

Für wen gilt das Arbeitsrecht?

von Wolfgang Däubler, Bremen

I. Abhängige Arbeit und Arbeitsrecht

1. Die Kontroverse um den Arbeitnehmerbegriff

Wer abhängige Arbeit leistet, fällt nicht automatisch unter das Arbeitsrecht. Was bei vielen Laien eher Verwunderung auslöst, grenzt für den Insider an eine Banalität. Nur wer persönlich abhängig ist, d. h. bei seiner Arbeit Weisungen befolgen muss und in eine fremde Organisation integriert ist, wird als Arbeitnehmer und damit als Adressat arbeitsrechtlicher Normen betrachtet. Wirtschaftliche Abhängigkeit genügt nicht. Wer als freier Mitarbeiter für ein einziges Presseorgan tätig ist und jeden Tag 8 bis 10 Stunden Arbeit aufwenden muss, um so viel zu verdienen wie ein angestellter Redakteur, bleibt außen vor: Er hat keinen Anspruch auf Urlaub und auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, er kann sich nicht auf das Kündigungsschutzgesetz berufen und darf den Betriebsrat nicht mitwählen. Die Schutzbedürftigkeit spielt insoweit keine Rolle.

Rolf Wank hat den Versuch unternommen, das Scharnier des Arbeitnehmerbegriffs zu verändern und nur die Personen auszuklammern, die freiwillig ein unternehmerisches Risiko eingegangen sind.¹ Die damit angestoßene Auseinandersetzung, die auch das Element „freiwillig“ hinterfragen muss, hat nicht zu einem wirklichen juristischen Diskurs geführt.² Über die Gründe für diese Enthaltensamkeit wurde erst recht so gut wie nichts publiziert. Vielleicht ist die Vermutung gerechtfertigt, dass Thesen, die den Schutzbereich des Arbeitsrechts ausdehnen, nicht besonders wohlgekommen sind, also keine gute Chance auf eine „Themenkarriere“ haben. Gibt es nicht auch innerhalb des Arbeitsrechts bisweilen das Phänomen, dass „arbeitnehmerfreundliche“ Positionen einfach nicht zur Kenntnis genommen werden? Verhalten sich fast alle so, ist dies die einfachste (man ist heute versucht zu sagen: kostengünstigste) Form der Ablehnung. Da gibt es z. B. einen Autor, der vor längerer Zeit die These entwickelte, der in einem konzernabhängigen Unternehmen beschäftigte Arbeitnehmer

¹ Wank, Arbeitnehmer und Selbständige, 1988, S. 45 ff., 389 ff.

² S. etwa die Bestandsaufnahme bei Wank, Der Arbeitnehmerbegriff des BAG im Vergleich zum englischen und zum amerikanischen Recht, FS Küttner, 2006, S. 5 ff.

könne seine Ansprüche auch gegenüber der Konzernspitze geltend machen³ - ein veritabler arbeitsrechtlicher Durchgriff, der manchem Gesellschaftsrechtler einen Schauer über den Rücken jagt. Für einen anderen Verfasser war es im Jahre 1973 eine ausgemachte Sache, dass der Arbeitgeber qua ungeschriebener arbeitsvertraglicher Nebenpflicht für die Humanisierung der Arbeitsbedingungen zu sorgen habe⁴ - heute würde man bei identischem Inhalt von „guter Arbeit“ sprechen. Kam der Arbeitgeber dem nicht nach, sollten die Beschäftigten ein Zurückbehaltungsrecht haben, also im Ergebnis bei aufrechterhaltener Entgeltzahlung die Arbeit niederlegen können. Und schließlich sei die These erwähnt, ein richtig verstandenes Arbeitsvertragsrecht verlange bei jeder betriebsbedingten Kündigung eine Abfindung – und zwar de lege lata.⁵ Alle drei Autoren sind keineswegs engagierte Verfechter von Arbeitnehmerinteressen; ihnen das zu unterstellen, wäre grob ungerecht. Aber sie haben – ähnlich wie der Jubilar – eine Auffassung vertreten, deren Realisierung die Handlungsspielräume der Arbeitgeberseite einengen würde. Von ihren Thesen ist daher nur ganz selten die Rede.

Welche Veränderungen hätte die Übernahme des Wank'schen Konzepts durch das BAG gebracht? Ein großer Teil der arbeitnehmerähnlichen Personen wäre zu Arbeitnehmern geworden. Gleichwohl hätte es die Kategorie der „Arbeitnehmerähnlichen“ weiter gegeben, weil ja auch Fälle denkbar sind, in denen jemand freiwillig das unternehmerische Risiko übernimmt, für ein oder zwei Großkunden zu arbeiten und so von ihnen (zumindest vorübergehend) wirtschaftlich abhängig zu sein. Aber die große Mehrheit der Soloselbständigen wäre voll unter das Arbeitsrecht gefallen. Es genügt, an den jungen Rechtsanwalt zu erinnern, der eben sein Zweites Staatsexamen absolviert hat und der nun als freier Mitarbeiter in einer großen Kanzlei seine (meist bescheidenen) Brötchen verdient. Ihm wird niemand ein „freiwillig“ übernommenes Risiko unterstellen wollen; er wäre automatisch Arbeitnehmer.

2. Ausweg über die arbeitnehmerähnliche Person?

Nun sind die arbeitnehmerähnlichen Selbständigen allerdings nicht völlig vom Arbeitsrecht ausgenommen. Gesetzgeber und Rechtsprechung erstrecken eine Reihe von arbeitsrechtlichen Bestimmungen auch auf diese Personengruppe.

³ Henssler, Das Arbeitsverhältnis im Konzern, 1987

⁴ Zöllner RdA 1973, 212 ff. Auch er war übrigens damals sehr „durchgriffsfreudig“, soweit es um multinationale Unternehmen ging: Schweizerische Beiträge zum Europarecht, Bd. 14, 1974, S. 216.

⁵ Lobinger ZfA 2006, 198 ff.

- Nach § 2 Satz 2 BUrtG haben arbeitnehmerähnliche Personen Anspruch auf einen gesetzlichen Erholungsurlaub von 4 Wochen jährlich;
- Nach § 2 Abs. 2 Nr. 3 ArbSchG gilt dieses Gesetz grundsätzlich auch für arbeitnehmerähnliche Personen;
- Das AGG schützt in seinem § 6 Abs. 1 Nr. 3 auch die arbeitnehmerähnlichen Personen. Dies könnte Ausgangspunkt für einen Kündigungsschutz insbesondere im Falle der Schwangerschaft sein.
- § 7 Abs. 1 des Pflegezeitgesetzes gibt auch den Arbeitnehmerähnlichen einen Anspruch auf Freistellung bei unerwartetem Pflegebedarf und einen Anspruch auf Pflegezeit von bis zu sechs Monaten. § 2 Abs. 2 Familienpflegezeitgesetz verweist für die Familienpflege auf diese Regelung.
- § 3 Abs. 11 Nr. 6 BDSG zählt zu den durch das Gesetz geschützten „Beschäftigten“ auch Personen, die „wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind.“
- Nach § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG können auch arbeitnehmerähnliche Personen in die betriebliche Altersversorgung einbezogen werden.
- § 12a TVG ermächtigt die sozialen Gegenspieler, auch für diesen Personenkreis Tarifverträge abzuschließen, nimmt jedoch in seinem Abs. 4 die Handelvertreter aus.
- Nach § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG sind für Streitigkeiten zwischen einem Auftraggeber und einer arbeitnehmerähnlichen Person die Arbeitsgerichte zuständig. Dabei genügt es, wenn nach dem Vorbringen des Klägers entweder ein Arbeitsverhältnis oder eine arbeitnehmerähnliche Rechtsbeziehung vorliegt.

Die Länge der Liste darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass bei zentralen Teilen des Arbeitsrechts weiter gravierende Unterschiede bestehen. Nur bei einigen Einzelfragen hat die Rechtsprechung einen vorsichtigen Annäherungskurs gesteuert. So besteht am Ende der Rechtsbeziehung ein Zeugnisanspruch, auch wenn nicht auf der Basis eines Dienstvertrags nach den §§ 611 ff. BGB (zu denen auch die Zeugnisvorschrift des § 630 BGB gehört), sondern auf einer anderen vertraglichen Grundlage wie z. B. der eines Werkvertrags gearbeitet wurde.⁶ Liegt ein Dienstvertrag vor, so wird auch § 616 BGB angewandt. Soweit nach § 12a TVG Tarifverträge möglich sind, steht arbeitnehmerähnlichen Personen das Streikrecht zu.

⁶ Nachweise bei ErfK-Müller-Glöge, 14. Aufl. 2014, § 630 BGB Rn. 2.

Besonderes Interesse verdient eine Entscheidung zum nachvertraglichen Wettbewerbsverbot. Dort schrieb das BAG⁷ den bedeutungsvollen Satz nieder, „wegen des mit kaufmännischen Angestellten vergleichbaren Schutzbedürfnisses (müssen die §§ 74 ff. HGB) auch auf wirtschaftlich abhängige freie Mitarbeiter Anwendung finden.“⁸ Das Abstellen auf den Schutzbedarf könnte alle Gebrechen des Status quo mit einem Schlage heilen: Die letztlich dezisionistische Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs bliebe ohne Folgen, wenn man über das Recht der arbeitnehmerähnlichen Personen den realen Schutzbedarf in vollem Umfang abdecken würde. Für den Beschäftigten macht es keinen Unterschied, ob er als Arbeitnehmer direkt vom Kündigungsschutzgesetz erfasst ist oder ob es wegen seiner vergleichbaren Lage als arbeitnehmerähnliche Person entsprechend auf ihn angewandt wird. Das Licht am Ende des Tunnels erweist sich allerdings als trügerisch.

Die Entscheidung hat in Bezug auf andere Teile des Arbeitsrechts keine Nachfolger gefunden. Im Gegenteil: So hat etwa das BAG entgegen der herrschenden Auffassung in der Literatur⁹ die Vorschrift des § 612a BGB nicht auf arbeitnehmerähnliche Personen erstreckt, obwohl sie in gleicher Weise in die Situation kommen können, wegen der Ausübung von Rechten benachteiligt zu werden. Dies wird mittelbar auch vom BAG anerkannt, da es in solchen Fällen auf § 138 BGB zurückgreift,¹⁰ doch der Weg über die Schutzwürdigkeit und die so begründete unmittelbare oder analoge Anwendung des § 612a BGB schien irgendwie nicht gangbar zu sein. Erst recht wird nicht daran gedacht, das KSchG auf arbeitnehmerähnliche Personen zu erstrecken,¹¹ und auch eine Integration in die Betriebsverfassung wird nicht wirklich erwogen.¹² Auf der Verlustliste steht weiter das MuSchG,¹³ wenngleich es für Heimarbeiterinnen eine Ausnahme macht und unionsrechtlich eine Korrektur geboten wäre.¹⁴ Schließlich genießt ein „Arbeitnehmerähnlicher“ keinen Schutz als schwerbehinderte Person

⁷ DB 1997, 1979.

⁸ Grundsätzlich zustimmend Bauer/Diller, Wettbewerbsverbote, 6. Aufl. 2012, Rn. 1118.

⁹ ErfK-Preis § 612a BGB Rn. 4; KR-Treber, 10. Aufl. 2013, § 612a BGB Rn. 3b; Ascheid/Preis/Schmidt-Linck, Kündigungsrecht, 4. Aufl. 2012, § 612a BGB Rn. 4; Müller-Glöge in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 4, 6. Aufl. 2012, § 612a BGB Rn. 4; Kittner/Däubler/Zwanziger-Däubler, Kündigungsschutzrecht, 9. Aufl. 2014, § 612a Rn. 8; Henssler/Willemsen/Kalb-Thüsing, Arbeitsrecht. Kommentar, 5. Aufl. 2012, § 612a BGB Rn. 4 (unter ausdrücklicher Zustimmung zu der auf die Schutzbedürftigkeit abstellenden Begründung); a. A. Schliemann in: Ders. (Hrsg.), Das Arbeitsrecht im BGB, 2. Aufl. 2002, § 612a BGB Rn. 6

¹⁰ BAG NZA 2005, 637.

¹¹ Umfassende Darstellung des Status quo bei KR-Rost, ArbNähnl. Pers., Rn. 34 ff.

¹² DKKWTrümner, 14. Aufl. 2014, § 5 Rn. 122; Fitting, BetrVG, 26. Aufl. 2012, § 5 Rn. 92 – 94; Plander, FS Däubler, 1999, S. 272 ff. (in taktvoller Auseinandersetzung mit alternativen Ansätzen des Verf.)

¹³ ErfK-Schlachter § 1 MuSchG Rn. 3; HWK-Hergenröder § 1 MuSchG Rn. 4; Schaub-Linck, Arbeitsrechts-Handbuch, 15. Aufl. 2013, § 186 Rn. 8; Kittner/Zwanziger/Deinert-Bantle, Arbeitsrecht. Handbuch für die Praxis, 7. Aufl. 2013, § 109 Rn. 8.

¹⁴ ErfK-Schlachter § 1 MuSchG Rn. 3; HWK-Hergenröder § 1 MuSchG Rn. 4 (für richtlinienkonforme Erweiterung auf Geschäftsführerinnen einer GmbH).

nach dem SGB IX,¹⁵ obwohl keinerlei Anhaltspunkte bestehen, dass er weniger Nachteile zu gewärtigen hat als ein Arbeitnehmer. Im Gegenteil, der fehlende Bestandsschutz gibt dem Auftraggeber alle Möglichkeiten, ein aus seiner Sicht inopportun erscheinendes Beschäftigungsverhältnis zu beenden, ohne dabei erst nach „wasserdichten“ Begründungen suchen zu müssen.

Das Resultat ist eindeutig: Nur weniger wichtige Teile des Arbeitsrechts werden auf arbeitnehmerähnliche Personen erstreckt. Der Anwendungsbereich des Arbeitsrechts und der tatsächliche Schutzbedarf fallen weiter auseinander. Eine überzeugende Begründung ist nicht ersichtlich; vorhandene Ansätze werden nicht weiter entwickelt.

3. Randgruppen

Neben der vergleichsweise großen Gruppe von arbeitnehmerähnlichen Personen, die vom Heimarbeiter über den „freien Mitarbeiter“ bis zum selbständigen Handelsvertreter reicht, existiert eine Reihe von kleineren Personengruppen, die abhängige Arbeit leisten und auf die nur noch wenige arbeitsrechtliche Vorschriften Anwendung finden. Zu denken ist dabei zunächst an Personen in „Arbeitsgelegenheiten gegen Mehraufwandsentschädigung“ nach § 16d SGB II, gemeinhin „Ein-Euro-Jobber“ genannt. Kraft ausdrücklicher gesetzlicher Entscheidung (§ 16d Abs. 7 Satz 2 SGB II) wird durch den Einsatz kein Arbeitsverhältnis begründet, weder im Verhältnis zur Agentur für Arbeit noch im Verhältnis zu der Einheit, die die Beschäftigung organisiert. Entsprechende Anwendung findet nach § 16d Abs. 7 Satz 2 zweiter Halbsatz SGB II lediglich das Arbeitsschutzrecht sowie der Mindesturlaub von vier Wochen nach dem BUrlG; die Vorschriften über das Urlaubsgeld können allerdings keine Anwendung finden, was sich unschwer damit erklärt, dass ja auch im „Normalzustand“ kein Entgelt bezahlt, sondern nur ein Aufwendungsersatz gewährt wird. Schließlich sind nach § 16d Abs. 7 Satz 3 SGB II die Grundsätze über die Arbeitnehmerhaftung entsprechend anwendbar; der Gesetzgeber verweist insoweit auf Richterrecht. Insgesamt sind damit Minimalstandards bezeichnet, die für jede Form von abhängiger Arbeit gelten dürften. Dies wird nicht zuletzt an der Rechtsstellung der Strafgefangenen deutlich. Nach § 149 Abs. 2 Satz 2 StVollzG gelten auch für sie die Arbeitsschutz- und Unfallverhütungsvorschriften, § 42 Abs. 1 Satz 1 gibt einen „Urlaubsanspruch“ von achtzehn Werktagen, in denen die sonst bestehende Arbeitspflicht entfällt. Die seit der Föderalismusreform möglichen

¹⁵ ErfK-Rolfs § 85 SGB IX Rn. 3 m. w. N.

landesgesetzlichen Regelungen haben daran nichts Prinzipielles geändert.¹⁶ Was die Haftung auf Schadensersatz betrifft, so sieht § 93 Abs. 1 Satz 1 StVollzG lediglich eine Pflicht zum Aufwendungsersatz gegenüber der Vollzugsbehörde vor, wenn der Gefangene sich selbst oder einen anderen Gefangenen vorsätzlich oder grob fahrlässig verletzt hat. § 93 Abs. 1 Satz 2 StVollzG lässt Ansprüche aus sonstigen Rechtsvorschriften unberührt, was inhaltlich bedeutet, dass bei Beschädigung von Sachen der Justizvollzugsanstalt die Grundsätze über die Arbeitnehmerhaftung zur Anwendung kommen. Auch hier hat das Landesrecht keine wesentlichen Veränderungen vorgenommen.¹⁷ § 179 StVollzG erstreckt datenschutzrechtliche Grundsätze auf das Verhältnis Vollzugsbehörde – Gefangener.

4. Zwischenergebnis

Es gibt ersichtlich eine Art „Basisschutz“, der insbesondere den Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz erfasst und der auf jede Form abhängiger Arbeit anwendbar ist. Diesen Bereich inhaltlich auszudehnen könnte eine sehr wichtige Zukunftsaufgabe werden, wenn beispielsweise viele Arbeiten durch „Ausschreibung“ im Internet an anonyme Interessenten vergeben werden, die zwar abhängig sind, die jedoch im Rahmen von Werkverträgen und zudem für eine Vielzahl von Unternehmen tätig sind.¹⁸

Bemerkenswert ist weiter, dass die Gruppe der arbeitnehmerähnlichen Personen so gut wie keine Initiativen entfaltet, um die ihr zur Verfügung stehenden rechtlichen Möglichkeiten zu nutzen. So könnte man etwa nach dem Vorbild der USA¹⁹ Kündigungen auf das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung untersuchen und so einen gewissen Ersatz für das fehlende KSchG schaffen. Die Ausklammerung des Kündigungsschutzes in § 2 Abs. 4 AGG wäre kein entscheidendes Hindernis, da die Diskriminierungsverbote bei der inhaltlichen Überprüfung der Kündigung zu beachten sind.²⁰ Auch könnten arbeitnehmerähnliche Personen die durch das AGB-Recht eröffneten Möglichkeiten ausschöpfen: Anders als bei Arbeitnehmern wird die Inhaltskontrolle nicht durch die „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten“ (§ 310 Abs. 4 Satz 2 BGB) eingeschränkt, die sich bisher so gut wie immer im Sinne einer Milderung der Kontrollmaßstäbe ausgewirkt haben.²¹

¹⁶ Überblick bei Feest/Lesting, Strafvollzugsgesetz. Kommentar, 6. Aufl. 2012, § 42 Rn. 27 (Däubler/Galli) und § 149 Rn. 10 (Hucking/Pollähne).

¹⁷ Feest/Lesting a. a. O. § 93 Rn. 14 (Feest/Köhne).

¹⁸ Zu diesem sog. crowdsourcing s. Klebe AuR 2014; DKKW-Däubler §§ 111 Rn. 111a.

¹⁹ Dazu Kittner/Kohler, Beilage 4 zu Heft 13/2000 von BB, S. 8 ff.

²⁰ BAG NZA 2009, 361; weitere Nachweise bei Däubler/Bertzach, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Handkommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2013, § 2 Rn. 264 ff. (Däubler).

²¹ Däubler ZTR 2012, 543, 553.

Anders als bei Arbeitnehmern gelten auch § 305 Abs. 2 und 3 BGB. Viel wichtiger könnte es sein, dass der Ausschluss der Verbandsklage in § 15 UKlaG auf das Arbeitsrecht beschränkt ist; zugunsten von arbeitnehmerähnlichen Personen dürften Verbraucherverbände durchaus initiativ werden.²² Warum geschieht dies nicht? Die im Arbeitsrecht oft beklagten Vollzugsdefizite²³ könnten auf diese Weise deutlich verringert werden.

II. Arbeitsrecht erster und Arbeitsrecht zweiter Klasse

1. Differenzierung nach Branchen

Arbeitsrecht ist nicht gleich Arbeitsrecht. Die anwendbaren Normen unterscheiden sich in erheblichem Umfang. Ein Differenzierungsgrund ist die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Branche; historisch ältestes Beispiel ist die Unterscheidung zwischen Landwirtschaft und Gewerbebetrieben, d. h. insbesondere Handwerk und Industrie. Heute ist diese Zweiteilung überholt; die wenigen in der Landwirtschaft verbliebenen Arbeitnehmer unterliegen keinem Sonderrecht mehr, die vorläufige Landarbeitsordnung von 24. Januar 1919,²⁴ die die alten Gesindeordnungen abgelöst hatte,²⁵ wurde 1974 aufgehoben.²⁶ Heute haben andere Besonderheiten Gewicht.

In bestimmten Bereichen verlangt die Art des Arbeitsprozesses Sonderregeln; der Bergbau benötigt besondere Sicherungsmaßnahmen, die Arbeitszeit kann bei Seeleuten schwerlich dem ArbZG folgen, die hohe Fluktuation im Bausektor verlangt nach Auffangregeln, die in Form der Gemeinsamen Einrichtungen schon seit langem existieren. Im Sportarbeitsrecht drohen besonders starke Eingriffe in die Privatsphäre, die bis zu Vorschriften über die Ernährung und das Verbot anderer (gefährlicher) Sportarten gehen können.²⁷ Die Arbeit im Haushalt, die insbesondere Kindererziehung und Pflege zum Gegenstand hat, wird von rechtlichen Vorgaben oft überhaupt nicht erreicht; ihnen gleichwohl etwas Durchsetzungskraft zu verschaffen, ist in jüngster Zeit zum Thema geworden.²⁸

²² Dazu Däubler/Bonin/Deinert-Däubler, Einl. Rn. 185 m. w. N.

²³ Stöhr ZfA 2013, 231 ff.

²⁴ RGBI S. 111.

²⁵ Zu ihnen Vormbaum, Politik und Gesinderecht im 19. Jahrhundert (vornehmlich in Preußen 1810 bis 1918), 1980; Rainer Schröder, Das Gesinde war immer frech und unverschämt. Gesinde und Gesinderecht vornehmlich im 18. Jahrhundert, 1992

²⁶

²⁷ Vgl. Bepler, in: Nolte (Hrsg.), Neue Bedrohungen für die Persönlichkeitsrechte von Sportlern, 2011, S. 9 ff.

²⁸ Kocher NZA 2013, 929 ff.; Däubler, Domestic workers – the forgotten group? In: Schömann, Mélanges à la mémoire de Yota Kravaritou: a trilingual tribute, 2011, S. 37 ff.

Neben den spezifischen Problemen, die sich aus der Natur der Arbeit ergeben, steht als wichtiger Faktor die wirtschaftliche Lage der fraglichen Branche und die Existenz von Arbeitnehmerorganisationen, die sich als konsequente Interessenvertreter verstehen. Dies führt unter unseren Bedingungen zu einer weitgehenden Differenzierung der tariflichen Arbeitsbedingungen; in der Metall- und der Chemiebranche gibt es hohe, im Handel und in der Gebäudereinigung dagegen niedrige Löhne – und dies selbst bei völlig vergleichbarer Tätigkeit. Weitere Unterschiede kommen hinzu. Gesetzliche Interventionen sind in diesem Bereich selten.

Eine Sonderstellung nimmt der öffentliche Dienst ein. In den ersten drei bis vier Jahrzehnten der Bundesrepublik kam hier ein Personalabbau nicht in Betracht; auch später ließ er sich wegen des Beamtenrechts und zahlreicher tariflicher Sicherungen nur sehr behutsam realisieren. Aus Sicht des öffentlichen Arbeitgebers ist es unter diesen Umständen sinnvoll, Umstrukturierungen gemeinsam mit den Interessenvertretern der öffentlichen Bediensteten zu planen und umzusetzen.²⁹ Dass gleichwohl ein hoher Kostendruck besteht und in Form von Arbeitsintensivierung an die Beschäftigten weitergegeben wird, darf nicht unerwähnt bleiben.

Gegen diese Formen von Differenzierungen wird man keine grundsätzlichen Bedenken erheben können. Dass Meinungsverschiedenheiten über Einzelfragen bestehen und dass die wirtschaftliche Belastbarkeit der Unternehmen unterschiedlich eingeschätzt wird, ist eine selbstverständliche Begleiterscheinung des politischen Pluralismus wie der Tarifautonomie. Das geltende Recht kennt genügend Mechanismen, wie man damit umgehen kann, um letztlich doch einen Konsens zu erreichen.

2. Differenzierung nach Personengruppen

Die Unterscheidung zwischen Arbeitern und Angestellten mag da und dort noch in Tarifverträgen vorkommen; aufs Ganze gesehen gehört sie der Vergangenheit an. Die Eigenständigkeit der leitenden Angestellten ist begrenzt. Zwar fallen sie nach § 5 Abs. 3 BetrVG aus der Betriebsverfassung heraus (und haben in Form des Sprecherausschusses nur einen bestenfalls halbherzigen Ersatz), doch bleibt ihnen in aller Regel der Kündigungsschutz

²⁹ Aufschlussreiches Material bei Blanke, *Verwaltungsmodernisierung. Direktionsrecht des Arbeitgebers, Mitwirkungsrechte des Personalrats und Tarifautonomie*, 1998.

erhalten, weil § 14 KSchG von der Rechtsprechung eher eng interpretiert wird.³⁰ Hinzu kommt die Überrepräsentation in der Unternehmensmitbestimmung.

Problematisch ist nicht die Stellung des oberen Teils der Hierarchie, sondern derjenigen Beschäftigten, die einen spezifischen Kompensationsbedarf haben. Dies gilt etwa für die Behinderten, die durch das AGG geschützt sind. Die (größere) Teilgruppe der Schwerbehinderten fällt darüber hinaus unter die §§ 68 ff. SGB IX; sobald das Arbeitsverhältnis sechs Monate gedauert hat, können sie nur noch mit Zustimmung des Integrationsamts gekündigt werden. Das Ziel, Schwerbehinderten dieselben Arbeitsplatzchancen wie Nicht-Schwerbehinderten zu verschaffen, ist allerdings nur dann erreichbar, wenn die Ausgleichsabgabe wirtschaftlich zumindest genauso ins Gewicht fallen würde wie die Beschäftigung eines Schwerbehinderten, der einen längeren Urlaub beanspruchen kann und möglicherweise (so eine verbreitete Einschätzung) die höheren Fehlzeiten haben wird. Im Mutterschutzrecht ist der Gesetzgeber konsequenter, um Beschäftigungschancen von Frauen nicht an Kostenargumenten scheitern zu lassen: Das Entgelt, das eine schwangere Arbeitnehmerin während eines Beschäftigungsverbots zu beanspruchen hat, und der Zuschuss zum Mutterschaftsgeld, den der Arbeitgeber während der Schutzfristen bezahlen muss, werden ihm nach § 1 Abs. 2 des Aufwendungsausgleichsgesetzes (AAG) von der Krankenkasse erstattet. Der schwangerschaftsbedingte Ausfall ist so in seinen Auswirkungen beschränkt, wenngleich es natürlich Probleme aufwerfen kann, Ersatz für eine gut eingearbeitete Arbeitskraft zu finden. Die frühere Regelung, die eine Erstattung nur für Unternehmen mit bis zu 30 Beschäftigten vorsah, wurde vom BVerfG für verfassungswidrig erklärt, weil sie als faktische Frauendiskriminierung wirkte.³¹ Es wäre konsequent, dasselbe für die geltende Regelung der Ausgleichsabgabe im Schwerbehindertenrecht zu tun, da diese entgegen ihrer eigentlichen Intention einen wirtschaftlichen Anreiz bietet, grundsätzlich keine Schwerbehinderten einzustellen.³²

Auch für andere Personengruppen gibt es kompensierende Regelungen. Betriebs- und Personalratsmitglieder sind gegen Benachteiligungen und insbesondere gegen Kündigungen geschützt, weil sie leichter als andere in eine Konfrontationssituation mit dem Arbeitgeber

³⁰ Dazu Bauer/v. Medem NZA 2013, 1233, 1236.

³¹ BVerfG NZA 2004, 33 ff.

³² Das BVerfG (3. Kammer des Ersten Senats) NZA 2005, 102 betrachtet die geltende Regelung als verfassungskonform und hält es letztlich auch nicht für relevant, dass trotz Ausgleichsabgabe der Anteil der Schwerbehinderten an den Beschäftigten von 5,9 % im Jahre 1982 auf 3,7 % im Jahr 1999 gesunken ist. Anders ErfK-Dieterich, 7. Aufl., Art. 3 GG Rn. 82a; Deinert ZSR 2005 Sonderheft S. 104, 109; Däubler ZfA 2006, 491.

geraten können. Auch Arbeitnehmer mit Migrationshintergrund (früher „Gastarbeiter“ genannt) sind auf dem Arbeitsmarkt häufig benachteiligt, doch hat man insoweit kompensatorische Mechanismen bisher nur angedacht, nicht etwa effektiv beschlossen und umgesetzt.³³ Von ihren ausländischen Arbeitgebern entsandte Arbeitnehmer fallen unter das AEntG und erhalten so im Inland einen Mindestschutz, der in § 2 des Gesetzes (unter Einschluss von Arbeitsschutz und Urlaub!) niedergelegt ist und der in zahlreichen Branchen durch Mindestlohntarife, die für allgemeinverbindlich erklärt sind, ergänzt wird.

3. Differenzierung nach Art des Arbeitsverhältnisses

Wer über Arbeitsrecht spricht, geht meist stillschweigend von der Vorstellung eines „Normalarbeitsverhältnisses“ aus.³⁴ Dieses ist ein unbefristetes Vollzeitverhältnis mit monatlicher Entgeltzahlung, die im Regelfall einen angemessenen Lebensstandard vermittelt. Das Standardarbeitsverhältnis (wie es auch genannt wird) gehört zu einem Betrieb oder einer Dienststelle mit einer gewissen Mindestgröße, die derzeit bei 5 bis 10 Arbeitnehmern liegt. Die Höhe der Vergütung richtet sich nach Tarifverträgen, die ihrerseits an der Qualifikation und am belastenden Charakter der Arbeit, aber auch an der Dauer der Betriebszugehörigkeit und an sozialen Kriterien anknüpfen. Das Normalarbeitsverhältnis verfügt über einen gewissen Bestandsschutz, der im Hinblick auf die soziale Auswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG mit der Dauer der Betriebszugehörigkeit und dem Alter zunimmt.

Bei den sog. atypischen Arbeitsverhältnissen fehlt eines dieser Elemente. Im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit stehen Befristung, Teilzeit und Leiharbeit. Die Tätigkeit in Kleinbetrieben findet dagegen kaum Aufmerksamkeit, obwohl die Beschäftigten dort in der Regel ohne das gesamte kollektive Arbeitsrecht auskommen müssen und damit rechtlich schlechter gestellt sind als die anderen atypischen Beschäftigten.

Befristete Verträge haben in den letzten zehn Jahren zugenommen. Die sachgrundlose Befristung des § 14 Abs. 2 TzBfG macht in der Praxis eine Probezeit von zwei Jahren möglich, die ggf. über sachlich gerechtfertigte Befristungen nach § 14 Abs. 1 TzBfG noch weiter verlängert werden kann. Während dieser Zeit kann der Betroffene sein Leben nicht auf solider Grundlage planen, es sei denn, er gehöre in die Gruppe gesuchter Spezialisten, die

³³ Überlegungen bei Däubler, Das Arbeitsrecht 2, 13. Aufl. 2012, Rn. 1677 – 1686.

³⁴ Zu diesem s. bereits G. Lyon-Caen, La crise du droit du travail, in: Gamillscheg u. a., In Memoriam Sir Otto Kahn-Freund, 1980, S. 517 ff. Viel genannt dann Mückenberger ZfS 1985, 424 ff.

unschwer einen gleichwertigen Arbeitsplatz finden können. Eine Familie zu gründen, erfordert Wagemut. Eine Regierung, die die zweijährige „Regelbefristung“ für alle Berufseinsteiger einführt oder beibehält, verhält sich ersichtlich inkonsequent, wenn sie gleichzeitig die geringe Kinderzahl beklagt und mit den unterschiedlichsten Mitteln bis hin zum Betreuungsgeld dagegen vorgehen möchte. Wäre es nicht vielleicht sinnvoll, sich um die Wurzel des Übels zu kümmern? Wer befristet beschäftigt ist, muss im Übrigen nicht nur auf einen wirksamen Bestandsschutz verzichten,³⁵ sondern ist auch in vieler anderer Hinsicht benachteiligt. Rechte, die von längerer Betriebszugehörigkeit abhängen, sind in aller Regel unerreichbar. Das Diskriminierungsverbot des § 4 Abs. 2 TzBfG lässt den Kern der Benachteiligung – die Befristung als solche – naturgemäß unberührt, und verhindert nur zusätzliche Benachteiligungen, die z. B. aus einer niedrigeren Stundenvergütung bestehen.

Bei Teilzeitarbeit muss das Urteil differenzierter ausfallen. Bei bestimmten qualifizierten Berufen kann sie die Arbeitsbelastung reduzieren und Zeit für Familie oder andere Aktivitäten frei machen, ohne gleichzeitig die materielle Grundlage des Lebens in Frage zu stellen. Das Gegenmodell stellen die geringfügig Beschäftigten dar: Von 450 Euro kann niemand leben, wer eine Reihe von Jahren in diesem Segment des Arbeitsmarkts arbeitet, muss sich auf Altersarmut einstellen. Dazwischen liegen Arbeitsverhältnisse, bei denen häufig die Nachteile überwiegen: Ungünstiges Verhältnis zwischen unbezahlter Wegezeit und bezahlter Arbeitszeit, Intensivierung der Arbeit (die sich leichter ertragen lässt, wenn man täglich nur zwei bis drei Stunden arbeitet), Aufstiegschancen als absolute Ausnahme (nur Ganztagsbeschäftigte sind so gut in den Betrieb integriert, dass sie für Höheres in Betracht kommen), keine existenzsichernde Vergütung. Auch hier gibt es in Form des § 4 Abs. 1 TzBfG ein Diskriminierungsverbot im Verhältnis zu Vollzeitbeschäftigten, das an der grundsätzlichen Schlechterstellung nichts ändert, sondern nur zusätzliche Benachteiligungen verhindert.

Die Leiharbeit ist zum Synonym für „Billigarbeit“ geworden. Das Equal-pay-Prinzip hat dank der Leiharbeitstarife keine Wirkung entfaltet, so dass bis in die jüngste Vergangenheit der Entgelttrückstand zu vergleichbaren Stammbeschäftigten auf 30 bis 40 % geschätzt wurde. Branchenzuschläge verringern den Abstand, wirken aber nur zugunsten solcher Leiharbeitnehmer, die längere Zeit beim selben Betrieb eingesetzt werden; damit ist allein bei solchen Personen zu rechnen, auf deren Kenntnisse und Erfahrungen der Einsatzbetrieb nur

³⁵ Das in § 15 Abs. 3 enthaltene Verbot, während der Befristung ordentlich zu kündigen, wird als dispositiv behandelt; auch in AGB soll es abdingbar sein. Dazu Däubler/Bonin/Deinert-Däubler, Anhang, Rn. 107 m. w. N.

ungern verzichten möchte. Die Praxis der letzten zehn Jahre hat den Gedanken völlig in den Hintergrund treten lassen, dass man sich auch eine humanisierte Leiharbeit vorstellen könnte, die flexiblen Einsatz mit stabiler Beschäftigung verbindet. Das positive Beispiel des Gesamthafenbetriebs,³⁶ der ein künstlicher Arbeitgeber für die kurzfristig in unterschiedlichen Hafeneinrichtungen eingesetzten Beschäftigten ist, könnte Ausgangspunkt für weiteres Nachdenken sein.

Nur noch 59 % aller Arbeitnehmer werden von Tarifverträgen erfasst, weniger als 50 % sind durch einen Betriebsrat vertreten. Für eine große Zahl von Beschäftigten steht daher das kollektive Arbeitsrecht auf dem Papier. Soweit sie in Kleinbetrieben mit nicht mehr als zehn Arbeitnehmern beschäftigt sind, findet auch der Kündigungsschutz nach dem KSchG keine Anwendung, so dass sie auf den „Basiskündigungsschutz“ nach §§ 138, 242 BGB verwiesen sind.³⁷ Der „Abstand“ zum oben skizzierten Normalarbeitsverhältnis ist noch größer als bei den anderen atypischen Beschäftigten, obwohl es sich durchaus um Vollzeitbeschäftigte mit längerer Betriebszugehörigkeit handeln kann. Allerdings ist auch eine Kombination mit anderen Formen prekärer Arbeitsverhältnisse denkbar; die befristet eingesetzte Teilzeitkraft im Kleinbetrieb mag als Beispiel stehen. In solchen Betrieben mit „fragmentarischem Arbeitsrecht“³⁸ gewinnen informelle Regeln an Gewicht. Diese können einen Autoritarismus der Geschäftsleitung widerspiegeln, aber auch einen relativ fairen Interessenausgleich ermöglichen;³⁹ nicht selten finden sich Sprecher der Beschäftigten als Vermittlungsinstanzen.⁴⁰ Auch die Rechtsnormen, die dort anwendbar bleiben, verlieren allerdings an Autorität; man könnte von einer Zone „verdünnten“, ja „hoch verdünnten“ Arbeitsrechts sprechen.

4. Differenzierung zwischen austauschbaren und unentbehrlichen Arbeitskräften

Keine arbeitsrechtliche Kategorie stellt es bisher dar, ob ein Arbeitnehmer jederzeit durch einen andern ersetzt werden kann oder ob er als Spezialist über Fähigkeiten und Kenntnisse verfügt, die ihn für den Arbeitgeber mehr oder weniger unentbehrlich machen. Faktisch ist dies jedoch für die Situation des Einzelnen von entscheidender Bedeutung – nicht zuletzt im

³⁶ Rechtsgrundlage sind Tarifverträge auf der Grundlage des Gesetzes vom 3. 8. 1950 (BGBl I 352).

³⁷ Zu diesem Kittner/Däubler/Zwanziger-Däubler, Kündigungsschutzrecht, a. a. O., § 242 BGB Rn. 22 ff.

³⁸ Däubler, Arbeitsrecht 2, Rn. 1844 f.

³⁹ Grundlegend dazu Artus, Interessenhandeln jenseits der Norm. Mittelständische Betriebe und prekäre Dienstleistungsarbeit in Deutschland und Frankreich, 2008, S. 352 ff.

⁴⁰ Anschauungsmaterial aus dem IT-Sektor und rechtliche Würdigung bei Däubler, FS Wissmann, 2005, S. 75 ff.

Hinblick auf die Möglichkeiten, von den eigenen Rechten Gebrauch zu machen. Wer jederzeit ersetzbar ist, wird in aller Regel seinen Arbeitsplatz nicht aufs Spiel setzen wollen, indem er sich exponiert, dem Arbeitgeber widerspricht oder (z. B.) auf das Arbeitszeitgesetz verweist. Er wird sich „angepasst“ verhalten. Auch wenn Arbeitsbedingungen objektiv unzumutbar sind, wird Widerstand allenfalls in der Weise geleistet, dass die Urheber nicht individualisierbar sind. Dies zieht enge Grenzen. Dabei spielt es kaum eine Rolle, ob in Betrieben mit „vollem“ oder in solchen mit „fragmentarischem“ Arbeitsrecht gearbeitet wird: Auch wenn es tariflichen Schutz gibt und ein Betriebsrat existiert, ändert sich die grundsätzliche Situation des Einzelnen nicht. Auf der anderen Seite können nicht ersetzbare Personen, deren Ausscheiden dem Betrieb erhebliche Nachteile bringen würde, Konflikte riskieren, die zu einem für sie günstigen Kompromiss führen können. Dies kann auch in Betrieben ohne Tarifvertrag und Betriebsrat der Fall sein; der Beschäftigte spielt lediglich seine Marktmacht aus.

Betrachtet man nur diese modellhaften Annahmen, wird das Arbeitsrecht im Grunde überflüssig: Die „Austauschbaren“ berufen sich nicht darauf, die „Unentbehrlichen“ benötigen es nicht. Die Wirklichkeit ist differenzierter.

Zum einen gehört man nicht notwendigerweise auf alle Zeiten der einen oder der anderen Gruppe an. Auch austauschbare Arbeitskräfte können ein betrieblich relevantes Wissen erwerben, so dass ihr Ausscheiden Schaden stiften würde. Unentbehrliche Spezialisten können auf der anderen Seite ihren Expertenstatus verlieren – sei es durch nachlassende Kräfte im Alter, sei es durch neue Techniken, die ihr Wissen überflüssig machen. Auch können Skill - Datenbanken so aufgebaut sein, dass ein großer Teil des „Produktionswissens“ für andere zugänglich und damit auch für sie verwendbar wird. Der Statuswechsel erfolgt allerdings in beiden Richtungen nicht schlagartig sondern als langsamer Prozess; fehlt eine wohl definierte (Markt-)Position, können die Normen des Arbeitsrechts von erheblichem Nutzen sein.

Zum andern können sich auch die „Austauschbaren“ zusammenschließen und gemeinsam zu handeln versuchen. Je größer ihre Gruppe ist, umso weniger lässt sie sich insgesamt ersetzen. Aus Kalifornien wird etwa berichtet, dass etwa 75.000 Pflegekräfte aus Privathaushalten eine Gewerkschaft gründeten und durch öffentliche Kampagnen erreichten, dass eine „authority“ als künstlicher Arbeitgeber geschaffen wurde, der ihnen feste Arbeitsverträge gewährte. Die

staatlichen Mittel, die für die zu Pflegenden bestimmt waren, wurden dieser authority zur Verfügung gestellt. Wer keine staatlichen Mittel bekam, musste einen vergleichbaren Betrag aus eigener Tasche bezahlen, wenn er eine Pflegekraft in Anspruch nehmen wollte.⁴¹ Aus Kanada wird von Versuchen berichtet, die Arbeitsbedingungen im Reinigungsgewerbe auf ähnliche Weise zu stabilisieren.⁴² Dies erinnert ein wenig an den deutschen Gesamthafenbetrieb. Ob ein solches Verlassen der „Rechtlosigkeit“ möglich oder unmöglich, schwierig oder relativ einfach ist, hängt auch von der Ausgestaltung der Arbeitsrechtsordnung ab.

III. Rechtspolitische Konsequenzen – am Beispiel Mindestlohn

Die hier gegebene Bestandsaufnahme benennt eine Reihe von Aufgaben. Die stärkere Integration der Arbeitnehmerähnlichen in das Arbeitsrecht und damit die Beseitigung der bisher bestehenden Ungleichbehandlung wurden bereits als Ziel genannt. Bei „Randgruppen“ wie Ein-Euro-Jobber, Strafgefangenen und kleinen Selbständigen, die nicht die Voraussetzungen der Arbeitnehmerähnlichkeit erfüllen, geht es auf absehbare Zeit nur um die Erweiterung des „Elementarschutzes“, der schon heute für alle abhängig Arbeitenden existiert. Akteure eines Veränderungsprozesses können nicht nur Gesetzgeber und Rechtsprechung, sondern auch die sozialen Gegenspieler sein. Die Bedingungen, unter denen sie nicht nur verbal aktiv werden, sind hier nicht zu thematisieren.

Wichtiger als die Tatsache, ob man einen guten oder einen bescheidenen arbeitsrechtlichen Schutz genießt, ist entgegen unausgesprochener allgemeiner Überzeugung die Position, die ein Beschäftigter als austauschbare oder als unentbehrliche Arbeitskraft hat. Für die Gruppe der Austauschbaren stehen die schönsten Rechte auf dem Papier, diese „gelten“ nicht wirklich. Die Betroffenen bedürfen einer unabhängigen Instanz, die sich ihrer annimmt, die an ihrer Stelle aktiv wird. Verschiedene Modelle sind denkbar.

- Man kann die Exekutive stärken und den zuständigen Behörden zusätzliche Eingriffsbefugnisse gewähren. Die Gewerbeaufsicht muss nicht darauf beschränkt sein, die Einhaltung des Arbeitsschutz- und das Arbeitszeitrechts zu überwachen. In manchen anderen Ländern wird beispielsweise auch kontrolliert, ob Überstunden in der vereinbarten oder

⁴¹ Berichtet bei Klare, in: Conaghan u. a. (ed), Labour Law in an Era of Globalization, 2005, S. 23.

⁴² Jalette, When Labour Relations Deregulation is not an Option: The Alternative Logic of Building Service Employers in Quebec, The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, vol. 22 (2006) p. 329 ss.

gesetzlich vorgeschriebenen Höhe bezahlt werden. Auch die Einhaltung von Tarifverträgen könnte zu überprüfen sein. Dies erscheint unter unseren Bedingungen als höchst eigenwillige Vorstellung, sind wir doch daran gewöhnt, die Durchsetzung privatrechtlicher Abmachungen ausschließlich der Privatinitiative zu überlassen. So sehr wir uns im materiellen Recht von den liberalen Grundlagen des (ursprünglichen) BGB entfernt haben, so wenig haben wir an den Durchsetzungsmechanismen geändert. Weiter könnte man sich überlegen, das Sanktionsinstrumentarium zu erweitern. Auch ohne dass dies ausdrücklich bestimmt wird, müssen Anordnungen sofort vollziehbar sein; im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes kann dann ggf. eine Korrektur erfolgen. Soweit finanzielle Sanktionen verhängt werden, können diese auch in einer Gewinnabschöpfung liegen,⁴³ doch kann es weiter in Betracht kommen, die durch Verstöße in ihren Rechten verletzten Arbeitnehmer an der zu bezahlenden Summe zu beteiligen. Der Nachteilsausgleich nach § 113 BetrVG sieht als Sanktion für die Verletzung der Verhandlungspflicht nach § 112 Abs. 1 BetrVG sogar ausschließlich eine zugunsten der betroffenen Arbeitnehmer wirkende Sanktion vor. Lässt sich dieses Prinzip in gewissem Umfang verallgemeinern?

- Man kann weiter auf eine gerichtliche Korrektur setzen, muss dann aber vom Arbeitgeber unabhängige Instanzen einschalten, die das Verfahren einleiten und betreiben. Dies kann nach dem Vorbild des § 25 HAG eine Behörde sein, doch kennt man im Wettbewerbs-⁴⁴ und Kartellrecht⁴⁵, im AGB- und Verbraucherrecht⁴⁶, im Umweltrecht⁴⁷ sowie im Schwerbehindertenrecht⁴⁸ eine Verbandsklage, die keine Wunder bewirkt, aber doch einige Fragen vor Gericht bringt, über die sonst nie entschieden worden wäre. Bisweilen wird auch eine class action nach US-amerikanischem Vorbild befürwortet,⁴⁹ bei der zahlreiche Betroffene gemeinsam aktiv werden und das Gericht anrufen. Das Problem aller dieser Kollektivklagen liegt darin, dass die für die Rechtsverletzung sprechenden Fakten schwerlich ohne Mitwirkung der betroffenen Person vor Gericht belegt werden können – spätestens in diesem Moment schlägt aber die Unterlegenheit des Einzelnen durch. Wer seinen Arbeitsplatz als „Austauschbarer“ nicht gefährden will, wird im Ernstfall große Erinnerungslücken haben oder gar die Wirklichkeit im Sinne des Arbeitgebers uminterpretieren. Die Beobachtungen

⁴³ § 10 UWG und § 34 GWB sehen dies bei Wettbewerbsverstößen heute schon vor.

⁴⁴ § 8 Abs. 3 UWG

⁴⁵ § 33 Abs. 2 GWB

⁴⁶ § 3 i. V. m. §§ 1 und 2 UKlaG

⁴⁷ § 2 Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz (UmwRG)

⁴⁸ § 63 SGB IX

⁴⁹ So insbesondere Pfarr/Kocher, Kollektivverfahren im Arbeitsrecht, 1998, S. 175 ff.; zu möglichen Einwänden Däubler AuR 1995, 305, 311.

einer Aufsichtsbehörde und ihr Zugriff auf Unterlagen dürften daher das bessere Mittel sein, um dem Recht zum Durchbruch zu verhelfen.