

VERHANDLUNGEN
DES DREIUNDSECHZIGSTEN
DEUTSCHEN JURISTENTAGES
LEIPZIG 2000

BAND II/1

Sitzungsberichte
(Referate und Beschlüsse)



VERLAG C. H. BECK

INHALT

G.

MITGLIEDERVERSAMMLUNG

Begrüßung durch den Vorsitzenden		
Präsident des OLG Prof. Dr. Reinhard Böttcher	G	5
Totenehrung	G	6
Wahl der Vertrauensleute	G	7
Geschäftsbericht des Vorsitzenden	G	10
Rechnungsbericht des Schatzmeisters	G	12
Entlastung der Ständigen Deputation	G	15
Satzungsänderung	G	15
Verschiedenes	G	29

H.

ERÖFFNUNGSSITZUNG

Eröffnung durch den Präsidenten des 63. Deutschen Juristentages Prof. Dr. Reinhard Böttcher	H	7
Begrüßung durch den Ministerpräsidenten des Freistaates Sachsen Prof. Dr. Kurt Biedenkopf	H	14
Begrüßung durch den Oberbürgermeister der Stadt Leipzig Wolfgang Tiefensee	H	18
Ansprache der Bundesministerin der Justiz Prof. Dr. Herta Däubler-Gmelin	H	20

I.

FESTVORTRAG

Thema: *Über die Akzeptanz von Demokratie und Rechtsstaat in den neuen Bundesländern*

Professor Dr. h. c. Dr. theol. habil. Richard Schröder I 5

K.

ABTEILUNG ZIVILRECHT

Thema: *Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?*

Eröffnung	K	7
Einführung von Professor Dr. Jochen Taupitz	K	9
Referat von Professor Dr. med. Ruth Mattheis	K	17
Thesen hierzu	K	26
Referat von Vors. Richter am OLG Werner Ruhl	K	29
Thesen hierzu	K	39
Referat von Dr. med. Bettina Schöne-Seifert, M. A.	K	41
Thesen hierzu	K	58
Beschlüsse	K	61

L.

ABTEILUNG ARBEITS- UND SOZIALRECHT

Thema: *Welche arbeits- und ergänzenden sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit?*

Eröffnung	L	7
Referat von Professor Dr. Wolfgang Däubler	L	11
Thesen hierzu	L	28
Referat von Professor Dr. Meinhard Heinze	L	33
Thesen hierzu	L	52
Beschlüsse	L	59

M.

ABTEILUNG STRAFRECHT

Thema: *Ist für die Strafjustiz ein dreigliedriger Justizaufbau, eine Reform des Rechtsmittelsystems und eine Aufgabenverlagerung auf außergerichtliche Verfahren zu empfehlen?*

Eröffnung	M	7
Referat von Vors. Richter am BGH Prof. Dr. Lutz Meyer-Goßner	M	9
Thesen hierzu	M	22
Referat von Rechtsanwältin Regina Michalke	M	25
Thesen hierzu	M	38
Referat von Professor Dr. Ursula Nelles	M	43
Thesen hierzu	M	60
Beschlüsse	M	65

N.

ABTEILUNG ÖFFENTLICHES RECHT

Thema: *Inwieweit ist die Verfolgung ökonomischer, ökologischer und anderer öffentlicher Zwecke durch Instrumente des Abgabenrechts zu empfehlen?*

Referat von Ministerialdirektor Gerhard Juchum	N	7
Thesen hierzu	N	21
Referat von Professor Dr. Reiner Schmidt	N	25
Thesen hierzu	N	46
Referat von Rechtsanwalt Prof. Dr. Arndt Raupach	N	49
Thesen hierzu	N	74
Beschlüsse	N	75

O.

ABTEILUNG WIRTSCHAFTSRECHT

Thema: *Empfiehl sich eine Neuregelung des aktienrechtlichen Anfechtungs- und Organhaftungsrechts, insbesondere der Klagemöglichkeiten von Aktionären?*

Eröffnung	O	7
Referat von Professor Dr. Karsten Schmidt	O	11
Thesen hierzu	O	35
Referat von Rechtsanwalt Dipl.-Kfm. Dr. Norbert Götz ..	O	39
Thesen hierzu	O	49
Referat von Syndikus der Deutsche Bank AG Rechts- anwalt Dr. Reinhard Marsch-Barner	O	55
Thesen hierzu	O	70
Beschlüsse	O	73

P.

AKTUELLES FORUM JUSTIZREFORM

Thema: *Eckpunkte einer Justizreform*

Eröffnung	P	7
Einführungsreferat von Bundesministerin der Justiz Prof. Dr. Herta Däubler-Gmelin	P	11
Referat von Professor Dr. Peter Gottwald	P	27
Referat von Rechtsanwalt Felix Busse	P	33
Referat von Präsident des OLG Gero Debusmann	P	47
Referat von Professor Dr. Friedrich Schoch	P	53
Referat von Präsident des LAG Dr. Udo Isenhardt	P	67
Referat von Rechtsanwalt am BGH Dr. Hermann Büttner	P	73

Q.

PODIUMSDISKUSSION

Thema: *Rechtsextremismus in Deutschland – was kann der Rechtsstaat tun?*

Podiumsdiskussion	Q	5
-------------------------	---	---

R.

GEMEINSAME SCHLUSSSITZUNG

Eröffnung durch den Präsidenten des 63. Deutschen Juristentages Prof. Dr. Reinhard Böttcher	R	5
Berichte über die Arbeitssitzungen der Abteilungen	R	5
Bekanntgabe des Ergebnisses der Ergänzungswahl zur Ständigen Deputation	R	22
Danksagung	R	23

S.

SCHLUSSVERANSTALTUNG

Thema: *Die Völkerrechtsordnung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert*

Referat von Professor Dr. Jochen A. Frowein	S	7
Korreferat von Richter des Internationalen Gerichtshofes Dr. Carl-August Fleischhauer	S	27
Korreferat von Ministerialdirektor Dr. Klaus Scharioth ..	S	35

T.

SCHLUSSWORTE

Schlussworte des Präsidenten des 63. Deutschen Juristentages Prof. Dr. Reinhard Böttcher	T	1
--	---	---

U.

ANHANG

ANSPRACHE ANLÄSSLICH DER ERÖFFNUNG
DER AUSSTELLUNG „ANWALT OHNE RECHT“

Ansprache von Rechtsanwalt Prof. Dr. Konrad Redeker ..	U	1
--	---	---

REFERAT

von Professor Dr. Wolfgang *Däubler*, Bremen

I. Grundsätzliche Vorüberlegungen

Was kann das Arbeitsrecht tun, um die Arbeitslosigkeit zu reduzieren? Lassen Sie mich verbreiteter Übung entsprechend in die USA schauen.

Anfang der 80er Jahre belief sich die Arbeitslosenquote dort auf ca. 10%.¹ Im Juni 2000 betrug sie nur noch 4,1%.²

Während dieser Zeit ist der Kündigungsschutz erheblich ausgebaut worden. Dies war weniger neuen Gesetzen als vielmehr der Rechtsprechung zu verdanken; außerdem stieg die Klagebereitschaft der Betroffenen.³ Kann der Arbeitgeber den Verdacht einer Diskriminierung z. B. wegen der Rasse oder des Geschlechts nicht durch sachliche Gründe widerlegen, drohen ihm finanzielle Sanktionen, deren Mittelwert sich um die 250.000 US-Dollar bewegt.⁴ Im Einzelfall kann sich der Schadensersatz durchaus auf fünf Millionen US-Dollar belaufen.⁵ In andern Fällen kann die Kündigung daran scheitern, daß sie öffentliche Interessen verletzt oder daß das Gericht zu dem Ergebnis kommt, es habe eine stillschweigende Vereinbarung einer Dauerbeschäftigung vorgelegen, die nur aus sachlichem Grund beendet werden könne.⁶ Die Zahl der Klagen wegen Diskriminierung am Arbeitsplatz hat sich von 1989 bis 1997 verdreifacht; etwa 10 % aller Zivilklagen vor Bundesgerichten betreffen diesen Gegenstand.⁷ Dazu kommt eine statistisch nicht erfaßte Zahl von Klagen vor den Gerichten der Einzelstaaten. Schließlich gibt es einen durch das Sozialrecht vermittelten relativen Bestandsschutz, zahlt ein Arbeitgeber doch weniger Beiträge zur Arbeitslosenversicherung, wenn er keine Kündigungen ausspricht und so den Eintritt von Versicherungsfällen vermeidet.⁸

¹ Kleinhenz B 49.

² Nachw. bei Thüsing AuR 2000, 325 Fn. 1.

³ Eingehende Darstellung bei Kittner/Kohler Beilage 4/2000 zu BB S. 6 ff.

⁴ Kittner-Kohler, a. a. O., S. 10; dort auch zur Beweislast.

⁵ S. den Fall bei Thüsing AuR 2000, 328 Fn. 34.

⁶ Auch dazu Kittner/Kohler, a. a. O., S. 10 ff.

⁷ Kittner/Kohler a. a. O., S. 8.

⁸ Dazu eingehend Graser ZIAS 1999, 48 ff. und RIW 2000, 606 ff.; sog. experience rating.

Lassen Sie mich einen zweiten Blick ins Ausland, dieses Mal nach Frankreich werfen. Seit 1. Februar 2000 gilt dort für alle Unternehmen mit mehr als 20 Beschäftigten kraft Gesetzes die 35-Stunden-Woche.⁹ Die übrigen werden am 1. Februar 2002 folgen. Die Zahl der Überstunden ist auf jährlich 130 begrenzt. Durch Tarifvertrag kann dieses Quantum erweitert und die nötige Flexibilisierung hergestellt werden. Nach Angaben der französischen Regierung sind aufgrund dieser Gesetzgebung zwischen Juni 1998 und Juni 2000 203.633 Arbeitsplätze neu geschaffen oder erhalten worden.¹⁰

Das niederländische „Beschäftigungswunder“ ist gleichfalls unter Bedingungen zustande gekommen, die nicht dem Bild eines deregulierten Arbeitsmarkts entsprechen. Jede vom Arbeitgeber ausgehende ordentliche Kündigung bedarf dort noch immer der staatlichen Zustimmung.¹¹ Erst als die Arbeitslosigkeit von über 10 % im Jahre 1985 auf 4 % im Jahre 1998 gesunken war,¹² wurde die Leiharbeit in weitem Umfang liberalisiert und Befristung sowie Teilzeitarbeit in einer Weise geregelt, die große Ähnlichkeit mit den §§ 1-4 BeschFG hat.¹³

Ich will Sie nicht mit der Aussage schockieren, mehr Arbeitnehmerschutz schaffe generell mehr Arbeitsplätze. Dies wäre genauso kurz gedacht wie die leider noch immer verbreitete Gegenthese, Absenkung arbeitsrechtlicher Schutzstandards sei die beste Voraussetzung für eine gute Entwicklung am Arbeitsmarkt.¹⁴ Notwendig ist vielmehr eine genaue Prüfung im Einzelfall, wobei allerdings nicht nur die Wirkungen auf den Arbeitsmarkt, sondern auch die auf die Qualität des Arbeitslebens gesehen werden müssen.¹⁵ Zum zweiten sollte auch die Bedeutung rechtlicher Interventionen nicht überschätzt werden. Dem Arbeitsrecht kommt für die wirtschaftliche Entwicklung häufig eine eher marginale Bedeutung zu.¹⁶ Dies kann

⁹ Dazu Steinhilber WSI-Mitt 2000, 265 ff., auch zum folgenden.

¹⁰ Internetabfrage unter http://www.35h.travail.gouv.fr/actualite/index_actu.htm (am 25.09.2000). Weitere Angaben in IAB-Kurzbericht Nr.13/2000.

¹¹ Pennings ZIAS 1999, 156.

¹² Angaben nach van Oorschot WSI-Mitt 2000, 332.

¹³ Dazu eingehend Pennings ZIAS 1999, 156 ff.; Borstlap, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 1999, 365 ff.

¹⁴ Vgl. etwa Zöllner, in: Hromadka (Hrsg.), *Arbeitsrecht und Beschäftigungskrise*, 1997, S. 25.

¹⁵ Dorndorf BB 2000, 1938.

¹⁶ Noch immer lesenswert Kahn-Freund, *Arbeit und Recht*, 1979, S. 2: „Dieses Wohlergehen (gemeint: Sicherung eines angemessenen Lebens – W.D.) hängt an erster Stelle von der Produktivität der menschlichen Arbeit ab, die ihrerseits wieder weitgehend ein Ergebnis technischer Entwicklungen ist. Es hängt zweitens ab von den Kräften auf dem Arbeitsmarkt, auf die das Recht einen marginalen, wenn auch nicht zu vernachlässigenden Einfluß hat. Und drittens hängt es ab vom Grad der wirksamen Organisation der Arbeitnehmer in Gewerkschaften, wozu das Recht wiederum nur in bescheidenem Maße beitragen kann. Was der Jurist und was der Gesetzgeber tun kann,

bis zur völligen Wirkungslosigkeit im Einzelfall gehen.¹⁷ Wenn mit Recht gesagt wird, das geltende Verfassungsrecht verpflichte den Staat, für einen hohen Beschäftigungsstand Sorge zu tragen,¹⁸ oder wenn die sächsische Landesverfassung in Art. 7 Abs. 1 davon spricht, das Land erkenne das Recht eines jeden Menschen auf ein menschenwürdiges Dasein, „insbesondere auf Arbeit“ an, so bedeutet dies, daß Arbeitsmarktpolitik eine zentrale Gemeinschaftsaufgabe ist. Zu ihrer Realisierung kann das Arbeits- und Sozialrecht im Rahmen seiner eher bescheidenen Möglichkeiten nur einen Beitrag leisten.¹⁹ Auch eine vergleichende Untersuchung der OECD unterstreicht den beschränkten Einfluß rechtlicher Regulierungen.²⁰

II. Rechtliche Unterstützung bei der Schaffung neuer Arbeitsplätze

In einer Marktwirtschaft entstehen reguläre Arbeitsplätze – vom öffentlichen Dienst abgesehen – nur dort, wo ein Bedarf nach Gütern und Dienstleistungen existiert, der gewinnbringend befriedigt werden kann. Daß es zu einer solchen Situation kommt, kann durch das Recht ein wenig erleichtert werden. Ich konzentriere mich auf vier wesentliche Vorschläge.

1. Weiterbildung

Nach einer neuen Untersuchung des IAB beklagten sich im Herbst 1999 etwa 10 % der befragten Betriebe über das Fehlen geeigneter Arbeitnehmer.²¹ Dies verweist in erster Linie auf Qualifikationsdefizite, die insbesondere im Zusammenhang mit der Greencard-Problematik ins öffentliche Bewußtsein gerückt sind.²²

bleibt wichtig, viel wichtiger aber ist das Werk der Ingenieure und der Naturwissenschaftler, der praktischen Volkswirte und der schöpferischen Organisatoren. Mein zweites Bekenntnis ist also eines der Demut. Ich betrachte das Recht als eine zweitrangige Kraft in menschlichen Beziehungen und besonders in Arbeitsbeziehungen.“

¹⁷ Seit 1996 ist beispielsweise durch § 1 Abs. 2 BeschFG der Abschluß befristeter Arbeitsverträge mit Arbeitnehmern über 60 völlig freigegeben. Aus einer aktuellen Untersuchung des IAB (IAB-Kurzbericht Ausgabe Nr. 12 v. 01.09. 2000, Autor: Helmut Rudolph) ergibt sich jedoch, daß die Zahl der Befristungen mit älteren Arbeitnehmern zwischen 1996 und 1998 abgenommen hat (a. a. O. S. 5 Abb. 2).

¹⁸ Papier RdA 2000, 3.

¹⁹ Ähnlich Weiss/Laborde, in: Dies. (Hrsg.), Recht als Instrument der Beschäftigungspolitik, S. 5.

²⁰ Die Ergebnisse sind eingehend referiert bei Buschmann/Walter AuR 2000, 321 f.

²¹ IAB-Kurzbericht Ausg. Nr. 10 v. 14.07. 2000, S. 4 (Autoren: Magvas und Spitznagel).

²² Gaul/Lunk DB 2000, 1281 ff.

Die berufliche Weiterbildung war bislang im wesentlichen der Eigeninitiative der Arbeitgeber und Arbeitnehmer, flankiert durch sozialrechtliche Fördermaßnahmen überlassen. Das Bündnis für Arbeit hat am 10. Juli 2000 die Empfehlung beschlossen, das in Dänemark entwickelte Modell der Jobrotation nach Deutschland zu übernehmen und das SGB III entsprechend zu ändern.²³

Das Arbeitsrecht hat Nachholbedarf. Viele im Grunde naheliegende Fragen sind in Rechtsprechung und Literatur kaum angesprochen. Ist der einzelne Arbeitnehmer berechtigt, sich während der Arbeitszeit die Kenntnisse anzueignen, die er für die korrekte Erfüllung seiner Funktion benötigt?²⁴ Ist umgekehrt der eher bildungsunwillige Arbeitnehmer verpflichtet, einer entsprechenden Weisung des Arbeitgebers Folge zu leisten?²⁵ Wer trägt die Kosten der Maßnahmen? Ist dies wie im Regelfall der Arbeitgeber, unter welchen Voraussetzungen kann er dann Aufwendungsersatz bei vorzeitigem Ausscheiden des Arbeitnehmers vereinbaren?²⁶ Hier sollte eine gesetzgeberische Klarstellung erfolgen, wonach die zur Funktionserfüllung notwendige Weiterbildung zur Arbeitszeit gehört und der Arbeitnehmer verpflichtet ist, sich zumutbaren Weiterbildungsmaßnahmen nicht zu verschließen. Soweit es nicht um „Arbeitsnotwendiges“ geht, sondern lediglich die Qualifikation verbreitert und dadurch die Einsetzbarkeit verbessert wird, kommt eine „Co-Finanzierung“ derart in Betracht, daß der Arbeitnehmer Freizeit und/oder seinen gesetzlichen Anspruch auf Bildungsurlaub nach Landesrecht einbringt, während der Arbeitgeber die Kosten trägt.

Auch ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats könnte die notwendige Weiterbildung ein Stück voranbringen. Dieses bedarf allerdings der sachgerechten Eingrenzung und kann sich nur auf solche Maßnahmen erstrecken, deren Ertrag für die Arbeitsabläufe im Betrieb von Nutzen ist.²⁷

2. Sonderregeln bei Existenzgründungen

Das Arbeitsrecht kommt Existenzgründern insoweit entgegen, als § 112 a Abs. 2 BetrVG sie in den ersten vier Jahren ihrer Tätigkeit von der Sozialplanpflicht freistellt. Daß dies auf neugeschaffene Arbeits-

²³ Abrufbar unter www.buendnis.de.

²⁴ Kurze Überlegungen dazu bei Däubler, *Das Arbeitsrecht* 2, 11. Aufl. 1998, Rn. 605. Eingehender nunmehr ders., *Internet und Arbeitsrecht*, 2000, Rn. 95 ff.

²⁵ Bejahend ArbG Bonn NZA 1991, 512 = NJW 1991, 2168.

²⁶ Dazu Hanau C 84.

²⁷ Einzelheiten einschl. eines konkreten Gesetzgebungsvorschlags bei Däubler BB 2000, 1190 ff. Für eine Förderung der Weiterbildung als Ziel grundsätzlich auch Buchner NZA 2000, 908; Löwisch JZ 2000, 809.

plätze beschränkt sein muß und nicht auf übernommene Betriebe erstreckt werden darf, hat das Gutachten Hanau zu Recht betont.²⁸ Das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit vom 20.12. 1999²⁹ nimmt Existenzgründer für die Dauer von drei Jahren von der neu-geschaffenen Rentenversicherungspflicht für arbeitnehmerähnliche Selbständige aus.³⁰ Darüber hinaus hat sich auf den Kapitalmärkten die Gewährung von „Venture Capital“ etabliert: Kreditgeber gehen ein hohes Risiko ein, partizipieren jedoch auch an den enormen Gewinnen, die im Erfolgsfall zu erwarten sind. Diesen Gedanken sollte man auch im Arbeitsrecht fruchtbar machen. Das gilt insbesondere auch für die vorgeschlagene Verlängerung der Befristung ohne sachlichen Grund:³¹ Wer als Arbeitnehmer „ohne Netz“ arbeitet und damit ein erhöhtes Risiko auf sich nimmt, dem sollte im Falle des geschäftlichen Erfolgs eine Gewinnbeteiligung gewährt werden. Auch eine Berufung auf die sachgrundlose Befristung müßte im „Erfolgsfall“ ausscheiden; das Arbeitsverhältnis sollte dann nur aufgelöst werden können, wenn ein Kündigungsgrund besteht. Für das Arbeitsrecht ist dieser Gedanke, zunächst einmal Verzicht zu üben, um in besseren Zeiten eine Kompensation zu erhalten, weniger neuartig, als dies im ersten Moment erscheinen mag: Im Bereich der betrieblichen Altersversorgung ist die sog. nachholende Anpassung³² ein Anwendungsfall dieses Prinzips, das nunmehr im Grundsatz auch vom Gesetzgeber anerkannt wurde.³³

3. Verbilligung von Arbeitsplätzen für Geringqualifizierte

Im Rahmen des Bündnisses für Arbeit wurde eingehend über die Frage beraten, wie Arbeitsplätze für jene geringqualifizierten und meist älteren Arbeitnehmer geschaffen werden können, die unter den gegebenen Umständen nur schwer vermittelbar sind. Für diese Gruppe ist es auch wenig hilfreich, wenn man die Anforderungen an die Zumutbarkeit ändert und sie zur Annahme von Jobs veranlaßt, deren Vergütung unter dem Arbeitslosengeld liegt: Im Regelfall sind solche Jobs nicht verfügbar. Ändert man insoweit den sozialversicherungsrechtlichen Rahmen, kann sich die Situation anders darstellen, was in der Tat die Erfahrung mit den 630-DM-Verträgen deutlich

²⁸ Hanau C 51.

²⁹ BGBl 2000 I S. 2.

³⁰ Dazu Lakies NJ 2000, 125 ff.

³¹ Hanau C 51.

³² BAG DB 1992, 2401.

³³ § 16 Abs. 4 BetrAVG in der ab 01.01. 1999 geltenden Fassung. Sind die dort genannten Voraussetzungen nicht gegeben, ist weiterhin eine nachholende Anpassung geboten.

macht.³⁴ Allerdings muß man sich überlegen, womit dieser Erfolg von immerhin 3,7 Millionen Beschäftigungsverhältnissen erkauft ist: Der einzelne erreicht durch diese Tätigkeit nur eine Sozialversicherung zweiter Klasse: Dieses Modell auszudehnen, würde bedeuten, die Lasten der (vollen) Sozialversicherung einem immer kleineren Teil der Beschäftigten aufzuerlegen. Für die 800- oder 1500-DM-Beschäftigten würde sich andererseits gleichfalls keine Existenzsicherung ergeben. Einleuchtender ist deshalb das von der Benchmarking-Arbeitsgruppe erarbeitete Modell, wonach Einkommensbezieher bis 2.500,00 DM zwar vollen Sozialversicherungsschutz genießen, die Beiträge hierfür aber von der öffentlichen Hand aufgebracht werden. Statt eines Niedriglohnssektors³⁵ gäbe es Arbeitsverhältnisse mit Tariflöhnen, die wegen der sozialrechtlichen Privilegierung für die Arbeitgeberseite attraktiv wären. Im Bündnis für Arbeit wurde beschlossen, ähnliche Modelle zunächst in einigen Bezirken zu erproben.³⁶ Das verdient Unterstützung auch durch den Gesetzgeber.

4. Arbeitsförderung ohne eigenen Erwerbszweck

Die Schaffung von Arbeitsplätzen ist eine Gemeinschaftsaufgabe. Sie zu bewältigen ist nicht allein und ausschließlich Sache des Staates. Auch private Initiative ist gefragt und sollte erleichtert werden.³⁷ Die vielen Milliarden, die aller Voraussicht nach in den nächsten zehn Jahren mangels geeigneter Erben in Stiftungen fließen werden,³⁸ könnten im vorliegenden Zusammenhang von Nutzen sein. Wer den kommunalen oder kirchlichen Kindergarten, den Heimatverein oder eine wissenschaftliche Einrichtung mit Geld unterstützt, kann dieses als Spende vom steuerpflichtigen Einkommen absetzen; eine Stiftung, die dieselben Zwecke verfolgt, würde als gemeinnützig anerkannt. Gibt man das Geld statt dessen dafür aus, daß beispielsweise ein partieller Lohnausgleich bei freiwilliger Teilzeitarbeit geschaffen wird – so ein tarifliches Modell in der niedersächsischen Metallindustrie³⁹ –, hat man wenig Chancen, daß solches Tun als gemeinnützig anerkannt wird.⁴⁰ Hier müßte § 52 AO eine entsprechende Klarstellung erhalten.

³⁴ Hanau C 77.

³⁵ Dazu C. Schäfer WSI-Mitt 2000, 534 ff.

³⁶ Gemeinsame Erklärung v. 12. Dezember 1999, abrufbar unter www.buendnis.de; zum arbeitsmarktpolitischen Pro und Contra s. Walwei MittAB 1999, 514 ff.

³⁷ Richtig Späth, in: Friedrich-Ebert-Stiftung (Hrsg.), Gesprächskreis Arbeit und Soziales, Globalisierung und nationale Sozialpolitik, 1998, S. 55.

³⁸ Hennerkes/Schiffer, Stiftungsrecht, 1996, S. 13 ff.

³⁹ Meine AuR 1998, 356 ff.

⁴⁰ Koch/Scholtz (Hrsg.), Abgabenordnung, 5. Aufl. 1996, § 52 Rn. 22.

III. Beseitigung irrationaler Arbeitgeberrisiken

1. Rationale und irrationale Risiken

Der jüngst veröffentlichte Beitrag eines renommierten Arbeitsrechtlers zu unserem Thema beginnt mit der Feststellung, die zwingenden Bestimmungen des Arbeitsrechts stellen für den Arbeitgeber ein Risiko dar.⁴¹ Dies deshalb, weil übernommene Pflichten auch dann erfüllt werden müßten, wenn sich die wirtschaftlichen Verhältnisse nicht wie gewünscht oder erwartet entwickelten. Dieses „Arbeitsrechtsrisiko“ wirke sich hemmend auf die Einstellungspraxis aus.

Schaut man ein wenig über das arbeitsrechtliche Gärtchen hinaus, so stellt man fest, daß es woanders noch viel gravierendere Unwägbarkeiten gibt. Einen langfristigen Liefervertrag muß man auch dann erfüllen, wenn man nunmehr eine günstigere Alternative hätte oder die Gesamtmenge gar nicht mehr benötigt. Niemand spricht allerdings insoweit von einem Schuldrechts- oder einem BGB-Risiko. Das Arbeitsrecht kommt unternehmerischen Schwierigkeiten dadurch entgegen, daß es etwa bei Auftragsrückgang die betriebsbedingte Kündigung ermöglicht; daß aus demselben Anlaß Banken eine Zinssenkung gewähren, kann man nur ausnahmsweise erwarten.⁴² Insoweit besteht kein arbeitsrechtlicher Handlungsbedarf. Davon ist der Fall zu unterscheiden, daß Risiken ungleich verteilt werden.

2. Gerechtere Verteilung von Risiken

Für Klein- und Mittelbetriebe kann sich eine schwierige Situation ergeben, wenn gleichzeitig mehrere Arbeitnehmer erkranken oder unter das Mutterschutzgesetz fallen. § 10 Abs. 1 des insoweit weitergeltenden LFZG sieht insoweit ein Umlageverfahren vor, das zu einem Ersatz von 80 % der gezahlten Vergütungen und aller Arbeitgeberanteile für die Sozialversicherung führt. Diese Regelung ist allerdings auf Arbeiter beschränkt, was mit Recht als Verfassungsverstoß gewertet wurde.⁴³ Außerdem kann zwar die Krankenkassensatzung auch Unternehmen mit bis zu 30 Arbeitnehmern einbeziehen, doch genügt dies bei weitem nicht. Sinnvoller wäre, die Grenze einheitlich

⁴¹ Löwisch JZ 2000, 806.

⁴² Realistischerweise gilt dies nur dann, wenn die weitere Bedienung des Darlehens zu einer Insolvenzsituation führen müßte, in der die Bank den nicht gesicherten Teil ihres Darlehens vermutlich einbüßen würde.

⁴³ Canaris RdA 1997, 267 ff.

bei 100 Beschäftigten zu ziehen, wobei des geringeren Lohnzahlungsrisikos wegen Teilzeitkräfte nur entsprechend ihrer Wochenarbeitszeit zu berücksichtigen sind.⁴⁴ Im Bereich des Mutterschaftsgeldes fällt es schwer nachzuvollziehen, daß dieses seit Jahrzehnten unverändert geblieben ist und so der „Zuschuß“ des Arbeitgebers immer höher wird. Soweit man nicht auch dagegen verfassungsrechtliche Bedenken hat, wäre zumindest der Gesetzgeber gefordert, sich stärker als bisher an Art. 6 Abs. 4 GG zu orientieren, wonach der Mutterschutz eine Angelegenheit der „Gemeinschaft“ ist, also nicht primär dem Arbeitgeber oder der Gesamtheit der Arbeitgeber auferlegt werden sollte.⁴⁵ Damit wird zugleich einer Diskriminierung weiblicher Beschäftigter entgegengewirkt.

3. Anpassung der Arbeitsbedingungen an veränderte Umstände?

Das geltende Recht kennt zahlreiche Mechanismen, um veränderten wirtschaftlichen Umständen Rechnung zu tragen. Gleichwohl entzündet sich Kritik an zwei Punkten:

- Zum einen läßt die Rechtsprechung eine Änderungskündigung zur Absenkung des Entgelts nur zu, wenn ohne diese Einsparmaßnahme Arbeitsplätze wegfallen würden.⁴⁶ Dies führe zu der paradoxen Situation, daß die Schwelle für eine Beendigungskündigung niedriger als die für eine solche Änderungskündigung sei.

Soweit ich sehe, stellt sich das Problem der Entgeltreduzierung weniger im Fall des „vergessenen“ Widerrufsvorbehalts bei übertariflichen Leistungen als insbesondere dann, wenn der Arbeitgeber das kollektive Regelungssystem verlassen hat: Der Tarifvertrag wirkt nach Verbandsaustritt nur noch gemäß § 4 Abs. 5 TVG nach, bei einem Betriebsübergang ist der Erwerber nicht tarifgebunden und möchte nach Ablauf eines Jahres die Arbeitsbedingungen nach unten anpassen. Ob man dies über die Rechtsprechung des BAG hinaus erleichtern sollte, wage ich zu bezweifeln. Man würde damit einen zusätzlichen Anreiz schaffen, sich der Bindung an Tarifverträge zu entziehen. Der Gesetzgeber ist aber grundsätzlich zum Schutz der Tarifautonomie, nicht zu ihrer Untergrabung berufen.⁴⁷ Davon ganz abgesehen, besteht das schein-

⁴⁴ Ähnlich Preis, Beschäftigungsförderung durch Arbeitsrecht? – Zu legislativen Konzepten zur Schaffung neuer Arbeitsplätze –, 1997, S. 19; ähnlich Buchner NZA 2000, 912.

⁴⁵ Vgl. Buschmann/Walter AuR 2000, 325, wonach die abhängige Arbeit nicht mit gesellschaftlichen Aufgaben belastet werden darf.

⁴⁶ BAG NZA 1999, 255.

⁴⁷ Dazu Kempfen, FS Gitter, S. 427 ff.; Däubler, Das Arbeitsrecht 1, 15. Auflage 1998, Rn. 174 ff. m. w. N.

bare Paradoxon der niedrigeren Schwelle für den weitergehenden Eingriff gar nicht: Wenn der Arbeitgeber organisatorische Änderungen vorschieben wollte, die eine betriebsbedingte Kündigung rechtfertigen könnten, sähe er sich dem Einwand ausgesetzt, das mildere Mittel der in diesem Fall ja möglichen Änderungskündigung übergangen zu haben.⁴⁸

- Zweiter Stein des Anstoßes ist die Dauer der Arbeitszeit. Hier wird vorgeschlagen, für die sog. Kapovaz eine Bandbreite von 25 % zu schaffen.⁴⁹ Auch dabei sollte man sich primär an das Instrument des Tarifvertrags erinnern; mit seiner Hilfe ist es nach der Rechtsprechung des BAG⁵⁰ sogar möglich, Wochenarbeitszeiten festzulegen, die je nach Bedarf zwischen 0 und 40 Stunden schwanken. Auch den Arbeitsvertrag in diese Richtung zu öffnen, erscheint wenig sinnvoll: Der Arbeitnehmer wird als der schwächere Teil im Regelfall gezwungen sein, eine über die Arbeitszeit hinausgehende „Rufbereitschaft“ zu akzeptieren. Dies wirft wenig erörterte, aber gravierende grundrechtliche Probleme auf: Je größer die Variationsbreite der Arbeitszeit, um so geringer die Chance eines zweiten Teilzeitarbeitsverhältnisses. In vielen Fällen wäre dieses aber die einzige Möglichkeit, um aus eigener Kraft zu einer angemessenen wirtschaftlichen Existenz zu kommen.⁵¹ Art. 12 Abs. 1 GG ist also bei einer zusätzlichen Flexibilisierung zu beachten.

IV. Vermeidung von irrationalen Personalabbau

Unter dem Einfluß einer eng verstandenen Konzeption des Shareholder-Value hat es in den vergangenen Jahren nicht wenige Fälle gegeben, in denen rentable Betriebe geschlossen wurden, weil die Gewinnmarge aufgrund von meist aus Übersee kommenden Direktiven als nicht ausreichend angesehen wurde.⁵² Dies wirft nicht nur gesellschaftspolitische, sondern auch juristische Fragen nach einer Reform des Kündigungsschutzrechts auf.

⁴⁸ Auf die unterschiedlichen Voraussetzungen für Beendigungs- und Entgeltreduzierungskündigungen stellt Kittner NZA 1997, 973 ab. Wie hier im Ergebnis Hanau C 74.

⁴⁹ Hanau C 88.

⁵⁰ DB 1992, 1785.

⁵¹ Außerdem stellt sich das Problem eines übermäßigen Eingriffs in die persönliche Lebensgestaltung. Einzelheiten bei Malzahn AuR 1985, 139ff.; Däubler, Arbeitsrecht 2, Rn. 1972 ff.

⁵² Kurze Darstellung des Shareholder-Value-Ansatzes bei Dieterich AuR 1997, 4f.

1. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Das Recht des Arbeitnehmers, einen einmal erlangten Arbeitsplatz beibehalten zu können, fällt in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG.⁵³ Ihm steht das gleichfalls in Art. 12 Abs. 1 verankerte Recht des Arbeitgebers gegenüber, „in seinem Unternehmen nur Mitarbeiter zu beschäftigen, die seinen Vorstellungen entsprechen, und ihre Zahl auf das von ihm bestimmte Maß zu beschränken“.⁵⁴ Aufgabe des Gesetzgebers bzw. des an seiner Stelle handelnden Richters ist es, zwischen beiden Grundrechtspositionen einen angemessenen Ausgleich zu schaffen. Dies bedeutet, daß es für Arbeitnehmer ein Minimum an Kündigungsschutz geben muß, das sogar außerhalb des Anwendungsbereichs des KSchG zu beachten ist.⁵⁵ Dieses Minimum ist unterschritten, wenn ein Unternehmen trotz ordentlicher (wenn auch nicht hervorragender) Rendite stillgelegt wird: Hier gibt es keine Kurzarbeit, keine Versetzung auf freie Arbeitsplätze, keine soziale Auswahl; das Interesse des Arbeitgebers setzt sich ungebrochen, gewissermaßen ohne Wenn und Aber durch. Die Konsequenzen haben die betroffenen Arbeitnehmer und der deutsche Arbeitsmarkt zu tragen. In diesem Punkt ist das geltende Recht reformbedürftig: Von einer Abwägung zweier Grundrechtspositionen könnte nur dann die Rede sein, wenn wie bei der verhaltens- und der personenbedingten Kündigung auch hier eine Interessenabwägung stattfinden würde. In der Rechtsprechung des BAG gibt es vorsichtige Schritte in diese Richtung.⁵⁶ Daß in aller Regel (aber eben nicht immer) auch dann die unternehmerische Entscheidung umgesetzt werden kann, zeigen französische Erfahrungen.⁵⁷ Auch kann man für eine solche Weiterentwicklung den Gedanken ins Feld führen, daß ein zu geringer Kündigungsschutz für multinationale Konzerne geradezu einen Anreiz bietet, einen Personalabbau in Deutschland und nicht etwa in einem Land vorzunehmen, wo man kraft Gesetzes eine Abfindung in Höhe von einem Monatsgehalt pro Jahr der Betriebszugehörigkeit bezahlen muß oder wo eine staatliche Genehmigung notwendig ist, die keineswegs immer erteilt wird.⁵⁸

⁵³ BVerfGE 97, 169 ff.

⁵⁴ BVerfG a. a. O. unter B I 3 a der Gründe.

⁵⁵ S. Hanau, FS Dieterich, 1999, S. 201, 207: „Mindestkündigungsschutz von Verfassungen wegen“; s. weiter Däubler, FS zum 50jährigen Bestehen der Arbeitsgerichtsbarkeit in Rheinland-Pfalz, 1999, S. 276 ff.; Wank, FS Hanau, 1999, S. 295 ff.

⁵⁶ Dazu Bitter DB 2000, 1760 ff.

⁵⁷ Dazu neuestens G. Reinecke ZIAS 2000, 17 ff.

⁵⁸ Näher dazu Däubler, in: Otto-Brenner-Stiftung/Blank (Hrsg.), Arbeitsrecht im 21. Jahrhundert, 1999, S. 24 ff. unter Hinweis auf Art. 2120 des italienischen Codice Ci-

2. Das Ultima-ratio-Prinzip

Im Grundsatz besteht Einigkeit, daß nur dann betriebsbedingt gekündigt werden darf, wenn kein weniger belastendes Mittel zur Verfügung steht.⁵⁹ Der Gesetzgeber hat dies im Jahre 1997 durch § 2 SGB III noch einmal bestätigt.⁶⁰ Dennoch hat man den Eindruck, daß bislang bei der Suche nach Alternativen wenig Kreativität entwickelt wurde. Deshalb drei Vorschläge.

- Bestehen innerhalb eines Konzerns freie Arbeitsplätze, die von den zu Kündigenden besetzt werden könnten, so ist diese Möglichkeit auszuschöpfen. Bisher wird der Kündigungsschutz grundsätzlich auf das Unternehmen beschränkt.⁶¹
- Der Arbeitgeber sollte zunächst den Versuch unternehmen, zu einer Arbeitszeitverkürzung ohne (vollen) Lohnausgleich zu kommen. Wo ein entsprechender Tarifvertrag besteht, ist er sowieso verpflichtet, die dadurch geschaffenen Möglichkeiten auszuschöpfen.⁶² Aber auch in anderen Fällen sollte er gehalten sein, sich um eine solche einvernehmliche Lösung zu bemühen. Dies hat für ihn den Vorteil, daß dem Betrieb erfahrene Kräfte erhalten bleiben.⁶³ Die Verpflichtung, beschränkt sich auf ein Sich-Bemühen; eine Pflicht, allen eine Änderungskündigung mit dem Ziel einer kürzeren Arbeitszeit auszusprechen, ist abzulehnen,⁶⁴ da dies u. a. dazu führen könnte, daß Leistungsträger die Kündigung hinnehmen und zu einem Konkurrenten überwechseln.
- Wirtschaftliche Schwierigkeiten müssen nicht von Dauer sein. Stockt das Unternehmen nach einiger Zeit sein Personal wieder auf, so sollten die Gekündigten ein vorrangiges Recht auf Wiedereinstellung haben. Entsprechendes ist seit langem in der ILO-Empfehlung Nr. 119 enthalten.⁶⁵ Auch besteht keinerlei Veranlassung, die Änderung der Verhältnisse nur dann zu berücksichtigen,

vile, die Rechtslage in den Niederlanden und weitere, dem deutschen Recht unbekanntes Kündigungsschwernisse in anderen Ländern.

⁵⁹ Herkunft aus dem Faschismus will Rütters (NJW 1998, 1433 ff.) diesem evident vernünftigen Prinzip attestieren, hat damit jedoch die historischen Tatsachen verkannt (Preis NJW 1998, 1889, 1892). Auch wenn Rütters Recht hätte, würde dies allenfalls der Weimarer Arbeitsrechtslehre ein schlechtes Zeugnis ausstellen . . .

⁶⁰ Dazu Schaub NZA 1997, 810.

⁶¹ BAG AP Nr. 4 zu § 1 KSchG Konzern.

⁶² Kittner/Däubler/Zwanziger, Kündigungsschutzrecht, 4. Aufl. 1999, § 1 KSchG Rn. 289.

⁶³ Näher Schüren DB 1996, 625.

⁶⁴ Dafür hatte sich ArbG Bocholt DB 1982, 1938 ausgesprochen. Das Urteil wurde durch LAG Hamm DB 1983, 506 aufgehoben; die Position wird heute allgemein abgelehnt. S. die Nachw. bei Däubler, Arbeitsrecht 2, Rn. 1041.

⁶⁵ Text in: ILO, Übereinkommen und Empfehlungen, Genf 1966, S. 1205, Art. 16.

wenn sie während des Laufs der Kündigungsfrist eingetreten ist.⁶⁶

3. Befristung und Flexicurity

Das in den Niederlanden entwickelte Konzept der „Flexicurity“ versucht, die vom Arbeitsmarkt geforderte Flexibilität der Arbeitskräfte mit der gewünschten sozialen Sicherheit (Security) primär dadurch zu kombinieren, daß Zeiten fehlender oder beschränkter Erwerbstätigkeit keine oder nur geringe Nachteile in der Sozialversicherung mit sich bringen.⁶⁷

Der Grundgedanke dieses Konzepts läßt sich auch im Arbeitsrecht fruchtbar machen. Ein historisch überkommenes Beispiel stellt der Gesamthafenbetrieb dar: Da der tägliche Arbeitsanfall bei den einzelnen Hafenbetrieben großen Schwankungen unterliegt, wird ein künstlicher Arbeitgeber geschaffen, der die Beschäftigten dort einsetzt, wo sie aktuell benötigt werden.⁶⁸ Aus neuerer Zeit sind sog. Dienstleistungsagenturen zu nennen, die Arbeitnehmer gegen (vergleichsweise niedriges) Entgelt in Haushalte entsenden, wo ein meist zeitlich begrenzter Bedarf besteht.⁶⁹ Im Grundsatz könnte auch die gewerbliche Leiharbeit diese Funktion erfüllen: Der „flexible“ Einsatz in unterschiedlichen Betrieben hat seine Grundlage in einem stabilen, die traditionellen Sicherungen gewährenden Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher. Das eigentliche Problem liegt in der Schaffung einer solchen Rechtsbeziehung. Den Empfehlungen des Gutachtens Hanau, die Leiharbeitsverhältnisse sonstigen Arbeitsverhältnissen weitestgehend anzugleichen,⁷⁰ kann m. E. am ehesten dadurch Rechnung getragen werden, daß man durchaus strenge gesetzliche Voraussetzungen an die Arbeitnehmerüberlassung stellt,⁷¹ daß man diese aber als tarifdispositiv ausgestaltet.⁷² Allerdings sollte nicht irgendeine tarifliche Regelung an die Stelle der gesetzlichen Sicherungen treten dürfen. Vielmehr müßte der Tarifvertrag vorsehen, daß mindestens 80 % der Leiharbeiter auf der Grundlage eines unbefristeten Arbeitsvertrags beschäftigt und daß mindestens 60 % in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis stehen, das länger als sechs Monate gedauert hat.

⁶⁶ Zum Diskussionsstand s. Boewer NZA 1999, 1178.

⁶⁷ Dazu Keller/Seifert WSI-Mitt 2000, 291 ff.

⁶⁸ Dazu Martens NZA 2000, 449 ff.

⁶⁹ Zu den Erfahrungen und Schwierigkeiten s. Bittner/Weinkopf WSI-Mitt 2000, 256 ff.

⁷⁰ C 87.

⁷¹ Insoweit käme etwa die Beschränkung des einzelnen Einsatzes auf sechs Monate in Betracht.

⁷² Dafür grundsätzlich auch Löwisch JZ 2000, 808; zur Möglichkeit tariflicher Regelung aus gewerkschaftlicher Sicht Seifert, Mitb Heft 9/2000 S. 38 ff.

V. Förderung von Problemgruppen

Die Situation der Schwerbehinderten auf dem Arbeitsmarkt ist eine desolante. Die 6%-Klausel des SchwbG klingt schön, doch hat sich die Zahl der nichtbesetzten Pflichtplätze von 1982 bis 1998 mehr als verdoppelt.⁷³ Die Zahl der arbeitslosen Schwerbehinderten ist im gleichen Zeitraum vergleichbar stark angestiegen. Die derzeit geplante Neuregelung will die Quote auf 5 % senken, um sie ab 01.01. 2003 wieder auf 6 % zu erhöhen, wenn in der Zwischenzeit nicht ca. 50.000 Schwerbehinderte wieder in Arbeit und Brot gekommen sind. Die Ausgleichsabgabe soll ab sofort differenziert werden; wer beispielsweise nur 0 bis 2 % Schwerbehinderte beschäftigt, muß pro vakantem Platz DM 500,00 pro Monat bezahlen.⁷⁴

Ausgangspunkt für eine wirksame berufliche Eingliederung von Schwerbehinderten müssen Ausgleichszahlungen sein, die mindestens der durchschnittlichen wirtschaftlichen Belastung entsprechen, die bei einer Einstellung entsteht. Wie weit auch das geplante neue Recht davon entfernt ist wird daran deutlich, daß die in § 47 SchwbG vorgeschriebenen 5 zusätzlichen Urlaubstage schon für sich allein genommen in der Regel mehr Aufwendungen verursachen als die gesamte Ausgleichsabgabe. Hier etwas zu verändern, erscheint sehr viel sinnvoller als den Kündigungsschutz zu lockern oder gar abzuschaffen.⁷⁵ Auch wenn im Zeitpunkt der Einstellung keinerlei Minderleistung vorliegt, kann sich dies im Laufe der Jahre ändern; würde dann kein verstärkter Kündigungsschutz eingreifen, müßten wir uns auf eine noch höhere Arbeitslosenquote unter Schwerbehinderten gefaßt machen.

Nun wird die Arbeitgeberseite allzu scharfen Sanktionen sicherlich mit dem Argument begegnen, sie hätte sich redlich um die Einstellung von Schwerbehinderten bemüht, doch wäre kein geeigneter Bewerber verfügbar gewesen. Dies als unplausibel abzutun, besteht kein Anlaß. Um solchen Situationen Rechnung zu tragen, könnte man den Kreis der in Betracht kommenden Personen erweitern: Auch die Einstellung von Langzeitarbeitslosen sollte für die Erfüllung der Pflichtquote genügen, sofern man sich zuvor um schwerbehinderte Bewerber bemüht hat.⁷⁶ Der besondere Kündigungsschutz

⁷³ Angaben nach Preis NJW 2000, 2310.

⁷⁴ Zur mittlerweile in Kraft getretenen Regelung Däubler, Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2001, Rn. 1009 ff.

⁷⁵ Dafür jedoch Preis NJW 2000, 2311.

⁷⁶ Verfahrensmäßig könnte man an den Inländervorrang gegenüber Nicht-EG-Ausländern bei der Arbeitsvermittlung anknüpfen.

sollte allerdings auf Schwerbehinderte beschränkt bleiben und verfahrensmäßig in der Weise „entschlackt“ werden, daß das Arbeitsgericht auch darüber entscheidet, ob die Entscheidung der Hauptfürsorgestelle mit dem geltenden Recht in Einklang stand oder nicht.

VI. Umverteilung des Arbeitsvolumens

Relativ leicht ist Einigkeit darüber zu erzielen, daß das vorhandene Arbeitsvolumen gerechter aufgeteilt werden müsse. Allerdings wird warnend darauf hingewiesen, daß nicht immer jene qualifizierten Arbeitskräfte zur Verfügung stehen, die man benötigt, um beispielsweise den Abbau von Überstunden oder den Übergang zur Teilzeitarbeit zu kompensieren.⁷⁷ Die Diskussion konzentriert sich im wesentlichen auf drei Bereiche.

1. Die traditionelle Arbeitszeitverkürzung

Trotz der bislang eher positiven französischen Erfahrungen⁷⁸ ist in Deutschland nicht damit zu rechnen, daß in den kommenden Jahren die 35-Stunden-Woche durch die Tarifpolitik auf alle Branchen erstreckt wird. Chancen bestehen jedoch m. E. in einem Punkt: Statt einer linearen Verkürzung für alle sollte eine selektive Verkürzung angestrebt werden, die insbesondere solche Beschäftigte erfaßt, deren Arbeitskraft in besonders intensiver Weise in Anspruch genommen wird.

Arbeitsstunde ist nicht gleich Arbeitsstunde. Wer als Verkäuferin im Bahnhof oder als Angestellter hinter dem Bankschalter permanent Kunden zu bedienen hat, weil sich immer eine Schlange bildet, hat eine prinzipiell andere Arbeitssituation als ein Büroangestellter, der sich die Tagesarbeit nach eigenen Vorstellungen einteilen und bei Bedarf auch Kaffeepausen einlegen kann. Die Arbeitszeitpolitik sollte diese Unterschiede mehr als bisher berücksichtigen und bei besonders anstrengenden Tätigkeiten auch eine Unterschreitung des aktuellen quantitativen Niveaus anstreben. Entsprechendes gibt es im Bereich der Schichtarbeit, wo häufig bezahlte Pausen von einer halben Stunde gewährt werden⁷⁹ – was für die ungünstige Lage der Arbeitszeit als akzeptabler Ausgleich erscheint, müßte auch bei besonders intensiver Arbeit möglich sein. Angesichts der unterschiedlichen betrieblichen Verhältnisse könnten Tarifverträge nur einen Rahmen

⁷⁷ Buchner NZA 2000, 910.

⁷⁸ Steinhilber WSI-Mitt 2000, 265 ff. und oben bei Fn. 13.

⁷⁹ Ohl u. a., Handbuch Manteltarifverträge, 2000, S. 207 ff.

vorgeben; auf betrieblicher Ebene wäre dann auszuhandeln, in welchen Arbeitsbereichen mehr Personen eingesetzt werden und/oder auf welchen Arbeitsplätzen zusätzliche Pausen notwendig sind. Dabei ist auf die Möglichkeit zur Gewinnung von Arbeitskräften Rücksicht zu nehmen.

2. Abbau von Überstunden

Von „Überstunden“ kann nur dort die Rede sein, wo pro Zeiteinheit eine bestimmte Menge an Arbeitsstunden vorgegeben ist. Auch bei einer vereinbarten Jahresarbeitszeit sind daher Überstunden denkbar. Anders liegen die Dinge dann, wenn der einzelne bei Lage und Umfang der Arbeitszeit völlig frei ist, jedoch die Verpflichtung hat, innerhalb eines bestimmten Zeitraums eine bestimmte Leistung zu erbringen, z. B. eine neue Software zu entwickeln. Bei dieser sog. Vertrauensarbeitszeit⁸⁰ spielen Tarifverträge und das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats praktisch keine Rolle mehr. Bei entsprechenden „Zielvereinbarungen“ verliert auch die 48-Stunden-Grenze des ArbZG häufig ihre praktische Bedeutung. In der IT-Branche soll es vorkommen, daß in bestimmten Phasen von Projekten Wochenarbeitszeiten von 100 Stunden auftreten.⁸¹ Einschätzungen gehen dahin, schon heute seien solche nicht „dingfest“ zu machenden Zeiten oberhalb der überkommenen 40-Stunden-Grenze bedeutsamer als die statistisch erfaßten Überstunden.⁸²

Der sich hier vollziehende Wildwuchs ist schwer in den Griff zu bekommen. Erhebliche Bedeutung könnte die Vorschrift des § 16 Abs. 2 Satz 1 ArbZG erlangen, wonach der Arbeitgeber verpflichtet ist, die über 8 Stunden am Tag hinaus gehende Arbeitszeit der Arbeitnehmer zu dokumentieren. Diese Pflicht kann er zwar auf den einzelnen Beschäftigten delegieren,⁸³ doch bleibt er dafür verantwortlich, daß die Aufzeichnung in korrekter Weise geschieht.⁸⁴ Bei Verstößen sieht § 22 Abs. 1 Nr. 9 ArbZG eine Geldbuße vor, eine Sanktion, die auch bei bloßer Fahrlässigkeit verhängt werden kann. Im übrigen ist es Sache des Betriebsrats, sich in den Prozeß der „Zielbestimmung“ einzuschalten und einer Überforderung einzelner Beschäftigter entgegenzuwirken.⁸⁵

⁸⁰ Dazu etwa Hamm AiB 2000, 152.

⁸¹ Klotz CF Hefr 1/2000 S. 12.

⁸² Trittin AiB 1999, 625.

⁸³ ErfK-Wank, 1998, § 16 ArbZG Rn. 10.

⁸⁴ Baeck/Deutsch, ArbZG, 1999, § 16 Rn. 27.

⁸⁵ Für Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG in bezug auf Mitarbeitergespräche wegen Zielvereinbarungen Breisig, Entloohnen und Führen mit Zielvereinbarungen, 2000, S. 82; Klebe, in: Däubler-Kittner-Klebe, BetrVG, 7. Aufl. 2000, § 87 Rn.

Die in Deutschland stärker als im Durchschnitt der EU-Staaten verbreiteten „traditionellen“ Überstunden⁸⁶ können nicht dadurch wirksam bekämpft werden, daß man sie tariflich an „dringende betriebliche Interessen“ bindet. Häufig ergibt sich in der Praxis eine „Koalition“ zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer: Für ersteren sind Überstunden flexibler zu handhaben als Neueinstellungen, für letztere ergeben sich zusätzliche Verdienstmöglichkeiten. Angesichts dieses Umstands erscheint es sinnvoller, eine Situation zu schaffen, in der der Arbeitgeber als die im Regelfall stärkere Seite ein Eigeninteresse an der Beschränkung von Überarbeit hat. Dies könnte dadurch erreicht werden, daß Vergütungen für Arbeit jenseits einer bestimmten Grenze nicht mehr (oder nicht mehr in vollem Umfang) als Betriebsausgaben steuerlich geltend gemacht werden könnten. Zu denken wäre etwa daran, diesen Sanktionsmechanismus ab 1800 Stunden pro Jahr eingreifen zu lassen; bei kurzfristigeren Arbeitsverhältnissen müßte die Zahl entsprechend angepaßt werden. Damit wären Überstunden noch immer in beträchtlichem Umfang möglich. Rechtsdogmatisch kann § 4 Abs. 5 EStG als Vorbild dienen, der heute schon eine Liste betrieblich veranlaßter Aufwendungen enthält, die nicht oder nicht in vollem Umfang als Betriebsausgaben vom steuerpflichtigen Einkommen abgezogen werden können.

3. Teilzeitarbeit

Der Entwurf für ein Teilzeit- und Befristungsgesetz räumt in § 8 Abs. 1 jedem Arbeitnehmer das Recht ein, die vertraglich vereinbarte Wochenarbeitszeit zu verringern. Voraussetzung ist, daß das Unternehmen mehr als 15 Beschäftigte besitzt, daß das Arbeitsverhältnis mindestens sechs Monate bestanden hat und daß der Verkürzungswunsch mit dreimonatiger Frist angekündigt wird. Der Arbeitgeber kann die Verkürzung wegen entgegenstehender „betrieblicher Gründe“ ablehnen.

Die vorgeschlagene Regelung könnte erhebliche praktische Bedeutung gewinnen, da nach einer neueren Befragung über 20 % aller Vollzeitbeschäftigten eine Verkürzung ihrer Arbeitszeit wünschen.⁸⁷ Gleichzeitig besteht aber ein hohes Problembewußtsein dafür, daß sich entsprechende Wünsche nicht gegen den Willen des Arbeitge-

52; Pfisterer AiB 1999, 375; Tondorf AiB 1998, 322. Bei übertariflichen Vergütungen ist § 87 Abs. 1 Nr. 10, bei leistungsbezogenen Entgelten § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG zu berücksichtigen.

⁸⁶ Nähere Angaben bei Bielenski WSI-Mitt 2000, 228, 235 und bei Unterhinninghofen, in: Weiss/Laborde (o. Fn. 22), S. 74.

⁸⁷ Bielenski WSI-Mitt 2000, 228, 232.

bers realisieren lassen oder daß ihre Umsetzung die Aufstiegschancen beeinträchtigen würde.⁸⁸ Aller Voraussicht nach werden die Fälle daher recht selten sein, in denen über das Vorliegen betrieblicher (Gegen-)Gründe vor Gericht gestritten wird. Arbeitnehmer werden den offenen Konflikt scheuen, es sei denn, ihnen wäre an dem Arbeitsplatz nicht mehr gelegen.

Auch in Zukunft wird es unter diesen Umständen wichtig bleiben, Anreize für einvernehmlich vereinbarte Teilzeit zu schaffen. Neben der mittlerweile fest in unserem arbeitsrechtlichen System etablierten Altersteilzeit⁸⁹ ist hier insbesondere an die sog. Jugendteilzeit⁹⁰ sowie daran zu denken, daß zur Vermeidung von Kündigungen die Arbeitszeit freiwillig auf 30 oder 28 Stunden verkürzt wird.⁹¹

4. Praktische Umsetzung

Ob von den hier umschriebenen Möglichkeiten zur Umverteilung effektiv Gebrauch gemacht und so eine gewisse Annäherung an das holländische Modell erfolgen wird,⁹² hängt von einer Vielzahl von Faktoren ab. An anderer Stelle⁹³ ist der Vorschlag gemacht worden, eine staatliche Zielgröße zu entwickeln, wonach die durchschnittliche individuelle Arbeitszeit im Unternehmen im Laufe von fünf Jahren z. B. um 10 % verringert werden muß.⁹⁴ Dies hätte den Vorzug, daß die Betriebe dort Teilzeit einführen könnten, wo dies die geringsten organisatorischen Schwierigkeiten macht. Ihre „Anpassungsleistungen“ wären im übrigen sehr viel geringer als bei der in der Vergangenheit bewältigten linearen Verkürzung der Arbeitszeit von 45 auf 40 oder von 40 auf 35 Stunden. Dies könnte Anlaß für vorsichtigen Optimismus sein.

Andere Vorschläge sind willkommen. Gleichwohl sollten wir uns als Arbeitsrechtler bescheiden: Wir können flankierend tätig werden, die entscheidenden Weichen werden in der nationalen wie in der supranationalen Wirtschaftspolitik gestellt.

⁸⁸ Bielenski a. a. O. S. 232.

⁸⁹ Dazu R. Wolf NZA 2000, 637 ff. und Däubler, Arbeitsrecht, Rn. 1208 ff.

⁹⁰ Buschmann/Walter AuR 2000, 324.

⁹¹ Buschmann/Walter AuR 2000, 324; Däubler AuR 2000, 9.

⁹² Vgl. Van der Heijden, Wege aus der Beschäftigungskrise, 1998, S. 27: Teilzeitquote 36 %, davon arbeitet etwa die Hälfte zwischen 30 und 35 Wochenstunden, die andere Hälfte ca. 20 Wochenstunden.

⁹³ AuR 2000, 10.

⁹⁴ Geringfügig Beschäftigte nach § 8 Abs. 1 SGB IV müßten bei der Berechnung außer Betracht bleiben.

THESEN

zum Referat von Professor Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

I. Grundsätzliche Vorbemerkungen

1. Das Recht kann die Schaffung von Arbeitsplätzen nicht dekretieren. Auch verfassungs- und völkerrechtliche Garantien des Rechts auf Arbeit ändern daran nichts.
2. Die Entwicklung des Arbeitsmarkts ist mit großen prognostischen Unsicherheiten behaftet. Dies gilt insbes. für die Faktoren, die zur Erweiterung oder zur Verringerung des Arbeitsvolumens führen. Rechtliche Regelungen müssen sich schon deshalb im Rahmen der Arbeitsmarkt- und Beschäftigungspolitik mit einer „eher marginalen Rolle“ (Kahn-Freund) begnügen. Auch eine vergleichende Untersuchung der OECD legt diesen Schluß nahe.
3. Die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit ist eine elementare Gemeinschaftsaufgabe. Sie zu bewältigen ist nicht allein Sache der öffentlichen Hand. Private Initiativen sollten nicht nur wohlwollend betrachtet, sondern auch steuerlich gefördert werden; die Regeln über die Gemeinnützigkeit in der Abgabenordnung bedürfen insoweit der Weiterentwicklung.

II. Rechtliche Unterstützung bei der Schaffung neuer Arbeitsplätze

4. Reguläre Arbeitsplätze entstehen in einer Marktwirtschaft – vom öffentlichen Dienst abgesehen – nur dort, wo ein Bedarf nach Gütern und Dienstleistungen existiert, der gewinnbringend befriedigt werden kann. Innerhalb eines gewissen Rahmens ist der Bedarf allerdings steuerbar.
5. Nachfrage kann unbefriedigt bleiben, weil für private Anbieter die Kosten so hoch wären, daß keine (ausreichende) Rendite mehr gesichert ist. Neben einer Unterstützung durch die öffentliche Hand kommt eine Verbilligung der Arbeitskraft in Betracht. Diese kann auch in der besseren Einsetzbarkeit liegen.
6. Das geltende Tarifrecht enthält genügend Anpassungs- und Flexibilisierungspotential. Einer Änderung bedarf es nicht.

7. Es hat sich gezeigt, daß die bloße Absenkung von Schutzstandards keine beschäftigungspolitischen Anreize schafft. Sie sollte deshalb künftig als Strategie nicht mehr in Betracht gezogen werden.
8. Bedarf kann auch deshalb unbefriedigt bleiben, weil keine geeigneten Arbeitskräfte zur Verfügung stehen (Green-Card-Problematik). Insoweit hat das Arbeitsrecht Nachholbedarf, da es bisher der Weiterbildung kaum Aufmerksamkeit schenkt. Folgende Klarstellungen scheinen erforderlich:
 - Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, im Rahmen des Zumutbaren arbeitsbezogene Weiterbildungsangebote wahrzunehmen.
 - Die zur Funktionserfüllung notwendige Weiterbildung gehört zur Arbeit und kann deshalb während der Arbeitszeit stattfinden.
 - Der Betriebsrat sollte ein Initiativrecht erhalten, um im betrieblichen Interesse liegende Qualifizierungsmaßnahmen notfalls über die Einigungsstelle erreichen zu können.

III. Beseitigung irrationaler Arbeitgeberrisiken

9. Das geltende Recht gibt dem Arbeitgeber ausreichende Möglichkeiten, die Eignung eines Bewerbers zu überprüfen.
10. Das Risiko der Entgeltfortzahlung bei Krankheit wird bei Unternehmen mit in der Regel nicht mehr als 20 Arbeitnehmern nach § 10 LFZG sozialversicherungsrechtlich aufgefangen. Diese Regelung sollte auf alle Unternehmen bis einschließlich 100 Beschäftigte ausgedehnt werden. Außerdem ist der in der Beschränkung auf Arbeiter liegende Verfassungsverstoß zu beseitigen.
11. Die Regelung des § 10 LFZG ist auch insoweit auf Unternehmen bis 100 Arbeitnehmer auszudehnen, als es um Leistungen nach dem MuSchG geht. Damit wird einer Diskriminierung weiblicher Beschäftigter entgegengewirkt.
12. Mit den Mitteln des geltenden Rechts ist es durchaus möglich, Arbeitsbedingungen an neue Gegebenheiten anzupassen. Änderungsbedarf besteht nicht.
13. Existenzgründer gehen ein besonderes Risiko ein, das bei Erwerb von etablierten Unternehmen nicht besteht. Man könnte ihnen deshalb mehr Freiheit beim Abschluß befristeter Verträge einräumen, sofern gleichzeitig den Beschäftigten auch eine angemessene Gewinnbeteiligung gewährt wird: Wer als Arbeitnehmer zusätzliche Risiken eingeht, muß auch eine zusätzliche Erwerbschance bekommen.

IV. Vermeidung von irrationalen Personalabbau

14. Art. 12 Abs. 1 GG schützt die unternehmerische Freiheit; bei ihrer Ausübung muß jedoch auch auf die gleichfalls durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Berufsfreiheit der Arbeitnehmer Rücksicht genommen werden.
15. Das ultima-ratio-Prinzip muß konsequenter als bisher gehandhabt werden. Ein „milderes Mittel“ stellt beispielsweise die Versetzung auf einen freien Arbeitsplatz in einem andern Konzernunternehmen dar. Auch muß sich der Arbeitgeber durch Verhandlungen mit der Arbeitnehmerseite bemühen, Entlassungen beispielsweise durch generelle Arbeitszeitverkürzung ohne Lohnausgleich zu vermeiden. Entsprechende Änderungskündigungen können ihm jedoch nicht abverlangt werden.
16. Vorübergehende Tätigkeiten bei unterschiedlichen Arbeitgebern müssen nicht im Wege befristeter Arbeitsverhältnisse erfolgen. Flexibler Einsatz und Stabilität der Beschäftigung lassen sich kombinieren; ein historisch überkommenes Beispiel hierfür ist der Gesamthafenbetrieb. Auch mit Dienstleistungspools sind erste Erfahrungen gemacht worden. Schließlich könnte auch eine sozial verträglich ausgestaltete Leiharbeit hier ihren Platz finden.

V. Herstellung von mehr Verteilungsgerechtigkeit durch Förderung von Problemgruppen

17. Die berufliche Eingliederung ist nicht nur bei Behinderten ein Problem; Vermittlungsschwernisse wie Langzeitarbeitslosigkeit, geringe Qualifikation und gesundheitliche Einschränkungen können vergleichbare Wirkungen haben. Zu überlegen ist deshalb, die 6 %-Quote des SchwbG auf alle vergleichbar benachteiligten Personen zu erstrecken. Ausgleichszahlungen müssen eine Höhe haben, die in etwa der durchschnittlichen wirtschaftlichen Belastung entspricht, die bei der Einstellung von Mitgliedern einer „Problemgruppe“ entsteht.
18. Der Sonderkündigungsschutz von Schwerbehinderten sollte beibehalten werden, solange die gesundheitlichen Beeinträchtigungen bestehen. Andere Problemgruppen sind jedoch nicht einzu beziehen.
19. Weibliche Arbeitssuchende müssen bei Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen, die von der Arbeitsverwaltung ganz oder teilweise finanziert werden, entsprechend ihrem Anteil an den Arbeitslosen im Arbeitsamtsbezirk berücksichtigt werden. Die Soll-Vorschrift des § 8 Abs. 2 SGB III genügt nicht.

- VI. Herstellung von Verteilungsgerechtigkeit durch Umverteilung des Arbeitsvolumens
20. Niederländische und erste französische Erfahrungen zeigen, daß Arbeitszeitverkürzung zu neuen Beschäftigungsmöglichkeiten für Arbeitslose führt.
 21. Statt einer linearen Verkürzung für alle sollte eine selektive Verkürzung angestrebt werden, die insbesondere solche Beschäftigte erfaßt, deren Arbeitskraft in besonders intensiver Weise in Anspruch genommen wird.
 22. Überstunden sollten grundsätzlich als „vorübergehende“ in dem Sinn geleistet werden, daß sie innerhalb einer tariflich zu fixierenden Frist durch Freizeit ausgeglichen werden.
 23. Für den Fall, daß das unter Ziff. 3 vorgesehene Verfahren nicht oder unzureichend praktiziert wird, muß eine jährliche Arbeitszeithöchstgrenze eingreifen, die bei 1800 Stunden liegen könnte. Aufwendungen für darüber hinausgehende Zeiten sollten nicht (oder nicht in vollem Umfang) als Betriebsausgaben steuerlich absetzbar sein. § 16 ArbZG muß so gehandhabt werden, daß der Arbeitgeber die Verantwortung für die Dokumentation der über 8 Stunden hinausgehenden Arbeitszeit nicht delegieren kann.
 24. Teilzeitarbeit ist zu fördern. Das Modell des geltenden Altersteilzeitrechts ist grundsätzlich zu begrüßen. Es könnte auf andere Fälle freiwilliger Teilzeit erstreckt werden.
 25. Die skizzierten Wege zur Arbeitszeitverkürzung beruhen auf einer freiwilligen Entscheidung der Beteiligten, die durch bestimmte Anreize nahegelegt sein kann. Denkbar wäre auch, eine staatliche Zielgröße vorzusehen, wonach die durchschnittliche Arbeitszeit pro Beschäftigtem im Unternehmen jedes Jahr z. B. um 1 % gesenkt werden muß. Geringfügige Beschäftigte wären nicht mitzuzählen. Ein solches Modell wäre sehr viel flexibler als der französische Weg und würde den Unternehmen ungleich geringere Anpassungsleistungen abverlangen als dies beispielsweise bei einer generellen Arbeitszeitverkürzung um 1 bis 2 Wochenstunden der Fall ist.