

Arbeit und Recht

Zeitschrift für Arbeitsrechtspraxis
Herausgeber: Deutscher Gewerkschaftsbund

5/92

Mai 1992 · Jahrgang XL

Professor Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

Ein Arbeitsvertragsgesetz?

I. Die Ausgangslage

Nach Art. 30 Abs. 1 Nr. 1 des Einigungsvertrags ist es „Aufgabe“ des gesamtdeutschen Gesetzgebers, das Arbeitsvertragsrecht „möglichst bald einheitlich neu zu kodifizieren“. Art. 31 Abs. 1 des Einigungsvertrags spricht von der Aufgabe, die Gesetzgebung zur Gleichberechtigung zwischen Männern und Frauen weiterzuentwickeln, Art. 31 Abs. 2 nennt als weitere „Aufgabe“, die Rechtslage „unter dem Gesichtspunkt der Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu gestalten“.

Über den verpflichtenden Charakter dieser Normen läßt sich gewiß streiten. „Aufgabe“ ist nicht unbedingt mit „Auftrag“ oder gar „Verpflichtung“ identisch. Auch kann man sich die Frage stellen, ob die Worte „möglichst bald“ nur die zeitliche Dimension ansprechen oder ob damit auch angedeutet werden soll, Unmögliches könne vom Gesetzgeber nicht erwartet werden. Wie dem auch sei: Im politischen Raum existiert insbesondere in den neuen Bundesländern die Erwartung, daß in diesem Bereich etwas geschieht. Es ist daher nachhaltig zu begrüßen, daß 14 Rechtswissenschaftler¹ den Entwurf eines „Arbeitsvertragsgesetzes (ArbVG 92)“ vorgelegt haben. Die notwendige politische Diskussion wird ohne Zweifel erleichtert,

wenn Roß und Reiter benannt sind, wenn man weiß, um welche konkreten Sachprobleme es gehen soll.

Der Entwurf umfaßt insgesamt 166 Paragraphen sowie eine eingehende Begründung. Er gliedert sich in 6 Abschnitte. Auf die „Allgemeinen Vorschriften“ in den §§ 1–10 folgen – dem Schicksal eines Arbeitsverhältnisses entsprechend – die „Begründung des Arbeitsverhältnisses“ (§§ 11–27), der „Inhalt des Arbeitsverhältnisses“ (§§ 28–116) und die „Beendigung des Arbeitsverhältnisses“ (§§ 117–156). Im 5. Abschnitt (§§ 157–159) sind „Verjährung und Ausschlussfristen“ geregelt; im 6. Abschnitt (§§ 160–166) finden sich „Schlußvorschriften“, die unter anderem das Günstigkeitsprinzip sowie ein neu zu schaffendes Klage-recht des Betriebsrats enthalten. Der Hauptteil über den „Inhalt des Arbeitsverhältnisses“ behandelt unter anderem die Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle, das Urlaubsrecht, das Wettbewerbsverbot und die Arbeitnehmerhaftung. Im Zusammenhang mit der „Beendigung des Arbeitsverhältnisses“ ist der Kündigungsschutz, aber auch die betriebliche Altersversorgung geregelt. Nicht in den Entwurf integriert wurden der Mutterschutz und der Erziehungsurlaub, der Sonderschutz von Schwerbehinderten und Jugendlichen sowie das Heimarbeits- und Berufsbildungsrecht. Insoweit soll es bei den bestehenden gesetzlichen Regelungen bleiben. Dasselbe gilt für das AÜG, doch ist die nichtgewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung in den Entwurf aufgenommen worden².

II. Das Kodifikationsvorhaben

1. Der Anspruch der Verfasser

In seinem Einleitungsteil legt der Entwurf die rechtspolitischen Einsichten und Zielsetzungen offen, von denen sich seine Verfasser leiten ließen. Es geht ihnen einmal um die *Rechtseinheit* in Deutschland, die gerade im Arbeitsvertragsrecht noch nicht vollständig hergestellt sei³. Weiter wollen sie „verständliche Grundnormen“⁴ sowie eine innere Einheit des Arbeitsvertragsrechts schaffen, die angesichts der aus unterschiedlichen Epochen stammenden punktuellen Regelungen in der Gegenwart noch immer

¹ Der Entwurf wurde im „Arbeitskreis Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht“ ausgearbeitet. Mitglieder dieses Arbeitskreises sind: Prof. Dr. Thilo Ramm, Prof. Dr. Wera Thiel, Dr. Wolfgang Behlert, Prof. Dr. Dr. h. c. Peter Hanau, Prof. Dr. Meinhard Heinze, Prof. Dr. Robert Heuse, Prof. Dr. Wolfgang Hromadka, Prof. Dr. Annemarie Langanke, Dr. Jürgen Pawelzig, Dr. Ulrich Preis, Prof. Dr. Reinhard Richardi, Prof. Dr. Bernd Rütters, Prof. Dr. Rolf Wank; der Teil über betriebliche Altersversorgung wurde von Prof. Dr. Wolfgang Blomeyer erstellt. Wie unter C IV des Einleitungsteils a. E. mitgeteilt, wurde der Arbeitskreis durch die Fritz-Thyssen-Stiftung gefördert.

Die nicht näher bezeichneten Paragraphen beziehen sich auf den Entwurf, bisher unveröffentlichte Fassung, Stand: Februar 1992.

² Zu den ausgeklammerten Bereichen vgl. Entwurf C VII.

³ Entwurf C II.

⁴ Entwurf A.

fehle⁵. Ein besonderes Anliegen der Verfasser ist die *Zurückdrängung des Richterrechts*. Dieses begegne vielfach verfassungsrechtlichen Bedenken und könne wegen seiner Einzelfallorientierung keine stabilen und berechenbaren Normen schaffen⁶. Der bestehende Zustand sei „aliquid monstro simile“, nicht anders als das Heilige Römische Reich Deutscher Nation zu Zeiten Pufendorfs⁷. Der eigene Entwurf will diese Mängel beseitigen. Er gebe Richtlinien für die richterliche Entscheidung vor und gewähre dadurch der Rechtsprechung jenen Spielraum, mit dem sie den Besonderheiten des Einzelfalles Rechnung tragen könne⁸. Inhaltlich setze der Entwurf „auch neue Akzente“⁹.

2. Kritik

Die gegebene *Diagnose* ist durchaus plausibel; die Vielzahl der Gesetze und die immer reichhaltiger werdende Rechtsprechung haben dem Individualarbeitsrecht in der Tat eine Art „Loseblattexistenz“ beschert¹⁰. Für den Rechtsunterworfenen ist es z. B. schwer nachvollziehbar, daß das im HGB geregelte Wettbewerbsverbot für alle Arbeitnehmer und nicht nur für die angesprochenen kaufmännischen Angestellten gilt¹¹. Auch läßt sich dem Text des Kündigungsschutzgesetzes nicht entnehmen, daß Krankheit ein Kündigungsgrund ist oder nach welchen Kriterien die soziale Auswahl zu erfolgen hat. Dies ist insbesondere für denjenigen problematisch, der sich wie die Mitbürger in den neuen Bundesländern von einem Tag auf den anderen mit diesem außerordentlich komplexen und intransparenten Normengefüge konfrontiert sieht.

Das eigentliche Problem liegt jedoch nicht hier, sondern in der möglichen *Therapie*. Ist das Arbeitsvertragsrecht eine Materie, die kodifiziert werden kann? Konkreter: Ist es wirklich machbar, die Rechtsprechung überall an Richtlinien zu binden und ihr nur noch die Kompetenz zu belassen, die Besonderheiten des Einzelfalles zu berücksichtigen? Die bisherigen Erfahrungen mit Kodifikationsversuchen in der Bundesrepublik, aber auch im Ausland¹² mahnen zur Skepsis. Die wichtigsten Hindernisse seien kurz angesprochen.

Die Existenz von *Richterrecht* ist kein „Betriebsunfall des Rechtsstaats“ sondern unumgänglicher Teil unserer Rechtsordnung. Die staatliche Intervention kann sich angesichts der Komplexität und Krisenanfälligkeit der modernen Gesellschaft nicht mehr auf das Mittel des allgemeinen Gesetzes beschränken¹³. Dabei hat das Richterrecht, das in anderen Rechtsgebieten nicht weniger ausgeprägt ist¹⁴, die wichtige Funktion, Praxisprobleme aufzugreifen und in Form einer (zunächst) dezentralen Regelbildung auf sie zu reagieren. Die „Lernfähigkeit“ des politischen Systems hängt entscheidend davon ab, daß es solche Instanzen gibt. Die Erfahrungen mit dem alten Arbeitsgesetzbuch der DDR, das von den Verfassern bewußt in ihre Arbeit einbezogen wurde, hätten hier lehrreich sein können. Die Tatsache, daß es zwar gesetzteskonkretisierende Richtlinien des *Obersten Gerichts*¹⁵, aber keine wirklich eigenständigen Gerichte gab¹⁶, war ein nicht unwichtiges Gebrechen des verflochtenen Systems: Wer Probleme nicht zur Kenntnis nimmt oder sich nicht um ihre Lösung bemüht, scheitert zu einem früheren oder späteren Zeitpunkt¹⁷. Die von den Verfassern beschworenen verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen im übrigen allenfalls dann, wenn man die Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* ablehnt: Dieses hat gerade im Bereich des Arbeitsrechts den

Fachgerichten große Spielräume eröffnet und beispielsweise die eigenständige Entwicklung eines Arbeitnehmerbegriffs¹⁸, die Existenz von Sonderregeln für die Arbeitnehmerhaftung¹⁹ sowie die richterrechtliche Gestaltung des Arbeitskämpfrechts²⁰ ausdrücklich gebilligt.

Die umfassende und im Prinzip abschließende gesetzliche Regelung eines bestimmten Rechtsgebiets stößt auf ein weiteres strukturelles Hindernis. Anders als in der Zeit der großen Zivilrechtskodifikationen leben wir nicht mehr im geschlossenen Nationalstaat. Das EG-Mitglied Bundesrepublik sieht sich immer häufiger mit *europarechtlichen Vorgaben* konfrontiert, die sich allenfalls zufällig mit der „inneren Logik“ einer nationalen Kodifikation decken. Auch das Arbeitsrecht wird von dieser Entwicklung nicht ausgespart; man denke nur an die im vergangenen Jahr verabschiedete Schriftlichkeitsrichtlinie²¹ sowie an die jüngsten Entscheidungen des *Europäischen Gerichtshofs* zur Verletzung des Diskriminierungsverbots²² und zur Nichtausführung von Richtlinien²³, die zwei Fälle von bislang unbekannter verschuldensunabhängiger Haftung kreiert haben²⁴. Die Natur dieses Prozesses wird verkannt, wenn es im Einleitungsteil des Entwurfs lediglich heißt, wer bei den Verhandlungen mit den europäischen Partnern mit einem kodifizierten Arbeitsvertragsrecht antrete, habe die bessere Position²⁵. Nicht alle Richtlinien beruhen auf dem Einstimmigkeitsprinzip und die Entscheidungen des *Europäischen Gerichtshofs* pflegen nicht von Regierungsdelegationen ausgehandelt zu werden.

5 Entwurf C II.

6 Entwurf C II.

7 Entwurf C II a. E.

8 Entwurf C VI.

9 Entwurf B a. E.

10 So schon *Rüthers*, Arbeitsrecht und politisches System (1973), S. 40.

11 *BAG* v. 17. 10. 69, AP Nr. 7 zu § 611 BGB Treuepflicht = *ArbuR* 1970 S. 157.

12 Dazu der Überblick bei *Szuberit*, „La Codification du Droit du Travail“, *RdA* 1978 S. 319 ff.

13 *Kühler*, „Kodifikation und Demokratie“, *JZ* 1969 S. 645, 648.

14 *Raiser*, „Richterrecht heute“, *ZRP* 1985 S. 111 ff.

15 Dazu *Schlüter*, *Das Obiter dictum* (1973), S. 58 ff.

16 Vgl. dazu *Neumann* (demn.) in Festschrift für Gnade.

17 Eine einzige zentrale Instanz reicht als Sensorium nicht aus. Zur mangelnden „Lernfähigkeit“ des politischen Systems der DDR vgl. *Blanke*, „Versuch, das Scheitern des Sozialismus zu erklären“ in Ein Staat vergeht (Hrsg. *Blanke/Erd*) (1990), S. 192 ff.; *Däubler*, „Arbeitsbeziehungen und Recht – Überlegungen zur Situation in der DDR“, *GewerkMH* 1990 S. 353, 357.

18 *BVerfG* v. 13. 1. 1982, *BVerfGE* 59, 231 (257, 264) = AP Nr. 1 zu Art. 5 GG Rundfunkfreiheit = *ArbuR* 1983 S. 28 mit Anm. v. *Otto*.

19 *BVerfG* v. 7. 11. 1972, *BVerfGE* 34, 118 (131) = AP Nr. 6 zu § 636 RVO = *ArbuR* 1973 S. 156.

20 *BVerfG* v. 26. 6. 1991, *ArbuR* 1992 S. 29.

21 Vgl. die Richtlinie des Ministerrates der EG über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen v. 24. 10. 1991, *ABl. Nr. L* 288/32 ff.

22 *EuGH* v. 8. 11. 1990, *NZA* 1991 S. 171 = *DB* 1991 S. 286 = *EWiR* 1991 S. 351 mit Anm. v. *Däubler*.

23 *EuGH* v. 19. 11. 1991, *EuZW* 1991 S. 758.

24 Zu weiteren vom EG-Recht bewirkten Veränderungen unseres Arbeitsrechts im Jahre 1991 vgl. *Däubler*, „EG-Arbeitsrecht auf dem Vormarsch“ (demn.) *NZA* 1992.

25 Entwurf C III.

Eine dritte prinzipielle Schwierigkeit liegt darin, daß sich Arbeitsrecht nur schwerlich gegen den dezidierten Willen der *sozialen Gegenspieler* reformieren läßt. Dies ist deshalb besonders gravierend, weil es nur wenige Sachfragen gibt, in denen diese völlig übereinstimmen. Die typische Situation ist die eines „Nullsummenspiels“: Wo man der einen Seite etwas gibt, nimmt man zugleich der anderen Seite etwas weg. Um es am konkreten Beispiel deutlich zu machen: Die Einführung einer Teilarbeitsunfähigkeit bei der Lohnfortzahlung wird die Arbeitgeberseite freuen, aber entschiedene Proteste der Gewerkschaften hervorrufen. Umgekehrt wird das Recht des Betriebsrats, unzulässige Klauseln in Formulararbeitsverträgen gerichtlich überprüfen zu lassen, möglicherweise der Arbeitnehmerseite entgegenkommen, jedoch den Arbeitgebern inakzeptabel erscheinen. Auch in diesem Punkt besteht ein grundlegender Unterschied zu den Zivilrechtskodifikationen, die auf im Prinzip gleichartigen Grundinteressen aller Marktteilnehmer aufbauen konnten.

Lohnt es sich, angesichts dieser Umstände weiter über den vorgelegten Entwurf nachzudenken? Die Feststellung mag überraschen, aber es lohnt sich gerade deshalb, weil er seine eigenen *Ansprüche nicht einlöst*, sondern nicht viel mehr als ein neues „Arbeitsrechtsvereinigungsgesetz“ ist. Schon von seinem Gegenstand her erfaßt der Entwurf explizit nur einen Teil des Arbeitsvertragsrechts. Viel wichtiger ist, daß er dem Richterrecht weite bis weiteste Spielräume eröffnet, auch wenn er „nach Möglichkeit“ Generalklauseln vermeiden will²⁶. Nach seinem § 4 Abs. 1 dürfen Arbeitnehmer oder Arbeitnehmergruppen „im Arbeitsverhältnis nicht ohne sachlichen Grund“ benachteiligt werden. Wann ein Grund „sachlich“ ist, wird nicht gesagt, ebensowenig erfährt der Leser, ob der Gegenstandsbereich „im Arbeitsverhältnis“ auch Lohnerhöhungen und Kündigungen erfaßt. Auch dürfte man mit Spannung dem Tag entgegensehen, an dem das *Bundesarbeitsgericht* entscheidet, ob und wann die nicht ausdrücklich erwähnte arbeitsvertragliche Besserstellung eines Beschäftigten zugleich eine unzulässige Benachteiligung der übrigen darstellt. Nicht anders verhält es sich mit der in § 120 geregelten außerordentlichen Kündigung. Der dort in Übereinstimmung mit § 626 Abs. 1 BGB niedergelegte „wichtige Grund“ wird nicht näher spezifiziert; der Rechtsunterworfenen wird daher weiter darauf angewiesen sein, sich im Ernstfall die immerhin 47 Fallgruppen vorzunehmen, die im Arbeitsrechts-Handbuch von *Schaub*²⁷ als Beispiel auf-

geführt sind. Bei der Arbeitnehmerhaftung (§ 99) bekommt der Richter sogar neue Arbeit: Auch bei leichtester Fahrlässigkeit soll der Arbeitnehmer nunmehr haften, allerdings nur „nach Maßgabe seines Verschuldens“ und bis zur Höhe von 2 monatlichen Durchschnittsentgelten. Die Beispiele ließen sich vermehren. Die Grenzlinie zwischen Gesetzesrecht und Richterrecht mag zwar insgesamt ein wenig zugunsten des ersteren verschoben sein, eine prinzipielle Änderung wird nicht ernsthaft vorgeschlagen. Auch besitzt der Entwurf keine so stringente innere Struktur, daß einzelne Normen des EG-Rechts ihn insgesamt in Frage stellen müßten; wo nicht die deduktive Logik, sondern der Pragmatismus herrscht, lassen sich von außen kommende Änderungen unschwer verkraften. Vermutlich wird das Projekt daher eher am *fehlenden politischen Konsens* scheitern – eine Prognose, die allerdings eine nähere inhaltliche Auseinandersetzung voraussetzt.

III. Die Konzeption des Arbeitsverhältnisses

1. Das Arbeitsverhältnis als zweipolige Beziehung

Nach § 1 des Entwurfs „begründen Arbeitgeber und Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit durch den Arbeitsvertrag“. Wie die Begründung zu § 1 deutlich macht, ist causa für die Erbringung von Leistungen im Arbeitsverhältnis das rechtsgeschäftliche Leistungsversprechen²⁸. Die Verfasser sind insoweit zivilistischer Tradition verpflichtet.

In der Praxis des Arbeitslebens hat diese – durchaus herrschende – Konzeption zu einer Reihe von Unzulänglichkeiten geführt. Regeln über die „Zweierbeziehung“ zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer reichen dann nicht mehr aus, wenn über Inhalte des Arbeitsverhältnisses von dritter Seite entschieden wird. Man denke an den recht häufigen Fall, daß der Empfänger öffentlicher Zuwendungen (z. B. ein Forschungsinstitut) per Auflage verpflichtet wird, den BAT oder bestimmte TdL-Richtlinien zugrunde zu legen²⁹. Im extremen Fall Arbed-Saarstahl wurden die Kündigung eines Sozialplans³⁰, der Austritt des Unternehmens aus dem Arbeitgeberverband und der Abschluß eines „bescheideneren“ Tarifvertrags verlangt³¹. Ähnlich fühlbar sind Sicherungsauflagen, die beim Betrieb einer kerntechnischen Anlage³² oder anderer gefährlicher Techniken zu berücksichtigen sind³³. Auch auf privatrechtlicher Grundlage können sich „Interventionsrechte“ Dritter ergeben. Zu denken ist dabei an den Konzern, aber auch an eine enge produktionstechnische Verflechtung: Führt die sog. just-in-time-Produktion dazu, daß einem Automobilzulieferer die Verwendung bestimmter Systeme und die Qualifikation der daran arbeitenden Beschäftigten vorgeschrieben werden, steht das arbeitsvertraglich Vereinbarte zur Disposition³⁴. Die sich immer weiter entwickelnde Arbeitsteilung, die bis zu grenzüberschreitenden Logistiksystemen reicht, wird ein solches „Hineinregieren“ in das Arbeitsverhältnis in Zukunft noch wahrscheinlicher machen. Wäre es nicht angemessen, die Beziehung zwischen dem Entscheidungsträger und den betroffenen Arbeitnehmern einer rechtlichen Regelung zu unterwerfen? Müßte die „gegenseitige Rücksichtnahme“, die § 3 für das Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Verhältnis vorschreibt, nicht auch hier gelten? Statt dessen behandelt der Entwurf nur die vergleichsweise unbedeutenden Fälle des mittelbaren Arbeitsverhältnisses (§ 106) und der echten Leiharbeit (§ 107), die sich

26 So im Entwurf unter C VI.

27 *Schaub*, Arbeitsrechts-Handbuch, 6. Aufl., § 125 VII.

28 Vgl. auch *Richardi*, „Kollektivvertragliche Arbeitszeitregelung“, ZfA 1990 S. 211, 240.

29 Vgl. den Fall *BAG v. 24. 11. 1987*, ArbuR 1988 S. 155 = DB 1988 S. 813.

30 *LAG Saarland v. 3. 7. 1985*, LAGE § 112 BetrVG 1972 Nr. 7.

31 Nähere Einzelheiten bei *Zechlin*, „Beeinträchtigungen der Koalitionsfreiheit durch Subventionsauflagen“, NJW 1985 S. 585.

32 Vgl. den Fall *BAG v. 26. 5. 1988*, ArbuR 1989 S. 95 mit Anm. v. *Beckl Trümner* = DB 1988 S. 2055.

33 *Simiński/Rydzki*, Von der Mitbestimmung zur staatlichen Administration: Arbeitsbedingungen bei riskanten Technologien (1984).

34 Näher zu den zugrundeliegenden Sachverhalten *Däubler*, „Informationstechnische Unternehmensverflechtung und Arbeitsrecht“, CuR 1988 S. 834 ff. sowie die Beiträge in *Mendus/Wendeling-Schröder* (Hrsg.), Zulieferer im Netz (1991).

beide unschwer in das traditionelle Vertragsschema integrieren lassen. Sehr viel „undogmatischer“ geht das allgemeine Schuldrecht mit dem vergleichbaren Problem um, daß durch gesteigerten sozialen Kontakt zusätzliche Risiken für die Beteiligten entstehen: Insoweit werden – wie nicht nur das alte Beispiel der culpa in contrahendo deutlich macht – vertragsrechtliche Grundsätze entsprechend angewandt³⁵. Ein wenig rächt sich die prinzipielle Ablehnung der Eingliederungstheorie, die vermutlich sehr viel eher in der Lage wäre, auf „Teileingliederungen“ angemessen zu reagieren. Immerhin sollte es zu denken geben, daß die Rechtsprechung im Rahmen des Betriebsverfassungsrechts³⁶ sowie beim Haftungsausschluß unter Arbeitskollegen nach § 637 Abs. 1 RVO³⁷ auf die tatsächliche Einbeziehung in die betriebliche Organisation abstellt und das Fehlen vertraglicher Beziehungen schlicht für irrelevant erklärt. Interessant ist, daß der „Drittbezug“ des Arbeitsverhältnisses auf Arbeitnehmerseite im Entwurf durchaus erkannt wird; nach § 85 ist der Arbeitnehmer verpflichtet, im Rahmen der betrieblichen Organisation mit den anderen Arbeitnehmern zusammenzuarbeiten und auf sie Rücksicht zu nehmen. Welche Konsequenzen dies im einzelnen hat, ob beispielsweise darin eine mittelbare Anerkennung des *Solidaritätsprinzips* liegt³⁸, müßte – wieder einmal – die Rechtsprechung entscheiden.

2. Der „freiheitliche“ Charakter des Arbeitsverhältnisses

a) Grundsatz und Ausnahmen

Im Einführungsteil wird betont, der Entwurf stelle als tragenden Gedanken des Individualarbeitsrechts das „Freiheitsprinzip“ heraus. Es manifestiere sich im Grundsatz der Vertragsfreiheit, doch könne man ihre mannigfachen Einschränkungen zum Schutze der Arbeitnehmer weder übersehen noch gar leugnen³⁹. § 2 Abs. 1 Satz 1 bestimmt deshalb, die Freiheit des Arbeitnehmers dürfe nicht stärker eingeschränkt werden, als es der „Zweck des Arbeitsverhältnisses“ erfordere; die §§ 85–98 enthalten eine konkrete Umschreibung der Arbeitnehmerpflichten, ohne auf das diffuse Kriterium der „Treue“ Bezug zu nehmen.

Die prinzipielle Identifizierung von „Freiheit“ und „Vertragsfreiheit“ steht im Widerspruch zu den Erfahrungen, die man bislang mit dem Arbeitsvertrag gemacht hat. Typischerweise ist der Arbeitgeber bei der Einstellung wie auch bei späteren Vertragsänderungen in der überlegenen Verhandlungsposition. Zahlreiche wichtige Fragen bis hin zur Arbeitszeit sind überdies nicht verhandlungsfähig, weil sie typischerweise für den Betrieb oder die Abteilung einheitlich geregelt werden müssen⁴⁰. *Kahn-Freund* hat von den Realitäten der Unterordnung gesprochen, die sich unter der begrifflichen Maske des Vertrags verbergen⁴¹. Im Einzelfall – etwa bei gesuchten Spezialisten – mögen die Dinge etwas anders liegen, in der Regel ist die Freiheit nur auf der einen Seite des Tisches angesiedelt⁴². Sicherlich täte man den Verfassern unrecht, wollte man ihnen unterstellen, dies nicht zur Kenntnis genommen zu haben – dennoch verleitet die Formulierung zu elementaren Fehleinschätzungen, sind doch die durchaus zugestandenen Beschränkungen und Ausnahmen in der Tendenz meist Realitäten zweiter Klasse.

(Vertrags-)Freiheitspathos ist dann unschädlich, wenn gleichzeitig Regelungen vorgeschlagen werden, die die

Disparitäten im Arbeitsverhältnis mildern. Das Prinzip der Freiheit im Arbeitsrecht erschöpft sich nicht im Vertragsabschluß, sondern sollte seine Wirkungen in erster Linie im Arbeitsleben selbst entfalten. Dies kann durch eine Begrenzung des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts wie auch durch die Anerkennung von Arbeitnehmergrundrechten geschehen.

b) Begrenzung des Direktionsrechts

Das Weisungsrecht des Arbeitgebers hat in § 37 eine recht ansprechende Regelung erfahren. Durch die nähere Bestimmung der Arbeitsaufgabe darf der Arbeitnehmer weder über- noch unterfordert werden; insbesondere sei auf krankheits- oder altersbedingte Behinderungen Rücksicht zu nehmen. Soweit möglich sei dem Arbeitnehmer überdies ein Bereich eigener Verantwortung zu übertragen. Die bislang praktizierte Billigkeitskontrolle⁴³ soll überdies laut Begründung zu § 37 aufrechterhalten bleiben – auch hier ist keine Grenzverschiebung zwischen richterlichem und parlamentarischem Gesetzgeber beabsichtigt.

Die Schwierigkeit dieser Regelung liegt weniger in ihrem Inhalt als in ihrer praktischen Durchsetzung. Im gut funktionierenden Arbeitsverhältnis wird der Arbeitgeber den Grundsätzen des § 37 sowieso Rechnung tragen. Sind die Beziehungen dagegen gespannt, wird der Arbeitnehmer kaum eine gerichtliche Auseinandersetzung riskieren, da er damit seine Aufstiegschancen, unter Umständen auch seinen Arbeitsplatz aufs Spiel setzen würde⁴⁴. Leider haben

35 Vgl. dazu insbes. *Esser/Schmidt*, Schuldrecht, Bd. I, 6. Aufl., S. 429 ff. Stärker auf die Vorbereitung eines „geschäftlichen Kontakts“ abstellend *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, 14. Aufl., S. 106 ff. Vertiefend *Frost*, „Vorvertragliche“ und „vertragliche“ Schutzpflichten (1981) und *Canaris*, „Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten“ in Festschrift für *Larenz* (1983), S. 27, 84 ff.

36 BAG v. 15. 4. 1986, ArbuR 1986 S. 282 = DB 1986 S. 2497 zur Eingliederung eines selbständig bleibenden Taxifahrers in den Betrieb einer Taxizentrale. Allgemein zum betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff *Trümmer* in BetrVG (Hrsg. Däubler/Kittner/Klebe/Schneider), 3. Aufl., § 5 Anm. 7 ff.

37 Vgl. zuletzt BAG v. 28. 2. 1991, NZA 1991 S. 597, wonach schon eine wenige Minuten dauernde „Eingliederung“ zur Anwendung des § 637 Abs. 1 RVO führt.

38 Dazu *Gamillscheg*, „Solidarität als Rechtsbegriff“ in Festschrift für *Fechner* (1973), S. 135 ff.

39 So im Entwurf unter C VI.

40 *Reuter*, „Das Verhältnis von Individualautonomie, Betriebsautonomie und Tarifautonomie“, RdA 1991 S. 193, 195 ff.

41 *Kahn-Freund*, Arbeit und Recht (1979), S. 4.

42 Vgl. *Dorndorf* (demn.) in Festschrift für *Gnade* sowie aus der älteren Literatur *Däubler*, Grundrecht auf Mitbestimmung, 4. Aufl., S. 1–6.

43 BAG v. 14. 12. 1961, AP Nr. 17 (= ArbuR 1962 S. 54) und v. 12. 4. 1973, AP Nr. 24 (= ArbuR 1973 S. 379), jeweils zu § 611 BGB Direktionsrecht. Grundlegend *Söllner*, Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis (1966), S. 42 ff.

44 Vgl. *Birk*, Die arbeitsrechtliche Leitungsmacht (1973), S. 2, wonach Leitungsakte als „selbständige prozessuale Angriffsobjekte“ sehr selten vorkommen. Ebenso *Haug*, Direktion zwischen Sachzwang und Demokratie (1979), S. 23, 33. Zum Verhältnis Direktion und Direktionsrecht vgl. auch *Buschmann* (demn.) in Festschrift für *Gnade*. Zu den Schwierigkeiten, während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses eine arbeitsgerichtliche Klage zu erheben, vgl. die Nachweise bei *Däubler*, Das Arbeitsrecht 2, 7. Aufl., S. 998 ff. sowie bei *Russig*, „Ausgestaltung und Effektivität gesetzlicher Regelungen zum Kündigungsschutz und zur Stattsicherung bei innerbetrieblichen Personalmaßnahmen“ in Stattsicherung im Industriebetrieb (Hrsg. Dohse/Jürgens/Russig) (1982), S. 91, 110 ff.

die Verfasser nicht erwogen, für bestimmte Fälle die schwedische Lösung ins Auge zu fassen: Im Bereich des Arbeitsschutzes und bei der Anwendung von Tarifverträgen wird dort dem Arbeitgeber das Recht genommen, qua Weisung vollendete Tatsachen zu schaffen; sofern kein dringender Fall vorliegt, soll bis zu einer gerichtlichen Klärung diejenige Auslegung maßgebend sein, die die Arbeitnehmerseite der betreffenden Bestimmung gibt⁴⁵.

c) Arbeitnehmergrundrechte

Schon von der Regelungstechnik her kann die Behandlung der Arbeitnehmergrundrechte nicht überzeugen. Der Entwurf verzichtet anders als der der *Arbeitsgesetzbuchkommission* von 1977⁴⁶ und in Abweichung von früheren Positionen seines bundesrepublikanischen Initiators⁴⁷ auf einen ausdrücklichen Grundrechtskatalog. Statt dessen finden sich eine Reihe von Einzelschriften, die insbesondere die vertragsrechtlichen Konsequenzen der Ausübung einzelner Grundrechte betreffen. Die Verfasser haben so in nicht recht einsehbarer Weise auf „Integrations-symbole“ verzichtet.

Der „Freiheitsanspruch“ verblaßt noch mehr, wenn man sich die Regelungen der Reihe nach anschaut. § 2 Abs. 1 Satz 2 des Entwurfs bestimmt, die „Meinungsfreiheit und die Äußerungsfreiheit (?) in den Schranken der allgemeinen Gesetze dürften nicht stärker eingeschränkt werden, als es der Arbeitsablauf und die Zusammenarbeit zwingend erfordern“. Dies läßt sich unschwer im Sinne einer *Doppelschranke* interpretieren; nicht nur die „allgemeinen Gesetze“, sondern auch die zwingenden Erfordernisse von Arbeitsablauf und Zusammenarbeit sollen Meinungsäußerungen beschränken. Eine Sonderregelung hat das Recht des Arbeitnehmers erfahren, drohende Schäden für Menschen, Sachwerte oder die Umwelt und Straftaten zur

Anzeige zu bringen (§ 84). Der einzelne hat hier ein Hindernisrennen zu bestehen: Darf er annehmen, daß die Gefährdung oder Rechtsverletzung fortgesetzt wird, so „darf er“ den Arbeitgeber zur Abhilfe auffordern. Bleibt dies fruchtlos, so hat er sich „zunächst“ an die zuständige Arbeitnehmervertretung zu wenden. Erst wenn auch deren Aufforderung ohne Erfolg bleibt, darf die zuständige außerbetriebliche Stelle eingeschaltet werden, „wenn anders die Abwendung eines nicht unerheblichen Schadens oder eines nicht unerheblichen Gesetzesverstößes“ nicht erreicht werden kann. Ob man auch gleich den Betriebsrat einschalten kann, ist nach der vorliegenden Formulierung zweifelhaft. Die Tatsache, daß es in solchen Fällen nicht um subjektive Beliebigkeit, sondern zumindest in der Vorstellung des Arbeitnehmers um Wahrung eines öffentlichen Interesses geht⁴⁸, hat nicht zu mehr Liberalität geführt. Auch amerikanische Vorbilder haben vermutlich keine Rolle gespielt⁴⁹. Erst recht wäre es vermessen, wollte man die vorgeschlagene Bestimmung etwa der Garantie der Meinungsfreiheit in Art. 1 des italienischen Arbeitnehmerstatuts gegenüberstellen⁵⁰. Auch andere Grundrechte sind eher stiefmütterlich behandelt. § 39 Abs. 1 Nr. 2 des Entwurfs gibt dem Arbeitnehmer zwar ein Leistungsverweigerungsrecht, wenn ihn die Arbeitsleistung in einen nicht vorhersehbaren Gewissensnotstand brächte, doch ist unklar, ob in diesem Fall wie bei der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts der Lohnanspruch bestehen bleibt. Die Wissenschaftsfreiheit des einzelnen Arbeitnehmers⁵¹ hat auch keine mittelbare Berücksichtigung gefunden, obwohl die Zahl der wissenschaftlich Tätigen in Zukunft steigen wird. Eine besondere Art von Grundrechtsrelevanz hat schließlich § 10: In Anknüpfung an das geltende Recht sieht er vor, daß mit Tendenzträgern „besondere tendenzbezogene Obliegenheiten“ vereinbart werden können, erwähnt aber mit keinem Wort, daß ja auch der betreffende Arbeitnehmer Träger der in Rede stehenden Grundrechte ist. Kann sich nicht auch der einzelne Journalist auf ein Stück Pressefreiheit berufen? Bei *Roman Herzog* hätte man einen Hinweis darauf finden können, daß der Verleger zwar die Richtlinien bestimmt, der angestellte Redakteur jedoch innerhalb dieses Rahmens einen gewissen Raum eigener Entscheidungs- und Gestaltungsfreiheit beanspruchen kann⁵².

3. Arbeitsverhältnis = Normalarbeitsverhältnis

Die vorgeschlagenen Bestimmungen sollen für alle Arbeitsverhältnisse gleichermaßen gelten⁵³. Atypische Arbeitsverhältnisse werden angesprochen, aber nur kurz im Sinne des bisher Geltenden geregelt. § 4 Abs. 2 des Entwurfs verbietet in sachlicher Übernahme von § 2 BeschFG die unterschiedliche Behandlung von Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigten, es sei denn, sie wäre durch sachliche Gründe gerechtfertigt. Dasselbe wird in bezug auf befristete Arbeitsverhältnisse bestimmt. Nach § 26 sind diese in noch weiterem Umfang als bisher zulässig; so reicht es, wenn die „Eigenart des Betriebs“ die Befristung sachlich rechtfertigt. Positiv ist lediglich zu vermerken, daß das Auslaufen des Arbeitsvertrags spätestens 2 Wochen vorher angekündigt werden muß, sofern seine Dauer nicht kalendermäßig bestimmt ist.

Mit dieser Quasi-Fortschreibung des Status quo sind auch dessen Defizite beibehalten. Das Verbot der Schlechterstellung ist nicht nur interpretationsbedürftig⁵⁴, sondern

45 *Folke Schmidt*, Die Reform des kollektiven Arbeitsrechts in Schweden (1978), S. 157 ff. Ansätze in diese Richtung auch in Art. 19 des spanischen Arbeitnehmerstatuts; vgl. dazu *Däubler* (Hrsg.), Arbeitsbeziehungen in Spanien (1982), S. 251 ff.

46 Vgl. den Entwurf eines Arbeitsgesetzbuches – Allgemeines Arbeitsvertragsrecht (Hrsg. Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung) (1977), Art. 1–4.

47 *Ramm*, „Arbeitsgesetzbuch und politische Entscheidung“, ZRP 1972 S. 13, 15.

48 Dazu *Simiitis*, „Die verordnete Sprachlosigkeit: Das Arbeitsverhältnis als Kommunikationsbarriere“ in Festschrift für Simon (1987) S. 334.

49 Vgl. *Großbach/Born*, „Die ‚whistleblower‘-Gesetzgebung in den USA“, ArbuR 1989 S. 374 ff.

50 Dort heißt es: „Die Arbeitnehmer haben ungeachtet ihrer politischen und gewerkschaftlichen Ansichten und ihres religiösen Glaubens das Recht, am Ort ihrer Arbeitsleistung frei ihre Meinung zu äußern, soweit die Vorschriften der Verfassung und des vorliegenden Gesetzes gewahrt sind.“ (Übersetzung des Verfassers). Zur Auslegung im einzelnen vgl. die Nachweise bei *Grandi/Peru*, Commentario breve allo Statuto dei Lavoratori (Padova 1985), Erläuterung zu Art. 1.

51 Dazu *Däubler*, „Wissenschaftsfreiheit im Arbeitsverhältnis“, NZA 1989 S. 945; *Kimminich*, „Das Veröffentlichungsrecht des Wissenschaftlers“, WissR 1986 S. 116 ff.

52 *Herzog* in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: September 1991, Art. 5 Anm. 174. Weitere Nachweise zur inneren Pressefreiheit bei *Blanke* in BetrVG (Hrsg. Däubler/Kittner/Klebe/Schneider), 3. Aufl., § 118 Anm. 79.

53 Entwurf unter B.

54 Ist es z. B. eine unsachliche Schlechterstellung, wenn Teilzeitkräfte bei Überschreitung ihrer individuellen Arbeitszeit keine Überstundenzuschläge erhalten? Dazu *Schüren*, „Der Anspruch Teilzeitbeschäftigter auf Überstundenzuschläge“, RdA 1990 S. 18 ff.

kann auch zahlreiche Benachteiligungen nicht verhindern. Dies gilt auch für verringerte Aufstiegschancen von Teilzeitkräften. Daß befristet Beschäftigte keinen Bestandschutz genießen und in aller Regel auch keine Rechte erwerben, die von der Dauer der Betriebszugehörigkeit abhängig sind, folgt aus der Natur der Sache⁵⁵. Der Entwurf verzichtet darauf, sich für eine der möglichen Gegenstrategien zu entscheiden: Weder wird der Rückgriff auf diese Beschäftigungsverhältnisse eingeschränkt, noch wird der Versuch unternommen, insbesondere die Teilzeitarbeit in einer Weise auszugestalten, daß sie eine echte Alternative zum Normalarbeitsverhältnis sein könnte⁵⁶.

IV. Arbeitsverhältnis und Lebenswelt

1. Familie und Beruf

Eine Reihe wichtiger Neuerungen schlägt der Entwurf im Zusammenhang mit der Vereinbarkeit von Familie und Beruf vor. Art. 31 Abs. 2 des Einigungsvertrags würde danach durchaus praktische Bedeutung gewinnen.

Nach § 8 Abs. 1 hat der Arbeitgeber bei der Ausübung seines Direktionsrechts auf die Pflichten aus Familie und Mutterschaft Rücksicht zu nehmen. Darüber hinaus können Arbeitnehmer, die Kinder bis zu 12 Jahren oder pflegebedürftige nahe Angehörige betreuen, nach § 35 Abs. 2 eine Änderung von Dauer oder Lage der Arbeitszeit verlangen, soweit dem keine betrieblichen Gründe entgegenstehen. § 73 Abs. 1 sieht einen Anspruch auf unbezahlte Freistellung vor, wenn bei der Erkrankung von Kindern oder anderen nahen Angehörigen die erforderliche Pflege nicht anders sichergestellt werden kann. Werden 2 Wochen pro Jahr überschritten, gilt dies allerdings nur noch, soweit nicht überwiegende betriebliche Gründe entgegenstehen. Im Rahmen des § 45 SGB V wird Krankengeld bezahlt; die bisher von der Arbeitsgerichtsbarkeit bejahte Freistellung mit Lohnfortzahlung⁵⁷ fällt weg: Interessant ist der Einstellungs-vorrang nach § 127: Ist das Arbeitsverhältnis beendet worden, damit der Arbeitnehmer ein Kind unter 12 Jahren oder einen pflegebedürftigen nahen Angehörigen betreuen kann, so ist der Arbeitnehmer für die Dauer von 3 Jahren bevorzugt einzustellen, wenn er die Anforderungen des Arbeitsplatzes in gleicher Weise erfüllt wie ein anderer Bewerber. Bei allen diesen Vorschriften wird der Angehörigenbegriff des § 35 Abs. 2 Satz 2 zugrunde gelegt, wonach auch der „auf Dauer in häuslicher Gemeinschaft lebende Partner“ einbezogen wird.

2. Arbeitsfreie Zeit

Die traditionellen Bahnen werden wieder betreten, wenn es nicht um eine Pflichtenkollision, sondern um die Gestaltung der arbeitsfreien Zeit im übrigen geht. Das Fragerecht des Arbeitgebers wird wie bisher vom Vorliegen eines „berechtigten Interesses“ abhängig gemacht; man muß insoweit auf die Toleranz der Rechtsprechung vertrauen⁵⁸. Arbeitsvertragliche Pflichten dürfen sich nach § 2 Abs. 2 nicht auf den privaten Lebensbereich erstrecken, doch gilt dies nur, „soweit sich aus ihm keine Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses ergeben kann“. Etwas anderes ist in demokratischen Zeiten noch nie behauptet worden; kein vernünftiger Arbeitgeber wird auf die Idee kommen, kraft Arbeitsvertrags jede Demonstrationsteilnahme oder jede Vereinsmitgliedschaft zu verbieten. Der dem bisherigen

§ 616 Abs. 1 BGB entsprechende § 56 Abs. 1 ist weiter dispositiv; die Arbeitsvertragsparteien können daher vereinbaren, daß bei persönlicher Leistungsverhinderung keine Lohnfortzahlung eintritt. An ein Sabbatical ist nicht gedacht; unbezahlter Sonderurlaub hängt nach § 72 von einer Einigung mit dem Arbeitgeber ab. Auch Wünsche zu Dauer und Lage der Arbeitszeit, die sich nicht aus der familiären Situation heraus ergeben, sind für den Arbeitgeber rechtlich unverbindlich. Umgekehrt bleibt bei der kapazitätsorientierten variablen Arbeitszeit alles beim alten⁵⁹. Dies bedeutet, daß die Zeit des Sich-Bereit-Haltens weit über die tatsächliche Arbeitszeit hinausgehen und so eine sinnvolle Planung der arbeitsfreien Zeit außerordentlich erschweren kann⁶⁰. Job-Sharing soll – insofern weiter als Art. 1 § 5 BeschFG – nach § 105 in Verbindung mit einer generellen gesetzlichen Vertretungspflicht zulässig sein. Im übrigen wird die Lage der Arbeitszeit gem. § 33 Abs. 2 durch den Arbeitgeber bestimmt. Wünsche der Arbeitnehmer stehen unter dem Vorbehalt betrieblicher Belange. Dem Trend zur Individualisierung wird nicht Rechnung getragen; „Extrawürste“ sind nur mit Zustimmung des Arbeitgebers möglich⁶¹.

V. Antidiskriminierungsrecht

1. Gleichberechtigung von Mann und Frau

Das Verbot der Benachteiligung wegen des Geschlechts hat in § 5 eine eingehende Regelung gefunden. Sie wird bei den betroffenen Frauen kaum Freude auslösen.

Der in Vollzug der EG-Gleichbehandlungsrichtlinie vom 9. Februar 1976⁶² geschaffene § 611a BGB enthält ein unbedingtes *Diskriminierungsverbot*, das nur eine einzige Durchbrechung kennt: Nach seinem Abs. 1 Satz 2 darf dann an das Geschlecht angeknüpft werden, wenn es „unverzichtbare Voraussetzung“ für eine bestimmte Tätigkeit ist. Dies soll sich ändern. Nach dem vorgeschlagenen § 5 Abs. 1 Satz 1 soll eine unterschiedliche Behandlung immer dann zulässig sein, wenn dies „aus biologischen oder funktionalen Gründen“ zwingend geboten ist. Was unter „funktionalen Gründen“ zu verstehen ist, wird auch aus der Begründung nicht deutlich. Gemeint könnte die be-

55 Zur Benachteiligung von Teilzeitkräften und befristet Beschäftigten vgl. im einzelnen *Däubler* (Fußnote 44) S. 843 ff.; dort auch Aussagen zu weiteren Beschäftigtengruppen wie Leiharbeiter, arbeitnehmerähnliche Personen u. ä.

56 Zur zweiten Alternative vgl. insbes. *Mückenberger*, „Re-Regulierung neuer Beschäftigungsformen – kann ‚atypische‘ Beschäftigung sozialverträglich sein?“ in *Flexibilisierung des Arbeitsmarkts* (Hrsg. Semlinger) (1991), S. 203 ff.

57 Vgl. *BAG v. 20. 6. 79*, *ArbuR* 1980 S. 57 = *DB* 1979 S. 1993.

58 Zum Problem homosexueller Männer und Frauen im Arbeitsleben vgl. *Hammer/Rzadkowski*, „Antidiskriminierungsgesetz für homosexuelle Männer und Frauen“, *ZTR* 1991 S. 363 ff.

59 § 34 des Entwurfs entspricht Art. 1 § 4 BeschFG.

60 Zu dieser Problematik und dem u. U. vorliegenden Verstoß gegen Art. 1 und 2 GG vgl. *Buschmann/Ulber*, *Flexibilisierung: Arbeitszeit Beschäftigung* (1989), S. 170 f.; *Malzahn*, „Kapazitätsorientierte variable Arbeitszeiten und Arbeitnehmergrundrechte“, *ArbuR* 1985 S. 137 ff.

61 Zur tariflichen Schaffung von individueller Zeitsouveränität vgl. demgegenüber *Seifert*, „Perspektiven tariflicher Arbeitszeitpolitik“, *WSI-Mitt.* 1991 S. 164, 169 f.

62 *ABl.* v. 14. 2. 1976, Nr. L 39/40, abgedruckt auch bei *Däubler/Kittner/Lörcher* (Hrsg.), *Internationale Arbeits- und Sozialordnung* (1990) unter Nr. 422.

triebliche Funktion sein, aber auch die geschlechtsspezifische Verteilung der Hausarbeit. Wie dem auch sei, die Vorschrift verstößt in der einen wie in der anderen Interpretation gegen Art. 2 Abs. 2 der genannten EG-Richtlinie, die genau wie das bisher geltende Recht darauf abstellt, ob das Geschlecht „unabdingbare Voraussetzung“ für die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit ist. Der *Europäische Gerichtshof* hat überdies die Bundesrepublik ausdrücklich verpflichtet, klarzustellen, welche Tätigkeiten unter diesen Ausnahmetatbestand fallen⁶³ – ein Gebot, das in bezug auf die hier vorgeschlagene Formulierung praktisch nicht erfüllt werden könnte.

Angesichts dieser entscheidenden Lockerung des Diskriminierungsverbots fallen andere, durchaus positiv zu bewertende Vorschriften weniger ins Gewicht. Dies gilt für die Definition der mittelbaren Diskriminierung in § 5 Abs. 1 Satz 2, die sich nur dann rechtfertigen lasse, wenn sie geeignet und erforderlich sei, ein „dringendes wirtschaftliches oder betriebliches Bedürfnis“ zu erfüllen. Über die bisherige Rechtsprechung gehen nach § 5 Abs. 4 die Sanktionen hinaus, die bei einem diskriminierenden Einstellungsverhalten des Arbeitgebers verhängt werden können: Statt wie bisher ein Monatsgehalt⁶⁴ sind nunmehr Beträge bis zu 6 Monatsentgelten geschuldet. Kann der Arbeitgeber beweisen, daß der Bewerber bzw. die Bewerberin den Arbeitsplatz auch bei korrektem Verhalten nicht erhalten hätte, ermäßigt sich die Höchstgrenze auf 3 Monatsentgelte. Bewirbt sich eine Vielzahl von Frauen auf einen Arbeitsplatz, kann gleichwohl eine erhebliche wirtschaftliche Belastung des Arbeitgebers eintreten. Für Unternehmen mit nicht mehr als 20 Arbeitnehmern wird deshalb eine Obergrenze von 2 bzw. einem Monatsentgelt eingeführt.

Die „positive Diskriminierung“ wird in § 5 Abs. 3 kurz angesprochen. Danach sind Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit von Männern und Frauen im Berufsleben zulässig. Über die Art der Maßnahmen ist nichts gesagt. Ob über Frauenförderpläne hinaus⁶⁵ auch Quotenregelungen erfaßt sein sollen, bei denen Männer notwendigerweise zurückstehen müssen⁶⁶, ist zu bezweifeln.

2. Sonstige Diskriminierungsverbote

§ 6 Abs. 1 enthält in Anlehnung an Art. 3 Abs. 3 GG ein Verbot der Benachteiligung oder Bevorzugung wegen Abstammung, Rasse, Heimat und Herkunft, Glauben, religiöser oder politischer Anschauungen oder Betätigungen. Nicht erfaßt ist eine atypische Lebensweise, im

63 *EuGH* v. 21. 5. 1985, DB 1985 S. 2150.

64 *BAG* v. 14. 3. 1989, *ArbuR* 1989 S. 384 = DB 1989 S. 2279.

65 *Degen*, „Die Durchsetzung von Frauenförderungsplänen im Betrieb“, *AiB* 1986 S. 218; *Frische/Klein-Schonnefeld/Malzahn*, „Frauenförderung durch Tarifvertrag“, *PersR* 1988 S. 143.

66 Zur verfassungsrechtlichen Seite vgl. *Pfarr*, Frauenförderung und Grundgesetz (1988).

67 Einzelheiten bei *Däubler* (Fußnote 44) S. 755 ff.

68 Zum Sprachrisiko zusammenfassend und weiterführend *Jancke*, Das Sprachrisiko des ausländischen Arbeitnehmers im Arbeitsrecht (1987).

69 *BAG* v. 5. 12. 1990, *ArbuR* 1991 S. 58 = DB 1991 S. 2669.

70 Dazu *Däubler*, „Arbeit im Westen nach Ost-Tarifen?“, *ZTR* 1992 S. 145 ff.

71 Zuletzt *LAG Rheinland-Pfalz* v. 4. 11. 1991, *NZA* 1992 S. 169.

Gegensatz zu § 75 Abs. 1 BetrVG aber auch nicht die Staatsangehörigkeit. Ausländische Arbeitnehmer tauchen – soweit ersichtlich – im gesamten Entwurf an keiner Stelle auf. Dies ist nicht nur im Hinblick auf eine potentielle Schlechterstellung, sondern auch deshalb zu bedauern, weil insofern ein Kompensationsbedarf besteht⁶⁷. Wer auf den Arbeitsvertrag als Mittel der Freiheitsverwirklichung setzt, sollte im übrigen auch dem Problem des sprachlich bedingten Mißverständnisses einige Aufmerksamkeit widmen⁶⁸.

Im Rahmen des § 6 wird anders als bei der Gleichbehandlung von Mann und Frau der Begriff der mittelbaren Diskriminierung nicht erwähnt. Das Sachproblem besteht gleichwohl auch hier. So ist es denkbar, daß bestimmte Rechtsnormen an unspezifischen Umständen wie z. B. einem früheren Arbeitsort anknüpfen, sich gleichwohl jedoch fast ausschließlich zu Lasten einer Personengruppe auswirken, die durch eine bestimmte Heimat oder Herkunft charakterisiert ist. Konkret gesprochen: wird z. B. die in der früheren DDR erbrachte ärztliche Tätigkeit nicht als solche anerkannt⁶⁹ oder werden bei einer Versetzung von Ost- nach Westberlin weiter die Osttarife angewandt⁷⁰, so sind zwar formal auch Westdeutsche erfaßt, die aus welchen Gründen auch immer in das Beitrittsgebiet übergewechselt sind, doch braucht man niemandem zu erklären, daß dies eine verschwindend kleine Personengruppe ist. Vom Ergebnis her laufen beide Normen auf den Grundsatz hinaus, daß, wer „Heimat und Herkunft“ im Beitrittsgebiet hat, in bestimmter Weise behandelt, in concreto: benachteiligt wird.

VI. Weitere sozialpolitisch brisante Vorschläge

1. Lohnfortzahlung im Krankheitsfall

Einer immer wieder erhobenen Forderung der Arbeitgeberseite entsprechend will der Entwurf die sog. Teilarbeitsunfähigkeit einführen. Nach bisherigem Recht greifen die Vorschriften über die Lohnfortzahlung auch dann ein, wenn auf Grund der Gesundheitsbeeinträchtigung die geschuldete Leistung nur teilweise unmöglich oder unzumutbar wird⁷¹. Dies soll sich ändern. Nach § 57 Abs. 3 werden diejenigen Tätigkeiten weitergeschuldet, die trotz der Erkrankung möglich sind. Dem Arbeitgeber wird überdies das Recht eingeräumt, dem Arbeitnehmer eine andere, außerhalb des arbeitsvertraglich Vereinbarten liegende zumutbare Arbeit anzubieten und so die Einsatzmöglichkeiten zu erweitern. Ein Mitarbeiter im Außendienst, der sich das Bein bricht, könnte daher nach der Entlassung aus dem Krankenhaus unschwer als Telefonist eingesetzt werden. Es liegt auf der Hand, daß bei Einführung der Teilarbeitsunfähigkeit sich auch deren Bescheinigung verändern wird; der Arbeitgeber muß Detailangaben über die Krankheit erhalten, was Datenschutzprobleme aufwirft, die im Entwurf indes nicht angesprochen sind.

Die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall soll weiter von der Dauer her beschränkt werden. Auch wenn verschiedene Erkrankungen vorliegen, die nichts miteinander zu tun haben, wird eine Obergrenze von 6 Wochen pro Jahr vorgeschlagen. In den ersten 6 Monaten des Arbeitsverhältnisses soll die Lohnfortzahlung im Höchstfall 3 Wochen betragen.

Hat der Arbeitgeber „Anlaß“ zu der Annahme, daß der Arbeitnehmer „nicht oder nicht im angegebenen Umfang“

arbeitsunfähig ist, kann er eine Überprüfung durch den medizinischen Dienst nach § 275 Abs. 1 Nr. 3 Buchstabe b SGB V oder durch einen Arzt verlangen, auf den sich beide Arbeitsvertragsparteien geeinigt haben. Ob „Anlaß“ mit den „begründeten Zweifeln“ in eins zu setzen ist, die bislang Voraussetzung für ein solches Vorgehen sind, würde die Rechtsprechung als neues Problem beschäftigen. Weiter läßt die bisherige Rechtsprechung dem Arbeitnehmer immer die Möglichkeit, den Beweis seiner Arbeitsunfähigkeit auf andere Weise zu führen⁷². Auch dies soll entfallen: Wer nicht unverzüglich zum medizinischen Dienst oder dem vereinbarten Arzt geht, verliert nach § 58 Abs. 3 Satz 2 den Anspruch auf Lohnfortzahlung.

2. Verdienstminderung wegen Krankheit

Der Entwurf enthält weiter Regelungen zu sog. Sondervergütungen, die – wie z. B. das Urlaubsgeld oder die Weihnachtsgatifikation – nicht jeden Monat bezahlt werden. § 52 Abs. 2 sieht vor, daß für jeden Krankheitstag eine Kürzung dieser Sonderleistungen in Höhe von höchstens einem Dreißigstel vereinbart werden kann. Wer 5 Arbeitstage krank ist, erhält somit zwar die Lohnfortzahlung, verliert aber gleichzeitig fünf Dreißigstel = ein Sechstel z. B. des Weihnachtsgeldes. Liegt dieses aus irgendwelchen Gründen erheblich über einer Monatsvergütung, wäre der Beschäftigte gut beraten, die Lohnfortzahlung gar nicht geltend zu machen, da die Kürzung einen erheblich höheren Betrag ausmachen würde. Die Anwesenheitsprämie wäre mehr als rehabilitiert⁷³.

3. Arbeitnehmerhaftung

Die in § 99 eingehend geregelte Arbeitnehmerhaftung übernimmt bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit die bisherigen Grundsätze. Für alle sonstigen Fälle von Fahrlässigkeit, also auch bei denkbar geringem Schuldvorwurf wird eine summenmäßige Beschränkung auf zwei monatliche Durchschnittsentgelte vorgeschlagen. Im übrigen soll sich die Haftung des Arbeitnehmers „nach Maßgabe seines Verschuldens“ bestimmen. Die vorübergehend vom *Bundesarbeitsgericht* vertretene Auffassung, die Haftung trete nur bei grober Fahrlässigkeit ein⁷⁴, wird nicht aufgegriffen. Schade, daß hier nicht dieselbe Innovationsfreude wie bei der Behandlung der Arbeitsunfähigkeit entwickelt wurde.

4. Kündigungsschutz

Ausgewogener sind demgegenüber die Vorschläge zum Kündigungsschutzrecht. Nach § 119 Abs. 1 soll die Grundkündigungsfrist in Zukunft einheitlich 6 Wochen betragen. Bei einer Beschäftigungsdauer von 5 Jahren soll sie auf 3 Monate, bei 15 Jahren bis auf 6 Monate steigen. Ein Endtermin („zum Quartalsende“) ist nicht mehr vorgesehen. Kürzere Fristen sind durch Tarifvertrag, nicht aber durch Arbeitsvertrag möglich. Nach § 118 Satz 2 bedarf die Kündigung der Schriftform. Auf Verlangen des Arbeitnehmers ist sie nach § 122 zu begründen. Fallen die Kündigungsgründe vor Ablauf der Frist weg (die Auftragslage ändert sich, der Arbeitnehmer ist überraschend wieder gesund), so soll nach § 126 grundsätzlich ein Anspruch auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu den bisherigen Bedingungen bestehen. Warum diese sinnvolle Regelung auf den Lauf der Kündigungsfristen beschränkt ist, will nicht recht einleuchten; auch danach kann es für den

Arbeitgeber durchaus zumutbar sein, wieder auf die früheren Arbeitskräfte zurückzugreifen⁷⁵.

Bei den Kündigungsgründen werden keine entscheidenden Änderungen vorgeschlagen. Im Rahmen der ordentlichen Kündigung wird allerdings die bislang übliche Interessenabwägung⁷⁶ bewußt abgelehnt; lediglich bei der Kündigung wegen Krankheit kann sie noch Platz greifen. Auch die soziale Auswahl soll weniger flexibel als bisher gehandhabt werden: § 125 sieht als Kriterien ausschließlich die Dauer der Unternehmenszugehörigkeit, das Lebensalter und die Unterhaltspflichten des Arbeitnehmers vor; andere Faktoren wie behinderte oder pflegebedürftige Angehörige, schlechte Vermittlungschancen auf dem Arbeitsmarkt usw. spielen keine Rolle mehr. Auch die bisherige „Gesamt-schau“ aller Umstände⁷⁷ soll nicht mehr möglich sein. Würde die Rechtsprechung diese Vorgaben konsequent umsetzen, könnte sie genau jene Funktion nicht mehr erfüllen, die ihr die Verfasser durchaus belassen wollen: Sie könnte allgemeine Vorgaben nicht mehr den Besonderheiten des Einzelfalls anpassen. Dies ist um so weniger verständlich, als es bei der Kündigung um die härteste arbeitsrechtliche Sanktion geht, die nur dann einigermaßen akzeptabel erscheint, wenn wirklich alle im Einzelfall wichtigen Gesichtspunkte und nicht nur bestimmte Schemata berücksichtigt wurden. Daß bei der außerordentlichen Kündigung durchaus die bisherige Lösung beibehalten wurde, ist zu begrüßen, unterstreicht aber gleichzeitig die Fragwürdigkeit der im Rahmen der ordentlichen Kündigung getroffenen Entscheidung.

Die Regeln über den Kündigungsschutz gelten nicht in Unternehmen mit in der Regel weniger als 6 Arbeitnehmern. Daß nicht mehr auf den Betrieb abgestellt wird, führt zu einem größeren Anwendungsbereich. Umgekehrt ist bei der Beschäftigung von Teilzeitkräften die 6-Personen-Grenze schwerer erreichbar, da alle Teilzeitbeschäftigungen entsprechend ihrer Stundenzahl in Vollzeitbeschäftigungen umzurechnen sind (§ 128 Abs. 1 Satz 2). Soweit die Kündigungsschutzvorschriften nicht eingreifen, ist nach § 128 Abs. 2 lediglich eine „willkürliche Kündigung“ unzulässig. Ob es auch andere Gründe geben kann (Verstoß gegen Treu und Glauben, Sittenwidrigkeit, Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 612a BGB)⁷⁸, erscheint unklar. Eindeutig ist lediglich, daß in Abweichung vom bisher geltenden Recht bei einer Kündigungsschutzklage die gesetzliche Frist zu beachten ist, die von 3 Wochen auf einen Monat verlängert wird.

Erfreulich ist schließlich die Regelung zum *Aufhebungsvertrag*: Der Arbeitnehmer kann innerhalb einer Woche

72 LAG Hamm v. 26. 6. 1984, BB 1985 S. 273.

73 Vgl. zur bisherigen Rechtslage *Blankel/Diederich*, „Die Rehabilitierung der Anwesenheitsprämie“, *ArbuR* 1991 S. 321 ff.

74 BAG v. 23. 3. 1983, *ArbuR* 1983 S. 185 = DB 1983 S. 1207.

75 Zutreffend LAG Köln v. 10. 1. 1989, *AiB* 1989 S. 261 mit Anm. v. *Silberberger* = BB 1989 S. 1475.

76 BAG v. 28. 4. 1982, AP Nr. 6 zu § 1 KSchG = *ArbuR* 1983 S. 92 (ständige Rspr.).

77 Zur Einzelfallprüfung im Rahmen des § 1 Abs. 3 KSchG vgl. BAG v. 24. 3. 1983, *ArbuR* 1983 S. 312 = DB 1983 S. 1822 und BAG v. 15. 6. 1989, *ArbuR* 1990 S. 53 = DB 1990 S. 380.

78 Nachweise zum Kündigungsschutz außerhalb des KSchG bei *Däubler* (Fußnote 44) S. 488 ff.

widerrufen, sofern ihm der Arbeitgeber nicht vorher eine Überlegungsfrist von mindestens 3 Tagen eingeräumt hat. Ein ähnliches Widerrufsrecht besteht nach § 145 Abs. 2 Satz 2 bei der sog. Ausgleichsquittung, die nunmehr korrekterweise „Ausgleichsvereinbarung“ heißen soll.

5. Datenschutz im Betrieb

Ein wenig ratlos steht man vor den Vorschriften zum Arbeitnehmerdatenschutz, die sich sowohl im Zusammenhang mit der Einstellung (§ 16) als auch beim Inhalt des Arbeitsverhältnisses (§ 81) und beim Ausscheiden (§ 146) finden. An zwei Stellen (§ 16 Abs. 4 und § 81 Abs. 5) wird ausdrücklich betont, der Arbeitgeber habe dafür zu sorgen, daß die Vorschriften des BDSG beachtet würden. Dies ist – wie niemand bestreiten wird – eine schlichte Selbstverständlichkeit, deren Hervorhebung Zweifel weckt. Sind die inhaltlichen Vorschriften, die der Entwurf bringt, Spezialnormen, die in ihrem Anwendungsbereich nach § 1 Abs. 4 Satz 1 BDSG den Vorrang haben, oder müssen beide Normenkomplexe nebeneinander angewandt werden? Eine weitere Ungenauigkeit ergibt sich daraus, daß in § 16 Abs. 1 von „Angaben über persönliche und sachliche Verhältnisse“ (wohl des Arbeitnehmers) die Rede ist, während das BDSG in § 3 Abs. 1 nicht nur Daten einer bestimmten, sondern auch solche einer „bestimmbaren“ Person einbezieht. Weiter ist unklar, ob eine EDV-mäßige Speicherung vorausgesetzt ist oder ob die Vorschriften auch bei manueller Erhebung und traditioneller Aktenführung eingreifen. Für das erstere könnte die Entgegensetzung von „Personalakten“ in § 80 und „Personaldatenschutz“ in § 81 sowie die dort verwendete Terminologie sprechen, doch bewegt man sich insoweit auf schwankendem Boden. Inhaltlich ist jede Abstimmung mit den aus dem BDSG folgenden Individualrechten des Arbeitnehmers unterblieben⁷⁹.

79 Aus Raumgründen muß insoweit auf *Däubler*, „Individualrechte des Arbeitnehmers nach dem neuen BDSG“, CuR 1991 S. 475 ff. verwiesen werden.

80 Vgl. dazu *meine* Ausführungen unter III 1.

81 Vgl. dazu *meine* Ausführungen unter VI 5.

82 So wurde etwa das von der Bundesrepublik im Jahre 1976 ratifizierte ILO-Übereinkommen Nr. 140 über den bezahlten Bildungsurlaub (BGBl. II, 1526) nicht umgesetzt, ebensowenig Art. 4 Ziff. 1 ESC, der ein Arbeitsentgelt vorsieht, das ausreicht, um den Arbeitnehmern und ihrer Familie einen angemessenen Lebensstandard zu sichern.

83 Vgl. Art. 4 der Richtlinie des Ministerrates der EG (Fußnote 21).

84 Dazu *Däubler*, „Arbeitsrecht und Auslandsbeziehungen“, *ArbuR* 1990 S. 1 ff. sowie bereits *Isele*, „Auslandsmontage im Arbeitsrecht“ in *Festschrift für Ficker* (1967), S. 246 ff. Es geht z. B. um die Verpflichtung, für den Arbeitnehmer eine private Kranken- und Unfallversicherung abzuschließen oder einen jährlichen Rückflug nach Deutschland zu finanzieren.

85 Vgl. die vom Hauptvorstand der IG Medien herausgegebene Schrift „Schutz, Freiheit und Demokratie in der Arbeit – Rechtspolitische Leitlinien“ (1990). Die vergleichbar große Arbeitsgruppe kam relativ schnell zu dem Schluß, daß ein ausformulierter Vorschlag für Gesetze oder Tarifverträge nicht ohne unzumutbar aufwendige Diskussionen möglich war und nicht notwendig zu einem geschlossenen Konzept geführt hätte.

VII. Gesamtschätzung

Der Entwurf wird zwei Vorwürfe schwerlich ausräumen können:

Von Arbeitnehmerseite wird der drastische *sozialpolitische Rückschritt* beklagt werden, der sich insbesondere an der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall und an der Auflockerung des Diskriminierungsverbots festmachen wird. Die Verfasser haben damit von vornherein einen Konsens mit den Gewerkschaften ausgeschlossen. Vergleichbares wäre mit umgekehrtem Vorzeichen passiert, hätte man beispielsweise die gewerkschaftliche Konzeption übernommen, wonach bei Widerspruch des Betriebsrats gegen die Kündigung das Arbeitsverhältnis nur im Wege der Klage aufgelöst werden kann. Ob sich hinter dieser Entscheidung eine politisch-strategische Überlegung verbirgt, kann man als Außenstehender nicht beurteilen.

Der zweite Einwand ist gewissermaßen gesellschaftspolitisch „neutral“ und wird deshalb für manche Beobachter wichtiger sein. Der Entwurf hat es versäumt, aktuelle und sich in Zukunft aller Voraussicht nach verstärkende Entwicklungen aufzugreifen. Dies gilt etwa für die Tendenz zu *individuelleren Arbeits- und Lebensformen*, der man im Rahmen des Grundrechtsschutzes am Arbeitsplatz oder beim Hineinwirken arbeitsvertraglicher Pflichten in die arbeitsfreie Zeit hätte Rechnung tragen können. Auch die durch *neue Techniken* geschaffenen Probleme wurden kaum verarbeitet. Dies zeigt sich etwa beim Arbeitgeberbegriff⁸⁰ und beim Datenschutz⁸¹, aber z. B. auch daran, daß neuere Formen der Bewerberbeurteilung wie psychologische Tests und Streßinterviews keine spezifische Regelung gefunden haben oder daß nirgendwo eine Grenze für die Speicherung von Arbeitnehmerdaten zu erkennen ist, bei deren Überschreitung ein unzulässiges „Persönlichkeitsbild“ vorliegen würde. Auch die *Internationalisierung der Wirtschaft* ist in ihren arbeitsrechtlichen Auswirkungen nicht bedacht. Nicht nur, daß man darauf verzichtete, einige internationale Abkommen in innerstaatliches Recht umzusetzen⁸²; im Gegensatz zur Schriftlichkeitsrichtlinie der EG⁸³ sind auch die spezifischen Probleme der Arbeitnehmer nicht behandelt, die von ihrem Arbeitgeber ins Ausland entsandt wurden und dort unter deutschem Arbeitsstatut tätig sind⁸⁴. Auch wenn man wie der Entwurf aus guten Gründen auf eine gesetzliche Totalreglementierung verzichtet, wäre es möglich und sinnvoll gewesen, für die weitere Entwicklung wenigstens einige Leitlinien zu geben. Bösaartige Leute werden so den (nicht ganz berechtigten) Vorwurf erheben, die Verfasser hätten das geschriebene Arbeitsvertragsrecht vom Stande des Jahres 1900 auf den des Jahres 1925 gebracht.

Die hier geäußerte Kritik betrifft eine Gemeinschaftsproduktion. Kennt man die Publikationen der beteiligten Wissenschaftler, so drängt sich der Schluß auf, daß jede(r) einzelne ein besser redigiertes, in sich schlüssigeres und einfallsreicherer Werk präsentiert hätte. Intelligenz und Kreativität lassen sich offensichtlich nicht beliebig bündeln – auch der Verfasser hat entsprechende Erfahrungen gemacht⁸⁵.