

Das Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte*

Ein Kurswechsel im Arbeitsrecht

Professor Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

In Umsetzung der Koalitionsvereinbarung vom 20. 10. 1998 (vgl. NZA 1998, H. 22, S. VII) haben die Koalitionsfraktionen von SPD und Bündnis 90-Die Grünen unter anderem ein neues (altes) Stück Arbeitsrecht verabschiedet. Im nachfolgenden Beitrag gibt der Verfasser einen Überblick über den arbeitsrechtlichen Teil des Sozialversicherungs-Korrekturgesetzes (zu den sozialversicherungsrechtlichen Aspekten vgl. den nachfolgenden Beitrag von Kollmer, NJW 1999, 608.)

I. Einleitung

Der Gesetzgeber hat schnell gehandelt. Am 17. 11. 1998 haben die Koalitionsfraktionen den Entwurf eines Gesetzes "zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte" im Parlament eingebracht¹. Trotz eingehender Ausschußberatungen fand am 10. 12. 1998 die dritte Lesung im Bundestag statt². Nachdem der Bundesrat am 18. 12. 1998 zugestimmt hatte, wurde das Gesetz am 28. 12. 1998 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht³; es ist am 1. 1. 1999 in Kraft getreten. Im Arbeitsrecht werden im wesentlichen die Änderungen rückgängig gemacht, die das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz vom 25. 9. 1996⁴ gebracht hatte. Sie betreffen insbesondere den Kündigungsschutz, die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und die Verhandlungen über einen Interessenausgleich nach §§ 112, 113 BetrVG. Außerdem wurde das Arbeitnehmer-Entsendegesetz grundsätzlich umgestaltet.

II. Änderungen im Kündigungsschutzrecht

1. Rückkehr zur ursprünglichen Regelung bei der Sozialauswahl

Sprechen "dringende betriebliche Erfordernisse" für eine Kündigung und läßt sich diese auch nicht auf andere Weise, etwa mit Hilfe einer Versetzung vermeiden, so stellt sich die Frage, welcher von mehreren vergleichbaren Arbeitnehmern ausscheiden muß. Bei diesem Auswahlprozeß hat der Arbeitgeber nach § 1 III KSchG soziale Gesichtspunkte zu beachten, jedoch kann er - pauschal gesprochen - für den Betrieb besonders wichtige Arbeitnehmer aus dem Kreis der potentiell zu Kündigenden ausnehmen. Bei den Auswahlkriterien wie bei der Berücksichtigung betrieblicher Belange ist der Gesetzgeber zu der bis 30. 9. 1996 bestehenden Rechtslage zurückgekehrt.

a) Soziale Gesichtspunkte.

Das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz von 1996⁵ hatte § 1 III 1 KSchG neu gefaßt und bestimmt:

§ 1 (3) Ist einem Arbeitnehmer aus dringenden betrieblichen Erfordernissen im Sinne des Abs. 2 gekündigt worden, so ist die Kündigung trotzdem sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des Arbeitnehmers die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter und die Unterhaltungspflichten des Arbeitnehmers nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat.

Vom Text her waren damit nur noch die drei genannten Sozialdaten zu beachten, doch bestand Streit, ob das Gesetz nicht durch einen ungeschriebenen Vorbehalt zugunsten der Berücksichtigung

von Schwerbehinderung und Mutterschutz zu ergänzen war⁶. Außerdem blieb kontrovers, welche Umstände im Rahmen der drei genannten Kriterien heranzuziehen waren. So war etwa zweifelhaft, ob die Pflegebedürftigkeit eines Familienmitglieds innerhalb des Kriteriums "Unterhaltspflicht" eine Rolle spielen konnte.

Nummehr können diese (und weitere) Streitpunkte auf sich beruhen, da der Gesetzgeber zur alten Formulierung zurückgekehrt ist und die Wörter "die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter und die Unterhaltspflichten des Arbeitnehmers" durch die Wörter "soziale Gesichtspunkte" ersetzt hat⁸. Nach ständiger Rechtsprechung des BAG war (und ist) dieser unbestimmte Rechtsbegriff so zu handhaben, daß die Gesichtspunkte "Dauer der Betriebszugehörigkeit",

Däubler: Das Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte - Ein Kurswechsel im Arbeitsrecht(NJW 1999, 601)

602

"Lebensalter" und "Unterhaltspflichten" weiterhin entscheidendes Gewicht besitzen⁹, daß daneben aber auch andere Umstände in Betracht kommen¹⁰. Die amtliche Begründung nennt insoweit insbesondere die Schwerbehinderung¹¹, an anderer Stelle aber auch Berufskrankheiten, unverschuldete Arbeitsunfälle sowie die Chancen auf dem Arbeitsmarkt¹². Entscheidend ist, daß die Abwägung zwischen diesen Faktoren auf der Grundlage einer "Gesamtschau" erfolgen muß, bei der alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind¹³. Bezüglich aller weiteren Einzelheiten kann auf die älteren Auflagen der einschlägigen Kommentare verwiesen werden, die - soweit noch vorhanden - tunlichst aus dem Keller oder dem Archiv hervorgeholt werden sollten.

b) Herausnahme bestimmter Arbeitnehmer.

Das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz¹⁴ hatte die Herausnahme einzelner Beschäftigter aus der sozialen Auswahl wie folgt umschrieben:

"In die soziale Auswahl nach Satz 1 sind Arbeitnehmer nicht einzubeziehen, deren Weiterbeschäftigung, insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes, im berechtigten betrieblichen Interesse liegt."

Auch insoweit bestanden erhebliche Interpretationskontroversen. Wie mußten die "Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen" beschaffen sein und bewiesen werden? Was war unter einer "ausgewogenen Personalstruktur" zu verstehen?¹⁵. Auch hier ist der Gesetzgeber zur alten Fassung zurückgekehrt, die lautet¹⁶:

"Satz 1 gilt nicht, wenn betriebstechnische, wirtschaftliche oder sonstige berechnete betriebliche Bedürfnisse die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer bestimmter Arbeitnehmer bedingen und damit der Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten entgegenstehen."

Unterschiede ergeben sich in drei Punkten. Einmal ist von betrieblichen "Bedürfnissen" die Rede, was eine höhere Schwelle darstellt als das ab 1. 10. 1996 maßgebende "Interesse". Zum zweiten muß das Bedürfnis die Weiterbeschäftigung eines bestimmten Arbeitnehmers "bedingen", also erforderlich machen; bislang reichte es aus, daß diese im Interesse des Betriebes "lag"¹⁷.

Schließlich wird darauf verzichtet, eine beispielhafte Umschreibung für das betriebliche "Bedürfnis" zu geben; insoweit ist die Rechtsprechung wie bis 1996 zur Konkretisierung aufgerufen. Die Begründung des Regierungsentwurfs betont ausdrücklich, die bisher geltende Fassung habe die Arbeitgeberinteressen zu stark betont, die ja schon bei der Bestimmung der "dringenden betrieblichen Interessen" zum Ausdruck kämen¹⁸. Das bewußte Anheben der Schwelle schließt es aus, die zu der Neufassung entwickelten Interpretationsvorschläge beizubehalten. Dies gilt

insbesondere für die "ausgewogene Personalstruktur", die als beispielhafte Konkretisierung auf einen anderen Zielpunkt ("Interesse") bezogen war. Daß es bis 1996 in der Literatur eine Meinung gab, die für die Berücksichtigung dieses Gesichtspunkts plädierte¹⁹, ist nunmehr ohne Bedeutung. Vielmehr sind allein die anderen in der Rechtsprechung bis 1996 herangezogenen Überlegungen zu beachten²⁰.

c) Würdigung.

In ersten Reaktionen auf die Neuregelung ist bedauert worden, daß damit auch der "kleine Gewinn" an Rechtssicherheit verlorengehe, den das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz gebracht habe²¹. Die oben erwähnten Kontroversen lassen es allerdings zweifelhaft erscheinen, ob die ab 1. 10. 1996 geltende Fassung des § 1 III KSchG wirklich mehr Klarheit und Orientierungssicherheit gebracht hatte. Mehr spricht dafür, daß die Fortschreibung eines von 1951 bis 1996 praktizierten Rechtszustands schon des Umfangs der höchstrichterlichen Rechtsprechung wegen eher der Rechtssicherheit dient. Allerdings hätte es nahegelegen, die Hauptkriterien "Lebensalter", "Dauer der Betriebszugehörigkeit" und "Unterhaltungspflichten" als wichtigste soziale Kriterien beispielhaft im Text zu nennen, da dies die Transparenz der Regelung wenigstens ein Stückchen verbessert hätte.

Wie auch immer man die bisherige wie die jetzige Formulierung des § 1 III KSchG einschätzt - in beiden Fällen unterliegt es keinem Zweifel, daß die soziale Auswahl ein höchst komplexer Prozeß ist, dessen Ausgang in vielen Fällen nicht sicher prognostiziert werden kann. Dies kommt zwar auch bei anderen Generalklauseln wie z.B. den Voraussetzungen der außerordentlichen Kündigung nach § 626 BGB vor, doch ist es hier besonders mißlich, weil ja nicht nur ein "Einzelfall" beurteilt werden muß, sondern eine größere Zahl von "Fällen" zueinander in Beziehung zu setzen ist. Wenn wir dennoch ohne nachhaltigen Protestimmerhin 45 Jahre lang mit einer solchen Regelung gelebt haben, so muß sie Vorzüge haben, die ihre rechtsdogmatische Konturenlosigkeit zumindest aufwiegen. Ohne daß dies hier im Detail ausgebreitet werden könnte, scheinen zwei "Nebeneffekte" von entscheidender Bedeutung.

aa) Die Grundsätze über die soziale Auswahl führen dazu, daß ältere Arbeitnehmer mit langjähriger Betriebszugehörigkeit nur noch bei schwersten wirtschaftlichen Einbrüchen kündbar sind. Insoweit handelt es sich um ein Stück "Senioritätsprinzip", das in manchen anderen Rechtsordnungen, insbesondere in Japan und den USA in sehr viel ausgeprägterer Form existiert²². In dieser Regel kommt nicht nur eine weitverbreitete Haltung unter den Beschäftigten zum Ausdruck; vielmehr hätten ältere und auf die betrieblichen Bedingungen "fixierte" Arbeitnehmer auch sehr viel größere Schwierigkeiten, einen neuen Arbeitsplatz zu finden.

bb) In allen anderen Fällen, in denen der einzelne nicht auf der "sicheren Seite" steht, erleichtert die Ungewißheit über die Anwendung des geltenden Rechts einvernehmliche Lösungen. Aus der Sicht beider Beteiligten kann es sinnvoll sein, einen Aufhebungsvertrag oder einen Prozeßvergleich zu schließen. Dieser besteht typischerweise in der Hinnahme der Kündigung gegen Abfindung. Diese Praxis besitzt - was man durchaus unterschiedlich einschätzen kann - ein außerordentlich hohes Maß an befriedender Wirkung. Gerade weil einem die Abfindung nicht in den Schoß fiel, sondern man über sie verhandeln mußte, erscheint das Ausscheiden sehr viel eher als fairer Kompromiß. Gäbe es die Regeln über die soziale Auswahl nicht oder würde man sie in gut berechenbarer Weise standardisieren, ginge genau dieser Erfolg verloren: Was könnte einen

Arbeitgeber, der seinerseits unter wirtschaftlichen Zwängen steht, im Regelfall veranlassen, eine "freiwillige Abfindung" zu gewähren?

Teilt man diese Einschätzung, so wird man nicht nur im Prinzip die Rückkehr zur alten Rechtslage bei § 1 III KSchG begrüßen. Vielmehr wird man auch davor warnen, die Abfindung als zentralen Teil der Arbeitsrechtspraxis in Frage zu stellen. Im Augenblick sieht sie sich jedoch Angriffen aus zwei Richtungen ausgesetzt. Zum einen sollen die Freibeträge nach § 3 Nr. 9 EStG halbiert und für die darüber hinausgehenden Teile der halbe durchschnittliche Steuersatz nach § 34 EStG abgeschafft werden²³. Zum andern steht im April 1999 die Anwendung des § 140 SGB III ins Haus, die eine Anrechnung von beträchtlichen Teilen der Abfindung auf die Hälfte des Arbeitslosengelds vorsieht²⁴. Derzeit befaßt sich eine Arbeitsgruppe im Rahmen des "Bündnisses für Arbeit" mit einer Neuregelung; es ist zu hoffen, daß dabei die Anrechnung auf Mißbrauchsfälle beschränkt wird.

2. Auswahlrichtlinien

Nach dem durch das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz eingefügten § 1 IV 1 KSchG konnte in Tarifverträgen sowie insbesondere in Richtlinien nach § 95 BetrVG bzw. nach Personalvertretungsrecht festgelegt werden, wie die sozialen Gesichtspunkte im Verhältnis zueinander zu bewerten waren. Eine solche auf kollektiver Ebene getroffene Festlegung durfte vom Arbeitsgericht nur auf "grobe Fehlerhaftigkeit" hin überprüft werden. § 1 IV 2 KSchG gab in Betrieben oder Verwaltungen ohne gewählte Arbeitnehmervertretung dem Arbeitgeber das Recht, einseitig derartige Richtlinien zu erlassen, sofern mindestens zwei Drittel der Arbeitnehmer des Betriebs oder der Dienststelle zustimmten.

Die Neuregelung hat die zuletzt genannte "Arbeitgeberrichtlinie" beseitigt²⁵. Die amtliche Begründung stützt sich dabei insbesondere auf die Einwände, die schon bisher in der Literatur gegen diese Regelung erhoben wurden²⁶. Es liege ein systemwidriger Einbruch in das Betriebsverfassungsrecht vor²⁷ (das in der Tat keine "basisdemokratische" Form von Rechtsetzung kennt), die Beschneidung der Arbeitnehmerrechte sei rechtsstaatlich problematisch²⁸, was angesichts des nicht geregelten Verfahrens bei der Ermittlung der Zwei-Drittel-Mehrheit auf der Hand liegt. Schließlich betont die Begründung, daß die Regelung praxisfremd sei, da Kleinunternehmer kein Interesse an einer derartigen Selbstbindung hätten²⁹. Soweit ersichtlich, hatte die Vorschrift keine (oder jedenfalls keine relevante) praktische Bedeutung. Sie ist Episode geblieben.

Die durch Tarifvertrag, Betriebs- oder Dienstvereinbarung geschaffene Richtlinie wurde demgegenüber beibehalten. Ihr möglicher Gegenstand ist sogar vom Wortlaut her erweitert worden. Erfaßt ist nicht allein die Bewertung der sozialen Gesichtspunkte untereinander, sondern auch die Frage, "welche sozialen Gesichtspunkte nach Abs. 3 S. 1 zu berücksichtigen sind"³⁰. Die gerichtliche Überprüfung ist weiterhin auf "grobe Fehlerhaftigkeit" beschränkt. Wie die Verweisung auf § 1 III 1 KSchG deutlich macht, kann die in Satz 2 geregelte Frage der Ausklammerung bestimmter Beschäftigter aus dem Kreis der für eine Kündigung in Betracht kommenden Arbeitnehmer nicht Gegenstand der Richtlinie sein. Insoweit bleibt es in allen Fällen bei der vollen gerichtlichen Überprüfung³¹. Dasselbe gilt für die Frage, ob eine einzelne Kündigung im Einklang mit der Richtlinie steht³².

Daß die Richtlinien nach § 1 IV KSchG nunmehr auch die zu berücksichtigenden sozialen Gesichtspunkte einbeziehen können, hängt damit zusammen, daß § 1 III KSchG über das seit 1996 geltende Recht hinaus "geöffnet" wurde. Insoweit handelt es sich um eine Folgeänderung³³, die den Stellenwert der Richtlinie nicht wesentlich beeinflußt. Seinem Sinn nach will § 1 IV KSchG die "soziale Auswahl" nach Abs. 3 leichter handhabbar machen, kann jedoch die gesetzliche Regelung

nicht derogieren. So weist etwa die amtliche Begründung darauf hin, grobe Fehlerhaftigkeit liege "insbesondere" dann vor, wenn die drei Hauptkriterien nicht oder völlig unausgewogen berücksichtigt würden³⁴. Dies bedeutet, daß entweder alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Gesichtspunkte herangezogen und z.B. mit einem Punktwert versehen werden, oder daß zwar eine Beschränkung auf die drei Hauptkriterien erfolgt, jedoch eine Einzelfallwürdigung vorbehalten bleibt. Diese zweite Möglichkeit ist auch schon unter der bis 1996 geltenden Rechtslage bejaht worden³⁵. Unzulässig wäre es dagegen, bestimmte Gesichtspunkte wie den Gesundheitszustand, einen früheren Arbeitsunfall oder die Chancen auf dem Arbeitsmarkt völlig auszuklammern, da dies auf eine Regelung hinauslaufen würde, die ab dem 1. 1. 1999 gerade beseitigt werden sollte³⁶.

3. Abschaffung der Namensliste

Das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz hatte die Vorschrift des § 1 V KSchG eingefügt, die die Möglichkeit eröffnete, in einem Interessenausgleich zwischen Betriebsrat und Geschäftsleitung die zu kündigenden Arbeitnehmer namentlich zu bezeichnen. In diesem Fall wurde vermutet, daß die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt war; außerdem konnte die soziale Auswahl insgesamt nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden. Dem Vernehmen nach ist von dieser Möglichkeit in der Praxis relativ häufig Gebrauch gemacht worden. Der ursprüngliche Gesetzentwurf wollte die Vorschrift beibehalten, da sie der Rechtssicherheit diene und die Rolle der Betriebsräte stärke³⁷. Der Gesetzgeber kam auf Grund des Berichts des Bundestagsausschusses für Arbeit und Sozialordnung³⁸ zu einem gegenteiligen Ergebnis: Das Ziel einer Stärkung des Betriebsrats sei nicht erreicht worden, der Einzelfallgerechtigkeit und dem individuellen Kündigungsschutz werde nicht ausreichend Rechnung getragen.

Die Entscheidung des Gesetzgebers schließt es nicht aus, auch in Zukunft eine Namensliste in den Interessenausgleich aufzunehmen, doch hat sie nicht die bislang vorgesehenen rechtlichen Folgen³⁹. Faktisch werden dadurch eventuell die Prozeßchancen verringert, weil sich ein Gericht gegebenenfalls scheuen wird, ein einmal geschnürtes Paket wieder in Frage zu stellen. Mehr ist nach neuem Recht nicht möglich. Auch ein Ausweichen auf Richtlinien nach § 1 IV KSchG scheidet aus, da diese notwendigerweise generellen Charakter tragen; in der Literatur ist deshalb auch lediglich streitig, wie konkret die Vorgaben für den

Däubler: Das Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte - Ein Kurswechsel im Arbeitsrecht (NJW 1999, 601)

604

Arbeitgeber sein dürfen⁴⁰. Davon ganz abgesehen, würde eine solche Handhabung ersichtlich die mit der Abschaffung des § 1 V KSchG verbundene Absicht des Gesetzgebers verfehlen.

Die bisher geltende Regelung enthielt überdies ein nicht unbeträchtliches verfassungsrechtliches Risiko. Nach der Rechtsprechung des *BVerfG*⁴¹ ergibt sich aus Art. 12 I GG eine staatliche Schutzpflicht auch zugunsten der beruflichen Betätigungsfreiheit des Arbeitnehmers:

Dieser dürfe selbst im Kleinbetrieb den Kündigungen durch den Arbeitgeber nicht "schutzlos ausgeliefert" sein, obwohl dort das gegenläufige Arbeitgebergrundrecht in besonders starkem Maße schutzwürdig ist. Der Arbeitnehmer sei daher vor willkürlichen oder auf sachfremden Motiven beruhenden Kündigungen zu schützen, bei "Auswahlverfahren" sei ein gewisses Maß an sozialer Rücksichtnahme geboten. Schließlich dürfe auch ein durch langjährige Mitarbeit erdientes Vertrauen in den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses nicht unberücksichtigt bleiben⁴².

Ob dieses verfassungsrechtliche Minimum noch gewahrt ist, wenn eine auf Grund einer Namensliste ausgesprochene Kündigung nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden kann, erscheint

zumindest zweifelhaft. Hinzu kommt, daß in anderen als Kleinbetrieben das Arbeitgeberinteresse an freier Personaldisposition einen etwas geringeren Stellenwert besitzt, so daß der Schutzpflicht gegenüber dem Arbeitnehmer erhöhte Bedeutung zukommt. Schließlich ist zu beachten, daß der aus Art. 12 I GG folgende Minimal-Kündigungsschutz ein Individualrecht ist, dessen Wahrung nicht einfach bei der betrieblichen Interessenvertretung monopolisiert werden darf⁴³. Daß die Namensliste Rechtssicherheit geschaffen hat, die jetzt nicht mehr besteht, läßt sich nicht bestreiten⁴⁴. Bereits im Zusammenhang mit der sozialen Auswahl nach § 1 III KSchG ist jedoch darauf hingewiesen worden, weshalb dies in dem hier erörterten konkreten Zusammenhang nicht unbedingt von Nachteil ist⁴⁵.

4. Die Änderung der sogenannten Kleinbetriebsklausel

Nach § 23 I 2 KSchG waren seit dem Arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetz von 1996 Betriebe mit nicht mehr als zehn Arbeitnehmern vom Kündigungsschutz ausgenommen. Vorher hatte die Zahl bei fünf gelegen. Diese Entscheidung machte der Gesetzgeber nunmehr wieder rückgängig; das Kündigungsschutzgesetz greift ab 1. 1. 1999 wieder ein, sobald die Zahl fünf überschritten ist⁴⁶. Nach der amtlichen Begründung rechtfertigt sich dies damit, daß in den vom Kündigungsschutz seit 1996 ausgenommenen Betrieben keine nennenswerten Neueinstellungen erfolgt seien⁴⁷. Auf der anderen Seite drohe aber für ca. 2 Millionen ein Beschäftigungsabbau, da der übergangsweise fortdauernde Kündigungsschutz aus der Zeit vor 1996 nach § 23 I 4 KSchG mit dem 30. 9. 1999 auslaufe⁴⁸.

Eine besonders wechselvolle Geschichte hat die Berücksichtigung der Teilzeitkräfte. Das ursprünglich geltende Prinzip Arbeitnehmer = Arbeitnehmer wurde erstmals durch das Beschäftigungsförderungsgesetz 1985⁴⁹ durchbrochen, wonach Arbeitnehmer mit nicht mehr als 10 Stunden wöchentlich oder 45 Stunden monatlich nicht mitzählten. Das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz von 1996 hatte in § 23 III 3 KSchG eine differenzierte Neuregelung gebracht: Arbeitnehmer mit nicht mehr als 10 Wochenstunden zählten ein Viertel, solche mit nicht mehr als 20 Wochenstunden einhalb, solche mit nicht mehr als 30 Wochenstunden drei Viertel. Der ursprüngliche Gesetzentwurf wollte diese Regelung unverändert beibehalten; im Gesetzgebungsverfahren wurde jedoch aufgrund des Vorschlags des Bundestagsausschusses für Arbeit und Sozialordnung der Teil der Vorschrift gestrichen, wonach Teilzeitkräfte bis zu 10 Wochenstunden nur zu einem Viertel mitzählen⁵⁰. Die Begründung ist auch mit Rücksicht auf die weitere Diskussion um die 630 -DM-Verträge von Interesse: Man wolle keinen Anreiz für geringfügige Beschäftigungsverhältnisse bieten⁵¹. Praktisch bedeutet dies, daß alle Beschäftigten ohne Rücksicht auf die Wochenarbeitszeit zumindest zu einhalb mitzählen⁵².

Der Gesetzgeber hat darauf verzichtet, aus den beiden Entscheidungen des *BVerfG* vom 27. 1. 1998⁵³ Konsequenzen zu ziehen. Dies ist insofern bedauerlich, als das *BVerfG* eine teleologische Reduktion des § 23 I 2 KSchG in all den Fällen verlangt, in denen der Kleinbetrieb Teil einer größeren wirtschaftlichen Einheit ist: Dies läßt sich für die Rechtsprechung schwer handhaben, da auf der anderen Seite auch nicht einfach eine schlichte Addition der Beschäftigten aus mehreren Betrieben desselben Unternehmens geboten ist⁵⁴. Weiter hätte es nahegelegen, den von der Verfassung gebotenen Minimalkündigungsschutz gesetzlich näher auszuformen; solange dies nicht geschieht, ist die Rechtsprechung um ihre Aufgabe nicht zu beneiden⁵⁵.

5. Übergangsprobleme

Das Gesetz enthält keine Übergangsvorschriften. Die seit 1996 bestehende Vorschrift des § 23 I 4 KSchG, die die Fortdauer des 1996 bestehenden Kündigungsschutzes bis Ende September 1999

vorsah, ist ersatzlos aufgehoben worden; durch die Rückkehr zur alten Grenze beim Kleinbetrieb sei sie "gegenstandslos" geworden⁵⁶. Dies ist offensichtlich zu kurz gedacht⁵⁷. Der Kündigungsschutz konnte 1996 auch deshalb verlorengehen, weil Teilzeitkräfte nur noch proportional ihrer Stundenzahl Berücksichtigung fanden. Diese Regelung ist aber zum Teil beibehalten worden, so daß auch jetzt noch ein (wenn auch sehr eingeschränktes) Bestandsproblem existierte. Wer Anfang 1996 in einem Kleinbetrieb mit vier Vollzeitbeschäftigten und zwei Halbtagskräften tätig war, genoß Kündigungsschutz, weil die Halbtagskräfte voll mitzählten. Nach heute geltendem Recht werden sie jeweils nur als halbe Arbeitnehmer berücksichtigt, so daß der Betrieb die Fünf-Personen-Grenze nicht überschreitet. Angesichts der eindeutigen Aufhebung des § 23 I 1 4 KSchG läßt sich dies im Ergebnis nicht ändern; vielleicht sollte sich die Methodenlehre etwas mehr um die rechtliche Relevanz von Irrtümern des Gesetzgebers kümmern.

Eine Kündigung, die noch 1998 ausgesprochen wurde, d.h. dem Arbeitnehmer zugegangen ist, ist nach bisherigem Recht zu behandeln. Insoweit gilt dasselbe wie für die tatsächlichen Grundlagen⁵⁸, deren nachträgliche Änderung die Kündigung ja nicht unwirksam macht, sondern allenfalls

Däubler: Das Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte - Ein Kurswechsel im Arbeitsrecht(NJW 1999, 601)

605

zu einem Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers führt⁵⁹. Eine abweichende Regelung hätte - ihre Zulässigkeit unterstellt - ausdrücklich erfolgen müssen. Darauf ist jedoch anders als bei der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall⁶⁰ und beim Kündigungsfristengesetz im Jahre 1994⁶¹ verzichtet worden. Im Einzelfall kann ein Arbeitgeber versucht gewesen sein, unter Ausnutzung des alten Rechts odereiner Namensliste eine Kündigung nicht zum nächst zulässigen, sondern zu einem weiter in der Zukunft liegende Zeitpunkt auszusprechen. Ein solches Verhalten wäre als Gesetzesumgehung zu qualifizieren, es sei denn, der Arbeitgeber könne einen sachlichen Grund für seine Entscheidung ins Feld führen⁶². Ein solcher ist nicht ersichtlich; das Vertrauen in den Fortbestand der bisherigen gesetzlichen Regelung ist nicht schutzwürdig, zumal sie im politischen Raum von Anfang an hoch kontrovers war⁶³.

III. Entgeltfortzahlung bei Krankheit und in vergleichbaren Fällen

Während im Kündigungsschutzrecht die 1996 vorgenommenen Veränderungen fast vollständig rückgängig gemacht wurden, läßt sich dies im Bereich der Entgeltfortzahlung nicht mit derselben Eindeutigkeit sagen. Auch ist die Lage insofern eine andere, als die Tarifpolitik in der Zwischenzeit für viele Beschäftigte einen partiellen Ausgleich geschaffen hat⁶⁴. Im einzelnen stellt sich die Situation nunmehr wie folgt dar:

1. Rückkehr zur 100%-Regel bei der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

Der neue § 4 I EFZG bestimmt, daß im Falle der Krankheit nach näherer Maßgabe des § 3 I EFZG das dem Arbeitnehmer "bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit zustehende Arbeitsentgelt" fortzuzahlen ist. Schon der nächste Absatz bringt allerdings eine Einschränkung: Nach § 4 Ia EFZG bleibt das Entgelt für Überstunden außer Betracht⁶⁵. Dies betrifft nicht nur die Zuschläge, sondern auch die für die einzelne Stunde bezahlte Grundvergütung⁶⁶. Ob die Überstunden regelmäßig anfallen oder nicht, spielt keine Rolle. Der Gesetzgeber ist damit einer verbreiteten Tarifpraxis gefolgt, die im Rahmen einer Aufstockung auf 100% häufig ebenfalls die Überstunden ausgeklammert hatte⁶⁷.

Die Rückkehr zur vollen Entgeltfortzahlung machte die Regelung des § 4a EFZG überflüssig, wonach ein Arbeitnehmer die Absenkung auf 80% verhindern konnte, wenn er für fünf Krankheitstage einen Urlaubstag opferte. Nach der amtlichen Begründung betrifft die Neuregelung nur etwa 20% aller

Arbeitnehmer, während die übrigen kraft Tarifvertrags schon bislang einen Anspruch auf 100% hatten⁶⁸.

Bei den vorhandenen Tarifverträgen stellt sich das Problem, daß die Aufstockung auf 100% in der Regel mit Konzessionen auf anderen Gebieten erkaufte wurde, die nunmehr ihren Sinn verloren haben. Es könnte naheliegen, hier einen Wegfall der Geschäftsgrundlage anzunehmen mit der Folge, daß über eine Anpassung an die veränderten Umstände zu verhandeln wäre⁶⁹. Dies scheitert jedoch unter anderem daran, daß die Änderungen nicht "unvorhersehbar" waren. Genau wie Arbeitgeber sich nicht darüber beklagen können, nunmehr nur noch unter erschwerten Bedingungen Kündigungen aussprechen zu dürfen, können auch Gewerkschaften die von ihnen gemachten Konzessionen nicht zurückverlangen, weil sich im Rahmen des demokratischen Prozesses veränderte rechtliche Rahmenbedingungen ergeben haben⁷⁰. In künftigen Tarifverhandlungen kann eine Neuregelung versucht werden. Ein anderes Ergebnis wäre nur dadurch erreichbar gewesen, daß man die Gültigkeit der Tarifverträge an den Fortbestand der 80%-Regel gekoppelt hätte. Soweit Tarifverträge hinter der Neuregelung zurückbleiben, sind sie nur noch insoweit wirksam, als sie die Bemessungsgrundlage anders als im Gesetz vorgesehen bestimmen (§ 4 IV EFZG). Regelungen, die die 100% nicht erreichen, sind unwirksam. Erst recht gilt dies für eine Bestimmung, wonach die Entgeltfortzahlung später, nämlich dann einsetzt, wenn ein vorhandenes Zeitguthaben abgebaut ist.

2. Maßnahmen der medizinischen Vorsorge und Rehabilitation

§ 9 I EFZG stellt unter bestimmten Voraussetzungen die Teilnahme des Arbeitnehmers an Maßnahmen der medizinischen Vorsorge und Rehabilitation der Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit gleich. Die Rückkehr zur 100%-Regel gilt damit auch für diesen Fall. Der durch das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz von 1996 geänderte § 10 BUrlG gewährte dem Arbeitgeber das Recht, die ersten zwei von fünf Tagen auf den Urlaub anzurechnen, in denen der Arbeitnehmer wegen einer Maßnahme der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation an der Arbeitsleistung verhindert war. Dies hatte nicht nur sozialpolitische, sondern auch rechtliche Bedenken hervorgerufen, da auf diese Weise in tariflich garantierte Urlaubsansprüche eingegriffen werden konnte. Der Gesetzgeber griff diese Bedenken auf⁷¹ und kehrte zu der bis 30. 9. 1996 geltenden Fassung des § 10 BUrlG zurück. Danach ist die Anrechnung auf den Urlaub ausdrücklich ausgeschlossen, soweit ein Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz besteht.

3. Übergangsvorschriften

Anders als im Bereich des Kündigungsschutzes hat der Gesetzgeber bei der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und bei der Behandlung von Maßnahmen der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation Übergangsregeln geschaffen. Nach dem neu formulierten § 13 EFZG⁷² besteht ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung in Höhe von 100% bereits ab dem 9. 12. 1998 (Tag der dritten Lesung), sofern nicht die bisher geltende Regelung für den Arbeitnehmer günstiger war. Letzteres ist insbesondere bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten anzunehmen, bei der nach § 4 I 2 EFZG schon bisher die 100%-Regel mit einer Bemessungsgrundlage einschließlich Überstunden galt. Außerdem ist an den Fall ungewöhnlich zahlreicher Überstunden zu denken⁷³. Eine entsprechende Vorschrift enthält der neue § 15a BUrlG⁷⁴ für die Teilnahme an

4. Unveränderte Regelungen

Der 1996 geschaffene Rechtszustand blieb in zwei Punkten ausdrücklich aufrechterhalten:

(1) Nach § 3 III EFZG entsteht der Anspruch auf Entgeltfortzahlung erst nach vierwöchiger ununterbrochener Dauer des Arbeitsverhältnisses. Dabei kommt es allerdings allein auf den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses an²⁵.

(2) Die Kürzung von Sondervergütungen infolge von Krankheit ist in bisherigem Umfang zulässig. § 4b EFZG gilt unverändert als § 4a EFZG weiter.

IV. Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes

Durch das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz wurden in § 113 III 2, 3 BetrVG Fristen in bezug auf die Verhandlungen über den Interessenausgleich eingeführt. Von der vollständigen Information des Betriebsrats über die geplante Betriebsänderung an gerechnet, standen für die Verhandlungen als solche zwei Monate zur Verfügung; wurde die Einigungsstelle angerufen, war für ihr Verfahren ein weiterer Monat vorgesehen. Beide Vorschriften wurden ersatzlos beseitigt²⁶, das Verfahren über den Interessenausgleich entfristet. In der Begründung heißt es, dem Betriebsrat solle es wieder ermöglicht werden, "mit dem Arbeitgeber Alternativen zur geplanten Betriebsänderung in einem Zeitraum zu beraten, der nach Umfang, Schwierigkeit und Tragweite der Umstrukturierung erforderlich ist, um zu sachgerechten Lösungen kommen zu können²⁷". An anderer Stelle wird der Zweck der Neuregelung mit den Worten umschrieben²⁸:

"Hiermit soll der Befriedigungseffekt, der dem Interessenausgleichsverfahren innewohnt, wieder hergestellt werden. Das tatsächliche Gelingen einer Betriebsänderung hängt entscheidend davon ab, daß der Betriebsrat die Möglichkeit hat, Alternativvorschläge zu erarbeiten und diese mit dem Arbeitgeber zu erörtern. Gerade bei Betriebsänderungen im Rahmen von Umstrukturierungsmaßnahmen, die sehr komplex und mit weitreichenden Auswirkungen für die Arbeitnehmer verbunden sein können, reicht die zwei- bzw. dreimonatige Frist für das gesamte Interessenausgleichsverfahren einschließlich der Anrufung und Verhandlung vor der Einigungsstelle in aller Regel nicht aus."

Für die künftige Praxis folgen daraus zwei Dinge. Zum einen ist es auch nach Auffassung des Gesetzgebers legitim, wenn Verhandlungen über einen Interessenausgleich einschließlich Einigungsstelle erheblich länger als drei Monate dauern. In der Literatur wird eine Verlängerung bis auf neun Monate erwartet²⁹, doch läßt sich angesichts der Unterschiedlichkeit der jeweiligen Konstellationen schwerlich eine "Faustregel" entwickeln. Auch ist zu beachten, daß die Ungewißheit der Verfahrensdauer den Arbeitgeber veranlassen kann, relativ schnell zu einer einvernehmlichen Lösung zu kommen und damit den vom Gesetz erwünschten (wenn auch nicht erzwungenen) Zustand herbeizuführen. Zum zweiten macht die Gesetzesbegründung deutlich, daß es in den Verhandlungen über einen Interessenausgleich insbesondere um die Diskussion von Alternativen geht. Statt Personal abzubauen, läßt sich beispielsweise an eine Arbeitszeitverkürzung ohne Lohnausgleich für zwei bis drei Jahre denken³⁰. Über Derartiges zu diskutieren ist allerdings sinnlos, wenn die Arbeitgeberseite vollendete Tatsachen schaffen kann, indem die Betriebsänderung vorgenommen, insbesondere der Personalabbau mit Hilfe von Kündigungen durchgeführt wird. Offensichtlich ging also der Gesetzgeber davon aus, daß solche Unterlaufungsstrategien nicht existieren oder jedenfalls unterbunden werden können. Alle diejenigen, die dem Betriebsrat das Recht einräumen, vom Arbeitgeber das Unterlassen von Kündigungen und anderer "Störmaßnahmen" während der Verhandlungen über den Interessenausgleich zu verlangen, werden sich in Zukunft auf die Gesetzesbegründung stützen können³¹.

V. Die Neufassung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes

1. Die Ausgangssituation

Das nach vielen Auseinandersetzungen zustande gekommene Arbeitnehmer-Entsendegesetz vom 25. 2. 1996⁸² (AEntG) unternahm den Versuch, den Grundsatz "gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort" auch in der Bauwirtschaft der Gegenwart durchzusetzen. Anlaß war die verbreitete Praxis ausländischer Unternehmen, Billigarbeitskräfte (mit einer Vergütung von 20 bis 50% des deutschen Niveaus) auf deutschen Baustellen einzusetzen und damit Marktanteile hinzuzugewinnen. Dazu kamen zahlreiche halblegale und illegale Praktiken⁸³. Die "Eindämmungstherapie" des Gesetzes bestand darin, für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge auch auf die nach Deutschland entsandten "Billigarbeitskräfte" zu erstrecken, soweit sie einen für alle gleichen Mindestlohn oder Urlaubsregelungen enthielten. Im einzelnen waren Meldepflichten und Kontrollmöglichkeiten der Bundesanstalt für Arbeit und der Hauptzollämter vorgesehen; die Nicht-Gewährung des Mindestlohns bzw. des Urlaubs konnte mit einem Bußgeld geahndet werden. Außerdem sah § 6 AEntG unter bestimmten Voraussetzungen als Sanktion den Anschluß von öffentlichen Aufträgen vor.

Dem Gesetz war im Zeitalter des Marktradikalismus und der Deregulierung kein sehr gutes Schicksal beschieden. Ein Mindestlohntarifvertrag kam zwar zustande, doch scheiterte seine Allgemeinverbindlicherklärung (und damit auch die Erstreckung auf die ins Inland entsandten Arbeitskräfte) am Veto der Arbeitgeberseite im Tarifausschuß⁸⁴. Der schließlich zustandegekommene und auch für allgemeinverbindlich erklärte Tarif garantierte ein sehr viel niedrigeres Niveau⁸⁵. Damit war allerdings nur die erste Schwierigkeit überwunden. Da für einige Monate ins Inland entsandte ausländische Arbeitskräfte schwerlich ein deutsches Arbeitsgericht anrufen, konnte eine prozessuale Durchsetzung des garantierten Mindeststandards nur von der gemeinsamen Urlaubskasse der Bauwirtschaft erwartet werden. Das für deren Klagen zuständige *ArbG Wiesbaden* konnte jedoch keinen deutschen Gerichtsstand finden und wies die Klage deshalb als unzulässig ab⁸⁶. Daneben ergaben sich zahlreiche Probleme bei der administrativen Kontrolle und der Verhängung von Sanktionen.

An relativ versteckter Stelle - durch Art. 10 des Ersten SGB-III-Änderungsgesetzes⁸⁷ - hat der Gesetzgeber dem im gewissen Umfang Rechnung getragen und insbesondere durch den neuen § 7 AEntG einen deutschen Gerichtsstand geschaffen. Außerdem wurden die Tarifverträge auf Leiharbeiter erstreckt (§ 1 IIa AEntG). Die Meldepflichten

Däubler: Das Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte - Ein Kurswechsel im Arbeitsrecht (NJW 1999, 601)

607

wurden erweitert, ebenso die Möglichkeiten zur Verhängung von Sanktionen.

Die Schwierigkeiten waren damit keineswegs ausgestanden. Das *OLG Düsseldorf* weigerte sich, entgegen Wortlaut und Sinn des Gesetzes den Bußgeldtatbestand auch auf inländische Arbeitgeber zu erstrecken⁸⁸. Dies war um so gravierender, als das *ArbG Wiesbaden* das Entsendegesetz unter anderem deshalb für EG-rechtswidrig erklärte, weil es ausländische gegenüber inländischen Anbietern benachteilige und überdies die Dienstleistungsfreiheit unangemessen einschränke. Der aus diesem Anlaß eingeschaltete *EuGH*⁸⁹ hätte gar keine andere Möglichkeit gehabt, als einen Verstoß gegen EG-Recht festzustellen, wenn es bei dieser Auslegung geblieben wäre.

Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz war schließlich bis 1. 9. 1999 befristet. Die EG-Entsenderichtlinie vom 16. 12. 1996⁹⁰ verlangt entgegen dem Trend der vielen "Nadelstiche" gegen das Gesetz eine Ausdehnung bestimmter Mindeststandards auf alle Branchen, die Erstreckung der Lohn- und

Urlaubstarife im Bausektor auf die entsandten Arbeitskräfte sowie eine unbefristete Regelung⁹¹. Da sie bis 16. 12. 1999 umzusetzen war, bestandauch von daher Novellierungsbedarf in bezug auf das Arbeitnehmer-Entsendegesetz.

2. Die wichtigsten Neuerungen für den Bausektor

§ 1 I AEntG erweitert in der nunmehr geltenden Fassung den Spielraum für die Tarifvertragsparteien. Nicht nur die für alle geltenden Mindestlöhne, sondern sämtliche tariflichen Löhne einschließlich der Überstundensätze können auf die ins Inland entsandten Arbeitskräfte erstreckt werden⁹². Damit ist ein Stück mehr Wettbewerbsgleichheit geschaffen, obwohl bei anderen Gegenständen wie der tariflichen Wochenarbeitszeit weiterhin erhebliche Unterschiede möglich sind. Ausdrücklich einbezogen sind nunmehr auch in Deutschland ansässige Arbeitgeber⁹³. Nach dem neuen § 1 IIIa AEntG erfolgt die Erstreckung der tariflichen Mindestbedingungen auf entsandte Arbeitskräfte nicht nur dann, wenn der entsprechende Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt worden ist. Daneben gilt es vielmehr jetzt einen zweiten Weg: Wenn zumindest eine Tarifvertragspartei die Ausdehnung will und deshalb die Allgemeinverbindlicherklärung beantragt hat, kann das Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung im Wege der Rechtsverordnung eine Erstreckung auf die entsandten Arbeitskräfte vornehmen. Die Tarifautonomie ist dadurch nicht verletzt, da den aus freien Stücken getroffenen Abmachungen lediglich eine größere Wirkung beigemessen wird; es werden auch Personengruppen einbezogen, die man aus eigener Kraft nicht erreichen könnte. Angesichts des Günstigkeitsprinzips ist auch die negative Koalitionsfreiheit gewahrt⁹⁴. Sollte der Fall eintreten, daß die Tarifvertragsparteien die Mindestlöhne absenken, müßte allerdings die Verordnung unverzüglich angepaßt werden, da andernfalls die Tarifgebundenen wegen ihrer Gewerkschafts- bzw. Verbandsmitgliedschaft entgegen Art. 9 III 2 GG benachteiligt wären⁹⁵.

Der neue § 1a AEntG sieht eine sogenannte Generalunternehmerhaftung vor. Wer als Unternehmer (nicht als Privatmann) Bauarbeiten in Auftrag gibt, haftet wie ein selbstschuldnerischer Bürge für die Einhaltung der tariflichen Mindestbedingungen durch den Auftragnehmer und seine Subunternehmer. Letztere werden insoweit wie Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB behandelt. Auf diese Weise ist insbesondere sichergestellt, daß in Deutschland ansässige Unternehmen nur korrekt handelnde ausländische Partner heranziehen. Auch wird damit das leidige Problem aus der Welt geschafft, daß ausländische Arbeitgeber häufig nicht zu "packen" sind, weil sich schon ihre Anschrift nicht zuverlässig ermitteln läßt oder es sich um vorgeschobene Firmen handelt, die sich als vermögenslos herausstellen oder auflösen⁹⁶.

Die Meldepflichten gegenüber deutschen Behörden nach § 3 AEntG werden dadurch verbessert, daß nicht nur Name und Vorname der entsandten Arbeitskraft, sondern auch das Geburtsdatum angegeben werden muß. Bisweilen steckt der Teufel im Detail; die amtliche Begründung enthält lesenswerte Ausführungen zur Häufigkeit bestimmter Vor- und Zunamen im Ausland⁹⁷.

Der Rahmen für Sanktionen wurde erweitert; Bußgelder können bis zu einer Million DM reichen. Auch wird der Informationsfluß zu den Vergabestellen verbessert, um so sicherzustellen, daß ein Ausschluß unzuverlässiger Unternehmen von öffentlichen Aufträgen auch wirklich funktioniert. Anders als das Arbeitnehmer-Entsendegesetz 1996 ist das Gesetz nicht mehr befristet.

3. Regeln für andere Branchen

Der neue § 7 AEntG sieht in Ausführung der EG-Richtlinie vor, daß staatliche, d.h. in Rechts- oder Verwaltungsvorschriften enthaltene Mindestregelungen über bestimmte Gegenstände auch auf im Inland tätige Arbeitnehmer erstreckt werden, deren Arbeitgeber im Ausland ansässig ist. Erfaßt sind

etwa die Höchstarbeitszeiten und die Mindestruhezeiten nach dem Arbeitszeitgesetz, der Mindesturlaub nach § 3 BUrlG in Höhe von vier Wochen sowie die "Mindestentgeltsätze einschließlich der Überstundensätze". Da es in Deutschland keine staatliche Mindestlohngesetzgebung gibt⁹⁸, kann damit nur jene Minimalvergütung gemeint sein, die die Rechtsprechung aus § 138 BGB bzw. § 302a StGB a.F. ableitet⁹⁹. Die weiter genannten Bedingungen für die Arbeitnehmerüberlassung und der Arbeitsschutz gehören zum öffentlichen Recht, das traditionellerweise zu den Eingriffsnormen nach Art. 34 EGBGB zählt und deshalb auch gegenüber ausländischem Arbeitsvertragsrecht durchgesetzt wird¹⁰⁰. Ob dies auch für den in § 7 I Nr. 7 AEntG genannten Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen und für andere Nicht-Diskriminierungsbestimmungen gilt, ist weniger offenkundig; gleichwohl ist die Erstreckung zu begrüßen.

VI. Vorläufige Einschätzung

Mit Ausnahme des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes hat das hier dargestellte Gesetz im Arbeitsrecht fast ausschließlich Korrekturen vorgenommen und auf eigene neue Akzente

Däubler: Das Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte - Ein Kurswechsel im Arbeitsrecht(NJW 1999, 601)

608

verzichtet. Anders verhält sich dies möglicherweise mit der Einbeziehung von sogenannten Scheinselbständigen in die Sozialversicherung¹⁰¹ und von arbeitnehmerähnlichen Personen in die Rentenversicherung¹⁰². Beides scheint zwar zunächst keinerlei arbeitsrechtliche Konsequenzen zu haben, da die sozialrechtliche Begriffsbildung für das Arbeitsrecht nicht maßgebend ist. Dennoch dürfte es wenig wahrscheinlich sein, daß ein Arbeitsgericht Personen als Selbständige behandeln wird, die von der zuständigen AOK als versicherungspflichtige Beschäftigte, d.h. als Arbeitnehmer qualifiziert werden. Sobald sich eine bestimmte Praxis eingespielt hat, wird diese auch im Arbeitsrecht spürbar sein. Vom "arbeitnehmerähnlichen Selbständigen" dürften voraussichtlich weniger Anregungen ausgehen, da die gesetzliche Umschreibung keine neuen Elemente enthält. Insofern stellt die Neuregelung nur einen weiteren Mosaikstein in der Ausgestaltung der Rechtsstellung solcher Selbständigen dar, die wirtschaftlich abhängig und sozial schutzbedürftig sind¹⁰³.

Die arbeitsrechtlichen Bestimmungen des Gesetzes stellen sich politisch als Reaktion auf den 1996 unternommenen Versuch dar, Jahrzehnte alte Spielregeln zu ändern. Da dieser Eingriff in Bewährtes jedenfalls keine vorzeigbaren Erfolge hatte, waren Enttäuschung und Protest die Folge. Beides hat sich - so kann man vermuten - im Wahlverhalten niedergeschlagen. Dem Willen der Mehrheit entsprechend ist der Abbau von Arbeitsplätzen erstmals wieder erschwert worden¹⁰⁴. Die eigentliche Auseinandersetzung um ein besseres und moderneres Arbeitsrecht wird in den nächsten ein bis zwei Jahren stattfinden. Gute Ideen sind innerhalb wie außerhalb des Bündnisses für Arbeit gefragt.

‡ Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches und Europäisches Arbeitsrecht, Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht am Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Bremen.

¹ BT-Dr 14-45.

² BT-Plenarprotokoll 14-14, S. 862.

³ BGBl I, 3843.

⁴ BGBl I, 1476; dazu *Preis*, NJW 1996, 3369.

⁵ BGBl I, 1476; *Preis*, NJW 1996, 3369.

- 6 Überblick über den Diskussionsstand bei *Kittner-Trittin*, KSchR, 3. Aufl. (1997), § 1 KSchG Rdnrn. 471f.
- 7 *Kittner*, AuR 1997, 184; zu weiteren Problemen des Kriteriums Unterhaltspflicht s. *Etzel*, in: KR, 5. Aufl. (1998), § 1 KSchG Rdnrn. 689f.
- 8 Art. 6 Nr. 1 lit. a aa des Gesetzes, BGBl I, 3849.
- 9 So auch die Begr. des GE, BT-Dr 14-45, S. 53.
- 10 BAG, NJW 1984, 78 = DB 1983, 1822.
- 11 BT-Dr 14-45, S. 52.
- 12 BT-Dr 14-45, S. 36.
- 13 Dazu etwa BAGE 64, 34 = NZA 1990, 729 = DB 1990, 1335.
- 14 S. o. Fußn. 4.
- 15 Umf. Nachw. über den Diskussionsstand zu beiden Punkten bei *Etzel* (o. Fußn. 7), § 1 KSchG Rdnrn. 648-653 und 654-665.
- 16 Art. 6 Nr. 1 lit. a bb des Gesetzes, BGBl I, 3849.
- 17 Auf diesen Unterscheid verweist auch *B. Gaul*, DB 1998, 2468.
- 18 BT-Dr 14-45, S. 53.
- 19 S. etwa *Bauer-Lingemann*, NZA 1993, 626; *Berkowsky*, in: Münchener Hdb. z. ArbeitsR, § 135 Rdnr. 52.
- 20 In der amtl. Begr. des Koalitionsentwurfs ist davon die Rede, unter dem alten Rechtszustand sei in der "Erhaltung einer ausgewogenen Altersstruktur" ein berechtigtes betriebliches Bedürfnis gesehen worden (BT-Dr 14-45, S. 53). Dies ist unzutreffend (auf den Widerspruch verweist zu Recht auch *Schiefer*, DB 1999, 50; Bedenken auch bei *Bader*, NZA 1999, 69 Fußn. 50) und besagt deshalb nichts über die Auslegung des neuen Rechts: Ein auf Irrtum beruhender Satz in der Begründung kann schwerlich das Gesamtkonzept in Frage stellen. Im Ergebnis wie hier: *Hinrichs*, AiB 1999, 2.
- 21 *B. Gaul*, DB 1998, 2467.
- 22 Einzelheiten bei *Däubler*, in: Festschr. f. Gnade, 1992, S. 95.
- 23 Entwurf eines Steuerentlastungsgesetzes 1999-2000-2002, Art. 1 Nr. 3 lit. a, Nr. 33, BT-Dr 14-23.
- 24 Zu dieser Regelung *Bauer-Röder*, BB 1997, 834; *Däubler*, ArbeitsR I, 15. Aufl. (1998), Rdnrn. 1124a-1124i.
- 25 Art. 6 Nr. 1 lit. b des Gesetzes faßt § 1 IV KSchG neu und enthält diese Regelung nicht mehr.
- 26 S. etwa *v. Hoyningen-Huene-Linck*, DB 1997, 41 (44).
- 27 BT-Dr 14-45, S. 36.
- 28 BT-Dr 14-45, S. 53.
- 29 BT-Dr 14-45, S. 36.
- 30 Art. 6 Nr. 1 lit. b des Gesetzes.
- 31 Ebenso i. E. *Bader*, NZA 1999, 69; *B. Gaul*, DB 1998, 2468.
- 32 *Däubler*, ArbeitsR II, 11. Aufl. (1998), Rdnr. 1065; ebenso i.E. *Bader*, NZA 1999, 70, der darin allerdings zu Unrecht einen Fall der groben Fehlerhaftigkeit sieht.
- 33 BT-Dr 14-45, S. 53.
- 34 BT-Dr 14-45, S. 53.
- 35 BAGE 64, 34 = NZA 1990, 729 = DB 1990, 1335.
- 36 Ähnlich *Hinrichs*, AiB 1999, 3.
- 37 BT-Dr 14-45, S. 36.
- 38 BT-Dr 14-151, S. 38.

39 BT-Dr 14-151, S. 38, verweist ausdrücklich darauf, eine entsprechende Abmachung sei schon vor Oktober 1996 möglich gewesen. Ebenso *Löwisch*, BB 1999, 104, und *Hinrichs*, AiB 1999, 3, der zusätzlich darauf verweist, daß auch eine Umdeutung in eine Richtlinie nach § 1 IV KSchG ausscheidet.

40 Überblick über den Diskussionsstand bei *Klebe*, in: *Däubler-Kittner-Klebe* (Hrsg.), BetrVG, 6. Aufl. (1998), § 95 Rdnr. 23.

41 Zuletzt *BVerfG*, NJW 1998, 1475 = NZA 1998, 471 = DB 1998, 826.

42 *BVerfG*, NJW 1998, 1475 = NZA 1998, 471 = DB 1998, 826 (827).

43 Zu rechtspolitischen Bedenken gegen die Namensliste s. *Däubler* (o. Fußn. 24), Rdnr. 1118b.

44 Insoweit zutr. *Schiefer*, DB 1999, 49.

45 S. oben II 1c.

46 Art. 6 Nr. 2 lit. a des Gesetzes.

47 BT-Dr 14-45, S. 34.

48 BT-Dr 14-45, S. 34.

49 BGBl I, 710.

50 BT-Dr 14-151, S. 38.

51 BT-Dr 14-151, S. 38.

52 Entsprechende Änderungen wurden in § 622 BGB, § 2 ArbplSchG, § 6 ASchG und § 11 ASiG vorgenommen.

53 *BVerfG*, NJW 1998, 1475 = NZA 1998, 471 = DB 1998, 826; *BVerfG*, NJW 1998, 1479 = NZA 1998, 470 = DB 1998, 829.

54 Weitergehend will *Löwisch*, BB 1999, 102, schon heute ausschließlich auf das Unternehmen abstellen.

55 Vorschläge zur Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Vorgaben bei *Kittner*, NZA 1998, 731; *Falder*, NZA 1998, 1254.

56 BT-Dr 14-45, S. 54.

57 Kritisch dazu auch *Bader*, NZA 1999, 68.

58 Auf die Parallele verweist auch *Löwisch*, BB 1998, 2582.

59 *Däubler* (o. Fußn. 32), Rdnrn. 1171ff.; *Zwanziger*, BB 1997, 42.

60 Dazu unten III 3.

61 Art. 222 Nr. 1 EGBGB.

62 So *BAG*, NZA 1988, 877 = BB 1988, 1393, für den Fall einer unmittelbar bevorstehenden tariflichen Unkündbarkeit. Gegen diese Parallele *Bader*, NZA 1999, 67.

63 Im Ansatz wie hier *Bader*, NZA 1999, 67; anders *Löwisch*, BB 1998, 2582. Der Sache nach geht es um einen Fall der sogenannten unechten Rückwirkung.

64 Überblick über die Tarifpraxis bei *Bispinck-WSI-Tarifarchiv*, WSI-Mitt. 1997, 69 (87f.).

65 Art. 7 Nr. 1 lit. a und b des Gesetzes.

66 BT-Dr 14-45, S. 54.

67 S. *Bispinck-WSI-Tarifpraxis* (o. Fußn. 64). Vgl. auch *Nielebock*, AiB 1999, 6.

68 BT-Dr 14-45, S. 37. Es fragt sich, ob angesichts verbreiteter Erosion des Flächentarifs die 80%-Angabe nicht allzu optimistisch ist; eine Quelle wird nicht genannt.

69 Zum Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Tarifverträgen s. *Belling*, NZA 1996, 906; *Däubler*, ZTR 1996, 241.

70 Gegen die Anwendung der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage im vorliegenden Zusammenhang auch *B. Gaul*, DB 1998, 2467.

71 BT-Dr 14-45, S. 57.

72 Art. 7 Nr. 5 des Gesetzes.

73 *Löwisch*, BB 1999, 105.

74 Art. 8 Nr. 2 des Gesetzes.

75 S. *Wedde-Germtke-Kunz-Platow*, EFZG, 2. Aufl. (1997), § 3 Rdnr. 126. Zu Kontroversen s. *Nielebock*, AiB 1999, 6.

76 Art. 9 des Gesetzes.

77 BT-Dr 14-45, S. 38.

78 BT-Dr 14-45, S. 56, 57.

79 *B. Gaul*, DB 1998, 2469.

80 S. die lesenswerten Überlegungen bei *Schüren*, DB 1996, 625.

81 Zum Stand von Rspr. und Lehre s. *Däubler*, in: *Däubler-Kittner-Klebe* (o. Fußn. 40) §§ 112, 112a Rdnr. 23, und *Zwanziger*, BB 1998, 477.

82 BGBl I, 227. Dazu *Hanau*, NJW 1996, 1369.

83 Schilderung des sozialen Sachverhalts bei *Däubler*, DB 1995, 726; *Koberski-Sahl-Hold*, AEntG, 1997, Vorb. Rdnrn. 2ff.

84 Zur Frage, ob sich dieses Vetorecht mit Art. 9 III GG vereinbaren läßt, s. *Däubler*, in: Festschr. f. Kehrman, 1997, S. 281ff.

85 S. die Schilderung der Vorgänge bei *Wiesehügel*, Plenarprotokoll (o. Fußn. 2), S. 894.

86 *ArbG Wiesbaden*, DB 1997, 2284, mit berechtigter Kritik in DB 1997, 2492.

87 BGBl I 1997, 2985.

88 *OLG Düsseldorf*, NZA 1998, 1286; dazu die zutr. Kritik von *Hanau*, NZA 1998, 1249.

89 Vorlagebeschl. des *ArbG Wiesbaden*, NZA-RR 1998, 218; dazu *Däubler*, *Industrial Law Journal* 1998, 264. Ein Verstoß gegen EG-Recht wird im übrigen von zahlreichen Autoren in der deutschen Literatur behauptet; s. etwa *Gerken-Löwisch-Rieble*, BB 1995, 2370; *Junker-Wichmann*, NZA 1996, 505.

90 ABIEG v. 24. 1. 1997, Nr. L 18, S. 1, abgedr. auch bei *Koberski-Sahl-Hold* (o. Fußn. 83), S. 157ff.

91 Einzelheiten der Richtlinie bei *Däubler*, *EuZW* 1997, 613.

92 Art. 10 des Gesetzes, auch zum folgenden.

93 Ausdrücklich begrüßt von *C. Meyer*, NZA 1999, 128.

94 Daß weder die positive noch die negative Koalitionsfreiheit der Außenseiter bei der Allgemeinverbindlicherklärung verletzt ist, hat BVerfGE 44, 322, 352, ausdrücklich festgestellt. Warum bei der Geltungserstreckung durch Rechtsverordnung anderes gelten soll, ist nicht erkennbar. Zu den Bedenken s. *C. Meyer*, NZA 1999, 127.

95 Ebenso i.E. die amtl. Begr., BT-Dr 14-45, S. 60.

96 Ein wenig Anschauungsmaterial (einschl. Happy-End) bei *ArbG Wesel*, AiB 1996, 126ff. m. Anm. *Däubler*.

97 BT-Dr 14-45, S. 61.

98 Das Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen vom 11. 1. 1952 (BGBl I, 17) wird in Übereinstimmung mit Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden nicht angewandt. Zur abweichenden Rechtslage in zahlreichen anderen Ländern s. *G. Peter*, *Gesetzlicher Mindestlohn?*, 1995.

99 BGHSt 43, 53 = NJW 1997, 2689 = NZA 1997, 1067 = DB 1997, 1670; dazu überzeugend *Nägele*, BB 1997, 2162.

100 *Junker*, *Internationales ArbeitsR im Konzern*, 1992, S. 125ff.

101 Art. 3 Nr. 1 des Gesetzes hat den neuen § 7 IV SGB IV geschaffen, der alternative Kriterien bestimmt, von denen zwei vorliegen müssen, damit die Beschäftigten-Eigenschaft im Sinne des

Sozialversicherungsrechtsvermutet wird. Zur Diskussion um Scheinselbständigkeit in der Sozialversicherung s. *Petersen-Höpfner*, DAngVers 1997, 65; zur neuen gesetzlichen Regelung *Buchner*, DB 1999, 146ff.

¹⁰² Art. 4 Nr. 3 des Gesetzes hat den § 2 SGB VI um eine Nr. 9 ergänzt, die den Begriff des "arbeitnehmerähnlichen Selbständigen" definiert.

¹⁰³ Das eigentliche Problem scheint in der Frage zu liegen, ob auch ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung Arbeitsrechtsnormen auf die Arbeitnehmerähnlichen erstreckt werden können. Grundsätzlich bejahend BAGE 85, 60 = NJW 1998, 99 = NZA 1997, 1284 = DB 1997, 1979. § 2 Nr. 9 SGB VI geht durch das formale Abstellen auf das Fehlen von Arbeitnehmern und die Tätigkeit für (im wesentlichen) nur einen Auftraggeber überdies über den arbeitsrechtlichen Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person hinaus. S. *Löwisch*, BB 1999, 106.

¹⁰⁴ Daß die Beschäftigungsförderungsgesetze immer *auch* die Auflösung bestehender Arbeitsverhältnisse erleichtert haben, hat jüngst zu Recht *Hanau*, DB 1999, 45, hervorgehoben (und kritisiert).