4, 5 AVG-E. Für den Anspruch ist keine Wartezeit zu erfüllen, und es existiert auch keine Regelung zur Vermeidung von Doppelansprüchen. Der volle Anspruch besteht damit ab dem ersten Arbeitstag und auch noch im gekündigten Arbeitsverhältnis. Dies erscheint konsequent, denn der Anspruch wird hier allein durch den Anpassungsbedarf bei sich ändernden Anforderungen bestimmt. Auch die fehlende Bezugnahme auf § 45 AVG-E passt ins Bild. Tage der Arbeitsunfähigkeit während des Bildungsurlaubs werden nicht wieder gutgeschrieben. Diese Risikotragungsregelung geht davon aus, dass der Weiterbildungserfolg einer laufenden Bildungsmaßnahmen nach einer Erkrankung nur noch durch ein höheres Engagement des Arbeitnehmers vollständig erreicht werden kann.

cc) Nach Satz 4 des Absatzes 3 werden sämtliche Ansprüche des Arbeitnehmers auf Weiterbildungsurlaub auf den Anspruch nach Satz 1 angerechnet, sofern sie nicht ausdrücklich als zusätzlicher Weiterbildungsurlaub ausgestaltet sind. Da in zwölf Bundesländern weiter reichende Landesgesetze zum Bildungsurlaub bestehen, die einen Anspruch auf in der Regel fünf Tage bezahlte Freistellung im Jahr oder von zehn Tagen in zwei Jahren vorsehen, erzeugt die Regelung des § 72 Abs. 3 AVG-E nur in den vier Bundesländern ohne Bildungsurlaubsgesetze praktische Auswirkungen. Die Regelung des Entwurfs bewirkt dadurch ausschließlich Verbesserung zugunsten der Arbeitnehmer in Baden-Württemberg, Bayern, Sachsen und Thüringen, während die bestehenden und weiter reichenden Bildungsurlaubsgesetze der übrigen Län-

der unangetastet bleiben. Dies erklärt auch die im Vergleich zu den Bildungsurlaubsgesetzen der Länder eher zurückhaltende Ausgestaltung der Normierung, die diese gerade nicht ablösen, sondern vielmehr einen konsensfähigen Mindeststandard bundesweit gewährleisten soll.

**e) Teilnahmepflicht (Abs. 4)**

aa) Nach § 72 Abs. 4 AVG-E kann der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer die Teilnahme an Maßnahmen der Weiterbildung, die ausschließlich betrieblichen Interessen dienen, nur verlangen, wenn er die Kosten übernimmt und den Arbeitnehmer unter Entgeltfortzahlung gemäß § 64 freistellt. Mit dieser Regelung betreten die Entwurfsverfasser arbeitsrechtliches Neuland und begründen eine Rechtspflicht des Arbeitnehmers zur Teilnahme an bestimmten Maßnahmen der beruflichen Weiterbildung. Der sich für den Arbeitgeber ergebende Rechtsanspruch ist aber eng begrenzt, da er nur solche Weiterbildungsmaßnahmen erfasst, die „ausschließlich“ betrieblichen Interessen dienen. Dies ist nur bei rein unternehmens- oder produktbezogenen Maßnahmen der Fall, die ohne Stellenwert auf dem Arbeitsmarkt sind. Ferner kann eine „Freistellung unter Entgeltfortzahlung gemäß § 64“ nur erfolgen, wenn überhaupt eine individuelle Arbeitspflicht besteht. Eine Teilnahmepflicht während arbeitsfreier Zeiten am Wochenende oder nach Feierabend sowie für Arbeitnehmer während der Elternzeit besteht demnach nicht.

bb) Da die Teilnahmepflicht neben der Freistellung von der Arbeitspflicht auch eine vollständige Kostenübernahme erfordert, stellt sich die Frage, ob der Anspruch über das hinausgeht, was der Arbeitgeber aufgrund seines Direktionsrechts ohnehin verlangen kann. Dagegen spricht, dass die Regelung die Belange des Arbeitnehmers an dieser Stelle mit keinem Wort erwähnt. Es wäre aber mit der Gesamtkonzeption des Entwurfs nicht zu vereinbaren, wenn der Arbeitgeber Ort, Dauer und Zeitpunkt der Maßnahme beliebig wählen könnte und berechtigt wäre, den Arbeitnehmer ohne Rücksicht auf dessen private und familiäre

Situation sowie den Arbeitsvertrag an einen anderen u. U. ausländischen Standort zu schicken. Ein Wertungswiderspruch ergäbe sich im Verhältnis zu den Regelungen der §§ 28 Abs. 1, 29 Abs. 1 AVG-E. Nach § 28 Abs. 1 des Entwurfs darf der Arbeitgeber sein Weisungsrecht nur im Rahmen des Vertrages und zudem nur nach billigem Ermessen ausüben und hat dabei auf Belange des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen. Die erweiterte Arbeitspflicht gemäß § 29 Abs. 1 des Entwurfs gestattet zwar in bestimmten Situationen die Anordnung von Überstunden sowie von Arbeit an einem anderen Ort, doch gilt dies nur, soweit nicht überwiegende persönliche Gründe des Arbeitnehmers entgegenstehen.

Die Regelung kann daher nur als besondere Ausprägung der allgemeinen Regelungen verstanden werden, die klarstellt, dass Weiterbildung im ausschließlich betrieblichen Interesse unter den hier genannten Voraussetzungen Vertragsinhalt ist, zum Berufsbild gehört und daher unter Beachtung der allgemeinen Anforderungen der §§ 28 f. AVG-E anstelle der „normalen“ Arbeit verlangt werden kann. Dies wurde nach geltender Rechtslage vereinzelt bezweifelt, vom LAG Hessen aber bereits für den Fall bejaht, dass ohne entsprechende Weiterbildung die arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeiten angesichts behördlicher Anforderungen nicht ausgeübt werden konnten. Der Entwurf schafft in diesem Punkt Rechtssicherheit. Wie sich aus dem Zusammenspiel mit Absatz 5 ergibt, begrenzt die Norm ferner die Zulässigkeit abweichender einzelvertraglicher Abreden, sodass z. B. die Kosten einer ausschließlich im betrieblichen Interesse durchgeführten Maßnahme auch einzelvertraglich nicht auf den Arbeitnehmer überwältzt werden können.

cc) Problematisch erscheint, was gelten soll, wenn die Weiterbildung nicht ausschließlich betrieblichen Interessen dient. Die Entwurfsformulierung könnte so verstanden werden, dass der Arbeitgeber dann stets auch ohne Freistellung – und damit auch z. B. während der Elternzeit – eine Teilnahme des Arbeitnehmers

an Maßnahmen auf eigene Kosten verlangen kann, wenn neben betrieblichen Interessen auch solche des Arbeitnehmers betroffen sind. Dies ist üblicherweise bei beruflicher Weiterbildung der Fall, da sich regelmäßig auch die beruflichen Einsatzmöglichkeiten außerhalb des Unternehmens und damit die Chancen des Arbeitnehmers am Arbeitsmarkt erhöhen.

Dieses Verständnis wäre jedoch mit der Konzeption des § 72 AVG-E nicht in Einklang zu bringen, nach dessen Absatz 1 der Arbeitnehmer gerade selbst bestimmen kann, in welcher Weise (selbst organisiertes Lernen, blended learning, Fernlehrgang, Präsenzlehrgang usw.) er seine berufliche Leistungsfähigkeit den sich ändernden Anforderungen anpasst. Insofern kann Absatz 4 nur so interpretiert werden, dass in anderen als den dort eng formulierten Fällen kein Anspruch des Arbeitgebers auf Teilnahme des Arbeitnehmers an Weiterbildungsmaßnahmen besteht.

dd) Ohne dass dazu eine zwingende Notwendigkeit bestünde, wäre es im Interesse der Klarheit zu begrüßen, wenn die Regelung in dem genannten Sinne wie folgt gefasst würde:

(4) Der Arbeitgeber kann vom Arbeitnehmer die Teilnahme an Maßnahmen der Weiterbildung nur verlangen, wenn diese ausschließlich betrieblichen Interessen dienen, er die Kosten übernimmt und den Arbeitnehmer unter Entgeltfortzahlung gemäß § 64 freistellt.

#### **f) Tarifdispositivität (Abs. 5)**

Nach § 72 Abs. 5 AVG-E kann durch Tarifvertrag von den Vorschriften der Absätze 2 bis 4 auch zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden. Einzelvertraglich ist § 72 AVG-E zwingend, weil insoweit keine entsprechende Regelung besteht. Nicht tarifdispositiv ist Absatz 1, was folgerichtig ist, weil das Erfordernis des lebenslangen Lernens weniger eine gesetzliche Verpflichtung oder Obliegenheit als viel mehr eine gesellschaftliche Notwendigkeit umschreibt.

### **3. Fazit**

Der Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes verdeutlicht für Arbeitnehmer und Arbeitgeber die Notwendigkeit des lebenslangen Lernens sowie die sich daraus im Arbeitsleben ergebenden Verhaltensnotwendigkeiten. Er bildet eine gute Basis für die Wissensgesellschaft in gegenwärtiger und künftiger Ausprägung. Der schlank formulierter Regelungsentwurf des § 72 AVG-E enthält materiell nur ausgewogene und moderate Änderungen. Mit der vorliegenden Fassung gelingt der gesetzgeberische Einstieg in die Wissensgesellschaft sozialverträglich und beschäftigungsfördernd wie auch -sichernd. Von einer Ausweitung der enthaltenen Rechte der Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberseite wird im gegenwärtigen Stadium grundsätzlich abgeraten, da sie die politische Realisierbarkeit des Gesamtvorhabens gefährden würde. Der Entwurf erweist sich auch insoweit als zukunftsfähig, da er spätere Reformen im Sinne von Verbesserungen in die eine oder andere Richtung ohne Weiteres ermöglicht.



## **IV. Diskussion im Anschluss an die Referate Vereinbarkeit Familie und Beruf (Körner), Alternde Gesellschaft (Brors), Wissensgesellschaft und lebenslanges Lernen (Kokemoor)**

Die Diskussion wurde mit der an den Verfasser des Entwurfs gerichteten Bitte eröffnet, die Weiter- von der Fortbildung abzugrenzen. Der Referent stellte klar, Weiterbildung sei so zu verstehen, dass sie die Fortbildung einschlieÙe.

Ein Diskussionsteilnehmer hielt Kokemoors Ansatz, Bildungsurlaub unbezahlt zu gewähren, für unvertretbar. In Anbetracht der vom Arbeitnehmer zu bezahlenden Bildungsmaßnahmen sei es unrealistisch zu glauben, er könne den Entgeltverlust hinnehmen. Ein weiterer Teilnehmer pflichtete ihm bei. Auch er sei weniger optimistisch, was die Interpretation des § 72 AVGE angehe. Um dahin zu kommen, wie Kokemoor es sehe, bedürfe es erheblicher Klarstellung durch die Rechtsprechung. Er könne nicht wie Kokemoor in § 72 Abs. 1 AVGE eine Obliegenheit und in § 72 Abs. 2 AVGE eine Verpflichtung sehen. Nach dem Wortlaut handele es sich in beiden Fällen um eine Verpflichtung, weshalb die Absätze auch unter dem zweiten Untertitel „Pflichten des Arbeitnehmers“ zu finden seien. Ebenso stehe er Kokemoors Interpretation des § 72 Abs. 4 AVGE als Obliegenheit skeptisch gegenüber. Auch hier könne man den Umkehrschluss ziehen. Danach bestehe die Gefahr, dass der Arbeitgeber, ohne die Kosten zu tragen, vom Arbeitnehmer die Teilnahme an Bildungsmaßnahmen verlangen könnte, soweit diese nicht ausschließlich betrieblichen Interessen dienten.

Weiterhin wurde eine Verständnisfrage geäußert. § 72 Abs. 2 AVGE formuliere die Unterstützungspflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer. Wie sei dies nun im Zusammenhang mit § 94 Abs. 5 AVGE zu sehen, nach dem die §§ 68 bis 87 Anwendung fänden, soweit sich aus dem Zweck des Arbeitsverhältnisses nichts anderes ergebe? Widerspreche die begehrte Weiterbildung dem Zweck der Leiharbeit?

Angemerkt wurde weiterhin, dass der Entwurf keine Regelung zu Weiterbildungskosten enthalte, die dem Arbeitnehmer häufig beim Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis auferlegt würden, wenn sich der Arbeitgeber an ihnen beteiligt hatte. Der Diskussionssteilnehmer fragte, ob es nicht sinnvoll wäre, eine der Rechtsprechung des 9. Senats des BAG entsprechende Regelung aufzunehmen.

Kokemoor führte aus:

Hinsichtlich der Problematik des nach seiner Interpretation des Entwurfs unbezahlt zu gewährenden Bildungsurlaubs vertrat Kokemoor die Ansicht, dass natürlich eine weiter gehende Regelung getroffen werden könne. Er glaube aber nicht, dass eine solche durchsetzbar sei. Außerdem sei zu bedenken, dass es weiter gehende Ansprüche in den Bildungsurlaubsgesetzen der Länder gäbe. An diesen werde nicht „gekratzt“, sie blieben von der Regelung im Entwurf unberührt. Wichtig sei, dass mit Blick auf die südlichen Bundesländer überhaupt eine Regelung getroffen werde.

Hinsichtlich des Anzweifeln seiner Interpretation, § 72 Abs. 1 beinhalte eine „Obliegenheit“, nahm Kokemoor Bezug auf das SGB I. Auch dort fänden sich die Formulierungen „Pflicht“ und dann „Obliegenheit.“ Seines Erachtens wäre es aber auch unproblematisch, an dieser Stelle entgegen seiner Interpretation eine „Rechtspflicht“ anzunehmen. Da der Entwurf keine Vorgaben mache, sei eine Rechtspflicht doch bereits durch das Lesen einer Fachzeitschrift erfüllt. Außerdem habe man dann die Einschränkung nach § 72 Abs. 2 AVGE, die Pflichten des Arbeitgebers. Eine verhaltensbedingte Kündigung wegen fehlender Weiterbildungs-

maßnahmen sei insofern nur bei einem „Totalverweigerer“ denkbar. Insgesamt seien die Auswirkungen, selbst wenn man die Weiterbildung als „Rechtspflicht“ ansehe, gering. Der Bewusstseinswandel, dass der Arbeitnehmer etwas tun müsse, ggf. auch außerhalb seiner bezahlten Arbeitszeit und auf eigene Kosten, sei im Entwurf deutlich gemacht. Daran werde man künftig auch nicht vorbeikommen, alles andere sei Utopie. Aufgrund dessen sei auch der § 72 Abs. 4, der die Kostentragungspflicht des Arbeitgebers nur noch für rein betriebliche Weiterbildungsmaßnahmen vorsehe, ein gangbarer Ansatz.

Kokemoor antwortete auf die Frage hinsichtlich der Weiterbildung von Leiharbeitnehmern, er sehe keine Besonderheiten. Der Anspruch auf Weiterbildungsmaßnahmen gelte auch für sie.

Die Rückzahlungsklauseln seien – nicht ausdrücklich – im § 18 Abs. 4 AVGE geregelt. Er halte das für ausreichend, um den Vertrag nicht zu überfrachten.

Preis bemerkte dann: „Ich oder die Entwurfsverfasser fühlen sich von Herrn Kokemoor verstanden.“ Sie hätten darüber diskutiert und seien sich bewusst, dass § 72 Abs.1 AVGE nur eine „Obliegenheit“ sein könne. In Anbetracht der Interpretationsschwierigkeiten wollten sie in der Begründung dazu Erläuterungen vornehmen. Für § 72 Abs. 4 AVGE müsse auch im Hinblick auf die Problematik der Rückzahlungsklauseln eine präzisierende Regelung getroffen werden.

Auf Nachfragen, wie er auf das Referat von Brors reagiere, äußerte Preis, der Entwurf enthalte zum „Altersschutz“ mehr als § 117 Abs. 1 AVGE. Er basiere auf dem Konzept, das Arbeitsrecht „auch demografisch fit zu machen.“ Das „Alter“ könne nicht entscheidendes Kriterium sein, vielmehr müssten Defizite abgebaut werden. Er habe sich „zu einem großen Fan des Verbots der Altersdiskriminierung entwickelt“, weil sich ein Zuviel an Schutzbestimmungen beschäftigungshemmend auswirke.

Aus dem Publikum wurde entschieden widersprochen, man habe mit diesem grundsätzlichen Ansatz von Preis erhebliche Schwierigkeiten. Sozialwissenschaftlich sei belegbar, dass die Zurückhaltung von Arbeitgebern, ältere Arbeitnehmer einzustellen, nicht an deren Genuss des Kündigungsschutzes liege. Ausschlaggebend seien vielmehr deren Vorurteile hinsichtlich der Leistungsfähigkeit und Krankheitsanfälligkeit von Älteren. Durch Beseitigung von Schutz, wie es der Entwurf vorsehe, werde dieses Vorurteil nicht im Mindesten beseitigt.

# Sozialrechtliche Gehalte eines Arbeitsvertragsgesetzes

*Prof. Dr. Eberhard Eichenhofer,  
Friedrich-Schiller-Universität Jena*

## I. Einleitung

Wem die Ehre zufällt, in Weimar über ein Arbeitsgesetz zu sprechen, kann schwerlich an Art. 157 S. 2 der Weimarer Reichsverfassung vorbeigehen. Darin heißt es: „Das Reich schafft ein einheitliches Arbeitsrecht“. Mit dieser Ankündigung war die Vorstellung von einer reichseinheitlichen Kodifikation des Arbeitsrechts verbunden. Wer von der Friedrich-Ebert-Stiftung eingeladen ist, darf an Willy Brandts erste Regierungserklärung vom 28. Oktober 1969 erinnern: „Die Bundesregierung ist dem sozialen Rechtsstaat verpflichtet. Sie wird zur Verwirklichung dieses Verfassungsauftrages das unübersichtlich gewordene Arbeitsrecht in einem Arbeitsgesetzbuch zusammenfassen. Sie wird auch mit den Arbeiten für ein den Anforderungen der Zeit entsprechendes Sozialgesetzbuch beginnen.“ Letzteres ist inzwischen auf stolze zwölf Bücher angewachsen und damit weit fortgeschritten, ja nahezu abgeschlossen. Es ist ganz ohne jeden Zweifel die umfassendste Kodifikation des Sozialrechts weltweit und das ehrgeizigste Kodifikationsvorhaben in der Geschichte Nachkriegsdeutschlands, was freilich öffentlich leider sehr selten gewürdigt wird. Das Arbeitsgesetzbuch steht dagegen jedoch – trotz aller Bemühungen – noch immer aus!

Ein Arbeitsgesetzbuch hat dem Arbeitsrecht zu geben, was des Arbeitsrechts ist – Struktur, Gestalt und Anschaulichkeit! Und solches Bemühen hat sich auf den Gegenstand der Kodifikation, also das Arbeitsrecht, zu konzentrieren. Andere Rechtsgebiete haben dabei am Rande zu stehen. Deren Vertreter sollten sich

jedenfalls der Marginalität ihrer Position gemessen an den im Mittelpunkt stehenden Fragen des Arbeitsrechts stets bewusst sein und bleiben.

Dennoch hat das Sozialrecht einer gesetzlichen Vereinheitlichung des Arbeitsrechts auch etwas zu bieten; zunächst die Erfahrung mit einem eigenen noch im Gange befindlichen Kodifikationsvorhaben (II); sodann aber und vor allem auch eine Reihe sachlicher Impulse. Denn das Arbeits- und Sozialrecht verbindet vieles: Die Gemeinsamkeit ihres sozialen Auftrags, ihre korporatistische Prägung, die Ähnlichkeit des Adressatenkreises ihrer Regelungen und zahlreiche Verflechtungen zwischen beiden Gebieten bewirken, dass das eine schwerlich ohne das andere gedacht und erörtert werden kann. Folglich kann das eine Gebiet nur mit Blick auf das je andere gehaltvoll und folgenreich betrieben werden (III). Vielleicht sind die aus sozialrechtlicher Sicht angestellten Beobachtungen zu dem Vorhaben einer Kodifikation des Arbeitsvertragsrechts deshalb auch einem arbeitsvertragsrechtlichen Gesetzgebungsvorhaben förderlich.

## II. Sozialrechtliche Kodifikationserfahrungen

### 1. Überblick über den Stand des Kodifikationsverfahrens

Das von der Öffentlichkeit weithin unbeachtete sozialrechtliche Kodifikationsverfahren wurde mit der Errichtung der Sozialgesetzbuchkommission in Gang gesetzt. Es erstreckte sich nach Verabschiedung des ersten Buches des SGB (1975) über mehrere zurückliegende Jahrzehnte. Der Gesetzgeber nahm jeweils anstehende größere Reformen einzelner Sozialleistungszweige zum Anlass, einzelne Bücher des SGB zu verabschieden: so bei der Kranken- (SGB V), Renten- (SGB VI), Unfall- (VII) und Arbeitslosenversicherung (SGB III). Ferner nahm der Gesetzgeber die Kodifikation zum Anlass, neue Zweige des Sozialrechts zu begründen, so die Pflegeversicherung (SGB XI) und die Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II), sowie alte Zweige wie die Jugend-

(SGB VIII) und Sozialhilfe (SGB XII) systematisch neu zu ordnen. Im SGB IX weist die sozialrechtliche Kodifikation auch über weite Teile arbeitsrechtliche Bestimmungen auf, nämlich die Schutzvorschriften für die behinderten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (§§ 68 ff. SGB IX). Sie stehen mit den die Eingliederung behinderter Menschen in das Erwerbsleben bezweckenden Regelungen des Sozialrechts über Rehabilitations- und Teilhabeansprüche in einem untrennbaren Zusammenhang. Für eine Kodifikation des Arbeitsvertragsgesetzes stellt sich im Hinblick darauf die Frage, ob gegebenenfalls Querverbindungen zum SGB IX auch im Arbeitsvertragsgesetz enthalten sein sollten.

Eigenständige Leistungen der Kodifikation liegen in der Herausstellung gemeinsamer Rechtsgrundsätze für gemeinsame Fragestellungen und Probleme. So schafft das SGB I eine alle Sozialleistungen formende Systematik, bestimmt die Grundkategorien der Leistungen, zeichnet den internationalen Geltungsbereich deutschen Sozialrechts ab (§§ 30 SGB I, 3–6 SGB IV), regelt das Leistungsrecht sämtlicher Träger und die Mitwirkungsobliegenheiten der Sozialleistungsberechtigten (§§ 60 ff. SGB I). Für alle fünf Zweige der Sozialversicherung werden Versicherungspflicht und -berechtigung, -freiheit und -befreiung geregelt, ganz ebenso wie das Beitragsrecht sowie das Haushalts- und Organisationsrecht umschließende Körperschaftsrecht der Sozialversicherungsträger (SGB IV).

Da sämtliche Sozialleistungsträger der Leistungsverwaltung angehören, liegt ein weiterer Rationalisierungseffekt in der gemeinsamen Regelung des Verfahrens einschließlich des Regressrechts unter Sozialleistungsträgern und gegenüber Dritten (SGB X). Namentlich im Hinblick auf die angesprochenen Regelungsfragen entfaltete die sozialrechtliche Kodifikation durch ihren verallgemeinernden Charakter einen beachtlichen Rationalisierungseffekt. Damit war und ist ein Gewinn an Rechtssicherheit und -klarheit verbunden.

## **2. Kodifikation mit begrenzter Sachreform**

Das Gesetzgebungsvorhaben stand unter dem Leitmotiv: „Kodifikation mit begrenzter Sachreform!“ Das Kodifikationsvorhaben sollte also nicht zum Anlass einer grundstürzenden Umgestaltung alles Bestehenden genommen werden; es sollte vielmehr seinen Ausgangs- und Fluchtpunkt im vorfindlichen Recht haben. Weil jedoch jede Neugestaltung gesetzlicher Regelungen infolge der Änderung von Begriffen und Systematik stets neue Interpretationshorizonte erschließt, war auch die sachliche Änderung des Gesetzes nicht verpönt. Die konkreten Beispiele bei der Kodifikation zeigten im Übrigen, dass jeder Schritt zur Kodifikation mit umfassenden gesetzlichen Änderungen begleitet war. Manche Leistungszweige – wie die Pflegeversicherung und die Grundsicherung für Arbeitsuchende – sind im Zuge des Kodifikationsprozesses erst geschaffen und auch bei Kodifikation der überkommenen Zweige sind durchaus zahlreiche neue Elemente in die Regelungen aufgenommen worden. Wegen der Komplexität des Sozialrechts wurde dieses in Etappen kodifiziert. Dabei wurden die ursprünglichen Fahrpläne weder in der Struktur und Akzentsetzung noch in zeitlicher Hinsicht je eingehalten. Die Kodifikation des Sozialrechts im Sozialgesetzbuch ist ein schönes Beispiel für das von Raimund Karl Popper als „piecemeal engineering“ bezeichnete Verfahren der Stückwerkstechnologie.

Was hat die Kodifikation dem Sozialrecht gebracht? Sie forderte für eine Übergangszeit gerichtliche Präzisierungen. Denn jede gesetzliche Neuregelung bringt Rechtsunsicherheit notwendig hervor. Diese wurde aber alsbald überwunden, zumal die Gerichte bemüht waren, die Kontinuität der Rechtsentwicklung zu wahren, also neues Recht aus der Tradition heraus auszulegen und zu verstehen. Das neue Recht schafft Übersichtlichkeit über ein Gebiet; allerdings vermehrte die Kodifikation die schiere Zahl der Normen erheblich! Die Kodifikation mochte deshalb das Recht womöglich transparenter als bisher zu gestalten; aber es wurde darüber sicherlich nicht einfacher! Im Gegenteil, die durch Kodifikation gesteigerte Transparenz lud den Gesetzgeber zur

Steigerung der Regelungstiefe ein. Die Kodifikation behinderte nicht die permanente Rechtserneuerung. Die aus dem beginnenden 19. Jahrhundert überkommene Vorstellung, eine Kodifikation bestimme von Grund auf neu und halte danach den Wandel des Rechts auf, weil sie die ein für allemal gültigen Prinzipien des Rechts jenseits von Raum und Zeit zu offenbaren hätte, lässt sich nicht nur durch die Entwicklungs- und Verfassungsgeschichte des SGB widerlegen. Diese Vorstellung war schon seit jeher eine ein ahistorisches und unpolitisches Rechtsverständnis offenbarende Illusion.

### **3. Was ist für das Vorhaben eines Arbeitsvertragsgesetzbuches aus den Erfahrungen des Sozialrechts zu schließen?**

Das Arbeitsvertragsgesetz weist nicht annähernd die Dimensionen und die Größenordnung des SGB aus. Anders als dieses kann und sollte jenes daher nur als ein einheitliches Gesetzeswerk verabschiedet werden. Würden einzelne seiner Teile isoliert, so wäre es ein Torso und damit keine Verbesserung gegenüber dem Status quo und folglich ganz und gar verzichtbar. Ein Arbeitsvertragsgesetz kann nur als Ganzes sinnvoll sein! Ein Arbeitsvertragsgesetz schafft Transparenz und lädt deshalb auch zur Ausweitung der Regelungstiefe ein. Vorschläge von 150 Paragraphen umfassenden Gesetzeswerken halten sich jedoch im Rahmen des Gegebenen. Denn in sie gehen mehrere Einzelgesetze ein, welche dort zusammengeführt werden. Dies erhöht die Anschaulichkeit der Regelung und vermindert zugleich die Vielfalt der Regelungswerke. Dies ist wie im Sozialrecht auch im Arbeitsrecht ein legislativer Gewinn!

Desgleichen ist wohl die aus der SGB-Kodifikation geschöpfte Erfahrung verallgemeinerungsfähig, dass die Neuregelung zunächst einmal für die Gerichte und Rechtswissenschaft ein Zeichen des Neubeginns bedeuten. Die Illusion, dass die Rechtsentwicklung mit der Neuregelung bei null beginne, wird durch jedes neue Gesetzgebungswerk genährt – und regelmäßig enttäuscht. Auch hier dürfte die Erfahrung des Sozialgesetzbuches lehrreich

sein, dass auch unter neuen Anordnungen hergebrachte Rechtsfragen in der Tradition ausgelegt und entschieden werden, trotz neuer Begrifflichkeit und Systematik also vieles beim Alten bleiben dürfte. Die Phase der allgemeinen Verunsicherung ist bei Neuregelungen erfahrungsgemäß kürzer als bei der Verabschiedung der Gesetze oftmals perhorresziert. Allerdings wird jedes neue Gesetz gerade dem Buchmarkt einen vielleicht für die Entfaltung verlegerische Aktivitäten durchaus gewünschten Impuls, ja Pusch zu geben versprechen. Unabhängiger sachverständiger Rat von Experten wird in der Übergangsphase an Bedeutung zunehmen. Die Rechtswissenschaft wird also ihrer wahren Bedeutung gemäß aufgewertet. All dies sind durchaus gute Gründe für eine Verwirklichung des Kodifikationsvorhabens.

### **III. Diskussionsentwurfs eines Arbeitsvertragsgesetzes und das Sozialrecht**

Die weiteren Überlegungen stützen sich dabei auf den von den Professoren Dres. Martin Henssler und Ulrich Preis unterbreiteten Diskussionsentwurf (künftig „E“) eines Arbeitsvertragsgesetzes mit Stand November 2007. Die Erörterung lässt sich dabei von folgenden Fragen leiten:

- Wäre die sozialrechtliche Anschlussfähigkeit der vorgestellten arbeitsvertragsrechtlichen Normen gesichert? (1)
- Welche sozialrechtlichen Folgen wären mit der Verabschiedung des Arbeitsvertragsgesetzes verbunden? (2)
- Was gewönne das Sozialrecht durch die Verabschiedung des Arbeitsvertragsgesetzes? (3)

#### **1. Sozialrechtliche Anschlussfähigkeit des Arbeitsvertragsgesetzes**

Das Arbeitsvertragsgesetz wäre sozialrechtlich anschlussfähig, wenn die im Arbeitsvertragsgesetzesentwurf vorgeschlagenen Formulierungen auch für die Regelungen der parallelen sozialrechtlichen Fragestellungen tauglich wären, dadurch also eine begriffliche Konsistenz wie normative Konsequenz zu erzielen wären.

Daran gemessen sind die Regeln über den Arbeitsvertrag sowie den Arbeitnehmerbegriff (§§ 1 f. E) im Prinzip mit dem Begriff der Beschäftigung (§ 7 SGB IV) deckungsgleich. Namentlich stimmt das an den Arbeitgeber gerichtete Verbot, sich auf die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages zu berufen (§ 20 E), falls der nichtige Vertrag gleichwohl vollzogen wurde, mit der sozialrechtliche Problemsicht und -lösung vollständig überein (§ 7 SGB IV). Sie entspricht der Lösung nach der Lehre vom sozialrechtlichen Beschäftigungsverhältnis. Denn die Nichtigkeitsfolge befreit den Arbeitnehmer von der Rechtspflicht zur Arbeit, soll diesen also schützen. Solche Schutztendenz würde ins Gegenteil verkehrt, wenn die Erfüllung des Vertrages den gebotenen arbeits- und sozialrechtlichen Schutz hinfällig machen würde.

Die Regelung über die arbeitnehmerähnlichen Personen (§ 3 E) könnte mit der Bestimmung über die Einbeziehung wirtschaftlich abhängiger Selbstständiger in die gesetzliche Rentenversicherung (§ 2 Abs. 1 Nr. 9 SGB VI) abgestimmt werden. Das europarechtliche Diskriminierungsverbot (§ 5 E) korrespondiert mit dessen sozialrechtlichem Pendant (§§ 33 c SGB I, 199 SGB IV).

Bei den Vorschriften über die persönliche Arbeitspflicht, den Beschäftigungsanspruch und den Grenzen des arbeitgeberischen Weisungsrechts (§§ 24–28 E), stellt sich die Frage, ob und inwieweit diese Regeln auf die sozialrechtlichen Beschäftigungen aufgrund einer MAE-Betätigung oder im Rahmen von Rehabilitations- und Teilhabeprojekten entsprechend anzuwenden sind. Sozialrechtlich gelungen ist die Verzahnung von Kurzarbeit und mit dem Anspruch auf Kurzarbeitergeld (§ 29 Abs. 3 E). Das vorgeschlagene arbeitsrechtliche Leistungsverweigerungsrecht aus persönlichen Gründen (§ 35 E) ist mit den ähnlich strukturierten Grenzen der sozialrechtlichen Mitwirkungsobliegenheit (§§ 60 ff. SGB I; vgl. auch § 144 SGB III) abzustimmen. Womöglich ist Letzteres namentlich im Rahmen von Arbeitsförderung durch die in § 35 E gegebenen Konkretisierungen erfüllt.

Die sich am Arbeitsentgelt für tariflich übliche Arbeitsentgelte (70 %) orientierende Mindestlohnregelung muss zur Wahrung des Lohnabstandsgebots der Grundsicherung mit den dort üblichen Sätzen für den Bezug von Arbeitslosengeld II abgestimmt werden. Sozialrechtlich näher läge ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn, der das die Grundsicherung (= Sozialhilfe, Fürsorge, Armenrecht) seit jeher prägende – unter dem schändlichen Einfluss neoliberaler Illusionen und Unkenntnisse über den Sozialstaat leider in Vergessenheit geratene – Lohnabstandsgebot sicherte.

Sozialrechtlich bedenklich, weil viel zu vage, ist die Vermutung in § 34 Abs. 3 E einer Bruttoarbeitsvergütungsregelung. Angesichts des strikten sozialrechtlichen Verbots einer Nettoarbeitsentgeltregelung (§ 32 SGB I) erweist sich die vorgeschlagene Regelung als normativ zu schwach. Denn die Beitragspflicht ist strikt an Arbeit und Lohnbezug geknüpft. Deshalb wäre jede Vereinbarung ungesetzlich, welche diese gesetzliche Folge auch nur zu relativieren versuchte. Also ist jede Vereinbarung über die Arbeitsleistung zwingend als Bruttoentgeltvereinbarung zu verstehen.

Die vorgeschlagene Regelung über die Fälligkeit des Arbeitslohns (§ 36 E), die eine Zahlung post numerando vorsieht, harmoniert nicht mehr mit der sozialversicherungsrechtlichen Beitragspflicht, welche die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge prae numerando bestimmt (§§ 22 f. SGB IV). Müsste dies nicht auch arbeitsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen?

Gelungen ist des Weiteren die Aufnahme des Begriffs der „Sondervergütung“ (§ 38 E) als eine in unregelmäßigen Zeitabschnitten, aber wiederkehrend erbrachte Arbeitsvergütungen nach Art von Urlaubs- und Weihnachtsgeld. Denn an diese Begriffsbildung schließen sich beitrags- und leistungsrechtliche Konsequenzen an (vgl. § 12 a SGB IV).



Wie aus § 51 Abs 1 S. 3 E zu ersehen, soll die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (§ 51 Abs. 1 E) auch für die durch Arbeitsunfall (§ 8 SGB VII) bedingte Erkrankung gelten. Der Vollständigkeit halber wäre dort der von der Berufsgenossenschaft ebenfalls verwaltete und gestaltete Versicherungsfall der Berufskrankheit (§ 9 SGB VII) zu ergänzen. Insgesamt wäre ferner zu erwägen, bereits in § 51 Abs. 1 S. 1 E klarzustellen, dass Entgeltfortzahlung bei Krankheit, Arbeitsunfall und Berufskrankheiten geschuldet ist. Nicht im Rahmen arbeitsrechtlicher Regelungen sollten dagegen Anforderungen über die Ausgestaltung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für die in der gesetzlichen Krankenversicherung Versicherten getroffen werden (§ 52 Abs. 4 E); solche Regelungen gehören in das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung. Außerdem wären auch hier die Unfallversicherten für sämtliche Versicherungsfälle einzubeziehen.

Die auf der Unterscheidung von In- und Ausland beruhende Regelung über Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (§ 52 Abs. 5 E) erscheint jedenfalls im Binnenmarkt antiquiert und zudem widerrechtlich. Denn der Binnenmarkt tilgt jeden rechtlichen Unterschied von In- und Ausland, sieht in solcher Distinktion vielmehr die latente Gefahr einer unstatthaften Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit.

§ 55 E stellt den Regeln über Entgeltfortzahlung die Mitwirkung im Rahmen von Rehabilitations- und Teilhabemaßnahmen gleich. Diese Gleichstellung beschränkt sich aber nur auf die bei Entgeltfortzahlung eintretenden Rechtsfolgen. Näher läge, anstelle dieser Detailregelung die grundsätzliche Frage nach dem arbeitsrechtlichen Status der auf sozialrechtlicher Grundlage geleisteten Arbeit zu klären.

Bei den Regeln über die Rechtsfolgen des Annahmeverzuges (§§ 57 ff. E) könnte die Auswirkung der Sozialleistungen auf den Anspruch auf Arbeitslohn angesprochen werden. Diese sind freilich differenziert. Das Kurzarbeitergeld ersetzt den Arbeitslohn,

das Mutterschaftsgeld tritt neben die vom Arbeitgeber zu zahlende Vergütung, wogegen das Arbeitslosengeld I bei der heute sogenannten Gleichwohlgewährung den Annahmeverzug nicht berührt, weil der Anspruch kraft Gesetzes auf die vorleistende Bundesagentur für Arbeit übergeht (§ 115 SGB X).

Besonders schwierig zu beurteilen ist der Regelungsvorschlag in § 57 Abs. 3 E über den Wegfall des Anspruches auf Arbeitsentgelt wegen Annahmeverzuges im Kündigungsschutzprozess. Ein Lohnanspruch soll nach dieser Vorschrift nur bestehen, falls der gekündigte Arbeitnehmer den Weiterbeschäftigungsanspruch (§ 137 E) geltend macht und während des Kündigungsschutzprozesses bei dem Arbeitgeber tätig wird. Ein Lohnanspruch soll danach nur begründet sein, falls der gekündigte Arbeitnehmer den Weiterbeschäftigungsanspruch geltend macht und demgemäß arbeitet. Diese Regelung verhindert zwar die heute übliche Vergleichspraxis, wonach Arbeitgeber und Arbeitnehmer in Fällen ungerechtfertigter Kündigung eine Abfindung unter Verzicht auf den Annahmeverzugslohn vereinbaren, um zu verhindern, dass dieser anteilig auf die Bundesagentur für Arbeit übergehe. Es würde damit eine Praxis sanktioniert, bei der auf Kosten der Arbeitsagenturen und vor allem der Sozialversicherungsträger beitragspflichtiges Entgelt in eine beitragsfreie und auf das Arbeitslosengeld nur eingeschränkt anrechenbare Abfindung umgewidmet wird. Die vorgeschlagene Regelung hätte zur Folge, dass der Arbeitnehmer während des Kündigungsschutzprozesses stets auf Arbeitslosengeld I verwiesen wäre und selbst bei Obsiegen die Differenz zum geschuldeten Lohn nicht erhielte.

Die angedeutete Vergleichspraxis gehörte zwar der Vergangenheit an; freilich würde diese Regelung noch mehr zu einer Sozialisierung der Kündigungsfolgen führen und damit die Gesamtheit der Beitragszahler – eben alle Arbeitgeber und Arbeitnehmer – unsachgemäß zusätzlich belasten. Angesichts dessen wäre zu fragen, ob ein Arbeitslosengeld-I-Bezieher nicht aufgrund seiner sozialrechtlichen Mitwirkungsobliegenheit (§§ 60 ff. SGB I)

grundsätzlich auf die Geltendmachung des Weiterbeschäftigungsanspruchs zu verweisen wäre. Denn nur so wäre die Arbeitsverwaltung entlastet, und der Arbeitnehmer könnte sich nur sein volles Einkommen auch während des Kündigungsschutzprozesses sichern.

In § 65 Abs. 2 E wird die Pflicht des Arbeitgebers zur Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen angeordnet, obgleich sich diese Pflicht unmittelbar aus dem Sozialversicherungsrecht ergibt. Deren Erwähnung im Rahmen des Arbeitsvertragsgesetzes ist also lediglich deklaratorisch, nicht konstitutiv. Nähme sich das Gesetz aber generell der Aufgabe an, nicht nur das Arbeitsvertragsrecht zu normieren, sondern darüber hinaus dem Beteiligten die Rechtslage vor Augen zu führen und darüber zu belehren, so böte § 65 Abs. 1 S. 1 E Raum für die Feststellung, dass Personenschäden des Arbeitnehmers durch die Unfallversicherung auszugleichen sind. Dies empföhle sich vor allem im Hinblick auf die in § 89 Abs. 3 E vorgenommene verkürzte Aufnahme der Unfallversicherung. Träte die Unfallversicherung als Bestimmungsgröße des Arbeitsschutzes im Arbeitsvertragsgesetz hervor, so müsste sie auch bei § 78 E im Rahmen der Regelung über die Abhilfe bei Schäden und Gesetzesverletzungen Berücksichtigung finden. Denn in der getroffenen Aufzählung verletzter Normgattungen wäre auch ein Verstoß gegen die von den Berufsgenossenschaften als Satzung erlassenen Unfallverhütungsvorschriften aufzunehmen.

Im Rahmen der Regelung der Arbeitnehmerhaftung kommt es zu einer, allerdings nur partiellen und systematisch falschen Bezugnahme zur Unfallversicherung. § 39 Abs. 3 E regelt den unfallversicherungsrechtlich bedingten Ausschluss der Haftung unter Arbeitskollegen (§ 105 SGB VII), unterlässt dagegen die Feststellung, dass auch die Haftung des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer durch den Unfallversicherungsschutz verdrängt werde (§ 104 SGB VII). Die versagte Haftung unter Arbeitskollegen gehört im Übrigen in den in § 89 Abs. 4 E geregelten Zusam-

menhang der Haftung des Arbeitnehmers gegenüber Dritten, insoweit er nämlich die Haftung unter Arbeitskollegen und damit die Einstandspflicht des Arbeitnehmers gegenüber Dritten beschränkt. Also läge die Aufnahme der Regelung in diesem Zusammenhang näher.

§ 101 E verknüpft gelungen die Voraussetzung von Elternzeit und Elterngeldberechtigung. Die Regeln über Massenentlassungen (§§ 121–126 E) binden die Kündigung an die Beteiligung der Arbeitsverwaltung. Diese Vorschriften stehen im Einklang mit dem bisher geltenden Recht.

## **2. Welche sozialrechtlichen Folgen zeitigte das Arbeitsvertragsgesetz?**

Wegen der zahlreich deutlich gewordenen Anschlüsse und Querverbindungen zwischen einem möglichen Arbeitsvertragsgesetz und dem Sozialrecht hätte die Neuordnung des Individualarbeitsrechts auch Rückwirkungen auf das Sozialrecht. Dabei ist zunächst rein legislatisch eine Anpassung des Sozialgesetzbuches an die gewandelte Paragrafenbezeichnung vorzunehmen. Dies ist jedoch im Folgenden nicht weiter zu behandeln. Die Anpassung betrifft die Gesetzestechnik – und bleibt ohne rechtspolitische Folgen.

Ferner darf trotz aller Rücksichtnahme auf arbeitsrechtliche Nebengebiete die Diskussion um das Arbeitsvertragsgesetz nicht in der Abstimmung mit seinen Nachbargebieten den Schwerpunkt der gesetzgeberischen Bemühungen finden. Schließlich soll nicht übersehen werden, dass der Diskussionsentwurf zum Arbeitsvertragsgesetz der aus dem sozialrechtlichen Kodifikationsvorhaben schon bekannten Maxime der „Kodifikation bei beschränkter Sachreform“ ebenfalls folgt. Dennoch ist es verlockend darüber nachzudenken, inwieweit der durch die Kodifikation des Arbeitsvertragsgesetzes gewonnene Zuwachs an Konsistenz und Konsequenz des Individualarbeitsrechts auch sozialrechtliche Synergieeffekte auslösen könnte.

Das Sozialversicherungsrecht gewänne, wenn seine arbeitsrechtlichen Elementarbegriffe: Arbeitnehmer, Arbeitsentgelt, Sondervergütung, Arbeitskampf, Kurzarbeit, Krankheit, Mutterschaft, Mitwirkung und deren Grenzen weitgehend im Einklang mit dem Arbeitsrecht bestimmt werden würden. Dies förderte nicht nur die Konsistenz und Konsequenz der Rechtsordnungen, sondern wäre auch aus der grundsätzlich gleichsinnigen Regelungsfunktion von Arbeits- wie Sozialrecht zu begründen. Aus sozialrechtlicher Sicht wäre also darüber nachzudenken, inwieweit das SGB durch Verweisung auf das Arbeitsvertragsgesetz von der Last zu eigener Begriffsbildung freigestellt werden könnte.

Auch die noch im Argen liegende Ausgestaltung sozialrechtlicher Betätigungen, bei denen die motivatorische gegenüber der ökonomischen Bedeutung ganz im Vordergrund steht, weshalb sie nicht im arbeitsrechtlichen Sinne zu verstehen ist, könnte durch Übernahme einiger arbeitsvertragsgesetzlicher Prinzipien an Präzision und Klarheit gewinnen.

Besondere Abstimmungsprobleme von Arbeits- und Sozialrecht ergeben sich, falls der Schutzzweck beider Gebiete Regulationsinstitutionen beider Gebiete fordert und die daraus entstehenden Schutzrechte einander ergänzen – so beim Gesundheitsschutz des Arbeitnehmers, Entgeltsschutz des erkrankten Arbeitnehmers sowie bei Mutterschaft und Schwangerschaft sowie im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Hier sind für die aufeinander folgenden Leistungen der Einkommenssicherung im Arbeitsunfall, bei Berufskrankheiten und Krankheit deren Nahtlosigkeit zu sichern. So sie der Höhe nach differieren – z. B. die Entgeltfortzahlung in Höhe von 100 %, das Kranken- und Verletztengeld dagegen nur in Höhe von 70 % des Arbeitslohns – wird die Frage aufzuwerfen sein, ob diese Unterschiede sachlich begründet sind.

Und wenn sich Arbeits- und Sozialrecht einander ergänzen, stellt sich das sozialpolitische Grundsatzproblem, welches der rivalisierenden Teilgebiete die Aufgabe des sozialen Schutzes primär zu tragen hat: das Arbeitsrecht, auch um den Preis, dass dadurch die Entstehung oder Ausweitung von Beschäftigung möglicherweise beeinträchtigt wird, oder das Sozialrecht, das diese Effekte zu vermindern scheint, im Gegenzug aber die Gesamtheit der Arbeitnehmer und Arbeitgeber sowie die Steuerzahler mit Generalunkosten beschwert und belastet.

### **3. Was gewönne das Sozialrecht durch die Verabschiedung des Arbeitsvertragsgesetzes?**

Mit der Verabschiedung des Arbeitsvertragsgesetzes gewönne das Sozialrecht eine Referenzrechtsordnung, die durch ihre systematische Ausgestaltung kohärenter und konsistenter werden würde. Die zahlreichen wechselseitigen Beziehungen und Querverbindungen zwischen dem Arbeits- und Sozialrecht träten danach stärker ins Bewusstsein. Es wäre deutlicher, wo die soziale Verpflichtung der Rechtsordnung ihren Ort hat und wie sich diese ausbildet. Außerdem würden klarer das Rangverhältnis und die Leistungsfähigkeit beider Rechtsgebiete erkennbar sein. Es wäre also leichter als gegenwärtig zu bestimmen, worin die Aufgaben jedes einzelnen Gebietes liegen. In Weimar war oft manches schon früher als andernwärts klar, was Gebot der Stunde ist. Und wenn damit ein Vermächtnis Willy Brandts erfüllt würde, dürfte aus einem Wirken Friedrich Eberts – das ebenfalls mit Weimar eng verbunden ist – jedenfalls nichts Entscheidendes gegen ein solches Vorhaben sprechen.

# Das Verhältnis des Entwurfs zum europäischen und internationalen Arbeitsrechts

Rudolf Buschmann,  
Leiter der Redaktion „Arbeit und Recht“

I. Es kann in dieser Untersuchung nicht darum gehen, einen vorliegenden Entwurf auf Europarechtsunverträglichkeiten abzuklopfen. Dies wäre eine Auseinandersetzung um hypothetische Formulierungen. Hier sei nur verwiesen auf laufende, von der Europäischen Kommission anhängig gemachte Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland, etwa im Bereich der Umsetzung der Europäischen Arbeitszeitrichtlinie (vgl. Deter, AuR 2007, 40) der Datenschutzrichtlinie (AuR-Info 2007, 309) oder der Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/78/EG (AuR 3/2008). Eine systematische Übersicht scheidet auch deshalb aus, weil aus dem Entwurf gar nicht hervorgeht, welche in dem bisherigen Recht enthaltenen Vorschriften damit künftig in Fortfall geraten oder in anderen Gesetzen geparkt würden. Offensichtlich beinhaltet der vorliegende Entwurf nur ein Rumpfgesetz, neben dem zahlreiche andere der bisherigen Spezialgesetze weiter existieren sollen, etwa im Bereich des Arbeitsschutzes, des kollektiven Arbeitsrechts, teilweise auch des individuellen Arbeitsrechts sowie im Bereich von Teilzeit und Befristung.

Der Europäische Gerichtshof hatte in dem Verfahren Lange ./-Schünemann<sup>1</sup>, in dem es um die Anwendung der Europäischen Nachweisrichtlinie 91/533/EWG v. 14.10.1991 auf Überstundenverpflichtungen ging, eben diese Frage bejaht, ferner festgehalten, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, für den Fall der

<sup>1</sup> *EuGH v. 8. 2. 2001 – Rs. C-350/99, AuR 2001, 108; der Autor hatte in jenem Verfahren den Kläger vor dem EuGH vertreten.*

Verletzung der Nachweisverpflichtung angemessene Sanktionen zu bestimmen, ohne allerdings für die Art der Sanktionen die Richtung verbindlich vorzugeben. Diese Frage wird den Mitgliedstaaten überlassen. Allerdings hebt der Gerichtshof hervor, dass die „nationalen Grundsätze“, die für den Fall der Beweisvereitelung zur Anwendung kommen, eine solche Konsequenz sein können. Darauf bezieht sich offenbar § 17 Abs. 5 des Entwurfs, dies aber nur rudimentär. Zum einen wird eine Rechtsfolge überhaupt nur angedeutet, wenn der Arbeitgeber eine von der üblichen Vergütung abweichende Vereinbarung behauptet. In allen anderen Fragen, z. B. hinsichtlich der Arbeitszeit und weiteren Arbeitsbedingungen, bleibt die Rechtsfolge unklar. Zum anderen soll nach dem Entwurf die Rechtsfolge darin liegen, dass dem Arbeitgeber die Beweislast obliegt. Diese obliegt ihm aber ohnehin, und zwar sowohl für den ausdrücklich benannten Fall der abweichenden Vergütung als auch für besondere Vertragsregelungen wie Überstundenverpflichtungen. Eine solche scheinbare Sanktion, die nur die ohnehin, d. h. auch ohne die Nachweisverpflichtung bestehende Rechtssituation wiedergibt, würde den Kriterien des Europäischen Rechts sicher nicht genügen.

II. Wie dargelegt, können und sollen die folgenden Ausführungen nicht eine Kette von Europarechtsunverträglichkeiten aufzeigen, sondern eher auf grundsätzliche systematische Probleme hinweisen.

1. Nicht erst dieser Entwurf, sondern bereits das bestehende Arbeitsrechtssystem sieht sich Problemen ausgesetzt, wenn es darum geht, Europäische Rechtsvorschriften in das nationale Recht zu implementieren und in die nationale Systematik einzufügen. Dies hat formale, systematische und inhaltliche Gründe. Ein wesentlicher Gesichtspunkt, der die Rezeption des Europäischen Rechts für deutsche Rechtsanwender so schwierig macht, ist die Sprache, vor allem bei sekundärem Gemeinschaftsrecht wie Verordnungen und Richtlinien, mehr noch bei Entscheidungen europäischer Gerichte. Arbeitssprache ist bekanntlich das

Französische. Das Französische ist an sich eine sehr klare Sprache<sup>2</sup> und eignet sich vorzüglich für juristische Deduktion. Andererseits arbeitet das Französische gerne mit Partizipien. Diese haben den Vorteil, dass sie sich in einem Satz beliebig aneinander hängen lassen, ohne das Verständnis zu erschweren. Löst man bei der Übersetzung diese Partizipialkonstruktionen auf, entstehen im Deutschen entsetzliche Schachtelsätze, die dem Leser allein deshalb Unbehagen bereiten, weil sie der Struktur der deutschen Sprache einfach nicht entsprechen. Darüber hinaus lassen Partizipien oftmals offen, ob die angestrebte Verknüpfung temporaler, konditionaler, kausaler oder einfach assoziativer Natur ist, ob also das eine aus dem anderen folgt oder nur zufällig in einem offen gelassenen Zusammenhang steht. Die deutsche Sprache ist hier präziser, kann diese Präzision im Übersetzungsvorgang oft aber nicht herstellen, wenn das französische Original diese Frage eben offen lässt.

2. Im Internationalen – so auch im europäischen – Recht wird vor dem Hintergrund einer überwiegend gesehenen Kompromissnotwendigkeit nebst entsprechender Erfolgserwartung einerseits, bestehenden Interessendifferenzen andererseits, gerne auf das Mittel des sog. soft law zurückgegriffen. Nur als Beispiel seien hier die Formulierungen in § 5 Abs. 2 und 3 der Europäischen Teilzeitrichtlinie 97/81/EG<sup>3</sup> genannt. Dort heißt es: „Die Weigerung ... sollte, unbeschadet der Möglichkeit, gemäß den gesetzlichen und tarifvertraglichen Bestimmungen und den nationalen Geflogenheiten aus anderen Gründen, wie etwa wegen betrieblicher Notwendigkeit, Kündigungen auszusprechen, als solche

<sup>2</sup> *Ce qui n'est pas clair, n'est pas français.*

<sup>3</sup> *Abgedruckt bei Buschmann/Dieball/Stevens – Bartol, TZA, Das Recht der Teilzeitarbeit, 2. Aufl., 2001, S. 65.*

<sup>4</sup> *Zu zweierlei Erwägungen kommt es, wenn im Wege der Sozialpartnervereinbarungen sich die europäischen Sozialpartner auf einen Text verständigt haben, der seinerseits Erwägungen enthält, und nun diese Sozialpartnervereinbarung mit einer europäischen Richtlinie umgesetzt wird, der wiederum Erwägungen vorangestellt werden.*

keinen gültigen Kündigungsgrund darstellen. Die Arbeitgeber sollten, soweit dies möglich ist ... berücksichtigen.“ Abgesehen davon, dass § 5 Abs. 2 der Teilzeitrichtlinie überhaupt keine Entsprechung in dem nun vorgelegten Entwurf gefunden hat, tut sich der an den klaren Strukturen von Tatbestand und Rechtsfolge geschulte deutsche Jurist schwer damit, derartige Zielvorstellungen in nationale Gesetzesbestimmungen zu übersetzen.

3. Die Europäische Union hat bekanntlich keine allseitige Rechtssetzungskompetenz, sondern geht nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung vor. Daraus ergibt sich eine ganze Reihe von begrenzten Einzelregelungen, die in sich regelmäßig geschlossen sind und typischerweise einer bestimmten Struktur folgen: Es beginnt mit vorangestellten Erwägungen in einfacher oder teilweise sogar zweifacher Form.<sup>4</sup> Als Nächstes wird gern ein Gesetzeszweck vorangestellt, anschließend folgen Definitionen, dann „harte“ Normen wie etwa Diskriminierungsverbote, schließlich flankierende und verstärkende Vorschriften, etwa über die Information von Beschäftigten oder Arbeitnehmervertretungen, Vorgaben an die Mitgliedstaaten in Bezug auf verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen, Umsetzungsbestimmungen. Man sieht: Struktur, Aufbau und Inhalte dieser europäischen Regelungen sind durchaus logisch, in sich geschlossen und stimmig. Der am französischen Recht geschulte Rechtsdenker kann damit recht gut umgehen und weiß um die Bedeutung und Nutzbarmachung dieser einzelnen Strukturelemente. Der im deutschen Recht vorhandenen Systematik läuft diese Struktur allerdings zuwider, sodass jede Umsetzung, also nicht nur in diesem vorliegenden Entwurf, sondern bereits im vorhandenen Recht Schwierigkeiten bereitet.

Die Folge sind systematische Brüche und Redundanzen. Ein Beispiel: Regelungen zur Ausschreibung finden sich etwa in § 93 BetrVG, § 7 TzBfG, § 11 AGG. Wer diese Vorschriften kommentiert, muss zugleich andere Vorschriften hinzuziehen und miteinander verbinden. Nochmals: Diese Schwierigkeit stellt sich nicht

nur diesem Entwurf. Er hat aber dieser Herausforderung zu begegnen, und Zweifel sind angebracht, ob er sich dieser Herausforderung gestellt bzw. darauf Antworten gefunden hat.

III. Um dies zu verdeutlichen, soll die nachfolgende Untersuchung nicht von der Struktur des Entwurfs, sondern von bisherigen gesetzlichen Regelungen ausgehen und überprüfen, was der Entwurf daraus gemacht hat. Nur pars pro toto seien vier Gesetze herausgegriffen:

### **1. Betriebsverfassungsgesetz**

Man wird sich fragen, was hat die Betriebsverfassung im Arbeitsvertragsrecht zu tun, handelt es sich doch hierbei um kollektives Arbeitsrecht. Dies stimmt aber nur beschränkt. Die Vorschriften der §§ 81–85 BetrVG beinhalten individuelles Arbeitsrecht, ebenso das Beschwerderecht nach § 13 AGG. Diese Vorschriften als Mitbestimmung am Arbeitsplatz zu bezeichnen, ist wohl etwas euphemistisch. Tatsächlich handelt es sich um Informations-, Erörterungs-, Konsultativrechte. Hintergrund sind wiederum europäische Richtlinien, die derartige Konsultativregelungen regelmäßig vorsehen, nicht nur die RL 2002/14/EG v. 11.3.2002. Ein Teil dieser Vorschriften taucht auch im Entwurf auf, so etwa in den §§ 67 ff. E, was aber zugleich die Frage aufwirft, was nun mit den bisher im Betriebsverfassungsgesetz enthaltenen Regelungen geschehen soll. Sollen diese etwa bestehen bleiben oder aufgehoben werden? Beinhaltet also der Entwurf für ein Arbeitsverhältnisrechts auch eine Änderung der Betriebsverfassung? Dies würde das Gesetzesvorhaben zumindest politisch in einem ganz anderen Licht erscheinen lassen. Angesichts der komplexen Interessenstruktur bestehen gegenwärtig jedenfalls Zweifel, ob es sinnvoll ist, neben dem individuellen Arbeitsrecht auch die Betriebsverfassung zu novellieren.

<sup>5</sup> *Nachweise bei Buschmann/Ulber, Arbeitszeitgesetz mit Nebengesetzen, 5. Aufl., 2007, § 7, Rn. 24a ff.*

### **2. Arbeitszeitgesetz**

Wiederum besteht Erklärungsbedarf, warum dieses Gesetz herausgegriffen wird, handelt es sich doch um Arbeitsschutz im engeren Sinne. Der Arbeitsschutz wiederum ist durch eine ganze Reihe von europäischen Richtlinien geregelt, die nahtlos oder mit Maßgaben ins deutsche Recht umgesetzt worden sind (vgl. auch das Arbeitsschutzgesetz). Gleichwohl findet sich Individualarbeitsrecht auch in Arbeitsschutzgesetzen, so etwa in den §§ 15 ff. ArbSchG und auch in § 6 ArbZG. Im Arbeitszeitrecht besteht bekanntlich ganz erheblicher europarechtlich indizierter Korrekturbedarf. So verstößt etwa der in § 3 ArbZG enthaltene Ausgleichszeitraum von sechs Monaten für die Einhaltung der maximalen Wochenarbeitszeit gegen Art. 16 b) der Europäischen Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG, die nur vier Monate zulässt. Europarechtswidrig ist auch die neu eingefügte Vorschrift § 7 Abs. 2a ArbZG<sup>5</sup>. So liegt eine europarechtskonforme Anpassung des nationalen Arbeitszeitrechts durchaus nahe. Das Problem liegt eher darin, dass die Bundesregierung gerade diese Änderung politisch nicht will, sondern ihren politischen Einfluss in Europa dahingehend geltend macht, dass die strengeren europäischen Vorschriften solange abgeschwächt werden, bis das nationale Recht nicht mehr gegen europäisches Recht verstößt. Auch der Entwurf hilft in dieser Frage nicht weiter.

### **3. Teilzeit und Befristung**

Mit dem TzBfG sollen bekanntlich die europäischen Richtlinien 97/81/EG sowie 99/70/EG umgesetzt werden. Die Umsetzung im TzBfG folgt weitgehend der europarechtlichen Struktur. Dies gilt auch für die dort enthaltenen Vorschriften zur Beteiligung der Arbeitnehmervertretung, zu Ausschreibungen, zur Konkretisierung des Diskriminierungsverbots, etwa bei Bildungsmaßnahmen, zum Kündigungsschutz. Es ist erstaunlich, dass diese Regelungen in Deutschland bisher nur verkürzt zur Kenntnis genommen wurden. Man hat gelegentlich den Eindruck, als erschöpfe sich das ganze TzBfG in dem Arbeitszeitverkürzungsanspruch des § 8 bzw. in den Befristungsregelungen des § 14 TzBfG. Dass



das deutsche Gesetz hier umfassender angelegt ist, ist europarechtlich indiziert. Nicht vorgegeben ist lediglich die Zusammenfassung zweier so unterschiedlicher Regelungskomplexe wie Teilzeit und Befristung in einem Gesetz. Dies geht letztlich auf die politische Absicht des Gesetzgebers des Beschäftigungsförderungsgesetzes 1985 zurück, dem es darum ging, prekäre Arbeitsverhältnisse zulasten von sog. Normalarbeitsverhältnissen zu fördern. Diese Zusammenfassung wurde auch im Jahr 2001 beibehalten, hat aber keinen europarechtlichen Bezug.

Über die Umsetzung der europäischen Befristungsrichtlinie haben sich andere Rechtswissenschaftler kompetent geäußert. Zur Teilzeit ist der vorliegende Entwurf ausgesprochen defizitär. Es finden sich in § 29 E eine exzessive Verpflichtung zu Überstunden bzw. zur Kurzarbeit, in § 30 E die Anpassung der Arbeitszeit an den Arbeitsanfall, wodurch der heutige § 12 TzBfG abgelöst werden soll, in § 31 E ein Anspruch auf Veränderung der Arbeitszeit, der zwar nicht dem Inhalt, aber dem Gegenstand der gegenwärtig geltenden §§ 8 und 9 TzBfG entspricht. Dagegen fehlen vor allem das gegenwärtig in § 4 TzBfG geregelte Diskriminierungsverbot, das Benachteiligungsverbot des § 5, das Förderungsgebot des § 6, die Vorschrift über Ausschreibungen des § 7, das Diskriminierungsverbot bei Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen nach § 10, das Kündigungsverbot des § 11 TzBfG. Es bleibt ein großes Fragezeichen. Entweder sollen diese Vorschriften in einem weiter bestehenden Rumpfgesetz des TzBfG erhalten bleiben. Sie blieben dann wenigsten bestehen. Das Ergebnis wäre aber ein Maximum an Intransparenz, da zusammenhängende Regelungskomplexe auseinandergerissen und in zwei verschiedenen Gesetzen untergebracht würden – mithin das Gegenteil dessen, was der Entwurf verspricht. Die andere Alternative, nämlich dass diese Vorschriften, die ihre Wurzeln sämtlich im Europarecht haben, nach Maßgabe des Entwurfs künftig in Fortfall geraten würden, wäre noch gravierender. Der Europarechtsverstoß wäre überdeutlich. Dies gilt insbesondere für das Diskriminierungsverbot des § 4 TzBfG. Beide europäischen Richtlinien verlangen

eine ausdrückliche Umsetzung im nationalen Recht. Sollte etwa geplant sein, diese Umsetzung in einer allgemeinen Gleichbehandlungsvorschrift (§ 4 des Entwurfes) aufgehen zu lassen, wäre die Rechtsentwicklung um ca. 30 Jahre zurückgeworfen. Zum einen verlangt Europa eine spezifische Regelung. Zum anderen ist sie nicht auf kollektive Maßnahmen begrenzt, wie sie der Entwurf vorsieht. Als Ergebnis wären damit die Gerichte gehalten, sich unmittelbar auf das Verbot der mittelbaren Diskriminierung nach Art. 141 EG zu berufen, was zwar möglich ist und auch zu Ergebnissen führt, nichtdestotrotz einen argumentativen Umweg darstellt, den die europäischen und nationalen Gleichbehandlungsvorschriften eigentlich vermeiden sollen.

Einen Sonderfall stellt die geplante Kapovaz-Vorschrift des § 30 des Entwurfs dar. Im Gegensatz zum heutigen Recht soll es danach grundsätzlich möglich sein, nur eine monatliche, wöchentliche oder tägliche Mindestdauer der Arbeitszeit zu vereinbaren. § 12 TzBfG wird damit in mehrfacher Hinsicht verschlechtert. Der Entwurf solle eine monatliche Bezugsdauer erlauben, was gegenwärtig nicht zulässig ist. Damit wird die Flexibilität im Arbeitgeberinteresse weiter ausgebaut. Eine drastische Verschärfung gegenüber dem gegenwärtigen § 12 TzBfG erfährt die Vorschrift aber vor allem dadurch, dass danach nicht mehr eine feste Arbeitszeitdauer, sondern eine Mindestdauer der Arbeitszeit arbeitsvertraglich festzulegen ist. Damit soll offenbar dem Arbeitgeber ein Recht eingeräumt werden, nicht nur die Arbeitszeitlage, sondern auch die Arbeitszeitdauer der Arbeitnehmer entsprechend seinen betriebswirtschaftlichen Interessen zu gestalten. Dies wäre die totale Flexibilisierung der Arbeitszeit im Arbeitgeberinteresse. Die bisherigen Ankündigungsfristen von vier Tagen sind in Absatz 2 des Entwurfs zwar enthalten. In der Praxis spielten sie aber weder unter Geltung des § 4 BeschFG noch des § 12 TzBfG eine Rolle, weil sich Arbeitnehmer mit einer derartigen Vertragsgestaltung hierauf vernünftigerweise nicht berufen (können). Bekanntlich hatte das BAG in seiner Musiklehrerentscheidung<sup>6</sup> u. a. darauf abgestellt, dass der Arbeitnehmer

<sup>6</sup> BAG v. 12.12.1984 – 7 AZR 509/83, AP 6 zu § 2 KSchG 1969.

bei der fremdbestimmten variablen Arbeitszeit in seiner Dispositionsfreiheit über die Verwertung der Arbeitskraft eingeschränkt wird.<sup>7</sup> Das BAG stützte seine Kapovaz-Entscheidung also auf zwei Standbeine: zum einen die tragenden Grundsätze des Kündigungsschutzrechts, zum anderen die Dispositionsfreiheit des Arbeitnehmers zur kommerziellen oder nicht kommerziellen Verwertung seiner Freizeit. Danach ist es unzulässig, diese wichtigen Regelungen allein dem Arbeitgeber zu überlassen. Dem entspricht auch § 2 Abs. 1 Nr. 7 Nachweisgesetz, welcher wiederum auf die Europäische Nachweisrichtlinie 91/533/EWG v. 14.10.1991 zurückgeht. Danach ist die „vereinbarte Arbeitszeit“ nachzuweisen, was nichts anderes bedeutet, als dass die Arbeitszeit zu den wesentlichen Gestaltungselementen des Arbeitsverhältnisses gehört und als solche eben „zu vereinbaren“ ist. Diese Rechtsfolge hat auf europäischer Ebene auch der EuGH in seinem bereits zitierten Urteil v. 8.2.2001<sup>8</sup> ausgesprochen. Die spezifische Unterrichtungspflicht nach Art. 2 Abs. 2 i der Nachweisrichtlinie 91/533/EWG bezog sich auf die „normale Tages- oder Wochenarbeitszeit des Arbeitnehmers“. Darunter war die im konkreten Fall umstrittene Überstundenverpflichtung des Arbeitnehmers nicht zu fassen. Der EuGH stellte aber klar, dass die Dauer der Arbeitszeit, somit auch Überstundenverpflichtungen, zu den wesentlichen Punkten des Arbeitsvertrages oder des Arbeitsverhältnisses zählt, die gemäß Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie nachzuweisen sind. Dieses Verständnis setzt freilich voraus, dass die Regelung der „wesentlichen Punkte“ im Arbeitsvertrag nicht nach Maßgabe des Direktionsrechts des Arbeitgebers erfolgt. Entgegen dieser europarechtlichen Wertung nimmt § 30 des Entwurfs gerade diese wesentliche Frage aus dem Arbeitsvertrag heraus und überantwortet sie der alleinigen Entscheidungsgewalt des Arbeitgebers.<sup>9</sup>

#### 4. Gleichbehandlung

Vorschriften des AGG sind in die §§ 4–11 des Entwurfs übernommen worden.

a) Dies sind namentlich das Gebot der Gleichbehandlung, das Verbot der Diskriminierung, besondere Rechtfertigungsgründe, Schutz vor Belästigung, Beschwerderecht des Arbeitnehmers, Maßregelungsverbot, Tendenzunternehmen und Religionsgemeinschaften, schließlich die Ausschreibung eines Arbeitsplatzes. Wiederum stellt sich die Frage, was mit anderen Vorschriften des AGG erfolgen soll. Nur beispielhaft herausgegriffen seien etwa § 12 AGG (Maßnahmen und Pflichten des Arbeitgebers) und § 17 AGG (soziale Verantwortung der Beteiligten). § 17 Abs. 2 AGG enthält die wichtige Verfahrensmöglichkeit für Gewerkschaften und Betriebsräte in betriebsratsfähigen Betrieben bei einem groben Verstoß des Arbeitgebers gegen Vorschriften des AGG.<sup>10</sup> Wiederum bleiben Fragen: Soll diese Vorschrift etwa ins Betriebsverfassungsrecht übernommen werden? Sie würde dann ihren Charakter verlieren, da sie nicht mehr im Zusammenhang mit dem AGG steht. Weiterhin wäre zu fragen, ob sie dann (wie bisher) auch Beschäftigte im Sinne des geltenden § 6 AGG, die nicht

<sup>7</sup> BAG a. a. O.: „Wegen der Unsicherheit der zeitlichen Inanspruchnahme kann er seine Arbeitskraft anderweitig (z. B. in Form von weiteren Teilzeilverhältnissen oder durch Ausübung einer selbständigen Tätigkeit) entweder überhaupt nicht oder nicht voll nutzen, ohne dass der Arbeitgeber für nicht abgerufene Arbeitszeit eine Vergütung zu zahlen hat. Eine Vertragsgestaltung der hier vorliegenden Art führt zu einer Verlagerung von Bestandschutz – und Beschäftigungsrisiken, die der Arbeitnehmer nach den zwingenden Vorschriften des Kündigungsschutzrechts zu tragen hat, auf den Teilzeitarbeitnehmer.“

<sup>8</sup> EuGH v. 8. 2. 2001, Fn. 1.

<sup>9</sup> Nur am Rande sei darauf hingewiesen, dass mit einer solchen Regelung wiederum zahlreiche Konflikte zwischen Arbeitgebern und Betriebsräten vorprogrammiert sind, wenn nämlich Betriebsräte, gestützt auf § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG, darauf achten, dass ein solches Kapovaz-System im Betrieb nicht eingeführt wird; Nachweise bei TZA-Buschmann, § 87 BetrVG, Rn. 13, § 12 TzBfG, Rn. 85.

<sup>10</sup> Im Einzelnen vgl. Däubler/Bertzbach – Buschmann, § 17, Rn. 10 ff.

zugleich Arbeitnehmer im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes sind, noch erfassen würde und könnte. De lege lata ist dies unproblematisch. Oder soll die Vorschrift ganz in Fortfall geraten? Dies wäre auf jeden Fall europarechtswidrig, da die europäischen Richtlinien zwar nicht diese bestimmte Verfahrensform, wohl aber eine entsprechende Verfahrensform zur Effektivierung der Ziele der Gleichbehandlung vorsehen.

b) Ähnliche Fragen stellen sich hinsichtlich des Geltungsbereichs der Gleichbehandlungsregelung. Hier zeigt sich, dass die gegenwärtige Rechtslage unter Zugrundelegung eines einheitlichen Beschäftigtenbegriffs nach § 6 AGG durchaus schlüssig und stimmig ist. Sie erfasst gleichermaßen Arbeitnehmer, Auszubildende, arbeitnehmerähnliche Personen, Bewerber und ausgeschiedene Personen, Leih- und Heimarbeiter, in Bezug auf die Bedingungen für den Zugang zur Erwerbstätigkeit sowie den beruflichen Aufstieg auch Selbstständige und Organmitglieder. Dieser Beschäftigtenbegriff geht sicherlich weiter als der Arbeitnehmerbegriff des Arbeitsrechts. Indes ist er durch die europäischen Gleichbehandlungsrichtlinien vorgegeben und demzufolge auch konsequent im gesamten AGG maßgeblich. Diese klare Struktur wird im Entwurf nicht beibehalten. Leiharbeiter und Selbstständige sind dort gar nicht erfasst, arbeitnehmerähnliche nur nach Maßgabe des § 3, d. h. mit einer selektiven Verweisung auf die §§ 4–7, 10 des Entwurfs, was nichts anderes bedeutet, dass etwa die Vorschriften über das Beschwerderecht, das Maßregelungsverbot, Ausschreibungen und die Begrenzung des Fragerechts des Arbeitgebers für sie nicht zur Anwendung kommen sollen. Dies verstößt u. a. gegen Art. 3 der Richtlinien 2000/43 und 2000/78/EG.

IV. Die nur exemplarisch herausgegriffenen Komplexe zeigen, wie problematisch es ist, die in sich geschlossene Struktur von Umsetzungsgesetzen aufzulösen. Es besteht dadurch grundsätzlich die Gefahr, dass eine Systematik verloren geht, mit der eine europarechtlich vorgegebene Systematik übernommen wird, so dass selbst gleichlautende Vorschriften in einem anderen Licht erscheinen könnten, wenn sie trotz identischer Formulierungen an anderer Stelle in einem anderen Gesetz untergebracht würden. Was den konkret vorliegenden Entwurf angeht, bleiben zahlreiche Fragen offen. Dies betrifft insbesondere die Frage, ob und mit welchen Restvorschriften die bisherigen Einzelgesetze, aus denen Teilkomplexe zugunsten des vorgeschlagenen Arbeitsverhältnisses herausgelöst werden sollen, danach bestehen bleiben sollen. Systematisch wäre dies in keinem Fall. Noch gravierender wäre es allerdings, bestätigte sich der Verdacht, dass die Konzeption in Wirklichkeit darauf hinausläuft, wichtige Arbeitnehmerschutzvorschriften wie etwa das Gleichbehandlungsgebot für Teilzeitbeschäftigte oder das Beschlussverfahren des Betriebsrats/der Gewerkschaft künftig einfach zu streichen. Dies wäre nicht nur ein Fehdehandschuh gegenüber den Arbeitnehmern, sondern auch gegenüber dem Europarecht und gegenüber allen Bestrebungen, europarechtliche Vorgaben im nationalen Arbeitsrecht zur Wirkung kommen zu lassen.

## V. Diskussion im Anschluss an die Referate Sozialrechtliche Gehalte (Eichenhofer) und Europäisches und internationales Recht (Buschmann)

In der anschließenden Diskussion standen die sozialrechtlichen Aspekte im Mittelpunkt. Dabei wurde der Vorwurf laut, dass bereits ein Querblick über das Arbeitsvertragsgesetz einige Vorschriften vermissen ließe, die sowohl sozialrechtlichen als auch arbeitsrechtlichen Regelungsgehalt haben. So fehlen für Schwerbehinderte der spezifische Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung (§ 81 V 3 SGB IX) sowie die Vorgaben zur Prävention (§ 84 SGB IX), obwohl diese wichtige Bestimmungen für die Beschäftigung von Schwerbehinderten seien.

Der Entwurf des Arbeitsvertragsgesetzes sei allerdings, so die Verfasser, im Hinblick auf die sozialrechtlichen Fragen nicht als komplett und ausgereift anzusehen. Es handele sich insbesondere nicht um ein Artikelgesetz, bei dem festgelegt wird, welche Regelungen aufgehoben bzw. verlagert werden. Dies gelte bspw. auch für den Kündigungsschutz für Betriebsratsmitglieder (§ 15 KSchG), der eben nicht in den Entwurf aufgenommen wurde, sondern in § 103 BetrVG eingefügt werden soll, weil dies dem systematischen Zusammenhang entspreche. Deshalb kann dem Entwurf auch keineswegs die Intention entnommen werden, dass Vorschriften zur sozialen Verantwortung der Beteiligten (§ 17 AGG) oder zur Prävention (§ 84 SGB IX) wegfallen sollen. Vielmehr stehe insoweit die eigentliche Arbeit noch an, zu prüfen, welche sozialrechtlichen Gesetzesmaterialien mit Bedeutung für das Arbeitsrecht in das neue Arbeitsvertragsgesetz Eingang finden sollen.

Andererseits seien die Regelungen, die im Vortrag von Herrn Prof. Eichenhofer hinsichtlich der sozialrechtlichen Anschlussfähigkeit des Arbeitsvertragsgesetzes als entbehrlich kritisiert wurden, nicht überflüssig. § 34 III des Entwurfes enthalte eine Zweifelsregelung, wenn nicht feststeht, ob zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine Brutto- oder Nettoentgeltvereinbarung getroffen wurde. Damit sei aber keine Aussage getroffen, welches Entgelt sozialbeitragspflichtig ist. Handele es sich zwischen den Arbeitsvertragsparteien um eine Nettoentgeltvereinbarung, kämen die Sozialversicherungslasten hinzu, während diese bei der Bruttoentgeltvereinbarung bereits enthalten seien. Gleiches gelte für § 65 II des Entwurfes, weil durch die Aufnahme der Abführung der Sozialversicherungsbeiträge als öffentlich rechtliche Pflicht des Arbeitgebers ein klarer Bezug zu den Schadensersatzansprüchen des Arbeitnehmers hergestellt werde.

Weitere Aspekte wie eine familienfreundliche Politik oder der Eintritt in das gesetzliche Rentenalter im Hinblick auf das Arbeiten im späten Lebensabschnitt zur Aufbesserung der Altersrente zeigen die vielfältigen Berührungspunkte zwischen dem Arbeits- und dem Sozialrecht, deren Folgen sich nur im Zusammenhang bewältigen ließen. Ein weiteres Beispiel mag die Regelung zur Stellung der Praktikanten sein, die im Entwurf keine Erwähnung findet und evtl. einem eigenen Praktikantengesetz vorbehalten bleiben soll. Insoweit wäre von einem Arbeitsvertragsgesetz eine prinzipielle Antwort auf die Frage wünschenswert, welchen Status und sozialen Schutz Menschen haben, die sich nicht in einem Normalarbeitsverhältnis befinden.

In europarechtlicher Hinsicht wurde diskutiert, ob es sinnvoll ist, Gesetze, mit denen europäische Richtlinien in das nationale Recht umgesetzt werden, in einzelne nationale Gesetze aufzusplitten oder nicht doch besser die europarechtliche Systematik beizubehalten. Die europäischen Vorschriften sind in sich geschlossen und nehmen aufeinander Bezug. Wird dieser Zusammenhang aufgehoben, droht ein Verlust an Systematik, an Transparenz,

wenn nicht sogar ein Verlust an materiellen Regelungsinhalten. Dies wurde am Beispiel des Betriebsverfassungsgesetzes, des Arbeitszeitgesetzes, des TzBfG und des AGG exemplifiziert. So stellt sich die im Entwurf bisher nicht beantwortete Frage, welche der Vorschriften der bisher bestehenden Spezialgesetze nach dem Willen der Verfasser in künftigen Rumpfgesetzen erhalten bleiben, welche dagegen völlig in Fortfall geraten sollen. Kritisiert wurde insbesondere, dass die Streichung von Vorschriften des TzBfG, die im Entwurf nicht berücksichtigt wurden wie Zielsetzung (§ 1 TzBfG), Definitionen (§§ 2, 3 TzBfG) und Kündungsverbot (§ 11 TzBfG) zu einer nicht ordnungsgemäßen Umsetzung der Teilzeitrichtlinie führen würden. Das gleiche gilt für die der Effektivierung der Gleichbehandlung dienenden Verfahrensvorschriften des AGG. Dem halten die Verfasser des Entwurfes entgegen, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz in § 4 ArbVG das Verbot der Diskriminierung Teilzeitbeschäftigter enthalte, weil der bisherige § 4 TzBfG lediglich ein Ausschnitt aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz sei. Von einer Alternative eines § 4 Abs. 2 ArbVG mit dem Verbot, Befristet- und Teilzeitbeschäftigte unterschiedlich zu behandeln, wurde bewusst Abstand genommen, weil die gesammelte Regelung alles abdecke, so auch Aus- und Weiterbildung und Ausschreibungspflichten dieser Beschäftigten. Kritik hieran kam abschließend insoweit auf, als der Wegfall der speziellen Regelung des § 4 TzBfG unter Hinweis auf den Allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz zu weniger Klarheit führe, was dem Ziel eines einheitlichen Arbeitsvertragsrechtes entgegenstehe.

Unabhängig davon, ob das Arbeitsvertragsgesetz ein bloßes Re-statement, also die Zusammenfassung der aktuellen Gesetzeslage und der gesicherten Rechtsprechung, sein soll oder aber eine reformpolitische Bewegung mit sachlichen Änderungen, gebe die langjährige Kodifikation des Sozialgesetzbuches die Botschaft, dass eine kompakte Kodifikation eines ähnlich umfassenden Rechtsgebietes wie dem Arbeitsrecht möglich ist. Das Arbeitsvertragsgesetz sollte dabei nicht als perfektionistisches Vorhaben verstanden werden, sondern als ausbaufähige Stufe, bei der ein gesetzgeberisches Nachbessern ähnlich wie im Sozialrecht nicht unziemlich sei. Dies sei die Gesetzgebungssituation der Gegenwart.

## VI. Abschlussdiskussion

Die abschließende Podiumsdiskussion unter Leitung von Dr. Irina Mohr hatte die Erörterung politischer Konstellationen, die um eine Kodifikation des Arbeitsvertragsgesetzes angelegt sind, zum Gegenstand. Das erklärte Ziel bestand darin, auf Grundlage der derzeitigen politischen Rahmenbedingungen eine konstruktive „Mitarbeit von links“ an der Arbeitsrechtskodifikation auszuloten, weshalb bewusst bei der Besetzung des Podiums die Arbeitgeberseite ausgespart wurde. Nicht der Streit zwischen den Sozialpartnern über einzelne Inhalte des Arbeitsvertragsgesetzes sondern Lösungsansätze aus der Sicht der Arbeitnehmer standen hierbei im Mittelpunkt.

Einleitend setzte sich Prof. Dr. Thomas Dieterich, Präsident a.D. des BAG, mit den Fragen auseinander, ob und inwieweit aus der Erfahrung mit den vorherigen gleichgelagerten Gesetzesinitiativen der vorliegende Entwurf die Chance hat, unter den gegenwärtigen Machtkonstellationen Gesetz zu werden.

Um eine Antwort auf diese Fragen zu finden, müsse ein politischer Realitätssinn beachtet werden. Die Realität im Arbeitsrecht sei von einem tiefgehenden Antagonismus gekennzeichnet mit konträren Interessen auf Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite. Dieser Antagonismus spiegele sich im politischen Raum wider, sobald vom Arbeitsrecht die Rede ist. Aufgrund der in diesem Bereich vorherrschenden Wirklichkeits- und Problemwahrnehmung, wird jede Entscheidung, Äußerung und Person, die sich äußert, als der einen oder anderen Seite zugehörig oder zumindest unterstützend etikettiert. Zentrales Problem bei einer Arbeitsrechtskodifikation sei deshalb, über diese Art der Problemwahrnehmung hinweg zu kommen und durch brückenschlagende und konsensbildende Maßnahmen das gemeinsame Interesse zu organisieren.

Unter Beachtung dessen beantwortet sich auch die Frage, warum die bisherigen Versuche eines einheitlichen Arbeitsvertragsrech-

tes, an denen auch Prof. Dr. Dietrich beteiligt war, gescheitert sind. Es lag nicht daran, dass die anderen Entwürfe so schlecht gewesen seien, auch wenn der vorliegende Entwurf ausgereifter und geschlossener sei. Dies werde dem Entwurf von Herrn Prof. Preis und Herrn Prof. Henssler weder helfen, noch haben die Schönheitsmängel den vorherigen Entwürfen geschadet. Da hinter jedem Versuch eine Koalition stand, die ein Arbeitsvertragsgesetz in Auftrag gegeben hat und dieses wollte, seien ebenso wenig fehlende Mehrheiten ursächlich gewesen. Der Grund sei vielmehr eine politisch zu respektierende Kosten-Nutzen-Analyse gewesen. Die großen Parteien, die in ihrem Kreis beide Teile des antagonistischen Spektrums des Arbeitslebens vertreten haben, leiden unter spannungsreichen Kämpfen. Damit diese Flügel bei arbeitsrechtlichen Problemen nicht auseinander triffen, sollten die regierenden Parteien beide sozialen Gegenspieler auf ihrer Seite haben. Arbeitsrechtliche Großprojekte wie das eines Arbeitsvertragsgesetzes sind deshalb nur zu realisieren, wenn von Gewerkschafts- und Arbeitgeberseite aus ein Unbedenklichkeitsattest hinsichtlich der Regelungen ausgestellt werde. Stehen sich die sozialen Gegenspieler andererseits unversöhnlich gegenüber, und dies entsprach der bisherigen Lage, musste die Kosten-Nutzen-Analyse der jeweiligen Parteien dazu führen, von einem Arbeitsvertragsgesetz Abstand zu nehmen.

Demnach stellt sich die Frage, ob sich diese politische Situation durch den vorliegenden Entwurf geändert hat. Der auf hohem akademischem Niveau befindliche Vorschlag eines Arbeitsvertragsgesetzes der Herren Prof. Dr. Preis und Prof. Dr. Henssler haften aber Schwierigkeiten der Umwandlung in ein formelles Gesetz an. Hierfür sei zunächst Indiz, dass in der Podiumsdiskussion über diesen Entwurf die Arbeitgeberseite nicht vertreten ist und somit ein Unbedenklichkeitsattest von beiden sozialen Gegenspielern nicht erteilt werden kann. Außerdem zeige die Fülle der in der gesamten Konferenz behandelten Probleme, dass es sich beim Arbeitsvertragsgesetz um ein umfassendes sozialpolitisches Konzept handelt, welches deutlich über die bloße Zusammensetzung der bisherigen Gesetze und Rechtsprechung



hinausgehe und deshalb eine Zusammenführung der Gegensätze des arbeitsrechtlichen Lebens benötigt. Da der Entwurf diese Zusammenführung nicht erkennen lässt, werde er in dieser Form von der derzeitigen großen Koalition nicht angenommen werden. Ohnehin sei die Hoffnung, die große Koalition könne ein derart umfassendes Arbeitsvertragsgesetz auf den Weg bringen, nicht berechtigt, weil in den beiden großen Volksparteien die Spannungen zwischen den Flügeln größer sind und daher die Kosten-Nutzen-Analyse eher gegen das einheitliche Gesetz ausfallen werde. Durch die große Koalition erscheint es lediglich möglich, die sozialen Gegenspieler zusammenzuführen, um so den kleinsten gemeinsamen Nenner zu suchen, der dann eine bessere Chance auf die erforderliche beiderseitige Zustimmung hätte.

Nachdem sich die Arbeitgeberseite im Vorfeld der Veranstaltung gegen den Entwurf ausgesprochen hat, erläuterte Herr Hans-Jürgen Urban von der IG-Metall die Gewerkschaftsposition zu diesem Gesetzentwurf unter dem Blickwinkel der erforderlichen Zusammenführung der antagonistischen Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

Die Positionsbestimmung zum Arbeitsvertragsgesetz sei von Gewerkschaftsseite aus noch nicht abgeschlossen. Stattdessen befinde man sich in einer offenen Diskussion, die allerdings an vier Prämissen gebunden sei. Erstens sollen Veränderungen arbeitsrechtlicher Regelungen nur auf der Basis erfolgen, dass Arbeitsrecht Arbeitnehmerschutzrecht bleibe. Das bedeutet ein System von Normen zu schaffen, das der asymmetrischen Machtverteilung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer Rechnung trage und ein bestimmtes Schutzniveau für Arbeitnehmer realisiere. Zweitens müssen die ökonomischen Wirkungen des umgestalteten Arbeitsrechts beachtet werden, insbesondere, dass die Hoffnung auf Beschäftigungsimpulse für einzelne Arbeitsmarktgruppen durch Senkung von Schutzniveaus im Arbeitsrecht ungerechtfertigt sei. Drittens seien die konkreten politischen Erfahrungen der vergangenen Jahre im Zusammenhang mit arbeits- und sozialrechtlichen Änderungen maßgeblich, die zu-

letzt negativ waren. Die zunehmende Prekarisierung von Arbeitsverhältnissen und die damit verbundene Rückkehr von Unsicherheit für die Arbeitnehmer als Grundstrom und Resultat der letzten Veränderungen führten zu einer empirischen Vorsicht gegenüber weiteren arbeitsrecht- und arbeitsmarktrelevanten Maßnahmen, der von Gewerkschaftsseite aus Rechnung zu tragen sei. Letztlich sind Arbeitsgesetze nicht aus rein wissenschaftlicher Sicht sondern anhand ihrer Wirkungen für die Beschäftigten zu betrachten.

Unter Beachtung dessen könne keine Blockadehaltung der Gewerkschaft und keine Verteidigung des status quo abgeleitet werden. Die Vorteile eines einheitlichen Arbeitsvertragsgesetzes seien unabweisbar, so dass dieses sogar gefordert werde, wenn hiermit der Versuch verbunden werden kann, die Rechtsposition der Arbeitnehmer zu verbessern. Zusammengefasst lässt sich die Position der Gewerkschaft als konditionierte Verhandlungs- und Einlassungsbereitschaft bei grds. Offenheit für die Diskussion charakterisieren, wobei die Gefahr für eine Verschlechterung der Stellung der Arbeitnehmer minimiert werden muss. Damit ist zunächst eine unverzichtbare Risikobewertung gemeint, wenn einerseits bestimmte Schutzstandards der Arbeitnehmer geöffnet werden und andererseits Verbesserungen in Bezug auf Transparenz und Übersichtlichkeit der arbeitsrechtlichen Vorschriften möglich seien. Weiterhin müsste ein sog. Restatement die erste Zielsetzung sein, weil eine Realisierung sämtlicher Reformbedürfnisse das Vorhaben zu umfangreich werden ließen. Im Rahmen der Diskussion über ein Arbeitsvertragsgesetz müsste ein sog. Konsensverfahren bestehen, durch das sichergestellt ist, dass nur solche Regelungen Eingang in das Gesetz finden, die Konsens unter den Schlüsselakteuren sind. Damit soll insbesondere eine Ausstiegsoption für die Gewerkschaft verbunden sein, die in Anspruch genommen werde, wenn der Prozess zu einer Verschlechterung der Rechtsstellung der Arbeitnehmer tendiert. Ausgehend von dieser Grundhaltung könnte der vorliegende Entwurf nicht als gemeinsame Grundlage der Diskussion empfohlen werden, da in den einzelnen Bereichen des Kündigungsschutzes,

der Entgeltzahlung im Krankheitsfall, der Leiharbeit und des Mindestlohnes eine deutliche Verschlechterung der Position der Arbeitnehmer gesehen werde.

Demnach kommt die IG-Metall bei der Bewertung von Vorteilen und Nachteilen des Entwurfes zu einer eher skeptischen Haltung, weil hierdurch ein Prozess in Gang gesetzt würde, die die Gewerkschaft zwingen würde, Verhandlung in stabilen Bereichen des Arbeitsrechts zu führen, bei denen eine Verschlechterung geplant sei.

Eine Zusammenführung der Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer sei deshalb davon abhängig, dass diese offen kommuniziert werden, um Schnittstellen und Kontroversen herauszuarbeiten und abzuwägen, ob das Arbeitsvertragsgesetz noch in dieser Legislaturperiode in Angriff genommen werden kann.

Aufbauend auf dieser Grundhaltung seitens der Gewerkschaft befasste sich Herr Helmut Platow von der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di) anschließend mit der grundsätzlichen Frage, ob für die Praxis ein Arbeitsvertragsgesetz benötigt wird. Hinsichtlich eines praktischen Mehrwertes eines solchen Gesetzes nimmt Herr Platow einen kritischen Standpunkt ein. Positiv sei aus seiner Sicht zunächst zu bewerten, dass Arbeitsrecht durch ein einheitliches Arbeitsvertragsgesetz auf den ersten Blick transparenter werde. Damit verbunden seien bessere Lesbarkeit und möglicherweise klarere Regelungen, die einer arbeitsrechtlichen Konfliktlösung und -vermeidung förderlich seien.

Probleme im praktischen Umgang mit dem Arbeitsvertragsgesetz, die einen Bedarf nach einem solchen Gesetz zweifelhaft erscheinen lassen, seien aber auf den drei Ebenen einzelner Arbeitnehmer, Betriebsräte und Gewerkschaften festzustellen. Der einzelne Arbeitnehmer, der Mitglied der Gewerkschaft ist, hat Rechtsfragen etwa in Bezug auf Urlaub, Mutterschutz und Wettbewerbsverbote, die er beantwortet haben will. Weil das Gesetz allein auf diese Fragen keine Antwort biete, sei der Arbeitnehmer weiterhin auf die sachkundige Auskunft der Gewerk-

schaft angewiesen, weshalb das Arbeitsvertragsgesetz für das einzelne Gewerkschaftsmitglied nicht von großem Nutzen sein werde.

Gleiches gelte für die Betriebsräte. Deren Arbeit, rechtliche Anfragen der Belegschaft zu behandeln und die Einhaltung der Gesetze zu überwachen, werde nur auf den ersten Blick leichter. Nach den Erfahrungswerten von Herrn Platow seien die Bibliotheken der Betriebsräte meist so ausgestattet, dass über Kommentare zu arbeitsrechtlichen Spezialproblemen verfügt wird, mit denen eine Problemlösung schneller gefunden werde als mit einem „Riesenkomentar“ zu einem umfassenden Arbeitsvertragsgesetz. In Zweifelsfällen werde dann ohnehin die Gewerkschaft konsultiert, so dass sich insgesamt kaum Änderungen für die Betriebsräte ergeben werden.

Letztlich sei auf Gewerkschaftsebene zu beachten, dass viele Tarifverträge auf den Gesetzen aufbauen. Wenn das Arbeitsrecht neu formuliert werde, teilweise auch mit inhaltlichen Änderungen, können die Auswirkungen auf die bestehenden Tarifverträge nicht außer Betracht bleiben. Schwierigkeiten im Verhältnis Gesetz zu Tarifvertrag, wie sie bei vorherigen Änderungen des Entgeltfortzahlungsgesetzes aufgetreten seien, müssen vermieden werden. Um außerdem von einer Verbesserung des Arbeitsrechts durch ein Arbeitsvertragsgesetz sprechen zu können, müsse ein Verbandsklagerecht der Gewerkschaft vorgesehen sein, welches bisher fehle. Dies diene der tatsächlichen Durchsetzung der Schutzrechte der Arbeitnehmer und müsse daher aus Gewerkschaftsicht in ein neues Arbeitsvertragsrecht aufgenommen werden.

Der damit angesprochene weitere Diskussionsverlauf um das Arbeitsvertragsgesetz besteht nach Frau Helga Nielebock von DGB-Bundesvorstand in einer weiteren Sondierung von möglichen Gemeinsamkeiten beider Sozialpartner. Nachdem es der Bertelsmann-Stiftung aufgrund ihrer finanziellen Ressourcen und Kontakten gelungen ist dass sich die Politik mit dem Thema eines einheitlichen Arbeitsvertragsgesetzes befasst, müsse sich nun bedingt durch den Umfang des möglichen Gesetzes unter-

teilt nach Bereichen die einzelnen Konfliktpunkte herausgearbeitet und gelöst werden, auf der Basis eines Konsenses eines absoluten Verschlechterungsverbot. Die eine Fallgruppe sei das Individualarbeitsrecht, welches bereits kodifiziert sei und die andere sei die gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung, die die Lücken des bereits kodifizierten Rechts schließen soll. Insbesondere die Lückenschließung erfordere unter systematischen und inhaltlichen Gesichtspunkten noch eine erhebliche Detailarbeit. Im Hinblick auf diese Arbeit sei im Vergleich zu sozialrechtlichen Kodifikationen zu berücksichtigen, dass die Interessenauseinandersetzungen im Arbeitsrecht härter verlaufen, zumal die Presse und die Medienunternehmen, die selbst Arbeitgeber sind, hierauf erheblichen Einfluss nehmen werden.

Aus der Perspektive des Richters, so Franz Josef Düwell, Vorsitzender Richter am BAG, sei ein umfassendes geschriebenes Arbeitsvertragsrecht zu begrüßen. Für Gerichte, die die Autorität aber auch die Pflicht haben, auf gestellte Fragen mit Entscheidungen zu antworten, selbst wenn der Gesetzgeber nur wenig Material zur Lösung des Falles an die Hand gegeben habe, bedeute ein Arbeitsvertragsgesetz mit klaren, einfachen und zusammengefassten Regelungen eine Entlastung. Gleichwohl bedürfe auch dieses Recht weiterhin der Auslegung, so dass Richter zukünftig keineswegs arbeitslos sondern vor die Herausforderung gestellt werden, sich mit dem neuen Recht vertraut zu machen. Nicht zu vernachlässigen sei, so Prof. Dr. Thomas Dieterich ergänzend, dass die Kodifizierung des Richterrechts im Zuge eines Arbeitsvertragsgesetzes eine höhere Legitimationsgrundlage der darauf basierenden Gerichtsurteile mit sich bringe, weil ein auf Gesetz gestütztes Urteil durchschlagskräftiger ist als eine auf richterlichen Wertungsableitungen beruhende Entscheidung.

Zum Abschluss der Podiumsdiskussion stand der zeitliche Aspekt für eine gesetzgeberische Realisierung des vorliegenden Arbeitsvertragsgesetzentwurfes im Mittelpunkt für den Fall, dass sich die politische Konstellation nach den Parlamentswahlen 2009 ändert.

Im Hinblick darauf, dass sich die Parteien ab Herbst 2008 für ihren Wahlkampf entsprechend positionieren und profilieren werden, verbleibt bis dahin nur ein kleiner Zeitraum, der nach Ansicht von Frau Nielebock ein Arbeitsvertragsgesetz nur unter der Voraussetzung eines politisch initiierten hochgradigen Konsens- und Zusicherungsmodells zulässt und zwar längstens bis Ende Juni 2008. Danach nicht mehr. Dieses erfordere aber zudem eine Einigung und Zusage auf ein Verschlechterungsverbot für die Umsetzung durch die große Koalition.

Herr Prof. Dr. Dieterich datiert den Zeitpunkt, bis zu dem ein konsensfähiger Entwurf vorliegen müsse, sogar auf den 30. Juni 2008. Andernfalls würde er in dieser Legislaturperiode nicht verabschiedet werden. Soweit das Konsensverfahren aber zu einem messbaren Fortschritt im Kodifizierungsprozess bis zum Ende der derzeitigen Legislaturperiode führe, von dem eine zukünftige Regierungskoalition nicht ohne großen Begründungsaufwand abweichen könnte, wäre ein Gewinn jedenfalls insoweit feststellbar, als das Gesetzesvorhaben nur noch in einzelnen Fragen und nicht mehr als Ganzes diskutiert werde.

Dem weiteren Fortschreiten der Kodifizierung eines Arbeitsvertragsgesetzes innerhalb der jetzigen Legislaturperiode begegnet auch Herr Urban mit Skepsis. Äußerungen der Kanzlerin, dass ein Arbeitsvertragsgesetz mit den Zielsetzungen Mittelstandsförderung durch Transparenz für Kleinunternehmer und Beschäftigungsdynamik befürwortet werde, zielen nicht auf den von der Gewerkschaft geforderten Schutz der Arbeitnehmer durch ein solches Gesetz. Dies ließe darauf schließen, dass hierdurch ein gesellschaftlicher Großkonflikt heraufbeschworen würde, dem vor der Bundestagswahl eher aus dem Weg gegangen werde. Damit das Vorhaben eines Arbeitsgesetzbuches gelingt, sollte die Leitidee von Herrn Prof. Eichenhofer der Betonung des Arbeit-

nehmerschutzes mit einem unverfügbaren Mindeststandard an Schutzvorschriften, die über das allgemeine Zivilrecht hinausgehen, aufgegriffen werden. Demnach sollte ein Schritt zurück hinter die konkrete Ausformulierung von einzelnen Normen gegangen, diese Leitidee der Gesetzesinitiative zu Grunde gelegt und Regelungen gefunden werden, die diesem Gedanken unter den neuen Bedingungen einer grundsätzlich geänderten Ökonomie, Gesellschaft und Politik erneut Wirkungskraft verleihen. Dies führe zu einer Rehabilitierung des urstaatlichen Sozialgedankens im politischen und normativen Sinne bei gleichzeitiger Signalisierung der Änderungsbereitschaft, neuen Arbeitsbedingungen neue arbeitsrechtliche Instrumente zuzuführen. Anschließend könnten dann die einzelnen Detailregelungen leichter vereinbart werden.

Als Fazit könnte demnach gezogen werden, dass das Projekt Arbeitsvertragsgesetz nur durch eine offene Diskussion vorangetrieben werden kann. Ein Verdienst des vorliegenden Entwurfes ist immerhin, dass Eigenständigkeit und Besonderheit des Arbeitsrechts betont werden. Das Spiel um die Inhalte der Kodifikation müsste nun erst beginnen.

# Anhang

---

## Programm des Expertengesprächs

### **Beschäftigungsfördernd? Sozialverträglich? Zukunftsfähig?**

Ein Entwurf für ein Arbeitsvertragsgesetz

15. – 16. Februar 2008 in Weimar

#### **Konzeption, Organisation und Moderation:**

*Franz Josef Düwell,  
Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht*

*Dr. Irina Mohr,  
Leiterin Forum Berlin der Friedrich-Ebert-Stiftung*

*Michael Schultheiß,  
Leiter des Landesbüros Thüringen der Friedrich-Ebert-Stiftung*

*Prof. Dr. Joachim Weyand,  
Technische Universität Ilmenau*

## Programm

### **Freitag, den 15. Februar 2008**

- 15.00 Uhr      Begrüßung  
*Michael Schultheiß*  
Leiter des Landesbüros Thüringen  
der Friedrich-Ebert-Stiftung
- Einführung  
*Franz Josef Düwell*  
Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht
- 15.15 Uhr      Der Entwurf für ein einheitliches Arbeits-  
vertragsgesetz – Vorgeschichte, Intentionen  
und Regelungsinhalte  
*Prof. Dr. Ulrich Preis*  
Institut für Deutsches und Europäisches  
Arbeits- und Sozialrecht Köln
- Nachfragen
- 16.15 Uhr      Kaffeepause
- Impulsvorträge zum Ansatz des Entwurfs  
in einzelnen Rechtsgebieten
- 16.30 Uhr      Kündigungsrecht  
*Christoph Schmitz-Scholemann*  
Richter am Bundesarbeitsgericht
- Befristungsrecht  
*Dr. Ulrich Koch*  
Richter am Bundesarbeitsgericht

Das ausgewogene Austauschverhältnis:  
Arbeitsleistung, Entgelt und gesetzlicher  
Mindestlohn  
*Prof. Dr. Joachim Weyand*  
Technische Universität Ilmenau

Diskussion

18.00 Uhr Führung durch die Anna Amalia Bibliothek

19.00 Uhr Gemeinsames Abendessen

**Samstag, den 16. Februar 2008**

09.00 Uhr Flexibilisierung der Arbeitsbedingungen  
im Interesse von Arbeitnehmern und Betrieben?  
*Dr. Gerhard Reinecke*  
Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht

Arbeitsvertrag und Allgemeine Vertrags-  
bedingungen  
*Prof. Dr. Holger Senne*  
Fachhochschule Dortmund

Überlassung und sonstige Arbeit mit Drittbezug  
*Prof. Dr. Peter Schüren*  
Westfälische Wilhelms-Universität Münster

Diskussion

10.30 Uhr Kaffeepause

11.00 Uhr Vereinbarkeit von Familie und Beruf  
*Prof. Dr. Marita Körner*  
Universität der Bundeswehr München

Alternde Gesellschaft: Herausforderung für  
das Arbeitsrecht  
*Prof. Dr. Christiane Brors*  
Westfälische Wilhelms-Universität Münster

Wissengesellschaft und lebenslanges Lernen  
*Prof. Dr. Axel Kokemoor*  
Fachhochschule Schmalkalden

Diskussion

12.30 Uhr Mittagspause

13.30 Uhr Sozialrechtliche Gehalte eines  
Arbeitsvertragsgesetzes  
*Prof. Dr. Eberhard Eichenhofer*  
Friedrich-Schiller-Universität Jena

Das Verhältnis des Entwurfs zum Europäischen  
und Internationalen Arbeitsrecht  
*Rudolf Buschmann*  
Redaktion Arbeit und Recht

Diskussion

14.45 Uhr Kaffeepause



15.00 Uhr Politische Rahmenbedingungen für ein  
einheitliches Arbeitsvertragsgesetz

Podiumsdiskussion

*Prof. Dr. Thomas Dieterich*  
Präsident a. D. des Bundesarbeitsgerichts

*Franz Josef Düwell*  
Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht

*Helga Nielebock*  
DGB Bundesvorstand, Berlin

*Helmut Platow*  
ver.di, Berlin

*Hans-Jürgen Urban*  
IG Metall, Frankfurt/Main

Moderation

*Dr. Irina Mohr*  
Leiterin des Forum Berlin der  
Friedrich-Ebert-Stiftung

Nachfragen/Diskussion

16.00 Uhr Ende der Veranstaltung

*Vi.S.d.P.*

Michael Schultheiß,  
Leiter des Landesbüros Thüringen  
der Friedrich-Ebert-Stiftung  
Nonnengasse 11  
99084 Erfurt

*Titelfoto*

Artus.Atelier GbR, Erfurt

*Gestaltung und Herstellung*

Artus.Atelier GbR, Erfurt

*Druck*

Druck Repro und Verlag oHG, Erfurt

© by Friedrich-Ebert-Stiftung

ISBN 978-3-89892-906-6