

remaining before us«.<sup>31</sup> Für ihn sind – anders als für Arendt, Carl Schmitt oder auch Böckenförde – Bürgerdemokratie und Menschheitsdemokratie ein und dasselbe Projekt. Die politische Pointe der 272 Worte Lincolns nach der grauenvollen Schlacht bei Gettysburg besteht allein darin, daß es keinen Begriff moderner Demokratie gibt, der nicht innerlich mit der Idee der Gleichheit und Emanzipation aller Männer und Frauen verbunden wäre. Es gibt deshalb keine moderne Demokratie ohne das monotheistische Erbe der jüdisch-christlichen Idee universeller Solidarität.

343

## Ulrich Mückenberger Kritik des »Arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetzes«<sup>\*</sup>

### *1. Der arbeitsmarkt- und gesellschaftspolitische Kontext*

Das heute zur Erörterung anstehende Gesetz darf nicht als vereinzelte arbeitsrechtliche Maßnahme betrachtet und bewertet werden. Es steht vielmehr im Kontext zweier arbeitsmarktpolitischen Entwicklungen von geradezu historischer Bedeutung:

- Einmal hat die Massenarbeitslosigkeit in der Bundesrepublik mit weit über 4 Millionen Arbeitslosen einen Stand erreicht, der in der Nachkriegsgeschichte einmalig ist. Die Dramatik, die mit Massenarbeitslosigkeit verbunden ist – soziale Ausgrenzung, Armut, Kriminalität, Fremdenfeindlichkeit usw. –, drängt sich jedem, der diese Gesellschaft offenen Auges betrachtet, auf. Sie verlangt im wahrsten Sinne radikale Lernprozesse, die Fähigkeit und Bereitschaft aller mit dem Arbeitsmarkt beschäftigten gesellschaftlichen Akteure zur Umsteuerung. Manche sprechen in diesem Zusammenhang von der Notwendigkeit eines »neuen Gesellschaftsvertrages«.
- Zum anderen hat es aber Ende letzten, Anfang dieses Jahres den Ansatz zu einer solchen radikalen Umsteuerung gegeben, den bis dahin niemand für möglich gehalten hätte: Die auf die IG Metall zurückgehende Initiative »Bündnis für Arbeit«. Die IG Metall hatte, ohne ihre Auffassung, daß die Lohnhöhe nicht die entscheidende Variable für die Arbeitsplatzzahl sei, aufzugeben, Lohnzurückhaltung im Gegenzug zur garantierten Arbeitsplatzschaffung durch die Mitglieder der Arbeitgeberverbände angeboten. Das Hintergrundereignis dieses Vorschlags war das in der deutschen Nachkriegsgeschichte umwälzende »VW-Modell«. Dort war auf Initiative des Arbeitsdirektors hin ein Abkommen zwischen Unternehmensleitung, Gewerkschaft und Betriebsrat zustande gekommen, das drohende Massenentlassungen durch einschneidende Arbeitszeitverkürzungen mit nur teilweisem Lohnausgleich vermied. »Radikal« war dieses Modell deshalb, weil beide beteiligte Seiten dabei bislang fest behauptete Tabus preisgaben: Die Arbeitgeberseite, daß Arbeitszeitver-

<sup>31</sup> Ebd.

<sup>\*</sup> Geringfügig bearbeiteter Text einer Stellungnahme zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung des Deutschen Bundestags am 10. Juni 1996 in Bonn (Ausschuß-Drucksache 13/63b). Grundlage der Ausschuß-Anhörung war der Gesetzentwurf BT-Drs. 13/1412. Er wurde in der aufgrund von Beschußempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung vom 26. Juni (Drs. 13/5107) modifizierten Form am 28. Juni 1996 vom Deutschen Bundestag angenommen (BR-Drs. 461/96).

kürzung nicht beschäftigungssichernd wirken könne; die Gewerkschaftsseite, daß Arbeitszeitverkürzungen ohne vollen Lohnausgleich nicht akzeptabel seien. Das VW-Modell ist zum Vorläufer zahlreicher betrieblicher Abkommen und Tarifvereinbarungen geworden. Das Bündnis für Arbeit war (und ist?) das bislang weitestgehende Beispiel dieses Umdenkansatzes.

Vor dem Hintergrund dieser beiden historischen arbeitsmarktpolitischen Entwicklungen muß sich das »Programm für mehr Wachstum und Beschäftigung« (April 1996) der Bundesregierung, müssen sich die arbeits-, steuer- und sozialrechtlichen Gesetze zu seiner Umsetzung und muß sich daher auch das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz messen lassen. Bietet dieses Gesetzeswerk in seiner Gesamtheit die Grundlage für den groß angelegten arbeitsmarktpolitischen Umsteuerungsprozeß, der notwendig ist, um die Massenarbeitslosigkeit in absehbarer Zeit zu beseitigen oder auch nur – worauf sich die Bundesregierung festgelegt hat – bis zur Jahrtausendwende zu halbieren? Und: Ergreift das Gesetzeswerk die historische Chance, die Ansätze zu einem arbeitsmarktpolitischen Gesellschaftsvertrag aller beteiligten Akteure aufzugreifen und so fortzuführen, daß die Beseitigung der Massenarbeitslosigkeit eine Art übergreifende »Gemeinschaftsaufgabe« wird?

In beiderlei Hinsicht wirft der Gesamtblick auf das Aktionsprogramm Zweifel auf. Es fehlt buchstäblich jeglicher seriöser Ansatz eines Nachweises, wie die im 50 Punkte-Aktionsprogramm versammelten Maßnahmen zu einer Halbierung der Arbeitslosigkeit innerhalb von drei Jahren führen sollten (so W. Kannengießer, Der Standort Deutschland erodiert, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 26.2.1996). Auch der Sachverständigenrat hat die Konsistenz des Sparprogramms deutlich in Zweifel gestellt. Das Programm erscheint ohne durchgehendes Konzept: »Das sind lauter kleine Schräubchen, an denen man dreht, nach dem Prinzip Hoffnung«. (T. Hanke und E. Martens, in: DIE ZEIT vom 3. Mai 1996, Seite 17).

Das Maßnahmenbündel wird durch die Hintergrundannahme zusammengehalten, man könnte die Massenarbeitslosigkeit durch zahlreiche Maßnahmen der Senkung der direkten und indirekten Arbeitskosten halbieren. Diese Hintergrundannahme stützt sich auf neoliberale akademische Positionen, wie die folgende: »Ohne die Entmachtung des Tarifkartells und ohne Reform der Sozialsysteme gibt es keinen Weg aus der Misere der Arbeitslosigkeit« (R. Soltwedel, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 18. Mai 1996, Seite 13). Ein Nachweis für die Stimmigkeit dieser Annahmen aber steht aus. Das auf sie gestützte Maßnahmebündel weist auch in sich wenig Konsistenz auf. Welchen real arbeitsmarktpolitischen Effekt Steuererleichterungen für Haushaltshilfen, die vorgeschlagenen Einsparungen im Renten- und Arbeitslosenversicherungsrecht, die erneute Erleichterung befristeter Beschäftigung oder die Höhenbegrenzung der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle wirklich haben, welche Synergien, positiven oder negativen externen Effekte sich zwischen ihnen ergeben werden, scheint kaum zu Ende gedacht und nach Prognosegesichtspunkten beurteilt zu sein. Die Bestandteile des Maßnahmebündels werden eher von allgemeinen Glaubenssätzen zusammengehalten – wie: »Ziel des Gesetzentwurfs ist es, mehr Wachstumsdynamik zu ermöglichen und zusätzliche Arbeitsplätze zu schaffen. Die Betriebe sollen von beschäftigungsfeindlichen hohen Lohnzusatzkosten entlastet, das Arbeitsrecht soll beschäftigungsfreundlich flexibilisiert werden« (so der Vorspann des Gesetzentwurfs, Drucksache 13/4612).

Skepsis erscheint auch hinsichtlich der zweiten Frage – ob das Gesetzeswerk geeignet erscheint, eine gemeinschaftliche Anstrengung aller am Arbeitsmarkt beteiligten Akteure zur Beseitigung der Massenarbeitslosigkeit zu fördern – angebracht. Der in den vergangenen Monaten zu beobachtende Weg – vom IG Metall-Vorschlag eines Bündnisses für Arbeit über die Kanzlerrunde zum 50 Punkte-Aktionsprogramm der

Bundesregierung – gibt zu wenig Optimismus Anlaß. Ist doch das vorgeschlagene Gesetzeswerk der Bundesregierung von nachprüfbaren Festlegungen auf eine Halbierung der Arbeitslosigkeit abgegangen und statt dessen zu einem Auffangbecken für Maßnahmen geworden, die einen *Kompromißcharakter* im Sinne eines neuen Gesellschaftsvertrages nicht mehr enthalten, sondern nur noch längst gehegte, von den Gewerkschaften in dieser Form nicht akzeptierbare Forderungen enthalten.

Auf dem Spiel steht die historische Chance einer gesellschaftlichen Verständigung über die Beseitigung der Massenarbeitslosigkeit: Mit Zugeständnissen von allen Seiten, damit aber auch der Chance *wechselseitiger* Akzeptierbarkeit. Wird diese Chance verspielt, wird statt dessen ein durch die Arbeitsmarktverhältnisse begünstigter »Machtpoker« die Oberhand zurückgewinnen, so geht es um mehr als die monatliche Arbeitsmarktstatistik: Vielmehr das soziale Klima in der Bundesrepublik als solches und die Chance des Konsenses in zentralen gesellschaftlichen Fragen. Die Gefahr besteht darin, daß sich die Bundesrepublik in eine Situation der Selbstblockade gesellschaftlicher Akteure begibt, wie sie etwa in der französischen Bewegung vom Dezember 1995 in Erscheinung trat.

Diese Erwägungen mögen genügen, um plausibel zu machen, daß auch das arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz nicht isoliert – etwa nur gemäß den dogmatischen Erkenntnissen zum Befristungsrecht, zum Teilzeitrecht, zum Kündigungsschutzrecht – beurteilt werden darf, sondern im Hinblick auf seine Eignung, die beiden oben gestellten arbeitsmarktpolitischen Grundfragen auf seinem Terrain befriedigend zu beantworten.

## *II. Das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz*

Das Gesetz enthält Änderungen des Kündigungsrechts, der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle, der Regelung befristeter Arbeitsverträge, des Urlaubsrechts und sonstiger arbeitsrechtlicher Fragen.

### *A. Änderung des Kündigungsrechts*

Dem Ziel der »Schaffung neuer Arbeitsplätze« (Gesetzentwurf Seite 1) sollen Regelungen der Sozialauswahl, der Anwendungsbreite des Kündigungsschutzrechts auf Kleinbetriebe und der dabei anzuwendenden Berechnungsmethode für Teilzeitbeschäftigte dienen.

1. Gelockert werden soll die Bindung des entlassenden Unternehmers an letztlich von der Arbeitsgerichtsbarkeit überprüfbare Kriterien sozialer Auswahl bei betriebsbedingten Kündigungen. Während die Rechtsprechung dazu übergegangen ist, neben Betriebszugehörigkeitsdauer, Alter und Unterhaltpflichten andere Kriterien zuzulassen, die sozialen Schutzbedarf begründen, und jedenfalls eine »wertende Gesamtschau« vorzunehmen (BAG NZA 1985, 423; NZA 1986, 679; NZA 1990, 729), sollen in der Neufassung nur noch die drei erstgenannten Kriterien Berücksichtigung finden. Ferner sollen Arbeitnehmer nicht in die soziale Auswahl einbezogen werden müssen, »deren Weiterbeschäftigung, insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebs, im berechtigten betrieblichen Interesse liegt« (§ 1 Abs. 3 S. 1 und 2 KSchG).

Dem deutschen Kündigungsschutzsystem liegt ein abgemildertes Senioritätsprinzip zugrunde. Dieses bedarf einer Revision, da es Beschäftigengruppen, die typischerweise weniger oder unregelmäßige Erwerbsarbeit verrichten (oft Frauen), strukturell benachteiligt. Deshalb war begrüßenswert, daß die Recht-

sprechung zuweilen auch andere Kriterien sozialen Schutzbedarfs in die Sozialauswahl einbezog (z. B. Vermittlungsaussichten auf dem Arbeitsmarkt). Genau dieses Problem verfehlt jedoch die Neufassung aus zwei Gründen: Erstens schreibt sie genau die drei Kriterien fest, so als begründen neben Seniorität allein Alter und Unterhaltpflichten einen sozialen Schutzbedarf – das ist ein gravierender Fehler. Zum anderen stellt die zitierte Formulierung an die Einbeziehung in die Sozialauswahl so verschwindend geringe Anforderungen, daß es weitgehend dem betrieblichen Interesse überlassen bleibt, soziale Auswahl vorzunehmen oder nicht.

Mit einer am Sozialstaatsprinzip orientierten Bewertung sozialer Schutzbedürftigkeit hat diese Regelung nichts zu tun. Auch die Begrenzungen der Überprüfbarkeit der Sozialauswahl durch die Arbeitsgerichtsbarkeit in den neugefaßten Absätzen 4 und 5 werden solchen sozialstaatlichen Anforderungen nicht gerecht. In dem Maße nämlich, wie die Bestimmung der Sozialauswahl betrieblichen und tariflichen Übereinkommen überlassen wird, werden sie eher der Logik betrieblicher Interessen als derjenigen sozialer Schutzbedürftigkeit folgen. Das Senioritätsprinzip wird damit eher noch mehr Geltung erlangen, als diese zugunsten sozialer Schutzbedürftigkeit einzubüßen.

2. Das Kündigungsschutzgesetz wird in Zukunft nur noch in Betrieben und Verwaltungen mit wenigstens elf regelmäßig Beschäftigten gelten (§ 23 Abs. 1 KSchG). Bei der Bemessung dieser Mindestbeschäftigungszahl sollen Teilzeitbeschäftigte nicht mehr wie bisher angerechnet werden – bei unter zehn Wochenstunden keine Anrechnung, bei darüber liegenden Wochenstunden ganze Anrechnung –. Vielmehr sollen sie anteilig – entsprechend der Dauer ihrer Arbeitszeit zu  $\frac{1}{4}$ ,  $\frac{1}{2}$  oder  $\frac{3}{4}$  – angerechnet werden.

Kleinbetriebsschwellenwerte im Kündigungsschutzrecht sind ein äußerst diffiziles sozialpolitisches Problem. Sie grenzen Beschäftigte vom Kündigungsschutz aus, ohne daß sichergestellt ist, daß das ihnen präferierte Interesse wirklichen rechtlichen Schutz verdient. So ist in dem Gutachten im Auftrag des Bundesministers für Wirtschaft für die Deregulierungskommission von H. Kronke (Regulierungen auf dem Arbeitsmarkt. Kernbereiche des Arbeitsrechts im internationalen Vergleich, Baden-Baden 1990) die schematische Gleichsetzung von Größe und wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit kritisiert und der »Sinn und die ökonomische Haltbarkeit derartiger Regeln bzw. der ihnen zugrundeliegenden Prämissen« für überprüfungsbedürftig erklärt worden. Immer wieder ist auch die Frage gestellt worden, ob Kleinbetriebsschwellenwerte nicht geschlechtsspezifisch benachteiligen und damit mittelbare Diskriminierungen darstellen. Der Europäische Gerichtshof hat diese Frage zwar im Hinblick auf § 23 Abs. 1 Satz 3 Kündigungsschutzgesetz a. F. verneint (Entscheidung vom 30. 11. 1993 – Rs C – 189/91). Er hat das aber ersichtlich nur deshalb getan, weil das vorlegende Gericht eine geschlechtsspezifische Benachteiligung gar nicht dargelegt hatte. In der Tat ist der frühere § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG eine Vorschrift, die nicht Teilzeitbeschäftigte benachteiligt, sondern alle Beschäftigten von Kleinstbetrieben, in denen Teilzeitbeschäftigte mit weniger als zehn Wochenstunden arbeiten. Eine generelle Rechtfertigung von Kleinbetriebsschwellenwerten lässt sich aber der EuGH-Entscheidung nicht entnehmen.

Die Bundesregierung schätzt (Programm, aaO, unter III.1.a), in Betrieben mit bis zu zehn Arbeitnehmern seien rund 19% der Arbeitnehmer beschäftigt. Das hieße immerhin schon, daß danach  $\frac{1}{5}$  aller Beschäftigten vom sozialstaatlichen Kündigungsschutz ausgeschlossen wären. Tatsächlich scheint jedoch die vorgetragene Zahl zu niedrig angesetzt. Nach den Zahlen der Arbeitsstättenzählung von 1987 (vgl. die Auswertung in Wirtschaft und Statistik 11/1989, Seite 702 ff.; ferner die Angaben im

Statistischen Jahrbuch 1994, Seite 136 und 281) wird man mit höheren Zahlen rechnen müssen. Danach sind 85% aller Arbeitsstätten solche, in denen bis zu neun Beschäftigte arbeiten. Berücksichtigt man, daß das geänderte Kündigungsschutzgesetz Betriebe mit bis zu zehn Beschäftigten vom Kündigungsschutz ausnimmt und daß dabei *Teilzeitbeschäftigte* nur entsprechend anteiliger Arbeitszeit zählen, so wird man auf mehr als 90% aller Arbeitsstätten kommen, für die dann der Kündigungsschutz nicht mehr gilt. 24,6% der Beschäftigten waren 1987 in Arbeitsstätten mit bis zu neun Beschäftigten tätig. Trägt man auch hierbei der Tatsache Rechnung, daß nach der Neuregelung auch Betriebe mit zehn Beschäftigten nicht einzurechnen sind und daß hierbei *Teilzeitbeschäftigte* nur anteilig zählen, so wird man wahrscheinlich auf einen Anteil von um 30% gelangen (ähnliche Zahlen im IAB-Kurzbericht Nr. 5 v. 24. 6. 1996). Fast  $\frac{1}{3}$  aller Beschäftigten wird somit nach der Neuregelung ohne Kündigungsschutz sein.

Bedeutet dies an sich schon eine problematische Vertiefung der Spaltung sozialstaatlichen Schutzes, so wird der Zweifel noch verstärkt, wenn man einzelne Sektoren betrachtet. Zwischen 1970 und 1987 ist der größte Beschäftigungszuwachs in der Beschäftigtengrößenklasse erfolgt, die jetzt aus der Deckung des Kündigungsschutzes herausgenommen wird. Es handelt sich dabei überdurchschnittlich um den Bereich privater Dienstleistungen und des Handels. Die Statistik weist aus, daß im Bereich der persönlichen Dienstleistungen 73,6%, im Bereich des Gesundheitswesens 69,7%, im Bereich des Gastgewerbes 63,6%, im Bereich Bildung, Wissenschaft, Kultur 49,5%, im Bereich der Dienstleistungen für Unternehmen 40,6% und in anderen Dienstleistungen 58,7% der Beschäftigten in Arbeitsstätten mit weniger als zehn Beschäftigten tätig sind (a.a.O., Seite 706). Berücksichtigt man hier wieder, daß auch Betriebe mit zehn Beschäftigten nicht mehr unter das Kündigungsschutzgesetz fallen und daß dabei *Teilzeitbeschäftigte* anteilig angerechnet werden sollen, so wird man in diesen Bereichen von Dienstleistungen noch auf weit höhere Prozentsätze gelangen.

Betrachtet man nun die geschlechtsspezifische Zusammensetzung der Beschäftigten in den genannten Dienstleistungsbereichen, so stellt man fest, daß wenigstens in den drei erstgenannten (Gastgewerbe, persönliche Dienstleistungen, Gesundheitswesen) sowohl ein deutlich überdurchschnittlicher Frauenanteil arbeitet und von diesen wiederum ein deutlich überdurchschnittlicher Anteil teilzeitbeschäftigt ist (Statistisches Jahrbuch 1994, Seite 136 unter Ziffer 7).

Es ist nach diesen Zahlen für mich keine Frage, daß die Neuregelung des § 23 Kündigungsschutzgesetz überdurchschnittlich häufig solche Sektoren aus dem Kündigungsschutz ausnehmen wird, in denen überdurchschnittlich viele Frauen beschäftigt und unter ihnen überdurchschnittlich viele in Teilzeit beschäftigt sind. Damit ist zwar der Tatbestand einer unzulässigen mittelbaren Diskriminierung noch nicht bewiesen, aber zumindest indiziert (EuGH, a.a.O.).

Zu begrüßen ist an dem Gesetzentwurf, daß er zur Aufhebung des alten § 23 Abs. 1 Satz 3 Kündigungsschutzgesetz führt. Daß Teilzeitbeschäftigte mit bis zu zehn Wochenstunden Arbeitszeit nunmehr wenigstens zu  $\frac{1}{4}$  gezählt werden, hebt einige sozialpolitische Mißstände und Wettbewerbsverzerrungen auf. Die neue anteilige Berechnung begegnete jedoch dem Bedenken, daß eine solche Schwellenwertberechnung dem deutschen Recht fremd ist (wie auch daran deutlich wird, daß der Entwurf hinsichtlich des Betriebsverfassungsgesetzes solche Rechengrößen nicht zulassen will), weil er einer Betrachtung des arbeitenden Menschen als bloßer Rechengröße Vorschub leistet.

Für beide vorgeschlagenen Änderungen – die Erhöhung des Schwellenwerts und die anteilige Anrechnung Teilzeitbeschäftigter darauf – macht der Entwurf geltend, eine

solche Lockerung des Kündigungsschutzes könne einen Anreiz bieten, Teilzeitbeschäftigte einzustellen. Da die Zunahme von Teilzeitbeschäftigung in Deutschland aus Gesichtspunkten der Arbeitsmarktpolitik und der Humanisierung der Arbeit wünschenswert ist, ist dieses Argument ernstzunehmen. Es wurde aber schon mitgeteilt, daß die Betriebsgrößenklasse zwischen fünf und neun Beschäftigten jedenfalls zwischen 1970 und 1987 die Betriebsgrößenklasse mit der größten Beschäftigungswachsraten überhaupt darstellte; offenbar hat sich der damals geltende Schwellenwert nicht beschäftigungshemmend ausgewirkt. Weiter sei an das Gutachten von Kronke für die Deregulierungskommission erinnert (a.a.O., Seite 286): »Indes darf vermutet werden, daß *Kündigungsschutzlockerung* angesichts der objektiv abnehmenden Gesamtzahl von Arbeitsplätzen ebenso wenig generell ein geeignetes Mittel zur Arbeitslosigkeitsbekämpfung (durch Umverteilung) ist wie – dies ein Irrtum vergangener Jahre – die *Steigerung* des Bestandsschutzes.« Die Reduzierung der Anwendungsbreite des Kündigungsschutzgesetzes kann die fehlenden Arbeitsplätze nicht ersetzen. Und schließlich ist das Grundproblem der Einschränkung von Schutzvorschriften zum Zwecke der Schaffung von Arbeitsplätzen, daß hier sozusagen ein »trade off« zwischen Schutzrechten und Beschäftigung geschaffen wird, der problematisch ist. Schutzrechte rein opportunistisch und instrumentell zu behandeln – sie zu senken, wenn es arbeitsmarktpolitisch opportun ist –, scheint kontinentaleuropäischen, an Gerechtigkeitsprinzipien, nicht an reinen Nützlichkeitserwägungen orientierten Vorstellungen wenig zu entsprechen.

Eine mit diesen Rechtstraditionen eher zu vereinbarende Form des Schutzes von Klein- und Mittelbetrieben und der Förderung der Beschäftigung in diesen ist die Regelungsidee, die in § 10 Lohnfortzahlungsgesetz enthalten ist. Niemand wird leugnen, daß kleine Betriebe, noch dazu in ihrer Startphase, vor besonderen finanziellen Problemen und Risiken stehen. Ihre Förderung muß aber nicht zu Lasten der Beschäftigten gehen. Vielmehr kann (wie § 10 LFZG) das Risiko in gewissem Umfang kollektiviert werden, um auf diese Weise den einzelnen Betrieb vor untolerierbaren Risiken zu schützen. Denkbar wäre, diese Regelungsidee fortzuentwickeln, indem für kleine und mittlere Unternehmen finanzielle und sachliche (u. U. sogar personelle) »Pools« gebildet werden, die für Leistungen einstehen, die die Leistungskraft des einzelnen Kleinbetriebs bei weitem überschreiten. Der Gedanke ist (besonders in den neuen Bundesländern) längst angedacht und in der Praxis erprobt.

#### *B. Änderung der Entgeltzahlung im Krankheitsfall*

§ 3 Abs. 3 des neugefaßten Entgeltfortzahlungsgesetzes sieht vor, daß Entgeltfortzahlung bei Krankheit erst nach einer Wartezeit von vier Wochen erfolgen soll, § 4 Abs. 1, daß die Höhe des zu zahlenden Entgelts auf 80% des für die reguläre Arbeit zu zahlenden Entgelts begrenzt werden solle (wobei die Entgelteinbuße durch Urlaubstage kompensiert werden kann) und daß Vereinbarungen der Kürzung von Sondervergütungen für Krankheitszeiten zulässig sein sollen. Zu diesen Vorschlägen mögen wenige Anmerkungen genügen:

Die bisher vorliegenden rechtsvergleichenden Untersuchungen belegen, daß die Bundesrepublik bei der Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle »im vorderen Bereich, aber nicht an der Spitze rangiert« (so Kronke, a.a.O., Gutachten für die Deregulierungskommission, Seite 204; ferner Birk u. a., Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, ZIAS 1987, 45 ff. und 159 ff.; ferner MISSOC-Info, Sonderhefte Februar und März 1996; ferner European Industrial Relation Review 258 und 261, Juli und Oktober 1995). Von der dringenden Beseitigung einer Wettbewerbsstörung unter europäischen Konkurrenten kann insofern nicht die Rede sein.

Der Gedanke einer Wartezeit ist zwar dem deutschen Arbeitsrecht nicht fremd. Er hat aber eher (wie im Kündigungsschutzrecht) den Charakter einer Bewährung oder (wie im Betriebsverfassungsrecht) den Charakter des Erwerbes notwendiger Kenntnisse, um ein Recht auszuüben. Beide Überlegungen treffen für den Fall der Krankheit nicht zu, da diese außerhalb des Einflußbereiches der erkrankten Person liegt. Insofern erscheint hier der Gedanke einer Wartezeit wenig angemessen, zumal für die Bemessung der Wartezeit jeder objektive Anhaltspunkt fehlt. Die meisten der neuen Vorschriften begründen Anreize, auf eine mißbräuchliche Inanspruchnahme der Entgeltfortzahlung zu verzichten und damit eine Senkung der Fehlzeiten herbeizuführen. Mir sind verlässliche Zahlen zur Mißbrauchsquote im Entgeltfortzahlungsbereich nicht bekannt; auch die Begründung des Regierungsentwurfs weist keinen Anhaltspunkt oder Beleg für eine solche Mißbrauchsquote auf. Unter diesen Bedingungen muß davon ausgegangen werden, daß der typische Fall der Erkrankung eine »wirkliche« und nicht nur eine »simulierte« ist. Geht man hiervon aus, so wird der Regulierungsansatz, durch finanzielle Anreize Fehlzeiten zu vermeiden, bedenklich. Wer krank ist, aber im Hinblick auf drohende finanzielle Nachteile oder den Verlust von Urlaubstagen darauf verzichtet, der Arbeit fernzubleiben, wird sich damit in einer Weise verhalten, die weder ihm selbst noch dem Betrieb noch der Volkswirtschaft auf Dauer vorteilhaft ist. Eine verschleppte Krankheit wird in aller Regel später zu schwereren und dauerhafteren Erkrankungen führen. Finanzielle Anreize der vom Regierungsentwurf vorgeschlagenen Art begründen somit Anreize zu kurzfristig rationalem, aber langfristig irrationalen Verhalten.

Was die Frage des Verhältnisses des Regierungsentwurfes zu tarifvertraglichen Regelungen angeht, so schweigen der Entwurf und die Begründung darüber. Die bestehenden und noch abzuschließenden Tarifverträge behalten damit Geltung. Auf eine mögliche Kollision mit der Tarifautonomie (Art. 9 Abs. 3 GG) einzugehen, besteht insoweit daher kein Anlaß.

### *C. Erleichterung beim Abschluß befristeter Arbeitsverträge*

Die Neufassung von § 1 BeschFöG weitet die Zulässigkeit von ohne sachlichen Grund befristeten Arbeitsverträgen bis zur Dauer von zwei Jahren aus und lässt innerhalb dieser Zeitspanne die dreimalige Verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrages zu. Vom 60. Lebensjahr des Arbeitnehmers an soll eine Befristung generell zulässig sein. Die Regelung soll bis Ende des Jahres 2000 gelten.

Die Argumente des Für und Wider befristeter Arbeitsverhältnisse sind in der Öffentlichkeit bekannt. Wichtig erscheint der empirische Ausgangspunkt. Nach der vom Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung in Auftrag gegebenen empirischen Untersuchung über die Auswirkung des Beschäftigungsförderungsgesetzes 1985 (vgl. Büchtemann, Die Mitbestimmung 1989, Seite 548 ff.) hat das Gesetz weder den Effekt gehabt, den seine Gegner, noch denjenigen, den seine Befürworter prognostizierten. Weder ist auf breiter Front unbefristete Beschäftigung durch befristete ersetzt worden noch hat die Befristungserleichterung nennenswerte Beschäftigungseffekte erzielt. Nach allem, was wir wissen, ist in erster Linie die Zeit von Erprobungen vor unbefristeten Arbeitsverhältnissen ausgedehnt worden. Eine jüngst erschienene international vergleichende Studie (K. Schömann et al., Fixed-Term Contracts and Labour Market Efficiency in the European Union, Dezember 1995, WZB discussion paper FS I 95–207, 168 S.) gibt verfügbare Belege dafür, daß die Erleichterung befristeter Beschäftigung nicht zum Zuwachs von Beschäftigung führt. Wohl aber scheint sie das Prekaritätsrisiko von weiblichen Beschäftigten und

von Jugendlichen zu erhöhen (S. 82 ff., 93 ff.; zur Quote Jugendlicher an Befristungen auch IAB Kurzbericht Nr. 1 v. 22. 1. 1996).

Es handelt sich somit nicht um die Frage, ob man Befristung erleichtern solle, um mehr Einstellungen Arbeitsloser zu ermöglichen. Es handelt sich vielmehr wesentlich um die Frage, ob man eine über die Halbjahresgrenze des § 1 Abs. 1 Kündigungsschutzgesetz hinausgehende Zeit der Erprobung legalisieren möchte oder nicht. Zumaldest methodisch erscheint fragwürdig, die Institution des unbefristeten Arbeitsverhältnisses im Hinblick auf völlig ungesicherte Beschäftigungswirkungen weiter zu relativieren.

Ältere Arbeitnehmer vom Befristungsschutz auszunehmen, scheint mir problematisch. Zunehmend wird in der sozialpolitischen Diskussion kritisiert, daß Beschäftigungsengpässe strukturell zu Lasten älterer Beschäftigter gehen. Insofern scheint der Regulierungsansatz, den das Altersteilzeitgesetz gehen will, weitaus erfolgversprechender. Hier werden arbeitsmarktpolitische, betriebspolitische und gesellschaftspolitische Zielsetzungen nicht zu Lasten älterer Arbeitnehmer und deren Optionen gelöst. Der neue § 1 Abs. 2 Beschäftigungsförderungsgesetz führt diese Beschäftigengruppe jedoch gegen ihren Willen in einen ungeschützten Raum. Der Regelungsvorschlag ist daher abzulehnen.

#### *D. Änderung des Urlaubsrechts und sonstige arbeitsrechtliche Fragen*

Die Neufassung von §§ 10 und 11 BURLG sieht die Anrechenbarkeit von Maßnahmen der medizinischen Vorsorge und Rehabilitation Beschäftigter auf ihren Jahresurlaub sowie die Außerachtlassung der Überstunden bei der Bemessung des Urlaubsentgeltes vor. Die erstgenannte Regelung begründet – wie die zum Entgeltfortzahlungsrecht vorgeschlagene – einen materiellen Anreiz für Beschäftigte, Vorsorgemaßnahmen nicht in Anspruch zu nehmen. Sie begegnet somit denselben gesundheits- und gesellschaftspolitischen Bedenken, die unter B. vorgetragen wurden.

Die Nichtberücksichtigung von Überstunden bei der Bemessung des Urlaubsentgelts widerspricht der Funktion des Urlaubsentgelts, das ein Äquivalent der erbrachten Arbeitsleistung darstellen soll: je dauerhafter und belastender die Arbeitsleistung, umso höher die zur Regeneration zu leistende Geldsumme. Andererseits wird, wer an Abbau von Überstunden interessiert ist, auch am Abbau von finanziellen Anreizen zur Verrichtung von Überstunden interessiert sein. Die vorgeschlagene Regelung hält hierfür gleichwohl keine passende Maßnahme bereit. Nach ihrem Wortlaut und den Bestimmungen des Arbeitszeitgesetzes können Bezugspunkt der Regelung nur noch Abweichungen von der regelmäßigen *tariflichen* Arbeitszeit sein (da das *Gesetz Mehrarbeit* nicht mehr kennt). Für diese werden i. a. tarifliche Überstundenzuschläge vereinbart sein, die auch Bezugspunkt für die tarifliche Urlaubsentgeltregelung sind. Einen Eingriff in tarifliche Urlaubsentgeltregelungen sieht der Gesetzentwurf nicht vor; ein solcher Eingriff wäre angesichts der bestehenden Tarifautonomie auch schwerlich zu rechtfertigen. Insofern geht die Regelung vermutlich sowohl innerhalb wie außerhalb des tariflich geregelten Bereiches ins Leere.

#### *III. Bewertung der Neuregelung und Regelungsalternativen*

Vor dem Hintergrund der eingangs genannten Grundfragen – Trägt der Entwurf zu einer spürbaren Verringerung der Massenarbeitslosigkeit bei? Fördert er die Ansätze eines darauf gerichteten gemeinschaftlichen Bemühens im Wege eines öffentlich ausgehandelten Kompromisses? – fällt die Bewertung der Neuregelung mehr als ernüchternd aus. Ein großer Teil der vorgeschlagenen Regelungen hat mit Beschäfti-

gungsförderungspolitik nichts zu tun, sondern senkt einfach nur die Lohnnebenkosten. Der Nachweis, inwieweit dies zu Beschäftigungsförderung beitrage, wird weder erbracht noch auch nur versucht. Dies gilt etwa für die Regelungen zur Sozialauswahl, zur Absenkung der Entgeltfortzahlung und zu den Änderungen des Urlaubsrechts.

Andere Regelungen lassen sich mit Beschäftigungspolitik zwar in Verbindung bringen. Sie sind jedoch nicht mit die Beschäftigung effektiv fördernden Maßnahmen verbunden (wie etwa einem Recht auf Teilzeitarbeit oder substantiellen Anreizen zur Einstellung Teilzeitbeschäftigte). Auf ihrer Basis wird daher eine Förderung der Beschäftigung nicht nachgewiesen oder plausibel gemacht werden können. Insoweit dürfte der Entwurf auch unterhalb der Schwelle der Prognosegenauigkeit und -sorgfalt liegen, die das Bundesverfassungsgericht seit langem dem gesetzgeberischen Handeln – besonders im grundrechtsnahen Bereich – abverlangt (etwa BVerfGE 50, S. 290 ff.).

Andererseits hat der Entwurf aus dem Kreis möglicher Maßnahmen praktisch ausschließlich diejenigen ausgewählt, die sich gegen seit langem artikulierte Positionen der Gewerkschaften richten. Es ist mir unvorstellbar, wie man ein Programm noch als »Beitrag zur Umsetzung des Bündnisses (für Arbeit)« (Sozialpolitische Information 5/96 v. 20. Mai 1996, hg. vom Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, S. 1) ausgeben kann, das einen Kompromißcharakter nicht mehr im Ansatz erkennen lässt. Das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz schlägt – wie auch andere Maßnahmen des Gesetzeswerks der Bundesregierung – in Wirklichkeit die Chance eines Bündnisses für Arbeit aus. Dies wird auch von neoklassischer Seite nicht ohne Genugtuung vermerkt (Soltwedel, FAZ v. 18. Mai 1996). Ohne gründliche Sondierung der Chancen eines neuen Gesellschaftsvertrages zur Beseitigung der Massenarbeitslosigkeit wird die Chance einer einvernehmlichen, für alle Seiten harren, aber eben deshalb auch verantwortbaren Lösung des Problems der Massenarbeitslosigkeit verspielt. Damit schlägt wieder die Stunde der »Traditionalisten«: bei Arbeitgebern, bei Gewerkschaften, in der Politik und in der Wissenschaft.

Ich sehe das Kernproblem darin, daß der Gesetzgeber wiederum einer verengten angebotsorientierten Arbeitsmarktpolitik folgt, die sich vielfach als wirkungslos – oder als Ursache schädlicher Wirkungen – herausgestellt hat. Für ein Hochlohnland wie die Bundesrepublik erscheint der Versuch gleichzeitig leistungsfähig und aussichtslos, durch Sozialabbau in Kostenkonkurrenz mit Niedriglohnländern treten zu wollen. Nur eine solche angebotsorientierte Politik hat Perspektive, die die Qualifizierung der Arbeitnehmer stärken, neue intelligente Arbeitskraftressourcen erschließen, die Kreativität und Innovationsfähigkeit in Betrieben und Verwaltungen erhöhen hilft und die zur Modernisierung von Unternehmen und Verwaltungen beiträgt. Dergleichen Ansätze liest man wohl in den Vorspannen zum 50-Punkte-Aktionsprogramm (s. Sozialpolitische Informationen, a.a.O., S. 1). Aber in das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz z. B. ist keine solcher perspektivischen Überlegungen mehr durchgedrungen.

Nähme man auf dem Gebiet des Rechts der Arbeitsverhältnisse einen wohlverstandenen angebotsorientierten Regulierungsansatz ernst, dann hätte er andere Resultate als nur den Versuch, durch Verminderung von Schutzworschriften zur Verbilligung der Arbeitskraft beizutragen. Er würde vielmehr bedeuten, die betrieblichen Rechtsbeziehungen so zu gestalten, daß Beschäftigte in Selbstverantwortung zum betrieblich, sozial und gesellschaftlich Besten beitragen können. Er würde bedeuten, Arbeitszeitgestaltungen zuzulassen und durchsetzbar zu machen, die arbeitsmarktpolitisch erstrebenswert sind und die sich gleichwohl den berechtigten Belangen der Unternehmen und der Beschäftigten nicht verschließen. Er würde bedeuten, eine

Geschlechterpolitik zu fördern, die das weibliche Erwerbsvermögen in voller Gleichberechtigung erschließen hilft und die zugleich mit der – langfristig demographisch so wichtigen – Frage der Vereinbarkeit von Beruf und Familie ernst macht. Es würde schließlich bedeuten, Maßnahmen zu treffen, die »Prekarität«, soziale Ausgrenzung und extreme Armut wirksam bekämpfen und auf diese Weise den sozialen Zusammenhalt in unserer Gesellschaft fördern, der gegenwärtig ernstlich auf dem Spiel steht.

#### *Anhang*

Auszüge aus weiteren schriftlichen Stellungnahmen zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung am 10. Juni 1996

##### *1. Bundesarbeiterverband Chemie*

Bei betriebsbedingten Kündigungen sollten bei der Sozialauswahl Leistungsgesichtspunkte und eine ausgewogene Altersstruktur gleichrangig berücksichtigt werden können. Die Verlängerung der Dauer der befristeten Arbeitsverhältnisse auf 24 Monate, die Möglichkeit der Mehrfachbefristung, vor allem aber die Erhöhung des Schwellenwerts für das Eingreifen des KSchG könnten die Beschäftigung fördern. Sinnvoll wäre ein Anheben der Mindestgröße des Betriebes auf 20 statt wie bisher 5 Arbeitnehmer. Um die Einstellungsbereitschaft der Unternehmen zu erhöhen, sollte ferner der Kündigungsschutz erst nach einjähriger Beschäftigung einsetzen.

##### *2. Bundesanstalt für Arbeit*

Die Bundesanstalt für Arbeit verfügt über keine eigenen Erkenntnisse zu befristeten Arbeitsverträgen nach dem BeschFG. Die einzigen hier bekannten repräsentativen Untersuchungen zu den Auswirkungen des BeschFG sind die vom BMA bei INFRATEST in Auftrag gegebenen Studien. [...]

##### Zu II: Prognostizierbarer Beschäftigungszuwachs durch verbesserte Neuregelung

Um mögliche Beschäftigungswirkungen einer gesetzlichen Neuregelung abzuschätzen, müssen die Optionen der Arbeitgeber und die jeweilige Einsatzlogik vor dem Hintergrund der beabsichtigten Gesetzesänderung berücksichtigt werden.

##### Der Gesetzentwurf

1. erweitert die Befristungsmöglichkeiten nach dem BeschFG von 18 Monaten auf 2 Jahre,
2. ermöglicht Befristungen für Arbeitnehmer ab dem 60. Lebensjahr ohne Höchstdauer;
3. erhöht die Rechtssicherheit bzgl. wiederholter Befristungen.

Zu 1.: Da bei Vorliegen eines sachlichen Grundes auch bisher Befristungen von 2 Jahren möglich waren, kann ein Beschäftigungseffekt nur eintreten, wenn die Befristung aus allgemeiner wirtschaftlicher Unsicherheit vorgenommen werden soll und kein eindeutiger sachlicher Grund vorliegt oder der Personaleinsteller Zweifel über die juristische Haltbarkeit seines Grundes hat. Die Wirkung könnte hier also über Erhöhung der Rechtssicherheit eintreten.

Im Vergleich zur Zulassung befristeter Beschäftigung im Rahmen des BeschFG 1985 sind die jetzigen Änderungen marginal. Da sich für das damalige Gesetz keine durchschlagenden Beschäftigungswirkungen feststellen lassen, sondern überwiegend Erleichterungen durch höhere Rechtssicherheit seitens der Arbeitgeber eingestellt haben, werden von den beabsichtigten Änderungen auch keine wesentlichen Beschäftigungseffekte erwartet.

Die Niveauunterschiede im Einsatz befristeter Beschäftigung zwischen den Wirtschaftsabteilungen legen eine branchenspezifische Einsatzlogik nahe: hohe Anteile in Land- und Forstwirtschaft und sonstige Dienstleistungen (Gastronomie) aufgrund saisonalen Kräftebedarfs; in sonstigen Dienstleistungen (Wissenschaft, Kunst), Organisationen ohne Erwerbscharakter und Gebietskörperschaften aufgrund von haushaltrechtlichen Vorgaben, z. T. auch geförderter Beschäftigung in Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen. Diese Einsatzlogik ist eher kurzfristig auf Kalenderjahre orientiert.

Die dem BeschFG zugrundeliegende Einsatzlogik zielt dagegen auf Unsicherheit der wirtschaftlichen Entwicklung. Angesichts der Kurzfristigkeit konjunktureller Prognosen stellt eine Ausweitung der Höchstdauer daher eher eine größere Bindung der Arbeitgeber dar.

Zu 2.: siehe III.

Zu 3.: Die Klarstellung könnte dazu beitragen, daß nach dem Auslaufen einer ersten Befristung weitere Verträge abgeschlossen werden und sich die Chance auf die Übernahme in ein Dauer-

arbeitsverhältnis erhöht. Allerdings besteht die Wahrscheinlichkeit, daß Arbeitgeber eine in Aussicht genommene längere Befristung stückeln (Probezeit), um das Beschäftigungsrisiko zu verkleinern.

Da statt der wiederholten Befristung eines Arbeitsvertrages mit einem Arbeitnehmer auch der Abschluß neuer Verträge mit anderen Arbeitnehmern möglich ist, wird sich hieraus kein zusätzlicher Beschäftigungseffekt ergeben.

### *3. Professor Dr. jur. Thomas Dieterich*

I. Die Sozialauswahl bei betriebsbedingter Kündigung wird durch die Neuregelung nicht präzisiert, sondern nur kompliziert und in verfassungsrechtlich problematischer Weise eingeengt.

In Zukunft soll es nur noch auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter und die Unterhaltspflichten der Arbeitnehmer ankommen. Das Verhältnis dieser Kriterien untereinander ist jedoch sehr ambivalent und von den jeweiligen Situationen der Arbeitnehmer abhängig. Insoweit bleiben in der Praxis nach wie vor erhebliche Unsicherheiten bestehen, die von den Gerichten geklärt werden müssen. Das Merkmal der Unterhaltspflichten ist zudem äußerst unbestimmt und erlaubt, weite Teile der bisherigen Rechtsprechung darunter zu subsumieren.

Gesetzlich besonders geschützte Personen, wie zum Beispiel Schwerbehinderte, sind künftig bei der Sozialauswahl nicht mehr zu berücksichtigen. Insoweit bestehen verfassungsrechtliche Bedenken wegen des besonderen Schutzes der Schwerbehinderten nach Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG in Verbindung mit Art. 20 GG. Das Bundesverfassungsgericht hat im »Warteschleifenurteil« vom 24. 4. 1991 BVerfGE 84, 133 = AP Nr. 70 zu Art. 12 GG den besonderen Arbeitsplatzschutz von Schwerbehinderten und Alleinerziehenden als unabdingbar bezeichnet.

Der geplante § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG (Art. 1 Nr. 1a bb des Entwurfs) bedeutet eine außerordentlich weitreichende Einschränkung der Sozialauswahl. Wenn hier die Festlegung betrieblicher Interessen von den Arbeitsgerichten als freie Unternehmerentscheidung angesehen und ungeprüft übernommen würde, könnte die gesetzlich vorgesehene Sozialauswahl zur Ausnahmevereinigung werden. Ob die Rechtsprechung darauf reagieren wird, bleibt abzuwarten. [...]

IV. Tarifliche Regelungen der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall sollen offenbar grundsätzlich unangetastet bleiben, so daß Art. 9 Abs. 3 GG nicht tangiert ist. Das gilt jedoch nicht für das den Arbeitnehmern eingeräumte Recht, tarifliche Urlaubstage zum Ausgleich der geminderten Entgeltfortzahlung heranzuziehen (Art. 3 Nr. 2b des Entwurfs). Wird dieses Recht wahrgenommen, wird der tarifliche Urlaubsanspruch teilweise gegenstandslos: Der Freizeitanspruch entfällt, und die vorgesehene Vergütung wird einem anderen Zweck zugeführt. Das widerspricht der Regelung der Tarifvertragsparteien und ist damit ein Eingriff in die koalitionsmäßige Betätigung, die durch Art. 9 Abs. 3 GG gegen Eingriffe des Staates geschützt ist. Vorlagen an das Bundesverfassungsgericht sind zu erwarten und haben Aussicht auf Erfolg.

### *4. Prof. Dr. Manfred Löwisch*

[...] E. Sonstige arbeitsrechtliche Fragen

I. Zusätzlicher Vorschlag: Anteilige Berücksichtigung der Teilzeitbeschäftigte bei den Schwellenwerten in § 99 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) und § 111 BetrVG

Die die Entwicklung der Teilzeitbeschäftigung hemmenden arbeitsrechtlichen Schwellenwerte sind nicht auf das Individualarbeitsrecht beschränkt, sondern durchziehen auch das BetrVG und die Mitbestimmungsgesetze. Insbesondere der Schwellenwert von 20 Arbeitnehmern bei der Mitbestimmung hinsichtlich der Einstellung, Eingruppierung, Umgruppierung und Versetzung (§ 99 Abs. 1 BetrVG) und bei der Mitbestimmung bei Betriebsänderungen (§§ 111 ff. BetrVG), bleibt solange ein beträchtliches Hemmnis für mehr Teilzeitarbeit, wie nicht bestimmt wird, daß auch dort Teilzeitbeschäftigte nur entsprechend ihrer Arbeitszeit berücksichtigt werden.

Eine entsprechende Regelung würde europarechtlich keinen Bedenken begegnen, nachdem Rat und Kommission der Europäischen Union zum Entwurf einer Richtlinie zum Schutz der Teilzeitarbeitsverhältnisse und zur Förderung der Beschäftigung ausdrücklich erklärt haben, daß vorgesehen werden kann, Teilzeitarbeitnehmer bei der Berechnung der Schwelle für die Einrichtung von Arbeitnehmervertretungen nach der »pro rata temporis«-Regel zu berücksichtigen (vgl. Ratsdokument 10718/94 vom 11. 11. 1994 S. 11).

Rechtstechnisch könnten entsprechende Regelungen ebenso formuliert werden wie der vorgesehene § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG.

## II. Zusätzlicher Vorschlag: Verfahrensbeschleunigung in der Betriebsverfassung\*

### 1. Verfahrensbeschleunigung bei § 87 BetrVG

Mit einer Entscheidung vom 3. 5. 1994 (1 ABR 24/93, AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972) hat das Bundesarbeitsgericht dem Betriebsrat bei Verletzung seiner Mitbestimmungsrechte aus § 87 BetrVG einen Anspruch auf Unterlassung mitbestimmungswidriger Maßnahmen zuerkannt, der auch im Wege der einstweiligen Verfügung durchgesetzt werden kann. Das Bundesarbeitsgericht hat damit eine langjährige Rechtsprechung aufgegeben, nach der ein solcher Unterlassungsanspruch nur bestand, wenn dem Arbeitgeber eine grobe Pflichtverletzung im Sinne des § 23 Abs. 3 BetrVG zur Last gelegt werden konnte.

Die frühere Rechtsprechung erfüllte nicht zuletzt die Funktion, dem Arbeitgeber in Fällen, in denen das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts unklar oder streitig war, die vorläufige Durchführung von Maßnahmen zu ermöglichen. Diese Funktion ist durch die Aufgabe der Rechtsprechung weggefallen, ohne daß bislang ein Ersatz an die Stelle getreten wäre. Vorschläge, aus dem Betriebsverfassungsrecht einen Anspruch des Arbeitgebers gegen den Betriebsrat auf Zustimmung zur vorläufigen Durchführung abzuleiten, haben sich jedenfalls bislang in der Rechtsprechung noch nicht durchgesetzt. [...]

### 2. Verfahrensbeschleunigung bei Betriebsänderungen

Die Vorschriften über die Mitwirkung und Mitbestimmung bei Betriebsänderungen sehen nicht nur vor, daß der Unternehmer den Betriebsrat zu informieren und mit ihm über die geplante Betriebsänderung zu beraten hat (§ 111 Satz 1 BetrVG). Es kann außerdem der Präsident des Landesarbeitsamts um Vermittlung ersucht werden (§ 112 Abs. 2 Satz 1 BertrVG). Geschieht dies nicht oder bleibt der Vermittlungsversuch ergebnislos, kann weiter die Einigungsstelle angerufen werden, um einen Interessenausgleich über die geplante Betriebsänderung zu erreichen (§ 112 Abs. 2 Satz 2 BetrVG).

Das Bundesarbeitsgericht steht auf dem Standpunkt, daß eine Betriebsänderung sanktionslos erst durchgeführt werden kann, wenn alle diese Verfahrensschritte durchlaufen sind, insbesondere auch das Verfahren vor der Einigungsstelle abgeschlossen ist; führt der Unternehmer die Betriebsänderung vorher durch, muß er den Arbeitnehmern Nachteilsausgleich nach § 113 Abs. 3 BetrVG leisten, selbst wenn es an der Notwendigkeit der Betriebsänderung keinen Zweifel gibt (BAG vom 18. 12. 1984, AP Nr. 11 zu § 113 BetrVG 1972). Eine Reihe von Landesarbeitsgerichten meinen darüber hinaus, daß der Betriebsrat gegen den Unternehmer einen im Wege der einstweiligen Verfügung durchsetzbaren Unterlassungsanspruch hat, solange die Verhandlungen über den Interessenausgleich noch nicht abgeschlossen sind (vgl. zuletzt LAG Berlin vom 7. 9. 1995, LAGE § 111 BetrVG 1972 Nr. 13).

Es liegt auf der Hand, daß es auf diese Weise zu *beträchtlichen Verzögerungen* an sich unabsehbarer Betriebsänderungen und damit verbunden zu beträchtlichen wirtschaftlichen Schäden kommen kann. Deshalb erscheint insoweit eine Regelung sinnvoll, die einerseits dem berechtigten Interesse des Unternehmers an der Beschleunigung der Verhandlungen über die Betriebsänderung Rechnung trägt, andererseits aber auch berücksichtigt, daß Betriebsrat und Einigungsstelle ausreichend Zeit zur Verfügung stehen muß, um Vorschläge für die Betriebsänderung zu machen und einen Interessenausgleich zu versuchen. Eine vermittelnde Lösung könnte daran anknüpfen, daß § 113 Abs. 3 BetrVG bei der Regelung des Nachteilsausgleichs ohnehin nur davon spricht, daß der Unternehmer einen Interessenausgleich *versuchen* muß. Die Anforderungen an diesen Versuch könnten näher definiert werden, etwa in einem an § 113 Abs. 3 BetrVG anzufügenden Satz 2 mit folgendem an § 126 Abs. 1 Insolvenzordnung angelehnten Wortlaut:

»Der Unternehmer hat den Interessenausgleich versucht, wenn er den Betriebsrat gem. § 111 über die geplante Betriebsänderung rechtzeitig und umfassend unterrichtet und diese mit dem Betriebsrat beraten hat und wenn innerhalb eines Monats seit Verhandlungsbeginn oder schriftlicher Aufforderung zur Aufnahme von Verhandlungen ein Interessenausgleich nach § 112 Abs. 2, 3 nicht zustandegekommen ist.«

### 5. Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände

[...] Durch das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz sollen einige gesetzliche Standards abgesenkt werden, die mit ihrem bisherigen, höheren Niveau einseitig zwingendes Gesetzesrecht und damit einer Absenkung durch die Tarifparteien nicht zugänglich waren. Der Gesetzgeber hatte also bislang (und damit auch in »guten« Zeiten) kein volles Vertrauen in die Tarifparteien und insoweit auch kein Vertrauen in die Sachgemäßheit ihrer Normsetzung. In

\* Vgl. dazu die Neufassung von § 113 Abs. 3 S. 2 und 3 BetrVG, zu denen der Entwurf BT-Drs. 13/4612 noch keinen Regelungsvorschlag enthielt (U. M.).

wirtschaftlich schwierigen Zeiten, in denen die Tarifparteien mehr noch als sonst die Interessen ihrer Mitglieder im Auge haben müssen, ihnen allgemeinpolitische Aufgaben zu überantworten, erscheint noch weniger erfolgversprechend.

Die in der Gesetzesbegründung wiedergegebene Zielsetzung des Gesetzes, die auch von der Wirtschaft unterstützt wird, legt es daher nahe, alle gesetzlichen Bestimmungen mit einer Kraft auszustatten, die sich auch gegen entgegenstehende Tarifverträge durchzusetzen vermag. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit solchermaßen (zweiseitig) zwingenden Rechts ist nicht nur in der Literatur weithin anerkannt. Auch die höchstrichterliche Rechtsprechung hat zweiseitig zwingendes Gesetzesrecht gebilligt. Dies betraf in jüngster Zeit sowohl Regelungen zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses – das Bundesarbeitsgericht sah die Aufhebung tariflicher Altersgrenzen ebenso als rechtens an wie eine Beschränkung der Befristungsmöglichkeiten von wissenschaftlichem Personal an Hochschulen – als auch andere zentrale Teile der tariflichen Normsetzung, nämlich die Arbeitszeit. So hatte das Bundesarbeitsgericht anlässlich der Arbeitskämpfe um die Einführung des Dienstleistungsabends ausdrücklich erklärt, der Gesetzgeber könne dem entgegenstehende tarifliche Regelungen verbieten.

Die punktuellen Regelungen, die im Entwurf des arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetzes vorgesehen sind, verletzen nach Ansicht der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände auch dann nicht die Tarifautonomie, wenn sie zweiseitig zwingend ausgestaltet würden. Denn den Tarifparteien bliebe der weitaus größte Teil der Arbeitsbeziehungen zur freien Regelung offen. Wegen der weit überragend wichtigen gesetzgeberischen Ziele, die Voraussetzungen zur Schaffung von Arbeitsplätzen zu verbessern und im übrigen Mißbrauch von sozialen Leistungen zu verhindern, sind punktuelle Eingriffe in Tarifverträge zulässig. Angesichts der bereits jetzt greifbaren Unfähigkeit der Tarifparteien zur Umsetzung der beschäftigungspolitischen Maßnahmen erscheint eine zwingende gesetzliche Regelung sogar erforderlich.

#### *6. Prof. Dr. Peter Hanau*

Die Gesetzentwürfe, zu welchen die Anhörung durchgeführt werden soll, haben den Zweck einer Förderung von Wachstum und Beschäftigung. Für das Arbeitsrecht, um das es in den Gesetzentwürfen geht, steht die Förderung der Beschäftigung im Vordergrund. Die Gesetzentwürfe setzen sich damit einen Zweck, der auch aus wissenschaftlicher Sicht uneingeschränkt billigenswert ist. Problematisch ist insoweit nicht der Zweck der Gesetzentwürfe, sondern die Zweck-Mittel-Relation, also die Frage, ob die von den Gesetzentwürfen vorgesehenen Mittel geeignet sind, ihren Zweck zu fördern. Offensichtlich sind zur Förderung der Beschäftigung nur solche rechtlichen Mittel und Vorschriften geeignet, welche Fähigkeit und Neigung der Arbeitgeber fördern, bestehende Arbeitsverhältnisse aufrechtzuerhalten und neue zu begründen. Ein Teil der vorgesehenen Vorschriften entspricht dem. Auffallend ist aber, daß die vorgesehene Anhebung der Schwellenwerte für den Kündigungsschutz bereits bestehender und geschützter Arbeitsverhältnisse jedenfalls primär und unmittelbar die gegenteilige Wirkung hat; insofern handelt es sich nicht um Beschäftigungsförderung, sondern um Beschäftigungsabbauförderung (Einzelheiten im folgenden A II, III). Insofern fehlt die hier vorausgesetzte Zweck-Mittel-Relation offensichtlich. [...]

Ein Ansatz für eine stimmige Zweck-Mittel-Relation ergäbe sich nur, wenn die Anhebung der Schwellenwerte für den Kündigungsschutz mit einem Bestandsschutz für die Arbeitsverhältnisse verbunden wäre, die ihn zur Zeit haben. Dies ist aber nicht vorgesehen. So ist die vorgesehene Regelung wegen erheblicher Zweckverfehlung nachhaltig abzulehnen.

Hilfsweise sei darauf hingewiesen, daß bei der Festsetzung des Schwellenwertes auf die Arbeitnehmerzahl nicht im Betrieb, sondern im Unternehmen abgestellt werden sollte. So ist es auch schon in § 128 Abs. 1 des AVG-Entwurfs vorgesehen. Denn der Gedanke, kleinere wirtschaftliche Einheiten von der Last des Kündigungsschutzes freizustellen, muß bei den Unternehmen als der juristisch-wirtschaftlichen Einheit ansetzen, nicht bei der arbeitsorganisatorischen Einheit Betrieb, die zudem freier Gestaltungen und Abgrenzung unterliegt. Andernfalls könnte es sogar dazu kommen, daß größere Filialunternehmen weitgehend vom Kündigungsschutz befreit werden, wenn die einzelnen Filialen durch Übertragung personeller Entscheidungsbefugnisse als selbständige Betriebe, eventuell auch als Betriebsteile, organisiert werden und mit ihrer Arbeitnehmerzahl unter der für den Kündigungsschutz maßgeblichen Schwelle bleiben. [...]