

Ulrich Mückenberger

Neue Beschäftigungsformen, EG-Charta der Arbeitnehmerrechte und Ansätze europäischer Normsetzung¹

*«L'emploi de la vie change, ainsi que la vie de l'emploi»
(Y. Kravariitou-Maniatakis)*

I. Ausgangspunkte

1. Vorbemerkung zum Gegenstand

Ich behandle in meinem Beitrag, wie die supranationale Normsetzung auf europäischer Ebene neue Formen der Beschäftigung, insbesondere die sog. »atypische Beschäftigung«, aufgreift und zu bewältigen versucht. Mit neuen Beschäftigungsformen sind in jüngster Zeit² aufgrund technischer und/oder organisatorischer Innovationen sowie aufgrund des Wandels sozialer Einstellungen anwachsende Formen der entgoltenen³ Beschäftigung gemeint, die sich in noch zu spezifizierender Weise den substantiellen und prozeduralen Garantien des tradierten Arbeits- und Sozialrechts entziehen.

Ohne daß dies hier belegt werden könnte, kann davon ausgegangen werden, daß diese Beschäftigungsformen – vor allem Teilzeitarbeit,⁴ befristete Beschäftigung und Arbeitnehmerüberlassung,⁵ Beschäftigungsauslagerung⁶ – heute überall in Europa vielfältige neue Formen annehmen und quantitativ deutlich zunehmen.⁷ Für die Bundesrepublik kann man heute annehmen, daß der Status⁸ von wenigstens einem Viertel der Beschäftigten in irgendeiner Hinsicht »atypisch« ist.⁹

¹ Aktualisierte Fassung eines Vortrages, den der Verfasser auf der von Prof. Brian Bercusson veranstalteten Konferenz »Fundamental Social and Economic Rights in the European Community« (Europäisches Hochschulinstitut/Florenz 4.–6. 12. 1989) gehalten hat.

² Ausgeklammert bleiben somit alte, nie ganz verschwundene Formen atypischer Arbeit wie die traditionelle Heimarbeit, Tagelöhnerarbeit usw.

³ Ausgespart bleibt somit der Bereich nicht-erwerblicher Arbeit, der im Rahmen familienrechtlicher, nachbarschaftlicher etc. Beziehungen unentgeltlich oder auf Gegenseitigkeit erfolgt.

⁴ Die Quote der Teilzeitarbeit liegt heute europaweit bei 13,6%, im Dienstleistungssektor durchschnittlich bei nahezu 19%. Spitzenreiter der Teilzeitquote sind die Niederlande (29,4%), Dänemark (24,9%) und Großbritannien (22,6%). Angaben nach: BR-Drs. 609/90, Anh. 1.

⁵ Die Quote der Zeitarbeiter (die nach europäischer Sprachregelung befristete Arbeit und Leiharbeit einschließen) betrug 1988 europaweit bereits knapp 10%. Über dem Durchschnitt liegen Spanien (22,3%), Portugal (18,5%), Griechenland (17,6%), Deutschland (11,2%) und Dänemark (11,1%). Angaben nach BR-Drs. 609/90, S. 9.

⁶ Da diese Kategorie in Europa noch keine offizielle statistische Erfassung genießt, ist ein klarer Vergleichswert nicht zu geben. Daß jedenfalls in den industrialisierten Ländern ein deutlicher Trend zur Beschäftigung in kleineren Betrieben zu verzeichnen ist, hat eine Studie der ILO belegt: W. Sengenberger/G. Loveman, *Smaller Units of Employment. A Synthesis Report on Industrial Reorganisation in Industrialised Countries*, International Institute for Labour Studies, DP/3/1987 (rev. 1988).

⁷ Vgl. dazu die Übersicht von Y. Kravariitou-Maniatakis, *New Forms of Work. Labour Law and Social Security Aspects in the European Community, Luxembourg 1988* (Office for Official Publications of the European Communities); für Deutschland vgl. die jüngste Übersicht von W. Däubler, *Das Arbeitsrecht* 2, 7. Aufl., Reinbek 1990, S. 840 ff.

⁸ Flexibilität des Personaleinsatzes – Gleitzeit, Schichtsysteme, Wochenendarbeit usw. – sind hier nicht einmal berücksichtigt, obwohl auch sie offensichtlich zunehmen.

⁹ Vgl. Forsa, *Analysen, Ungeschützte und statusgeminderte Beschäftigungsverhältnisse*, Dortmund 1987; genauere Angaben und Branchenberichte bei H. Baumeister u. a., *Atypische Beschäftigung – die typische Beschäftigung der Zukunft?* Forschungsbericht der ZWE Arbeit und Betrieb, Universität Bremen, o. J. (1990).

Deshalb spielt in diesem Beitrag eine große Rolle, wie mit diesen Formen der Beschäftigung umgegangen werden kann. Es genügt nicht, ihnen gegenüber bloß traditionelle arbeits- und sozialrechtliche Standards verteidigen zu wollen. Vielmehr sind neue Formen der Regulierung – »Re-Regulierung«¹⁰ – angezeigt (dazu unten III.). Da für diese erst noch normative Regulierungsmaßstäbe zu erarbeiten sind, bemüht sich der Beitrag auch um diese (unten I. 3–5). Dazu besteht umso mehr Anlaß, als die auf europäischer Ebene derzeit zu verzeichnenden Normierungsprozesse (unten II.) problemangemessene Maßstäbe nur beiläufig erkennen lassen.

2. Typologie neuer Beschäftigungsformen

Ausgehen kann man von der Denkfigur des Normalarbeitsverhältnisses: arbeitsvertraglich ausgedrückt als dauerhaftes und kontinuierliches Vollzeitarbeitsverhältnis im größeren Betrieb auf qualifizierter Basis. Gegen diesen Hintergrund lassen sich neue Beschäftigungsformen nach der Form und dem Ausmaß der Abweichung von ihm bestimmen:¹¹

2.1 Es kann die Integration in einen von einem Arbeitgeber einseitig bestimmten Organisationsbereich fehlen. Fehlen wird dann im allgemeinen der Grundtatbestand, von dem in der einen oder anderen Form alle europäischen Rechtsordnungen sozialen Schutz abhängig machen: die Arbeitnehmereigenschaft oder das Element abhängiger Beschäftigung. Somit wird die so ausgestaltete Beziehung als Beziehung zwischen Selbständigen (Beispiel: »freie Mitarbeiter«) betrachtet und dem allgemeinen Zivil- oder Wirtschaftsrecht zugeordnet werden.

2.2 Es kann sich um Arbeitsverhältnisse handeln, die das fundamentale Schutzkriterium der langen Dauer (Seniorität, ancienneté) nicht erfüllen. Hierzu zählen Beschäftigungsformen, die auf eine vereinbarte Zeitdauer begrenzt sind oder bei Erreichung eines vereinbarten Zieles oder Eintritt einer vereinbarten Bedingung enden. Sie alle weisen deshalb sowohl ein systematisches Bestandsschutzdefizit als auch Defizite in an Bestandsschutz gekoppelten Gewährleistungen auf.

2.3 Es kann sich um (u. U. langdauernde) Teilzeitarbeitsverhältnisse handeln, denen ein ihrer Seniorität entsprechender Schutz vorenthalten bleibt, weil sie bestimmte gesetzliche oder kollektivvertraglich vereinbarte Schwellenwerte nicht erreichen, von deren Erreichung Gewährleistungen der sozialen Sicherung, oft auch des Arbeitsrechts, abhängig gemacht sind.

2.4 Es kann sich um Arbeitsverhältnisse handeln, bei denen auf Seiten des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin persönliche Merkmale (wie Alter, Geschlecht, Nationalität, Teilhabe an Arbeitgeberfunktionen usw.) vorliegen, die nicht dem von Arbeitsrecht unterstellten Normalitätsmuster entsprechen und die deshalb nicht den normalen sozialen Schutz genießen.

2.5 Es kann sich um Arbeitsverhältnisse handeln, bei denen auf Seiten des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin Merkmale (wie Betriebsgröße, Entkoppelung von Arbeitsverhältnis und tatsächlicher Ausübung des Direktionsrechts, »Arbeitgeber-Arbeitnehmer« in selbstverwalteten Betrieben, formal selbständige Arbeitgeber ohne

¹⁰ Das Konzept von »re-regulation« wird mit Bezug auf die europäische Ebene entwickelt bei U. Mückenberger und S. Deakin, From deregulation to a European floor of rights. Labour Law, flexibilisation and the European single market, in: Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (ZIAS) 1989, S. 133–207.

¹¹ Die Denkfigur des Normalarbeitsverhältnisses und Beispiele für die nachfolgende Typologie von ihm abweichender Beschäftigungsformen sind näher ausgeführt in U. Mückenberger, Die Krise des Normalarbeitsverhältnisses, in: Zeitschrift für Sozialreform 31 (1985), S. 415 ff., 457 ff. (i. folg. zit. als Normalarbeitsverhältnis). Auf die Weiterentwicklung dieses Konzepts wie auch die Kritik daran braucht hier nicht eingegangen zu werden.

realen Entscheidungsspielraum usw.) vorliegen, die nicht dem Normalitätsmuster entsprechen.

3

Jede dieser Abweichungen und die ihr zuzuordnenden Fälle werfen Schutz- und Gestaltungsprobleme auf. Ihnen flächendeckend nachzugehen, ist hier nicht möglich. Ich setze in der Darstellung Schwerpunkte auf befristete Arbeitsverhältnisse (Problemkreis 2.2), Beschäftigungsauslagerung (Problemkreis 2.1), Teilzeitarbeit (Problemkreis 2.3) und Leiharbeit (Problemkreis 2.5). Die Auswahl ist teilweise in der Empirie – dem Anwachsen gerade dieser neuen Beschäftigungsformen, aber auch der Disproportionalität ihrer Verbreitung (z. B. das »self-employment« in England) – und teilweise in aktuellen nationalen und internationalen Neuregulierungsbestrebungen in Europa begründet.¹² Ob sie aufrechterhalten bleiben kann, muß sich erweisen.

3. Neue Beschäftigungsformen als individuelle und kollektive Risikoverlagerung

Als Ausgangspunkt für rechtliche Neuregelungsbestrebungen bietet sich an, die neuen Beschäftigungsformen als eine Veränderung der in der Unternehmens- und der Arbeitnehmerrolle liegenden Risikolagen zu betrachten – genauer gesagt: als Externalisierung der vom Unternehmen zu tragenden Risiken auf Arbeitnehmer, deren Familien und die Gesellschaft als ganze.

Dem abhängigen Arbeitsverhältnis wohnt von Anbeginn an eine rechtliche Risiko- zuweisung inne, die sich an der dauerhaften Asymmetrie vor allem der Weisungsbefugnis und der Gewinnaussicht der Parteien des Arbeitsvertrages festmacht.¹³ Die Einseitigkeit von Weisungsbefugnis und Gewinnaussicht des Unternehmens wird dadurch zugunsten des Arbeitnehmers ausgeglichen, daß dem Unternehmen bestimmte Betriebs- und Wirtschafts-, damit aber auch Lohn- und Bestandsschutzrisiken übertragen werden. Form und Ausmaß dieser Risiko- zuweisung durch die jeweils geltenden rechtlichen Normen verändern sich historisch – heute stark unter der Perspektive des Sozialstaatsprinzips. Sie sind im Ausmaß ihrer Geltung der Dispositionsbefugnis durch die Arbeitsvertragsparteien entzogen.

Diese Verbindung der Weisungsbefugnis und der Gewinnaussicht des Unternehmens mit der Zuweisung bestimmter Arbeitnehmerrisiken an das Unternehmen, die für das Arbeitsverhältnis konstitutiv ist, wird bei fast allen genannten neuen Beschäftigungsformen partiell gelockert oder gelöst. Es findet ein Risikotransfer oder genauer: eine Risikoexternalisierung vom Unternehmen statt. Das Konzept der Externalisierung¹⁴ hat in der modernen umweltökonomischen Theorie genauere Gestalt angenommen. Verstanden wird darunter die vor allem in Marktwirtschaften zu beobachtende, aus einzelwirtschaftlicher Rationalität folgende Tendenz, die einzelwirtschaftliche Kostenrechnung so weit wie möglich von Kostenelementen zu entlasten, die kosten- und gefahrlos nach außen verlagert, eben »externalisiert« werden können. Daß das Konzept derzeit vor allem in der Umweltdiskussion Konjunktur hat, gibt keinen Grund ab, es darauf zu beschränken.

Die Einordnung der neuen Beschäftigungsformen als Risikoexternalisierung bietet eine regulative Grundidee, die für den weiteren Gedankengang bedeutsam ist. Jede Risikoexternalisierung wirft die Frage des Zusammenhangs von Sachherrschaft und

¹² Ein etwas weiteres Spektrum wird von Kravaritou-Manitakis (Fn. 7) behandelt.

¹³ Dazu – mit Bezug auf die unterschiedliche Risiko- zuweisung im römischen Recht bei der locatio conductio operis und locatio conductio operarum – E. Ghera, *Diritto del lavoro*, Bari: Cacucci 1989, S. 36 ff.

¹⁴ Dieser Begriff wird hier wie im folgenden im Sinne von K. William Kapp, *Soziale Kosten der Marktwirtschaft*, Frankfurt: Fischer Taschenbuch Verlag 1988, S. 50/1 verstanden.

Folgenhaftung – des Verursacherprinzips bei Entstehung externer (nicht nur monetär verstandener) Kosten – auf. Sie legt als Folgerung die Re-Internalisierung dieser Kosten auf die verursachende Instanz nahe. Im Falle neuer Beschäftigungsformen würde sich diese regulative Grundidee dahingehend konkretisieren, daß Risikoverlagerungen unterbunden, rückgängig gemacht oder ausgeglichen werden, daß dementsprechend der soziale Schutz für die von neuen Beschäftigungsformen Betroffenen aufrechterhalten wird.

Verschwiegen werden darf allerdings nicht, daß es wenigstens noch zwei Probleme zu lösen gibt, wenn die Kategorie der Risikoexternalisierung im normativen Kontext des Arbeitsverhältnisrechts operationalisiert werden soll:

- Auch wenn die Kategorie im Prinzip akzeptiert wäre, ist noch nichts darüber ausgesagt, welche Risikozuweisung in einem gegebenen historischen Zustand verbindlich, d. h. der Möglichkeit der Externalisierung entzogen sein soll. Damit ist im wesentlichen die verbleibende Reichweite der Vertragsfreiheit im Arbeitsverhältnis angesprochen.
- Offen ist zum anderen, ab welchem Grad der Selbstbestimmung und Gewinnaussicht für Beschäftigte die für das Arbeitsverhältnis grundlegende Risikostruktur ihre *ratio essendi* verliert. Hierin liegt der rationale Kern der von Beuthien herbeigeführten Diskussion um Arbeitnehmer oder Arbeitsteilhaber.¹⁵

Im Kontext dieser Überlegung ist nur das erstgenannte Problem einschlägig. Man kann ihm vermutlich nur beikommen, indem man aus der jeweiligen Arbeitsrechtsordnung historisch konkretisierte und zugleich verallgemeinerte Normalitätsmuster extrapoliert¹⁶ und ihnen typisierte Risikozuweisungen entnimmt, die der Disposition entzogen sind. Doch kann diese Frage hier nicht weiter vertieft werden.

4. Neue Beschäftigungsformen, kulturelle Vorbedingungen industrieller Beziehungen und veränderte Einstellungen zu »Arbeit«

Bedeutsam für die rechtliche Neuregelung neuer Beschäftigungsformen sind die, teilweise noch wenig bekannten, möglicherweise recht unterschiedlichen kulturellen Muster innerhalb Europas, auf die sich die rechtliche Regelung oder Nicht-Regelung neuer Beschäftigungsformen bezieht. Dazu gehören sowohl unterschiedliche industrielle Entwicklungsgrade als auch unterschiedliche soziale Standards in unterschiedlichen Regionen und Ländern – man vergleiche etwa das Ausmaß der informellen Ökonomie in Italien, in Frankreich mit demjenigen der BRD. Dazu gehören auch unterschiedliche, teilweise sich derzeit sichtbar verändernde Bedürfnislagen und Orientierungen von Arbeitnehmer/-innen, die wiederum teilweise auch in der Aufnahme von atypischen Beschäftigungsformen zum Ausdruck kommen.

Zu kurz griffe angesichts dieser Vielfalt ein Regulierungsansatz, der von einem einheitlichen Normalitätsmuster – einer Normalbiographie, einer Normalarbeitszeit, einem Normalarbeitsverhältnis – ausgeht. Ein solches Normalitätsmuster verbleibt dem »alten monolithischen anthropologischen Modell« (Y. Kravaritou-Manitakis) verhaftet, das sich derzeit in der Auflösung befindet.¹⁷ Es belegt Beschäf-

¹⁵ Zu dieser Position s. U. Mückenberger, Der diskrete Charme des neuen arbeitsrechtlichen Konservatismus, in: Epskamp, H., u. a. (Hg.), 1989: Die neokonservative Verheißung und ihr Preis. Zukunft der Arbeit und der Gewerkschaften, Köln: Bund-Verlag, S. 197–222, hier S. 206 ff.

¹⁶ Vgl. U. Mückenberger, Normalarbeitsverhältnis und atypische Beschäftigungsformen. Ein Rechtsvergleich zwischen Frankreich, England und der Bundesrepublik – 1. folg. zit.: Rechtsvergleich –, uvv. Ms.: EUI Florenz/HWP Hamburg 1989.

¹⁷ Zum Gesamtzusammenhang vgl. J. Hoffmann/R. Hoffmann/D. Lange/U. Mückenberger (Hg.), *Jenseits der Beschlußlage. Gewerkschaft als Zukunftswerkstatt*, Köln 1990.

tigungsformen, die von ihm abweichen, mit einem Stigma: Weil sie von ihm abweichen, weil sie als »atypisch« gelten, genießen sie geringere gesellschaftliche Wertigkeit, geringeren Schutz. Das Normalitätsmuster entfaltet so eine Funktion unterschiedlicher Risikozuweisung an Gruppen abhängig Beschäftigter – je nachdem inwieweit ihre Beschäftigungsformen ihm folgen oder nicht.¹⁸ Da das alte monolithische Modell zudem für Männer und nicht für Frauen konzipiert war,¹⁹ trifft das Stigma des Atypischen typischerweise Frauen.

Zur Risikoexternalisierung seitens des Unternehmens (oben 2.3) tritt damit eine diskriminierende Risikoverteilung unter den Beschäftigten hinzu.

Problemangemessen ist allein, von einer Vielzahl koexistierender Beschäftigungsformen auszugehen, ihnen durch den Regulierungsansatz das Stigma des »Atypischen« zu nehmen und sie mit einem nicht an das Arbeitsverhältnis gekoppelten sozialen Sicherungsrahmen zu umgeben.²⁰ Ein Neuregulierungsansatz muß aber neben dem Schutz- auch ein Gestaltungsansatz sein, der den veränderten Bedürfnissen arbeitender Menschen – nach Unterordnung der Erwerbsarbeit unter Lebensbedürfnisse, nach Veränderung der Geschlechter- und Generationenbeziehung, nach gesicherten Lebensformen außerhalb lebenslanger unselbständiger Beschäftigung – Rechnung trägt und Raum gibt.²¹ Selbständigkeit, Teilzeitarbeit, zuweilen auch Leiharbeit wird den Arbeitenden keineswegs ausschließlich aufgezwungen, sondern entspricht oft ihren, ggf. lebensphasenspezifischen Optionen. Was ihnen aufgezwungen wird, ist die soziale Diskriminierung, die mit der Abweichung vom Normalitätsmuster meist verbunden ist.

Regulativer Ausgangspunkt beim Umgang mit neuen Beschäftigungsformen wäre somit ein doppelter. Die Sozialordnung müßte Selbstbestimmungsspielräume der arbeitenden Individuen – unter unterschiedlichen lebenszyklischen, regionalen und nationalen Bedingungen – durch einen regulativen Rahmen ausweiten und sichern und mit kollektiven Formen sozialen Schutzes verbinden. Sie müßte aber zugleich den dabei zu beobachtenden Risikoverlagerungen durch veränderte Formen sozialen Schutzes für die davon Betroffenen entgegentreten.

II. Die europäischen Richtlinien-Entwürfe vor und nach Verabschiedung der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer

Neue Beschäftigungsformen führen derzeit in allen EG-Ländern zu Regulierungsveränderungen – paradoxerweise fast überall auch zu mehr oder minder starker Deregulierung.²² Ich verfolge hier nicht die Linie der Analyse nationaler Rechtsentwicklungen, sondern die Ebene potentieller europäischer Regulierung. Für das Gebiet neuer Beschäftigungsformen sind einige neuere Texte der Europäischen Gemeinschaft, der ILO, der Vereinten Nationen und des Europarates von Bedeutung.²³ Ich konzentriere mich zunächst (unter 1.) auf die Richtlinien-Entwürfe zu

¹⁸ Dazu auch D. Bollinger/W. Cornetz/B. Plau-Effinger, »Atypische« Beschäftigung – betriebliche Kalküle und Arbeitnehmerinteressen, in: K. Semlinger (Hg.), Flexibilisierung des Arbeitsmarktes – Interessen, Wirkungen, Perspektiven, Berlin 1991 (im Erscheinen).

¹⁹ Zu diesem Aspekt Mückenberger, Normalarbeitsverhältnis (Fn. 16), und Kravaritou-Manitakis (Fn. 7), S. 26/7.

²⁰ S. hierzu M. Landenberger, Defizite und Lösungsstrategien bei der sozialversicherungsrechtlichen Absicherung flexibler Beschäftigung, in: Semlinger (Fn. 18).

²¹ So das Grundanliegen des Gutachtens von Hoffmann u. a. (Fn. 17).

²² Dazu U. Mückenberger, Rechtsvergleich (Fn. 16).

²³ Vgl. die Zusammenstellung im Anhang von Brian Bercusson's Bericht »Fundamental Social and Economic Rights in the European Community« (Florenz, Okt. 1989, S. 107 ff.)

»temporary employment businesses« und »fixed-duration contracts of employment«²⁴ und zu »voluntary parttime work«,²⁵ die von der Kommission der EG bereits in den frühen 80er Jahre erarbeitet wurden. Dann (unter 2.) folgt eine Darstellung des Impulses, den die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer vom 9. Dezember 1989²⁶ – im folgenden »EG-Charta« – sowie das Aktionsprogramm zu deren Anwendung vom 29. November 1989²⁷ – im folgenden »Aktionsprogramm« – gegeben haben, und schließlich (unter 3.) ein Blick auf die seit August/September 1990 vorliegenden Neu-Entwürfe.

1. Die erste Phase von Regulierungsversuchen für atypische Beschäftigung

1.1 Die frühen Kommissions-Entwürfe wurden zu einer Zeit ausgearbeitet, als das Thema der atypischen Beschäftigung – zuerst in Frankreich, später in weiteren Ländern der Gemeinschaft – erste Konjunktur hatte. Die Entwürfe von 1982/3/4 sind nie verabschiedet, auch nur spärlich beraten worden.²⁸ Sie sind gleichwohl strukturbildend für den gegenwärtigen Stand europäischer Normsetzung auf diesem Gebiet geworden.

Für Arbeitnehmerüberlassung strebt *ZEITARBEIT E 2* die amtliche Zulassung von Verleihunternehmern (Art. 2), die dem Befristungsentwurf (Art. 15) entsprechende Beschränkung der Überlassung auf vorübergehende Tätigkeiten (Art. 3), die angemessene Information von Leiharbeitnehmern über ihre Rechte (Art. 8) und das Verbot arbeitsrechtlicher (Art. 6, 9 und 10) und sozialrechtlicher Diskriminierung (Art. 4) von Leiharbeitern an. Die Befristungsregelung sieht das schon erwähnte Erfordernis einer vorübergehenden Tätigkeit, ein arbeitsrechtliches Diskriminierungsverbot (Art. 17) und gewisse Sicherungen gegen Gesetzesverstöße des Arbeitgebers (Art. 15 Abs. 2) vor. Die weitmaschigen Bestimmungen lassen den Mitgliedsstaaten wie auch den Tarifvertragsparteien große Spielräume, selbst davon noch abzuweichen.²⁹

Der Entwurf der Teilzeit-Richtlinie (*TEILZEIT E 2*) besteht hauptsächlich aus einem detaillierten arbeitsrechtlichen (Art. 2) und einem allgemeinen sozialrechtlichen Diskriminierungsverbot (Art. 3), einer Option zum Überwechseln von Teilzeit- in Vollzeitarbeit und umgekehrt (Art. 6) sowie implementativen Bestimmungen. Ausnahmen durch nationale Gesetzgeber und Tarifvertragsparteien sieht der Entwurf dagegen nicht vor.

1.2 Gespür für die oben unter 1.2.2, 2.3 und 2.4 angedeuteten Strukturprobleme der neuen Beschäftigungsformen kann man keinem der Entwürfe nachsagen.

a) Dadurch daß *ZEITARBEIT E 1* und *ZEITARBEIT E 2* einen Arbeitnehmerbegriff voraussetzen, werden sie z. B. an einer Situation wie in England ableiten, wo »agency work« nicht nur weitgehend ungeregt und in einer Grauzone zwischen abhängiger Beschäftigung und Selbständigkeit angesiedelt ist, sondern wo »agency workers« nach einer neueren Rechtsprechung die Arbeitnehmereigenschaft abge-

²⁴ Entwurf 1: 7. 5. 1982 – O. J. C 118, S. 2 (i. folg. zit.: *ZEITARBEIT E 1*); Entwurf 2: 6. 4. 1984 – O. J. C 133, S. 1 (i. folg. zit.: *ZEITARBEIT E 2*) – deutsche Fassung dokumentiert bei R. Birk (Hg.), *Europäisches Arbeitsrecht*, München 1990, S. 182 ff. Beide Entwürfe sind nicht vom Ministerrat angenommen.

²⁵ Entwurf 1: 4. 1. 1982 – O. J. C 62, S. 7 (i. folg. zit. *TEILZEIT E 1*), Entwurf 2: 5. 1. 1983 – O. J. C 18, S. 5 (i. folg. zit. *TEILZEIT E 2*) – deutsche Fassung des letzteren dokumentiert bei Birk (Fn. 24), S. 192 ff. Beide Entwürfe sind nicht vom Ministerrat angenommen.

²⁶ KOM (89) 248 endg. – dokumentiert bei Birk (a. a. O.), S. 43 ff.

²⁷ BR-Drs. 717/89 – abgedruckt bei Birk (a. a. O.), S. 51 ff.

²⁸ S. nur den Hinweis im Aktionsprogramm unter 2. B.

²⁹ Für Arbeitnehmerüberlassung: Art. 3 Abs. 4; Art. 6; Art. 7 Abs. 3; Art. 9 Abs. 1; für Befristung: Art. Art. 15 Abs. 3; Art. 17; Art. 22.

sprochen wird.³⁰ Überhaupt bleibt die Flanke des Ausstiegs aus dem Arbeitsrecht durch »self employment« und die wirtschaftsrechtliche Koordination Selbständiger offen.

b) Die in den Entwürfen enthaltenen Diskriminierungsverbote arbeits- und sozialrechtlicher Art gehen an der strukturellen Diskriminierung der neuen Beschäftigungsformen vorbei. Diese besteht in zweierlei. Erstens werden bestimmte Beschäftigungsformen, zu denen heute viele »neue« zu rechnen sind, aus dem rechtlichen Schutz ausgeschlossen. Zweitens mag das pro-rata-Prinzip zwar vielleicht unmittelbare, willkürliche Ungleichbehandlung verhindern; aber die *strukturelle* Unterversorgung unstetig oder nicht in Vollzeit Beschäftigter beseitigt es keineswegs, es vollzieht sie gerade, indem es eine sozialrechtliche Berücksichtigung Teilzeitarbeitnehmer immer nur »pro rata« anordnet – dies ist das Prinzip aller Entwürfe.³¹ Ersteres wird in geradezu rührender Weise in *TEILZEIT E 1* und *TEILZEIT E 2* bestätigt, wenn Art. 3 Abs. 1 den Ausschluß sozialrechtlicher Diskriminierung Teilzeitarbeitnehmer proklamiert, Abs. 2 jedoch hinzufügt:

»Member states shall be exempt from applying the provisions of paragraph 1 to part-time workers whose working hours and/or remuneration are below the threshold of eligibility for statutory or occupational social security schemes.«

Die indirekten Effekte gegen neue Beschäftigungsformen machen sich zwar auch auf arbeitsrechtlichem, vor allem aber auf sozialrechtlichem Gebiet bemerkbar. Deshalb geht eine Regelung neuer Beschäftigungsformen, die den sozialrechtlichen Schutz nicht auch auf deren Schutzdefizite zuschneidet, an den Strukturproblemen neuer Beschäftigungsformen vorbei.

c) Auch das Problem der Risikoverlagerung wird in den Entwürfen nicht gesehen und aufgegriffen. Sonst hätten sie in bestimmten Fällen kompensatorische Regelungen mit »Prekaritätsprämien« zugunsten der Beschäftigten und »Prekaritätskosten« zulasten der Unternehmen treffen müssen, die sich beispielsweise im französischen und sogar im englischen Recht der Abfindung nach Ablauf befristeter Arbeitsverhältnisse finden. Umgekehrt tragen die Entwürfe selbst noch zur Risikoexternalisierung bei, indem sie bei der Anrechnung atypischer Beschäftigter auf die für individuelle oder kollektive Rechte bedeutsamen Schwellenwerte das pro-rata-Prinzip annehmen.³² Für deregulierende Tendenzen im Teilzeitarbeitsrecht der Bundesrepublik oder Frankreichs ist das zwar charakteristisch. Sozialpolitisch zwingend oder auch nur wünschenswert ist es aber keineswegs.

d) Einige Regelungen in den Entwürfen legen die Vermutung nahe, daß es weniger um den Schutz *der* in neuen Formen Beschäftigten als um den Schutz *vor* ihnen geht. Dies in doppelter Weise: als Schutz der »normal« Beschäftigten vor Unterbietungskonkurrenz³³ und als Schutz der an nationalen und internationalen Märkten operierenden Unternehmen vor mit niedrigeren sozialen Standards operierenden Mitbewerbern.³⁴ Die dabei verfolgten Regulierungszwecke sind legitim. Aber sie sind nicht unbedingt deckungsgleich mit und im Kollisionsfalle nachrangig gegenüber dem sozialen Schutzbedarf der in neuen Beschäftigungsformen Tätigen.

³⁰ Mückenberger (Fn. 16).

³¹ Vgl. *ZEITARBEIT E 1* und *ZEITARBEIT E 2* Art. 4, Art. 9, Abs. 3, Art. 10, Art. 17, Art. 20; vgl. ferner *TEILZEIT E 1* Art. 2–4 und Art. 7; *TEILZEIT E 2* Art. 2, 3 und 7.

³² Vgl. *ZEITARBEIT E 1* und *ZEITARBEIT E 2* Art. 10, Art. 20; vgl. ferner *TEILZEIT E 1* und *TEILZEIT E 2* Art. 7.

³³ So *ZEITARBEIT E 1* Präambel, Recital 3 und 5; *ZEITARBEIT E 1* und *ZEITARBEIT E 2* Art. 6, Art. 8, Art. 17, Art. 19; *TEILZEIT E 1* und *TEILZEIT E 2* Art. 8.

³⁴ So *ZEITARBEIT E 1* Präambel, Recital 7 und 10; *Zeitarbeit E 2* Art. 2 Abs. 5, Art. 13; *TEILZEIT E 1* Präambel Recital 5.

e) Ein Lichtblick findet sich andeutungsweise in den Teilzeiteurteilen. Die in Art. 6 vorgesehene Option des Wechsels von Teil- in Vollzeit und umgekehrt nimmt überhaupt erst einmal den Gestaltungsansatz im Hinblick auf eine Vielfalt wünschenswerter Beschäftigungsformen auf. Zum anderen widersetzt sich Art. 9 der in neuerer Deregulierungsgesetzgebung – wie § 6 des deutschen Beschäftigungsförderungsgesetzes 1985 – zu verzeichnenden Tendenz, staatliches Recht durch Kollektivverträge derogierbar zu machen. Er bemüht sich damit um das, was in Frankreich als »ordre public social« (Art. L 132-4 Code du Travail) bezeichnet wird (freilich auch dort längst nicht mehr ungefährdet ist). *TEILZEIT E* 2 Art. 9 proklamiert auch ein Günstigkeitsprinzip für nationales Recht.

2. Die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer

Mit der den Europäischen Binnenmarkt vorbereitenden Einheitlichen Europäischen Akte vom 17. 2. 1986³⁵ ist ein Neuanfang auch der Diskussion um atypische Beschäftigung zu verzeichnen. Dabei spielt nicht nur materiell deren Erwähnung in einschlägigen Gemeinschaftsdokumenten (s. unten 2.1) eine Rolle. Vor allem schlägt sich die institutionelle Veränderung nieder, daß die Einheitliche Europäische Akte³⁶ in bestimmten Bereichen der Setzung europäischen Rechts an die Stelle des Einstimmigkeits- das Mehrheitsprinzip gesetzt hat. Dies hat die Chance der Durchsetzung supranationalen Rechts – wenn auch nicht bruchlos – erhöht (unten 2.2).

2.1 Die *EG-CHARTA* soll gemäß ihrer Präambel den europäischen Binnenmarkt durch eine Sozialunion ergänzen. Allerdings wird sie diesem Ziel nicht gerecht, da sie keine rechtliche Bindungskraft entfaltet.³⁷ Schon dies schwächt ihre Bedeutung für die supranationale Neuordnung atypischer Beschäftigung. Selbst als unverbindliche Erklärung bleibt sie weit hinter den oben angedeuteten Anforderungen zurück.

Der erste Entwurf vom 30. Mai 1989³⁸ – *CHARTA E 1* – wies drei Merkmale auf, die im gegebenen Kontext interessieren. Erstmals forderte er für atypische Beschäftigung³⁹ einen »gerechten Bezugslohn«⁴⁰ – was allerdings eine recht vage Regel blieb. Zweitens erkannte er den Tatbestand der untypischen Beschäftigung als der supranationalen Regelung bedürftig an und weitete diesen Tatbestand insofern aus, als er – neben befristeter Beschäftigung, Teilzeit-, Saison- und Leiharbeit – auch Wochenend-, Nacht- und Schichtarbeit aufführte (*CHARTA E 1* Ziff. 12). Schließlich wurde für alle Beschäftigte – unabhängig von ihrer Stellung⁴¹ und der Betriebsgröße – der Einbezug in die soziale Sicherung vorgeschrieben, die gegebenenfalls proportional zur Beschäftigungsdauer, Bezahlung und geleisteten Beiträgen ausgestaltet sein sollte (*CHARTA E 1* Ziff. 14). Die Festschreibung des Proportionalitätsprinzips – das in Ziff. 10 der Schlußfassung der *EG-CHARTA* nicht mehr enthalten, damit aber wohl kaum aufgegeben ist – bestätigt einen schon an den Kommissions-

³⁵ BGBl. Teil II, S. 1104 – deutsche Fassung dokumentiert bei W. Däubler u. a. (Hg.), Internationale Arbeits- und Sozialordnung, Köln 1990, S. 760 ff.

³⁶ Vgl. vor allem Art. 100a und 118a EWG-Vertrag in der Fassung der Einheitlichen Europäischen Akte.

³⁷ Vgl. das Ende der Präambel und die Implementationsvorschriften unter Ziff. 27 und 28. Zur Charta s. B. Schulte, »Und für den Arbeitnehmer wenig oder nichts«, in: KJ 1990, S. 79 ff., hier S. 94 ff.

³⁸ Dokumentiert in EIRR 1986, Juli 1989, S. 27–29.

³⁹ *E1* spricht noch von »employment other than a contract of unfixed duration«, während der Begriff später durch Einbezug von Teilzeitbeschäftigung zu »employment other than an open-ended full-time contract« (*E2* Ziff. 8, so auch *EC-Charta* Ziff. 5) ausgeweitet wird.

⁴⁰ »Equitable reference wage« (*E1* Ziff. 9).

⁴¹ Engl. »status«. Der Begriff, der auch in der *EG-Charta* (Ziff. 10), wenn auch mit abgeschwächter Folge, enthalten ist, dürfte einen weit vom Arbeitnehmerstatus entkoppelten Status als Anknüpfungspunkt für die soziale Sicherung nicht nur nahelegen, sondern sogar verlangen (dazu weiter unten mehr).

Entwürfen kritisierten Befund: Das Problem der strukturellen Diskriminierung neuer Beschäftigungsformen ist entweder nicht gesehen oder nicht für regelungsbedürftig erkannt worden.

Der zweite Entwurf vom 21. September 1989⁴² – *CHARTA E 2* – unterschied sich in zwei hier interessierenden Gesichtspunkten. Er trennte in Ziff. 10 Wochenend-, Nacht- und Schichtarbeit (ergänzt um Überstunden) wieder von der Verbindung zu den atypischen Arbeitsverträgen ab, ohne sie aber aus dem Kreis der regelungsbedürftigen Materien herauszunehmen (dies tat erst Ziff. 7 der *EG-CHARTA*). Und er flankierte die die atypische Beschäftigung betreffenden Bestimmungen von *CHARTA E 1* dadurch, daß er auf arbeitsrechtlicher Ebene einen Mindestlohn⁴³ und auf sozialrechtlicher Ebene ein Mindesteinkommen⁴⁴ anklingen ließ. Dies ist im Verlauf der Entstehung der *EG-CHARTA* die perspektivisch weitestreichende Überlegung gewesen.

Die *EG-CHARTA* selbst hat beide Anklänge einer Mindestsicherung unkenntlich⁴⁵ und damit wohl gegenstandslos gemacht. Weiter hat sie den supranationalen Regelungsbedarf bei Wochenend-, Nacht- sowie Schichtarbeit und Überstunden gestrichen. Übriggeblieben sind: die Aufforderung zu einem »gerechten Bezugslohn« bei atypischer Beschäftigung (Ziff. 5); eine allgemeine Regelungsaufforderung hinsichtlich atypischer Beschäftigung (Ziff. 7); und – perspektivisch wohl das einzig Interessante, was verblieben ist – die tendenzielle Abkoppelung der sozialen Sicherung vom betrieblichen Status Beschäftigter (Ziff. 10). Selbst dies Wenige ist ohne rechtliche Bindungskraft geblieben.

Das Aktionsprogramm der Kommission sieht mit hoher Priorität den Entwurf einer »Richtlinie über Arbeitsverträge und Arbeitsverhältnisse außer den vollzeitleichen und unbefristeten Arbeitsverträgen und -verhältnissen« (z. B.) vor. In der kurzen Begründung des Vorhabens findet sich keine substantielle Stellungnahme zum Problem neuer Beschäftigungsformen. Sie werden als »wichtiger Bestandteil der Arbeitsmarktorganisation« anerkannt, die sich »in den letzten Jahren erheblich und häufig unkontrolliert ausgeweitet haben«. An den früheren Richtlinien-Entwürfen werden Beanstandungen nicht vorgenommen: Sie müßten »den heutigen Bedingungen angepaßt werden«. Ein Motiv, das uns schon begegnet ist, taucht in der Begründung erneut auf:

»Wenn wir uns nicht vorsehen, könnten Beschäftigungsbedingungen entstehen, die auf Gemeinschaftsebene zu einem sozialen Dumping, ja sogar zu Wettbewerbsverzerrungen führen.«

Im Ansatz ist hier wieder weniger der Schutz *der* als derjenige *vor* atypisch Beschäftigten als wettbewerbsstörender Faktor betont. Zugleich wird jedoch von der wirtschaftlichen Unvermeidlichkeit dieser Bestandteile der Arbeitsmarktorganisation ausgegangen. Aus beidem resultiert zwangsläufig ein Spannungsverhältnis, auf das hin die neuen Entwürfe zu analysieren sind.

Auf der Tagung des Europäischen Rates am 14./15. Dezember 1990 in Rom wurde

⁴² Dokumentiert in EIRR 190, November 1989, S. 26–28.

⁴³ »A decent wage shall be established particularly at the level of the basic wage«: *E1* Ziff. 8.

⁴⁴ »Persons who have been unable either to enter or re-enter the labour market and who are no longer eligible for unemployment benefit, shall be able to receive a minimum income and appropriate social assistance«: *E2* Ziff. 13. Dieses Mindesteinkommen ist nicht mit Sozialhilfe gleichzusetzen, sonst wäre eine kumulative Aufführung beider Reproduktionsicherungsweisen nicht sinnvoll gewesen. Offenbar ist – zumindest für den Fall von Arbeitsmarktversagen – an ein echtes bedürftigkeitsunabhängiges Mindesteinkommen gedacht worden.

⁴⁵ Das für »einen angemessenen Lebensstandard« ausreichende Arbeitsentgelt (Ziff. 5) verbleibt ebenso unbestimmt wie die Verpflichtung zu »Leistungen der sozialen Sicherheit in ausreichender Höhe« (Ziff. 10).

die soziale Dimension des europäischen Binnenmarktes erneut betont.⁴⁶ Priorität bei der Durchführung der Charta wird Vorschlägen über Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz gegeben. Aber auch der Regelung atypischer Beschäftigung gibt das Schlußdokument – neben anderen arbeitsrechtlichen Fragen – Dringlichkeit, »wobei mit den Dossiers zu beginnen ist, bei denen rasche Fortschritte möglich sind«. Mit dieser weichen Formulierung sind auch die schwierigen Kompetenzfragen angedeutet.

2.2 Denn auch wenn die präsentierten substantiellen Ansätze der europarechtlichen Behandlung neuer Beschäftigungsformen dem Optimismus wenig Nahrung geben, präsentiert sich dieses Gebiet seit 1986 anders als zuvor.⁴⁷ Bis dahin hatte die Kommission auf arbeitsrechtlichem Gebiet lediglich die in Art. 118 EWGV enthaltene Koordinationskompetenz, und für den Erlass von Richtlinien galt nach Art. 100 EWGV das Einstimmigkeitsprinzip. Die Einheitliche Akte hat aus dem Gesamtkomplex des Arbeitsrechts in Art. 118a EWGV das Recht der »Verbesserung der Arbeitsumwelt« verselbständigt und für die darauf bezogene Normsetzungskompetenz dasselbe Entscheidungsverfahren eingeführt, das nach dem neu eingeführten Art. 100a EWGV grundsätzliche für alle Fragen der Verwirklichung des Binnenmarktes (Art. 8a EWGV) gilt: letztendliche Entscheidung des Rates mit qualifizierter Mehrheit.

Das läßt größere Dynamik der sozialen Gestaltung erwarten, da nicht mehr ein Land – wie England – den Normsetzungsprozeß dauerhaft blockieren bzw. andere Länder – wie Deutschland – ihren Widerstand gegen Regulierung mit dem zu erwartenden Veto begründen können. Freilich begründen die groß angelegten Regulierungsaufträge der *EG-Charta*, des *Aktionsprogramms* und des Rates vom 14./15. 12. 1990 für die Kommission eine double-bind-Situation. Sie verlangen ihr über Art. 118a EWGV hinausreichende Normierung ab, enthalten ihr aber dementprechende Kompetenzen und zügige Entscheidungsverfahren vor. Der Auftrag des Rates, mit denjenigen Vorhaben zu beginnen, »bei denen rasche Fortschritte möglich sind«, ist ungewollt selbstironischer Ausdruck dieser double-bind-Situation: Der Rat bittet sozusagen die Kommission, die *EG-Charta* insoweit zu realisieren, als sie nicht mit seinem, des Rates, Widerstand rechnen muß.

3. Neue Richtlinien-Entwürfe

Die Kommission nahm diese Herausforderung an, indem sie im August und September 1990 nicht – wie im *Aktionsprogramm* anvisiert – eine einheitliche Richtlinie zu neuen Beschäftigungsformen vorschlug, sondern vier verschiedene, die jeweils unterschiedlichen Entscheidungsverfahren unterliegen und damit teilweise klarere Durchsetzungsbedingungen aufweisen.⁴⁸ Ein Vorschlag zielt auf bestimmte Arbeitsverhältnisse hinsichtlich der Arbeitsbedingungen (*COM (90) 228 final*), ein weiterer auf bestimmte Arbeitsverhältnisse im Hinblick auf Wettbewerbsverzerrungen (*COM (90) 228 final – SYN 280*), ein dritter dient der Ergänzung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von Zeitarbeitnehmern (*COM (90) 228 final – SYN 281*),⁴⁹ und ein vierter betrifft

⁴⁶ Vgl. den Text der Schlußfolgerungen des Vorsitzes in: Bulletin der Bundesregierung Nr. 149/S. 1533 vom 21. 12. 1990.

⁴⁷ Dazu näher Muckenberger/Deakin (Fn. 10).

⁴⁸ Der Frage zu folgen, wie sich die unterschiedlichen Strategien der Kommission und der den Rat bestimmenden EG-Mitglieder erklären, wäre hier wie auf anderen arbeitsrechtlichen Gebieten – etwa demjenigen der mittelbaren Diskriminierung von Frauen im Erwerbsleben – reizvoll, übersteigt aber den Rahmen dieses Beitrages.

⁴⁹ Deutsche Fassung der ersten drei Vorschläge: BR-Drs. 609/90.

bestimmte Aspekte der Organisation der Arbeitszeit (*COM (90) 317 final – SYN 295*). Nur der erste Vorschlag stützt sich auf Art. 100 EWGV und unterliegt somit dem überkommenen Einstimmigkeitsprinzip. Alle übrigen – der zweite gestützt auf Art. 100a EWGV, die beiden letzten auf Art. 118a EWGV – sind, geht der Plan der Kommission auf, qualifizierter Mehrheitsentscheidung zugänglich. Der Inhalt der Vorschläge läßt diesen Aufwand an Taktik zu ihrer Durchsetzung nur schwer ahnen.

3.1 *COM (90) 228 final* sieht Maßnahmen hinsichtlich Teilzeit, Befristung und Arbeitnehmerüberlassung⁵⁰ vor:

- Zunächst einmal werden geringfügige Arbeitsverhältnisse mit weniger als 8 Wochenarbeitsstunden von der Geltung überhaupt ausgenommen (Art. 1 Abs. 3). Ein solcher allgemeiner Schwellenwert⁵¹ für die Geltung der Regelung atypischer Beschäftigung war den Entwürfen der frühen 80er Jahre noch fremd.
- Ein erster Regelungskomplex sieht zweierlei Informationspflichten des Unternehmens bei atypischer Beschäftigung jeder Art vor: gegenüber der Arbeitnehmervertretung (Art. 2 Abs. 3) und gegenüber atypisch Beschäftigten im Falle der Einstellung unbefristeter Vollzeit Arbeitnehmer (Art. 5).
- Atypisch Beschäftigte zählen bei Betriebsgrößenschwellen mit, die auf die Arbeitnehmervertretung Einfluß haben (Art. 2 Abs. 2).
- Teilzeitbeschäftigte sollen dabei pro-rata angerechnet werden (Art. 2 Abs. 2); ferner sind sie bei bestimmten (nicht oder nicht vollständig der Arbeitsleistung proportionalen) Leistungen zu berücksichtigen (beim Zugang zu betrieblichen Berufsausbildungsmaßnahmen – Art. 2 Abs. 1 – und zu Sozialdiensten des Unternehmens – Art. 4 – sowie beim Anspruch auf Sozialhilfe und nicht beitragsfinanzierte Sozialleistungen – Art. 3).
- Gegenüber Zeitarbeitnehmern (befristet Beschäftigten und Leiharbeitnehmern⁵²) soll eine Pflicht eingeführt werden, die Wahl dieser atypischen Arbeitsform im Zeitarbeitsvertrag zu begründen (Art. 2 Abs. 4).
- Im Falle der Leiharbeit sollen nationale Regelungen die Hindernisse für Arbeitsverträge zwischen Leiharbeiter und Entleihfirma beseitigen (Art. 6) und den Leiharbeitnehmern eine Garantie des Entgelts und der Sozialbeiträge im Falle der Illiquidität des Verleihunternehmens sichern (Art. 7).

Daß das Problem der strukturellen Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten durch die Neueinführung eines allgemeinen Schwellenwerts für die Anwendung der Richtlinie und durch das Proportionalitätsprinzip ungelöst bleibt, bedarf keiner erneuten Begründung. Perspektivisch interessant an dem Entwurf ist die volle Teilhabe Teilzeitbeschäftigter an nicht der Arbeitsleistung proportionalen (oft unteilbaren) Leistungen. Die Begründungspflicht für die Wahl von Leiharbeit,⁵³ die Ansätze einer Stabilisierung des Rechtsverhältnisses zum Entleihunternehmen und die innerbetriebliche Bekanntmachung von zu besetzenden Normalarbeitsverhältnissen weisen in die Richtung des Schutzes der atypisch Beschäftigten. Man muß aber die relative Bescheidenheit dieses Schutzes wiederum in Relation mit den Informationsrechten der betrieblichen Interessenvertretung und der relativen Sicherung der sie betreffenden Schwellenwerte sehen und interpretieren. Dann wird

⁵⁰ Der Entwurf faßt unter »Zeitarbeitsverhältnis« (engl. Fassung: »temporary employment relationships«) befristete (einschließlich Saison-) wie Leiharbeitsverhältnisse: s. die beiden Spiegelstriche in Art. 1 Abs. 1 lit. b.

⁵¹ Art. 3 Abs. 2 des Entwurfs der Teilzeit-Richtlinie vom 5. 1. 1983 enthielt sie aber implizit, indem er nationale Schwellenwerte für betriebliche und gesetzliche Systeme der sozialen Sicherung als Ausnahme vom Proportionalitätsprinzip zuließ.

⁵² S. vorge Fußnote.

⁵³ Sie ist dem deutschen Recht im Gegensatz zum französischen fremd: s. Mückenberger (Fn. 16), S. 24/5.

wiederum der Schutz vornehmlich *vor* – und nicht: *der* – atypisch Beschäftigten als herausragendes Motiv sichtbar.⁵⁴

3.2 Ausschließlich unter dem Aspekt der Wettbewerbsverzerrungen behandelt COM (90) 228 final – SYN 280 die atypische Beschäftigung:

- Auch hier finden sich Arbeitsverhältnisse mit weniger als 8 Wochenarbeitsstunden – freilich auch ohne wettbewerbslich plausibles Argument – ausgenommen (Art. 1 Abs. 3).
- Der Schutz Teilzeitbeschäftigter besteht in der Formulierung des pro-rata-Grundsatzes hinsichtlich der sozialen Sicherheit (Art. 2) und einiger arbeitsrechtlicher Leistungen (Jahresurlaub, Kündigungsabfindung, Dienstalterszulagen – Art. 3).
- Bei Zeitarbeit⁵⁵ beschränkt sich der Entwurf auf die Vorkchrungen, kurzbefristete Kettenverhältnisse auf längstens 36 Monate zu beschränken und bei vorzeitiger Kündigung befristeter Verträge eine billige Entschädigung vorzusehen (Art. 4).

3.3 COM (90) 228 final – SYN 281 betrifft die besonderen Gesundheitsrisiken von Zeitarbeitnehmern:

- Hier geht es einmal um die gesundheitliche Gleichbehandlung von Leiharbeitern im Vergleich zu Festbeschäftigten der Entleihfirma (Art. 2 und 4) und die genaue Kennzeichnung der Risikostruktur des Arbeitsplatzes – auch gegenüber dem Leiharbeiter selbst (Art. 3 und 5).
- Interessant ist im Ansatz Artikel 6, der verhindern will, daß Zeitarbeiter mit gesundheitsgefährlichen Tätigkeiten beschäftigt werden, die bei einem Festangestellten anhaltende ärztliche Überwachung erfordern würden. Er ordnet im Falle solcher Beschäftigung die Möglichkeit der ärztlichen Überwachung über den Fristablauf des Arbeitsvertrages hinaus an (Art. 6 Satz 3), entkoppelt insoweit also Arbeitgeberpflichten vom Bestand des Arbeitsverhältnisses.

Da die Fragen des Gesundheitsschutzes nicht in erster Linie solche von Vertragsgestaltungen sind, wird hierauf nicht weiter eingegangen.

3.4 COM (90) 317 final – SYN 295 trifft Regelungen für die Tages-, Wochen- und Jahresarbeitszeit sowie für Nacht- und Schichtarbeit. Auf sie braucht hier nicht eingegangen zu werden, da sie für typische wie für atypische Beschäftigung gilt.

Sieht man die Entwürfe im Zusammenhang, so bleibt das Bild unbefriedigend. Weder die auf langfristige Durchsetzung angelegte Com (90) 228 final noch gar die drei unter kurzfristigen Durchsetzungsgesichtspunkten konzipierten übrigen Entwürfe gehen strukturelle Diskriminierungsprobleme bei den neuen Beschäftigungsformen systematisch an. Sie zielen nur auf punktuelle arbeits- und sozialrechtliche Besserstellungen atypisch Beschäftigter und setzen sich dadurch – nicht viel anders als die frühere Generation von Entwürfen – dem Verdacht aus, das Problem neuer Beschäftigungsformen eher unter dem Blickwinkel der Sicherungsinteressen Festbeschäftigter oder auch der Wettbewerbsinteressen von Arbeitgebern zu betrachten als unter demjenigen des sozialen Schutzbedarfs der betreffenden Beschäftigten.

III. Rechtliche Problemstellungen

Natürlich provoziert eine so scharfe Kritik die Frage, wie problemangemessene Lösungen der Regelung neuer Beschäftigungsformen auszusehen hätten. Ohne diese

⁵⁴ Das Argument für die Perspektive des Schutzes *vor* atypischer Beschäftigung – die Gefahren des sozialen Dumping durch Unterbietungskonkurrenz – ist begründungs- und durchsetzungstaktisch, wie angedeutet, für den zweiten Richtlinien-Vorschlag COM (90) 228 final – SYN 280 bedeutsam. Für den ersten dagegen ist es ohne Relevanz, da es an der erforderlichen Einstimmigkeit nichts ändert.

⁵⁵ Zur Definition s. oben.

Frage befriedigend beantworten zu können, möchte ich die Richtung andeuten, in der bei der Bewältigung dieser Probleme nachzudenken wäre.

13

1. Definitionsprobleme

Aufgrund der Vielfalt von Beschäftigungsformen und des unterschiedlich ausgeprägten arbeitsrechtlichen Typenzwanges in der EG bestehen Definitionsunterschiede, hinter denen meist auch Konzeptionsunterschiede stehen. Bei Teilzeit und Befristung kann man der Einfachheit halber den Definitionen der Richtlinien-Entwürfe folgen. Schwieriger ist dies bei Arbeitnehmerüberlassung und Beschäftigungsauslagerung.

1.1 Hinsichtlich ersterem setzen die Entwürfe nicht nur die Existenz eines einheitlichen Arbeitnehmerbegriffes voraus, sondern unterstellen auch die Anerkennung der Arbeitnehmereigenschaft der Leiharbeiter – das kann aber zumindest für den englischen Fall nicht durchweg, und offenbar zunehmend weniger, unterstellt werden.⁵⁶ Ferner beschränken sich die Entwürfe auf die Regulierung unsstätiger (»temporary«) Zeitarbeitsverhältnisse, was sie auf Rechtsordnungen, die wie Deutschland und Frankreich die sozialpolitische Strategie einer Verstärkung des Rechtsverhältnisses zwischen dem/der Leiharbeiter/-in und der Verleihfirma anstreben, weitgehend unanwendbar macht.

1.2 Beschäftigungsauslagerung wird von den bestehenden Entwürfen nicht erfaßt. Insofern fehlen Begriffe für die Problemflut, die sich etwa in England unter dem Begriff »self-employment«,⁵⁷ in Ländern mit wenig ausgeprägtem Typenzwang unter dem »Umfeld« (»dintorni«⁵⁸) abhängiger Beschäftigung, in Deutschland unter dem wenig trennscharfen Begriff der »Schein-Selbständigkeit«⁵⁹ verbirgt.

2. Anwendungshürde Arbeitnehmereigenschaft

Der Neudefinition und Vereinheitlichung bedarf angesichts der wachsenden Typenvielfalt von Beschäftigungsformen der Arbeitnehmerbegriff, weil er selbst bei rechtlicher Anerkennung und Ausgestaltung unterschiedlichster Arbeitsverhältnistypen die erste Anwendungshürde für das Arbeitsrecht überhaupt ist. Das Kriterium der »Unselbständigkeit« oder der »persönlichen« (im Gegensatz zur bloß wirtschaftlichen) Abhängigkeit, das in den europäischen Ländern nach wie vor dominiert, büßt zunehmend seine regulative Kraft ein. Für die Neuregelung wäre vor allem hier die regulative Idee der Risikoauslagerung und der Notwendigkeit ihrer Re-Internalisierung (oben I. 3.) nutzbar zu machen.

Es gibt für eine Neuregelung m. E. drei Möglichkeiten:

- Entweder wird der Arbeitnehmerbegriff auf Fälle sachlicher oder organisatorischer Abhängigkeit, in denen die Definitionsmacht über die Rechtsform beim Auftraggeber liegt, ausgedehnt.
- Oder es wird eine Mittelkategorie von Nicht-Arbeitnehmern – nach Art der »arbeitnehmerähnlichen Personen« im deutschen Recht – gebildet und entsprechend der Risikoexternalisierung ausgedehnt, auf die wegen ihres sozialen Schutzbedarfs Teile des Arbeits- und Sozialrechts angewandt werden.

⁵⁶ Vgl. Mückenberger (Fn. 16), S. 44–47.

⁵⁷ Siehe dazu Lord Wedderburn of Charlton, *The Worker and the Law*, 3rd ed., Harmondsworth 1986, S. 121 ff.

⁵⁸ Zur italienischen Situation siehe den instruktiven Sammelband M. Pedrazzoli (Hg.), *Lavoro subordinato e dintorni*, Bologna 1989.

⁵⁹ Zum Diskussionsstand s. Daubler, *Arbeitsrecht* 2 (Fn. 7), S. 911 ff.

- Oder rechtliche Gewährleistungen werden – wie etwa im englischen Antidiskriminierungsrecht – wo möglich überhaupt vom Erfordernis eines Arbeitsverhältnisses abgekoppelt.⁶⁰

Wahrscheinlich wird allein eine Kombination der drei Möglichkeiten die Anwendungshürde entschärfen.

3. Anwendungshürde Schwellenwerte

Ein zunehmendes sozialpolitisches Problem – gegen das sich, wie gezeigt, die Entwürfe der Kommission blind stellen, zu denen sogar die jüngsten Entwürfe noch durch Einführung eines allgemeinen Schwellenwertes von 8 Wochenarbeitsstunden beigetragen haben – ist die Existenz arbeits- und vor allem sozialrechtlicher Schwellenwerte, von denen Schutz abhängig gemacht wird.⁶¹ Die Existenz solcher Schwellen hat sich früher daraus begründet, daß soziale Sicherung auf Sozialverbände (Familie), nicht auf Individuen zugeschnitten war. Die Erosion dieser subsidiären Netze macht statt einer abgeleiteten die originäre Sicherung der Individuen unvermeidlich. Deshalb muß auch im Falle neuer Beschäftigungsformen vom existenzsichernden Charakter der Tätigkeit(en) ausgegangen werden. Damit sind zumindest persönliche Schwellenwerte wahrscheinlich strukturell unvereinbar. Sie werden vielmehr selbst – als Anwendungshürde sozialen Schutzes – zum Bestandteil von Strategien der Risikoauslagerung.

4. Arbeitsrechtliche Defizite hinsichtlich individueller Optionalität und sozialem Schutz

Auf arbeitsrechtlichem Gebiet geht es – wie in den Entwürfen der Kommission ansatzweise realisiert – sowohl um individualrechtliche Standards als auch kollektivrechtliche Sicherungsprozeduren zugunsten neuer Beschäftigungsformen.

4.1 Ausgangsfrage ist, ob die Wahl vom Normalarbeitsverhältnis abweichender Beschäftigungsformen eines materiellen Sachgrundes bedarf.⁶² Die damit unmittelbar zusammenhängende Frage ist, ob es sich dabei um eine abschließende Kasuistik oder um eine Generalklausel handelt, die sozusagen eine »unnormale« Tätigkeit für ein »unnormales« Arbeitsverhältnis fordert.⁶³ Der Umgang mit Kasuistiken ist heikel, da sie der Vielzahl der Fälle nicht rechtzeitig gerecht werden und deshalb – siehe nur das französische Beispiel – fortwährender Nachbesserung unterliegen. Zu berücksichtigen ist auch, daß eine zu enge Beschränkung von Zulassungsgründen dem Ziel der Realisierung individueller Optionen zuwiderlaufen kann. Das Problem von Generalklauseln – eine hohe Implementationsungewißheit – ist bekannt. Andererseits dürfte allein ein sachliches Begründungserfordernis – im Gegensatz zu einer allein zeitlichen Höchstgrenze wie im deutschen Leiharbeitsrecht – einen betrieblichen Kommunikationsprozeß über etwaige Risikoauslagerung und deren Bewältigung in Gang setzen können.

Bei Berücksichtigung dieser verschiedenartigen Gesichtspunkte käme folgende Regelung in Betracht:

60 Für diese Methode bietet wie gezeigt die *EG-Charta* in Ziff. 10 bereits Anhaltspunkte.

61 Zur Systematik und Funktion: Mückenberger (Fn. 16).

62 Ein solches Sachgrunderfordernis impliziert *COM (90) 228 final* in Art. 2 Abs. 4 für die beiden Formen der Zeitarbeitsverhältnisse. Dies ist im französischen und (jedenfalls bis 1985) deutschen Befristungsrecht und im französischen Leiharbeitsrecht der Fall (dies im Gegensatz zum deutschen, wo nur eine Höchstdauer festgelegt ist). Für das deutsche Arbeitsrecht befürwortet Däubler (Arbeitsrecht 2, S. 876/7) ein – der zulässigen Befristung entsprechendes – Sachgrunderfordernis bei Einführung von Teilzeitarbeit, bei Leiharbeit erörtert er die Möglichkeit dieses Erfordernisses nicht.

63 Das französische Befristungsrecht ist im Zuge jüngerer Deregulierungsprozesse von der ersten zur zweiten Strategie übergegangen: s. Mückenberger (Fn. 16), S. 23–25.

- Sachliche Begründungserfordernisse wären im Ausgangspunkt auf Fälle zu beschränken, die nicht dem eigenen Bedarf des/der Beschäftigten entsprechen.
- Innerhalb der verbleibenden Fälle wäre eine Typisierung nach Art und Grad der Risikoauslagerung vorzunehmen und mit entsprechenden, Optionalität und Schutz sichernden, Re-Internalisierungen auszustatten. Der Fall mit der schärfsten Risikoverlagerung ohne Zugewinn an Optionalität für Beschäftigte dürfte die befristete Beschäftigung sein, die nicht auf eigenen Wunsch zurückzuführen ist. Hier bietet sich an, sie dem Kündigungsrecht angenäherten Kontrollen zu unterwerfen und (wie in Frankreich und – allerdings mit Verzichtsmöglichkeit – auch in England⁶⁴) dem Regime von Abfindungen, »Risikoprämien«, zu unterwerfen.
- Für alle vier hier in Betracht gezogenen neuen Beschäftigungsformen bietet sich weitergehend das System von Optionen des Übergangs in andere Beschäftigungsformen an, das die früheren Kommissions-Entwürfe (die neueren beschränken sich auf Informationspflichten!) für Voll- und Teilzeit vorgeschlagen haben.
- Weitere Standards könnten Gebote gleicher individual- wie kollektivrechtlicher Berechtigung sein, wie sie derzeit allgemein (auch in den Entwürfen) diskutiert werden.
- Angesichts deutlicher geschlechtshierarchischer Verteilung neuer Beschäftigungsformen bedürfte besonders im Teilzeitarbeitsrecht das Verbot indirekter Diskriminierung einer präzisen Ausformulierung.⁶⁵

4.2 Auf der kollektivrechtlichen Seite ist Voraussetzung für den Schutz vor Risikoauslagerung und den Zuwachs individueller Optionalität ein genereller Informationszugang der Repräsentanten der Beschäftigten über Art und Veränderung von Beschäftigungsverhältnissen. Dies dürfte sich angesichts der Vielfalt nicht (wie in den Kommissions-Entwürfen⁶⁶) auf bestimmte Formen beschränken, da ihnen andere funktional äquivalent sein können. Hinzu kommt ein personalpolitisch nicht zu vernachlässigendes Problem: Erhöhte Optionalität zugunsten der Beschäftigten erhöht den kollektiven Abstimmungsbedarf sowohl unter den Beschäftigten als auch zwischen ihnen und der unternehmerischen Personalplanung. Sinnvoll wäre in allen Fällen ein Beratungsrecht (sowohl zwischen Arbeitgeber und Repräsentanten als auch mit und unter den betreffenden Arbeitnehmern/innen) hinsichtlich Art, Ausmaß und Bewältigung der Risikoauslagerung. Der Typologie der Risikoauslagerung und dem ihr entsprechenden substantiellen Begründungszwang könnte ein Recht auf unumgehbare Einflußnahme der Repräsentanten auf die unternehmerische Entscheidung folgen.

Angesichts der zunehmenden Dezentralisierung von Beschäftigung wäre neben diesen traditionellen kollektivrechtlichen Formen an die Entwicklung (teilweise auch nur Neuformulierung) solcher Regelungen zu denken, die die Interessenvertretung partiell vom Arbeitsverhältnis abkoppeln. Eine solche Entkoppelung würde kollektive Interessenvertretung teilweise politisch konstituieren; dies wird dort notwendig, wo fremde Beschäftigte im Betrieb tätig werden, wo also das Weisungsrecht nicht vom Arbeitgeber selbst ausgeübt wird – sie ist im deutschen Recht bereits partiell bei Leiharbeit, sogar bei selbständiger Tätigkeit vollzogen.⁶⁷

⁶⁴ Zu beidem s. Mückenberger (Fn. 16), S. 24 und 43.

⁶⁵ Ansätze hierfür finden sich im Richtlinien-Entwurf der Kommission 88/C 176/09 vom 27. Mai 1988 »zur Beweislast im Bereich des gleichen Entgelts und der Gleichbehandlung von Männern und Frauen« (ABl. Nr. C 176/5; dokumentiert bei Birk (Fn. 24), S. 231 ff.) unter Art. 3 und 5.

⁶⁶ Zuletzt Art. 2 Abs. 3 *Com (90) 228 final*.

⁶⁷ Zum deutschen Recht s. Däubler, *Das Arbeitsrecht* 2 (Fn. 7), S. 909 ff. Die Idee der Entkoppelung von Arbeitsverhältnis und betrieblicher Interessenvertretung lag bereits Art. 10 von *ZEITARBEIT E 1* und selbst der abgeschwächten Fassung von Art. 10 *ZEITARBEIT E 2*, sie liegt auch Art. 2 Abs. 2 *Com (90) 228 final* zugrunde, wenn für betriebliche Schwellenwerte überlassene Arbeitnehmer (anteilig) einberechnet werden.

Bei Zunahme der Zahl ausgelagert Beschäftigter reicht aber die Möglichkeit einer Einflußnahme der betrieblichen Repräsentanten nicht. Im Zusammenhang mit einem effektiven Schutz zugunsten neuer Beschäftigungsformen kommt es erfahrungsgemäß nicht selten zu Interessenkollisionen auf Beschäftigtenseite. Die Interessenvertretung der abweichend vom Normalarbeitsverhältnis Beschäftigten ausschließlich Repräsentanten der Kernbelegschaften zu überlassen, wäre unter diesen Umständen riskant. Notwendig wäre einmal eine Form der Interessenvertretung, die den »logistischen Linien« der Produktion folgt – ungeachtet der Tatsache, ob Teilstufen des Produktionsprozesses aufgrund der Verringerung der Fertigungstiefe ausgelagert und die Produzenten u. U. selbständig sind. Zum anderen wäre z. B. eine auf die Gruppe der »self-employed« zugeschnittene überbetriebliche Repräsentation ihres Interesses, die entweder autonom-verbandlich oder mit kollektivvertraglichen Mitteln⁶⁸ oder staatlich oder quasi-staatlich⁶⁹ tätig wird.

5. Sozialrechtliche Defizite hinsichtlich individueller Optionalität und sozialem Schutz

Das Sozialrecht ist zu kompliziert, als daß Anforderungen an die Reregulierung neuer Beschäftigungsformen hier im einzelnen aufgeführt werden könnten. Andererseits ist bei der Kritik der Kommissions-Entwürfe deutlich geworden, daß ohne starke sozialrechtliche Äquivalente eine Regulierung neuer Formen der Beschäftigung strukturell fehlt. Deshalb folgen hier einige sehr allgemeine regulative Grundüberlegungen.

Die Ausgangspunkte des Schutzes vor Risikoverlagerung und der Optionalität greifen auch hier. Unumgänglich erscheint, die Schutzbereiche des Sozialrechts (zumindest vom Alter des Eintritts in das Erwerbsleben an) von sozialverbandlichen (etwa familiären) Zurechnungsmechanismen zu befreien und vollständig auf das Individualprinzip umzustellen. Daß dies mit den Geringfügigkeitsschwellen im Sozialversicherungsrecht zumindest in ihrer derzeitigen Höhe unvereinbar ist, wurde bereits erwähnt (oben III. 3). Es impliziert aber weiter eine Abschwächung des Versicherungs- und Äquivalenzprinzips zugunsten von Mindestsicherungen nach Bedarfsgesichtspunkten im Sozialversicherungsrecht und schließlich – in der Konsequenz – eine auch von Arbeitsverhältnissen entkoppelte Grundsicherung.⁷⁰ Solche Strukturveränderungen beseitigen nicht das System der Sozialversicherung. Aber sie würden das ihr innewohnende Spannungsverhältnis zwischen »sozial« und »Versicherung« energisch zugunsten des Sozialen verschieben, indem sie die jetzt bestehende Koppelung der sozialen Sicherung an die »Normalität« der Arbeitsver-

68 Hierzu bedarf es z. B. bei Selbständigen der positivrechtlichen Grundlage – wie etwa § 12a des deutschen Tarifvertragsgesetzes sie vorsieht –, da sonst solche Kollektivverträge den Verböten und Beschränkungen des Kartellrechts unterliegen.

69 Gewisse ausbaufähige Vorbilder könnten hier die, freilich aktuell stark deregulierungs betroffenen, englischen Wage councils, die schwedischen Ombudsleute, die ihnen partiell nachgebildeten »Beauftragten« im deutschen Umweltschutz- und Anti-Diskriminierungsrecht oder die Heimarbeitsausschüsse im deutschen Heimarbeitsrecht abgeben.

70 Diese Notwendigkeit ist grundsätzlich dargestellt von U. Mückenberger/C. Offe/I. Ostner, Das staatlich garantierte Grundeinkommen – ein sozialpolitisches Gebot der Stunde, in: H. L. Krämer und C. Leggewie (Hg.), Wege ins Reich der Freiheit. André Gorz zum 65. Geburtstag, Berlin 1989, S. 247–78. Aus diesem Beitrag ergibt sich auch, daß nicht davon auszugehen ist, daß eine Grundsicherung als solche schon die Lösung des Problems der Fragmentierung und Segmentierung des Arbeitsmarktes darstellen könne. Wohl kann sie aber – im Kontext mit Arbeitszeitverkürzung und gesicherten Optionen des Wechsels zwischen Erwerbsleben und nicht-erwerblicher Arbeit für beide Geschlechter – eine nicht unwesentliche Bedingung dafür bereitstellen. Eine ähnliche Option findet sich bei Schulte (Fn. 37), S. 94 ff.

hältnisse lockerten.⁷¹ Erst solche weitgehenden Maßnahmen würden strukturell den Schutz und die Optionalität für neue Formen der Beschäftigung ermöglichen: Sie erst nähmen ihnen das Stigma, von einer Normalität abzuweichen, auf die der soziale Schutz zentral abhebt.⁷²

17

IV. Vorläufige Folgerungen

In Konsequenz der angedeuteten Vorschläge für die Neuregelung neuer Formen der Beschäftigung liegt die Reflexion auf Ebenen und Mittel ihrer Realisierung. Für die Ausformulierung und Durchsetzung der arbeitsrechtlichen Ziele kommen sowohl kollektivvertragliche Gestaltungsformen⁷³ als auch – je nach nationalen Rechtskulturen unterschiedlich – ein Wechselspiel zwischen staatlicher Intervention und autonomer Normsetzung in Betracht. Teilweise wird dies bereits praktiziert. Demgegenüber dürfte der Handlungsspielraum für die Umgestaltung der sozialen Sicherung enger auf das Feld staatlichen Handelns beschränkt sein.⁷⁴ Das schließt nicht aus, daß dergleichen Gestaltungen Gegenstand des »sozialen Dialogs« auf europäischer Ebene werden, von dem dann Impulse in Richtung auf nationale Rechtsangleichung und europäisch-rechtliche Normsetzung ausgehen.⁷⁵

⁷¹ So enthält auch *CHARTA E* 2 in Ziff. 13 (teilweise auch bereits Ziff. 8) Ansätze solcher Mindestsicherungsbestimmungen, die allerdings in Ziff. 5 und 10 der Endfassung ersatzlos entfallen sind.

⁷² Daß eine solche Grundsicherung mit dem veränderten gesellschaftlichen Arbeitsverständnis und mit der universellen Bürgerrolle – im Gegensatz zu »meritokratisch-partikularistischen Prinzipien« – zusammenhängt, wird in dem in Fn. 70 zitierten Beitrag hervorgehoben.

⁷³ Dies – und der Zusammenhang mit dem durch die Einheitliche Europäische Akte eingeführten »Sozialen Dialog« (Art. 118b EWGV) – ist der Grundgedanke der Studie von B. Bercusson (Fn. 23). Allerdings ist das Paradox zu beachten, daß die Faktoren, die eine autonome Regulierung der Bedingungen neuer Beschäftigung notwendig machen, deren Realisierung gerade erschweren.

⁷⁴ Aus Platzgründen verzichte ich hier auf eine Beschäftigung mit Kompetenzfragen und mit den für eine Neuregelung wichtigen Instrumenten des europäischen Rechts.

⁷⁵ In diesem Beitrag konnte der Entwurf *COM (90) 363 final* (Proposal for a Council Directive on a form of proof of an employment relationship) vom 8. 1. 1991 noch nicht verarbeitet werden. Dieser Entwurf sieht zu Beweis Zwecken die schriftliche Fixierung wesentlicher Inhalte von Arbeitsverhältnissen vor (Art. 2). Das dürfte gerade für die neuen Beschäftigungsformen von Bedeutung sein. Allerdings sieht auch dieser Entwurf einen Schwellenwert von 8 Wochenstunden (Art. 1 Abs. 2) vor, womit er im Schutzbereich selektiv bleibt.