



**Hochschule Ludwigsburg  
Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen**

University of Applied Sciences

**Wahlpflichtfach Nr. 6**

**Personalmanagement in Zeiten des organisatorischen Wandels aus  
sozialwissenschaftlicher und rechtlicher Perspektive  
auch unter Berücksichtigung der Tarifrechtsform und künftiger  
Dienstrechtsformen im öffentlichen Dienst.**

**Das Spannungsfeld zwischen den Interessen des  
unternehmerischen Handelns des Arbeitgebers und der  
grundrechtlich geschützten Rechtsposition des  
Arbeitnehmers**

## **Diplomarbeit**

zur  
Erlangung des Hochschulgrades einer  
Diplom-Finanzwirtin (FH)

vorgelegt von

**Corina Wegele**

**Studiengang der Allgemeinen Finanzverwaltung**

**im Studienjahr 2009/2010**

**Erstgutachter: Prof. Günter Pfeifer  
Zweitgutachter: Diplom-Finanzwirtin (FH) Susanne Schmid**

## Inhaltsverzeichnis

<b>Inhaltsverzeichnis .....</b>	<b>II</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis .....</b>	<b>IV</b>
<b>Abbildungsverzeichnis .....</b>	<b>VII</b>
<b>I Einleitung.....</b>	<b>1</b>
<b>II Begriffe, Definitionen, Rechtsgrundlagen.....</b>	<b>3</b>
1. Einordnung des Arbeitsrechtes im Rechtssystem .....	3
1.1 EG-Recht .....	3
1.2 Geltung der Grundrechte im Arbeitsrecht .....	4
1.2.1 Freiheitsgrundrechte .....	5
1.2.2 Gleichheitsgrundrechte .....	8
1.3 Zwingende Gesetze des Arbeitsrechts .....	9
1.4 Kollektivverträge .....	10
1.5 Der Arbeitsvertrag .....	11
1.6 Das Direktionsrecht des Arbeitgebers .....	13
1.7 Prinzipien bei Konkurrenzen .....	14
2. Arbeitgeber/Arbeitnehmer .....	14
3. Betrieb/Unternehmen .....	16
<b>III Entstehung des Spannungsverhältnisses .....</b>	<b>17</b>
1. Ziele und Interessen des Arbeitgebers.....	17
1.1 Ökonomische und soziale Ziele .....	17
1.2 Unternehmerische Interessen in personalwirtschaftlicher Hinsicht .....	19
2. Interessen des Arbeitnehmers .....	21
3. Das Spannungsfeld .....	23
4. Zielkonflikt der Politik im Hinblick auf die Interessen-kollision .....	27
4.1 Ziel: Gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht .....	28
4.2 Ziel: Soziale Gerechtigkeit.....	30
<b>IV Ausgewählte Instrumente zum Interessen-</b>	
<b>ausgleich .....</b>	<b>31</b>
1. Rechte zum Schutz des Arbeitnehmers .....	31
1.1 Kündigungsschutz .....	31
1.2 Mindestlohn.....	35
1.3 Arbeitnehmerbeteiligung und Arbeitskampfrecht.....	39
1.3.1 Die Beteiligung auf betrieblicher Ebene.....	39
1.3.2 Die Beteiligung durch den Tarifvertrag .....	41

1.3.3 Das Recht zum Arbeitskampf.....	43
1.4 Mutterschutz .....	47
1.5 Entgeltfortzahlungspflicht des Arbeitgebers .....	50
2. Instrumente zugunsten des unternehmerischen Handelns des Arbeitgebers .....	53
2.1 Die Befristung von Arbeitsverträgen.....	53
2.2 Kurzarbeit .....	57
2.3 Leiharbeit .....	60
<b>V Schlussbetrachtung.....</b>	<b>65</b>
<b>Anlagen.....</b>	<b>VIII</b>
Anlage 1: Muster eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages.....	VIII
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>XV</b>
<b>Erklärung .....</b>	<b>XVIII</b>

## Abkürzungsverzeichnis

<b>Abb.</b>	Abbildung
<b>Abs.</b>	Absatz
<b>AEntG</b>	Arbeitnehmer-Entsendegesetz
<b>a. F.</b>	alter Fassung
<b>AG</b>	Aktiengesellschaft
<b>AGG</b>	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
<b>ArbSchG</b>	Arbeitsschutzgesetz
<b>Art.</b>	Artikel
<b>AÜG</b>	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
<b>AVAVG</b>	Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung
<b>BA</b>	Bundesagentur für Arbeit
<b>BAG</b>	Bundesarbeitsgericht
<b>BBiG</b>	Berufsbildungsgesetz
<b>BDA</b>	Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände
<b>BeschFG</b>	Beschäftigungsförderungsgesetz
<b>BetrVG</b>	Betriebsverfassungsgesetz
<b>BGB</b>	Bürgerliches Gesetzbuch
<b>BSG</b>	Bundessozialgericht
<b>Bsp.</b>	Beispiel
<b>BUrlG</b>	Bundesurlaubsgesetz
<b>BVerfG</b>	Bundesverfassungsgericht
<b>BVerwG</b>	Bundesverwaltungsgericht
<b>BWL</b>	Betriebswirtschaftslehre
<b>bzw.</b>	beziehungsweise
<b>ca.</b>	circa
<b>CDU</b>	Christlich Demokratische Union
<b>CSU</b>	Christlich-Soziale Union (in Bayern)
<b>DGB</b>	Deutscher Gewerkschaftsbund

<b>d. h.</b>	das heißt
<b>EFZG</b>	Entgeltfortzahlungsgesetz
<b>EG</b>	Europäische Gemeinschaft
<b>ESC</b>	Europäische Sozialcharta
<b>et al.</b>	et alii, und andere
<b>etc.</b>	et cetera
<b>EuGH</b>	Europäischer Gerichtshof
<b>e. V.</b>	eingetragener Verein
<b>f.</b>	folgende
<b>FDP</b>	Freie Demokratische Partei
<b>ff.</b>	fortfolgende
<b>GbR</b>	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
<b>gem.</b>	gemäß
<b>GewO</b>	Gewerbeordnung
<b>GG</b>	Grundgesetz
<b>GmbH</b>	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
<b>HGB</b>	Handelsgesetzbuch
<b>Hrsg.</b>	Herausgeber
<b>HS</b>	Halbsatz
<b>i. d. F.</b>	in der Fassung
<b>i. S. d.</b>	im Sinne des
<b>i. V. m.</b>	in Verbindung mit
<b>JArbSchG</b>	Jugendarbeitsschutzgesetz
<b>Kap.</b>	Kapitel
<b>KG</b>	Kommanditgesellschaft
<b>KorrekturG</b>	Korrekturgesetz
<b>KSchG</b>	Kündigungsschutzgesetz
<b>LPVG</b>	Landespersonalvertretungsgesetz
<b>MitbestG</b>	Mitbestimmungsgesetz
<b>MuSchG</b>	Mutterschutzgesetz
<b>n. F.</b>	neuer Fassung
<b>NJW</b>	Neue Juristische Wochenschrift

<b>Nr.</b>	Nummer
<b>NZA</b>	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
<b>OHG</b>	Offene Handelsgesellschaft
<b>RdW</b>	Recht der Wirtschaft
<b>Rn.</b>	Randnummer
<b>S.</b>	Seite
<b>SGB III</b>	Drittes Sozialgesetzbuch
<b>sog.</b>	so genannte, -s, -r
<b>StabG</b>	Stabilitätsgesetz
<b>TVG</b>	Tarifvertragsgesetz
<b>TzBfG</b>	Teilzeit- und Befristungsgesetz
<b>u. a.</b>	unter anderem
<b>usw.</b>	und so weiter
<b>vgl.</b>	vergleiche
<b>z. B.</b>	zum Beispiel

## **Abbildungsverzeichnis**

**Abbildung 1:** Das neue Verhältnis zwischen Arbeiter und Unternehmer, 1896

**Abbildung 2:** Magisches Viereck der Wirtschaftspolitik

**Abbildung 3:** Krankenstand in Deutschland 1974-2004

**Abbildung 4:** Verhältnis von befristeten und unbefristeten Arbeitsverhältnissen

**Abbildung 5:** Verhältnis der Parteien nach dem AÜG

## I Einleitung

Die Arbeitswelt in unserer Gesellschaft unterliegt einem ständigen Wandel. Zum einen besteht das Bedürfnis der Unternehmen in einem globalisierten Wirtschaftssystem, ihre Marktposition zu behaupten sowie stetig zu verbessern. Einhergehend damit haben „Unternehmen [...] teil am Auf und Ab konjunktureller Schwankungen und struktureller Veränderungen.“<sup>1</sup> Auf der anderen Seite steht der Arbeitnehmer<sup>2</sup>, der gewillt ist, seine individuellen Interessen durchzusetzen sowie seine subjektive Position zu stärken, gleichzeitig jedoch durch das Arbeitsverhältnis in einer Abhängigkeitssituation gegenüber dem Arbeitgeber steht. Der Unternehmer muss durch sein Handeln auf die inkonstanten Bedingungen der Wirtschaft flexibel reagieren können, wohingegen der Arbeitnehmer nach Arbeitsplatzsicherheit strebt und das Arbeitsverhältnis „seiner Natur nach eher statisch“<sup>3</sup> einzuordnen ist. Ferner stellt sich der Arbeitnehmer grundrechtlich betrachtet als besonders schutzwürdig dar, da ein extremes Machtungleichgewicht zugunsten des Arbeitsgebers besteht – sowohl in materieller als auch in tatsächlicher Hinsicht.

Es obliegt dem Gesetzgeber eine gerechte Interessenabwägung zu tätigen, um dieses Machtungleichgewicht abzuschwächen und somit einen Ausgleich zu schaffen, der den kontroversen Stellungen von Arbeitnehmer und –geber Rechnung trägt. Mit Hilfe dieses Ausgleichs soll der Arbeitgeber zur Gewährung einer bestimmten Sicherheit und der Arbeitnehmer zur Anpassung an die wirtschaftlichen Gegebenheiten des Unternehmens verpflichtet werden. Gelingt es dem Gesetzgeber nicht, dieser Obliegenheit nachzukommen und eine gerechte Interessenabwägung durchführen zu können, so kann dies zu weitreichenden Konsequenzen führen, deren Auswirkungen eine Gesellschaft nachhaltig verändern. Um diese Auswirkungen analysieren und beurteilen zu können, muss man berücksichtigen, dass die Prinzipien der sozialen Marktwirtschaft und des

---

<sup>1</sup> Ascheid/Blomeyer/Schaub et. al., Änderung von Arbeitsbedingungen, S. 5.

<sup>2</sup> Werden Personenbezeichnungen aus Gründen der besseren Lesbarkeit lediglich in der männlichen oder weiblichen Form verwendet, so gelten entsprechende Begriffe im Sinne der Gleichbehandlung für beide Geschlechter.

<sup>3</sup> Ascheid/Blomeyer/Schaub et. al., Änderung von Arbeitsbedingungen, S. 5.



Eigentums in ständiger Wechselwirkung zu den arbeitsrechtlichen Regelungen stehen.<sup>4</sup> Die Wirtschaftssituation nimmt Einfluss auf das Arbeitsrecht, während rechtliche Regelungen ihrerseits die Rahmenbedingungen der Unternehmensführung vorgeben und so mittelbar auch auf das gesamte Wirtschaftsgefüge einwirken.

Im Folgenden befasst sich die Diplomarbeit mit den Zielen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer, dem daraus entstehenden Spannungsverhältnis und den Auswirkungen auf Wirtschaft, Politik und Recht. Es werden des Weiteren die verschiedenen Instrumentarien näher erläutert, welche der Gesetzgeber zugunsten des Arbeitgebers sowie zugunsten des Arbeitnehmers geschaffen hat, um das Spannungsfeld schonend zu entkräften.

Die Diplomarbeit legt den Schwerpunkt auf die Arbeitswirklichkeit in der freien Wirtschaft und stellt den öffentlichen Dienst in den Hintergrund. Prinzipiell kann man ein vergleichbares Spannungsfeld in beiden Bereichen vorfinden. Es ist jedoch anzumerken, dass eine juristische Person des öffentlichen Rechts, also ein öffentlicher Dienstherr, nicht gewinnorientiert handelt, sondern allenfalls die Kostendeckung zum Ziel hat. Anhand dieses gewinnorientierten Handelns lässt sich die kontroverse Stellung der Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer eindrücklicher aufzeigen.

---

<sup>4</sup> Vgl. Keppler, Anwaltsstrategie im Arbeitsrecht, S. 15. Rn.1.

## **II Begriffe, Definitionen, Rechtsgrundlagen**

Um die Darstellung der Spannungsfaktoren der Arbeitnehmer-Arbeitgeber-Beziehung und die Instrumente des Arbeitsrechts nachvollziehen zu können, bedarf es zunächst der Kenntnis von Grundzügen des Arbeitsrecht und nachfolgender Definitionen.

### **1. Einordnung des Arbeitsrechtes im Rechtssystem**

Man kann das Arbeitsrecht in zwei wichtige Teilbereiche untergliedern. Ein Teil besteht aus dem Individualarbeitsrecht. Dieser umfasst hauptsächlich den Arbeitsvertrag nach den Vorschriften des Privatrechts und regelt die Rechtsbeziehung des Arbeitgebers zu jedem einzelnen Arbeitnehmer.<sup>5</sup>

Das kollektive Arbeitsrecht auf der anderen Seite schränkt den Regelungsinhalt für den Arbeitsvertrag und somit die Vertragautonomie ein. Es u. a. regelt das Verhältnis zwischen Arbeitgeberverband und Gewerkschaft, also der Arbeitnehmerkoalition.<sup>6</sup> Der anschließende, einführende Teil der Erörterung soll nur einen groben Überblick über die Vielzahl an arbeitsrechtlichen Gestaltungsfaktoren verschaffen. Diese sind – wie auch in allen anderen Rechtsgebieten – ihrer Bedeutsamkeit nach in Stufen aufgebaut.<sup>7</sup> Die im Folgenden genannten Rechtsquellen sind entsprechend der Hierarchie aufgezählt.

#### **1.1 EG-Recht**

Das Europarecht wird für das nationale Arbeitsrecht zunehmend wichtiger. Im Gründungsvertrag von 1957 der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, aus der sich im Jahre 1992 die Europäische Gemeinschaft entwickelte, spielte das Arbeitsrecht nur eine untergeordnete Rolle im Vergleich zu den damals wichtiger erscheinenden wirtschaftlichen Regelungen. Der gesellschaftliche Wandel brachte eine sozialpolitische Aufbruchstimmung, so dass das primäre und sekundäre Gemeinschaftsrecht einen großen Fortschritt erfahren haben. Das primäre Recht besteht u. a. aus dem am 01.12.2009 in Kraft getretenen Vertrag von Lissabon.

---

<sup>5</sup> Vgl. Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn. 90.

<sup>6</sup> Vgl. Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, Rn. 53 ff.

<sup>7</sup> Vgl. Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, Rn. 116.

Sekundäres Gemeinschaftsrecht besteht aus der Gesamtheit von Verordnungen und Richtlinien. Eine Verordnung der EG hat allgemeine Geltung und muss unmittelbar von jedem Einzelnen befolgt werden. Die europäische Richtlinie, die den Großteil des sekundären Gemeinschaftsrechtes ausmacht, ist grundsätzlich nur für Mitgliedsstaaten verbindlich und muss von ihnen durch nationale Gesetze fristgerecht umgesetzt werden.<sup>8</sup>

Die bedeutendste Thematik des sekundären Gemeinschaftsrechts im Bereich der arbeitsrechtlichen Sozialpolitik ist wahrscheinlich die der Gleichbehandlung der Geschlechter. Dafür spricht nicht nur die Tatsache, dass die Entgeltgleichheit bereits Regelungsgegenstand im Gründungsvertrag von 1957 war, sondern auch die Vielzahl und die Ausführlichkeit der Richtlinien in dieser Angelegenheit. So sind vor allem die Entgeltrichtlinie von 1957, die Richtlinie über die Gleichbehandlung bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit von 1986 und die Gleichbehandlungsrichtlinie von 1976 zu erwähnen. Diese Richtlinien wurden u. a. im AGG vom 14.08.2006 umgesetzt.

Die neueste Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs lässt den Einfluss der Europäischen Gemeinschaft in einem ganz anderen Licht erscheinen.

## **1.2 Geltung der Grundrechte im Arbeitsrecht**

Nach Art. 74 Nr. 12 GG hat der Bund u. a. die konkurrierende Gesetzgebung für das Arbeitsrecht und ist, verbunden mit dem Sozialstaatsprinzip nach Art. 20 I, 28 I GG, dazu verpflichtet, die Grundrechte bei der Arbeitsrechtsgestaltung zu beachten.<sup>9</sup> Grundsätzlich sind Grundrechte zwar Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat und haben demnach im gleich geordneten Verhältnis zwischen Bürgern zunächst keine Relevanz. Der Arbeitnehmer kann sich auf die Grundrechte also nicht unmittelbar berufen. Fraglich erscheint jedoch, ob die sog. „mittelbare Drittwirkung“ im Arbeitsrecht zum Tragen kommt.<sup>10</sup> Dies ist regelmäßig dann der Fall, wenn ein Subordinationsverhältnis besteht, welches sonst nur im öffentlichen Recht auftaucht.<sup>11</sup> Ein derartiges Unter-Überordnungsverhältnis wird im

---

<sup>8</sup> Vgl. Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, Rn. 101.

<sup>9</sup> Vgl. Keppler, Anwaltsstrategie im Arbeitsrecht, S. 15, Rn. 3.

<sup>10</sup> Vgl. Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, Rn. 120.

<sup>11</sup> Vgl. Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, Rn. 80.

Arbeitsrecht insbesondere dann relevant, wenn der Arbeitgeber von seinem Weisungsrecht Gebrauch macht. Die Rechtsprechung ist dann gehalten unbestimmte Rechtsbegriffe, wie z. B. den der „Sittenwidrigkeit“ (§ 138 I BGB), verfassungskonform auszulegen. Durch diese Generalklauseln des Bürgerlichen Rechts, sog. Einfallstore der Grundrechte in das Zivilrecht, entfalten sich die Grundrechte auch zwischen Privaten. Wie bei der direkten Anwendung sind auch bei der Grundrechtsanwendung durch mittelbare Drittwirkung Schranken zu beachten. Wenn seitens des Arbeitgebers dringende betriebliche Gründe entgegenstehen, er sich demnach seinerseits auf Grundrechte (etwa auf Art. 2 I, 14 GG) berufen kann und er ferner beweisen kann, dass er nicht der Stärkere ist, so entsteht eine verfassungsimmanente Schranke.<sup>12</sup> Damit erfährt die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte zum Schutze des Arbeitnehmers durch die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte des Arbeitgebers Schranken. Der Gesetzgeber und damit einhergehend auch die Rechtsprechung müssen mit Hilfe der sog. „praktischen Konkordanz“ einen milden Ausgleich finden.

### 1.2.1 Freiheitsgrundrechte

Ein wichtiges Freiheitsgrundrecht in der Arbeitswirklichkeit stellt das *Allgemeine Persönlichkeitsrecht* gem. Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG dar. Art. 1 I GG schützt die Würde des Menschen und ist das wichtigste der Freiheitsgrundrechte in der Verfassung. Dieser hat als zentrales Grundrecht eine Ausstrahlungswirkung auf alle anderen Grundrechte im Sinnbild eines Wertesystems. Da er als das allgemeine Freiheitsgrundrecht einen Auffangtatbestand darstellt, kommt die Heranziehung nur bei schwerwiegenden Eingriffen in Betracht. Art. 2 I GG hat den Schutz der freien Entfaltung der Persönlichkeit zum Gegenstand. Aus diesen Werten mit Verfassungsrang ergibt sich ferner die arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. So ist zum Beispiel § 75 II BetrVG eine ausdrückliche Konkretisierung dieser Grundrechte.<sup>13</sup> Eine mittelbare Drittwirkung entfaltet das Allgemeine Persönlichkeitsrecht beispielsweise beim „Beschäftigungsanspruch im ungekündigten Arbeitsverhältnis“.<sup>14</sup> Hier läge ein Verstoß

---

<sup>12</sup> Vgl. Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, Rn. 80.

<sup>13</sup> Vgl. Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, Rn. 82.

<sup>14</sup> Vgl. Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn. 60.

gegen § 242 BGB i. V. m. Art. 2 I, 1 I GG vor, wenn der Unternehmer seine Beschäftigten ohne Grund von der Arbeit aussperrt.<sup>15</sup>

*Das Recht zur Bildung von Koalitionen* aus Art. 9 III 1 GG ist aufgrund des spezielleren Regelungsgehalt ein besonderes Freiheitsgrundrecht. Danach ist jedermann dazu berechtigt, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, Vereinigungen zu bilden. Unter den Begriff der Vereinigungen oder Koalitionen fallen insbesondere die im kollektiven Arbeitsrecht relevanten Gewerkschaften. Durch die Rechtsprechung, die mangels eines Gesetzes über Berufsverbände gezwungen war Art. 9 III GG sehr weit auszulegen, wurden verschiedene Schutzelemente aus dem Grundrecht herausgelesen.<sup>16</sup> Jedermann hat gemäß Art. 9 III GG ein Individualgrundrecht, entweder Koalitionen zu bilden, sich folglich mit anderen zusammenzuschließen, diesen beizutreten oder fernzubleiben.<sup>17</sup> Weiter fallen auch Koalitionen selbst unter den Schutzbereich des Art. 9 III GG, weil sie schließlich aus Mitgliedern bestehen, die ihrerseits wiederum Grundrechtsträger sind.<sup>18</sup> Demgemäß ist eine Koalition bei der Verfolgung ihrer Ziele grundrechtlich geschützt. Ausdrücklich benannt ist in Art. 9 III 3 GG zwar nur das Streikrecht als koalitionsmäßige Betätigung, jedoch gehören laut Rechtsprechung typischerweise vor allem das Aushandeln und das Abschließen von Tarifverträgen über materielle Arbeitsbedingungen zur kollektiven Koalitionsfreiheit.<sup>19</sup> Abreden, die das Koalitionsrecht einschränken oder behindern, sind nichtig (Art. 9 III 2 GG). Hier entfaltet Art. 9 III 2 GG eine unmittelbare Drittwirkung und ist demnach ein Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB.<sup>20</sup> Er entfaltet seine Wirkung zwischen Arbeitgeber und dessen Beschäftigten unmittelbar und ist zwingend einzuhalten.

Als spezielleres Freiheitsrecht hat weiter die *Berufsfreiheit* aus Art. 12 I GG eine zentrale Bedeutung im Arbeitsrecht. Danach haben alle Deutschen das Recht,

---

<sup>15</sup> BAG vom 10.11.1955 – 2 AZR 591/54.

<sup>16</sup> Vgl. Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, Rn. 123.

<sup>17</sup> Vgl. Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 736.

<sup>18</sup> Vgl. Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, Rn. 186.

<sup>19</sup> Vgl. Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 737 f.

<sup>20</sup> Vgl. Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn. 49.

sowohl ihren Beruf, wie auch ihren Arbeitsplatz und ihre Ausbildungsstätte frei zu wählen. Dieses Grundrecht gewährt zum Beispiel einen Mindestschutz vor Kündigung, wenn die Kleinunternehmensklausel greift und somit das KSchG nicht anwendbar ist.<sup>21</sup> Auf der anderen Seite beschreibt das BVerfG eine Dreistufenlehre, welche die Wirkung des Art. 12 I GG einschränkt.<sup>22</sup> Denn das Recht auf Berufsfreiheit beinhaltet nicht das Recht auf Arbeit allgemein, auf Arbeit gegen einen bestimmten Arbeitgeber oder auf Bestand eines bestimmten Arbeitsplatzes.<sup>23</sup> Die mittelbare Drittwirkung zugunsten des Arbeitnehmers wird bei der Rechtmäßigkeit von Rückzahlungsklauseln von Ausbildungskosten sichtbar.<sup>24</sup>

Gleichzeitig schützt Art. 12 I GG auch die unternehmerische Freiheit. Jeder Unternehmer darf demnach sein Gewerbe nach seinem Belieben betreiben und führen. Dies beinhaltet nicht nur Entscheidungen hinsichtlich der Produktion, sondern auch Personalentscheidungen.<sup>25</sup> Ferner schützt Art. 12 I GG nach herrschender Meinung im Rahmen der beruflichen Handlungsfreiheit die Vertragsfreiheit als Teil der Privatautonomie.<sup>26</sup> Als Beispiel für eine vorteilhafte Auslegung des Art. 12 I GG für den Arbeitgeber kommt die Kündigung wegen Betriebsschließung in Betracht. Sind bestimmte Arbeitnehmer tarifrechtlich unkündbar, so muss der Arbeitgeber aufgrund mangelnder Gegenleistung keinen Lohn mehr entrichten. Andernfalls würde dies gegen die Berufsfreiheit des Arbeitgebers verstoßen.<sup>27</sup>

Ein wichtiges Grundrecht zugunsten des Arbeitnehmers ist das *Privateigentum an seinem Unternehmen* aus Art. 14 I GG. Damit werden dem Gesetzgeber hinsichtlich des Arbeitnehmerschutzes und der wirtschaftlichen Belastbarkeit von Unternehmern Schranken gesetzt.<sup>28</sup> Diesen wird durch Art. 14 I GG das Eigentum an seinem Gewerbe garantiert.

---

<sup>21</sup> Vgl. Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, Rn. 923.

<sup>22</sup> Genaueres hierzu: Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn. 61.

<sup>23</sup> BVerfG vom 27.01.1998 – 1 BvL 15/87.

<sup>24</sup> BAG vom 21.11.2001 – 5 AZR 158/00.

<sup>25</sup> Vgl. Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn. 13.

<sup>26</sup> Vgl. Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, Rn. 124.

<sup>27</sup> Vgl. Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn. 61.

<sup>28</sup> Vgl. Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn. 12.

Ebenso spielt das Grundrecht der *Gewissensfreiheit* aus Art. 4 I GG eine Rolle im Arbeitsrecht. Bedeutend wird die Frage des Art. 4 I GG, wenn sich ein Arbeitnehmer aus Gewissensgründen weigert, eine Tätigkeit zu verrichten; z. B. weigerte sich ein Drucker, kriegsverherrlichende Dokumente zu drucken und konnte die Zuweisung dieser Arbeit ablehnen.<sup>29</sup>

Zu benennen sind ferner Art. 5 I GG, welcher die *Meinungsfreiheit* schützt und Art. 6 I GG, der den *Schutz von Ehe und Familie* beinhaltet. Diese können in Einzelfällen durch mittelbare Drittwirkung in das Arbeitsrecht einfließen können.

### 1.2.2 Gleichheitsgrundrechte

Niemand darf wegen seines Geschlechts, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauung benachteiligt oder bevorzugt werden (Art. 3 III 1 GG). Nach der Rechtsprechung des BAG ist das *Differenzierungsverbot* nicht nur unmittelbar verbindlich für den Staat, sondern im Falle des Arbeitsrechts auch für Tarifvertragsparteien. Mittelbare Drittwirkung entfaltet Art. 3 III 1 GG im Arbeitsverhältnis über die unbestimmten Rechtsbegriffe von Zivilrechtsnormen wie § 242 oder § 315 BGB.<sup>30</sup>

In Art. 3 II 1 GG wird das allgemeine Verbot von unsachlicher Differenzierung aufgrund des Geschlechts konkretisiert. Danach sind alle Männer und Frauen gleichberechtigt. Art. 3 II 1 GG stellt ein Gleichbehandlungsgebot dar, das folglich auch die mittelbare Diskriminierung verbietet, während das allgemeine Differenzierungsverbot aus Art. 3 III 1 GG nur die direkte Diskriminierung untersagt. Der Gesetzgeber ist also – auch aufgrund der zahlreichen EG-Richtlinien – dazu gehalten, Gesetze zu verabschieden, die effektiv und tatsächlich die Gleichberechtigung fördern.<sup>31</sup> Umgesetzt wurden diese Vorgaben zum größten Teil durch das AGG vom 14.08.2006, das unter anderem Prinzipien

---

<sup>29</sup> BAG vom 20.12.1984 – 2 AZR 436/83, BAGE 47, 363 (365-397)

<sup>30</sup> Vgl. Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn. 54.

<sup>31</sup> Vgl. Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn. 55 f.

der Lohngleichheit und die Bevorzugung der Frauen bis zur 50 %-Quote (§ 5 AGG) beinhaltet.<sup>32</sup>

Der allgemeine Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 I GG entfaltet seine Wirkung in der Arbeitswirklichkeit nicht in Verbindung mit einer Generalnorm, sondern ist meistens in gewohnheitsrechtlichen Maßnahmen verankert. Als wichtiges und praktisches Beispiel ist hier die Gleichberechtigung hinsichtlich freiwilliger Sonderleistungen des Arbeitgebers zu benennen.

Daneben haben die Gleichheitsgrundrechte auf die Betriebsverfassung mittelbaren Einfluss. Durch § 75 I 1 BetrVG werden die Ge- und Verbote des Art. 3 GG umgesetzt. Danach müssen Betriebsangehörige nach den Grundsätzen von Recht und Billigkeit behandelt werden, worunter auch die Pflicht zur Gleichbehandlung fällt.<sup>33</sup>

Schließlich ist an dieser Stelle noch auf Art. 6 IV GG hinzuweisen. Dieser besagt, dass jede Mutter Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft hat und verhindert somit die Schlechterstellung von Müttern gegenüber kinderlosen Beschäftigten.<sup>34</sup> Konkretisierung dieses Diskriminierungsverbotes ist das Mutterschutzgesetz.

### **1.3 Zwingende Gesetze des Arbeitsrechts**

Die Gesetzgebung im Arbeitsrecht ist durch eine Vielzahl von Gesetzen geprägt, welche jeweils für sich einen speziellen Regelungsgegenstand haben. Es würde zu sehr in die Tiefe gehen, an dieser Stelle eine abschließende Aufzählung vorzunehmen. Daher beschränkt sich dieser allgemein gehaltene Abschnitt der Diplomarbeit auf die Nennung der wichtigsten Gesetze. Einige werden an einer anderen Stelle nochmals erwähnt, sollten sie für einen Sachverhalt oder eine Untersuchung relevant werden.

Das Arbeitsrecht wird vom Gesetzgeber in das Recht der Schuldverhältnisse eingeordnet und ist ein spezieller Unterfall des Dienstvertrages, geregelt in den §§

---

<sup>32</sup> Vgl. Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, Rn. 85 ff.

<sup>33</sup> Vgl. Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn. 57 f.

<sup>34</sup> Vgl. Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 458 a.



611 ff. BGB. Auch der Allgemeine Teil des BGB, u. a. über die Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff. BGB) oder das Zustandekommen von Verträgen (§§ 145 ff. BGB) findet danach beim Arbeitsvertrag Anwendung. Somit ist das BGB die wichtigste Grundlage des Individualarbeitsrechtes, also des Arbeitsverhältnisses.<sup>35</sup>

Weiterhin sind Gesetze wie das EFZG, das KSchG, das BUrlG, das AGG oder das ArbSchG erwähnenswert, ebenso die Tatsache, dass noch zahlreiche Schutzgesetze für besonders schutzwürdige Arbeitnehmer existieren. Mit dem MuSchG, dem JarbSchG, dem BBiG oder den SGB seien die meisten genannt.<sup>36</sup> Ferner bestehen für das kollektive Arbeitsrecht diverse Rahmengesetze, unter die auch das TVG, das BetrVG oder das MitbestG fallen.<sup>37</sup>

## 1.4 Kollektivverträge

Unter Kollektivverträgen oder auch Kollektivvereinbarungen versteht man Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen. In der Normenpyramide stehen sie direkt unter dem zwingenden Gesetz und sind damit – es sei denn, die Regelung des zwingenden Rechts ist günstiger für den Arbeitnehmer – in dessen Rahmen zu schließen.<sup>38</sup> Damit stehen Kollektivvereinbarungen sowohl in der Rangfolge als auch ihrer Rechtsnatur nach zwischen Gesetz und Vertrag. Sie haben eine normative Geltung und wirken wie Gesetze, wurden jedoch nicht vom Staat erlassen. Kollektivverträge werden zwar vereinbart wie Verträge, stehen aber auf einer höheren Stufe als Einzelverträge.<sup>39</sup>

Ein Tarifvertrag kommt zwischen einem Arbeitgeberverband (z. B. „Vereinigung kommunaler Arbeitgeber“) oder auch einem einzelnen Arbeitgeber (bei Firmentarifverträgen) und einer Gewerkschaft (z. B. „Verdi“) zustande. Er enthält einen schuldrechtlichen Teil, in dem Rechte und Pflichten der Vertragsparteien zu finden sind, und einen normativen Abschnitt.<sup>40</sup> Dieser umfasst gemäß § 1 I TVG

---

<sup>35</sup> Vgl. Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, Rn. 145 f.

<sup>36</sup> Vgl. Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, Rn. 151 f.

<sup>37</sup> Vgl. Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, Rn. 154 ff.

<sup>38</sup> Vgl. Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn. 74.

<sup>39</sup> Vgl. Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, Rn. 54.

<sup>40</sup> Vgl. Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn. 74.

Rechtsnormen, die den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen ordnen können. Der Tarifvertrag bildet ein überaus wichtiges Rechtskonstrukt, wenn es um gerechte Arbeitsbedingungen geht. Der Vertrag erfüllt diverse Funktionen.<sup>41</sup> Zunächst erfüllt er eine Schutzfunktion zugunsten des Arbeitnehmers. Die ausgehandelten Bedingungen stellen ein „Mindestmaß an Arbeitsbedingungen“ dar und dürfen nicht unterschritten werden. Die Parteien eines solchen Vertrages genießen hinsichtlich ihrer individuellen Vereinbarungen eine sog. Tarifautonomie. Darunter ist die Freiheit zu verstehen, Arbeitsbedingungen frei von staatlicher Einflussnahme zu regeln. Der Autonomie sind allerdings beachtliche Grenzen gesetzt. So darf der Tarifvertrag beispielsweise nicht in die Vertragsfreiheit eingreifen, da der Arbeitsvertrag spezieller ist und somit nach dem Spezialitätsgrundsatz Anwendungspriorität hat.<sup>42</sup>

Die Betriebsvereinbarungen werden zwischen dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat geschlossen. Nach § 77 III BetrVG ist die Betriebsvereinbarung dem Tarifvertrag untergeordnet. Der Regelungsgegenstand kann sich auf alle Gebiete erstrecken, in denen der Betriebsrat ein Mitspracherecht hat. Vor allem über soziale (§§ 87 ff. BetrVG) und personelle (§§ 92 ff. BetrVG) Entscheidungen können Regelungen in einer Betriebsvereinbarung getroffen werden.<sup>43</sup>

Für die Frage, wann und in welchem Umfang Kollektivvereinbarungen anzuwenden sind, ist immer auf den Einzelfall abzustellen.

## 1.5 Der Arbeitsvertrag

Der Arbeitsvertrag ist ein spezieller Unterfall des Dienstvertrages. Folglich richtet er sich nach den Vorschriften der §§ 611 ff. BGB. Weiter sind auch die Allgemeinen Normen des BGB über das Zustandekommen von Verträgen (§§ 145 ff. BGB) und der Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff. BGB) einschlägig. Der Dienstvertrag bildet die Rechtsgrundlage des Arbeitgebers für den Anspruch auf

---

<sup>41</sup> Vgl. dazu unten: Kap. IV, 1.3.2.

<sup>42</sup> Vgl. Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, Rn. 232 ff.

<sup>43</sup> Vgl. Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn. 75.

Arbeitsleistung seitens des Arbeitnehmers und berechtigt ihn, sein Direktionsrecht auszuüben.<sup>44</sup>

Wie auch alle anderen Verträge im Privatrecht unterliegt auch der Arbeitsvertrag der Privatautonomie, einfachgesetzlich in § 105 GewO geregelt. Es liegt also in der Entscheidungsfreiheit der Vertragsparteien, mit wem sie einen Vertrag schließen wollen (Abschlussfreiheit) und was darin vereinbart wird (Gestaltungsfreiheit). Diese Vertragsfreiheit wird im Arbeitsrecht grundrechtlich durch Art. 2 I und 12 I GG geschützt und dennoch – im Unterschied zu den anderen Rechtsgebieten im Zivilrecht – durch das hohe Maß an Arbeitnehmerschutz eingeschränkt.<sup>45</sup> Die Rechtsprechung hält die Vielzahl an Arbeitnehmerschutzbestimmungen für notwendig, da der Arbeitnehmer in einem so starken Abhängigkeitsverhältnis zum Arbeitgeber steht, dass es zu einem Machtungleichgewicht führt. Der Arbeitgeber könnte die Vertragsinhalte faktisch einseitig festlegen, was eine Fremdbestimmung des Arbeitnehmers hervorrufen würde.<sup>46</sup> Die aktuellste Schranke der Abschlussfreiheit entfalten die §§ 1 i. V. m. 2 I Nr. 1 AGG. Danach ist es dem Arbeitgeber bereits bei der Auswahl der Beschäftigten untersagt, hinsichtlich der in § 1 AGG genannten Kriterien zu unterscheiden und zu benachteiligen.<sup>47</sup> Die Gestaltungsfreiheit wird noch intensiver eingegrenzt. Zahlreiche Gesetze und Kollektivvereinbarungen enthalten ein Mindestmaß an Arbeitnehmerschutz, der nach dem Wortlaut zuungunsten des Arbeitnehmers nicht abweichend vereinbart werden darf.

Ferner ist zu erörtern, wie es sich mit den Allgemeinen Arbeitsbedingungen verhält. Das sind für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die meist von Arbeitgeberseite gestellt werden und entweder direkt oder durch Bezugnahme in den Vertrag mit aufgenommen werden. Nach § 310 BGB sind die §§ 305-309 BGB grundsätzlich auch bei Allgemeinen Arbeitsbedingungen in Arbeitsverträgen anzuwenden.<sup>48</sup> Somit unterliegt die

---

<sup>44</sup> Vgl. Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, Rn. 653.

<sup>45</sup> Vgl. Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn. 76.

<sup>46</sup> BVerfG vom 07.02.1990 – 1 BvR 26/84.

<sup>47</sup> Vgl. Keppler, Anwaltsstrategie im Arbeitsrecht, Rn. 11.

<sup>48</sup> Vgl. Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn. 77 ff.

Prüfung der Gestaltung der Einheitsregelungen der richterlichen Kontrolle. Allgemeine Arbeitsbedingungen können auch durch betriebliche Übung entstehen. Betriebliche Übung ist eine regelmäßig wiederholte, gleichförmige Verhaltensweise des Arbeitgebers, aufgrund derer die Arbeitnehmer auf eine Fortsetzung der Leistung vertrauen können. Folglich kann die dreimalige Wiederholung einer Weihnachtzahlung einen Anspruch der Arbeitnehmer auf Fortführung der Leistung begründen.<sup>49</sup>

Daraus ergibt sich, dass dem Arbeitsvertrag die größte praktische Bedeutung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses zukommt. Er regelt, dass der Mitarbeiter angestellt wird, ab wann und in welchem Tätigkeitsbereich oder Status er Dienste verrichten soll. Die inhaltlichen Rechte und Pflichten der Vertragsparteien richten sich hauptsächlich nach Gesetzen oder Kollektivverträgen.<sup>50</sup>

## **1.6 Das Direktionsrecht des Arbeitgebers**

Rechtsgrundlage für das Direktions- oder auch Weisungsrecht des Arbeitgebers ist der Arbeitsvertrag. Dieses Recht ist ein wesentlicher Inhaltspunkt des Vertrages und wird auch ohne ausdrückliche Vereinbarung Vertragsbestandteil.<sup>51</sup> Die Natur des Arbeitsverhältnisses beinhaltet nach Ansicht des BAG bereits das Recht des Arbeitgebers, im Vertrag festgelegte Rahmenbedingungen im Einzelnen auszuführen und zu konkretisieren.<sup>52</sup> Einfachgesetzlich ist das Direktionsrecht in § 106 GewO für das gesamte Arbeitsrecht normiert. Das Weisungsrecht hat innerhalb der gesetzlichen Arbeitsschutzvorschriften, des Arbeitsvertrages und dem Grundsatz der Fürsorgepflicht zu erfolgen und hat sich nach Auffassung des BAG nach den Grundsätzen des billigen Ermessens zu richten.<sup>53</sup> Der Arbeitsvertrag ist demnach die Rechtsgrundlage und gleichzeitig die wichtigste Grenze des Direktionsrechts. Was darin vereinbart wurde, darf durch das Weisungsrecht nur noch konkretisiert, nicht aber verändert werden. Je

---

<sup>49</sup> Vgl. Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn. 79.

<sup>50</sup> Vgl. Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, Rn. 58.

<sup>51</sup> BAG vom 23.01.1992 – 6 AZR 87/90.

<sup>52</sup> BAG vom 27.03.1980 – 2 AZR 506/78.

<sup>53</sup> Vgl. Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, Rn. 68.

genauer Art, Ort und Umfang der Tätigkeit im Arbeitsvertrag ausgeführt werden, desto weniger Spielraum bleibt dem Arbeitgeber im Wege seines Weisungsrechts. Das Weisungsrecht ist folglich ein wichtiges Instrument des Arbeitgebers, welches ihm beispielsweise durch Umsetzung oder Aufgabenneuverteilung eine flexiblere Personalpolitik ermöglicht.

## 1.7 Prinzipien bei Konkurrenzen

Kollidieren zwei Rechtsquellen im Arbeitsrecht, d. h. gibt es zu einem Tatbestand (z. B. Anzahl der Urlaubstage) zwei oder mehr Regelungen, gilt zunächst das Rangprinzip. Hiernach hat die ranghöhere vor der rangniedrigeren Regelung Priorität.<sup>54</sup> Ausnahme hiervon bildet das Günstigkeitsprinzip: Ist eine Regelung niedrigeren Ranges für den Arbeitnehmer günstiger, so kommt diese zur Anwendung. Erfolgt eine solche Konkurrenz auf derselben Ebene, kommen zum einen der Spezialitätsgrundsatz und zum anderen das Ordnungsprinzip zum Tragen. Bei ersterem wird das speziellere dem allgemeineren Gesetz vorgezogen (*lex specialis derogat legi generali*), während beim Ordnungsprinzip das ältere Gesetz vom Neueren verdrängt wird (*lex posterior derogat legi priori*).<sup>55</sup>

## 2. Arbeitgeber/Arbeitnehmer

**Arbeitnehmer** ist jeder, der sich durch einen privatrechtlichen Vertrag verpflichtet, Dienste zu leisten, die in unselbstständiger Arbeit in der Regel gegen Entgelt zu erbringen sind.<sup>56</sup>

Diese Definition enthält mehrere Abgrenzungen. Beamte, Strafgefangene, die während ihrem Aufenthalt in einer Strafvollzugsanstalt Arbeit verrichten und Familienangehörige werden von dem Merkmal „*privatrechtlicher Vertrag*“ nicht erfasst und zählen somit nicht zum Kreis der Arbeitnehmer, auf die das Arbeitsrecht anzuwenden ist.<sup>57</sup> Das Merkmal „*Leistung von Diensten*“ grenzt den Arbeitsvertrag (also Dienstvertrag) von Werk- und Werklieferungsverträgen (§§ 631-651 BGB) ab. Dass die Dienstleistung *in der Regel gegen Entgelt* erfolgt,

---

<sup>54</sup> Vgl. Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, Rn. 48.

<sup>55</sup> Vgl. Hemmer, die Basics, Zivilrecht VI Arbeitsrecht, Rn. 19 f.

<sup>56</sup> Vgl. Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, Rn. 8.

<sup>57</sup> Vgl. Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, Rn. 523 ff.

schließt den Auftrag gem. § 662 BGB aus. Die Identifikation des Kriteriums „unselbstständige Arbeit“ ist strittig und wird nach Ansicht der Rechtsprechung durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit definiert. Unter dieses Merkmal fallen nur wirkliche Arbeitnehmer.<sup>58</sup> Eine andere Ansicht vertritt, dass eine unselbstständige Tätigkeit bereits bei wirtschaftlicher Abhängigkeit in Betracht kommt. Damit werden auch arbeitnehmerähnliche Personen miteinbezogen (§ 2 S. 2 BUrlG: „Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbstständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind.“).<sup>59</sup> Der Rechtsprechung bleiben noch eine Reihe anderer Kennzeichen, um die Unterscheidung zwischen Arbeitnehmern und Selbstständigen zu finden, die auf das unternehmerische Risiko oder auf sozialrechtliche Regelungen abstellen.<sup>60</sup>

Ursprünglich gab es innerhalb des Arbeitnehmerbegriffes zusätzlich noch die Unterscheidung in Arbeiter und Angestellte. Diese Auffassung lässt sich nach Ansicht des BVerfG nicht mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 I GG verbinden.<sup>61</sup> Mit der Neufassung des § 622 BGB und dem Entgeltfortzahlungsgesetz wurde die Differenzierung vereinheitlicht.<sup>62</sup>

**Arbeitgeber** kann jede natürliche oder juristische Person, aber auch ein nicht rechtsfähiger Personenverband wie die GbR, OHG und KG sein, der mindestens einen Arbeitnehmer beschäftigt.<sup>63</sup> Natürliche Personen können Freiberufler, wie Ärzte oder Rechtsanwälte sein. Juristische Personen sind vor allem die GmbH oder AG und ferner die den juristischen Personen gleichgestellten Personengesellschaften des Handelsrechts, wie die OHG und KG (§§ 124 I, 161 II HGB).<sup>64</sup> Im Individualarbeitsrecht ist der Arbeitgeber derjenige, der das Recht hat, die versprochenen Dienste vom Arbeitnehmer zu verlangen. Auf Arbeitgeberseite ist es wichtig, drei Begriffe zu unterscheiden: Betrieb, Unternehmen und Konzern. Diese Unterscheidung weist eine hohe Relevanz bezüglich der Einordnung des Arbeitgebers und der rechtlichen Konsequenzen auf, die sich daraus ergeben. Zum

---

<sup>58</sup> BAG vom 19.11.1997 – 5 AZR 653/96.

<sup>59</sup> BAG vom 26.09.2002 – 5 AZB 19/01.

<sup>60</sup> Vgl. Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn. 102 ff.

<sup>61</sup> BVerfG vom 30.05.1990 – 1 BvL 2/83.

<sup>62</sup> Vgl. Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, Rn. 555.

<sup>63</sup> Vgl. Olfert, Kompakt-Training Personalwirtschaft, 3. Auflage, S. 47.

<sup>64</sup> Vgl. Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn. 121.

Beispiel hat die Unterscheidung Auswirkungen auf den Geltungsbereich des Betriebsverfassung- und/oder Kündigungsschutzrecht.<sup>65</sup>

### 3. Betrieb/Unternehmen

Der **Betrieb** ist die organisatorische Einheit, innerhalb derer ein Unternehmer allein oder in Gemeinschaft mit seinen Mitarbeitern mithilfe von sächlichen und immateriellen Mitteln bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt.<sup>66</sup>

Das Betriebsverfassungsgesetz findet demnach als Verfassung des Betriebes keine Anwendung auf staatliche Arbeitgeber, wohl aber auf staatliche Einrichtungen mit privater Rechtsform (§130 BetrVG).<sup>67</sup> Für den öffentlichen Dienst ist an dieser Stelle das jeweilige Landesrecht für Personalvertretung anzuwenden – in Baden-Württemberg das LPVG. Bei der Einordnung eines Betriebes wird auf eine einheitliche Personalleitung und nicht auf die räumliche Nähe abgestellt. Auf der Ebene des Betriebes wird ferner der Betriebsrat gewählt. Die Anzahl der im Betrieb arbeitenden Personen entscheidet über die Anwendbarkeit des Betriebsverfassungsgesetzes und des Kündigungsschutzgesetzes. Weiter ist der Betrieb und dessen Mitarbeiterzahl Bezugspunkt und -größe für die meisten arbeitsrechtlichen Regelungen.<sup>68</sup>

Ein **Unternehmen** ist nach dem BAG die organisatorische Einheit, mit welcher eine natürliche oder juristische Person seine wirtschaftlichen oder ideellen Zwecke verfolgt.<sup>69</sup> In den meisten Fällen ist die juristische Person eines Unternehmens gleichzeitig der Arbeitgeber. Vor allem bei der Bildung von Schwellenwerten ist eine Unterscheidung zwischen Mitarbeiterzahlen von Arbeitgebern oder Unternehmern zumeist überflüssig.<sup>70</sup> Für die weitere Betrachtung wird der Begriff des Unternehmers dem des Arbeitgebers gleichgestellt. Sollte eine Differenzierung aufgrund des relevanten Sachverhaltes notwendig werden, wird dies an der jeweiligen Stelle verdeutlicht.

---

<sup>65</sup> Vgl. Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn. 124 ff.

<sup>66</sup> BAG vom 27.06.1995 – 1 ABR 62/94.

<sup>67</sup> Vgl. Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, Rn. 354.

<sup>68</sup> Vgl. Junker, Arbeitsrecht zw. Markt und gesellschaftspolitischen Herausforderungen, A I. 1.

<sup>69</sup> BAG vom 07.08.1986 – 6 ABR 57/85.

<sup>70</sup> Vgl. Junker, Arbeitsrecht zw. Markt und gesellschaftspolitischen Herausforderungen, A I. 1.

### **III Entstehung des Spannungsverhältnisses**

Es ist allgemein bekannt, dass es im Arbeitsrecht und damit einhergehend auch in der Arbeitswirklichkeit kollidierende, kontroverse Interessen gibt. Um zu erörtern, wodurch dieses Spannungsfeld entsteht, welche Möglichkeiten eine Partei hat, um ihre Interessen durchzusetzen und wie es vielleicht abgemildert oder sogar ausgeglichen werden kann, gilt es zunächst die Interessen und Ziele der an der Arbeitswirklichkeit teilnehmenden Subjekte auszuarbeiten.

#### **1. Ziele und Interessen des Arbeitgebers**

Bevor auf einzelne Ziele und Interessen des Arbeitgebers eingegangen werden kann, muss zunächst einmal festgestellt werden, dass Unternehmensziele von vornherein nicht festliegen. Je nach Unternehmensart bzw. Wirtschaftssektor stellt die Arbeitswelt das Unternehmen vor verschiedene An- sowie Herausforderungen. Allen gemein ist jedoch die Tatsache, dass sie sich auf einem globalisierten Markt befinden. Der Konkurrenzkampf sowie der Wettbewerb dieser Unternehmen finden damit nicht nur innerhalb der geographischen Grenzen der Bundesrepublik Deutschland statt. Vielmehr muss ein Unternehmen grenzüberschreitend agieren können, was den Gesetzgeber vor neue Herausforderungen stellt, wenn man den Wirkungskreis des deutschen Arbeitsrechtes in Betracht zieht – das Anwendungsgebiet bleibt national beschränkt.

##### **1.1 Ökonomische und soziale Ziele**

Die Unternehmung hat vorwiegend **ökonomische Ziele**, die sich dem Inhalt nach in drei Bereiche gliedern lassen.

*Leistungsziele* werden vom Unternehmer langfristig angestrebt und beziehen sich auf die Wechselwirkung mit dem ihn betreffenden Markt. Selbstverständliches Ziel ist die Existenzsicherung, die die Haltung der Marktanteile und die Kostendeckung beinhaltet und somit dem Wirtschaftsunternehmen Bestand verleiht. Dadurch wird das Abspringen von Kapitalgebern verhindert und ferner das Eigenkapital vor Verlusten gesichert. Langfristig sollte sich der Unternehmer jedoch das Ziel der Gewinnmaximierung setzen. Die Produkte oder die



Dienstleistungen, die vertrieben werden, sollten einen höheren Absatz erfahren und, wenn möglich, qualitativ verbessert, verändert und ständig weiterentwickelt werden. Dadurch erhofft sich der Unternehmer eine Erhöhung der Marktanteile und einhergehend damit eine bessere Marktstellung sowie eine Umsatzerhöhung. Um diese Ziele erreichen zu können, muss das Unternehmen als Gesamtes, die Wirtschaftsordnung nachahmend, nach Wachstum streben, was eine Produkt-erweiterung und auch eine Erhöhung der Produktionskapazitäten voraussetzt.

Wie der Begriff *Erfolgsziele* bereits vermuten lässt, geht es in diesem Bereich darum, das Unternehmen bzw. dessen Erzeugnisse nicht nur beizubehalten und zu stärken, sondern daraus einen tatsächlichen Gewinn zu schöpfen. Der Gewinn ergibt sich aus dem Umsatz abzüglich des Aufwandes. Gelingt es einem Unternehmen den Umsatz – beispielsweise durch Steigern des Absatzes – zu erhöhen, und steigen die Kosten nur unterproportional an, wird der Gewinn höher. Der Erfolg eines Unternehmens ergibt sich damit aus dessen Wertschöpfung, also aus einem hohen Umsatz und möglichst geringen Kosten.

Die *Finanzziele* umfassen z. B. die Sicherung der Liquiditätsstruktur, den Umfang der Liquiditätsreserve und eine investive Finanzpolitik. Liquidität bedeutet die Verfügbarkeit über genügend Zahlungsmittel und muss in einem Unternehmen ständig präsent sein – andernfalls droht der Konkurs. Um ständig zahlungsfähig zu sein, muss ein Unternehmen flexibel auf die ihm gesetzten Rahmenbedingungen und auf die wirtschaftliche Lage reagieren können. Hierzu ist eine schnelle Kosteneinsparung notwendig, um die noch vorhandene Liquidität nicht noch zusätzlich zu senken.<sup>71</sup>

Häufig werden diese drei Zielkategorien auch in Formal- und Sachziele eingeteilt. Während ein Sachziel sich auf die Produktion – hinsichtlich Art, Menge, Qualität der Güter – bezieht, sind Formalziele solche Ziele, in denen der Erfolg des unternehmerischen Handelns zum Ausdruck gebracht werden soll.

---

<sup>71</sup> Vgl. Hummel, *BWL kompakt*, 3.2.1.

Der Unternehmer verfolgt zusätzlich auch **soziale Ziele**. Es ist für ein ökonomisch erfolgreiches Unternehmen unerlässlich, ein durch soziales Engagement seitens des Arbeitgebers geschaffenes, gutes Betriebsklima zu erhalten. Langfristig lässt sich wirtschaftlicher Erfolg nur mit einem stabilen sozialen Hintergrund erreichen, wobei die sozialen Möglichkeiten ihrerseits sehr von der finanziellen Lage des Unternehmens abhängen. Die Beziehung zwischen sozialen und ökonomischen Zielen ist somit – obwohl man sie auch als kollidierend betrachten könnte – eine komplementäre: Durch den sozialen Einsatz des Arbeitgebers wird langfristig der soziale Frieden erhalten und dadurch die Wirtschaftlichkeit des Unternehmens unterstützt. Die sozialen Möglichkeiten eines Arbeitgebers sind sehr vielfältig. Angefangen bei Banalitäten – die eigentlich selbstverständlich sein sollten – wie gerechter Lohn, Gleichberechtigung und humane Arbeitsbedingungen, über Mitspracherecht und Fortbildungsaussichten, bis hin zu Gewinnbeteiligung, betrieblicher Altersvorsorge und sicheren Arbeitsplätzen.<sup>72</sup>

## **1.2 Unternehmerische Interessen in personalwirtschaftlicher Hinsicht**

Die Erreichung der vorangegangenen Ziele weist eine große Abhängigkeit zu der personalwirtschaftlichen Situation eines Unternehmens auf. Der weitaus größte Teil an Kosten eines Gutes – sei es im Dienstleistungssektor oder im produzierenden Gewerbe – sind Personalkosten. Erfährt ein Unternehmen in einer Rezession oder einer Depression hohe Umsatzeinbußen, müssen schnell Kosten gesenkt werden, um die akute Liquiditätssicherung zu garantieren.

Nach dem in der herrschenden Lehre anerkannten Konjunkturzyklus geht einem Konjunkturtief eine gute Wirtschaftslage voraus, in der Unternehmen verbunden mit dem Streben nach Gewinnmaximierung, Produktionserweiterungen und einhergehend damit eine Erhöhung der Anzahl an Mitarbeitern durchführen. Da das Arbeitsverhältnis aufgrund der zahlreichen Arbeitnehmerschutzgesetze jedoch eher einen statischen Vertrag darstellt, kann der Arbeitgeber in Zeiten eines Konjunkturtiefs in finanziell prekäre Situationen kommen. Geht man vom Worst Case aus, hat das Unternehmen bei sinkendem Umsatz gleich bleibende

---

<sup>72</sup> Vgl. Hummel, *BWL kompakt*, 3.3.

Personalkosten, infolge dessen sich der Gewinn mehr und mehr schmälert – früher oder später wird das Unternehmen Verluste schreiben.

Interessant für den Unternehmer ist deshalb die Senkung der Personalkosten durch billigere Arbeitskräfte oder eine Rationalisierung des Produktionsprozesses, welche zu einem Beschäftigungsabbau führt. Auch atypische Arbeitnehmer wie Leiharbeiter, geringfügig Beschäftigte oder Selbstständige ohne größeren Aufwand für soziale Ausgaben sind für den Arbeitgeber attraktiver geworden.<sup>73</sup> Wichtig für ihn sind deshalb arbeitsrechtliche Wege, die ihm die Möglichkeit geben in personeller Hinsicht flexibler reagieren zu können, als es ihm die Arbeitnehmerschutzrechte ermöglichen. Wünschenswerte Maßnahmen seitens des Arbeitgebers sind weniger Kündigungsschutz zur Bekämpfung akuter und mittelfristiger Liquiditätsengpässen, sowie bereits bei Einstellung der Arbeitnehmer größere Freiheiten hinsichtlich der Privatautonomie. Hat der Unternehmer schon bei der Schließung eines Arbeitsvertrages die Möglichkeit den Arbeitsvertrag zu befristen oder den Lohn abhängig von konjunkturellen Schwankungen zu vereinbaren, so kann er die Personalkosten in Notlagen soweit reduzieren, wie es nötig erscheint.

Unabhängig von Umsatz- und Gewinnschwankungen kann man die Interessen des Arbeitgebers genau als Gegenteil der Arbeitnehmerinteressen bezeichnen: Weniger Lohn bei weniger Urlaub und längeren Arbeitszeiten. Scheinen diese Forderungen auf den ersten Blick zwar sehr radikal zu sein, so sind sie jedoch nur ideell anstrebenswert und selten durchsetzbar. Der Unternehmer hat folglich vorwiegend wirtschaftliche Interessen, um sein Unternehmen zu erhalten und seine Gewinnspanne zu erhöhen, jedoch stehen diese Interessen in einer engen Wechselbeziehung zu sozialen und vor allem personalwirtschaftlichen Angelegenheiten. Einige Maßnahmen können einen großen Effekt haben, der keine allzu große Offensichtlichkeit aufweist: Steigert ein Unternehmen die Arbeitszufriedenheit beispielsweise durch Veränderung der Arbeitsbedingungen – auch wenn sie unmittelbar Kosten verursachen – so kann dieser Prozess

---

<sup>73</sup> Vgl. Däubler, Arbeitsrecht in globalisierter Wirtschaft, II. 1.

Fluktuationskosten mindern oder für eine stabilere Gesundheit der Arbeitnehmer sorgen, so dass das Personal weniger Krankheitstage aufweist und dadurch kostengünstiger arbeitet.<sup>74</sup>

Besonders in wirtschaftlichen Krisen, wie wir sie aktuell vorfinden, spielen Personalkosten und die damit verbundenen personaltechnischen und arbeitnehmerschutzrechtlichen Probleme, eine große Rolle für das gewinnbringende Unternehmen. Diese Betrachtungsweise muss jedoch, um die Problematik des Spannungsfeldes zu erfassen, dem Standpunkt der Arbeitnehmer gegenüber gesetzt werden.

## 2. Interessen des Arbeitnehmers

Zunächst gilt es festzustellen, dass der Arbeitsvertrag wohl das bedeutendste Rechtsgeschäft für die Mehrheit der Bevölkerung darstellt. Daraus ergibt sich das zentrale und gleichzeitig auch selbstverständlichste Bedürfnis des Arbeitnehmers: Die *Arbeitsplatzsicherheit*. Der Arbeitnehmer will vor allem in Zeiten einer schlechten Wirtschaftssituation – welche immer mit hohen Arbeitslosenzahlen verbunden ist – Sicherheit hinsichtlich seines Arbeitsplatzes und einhergehend damit auch der materiellen Lebensgrundlage. Auch wenn sich der Arbeitsmarkt als unvollkommen darstellt, so gilt dennoch das Gesetz von Angebot und Nachfrage. Bei derartig hohen Arbeitslosenzahlen, wie sie derzeit vorliegen, besteht ein zu hohes Angebot an Arbeitskräften, während kaum ein Unternehmen Einstellungen vornimmt. So ist es für einen Arbeitnehmer existenzbedrohend gekündigt zu werden, insbesondere, wenn soziale Faktoren wie Alter oder mangelnde Bildung hinzukommen, die es dem Arbeitnehmer zusätzlich erschweren, einen neuen Arbeitsplatz zu finden.<sup>75</sup> Ferner will der einzelne Arbeitnehmer früher oder später auch im Privatbereich Verpflichtungen eingehen, sich beispielsweise ein Auto oder ein Eigenheim finanzieren. Hier ergeben sich bei unsicheren Arbeitsplätzen oder auch bei unsicheren Arbeitsverträgen (wie Zeit- oder befristete Verträge) zwei Probleme. Zum einen wird ein wahrscheinlich

---

<sup>74</sup> Vgl. Zöllner, Der kritische Weg ..., NJW 1990, S. 1 (S.4).

<sup>75</sup> Vgl. Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn. 8.

benötigter Kredit für die Finanzierung eventuell abgelehnt, weil die Bank neben anderen Sicherheiten unter Umständen ein fortbestehendes Arbeitsverhältnis verlangt. Auf der anderen Seite will der Arbeitnehmer bei Kreditabschluss planen können und die Sicherheit haben, die Tilgungsraten auch tatsächlich leisten zu können. Nicht nur daraus ergibt sich die enorme Bedeutung des thematischen Bereichs „Arbeitsplatzsicherheit“, sondern auch aus der Tatsache, dass sich drohender Arbeitsplatzverlust extrem auf die psychische und körperliche Integrität des Menschen auswirkt, welches zudem gesellschaftliche Kosten – sei es im Bereich der Sozial- oder der Krankenversicherungen – in nicht unerheblicher Höhe zur Folge hat.

Weiterhin ist es für den Arbeitnehmer und seine persönliche Situation – wie die zu ernährende Familie oder anderweitige Verpflichtungen – zwingend notwendig, eine *gerechte Entlohnung* für die geleisteten Dienste zu erhalten. Darüber hinaus ist es stets ein Anliegen der Arbeitnehmer, einen über dem Mindest- oder Tariflohn liegendes Entgelt oder eine Lohnerhöhung für besonderes Engagement zu erhalten.<sup>76</sup>

Neben den materiellen Gedanken setzt sich die Arbeitnehmerseite in Betriebsräten oder Tarifverhandlungen auch für eine *Verlängerung der Urlaubsdauer* und für die *Verkürzung der Wochenarbeitszeit* ein. Die Arbeitnehmer versuchen allgemein bei der Gestaltung von Arbeitsbedingungen mitzuwirken, sei es auf betrieblicher Ebene im Rahmen des Betriebsrates oder auf unternehmerischer Ebene durch Tarifverträge. Danach kann man wohl auch das *Mitbestimmungsrecht* als eine der zentralen Interessen bezeichnen, durch das auf alle Bedürfnisse eingewirkt werden kann, die dem Arbeitnehmer ein Anliegen sind.<sup>77</sup>

Abschließend bleibt zudem festzustellen, dass die Arbeitnehmer ferner nicht allen Interessen der Unternehmen negativ gegenüber stehen. Im Gegenteil – es ist auch ihnen ein Anliegen, durch ihre Leistung das Unternehmen voran zu bringen in Anbetracht der Tatsache, dass nur ein gesundes, gewinnbringendes Unternehmen

---

<sup>76</sup> So auch: Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn. 8.

<sup>77</sup> Vgl. Zöllner, Der kritische Weg ..., NJW 1990, S. 1 (S.3 f.).

der Arbeitsplatzsicherheit dient und eine eventuelle Gewinnbeteiligung aufbringen kann.

### 3. Das Spannungsfeld

Die Interessen eines Menschen in der Stellung eines Arbeitnehmers und die Ziele des Unternehmers in der Rolle des Arbeitgebers könnten unterschiedlicher nicht sein. Wenn man diese Interessensgegensätze physikalisch darstellen würde, entsteht eine Art Spannungsfeld, in dem die widerstreitenden Interessen unmittelbar sowie unabdingbar miteinander verknüpft sind. Dieses Spannungsfeld gilt es zunächst analytisch zu erörtern.

Ein Kollisionspunkt stellt zunächst die *Höhe der Entlohnung* dar. Vor dem Hintergrund steigender Lebenshaltungskosten, sei es aufgrund der Geldentwertung oder der steigenden Beiträge für die Sozialkassen, ist es eines der wichtigsten Anliegen für den Arbeitnehmer ein proportional steigendes Entgelt zu erhalten, um die anfallenden Kosten ohne Verlust seines jeweiligen Lebensstandards kompensieren zu können. Man könnte an dieser Stelle zusätzlich die These aufstellen, dass der Arbeitnehmer mit fortschreitender Dauer seines Arbeitslebens ein Mehr von dem erreichen möchte, was bisher als sein Standard definiert werden konnte. Dieses Bedürfnis kann nur durch entsprechend steigende Entlohnung befriedigt werden.

Auf der anderen Seite steht der Unternehmer, der wettbewerbsfähig bleiben muss und ferner seine Marktposition verbessern will. Sind Lohnkosten in vergleichbaren Unternehmen – aufgrund der Globalisierung muss ein Vergleich auch mit Lohnkosten anderer Länder angestellt werden – niedriger, kann dieses gleiche Produkte billiger anbieten. Der Unternehmer ist also gezwungen die Personalkosten beizubehalten, wenn nicht sogar an ihnen zu sparen.<sup>78</sup> Durch Aussetzung von Entgelterhöhungen oder sogar durch Einführung von Entgeltabsenkungen erfolgt für das Unternehmen in einer wirtschaftlichen

---

<sup>78</sup> Vgl. Däubler, Arbeitsrecht in globalisierter Wirtschaft, II. 1.

Notsituation eine schnelle Kostenentlastung.<sup>79</sup> Aber auch in konjunkturellen Blütezeiten ist es für den Unternehmer meist keine Priorität, Lohnerhöhungen durchzuführen, da er sich einerseits für die Zahlung auch in Zukunft – unabhängig von der wirtschaftlichen Lage – verpflichtet, und andererseits Investitionen – zum Beispiel hinsichtlich Expansion oder Weiterentwicklung der Produktpalette – von ihm als notwendiger erachtet werden.

Ein weiterer Spannungsfaktor ist die Thematik der „Arbeitsplatzsicherheit“. Der Arbeitnehmer strebt nach einer lebenslangen Arbeitsplatzgarantie. Neben dem schon erörterten materiellen Aspekt<sup>80</sup>, hat der Arbeitsplatz für den Arbeitnehmer die Bedeutung des sozialen Lebensmittelpunkts. Er wohnt meistens in der Nähe des Unternehmens, pflegt dort seine sozialen Kontakte. Von einem sicheren Arbeitsplatz ist die persönliche, soziale und materielle Grundlage des Arbeitnehmers nicht selten abhängig. Damit ist der Arbeitnehmer an festen, unbefristeten Verträgen und an einer Erhöhung des Kündigungsschutzes interessiert.

Der Unternehmer muss seinerseits flexibel auf die Wettbewerbsbedingungen des Marktes eingehen. Er tritt für ein weniger aufwendiges Kündigungsschutzrecht und für eine Lockerung von Vertragsbefristung ein, um sich in einem akuten Liquiditätsengpass schnell und unbürokratisch von Arbeitnehmern und den damit verbundenen Lohnkosten trennen zu können. Darüber hinaus ist die Einstellung von Leiharbeitern für ihn eine attraktive Variante, die es ihm – wenn nötig – ermöglicht, ohne großen rechtlichen oder formalen Aufwand auf die Arbeitleistung und damit auf die Gegenleistung in Form von Lohnzahlung zu verzichten. Die Regelungen zugunsten der Sicherheit eines Arbeitsplatzes stehen dem Arbeitgeber – zumindest aus ökonomischer Sicht – eher im Weg und stellen sich für ihn und seine unternehmerischen Interessen einschränkend dar. Zu berücksichtigen bleibt jedoch, dass nicht jeder Unternehmer darauf bedacht ist, atypische, unsichere Arbeitsplätze zu schaffen. Wird dem Wunsch des Personals nach einer materiellen und sozialen Sicherheit nachgegangen, kann es sich oftmals

---

<sup>79</sup> Vgl. Heise/Schwald, Arbeitsrechtliche Instrumente in der Wirtschaftskrise, NZA 2009, S. 753 (S. 758 f.).

<sup>80</sup> Vgl. oben Kapitel III, 2.

mit dem Unternehmen identifizieren und trägt so mit erhöhter Motivation auch zum Erfolg der Unternehmung bei.

Ein weiterer Faktor im Spannungsfeld der Interessen sind Forderungen der Arbeitnehmer nach *mehr Urlaub, kürzeren Arbeitszeiten und sozialen Nebenforderungen*, wie Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und Mutterschutzrechte. Der Entgeltfortzahlung und dem Mutterschutz wird eine hohe Bedeutung zugemessen: Was würde es für die gesellschaftliche Ordnung und den Sozialstaat bedeuten, wenn man während einer Krankheit kein Entgelt mehr erhalten würde? Der Gesetzgeber müsste eine Regelung schaffen, wonach es die Lohnseinbußen auszugleichen gilt.

Die vorgenannten Interessen bedeuten dennoch mittelbar und unmittelbar Kosten für den Arbeitgeber. So führen mehr Urlaubsanspruch und kürzere Arbeitszeiten zu einem höheren Stundenlohn, während der Unternehmer im Falle der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall Lohn bezahlt, dafür aber auf die Gegenleistung Arbeit verzichten muss. Genauso verhält es sich bei den bezahlten Mutterschutzfristen. Der Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“ wird hier übergangen. Das kann zu starken Belastungen des Unternehmens führen, wenn man bedenkt, dass in den meisten Fällen ein neuer Arbeitnehmer eingestellt werden muss, der den Fehlenden vertritt und der Unternehmer somit „doppelten Lohn“ zahlen muss.

Die meisten Interessen der Arbeitnehmer werden durch kollektive Vereinbarungen ausgehandelt und durchgesetzt. Um die Kollektivvereinbarungen legt sich ein vielseitig zu begutachtendes Spannungsfeld, aufgrund ihres Einflusses vor allem um Tarifverträge. Bedürfnisse wie Lohn, Urlaubsverlängerung und Arbeitszeitverkürzung werden durch Tarifverträge festgeschrieben.<sup>81</sup> Bei einer solchen verbandsmäßig organisierten Interessenvertretung wie Gewerkschaften wird ein Ausgleich zu der Überlegenheit des Arbeitgebers gesucht, um damit das bei Individualverträgen existierende

---

<sup>81</sup> Vgl. Zöllner, Der kritische Weg ..., NJW 1990, S. 1 (S.3).



Machtungleichgewicht zu reduzieren.<sup>82</sup> Zur Schließung des kollektiven Tarifvertrages stehen sich nämlich annähernd gleich starke Parteien – Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände, beide grundrechtlich durch Art. 9 III GG geschützt – gegenüber.<sup>83</sup> Demgegenüber wird dem Arbeitgeber bei dem einzelvertraglich gestalteten Arbeitsvertrag eine enorme Überlegenheit zugerechnet. Stellt ein Arbeitnehmer seine Dienste einem Dritten zur Verfügung, so begibt er sich – nicht nur aufgrund der wirtschaftlichen, sondern auch der wissensmäßigen Überlegenheit – in ein Unterordnungsverhältnis.<sup>84</sup> “Das neue Verhältnis zwischen Arbeiter und Unternehmer“ wird schon seit jeher als ungleich empfunden.



Abbildung 6: Das neue Verhältnis zwischen Arbeiter und Unternehmer, 1896.<sup>85</sup>

Ein Verbandstarifvertrag schreibt Regelungen zugunsten des Arbeitnehmers vor, die das Unternehmen freiwillig nicht ermöglichen könnte, weil sie eine Erhöhung der Kosten nach sich ziehen würden. Doch kann ein Tarifvertrag auch eine neutralisierende Kartellwirkung entfalten, da er Arbeitsbedingungen für eine Vielzahl von Arbeitnehmern vorschreibt und damit auch andere Unternehmen ähnlicher Branchen gezwungen sind, die steigenden Lohnkosten einzukalkulieren.<sup>86</sup>

Der Tarifvertrag bedeutet für den Arbeitnehmer die Wahrnehmung und Realisierung seiner Bedürfnisse, die er auf individualrechtlicher Ebene aufgrund des enormen Machtungleichgewichts selten bis nie durchzusetzen vermag.

<sup>82</sup> Vgl. Berg/Platow/Schoof et al., TVG Basiskommentar, 2008, Einleitung Rn. 18.

<sup>83</sup> Vgl. Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, Rn. 30 f.

<sup>84</sup> Vgl. Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn. 9.

<sup>85</sup> Karikatur aus dem „Neuen Postillon“, Zürich, Schweiz 1896.

<sup>86</sup> Vgl. Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, Rn. 1108 ff.; so auch: Zöllner, Der kritische Weg ..., NJW 1990, S. 1 (S.3).

Insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Regelungen des Tarifvertrags einzelvertraglich nicht abdingbar sind, bedeutet kollektives Arbeitsrecht für den Unternehmer eine große Einschränkung der Privatautonomie und damit auch seiner unternehmerischen Handlungsfreiheit. Der Arbeitgeber hat nach § 4 III TVG hinsichtlich der im Tarifvertrag vereinbarten Regelungen nur noch die Möglichkeit, günstigere Abmachungen für den Arbeitnehmer zu treffen.<sup>87</sup> Der Unternehmer ist durch Tarifverträge sehr zu seinem Nachteil betroffen, weil die Gewerkschaften mit ihren Forderungen die ökonomische Stellung des Unternehmens – auch im Hinblick auf zukünftige Entwicklungen – oftmals nicht stark genug berücksichtigen und wenig flexibel sind.<sup>88</sup>

Die Analyse des Spannungsfeldes hat ergeben, dass sich hier scheinbar unlösbare und unvereinbare Interessen gegenüber stehen: Der Unternehmer fordert „mehr Markt im Arbeitsrecht“<sup>89</sup> und will die Privatautonomie freizügiger gestalten, während der Arbeitnehmer durch das Arbeitnehmerschutzrecht vor Willkür und durch das kollektive Arbeitsrecht vor Überlegenheit des Arbeitgebers geschützt werden soll.

#### **4. Zielkonflikt der Politik im Hinblick auf die Interessenkollision**

Die Arbeitspolitik spielt eine große Rolle im Spannungsfeld der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen in Anbetracht der Tatsache, dass sie durch Gesetze nicht nur ihre Ziele durchzusetzen versucht, sondern auch einen Interessenausgleich schaffen will. Das vom Gesetzgeber ausgestaltete Arbeitsrecht steht in einer engen Wechselbeziehung zur bestehenden Wirtschafts- und Staatsverfassung. Daraus folgt, dass das Arbeitsrecht den wandelnden ökonomischen sowie gesellschaftspolitischen Gegebenheiten ständig angepasst werden muss. Als Folge zeigt nicht nur der Arbeitsmarkt und die wirtschaftliche Lage der

---

<sup>87</sup> Vgl. Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, Rn. 32.

<sup>88</sup> So auch: Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, Rn. 11.

<sup>89</sup> These des Kronberger Kreises (Hrsg.), Publikation: Mehr Markt im Arbeitsrecht.

Unternehmen, sondern auch die gesellschaftliche Stimmung eine Reaktion auf neu beschlossene Regelungen im Arbeitsrecht.<sup>90</sup>

Das Arbeitsrecht ist ein wichtiger – wenn nicht der zentrale – Faktor in der „Sozialen Marktwirtschaft“, der Marktordnung der Bundesrepublik Deutschland. Die Regelungen des Arbeitsrechts sind vom Sozialstaat (vgl. Art. 20 I, Art. 28 I GG) vorgegebene Rahmenbedingungen, die die marktwirtschaftliche Entscheidungsfreiheit einschränken, mit dem Ziel, sozial unerträgliche Folgewirkungen eines freien, unkontrollierten Marktes zu vermeiden.<sup>91</sup>

Beim Eingriff in den Markt durch Regelungen des Arbeitsrechts stellt sich die Gesetzgebung zwei scheinbar konträre Fragen: Was ist zum Schutze des Arbeitnehmers zu regeln? Und auf der anderen Seite: Welche Regelungen müssen beschlossen werden, um neue Arbeitsplätze zu schaffen oder zumindest vorhandene zu sichern?<sup>92</sup> Damit befindet sich die Politik in einem Konflikt, dessen Lösung von den gegenwärtigen ökonomischen, gesellschafts- und sozialpolitischen Gegebenheiten, sowie letztendlich von der eigenen Zielsetzung abhängt.

#### **4.1 Ziel: Gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht**

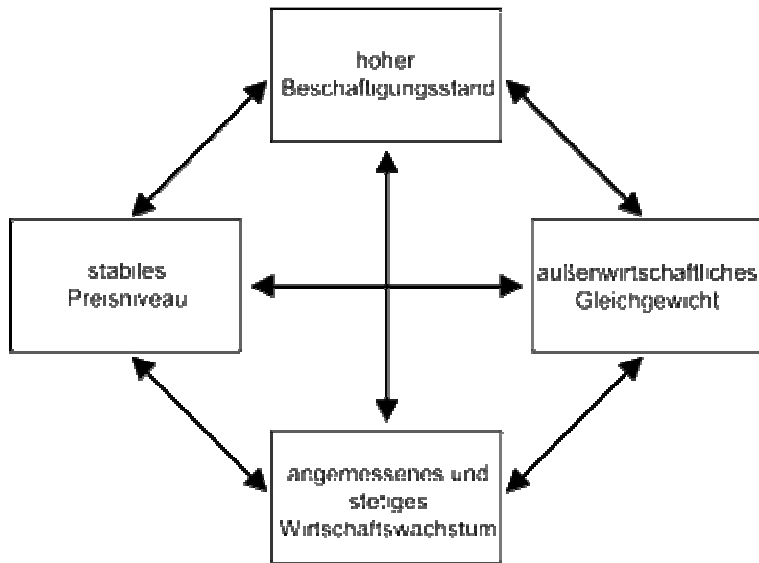
Der Gesetzgeber trägt den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung (Art. 109 II GG). Das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht ist demnach nicht nur ein ständiges Ziel der Politik, sondern sogar verfassungsrechtlich verpflichtend für die Regierung. Konkretisiert wird der Begriff in § 1 StabG: Die Maßnahmen, die von der Regierung in diesem Rahmen beschlossen werden, müssen gleichzeitig zur Stabilität des Preisniveaus, zu einem hohen Beschäftigungsstand und außenwirtschaftlichem Gleichgewicht bei stetigem und angemessenem Wirtschaftswachstum beitragen. Daraus ergibt sich das magische Viereck der Wirtschaftspolitik:

---

<sup>90</sup> Vgl. Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, Rn. 15.

<sup>91</sup> Vgl. Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, Rn. 9 f.

<sup>92</sup> Vgl. Weyland/Düwell, Das neue Arbeitsrecht, aus dem Vorwort.



**Abbildung 7:** Magisches Viereck der Wirtschaftspolitik<sup>93</sup>

Da diese Ziele unabdingbar miteinander verknüpft sind, ist von einer Gleichwertigkeit dieser Komponenten auszugehen. Die Arbeitsgesetzgebung zeigt jedoch die größte Auswirkung auf den Beschäftigungsstand, während die anderen Faktoren nur mittelbar auf Regelungen im Arbeitsrecht reagieren. Durch arbeitsrechtliche Instrumente, die dem Arbeitgeber zur Entlastung gestellt werden, versucht die Politik eine höhere Beschäftigung zu erreichen. Mit einer Neueinstellung geht der Unternehmer schließlich langwierige rechtliche Verpflichtungen ein. Wird die arbeitsrechtliche Situation für ihn erleichtert – beispielsweise durch Lockerung des Befristungsrechts – sinken die Hemmungen, einen Arbeitnehmer einzustellen. In wirtschaftlich schlechten Zeiten und damit einhergehenden hohen Arbeitslosenzahlen, versucht der Gesetzgeber u. a. die Personalkosten der Unternehmen zu senken, um den konjunkturellen Abschwung abzdämpfen und nicht zuletzt den Unternehmensstandort Deutschland zu sichern. Denn die durchschnittlichen Arbeitskosten – d. h. Lohnkosten inklusive Lohnnebenkosten wie Sozialversicherungsbeiträge und Lohnfortzahlungspflichten – liegen im Vergleich zu den anderen EU-Ländern in der Bundesrepublik höher. Die Arbeitskosten je geleistete Stunde betragen im Jahr 2008 in Deutschland 29,80 €, während der europäische Durchschnitt bei 23,10 € liegt. Man darf diese Zahlen jedoch nicht isoliert sehen. So steht der Arbeitnehmerschutzgedanke in

<sup>93</sup> Quelle: [http://de.wikipedia.org/wiki/Datei:Magisches\\_Viereck\\_der\\_Wirtschaftspolitik.svg](http://de.wikipedia.org/wiki/Datei:Magisches_Viereck_der_Wirtschaftspolitik.svg)

wirtschaftlich schwach strukturierten Ländern wie Bulgarien, in dem die Arbeitskosten bei 2,50 € pro Stunde liegen, offensichtlich zu sehr im Hintergrund.<sup>94</sup> Bemüht sich die Politik durch Gesetzesänderung im Arbeitsrecht um die Schaffung von Arbeitsplätzen, führt dies meistens zu einer Abnahme von Arbeitnehmerrechten.

## 4.2 Ziel: Soziale Gerechtigkeit

Neben der rein wirtschaftlichen Sichtweise hat der Staat aus dem Sozialstaatprinzip zwingend dafür Sorge zu tragen, dass auch die schwächeren Marktteilnehmer eine faire Chance haben und soziale Gerechtigkeit hinsichtlich Macht, Wohlstand und Sicherheit erfahren. Bezogen auf den Arbeitsmarkt obliegt dem Staat die Pflicht, trotz arbeitsmarktpolitischer Probleme, den unterlegenen Arbeitnehmer vor der Willkür der Arbeitgeber zu schützen. Gravierende Rechtsinstitutionen wie das Mitbestimmungsrecht durch Tarifverträge und der Kündigungsschutz sind für einen tatsächlichen Interessenausgleich fundamental notwendig.

Setzt die Politik ihren Schwerpunkt auf den Arbeitnehmerschutz, so geht das zu Lasten der Unternehmer, welche Kosten und Aufwand mit Arbeitnehmerschutz verbinden. Liegt die Gewichtung auf der Erreichung eines hohen Beschäftigungsstandes, so bedeutet das für den Arbeitnehmer einen erheblichen Nachteil. Damit stellt sich die Beziehung der Ziele des Gesetzgebers in der Gestaltung des Arbeitsrechts und dem daraus resultierenden angestrebten Interessenausgleich als konfliktträchtig dar. Diese Ziele können, zumindest in einem großen Umfang, kaum gleichzeitig erreicht werden und es müssen folglich je nach Wirtschaftslage Schwerpunkte gesetzt werden – die gewiss auch von der jeweiligen Regierung und deren Ausrichtung geprägt sind.

---

<sup>94</sup> Vgl.

<http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Statistiken/VerdiensteArbeitskosten/Arbeitskosten/Tabellen/Content75/JahresschVeraenderungAK.templateId=renderPrint.psm1>

## **IV Ausgewählte Instrumente zum Interessen- ausgleich**

Der Gesetzgeber hat mittels eines Sammelsuriums an Vorschriften den an der Arbeitswirklichkeit beteiligten Parteien Werkzeuge zur Durchsetzung ihrer Interessen zur Verfügung gestellt. Einhergehend damit werden ihnen zugleich jedoch auch Pflichten auferlegt. Ziel dieses zum Teil aufeinander abgestimmten Systems, ist die Entkräftung des bereits erörterten Spannungsfeldes.<sup>95</sup> Das Aufzeigen der Instrumente beschränkt sich auf die wichtigsten Regelungen, die Auswirkung auf die Arbeitnehmer sowie Arbeitgeber und eine kritische Betrachtung.

### **1. Rechte zum Schutz des Arbeitnehmers**

Da das Arbeitsverhältnis für den einzelnen Arbeitnehmer die materielle Existenzgrundlage darstellt und in der Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Beziehung ferner ein wirtschaftliches Machtungleichgewicht besteht, ist der Arbeitnehmer schutzbedürftig und wird durch zahlreiche Regelungen vor der Willkür des Arbeitgebers geschützt. Erörtert werden im Nachfolgenden ausgewählte und die meiner Ansicht nach wirkungsvollsten Instrumente zugunsten des Arbeitnehmers.

#### **1.1 Kündigungsschutz**

Der Kündigungsschutz ist aufgrund seiner großen Relevanz für den Arbeitnehmer in Art. 12 GG grundrechtlich verankert. Die freie Wahl eines Arbeitsplatzes beinhaltet für den Arbeitnehmer auch das Recht, sich für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu entscheiden. Auf der anderen Seite genießt auch der Arbeitgeber grundrechtlichen Schutz in Bezug auf das Kündigungsrecht. Er hat durch Art. 12 I und Art. 14 GG ein Mindestmaß an Kündigungs- und Vertragsfreiheit.<sup>96</sup> Der verfassungsrechtliche Aspekt der Berufsfreiheit ist jedoch bei der Prüfung der Wirksamkeit einer Kündigung nicht heranzuziehen, da er ausreichend durch allgemeine und besondere Regelungen zum Kündigungsschutz

---

<sup>95</sup> Vgl. oben: Kap. III, 3.

<sup>96</sup> Vgl. Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, Rn. 464.

konkretisiert ist.<sup>97</sup> Die Kündigungsfristen eines Arbeitsverhältnisses gehen aus § 622 BGB hervor. Hiernach steht jedem Arbeitnehmer eine Grundkündigungsfrist zu (§ 622 I BGB). Zusätzlich ist der kündigungsberechtigte Arbeitgeber verpflichtet, ab einer tatsächlichen Betriebszugehörigkeit von mindestens zwei Jahren zum Schutz des Arbeitnehmers die verlängerten Kündigungsfristen des § 622 II BGB zu wahren. Nach aktuellster Rechtsprechung des EuGH ist § 622 II 2 BGB, wonach die Berechnung der Beschäftigungsdauer erst nach Vollendung des 25. Lebensjahres einsetzt, nicht mehr anzuwenden. Der EuGH erklärt in seinem Urteil vom 19.01.2010, dass diese Regelung gegen die auf Art. 13 EG gestützte Richtlinie 2000/78/EG verstößt, die u. a. ein mittelbares und unmittelbares Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters enthält.<sup>98</sup> Durch das strikte Anwendungsverbot von nationalem Recht wird der enorme Einfluss der Europäischen Union auf die nationale Regelungskompetenz einmal mehr unter Beweis gestellt.

Zentrale und spezielle Gesetzesnorm hinsichtlich des Kündigungsschutzrechtes ist das in ursprünglicher Form am 14.08.1951 in Kraft getretene KSchG. Bereits bei den Gesetzesverhandlungen zu dieser Fassung kam das Spannungsverhältnis zwischen Arbeitnehmerschutz und Kündigungsfreiheit zum Ausdruck. In der Neufassung des KSchG vom 25.08.1969 wurde der Kündigungsschutz etwa durch Herabsetzung der Altersgrenze oder durch Erhöhung der Abfindungssummen verstärkt. Jedoch machte die Ausweitung des Kündigungsschutzes im Jahre 1985 eine Kehrtwende. Durch das arbeitsmarktpolitisch orientierte Beschäftigungsförderungsgesetz vom 26.04.1985 wurden befristete Verträge in erweitertem Maße zugelassen, was den Bestandsschutz von Arbeitsverhältnissen betroffener Arbeitnehmer erheblich verringerte. Mit dem BeschFG vom 25.09.1996 wurde der Kündigungsschutz weiter eingeschränkt, weil zu dieser Zeit – die Regierung bildeten CDU/CSU und FDP – Wachstum, Beschäftigung und der Grundsatz der Kündigungsfreiheit im Mittelpunkt standen und der Arbeitnehmerschutzgedanke politisch eher in den Hintergrund gerückt war. Nach dem Machtwechsel 1998 wurde diese Regelung durch das KorrekturG vom 19.12.1998 rückgängig

---

<sup>97</sup> Vgl. Busemann/Schäfer, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, Rn. 398 f.

<sup>98</sup> EuGH vom 19.01.2010 – C-555/07

gemacht.<sup>99</sup> Mit dem Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 24.12.2003 versuchte man das KSchG wiederum den sozioökonomischen Bedingungen und der politischen Ausrichtung anzupassen und schränkte den Kündigungsschutz erneut ein.<sup>100</sup> Ferner trat zum 01.04.2008 eine Änderung des § 5 KSchG in Kraft.

Es stellt sich nun die Frage, wer unter welchen Voraussetzungen vom KSchG erfasst wird. Nur wenn der persönliche und sachliche bzw. betriebliche Anwendungsbereich bejaht werden kann, findet das KSchG Anwendung. Mangels einer Legaldefinition fallen unter den allgemeinen Kündigungsschutz nur Arbeitnehmer im allgemeingültigen Rechtssinne, die durch einen Arbeitsvertrag in einer weisungsgebundenen Abhängigkeit stehen. Arbeitnehmer i. S. d. KSchG sind auch Teilzeitarbeitskräfte, Auszubildende und Aushilfsarbeiter, wenn die Wartezeit von sechs Monaten erreicht wird; nicht jedoch Beamte, Richter, Soldaten oder freie Mitarbeiter.<sup>101</sup> Weiter gibt es keine Altersgrenze mehr, wonach alle Arbeitnehmer, unabhängig vom Alter, in den Schutzbereich fallen. Nach § 1 I KSchG muss das Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen mindestens sechs Monate ohne Unterbrechung bestanden haben, damit es gegenüber einer Kündigung geschützt ist. Dabei ist das tatsächliche Bestehen eines Arbeitsverhältnisses für sechs Monate irrelevant, entscheidend ist der rechtliche Standpunkt, am besten überprüfbar durch den Arbeitsvertrag.<sup>102</sup>

Bei der Prüfung des sachlichen Anwendungsbereichs ist die Anwendbarkeit nach der im Betrieb beschäftigten Anzahl der Mitarbeiter, geregelt in § 23 I KSchG, hervorzuheben. Die eigentlichen kündigungsschutzrechtlichen Bestimmungen im ersten Abschnitt sind erst ab einer betrieblichen Mitarbeiterzahl von mehr als zehn Beschäftigten, exklusive Auszubildende, anzuwenden. Der Gesetzgeber will die ohnehin wirtschaftlich schwächeren Inhaber von Kleinbetrieben nicht noch zusätzlich beschweren. Für Beschäftigte, die vor dem 31.12.2003 und somit vor der Heraufsetzung des Schwellenwertes eingestellt wurden, gilt jedoch noch der Schwellenwert von fünf Beschäftigten (§ 23 I S.3 1.Hs KSchG). Der für die

---

<sup>99</sup> Vgl. Fiebig/Gallner/Pfeiffer, KSchG Handkommentar, § 1 Rn. 108 ff.

<sup>100</sup> So auch: Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, Rn. 26.

<sup>101</sup> Vgl. Hemmer/Wüst, Zivilrecht VI Arbeitsrecht, Rn. 134.

<sup>102</sup> Vgl. Busemann/Schäfer, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, Rn. 414.



Bestimmung der Betriebsgröße relevante Zeitpunkt ist der Zugang der Kündigung.<sup>103</sup> Bei der Ermittlung der Beschäftigtenanzahl werden auch Teilzeitmitarbeiter berücksichtigt. Bei einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von bis zu 20 Stunden, werden sie zu Hälfte, bei einer Wochenarbeitszeit bis zu 30 Stunden zu 75 % hinzugerechnet (§ 23 I S. 4 KSchG).

Das Rechtskonstrukt „Kündigungsschutz“ ist – wie schon im Namen enthalten – ein Schutzgesetz zugunsten des Arbeitnehmers. Es soll verhindern, dass die Arbeitnehmer einem unbedachten und willkürlichen Verhalten seitens der Arbeitgeber ausgesetzt sind. Eine Form des „Hire and Fire“ wie z. B. in den Vereinigten Staaten von Amerika soll ausgeschlossen werden, um damit den Anforderungen aus dem GG an die soziale Marktwirtschaft (vgl. Art 20 I, Art 28 I S.1 GG) gerecht zu werden. Neben der gesetzgeberischen Intention, die auf den Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses abzielt, steht dem Arbeitnehmer seit dem 01.01.2004 mit dem § 1 a KSchG ein gesetzlicher Abfindungsanspruch gegen den Arbeitgeber zu, sofern dieser das Arbeitsverhältnis ordentlich betriebsbedingt gekündigt hat. Auch wenn die positiven Aspekte des Kündigungsschutzes überwiegen, ist dennoch eine kritische Betrachtung unabdingbar. Weil das Kündigungsschutzgesetz und seine Regelungen so oft geändert wurden, konnte die Auswirkung auf den Arbeitsmarkt und die internationale Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen bislang nicht empirisch erhoben werden. Da die Einstellung eines Mitarbeiters durch den Kündigungsschutz jedoch eine große Verpflichtung und Investition für den Arbeitgeber bedeutet, wirkt er sich mit großer Wahrscheinlichkeit beschäftigungshemmend aus<sup>104</sup> und nimmt dem Unternehmer ein enormes Maß an Flexibilität hinsichtlich der Personalwirtschaft. Das führt – gerade in einer globalisierten Wirtschaft – zu einer Hemmung der Wettbewerbsfähigkeit.

Aufgrund der zahlreichen Generalklauseln (z. B. „sozial gerechtfertigt“) des Kündigungsschutzrechtes, obliegt eine verfassungskonforme Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe der Arbeitsgerichtsbarkeit. Sie muss die grund-

---

<sup>103</sup> Vgl. Busemann/Schäfer, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, Rn. 425.

<sup>104</sup> Vgl. Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, Rn. 466 f.

rechtlichen Schutzpositionen der Parteien abwägen und einen milden Ausgleich zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen finden. Kündigungsschutzprozesse stellen die Hauptbelastung der Arbeitsgerichtsbarkeit dar und enden meistens in erster Instanz mit einer Abfindung für den Arbeitnehmer. Während die eigentliche Intention des Gesetzgebers – nämlich der Fortbestand eines Arbeitsverhältnisses – von den Gerichten nur selten vertreten wird, besteht die Gefahr, dass der Ausgleich der Interessen von vornherein nur durch die Höhe der Abfindung stattfindet.<sup>105</sup>

Zusammenfassend zeigt sich im Kündigungsschutz die Abwägung der Interessen der Parteien durch den Gesetzgeber. Der Kündigungsschutz ist eindeutig ein Instrument zugunsten des Arbeitnehmers, jedoch ist ein Weniger an Kündigungsschutz, beispielsweise eine Erhöhung des Schwellenwertes, vorteilhaft für den Arbeitgeber und sein Unternehmen. Wird der Kündigungsschutz erhöht, verfolgt der Gesetzgeber soziale Ziele; wenn er sich –man muss fast sagen: mal wieder – für eine größere Kündigungsfreiheit entscheidet, verfolgt er einen hohen Beschäftigungsstand und versucht, die wirtschaftliche Lage der Unternehmen zu halten oder zu verbessern.

## 1.2 Mindestlohn

Aufgrund der Tarifautonomie aus Art. 9 III GG wird die Regelungskompetenz für Lohnverhandlungen den Tarifparteien zugesprochen. Eine staatliche Mindestlohnregelung gibt es daher nicht.<sup>106</sup> Für einzelne Branchen können jedoch entweder Tarifverträge gemäß § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärt werden oder es können Rechtsverordnungen nach § 7 AEntG erlassen werden, um die Rechtswirkung des AEntG auf die jeweiligen Sektoren und auf die Arbeitnehmer zu erstrecken, die nicht in den Geltungsbereich des Tarifvertrages fallen.<sup>107</sup> Das AEntG ist eine Norm protektionistischer Art. Zum einen hatte es ursprünglich den Zweck, die Wettbewerbsfähigkeit deutscher Unternehmen des Bauhaupt- und Nebengewerbes vor ausländischen Arbeitgebern zu schützen, die aufgrund der

---

<sup>105</sup> Vgl. Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, Rn. 464 f.

<sup>106</sup> Vgl. Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, Rn. 272.

<sup>107</sup> Vgl. Sittard, Mindestlohngesetze in Deutschland, NZA 2009, S. 346 (S. 347).

EG-Dienstleistungsfreiheit Arbeitnehmer nach Deutschland entsenden. Durch die Einführung eines einheitlichen Mindestentgeltes werden die inländischen Unternehmen seitdem vor dem Vorteil niedrigerer Löhne ausländischer Konkurrenten geschützt und können so auch auf dem globalisierten Markt wettbewerbsfähig bleiben. Auf der anderen Seite sollte es die ausländischen Arbeitskräfte zudem vor Ausbeutung bewahren.<sup>108</sup> Doch mit der Zeit wurden auch die Angemessenheit und Einheitlichkeit der Arbeitsbedingungen deutscher Arbeitnehmer immer wichtiger, aufgrund dessen diese auch als Gesetzesziel in § 1 AEntG n. F. verdeutlicht werden. Ferner dient das AEntG der Umsetzung der EG-Richtlinie 96/71/EG, welche den europaweit entsandten Arbeitnehmern gleiche Arbeitsbedingungen und den Unternehmern einen fairen Wettbewerb sichern soll.

Die möglichen Branchen für eine Erstreckung von Tarifverträgen und damit auch für mögliche Mindestlöhne sind in § 4 AEntG n. F. benannt. Danach werden neben dem Bauhaupt- und Nebengewerbe, der Gebäudereinigung und den Briefdienstleistungen nun auch die Sicherheitsdienstleistungen, die Bergbauspezialarbeiten auf Steinkohlebergwerken, die Wäschereidienstleistung im Objektkundengeschäft, die Abfallwirtschaft und die Aus- und Weiterbildungsdienstleistungen erfasst.<sup>109</sup> Aktuell sind allgemeinverbindliche Tarifverträge und damit einhergehend Mindestlöhne noch nicht in allen Branchen durchgesetzt, in denen es auch möglich wäre.

Hervorzuheben ist das Beispiel des Sektors der Briefdienstleistungen. Im November 2007 haben der Arbeitgeberverband Postdienste e.V. – Gewerkschaft der Deutschen Post AG - und die Vereinigte Dienstleistungsgewerkschaft "ver.di" einen Tarifvertrag geschlossen, in dem unter anderem ein Mindestlohn vereinbart wurde. Kurz darauf wurde vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales eine Rechtsverordnung<sup>110</sup> erlassen, nach der die Regelungen des Tarifvertrages auf die komplette Branche der Briefdienstleistungen anzuwenden seien. Der neu gegründete Arbeitgeberverband, dem einige Wettbewerber der Deutschen Post

---

<sup>108</sup> Vgl. Sagan/Willemsen, Mindestlohn und Grundgesetz, NZA 2008, S. 1216 (S. 1216)

<sup>109</sup> Vgl. Sittard, Mindestlohngesetze in Deutschland, NZA 2009, S. 346 (S. 347).

<sup>110</sup> Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Branche Briefdienstleistungen vom 28.12.2007, Bundesanzeiger 2007 Nr. 242 S. 8410

AG angehören, hat im Dezember 2007 einen eigenen Tarifvertrag mit der Gewerkschaft der neuen Brief- und Zustelldienste geschlossen, in dem ein niedrigerer Bruttomindestlohn vereinbart wurde als in der Rechtsverordnung.<sup>111</sup> Da die Deutsche Post AG bis vor einigen Jahren das Monopol der Briefzustellung innehatte, ist es für Wettbewerber schwer, sich auf dem Markt zu behaupten. Ihr Vorteil besteht in den geringeren Kosten. Bestünde nun ein einheitlicher Mindestlohn, hat das für kleine Unternehmen existenzbedrohende und für den Briefmarkt wettbewerbsverzerrende Folgen. Die Konkurrenten reichten Klage gegen das Bundesministerium für Arbeit und Soziales ein und verlangten die Unwirksamkeit der Rechtsverordnung.<sup>112</sup> Das Bundesverwaltungsgericht – wie auch die vorigen zwei Instanzen – hat der Klage stattgegeben und die Revision der Beklagten zurückgewiesen. Sie habe bei dem Erlass der Rechtsverordnung das nach § 1 III a 2 AEntG a. F. vorgeschriebene Beteiligungsverfahren nicht eingehalten. Das Feststellungsbegehren der Kläger hatte somit Erfolg.<sup>113</sup>

Das Gebiet der Mindestlöhne ist sowohl in rechtlicher, als auch in politischer Hinsicht ein vielfach diskutiertes Thema. Das Gesetz zur Festlegung von Mindestarbeitsbedingungen aus dem Jahre 1952 ließ bisher jede Art von Mindestarbeitsbedingungen zu, wurde jedoch aufgrund der Tarifautonomie noch nie angewendet. In der Neufassung aus dem Jahr 2009 reduziert sich der Inhalt auf Mindestarbeitsentgelte. Diese Regelungen sind unabhängig eines Tarifvertrages anzuwenden und unterliegen damit allein staatlicher Festsetzung, müssen jedoch durch ein im Gesetzestext vorgeschriebenes Verfahren aufgestellt werden.<sup>114</sup>

Fraglich ist jedoch, inwieweit sich ein allgemeiner, gesetzlich normierter Mindestlohn auf den Staat, die Wirtschaft, die Interessen der Arbeitnehmer und das unternehmerische Handeln auswirkt und wie sich ferner Vor- und Nachteile darstellen lassen. Durch die Einführung eines Mindestlohnes könnte die fort-

---

<sup>111</sup> Sachverhalt aus: BVerwG vom 28.01.2010 – 8 C 19.09.

<sup>112</sup> Vgl. <http://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/mindestlohn-fuer-brieftraeger-ist-rechtswidrig;2112286>

<sup>113</sup> BVerwG vom 28.01.2010 – 8 C 19.09.

<sup>114</sup> Vgl. Sittard, Mindestlohngesetze in Deutschland, NZA 2009, S. 346 (S. 350)

schreitende Lohnspreizung verhindert werden. Das heißt, die gewaltigen Lohnunterschiede von hoch qualifiziertem Bereich zum Niedriglohnsektor würden nicht noch größer. Es ist wichtig, dass auch in den Niedriglohnsektoren ein existenzsicherndes Einkommen gezahlt wird. Ist dies nicht der Fall, so ist es die Aufgabe des Staates die Verteilungs- und Gerechtigkeitsfunktion wahrzunehmen und mittels eines Aufstockungsbetrages (Kombilohn) eine Existenzsicherung des Einzelnen zu wahren. Das führt zu einer enormen Belastung der Staatshaushalte, wäre für den Unternehmer allerdings vorteilhaft, um seine Wettbewerbsfähigkeit zu erhalten oder auszubauen. Sind dem Arbeitgeber allerdings keine Grenzen gesetzt, besteht die Gefahr des Lohndumpings.<sup>115</sup> Das Lohndumping wird im Bereich des Niedriglohnssektors dann zu einem enormen Problem für den Sozialstaat, wenn der Arbeitnehmer trotz Arbeitsplatzes und Einkommen gerade so viel verdient, was als sog. „Soziale Grundsicherung“ vom Staat definiert, und Sozialhilfe- sowie Hartz4-Empfängern zugestanden wird. Weiter besteht insbesondere vor dem Hintergrund der Globalisierung und der Arbeitnehmerfreizügigkeit der Europäischen Union die Gefahr von Lohndumping, weil osteuropäische Niedriglohnarbeitnehmer eine enorme Konkurrenz für inländische Arbeitnehmer darstellen. Kritiker des Mindestlohnes halten mit dem Argument dagegen, dass sich ein Mindestlohn, sei es in spezifischen Bereichen oder allgemein, negativ auf die Beschäftigungslage auswirkt. Nimmt man den Arbeitsmarkt als Markt im volkswirtschaftlichen Sinne mit voll flexiblen Löhnen, würde sich im Idealfall ein aus Angebot und Nachfrage austarierter Gleichgewichtslohn bei Vollbeschäftigung entwickeln. Setzt man den Mindestlohn über dem Gleichgewichtslohn an, führt das in der Theorie zu einem Beschäftigungsrückgang. Diese Theorie ist allerdings wenig realitätsnah, weil sich der Arbeitsmarkt alles andere als vollkommen darstellt. Vielmehr ist es hilfreich sich an anderen, vergleichbaren Ländern zu orientieren, die bereits einen Mindestlohn eingeführt haben. So beispielsweise in den Vereinigten Staaten, im Vereinigten Königreich oder in Frankreich. Der Hauptteil der empirischen Studien konnte keine nachhaltigen negativen Beschäftigungseffekte mit der Einführung

---

<sup>115</sup> Vgl. Bofinger/Franz/Rürup et.al., Widerstreitende Interessen – Ungenutzte Chancen 2006, S.401 ff.

des Mindestlohnes in Zusammenhang bringen.<sup>116</sup> Mit dem neuen AEntG wurde bereits ein Schritt in Richtung „fairer Lohn für gute Arbeit“ getan, nun bleibt die weitere Entwicklung abzuwarten. Letztendlich sind die Effekte eines Mindestlohnes nicht direkt vorhersehbar. Sicher ist jedoch, dass der Mindestlohn – wie auch die anderen Arbeitnehmerschutzrechte – Vorteile für eine Partei, nämlich die Arbeitnehmer, bringt und auf der anderen Seite negative Auswirkungen für die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmer und die Arbeitsmarktsituation haben kann.

### **1.3 Arbeitnehmerbeteiligung und Arbeitskampfrecht**

Die Beteiligung an der Arbeitswelt ist für den Arbeitnehmer das zentrale Instrument, mit dem er Einfluss auf wichtige Arbeitsbedingungen ausüben kann. Die Struktur des Mitbestimmungs- bzw. Mitspracherechts gliedert sich in verschiedene Ebenen und ist in zwingenden gesetzlichen aber auch in untergesetzlichen Regelungen normiert.

#### **1.3.1 Die Beteiligung auf betrieblicher Ebene**

In der freien Wirtschaft findet die Beteiligung der Arbeitnehmer auf betrieblicher Ebene in Form von Mitsprache- oder Mitbestimmungsrechten des Betriebsrates statt. Durch das Betriebsverfassungsgesetz wird eine grundlegende Ordnung hinsichtlich der Zusammenarbeit von Betriebsrat und Arbeitgeber geschaffen. Nach § 1 I BetrVG kann ein Betriebsrat in Betrieben gewählt werden, in dem regelmäßig fünf wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt werden, von denen drei wählbar sein müssen. Im Gegensatz zum Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes, welches zwischen Voll- und Teilzeitkräften für die Erreichung des Schwellenwertes unterscheidet, stellt § 1 BetrVG lediglich auf die Köpfe der Arbeitnehmer ab, ohne zwischen Voll- und Teilzeit einerseits sowie Stamm- und Aushilfskräften andererseits zu differenzieren. Entscheidend ist die Frage, ob die Arbeitnehmer regelmäßig tätig sind.<sup>117</sup>

---

<sup>116</sup> Vgl. Bofinger/Franz/Rürup et al., Widerstreitende Interessen – Ungenutzte Chancen 2006, S. 408 ff.

<sup>117</sup> Engels/Fitting/Heither et al., Handkommentar zum BetrVG, 2006, Rn. 272.

Besteht ein Unternehmen aus mehreren Betriebsräten, so ist auf Unternehmens-ebene zwingend ein Gesamtbetriebsrat einzurichten. Der Zuständigkeitsbereich richtet sich nach der zu behandelnden Thematik und ist immer dann betroffen, wenn eine überbetriebliche Angelegenheit vorliegt oder er von mindestens einem Betriebsrat beauftragt wurde (§ 50 BetrVG). Bei Zuständigkeit ist das Betriebsverfassungsgesetz anzuwenden.<sup>118</sup> Ist ein Betriebsrat nach den Vorschriften der §§ 7 bis 20 BetrVG gewählt worden, gibt es soziale, personelle und wirtschaftliche Bereiche, in denen er unterschiedlich stark beteiligt wird.

Der Betriebsrat hat auf unterster Stufe ein *Informationsrecht* und muss beispielsweise bei der Einstellung eines leitenden Angestellten gemäß § 105 BetrVG rechtzeitig benachrichtigt werden. Die nächst höhere Beteiligungsebene ist das *Mitspracherecht* des Betriebsrates. Er muss in bestimmten Angelegenheiten angehört werden – so zum Beispiel bei der Kündigung eines Arbeitnehmers (§ 102 I BetrVG). Bei dieser Form bleibt die Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers jedoch unberührt. Das stärkste Recht räumt das Betriebsverfassungsgesetz dem Betriebsrat u. a. in den §§ 87 und 91 BetrVG ein. Danach hat der Betriebsrat in den im Gesetz genannten Fällen ein *Mitbestimmungsrecht*.<sup>119</sup>

Können sich Betriebsrat und Arbeitgeber nicht einigen, kann eine Einigungsstelle angerufen werden, deren Spruch die mangelnde Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ersetzt (Bsp.: § 87 II BetrVG).<sup>120</sup> Die Umsetzung insbesondere der in § 87 I BetrVG aufgeführten Regelungstatbestände und der Sprüche der Einigungsstelle wird durch eine zwischen dem Betriebsrat und Arbeitgeber schriftlich (§ 77 II BetrVG) geschlossene Betriebsvereinbarung erreicht.<sup>121</sup> Zu beachten ist, dass Arbeitsbedingungen, die in einem Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, nicht Regelungstatbestand einer Betriebsvereinbarung sein dürfen (§ 77 III 1 BetrVG). Erst wenn der Tarifvertrag eindeutig eine Regelung durch Betriebsvereinbarung zulässt (§ 77 III 2 BetrVG), ist das Günstigkeitsprinzip anzuwenden.<sup>122</sup>

---

<sup>118</sup> Vgl. Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, Rn. 862.

<sup>119</sup> Vgl. Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, Rn. 901 ff.

<sup>120</sup> Vgl. Schulte, Betriebsverfassung, Personalvertretung, Mitbestimmung, 2009, B V 1b.

<sup>121</sup> Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2008, S. 42.

<sup>122</sup> Vgl. Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, Rn. 992.

Folglich nimmt der Betriebsrat Einfluss auf alle mit der Arbeitswirklichkeit unmittelbar zusammenhängenden Faktoren und vertritt ferner die Arbeitnehmerseite sowie deren Interessen. Für den Unternehmer bedeuten die gesetzlichen Vorschriften des BetrVG eine inhaltliche Einschränkung des Eigentums (Art. 14 I 2 GG)<sup>123</sup>, die sich auf seine Entscheidungsfreiheit und die personalwirtschaftlichen Verfahrensabläufe auswirken. Letztendlich trägt die Einrichtung eines Betriebsrates und damit die bessere Berücksichtigung von Arbeitnehmerinteressen bei betrieblichen und unternehmerischen Entscheidungen auch zur Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen sowie zur Demokratie in der Wirtschaft bei.<sup>124</sup>

### **1.3.2 Die Beteiligung durch den Tarifvertrag**

Das effektivste Mittel, die essentiellen Interessen eines Arbeitnehmers durchzusetzen sind Tarifverhandlungen, die zu einem Abschluss eines Tarifvertrages führen. Ein Tarifvertrag wird zwischen einer tariffähigen Gewerkschaft und einem Arbeitgeberverband oder einem einzelnen Arbeitgeber geschlossen (§ 2 I TVG) und findet seine rechtlichen Grundlagen, Bestimmungen und Voraussetzungen in dem TVG. „Nach der Rechtsprechung des BAG ist eine Gewerkschaft – zusammenfassend – eine auf freiwilliger Basis errichtete Vereinigung von Arbeitnehmern, die als satzungsgemäße Aufgabe den Zweck der Wahrnehmung und Förderung jedenfalls auch der wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder verfolgt, die gegnerfrei, in ihrer Willensbildung strukturell unabhängig von Einflüssen Dritter und auf überbetrieblicher Grundlage organisiert ist und die rechtliche Fähigkeit besitzt, die Arbeitsbedingungen ihrer Mitglieder tarifvertraglich mit normativer Wirkung zu regeln.“<sup>125</sup> Dem einzelnen Arbeitnehmer steht durch Art. 9 III GG positive sowie negative Koalitionsfreiheit zu.<sup>126</sup> Weiter wird auch die Gewerkschaft selbst durch Art. 9 III GG geschützt, ist begrifflich jedoch nicht mit der Koalition gleichzustellen. In den Schutzbereich des Art. 9 III

---

<sup>123</sup> Vgl. Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, Rn. 832.

<sup>124</sup> Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2008, S. 9.

<sup>125</sup> Berg/Platow/Schoof et al., TVG Basiskommentar, 2008, § 2 Rn. 3.

<sup>126</sup> Vgl. oben: Kap. II, 1.2.1.



GG fallen auch Koalitionen, die jedoch keine Gewerkschaften darstellen. Sozialer Verhandlungsgegner ist ein einzelner Arbeitgeber – wobei der Arbeitgeberbegriff des § 1 TVG dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Begriff entspricht<sup>127</sup> – oder ein tariffähiger Arbeitgeberverband, der regelmäßig aus einem Zusammenschluss von Arbeitgebern einer bestimmten Branche besteht.<sup>128</sup>

Der Tarifvertrag ist nicht nur ein notwendiges Instrument für den Arbeitnehmer trotz Machtungleichgewicht, seine Interesse durchsetzen zu können,<sup>129</sup> sondern erfüllt zudem eine Reihe anderer Funktionen, die auch dem allgemeinen, öffentlichen, staatlichen und unternehmerischen Wohle dienen.

Die primäre Funktion ist gewiss die *Mindest- und Schutzfunktion*. Der Tarifvertrag regelt humane Arbeitsbedingungen wie ein gerechtes Entgelt, Urlaubsanspruch und Arbeitszeiten und stellt aufgrund der Unabdingbarkeit seiner Regelungen gleichzeitig einen verbindlichen Mindestschutz an Arbeitsbedingungen auf. Ferner entfaltet der Tarifvertrag eine *Verteilungsfunktion*, indem er den Beschäftigten einen fairen Anteil an den von ihnen erarbeiteten Werten und an dem Volkseinkommen gewährt. Weiter obliegt dem Tarifvertrag eine *Ordnungs- und Orientierungsfunktion*. So herrscht bei den Beteiligten Rechtssicherheit im Hinblick auf die Arbeitsbedingungen, weil diese durch den Tarifvertrag überschaubar und vor allem stabil geregelt sind. Der Tarifvertrag ist zudem auch für viele Beschäftigte von Bedeutung, die nicht Mitglied in einer Gewerkschaft sind, weil entweder im Arbeitsvertrag Bezugsklauseln auf den im Unternehmen geltenden Tarifvertrag vereinbart werden oder sich der Arbeitnehmer aufgrund betrieblicher Übung auf Regelungen des Tarifvertrags berufen kann. Eine auch für den Unternehmer vorteilhafte Funktion ist die *Friedensfunktion*. Während der Laufzeit eines Tarifvertrages darf zur Veränderung der Arbeitsbedingungen nicht gestreikt werden. Der Vorteil für das Unternehmen liegt hier vor allem in der Berechenbarkeit der Arbeitskosten für einen längeren Zeitraum. Weiter erfüllt der Tarifvertrag eine *ökonomische oder Kartellfunktion*, sofern er einheitliche Löhne mehrerer Unternehmen innerhalb

---

<sup>127</sup> Definition des Arbeitgeberbegriffes siehe oben: Kap. II, 2.

<sup>128</sup> Vgl. Berg/Platow/Schoof et al., TVG Basiskommentar, 2008, § 2 Rn. 43 ff.

<sup>129</sup> Vgl. oben: Kap. III, 3.

eines Bereiches oder einer Branche festsetzt. Die Unternehmen werden so gezwungen, den Wettbewerb mit Hilfe von Innovation, Qualität oder Produktivität auszutragen, anstatt durch sinkende Arbeitskosten oder sogar Lohndumping. Letztendlich hat der Tarifvertrag eine *Entlastungsfunktion* inne. Durch die Tarifautonomie – ebenfalls grundrechtlich durch Art. 9 III GG geschützt – ist der Staat gewollt und auch gezwungen, sich aus den Lohnverhandlungen herauszuhalten, was ihn davon befreit im Gegensatz zum Tarifvertrag unflexible Gesetze zu erlassen.<sup>130</sup> Die Tarifautonomie prägt das Arbeitsrecht in seiner ganzen Gesamtheit und ist durch die Zurückhaltung des Staates und der Eigenverantwortung der Tarifvertragsparteien bestimmt. Der Gesetzgeber hat lediglich das Recht Rahmenbedingungen, also die Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien, gesetzlich zu normieren und den wirtschaftlichen sowie sozialen Gegebenheiten anzupassen, um als Sozialstaat einwirken zu können. Durch die Tarifautonomie wird die Unabdingbarkeit der Tarifregelungen grundrechtlich geschützt und die Unterlegenheit des Arbeitnehmers ausgeglichen, was darauf hindeutet, dass die Tarifautonomie eine Ausformung des Sozialstaates ist und primär dem Schutz der Arbeitnehmer dient.<sup>131</sup>

Für den Arbeitgeber heißt die Tarifautonomie eine starke Einschränkung der unternehmerischen Freiheit und des Eigentumsrechts aus Art. 14 GG. Es ist ihm aufgrund des Tarifvorbehalts verboten, gerade für ihn relevante Bestimmungen des geltenden Tarifvertrags durch ungünstigere individualrechtliche Vereinbarungen zu unterlaufen. Er ist somit gezwungen, die Arbeitnehmer unter vorgegebenen Bedingungen zu beschäftigen, welche sich nicht flexibel an die Wirtschaftslage anpassen lassen.

### **1.3.3 Das Recht zum Arbeitskampf**

Meistens gelingt es den Tarifvertragsparteien durch Verhandlungen, einen Tarifvertrag abzuschließen. Gelingt dies jedoch nicht, bedarf es eines Druckmittels seitens der Gewerkschaft. Der Streik ist ein Mittel, das die Überlegenheit der Unternehmen abmildern und die einseitige Festlegung der Arbeits- und

---

<sup>130</sup> Vgl. Berg/Platow/Schoof et al., TVG Basiskommentar, 2008, Einleitung Rn. 17 ff.

<sup>131</sup> Vgl. Berg/Platow/Schoof et al., TVG Basiskommentar, 2008, Einleitung Rn. 64 ff.

Wirtschaftsbedingungen verhindern soll.<sup>132</sup> Obwohl Art. 9 III GG eine institutionelle Garantie des auf den Abschluss eines Tarifvertrages gerichteten Streiks enthält,<sup>133</sup> wurde das Arbeitskampfrecht bis jetzt noch nicht gesetzlich normiert, sondern durch die Rechtsprechung begrenzt und ausgelegt.<sup>134</sup>

Die Anforderungen an die Rechtmäßigkeit eines Streikes, kann man somit von der Rechtsprechung und den grundsätzlichen Überlegungen der Wissenschaft ableiten.

Der Streik ist nur rechtmäßig, wenn er auf **Abschluss eines Tarifvertrages** abzielt, was dazu führt, dass nur tariffähige Koalitionen einen Streik austragen dürfen und auch nur dann, wenn es um tariflich regelbare Bedingungen geht. Der nicht von einer Gewerkschaft getragene so genannte „wilde“ Streik ist deshalb rechtswidrig, weil der Streikende kein Tarifvertrag abschließen kann.<sup>135</sup> Wenn ein „wilder“ Streik nachträglich von einer Gewerkschaft übernommen wird, so erlangt er nach Ansicht des BAG rückwirkend Wirksamkeit.<sup>136</sup> Strittig ist, ob der sog. Solidaritätsstreik zulässig ist. Er wird zur Unterstützung eines anderen Arbeitskampfes durchgeführt. Zwischen den Arbeitgebern oder Arbeitgeberverbänden sollte eine Verbindung räumlicher, branchenmäßiger, personeller, rechtlicher oder wirtschaftlicher Art bestehen, was meistens bei Konzernen oder engen Kundenbeziehungen der Fall ist. Eine Ansicht hält den Solidaritäts-, Sympathie- oder Unterstützungsstreik schon deshalb für rechtswidrig, weil er nicht auf den Abschluss eines Tarifvertrages abzielt und der betroffene Arbeitgeber nicht in der Lage ist, die Forderungen zu erfüllen.<sup>137</sup> Eine andere Ansicht sieht den traditionellen Unterstützungsstreik als rechtmäßig an, weil die Einflussmöglichkeiten der Unternehmen in der Wirtschafts- und Arbeitsrealität gegeben sind und der Solidaritätsstreik durchaus eine mittelbare Wirkung auf tarifliche Regelungen entfalten kann und somit auch durch Art. 9 III GG

---

<sup>132</sup> Vgl. Berg/Platow/Schoof et al., Arbeitskampfrecht, 2008, Rn. 3.

<sup>133</sup> BVerfG vom 26.06.1991 – 1 BvR 779/85.

<sup>134</sup> Vgl. Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn. 590.

<sup>135</sup> BAG vom 20.12.1963 – 1 AZR 428/62.

<sup>136</sup> BAG vom 20.12.1963 – 1 AZR 428/62; BAG vom 21.10.1969 – 1 AZR 93/68.

<sup>137</sup> Vgl. Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, 1982, Rn. 142 ff.

schutzwürdig ist.<sup>138</sup> Die Rechtsprechung hat in verschiedenen Zeiten divers geurteilt. Zunächst wurden Solidaritätsstreiks als regelmäßig unzulässig angesehen.<sup>139</sup> Das Ministerkomitee des Europarats hat 1998 festgestellt, dass die Beschränkung des Streiks auf tarifliche Ziele nicht mit Art. 6 Nr. 4 der ESC zu vereinbaren ist.<sup>140</sup> Neuerdings hat das BAG die Solidaritätsstreike für grundsätzlich zulässig erklärt.<sup>141</sup>

Ein zulässiger rechtmäßiger Streik darf ferner **nicht während der Friedenspflicht** aus einem bestehenden, gültigen Tarifvertrag geführt werden. Das BAG sieht die Friedenspflicht als immanente Vereinbarung des schuldrechtlichen Teils – unabhängig davon, ob sie explizit vereinbart wurde.<sup>142</sup>

Weiter unterliegt ein Streik dem **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** („Ultima Ratio-Prinzip“) und muss somit unter Abwägung grundrechtlicher Interessen Betroffener nach Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit überprüft werden.<sup>143</sup> *Geeignet* ist das Kampfmittel, wenn es den gewünschten Erfolg zumindest fördert. Das ist bei einem tariflichen Streik regelmäßig der Fall und kann nur verneint werden, wenn der Streik offensichtlich ungeeignet ist.<sup>144</sup> *Erforderlich* wird der Streik, wenn der Gewerkschaft kein milderes Mittel zur Erreichung ihres Ziels zur Verfügung steht. Die herrschende Meinung sieht einen Streik dann als erforderlich an, wenn die Gewerkschaft die Verhandlungsmöglichkeiten ausgeschöpft hat und zu dem Schluss gekommen ist, dass weitere Verhandlungen nicht das gewünschte Ergebnis erzielen würden.<sup>145</sup> „Verhältnismäßig im engeren Sinne (proportional) ist ein Arbeitskämpfungsmittel, das sich unter hinreichender Würdigung der grundrechtlich gewährleisteten Betätigungsfreiheit zur Erreichung des angestrebten Kampfziels unter Berücksichtigung der Rechtspositionen der von der Kampfmaßnahme unmittelbar und mittelbar Betroffenen als *angemessen* darstellt.“<sup>146</sup> Im Vergleich zu den Kriterien der Geeignetheit und Erforderlichkeit, haben die Koalitionen hier keine Einschätz-

---

<sup>138</sup> Vgl. Berg/Platow/Schoof et al., Arbeitskämpfungrecht, 2008, Rn. 90.

<sup>139</sup> BAG vom 05.03.1985 – 1 AZR 468/83.

<sup>140</sup> Vgl. Berg/Platow/Schoof et al., Arbeitskämpfungrecht, 2008, Rn. 89 ff.

<sup>141</sup> BAG vom 19.06.2007 – 1 AZR 396/06.

<sup>142</sup> BAG vom 08.02.1957 – 1 AZR 338/55.

<sup>143</sup> BAG vom 19.06.2007 – 1 AZR 396/06.

<sup>144</sup> Vgl. Berg/Platow/Schoof et al., Arbeitskämpfungrecht, 2008, Rn. 74 a.

<sup>145</sup> Vgl. Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, Rn. 295.

<sup>146</sup> Berg/Platow/Schoof et al., Arbeitskämpfungrecht, 2008, Rn. 74 c.

ungsprärogative, d. h. hier sind sie gezwungen eine rechtliche Abwägung vorzunehmen und haben keinen Beurteilungsspielraum, ob die Arbeitsk Kampfmaßnahme angemessen ist.<sup>147</sup>

Wichtigster Grundsatz und Voraussetzung für das effektive Arbeitsk Kampfrecht, ist die **Kampfparität** – gemeint ist die Waffengleichheit – der Verhandlungsparteien. Das Tarifvertragssystem zielt auf einen angemessenen Ausgleich der kontroversen Interessen ab, was bei einem einseitigen Arbeitsk Kampfrecht unmöglich erscheint.<sup>148</sup> Bei einem Streik hat das Gebot der Kampfparität kaum eine Relevanz, weil das BAG die Unterlegenheit der Arbeitnehmer unterstellt.<sup>149</sup>

Als Gegengewicht zum Streikrecht hat das BAG die Aussperrung seitens des Arbeitgebers begrenzt zugelassen. Durch die Aussperrung wird den Arbeitnehmern das Arbeiten verboten und damit die existentielle Grundlage entzogen. Das BAG hat die Aussperrung grundsätzlich nur in Fällen der Reaktion auf einen Streik zugelassen und auch nur in einem bestimmten Umfang. Sie darf nicht zur Durchsetzung der Arbeitgeber-Interessen verwendet werden.<sup>150</sup> Zu Recht kritisieren Berg, Platow, Schoof und Unterhinninghofen die Zulassung der Aussperrung. Es scheint ein Paradoxon zu sein, die vom BAG unterstellte Unterlegenheit der Arbeitnehmer durch das Streikrecht ausgleichen zu wollen, um dann dem Unternehmer ein Instrument in die Hand zu legen, mit dem von neuem ein Machtungleichgewicht hergestellt werden kann.<sup>151</sup> Der Streik verliert an Effekt und Bedeutung, wenn der Arbeitgeber ihm mit einer Aussperrung entgegenwirken kann.

Die Folgen eines Streikes sind für den Unternehmer keine geringen. Durch die Arbeitsniederlegung können Aufträge nicht eingehalten werden. Durch die Vernetzung der Unternehmen untereinander kann bei einem Ausfall eines bestreikten Lieferanten die Produktion eines anderen Betriebes ins Stocken geraten. Im schlimmsten Fall springen Kunden ab, weil der reibungslose

---

<sup>147</sup> Vgl. Berg/Platow/Schoof et al., Arbeitsk Kampfrecht, 2008, Rn. 74 c.

<sup>148</sup> Vgl. Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn. 609.

<sup>149</sup> BAG vom 10.06.1980 – 1 AZR 622/79.

<sup>150</sup> Vgl. Berg/Platow/Schoof et al., Arbeitsk Kampfrecht, 2008, Rn. 160 ff.

<sup>151</sup> Vgl. Berg/Platow/Schoof et al., Arbeitsk Kampfrecht, 2008, Rn. 84.

Produktionsablauf und damit einhergehend die Kundenzufriedenheit sehr von der Zuverlässigkeit von Lieferanten abhängt. Insbesondere vor dem Hintergrund der Wirtschaftskrise kann und darf es sich kein Unternehmen leisten, Kunden zu verlieren. Ein Streik bedeutet für den Unternehmer Imageverlust und Rückgang der Wettbewerbsfähigkeit.

Man darf die Intention des Streikrechts jedoch nicht aus den Augen verlieren: Ohne das Streikrecht hätten die Gewerkschaften kein Druckmittel, ihnen blieben nur die Verhandlungen. Der strukturell überlegene Arbeitgeber müsste den Forderungen nicht nachgeben und könnte die Arbeitsbedingungen nahezu einseitig festlegen.

#### **1.4 Mutterschutz**

Die Mutter genießt in Deutschland einen in Art. 6 IV GG bestimmten grundrechtlichen Schutz. Danach hat jede Mutter Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft. Der Gesetzgeber hat diese Grundrechtsnorm durch das MuSchG konkretisiert.

Das Gesetz stellt keine großen Anforderungen an sachliche oder persönliche Faktoren hinsichtlich des Anwendungsbereiches. Es ist vielmehr in allen Betrieben und Verwaltungen, einschließlich des öffentlichen Dienstes, anzuwenden, unabhängig davon, welcher Wirtschaftssektor oder –zweig tangiert ist, sofern die Frau aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages beschäftigt ist. Damit werden Beamtinnen und Soldatinnen vom Geltungsbereich ausgeschlossen, weil diese durch ein Dienst- und Treueverhältnis gegenüber ihrem Dienstherrn verpflichtet sind. Ferner gilt es für in der Bundesrepublik arbeitende Ausländerinnen oder Grenzgängerinnen, für Teilzeitbeschäftigte, für unständig Beschäftigte, für Praktikantinnen, für Beschäftigte in einem Ausbildungsverhältnis aller Art etc. Dabei ist es irrelevant, ob die Beschäftigte sozialversicherungspflichtig ist, ob sie verheiratet oder ledig ist, wie alt sie und wie hoch ihr Einkommen ist. Entscheidend ist lediglich die Tatsache, dass ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Auch ein faktisches Arbeitsverhältnis genügt, um in den Anwendungsbereich des Mutterschutzgesetzes zu fallen. Entscheidendes Kriterium für das Vorliegen eines (faktischen) Arbeitsverhältnisses, ist das der

persönlichen – nicht wirtschaftlichen – Abhängigkeit zum Arbeitgeber. Damit wird das Arbeitsverhältnis gegenüber freiberuflich Tätigen, die aufgrund eines selbstständigen Dienstverhältnisses arbeiten, abgegrenzt. Somit gilt das Mutterschutzgesetz beispielsweise nicht für Schriftstellerinnen, Ärztinnen oder Rechtsanwältinnen.<sup>152</sup> Der Umfang des Schutzbereichs spiegelt die enorme Bedeutung des Gesetzes wider.

Nach § 3 I MuSchG darf die werdende Mutter nicht beschäftigt werden, soweit nach ärztlichem Zeugnis Leben oder Gesundheit von Mutter oder Kind bei fortdauernder Beschäftigung gefährdet ist. Dieses individuelle Beschäftigungsverbot kann der Arzt entweder ganz oder partiell aussprechen und darf auch mit dem Einverständnis der Frau nicht unterlaufen werden.<sup>153</sup> Allerdings muss die Frau sich mit einer Umsetzung einverstanden erklären, wenn die Gefahren dadurch beseitigt werden können.<sup>154</sup> Sechs Wochen vor der Entbindung besteht nach § 3 II MuSchG ein generelles Beschäftigungsverbot, das jedoch keine absolute Schutzfrist darstellt. Mit jederzeit widerruflichem Einverständnis darf die werdende Mutter während dieser Zeit weiterarbeiten.<sup>155</sup> Nach der Entbindung besteht nach § 6 I MuSchG ein Beschäftigungsverbot bis zum Ablauf von acht Wochen, wobei sich dieses bei Früh- oder Mehrlingsgeburten um vier Wochen verlängert. Während dieser Beschäftigungsverbote wird das Entgelt in voller Höhe weitergewährt (§ 11 MuSchG). Ferner besteht ein Kündigungsrecht gemäß § 9 MuSchG während der Schwangerschaft und bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung.<sup>156</sup>

Das Mutterschutzgesetz ist seiner Natur nach ein protektionistisches Gesetz, welches sicherstellen soll, dass Frauen an der Arbeitswelt teilhaben können, ohne aufgrund ihrer biologischen Prädestination benachteiligt zu werden. Die Beschäftigungsverbote und die damit zusammenhängenden Lohnfortzahlungspflichten für den Arbeitgeber haben für ihn primär finanzielle Folgen. Die

---

<sup>152</sup> Vgl. Marburger, Schwangerschaft, Mutterschaft, Elternzeit, S. 11 ff.

<sup>153</sup> Vgl. Marburger, Schwangerschaft, Mutterschaft, Elternzeit, S. 19.

<sup>154</sup> BAG vom 15.11.2000 – 5 AZR 365/99.

<sup>155</sup> Vgl. Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn. 260.

<sup>156</sup> Vgl. Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, Rn. 152.

Aufgaben der Frau müssen während ihren Ausfallzeiten entweder durch Kollegen oder durch eine neu eingestellte Vertretung übernommen werden. Letzteres hat eine Doppelbelastung von Lohnzahlung und sozialversicherungsrechtlichen Pflichten des Unternehmers zur Folge. Auch hier muss eine Einschränkung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit festgestellt werden. Ferner wird hier der Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“ und einhergehend damit auch das Gegenseitigkeitsverhältnis des Dienstvertrages aus § 611 BGB unterlaufen. Die Wechselwirkung des Mutterschutzgesetzes mit der Begrenzung des Fragerechts bei Einstellung durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (§ 7 I AGG) birgt die Gefahr von Einstellungshemmungen gegenüber jungen Frauen. Nach der Ansicht des BAG ist die Frage nach einer bestehenden Schwangerschaft oder der Familienplanung nicht zulässig und kann von der Bewerberin wissentlich falsch beantwortet werden.<sup>157</sup> Der Gesetzgeber hat an dieser Stelle einen Ausgleichsversuch statuiert. Mit dem Aufwendungsausgleichsgesetz vom 22.12.2005 erhalten alle Arbeitgeber im Rahmen des U 2-Verfahrens gegen Zahlung von Umlagebeiträgen die volle Erstattung des gezahlten Zuschusses zum Mutterschaftsgeld, des Arbeitsentgeltes während des Beschäftigungsverbot und der daraus resultierenden Sozialversicherungsbeiträge erstattet (§ 1 II AAG). Die Begründung dieser Regelung ist durch das BVerfG beauftragt worden, weil es die Motivation der Arbeitgeber hinsichtlich der bevorzugten Einstellung männlicher Arbeitnehmer befürchtete und die alte Fassung damit gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 II GG verstoßen hat.<sup>158</sup>

Der Schutz, den das Mutterschutzgesetz bietet darf auf keinen Fall angetastet werden. Er ist aus Sicht der Arbeitnehmerinnen sowie aus politischer Sicht notwendig, um Familie und Arbeit miteinander in Einklang zu bringen. Die Frauen streben heutzutage nach beruflicher Unabhängigkeit und stellen die Familienplanung nicht selten in den Hintergrund. Ohne die Fürsorge(-pflicht) der Gemeinschaft für Mütter würde der Kinderwunsch der Karriere unterliegen. Eine Tatsache, die sich negativ auf die ohnehin schon niedrige Geburtenrate auswirken könnte und deshalb politisch nicht zu vertreten wäre.

---

<sup>157</sup> BAG vom 06.02.2003 – 2 AZR 621/01.

<sup>158</sup> BVerfG vom 18.11.2003 – 1 BvR 302/96; Vgl. Schmitt, EFZG, C Teil 1 Rn. 1 ff.



## 1.5 Entgeltfortzahlungspflicht des Arbeitgebers

Mit dem Entgeltfortzahlungsgesetz vom 26.05.1994 wurden die Entgeltfortzahlungspflichten an Feiertagen und im Krankheitsfall erstmals einheitlich für alle Arbeitnehmer der Bundesrepublik Deutschland geregelt.<sup>159</sup> Die Regelungen gelten für Arbeitnehmer im Sinne des Entgeltfortzahlungsgesetzes, also für Arbeiter und Angestellte sowie für die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten (§ 1 II EFZG), wobei der Arbeitnehmerbegriff weiter durch die im Arbeitsrecht allgemein übliche Definition bestimmt wird.<sup>160</sup> Nach § 2 I EFZG hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Entgeltfortzahlung, wenn die Arbeitszeit in Folge eines gesetzlichen Feiertages – als alleinige Ursache – ausfällt. Die Höhe bemisst sich nach dem so genannten Entgeltausfallprinzip: Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf das Entgelt, das er aufgrund seiner Arbeitsleistung ohne den Feiertag erhalten hätte.<sup>161</sup>

Neben der Zugehörigkeit zum Anspruchsberechtigten Personenkreis setzt die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nach § 3 I EFZG voraus, dass der Arbeitnehmer durch Arbeitsunfähigkeit infolge von Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert ist, und zwar ohne dass ihn ein Verschulden trifft. Erst durch Erfüllung dieser Voraussetzungen erwirbt er den Anspruch auf Entgeltfortzahlung bis zu der Dauer von sechs Wochen. „Als *Krankheit* kommt jeder regelwidrige Körper- oder Geisteszustand in Betracht, sofern der Arbeitnehmer selbst betroffen ist; [...]“<sup>162</sup> *Arbeitsunfähigkeit* liegt dann vor, wenn die Tätigkeit objektiv zur Verschlechterung der Krankheit beiträgt oder die Tätigkeit durch den Arbeitnehmer gar nicht ausgeführt werden kann.<sup>163</sup> Weiter besteht auch eine Arbeitsunfähigkeit, wenn die Gefahr der Ansteckung für Dritte besteht.<sup>164</sup> Die Arbeitsunfähigkeit muss zudem *vom Arbeitnehmer unverschuldet sein*. Das BAG hat einen von § 276 I 1 BGB abweichenden Verschuldensbegriff

---

<sup>159</sup> Vgl. Schmitt, EFZG, Teil 1 Rn. 1.

<sup>160</sup> Vgl. oben: Kap. II, 2.

<sup>161</sup> Vgl. Schmitt, EFZG, § 2 Rn. 24 ff.

<sup>162</sup> Schmitt, EFZG, § 3 Rn. 49.

<sup>163</sup> Vgl. Kunz/Wedde, Entgeltfortzahlungsrecht, Kommentar, § 3 Rn. 44.

<sup>164</sup> Vgl. Kunz/Wedde, Entgeltfortzahlungsrecht, Kommentar, § 3 Rn. 55.

entwickelt. Es bedarf hiernach ein Verschulden gegen sich selbst. Ein solches Verschulden ist gegeben, wenn der Arbeitnehmer gröblich gegen das von einem verständigen Menschen im eigenen Interesse zu erwartenden Verhalten verstößt und es darüber hinaus unbillig wäre, die Folgen des Verstoßes auf den Arbeitgeber abzuwälzen.<sup>165</sup> Das Verschulden wird nur bejaht, wenn der Arbeitnehmer grob fahrlässig oder vorsätzlich gehandelt hat und findet in der Praxis nur in Extremfällen Relevanz. Letztendlich muss bei der Frage, ob grobes Verschulden vorliegt, der Einzelfall und alle anderen Umstände zur Abwägung herangezogen werden.<sup>166</sup> Bejaht worden ist beispielsweise ein Verschulden an der Arbeitsunfähigkeit wegen eines Verkehrsunfalls durch abgefahrene Reifen.<sup>167</sup>

Insbesondere die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall ist für den Arbeitnehmer ein notwendiges Recht hinsichtlich der Sicherheit seines Verdienstes. Es wäre verheerend, wenn der Arbeitnehmer während einer Krankheit auf seinen Lohn verzichten müsste, in Anbetracht der Tatsache, dass er beispielsweise eine Unterhaltspflicht für seine Familie oder anderweitige Verpflichtungen hat. Ebenso wenig kann die Krankenfürsorge auf den Sozialstaat abgewälzt werden, dafür stehen keinerlei Mittel zur Verfügung.

Wie bei der Entgeltfortzahlung im Mutterschutzrecht verstößt das Entgeltfortzahlungsrecht gegen das Prinzip „ohne Arbeit kein Lohn“, was allerdings durch das Aufwendungsausgleichsgesetz versucht wird, auszugleichen. Nach § 1 I AAG werden zumindest kleine bis mittlere Unternehmer, die regelmäßig nicht mehr als 30 Arbeitnehmer beschäftigen von der enormen finanziellen Belastung der Entgeltfortzahlung und Sozialversicherungsbeiträge befreit. Sie bekommen nunmehr die Aufwendungen gegen Zahlung einer Umlage – normiert in § 7 II AAG, danach ein Prozentsatz vom Bruttogehalt – von den jeweiligen Krankenkassen der Arbeitnehmer erstattet.<sup>168</sup> Für vorgenannte Klein- und Mittelunternehmen ist das Aufwendungsausgleichsgesetz zumindest hilfreich

---

<sup>165</sup> BAG vom 01.06.1983 – 5 AZR 536/80.

<sup>166</sup> Vgl. Schmitt, EFZG, § 3 Rn. 116.

<sup>167</sup> Vgl. Schmitt, EFZG, § 3 Rn. 153.

<sup>168</sup> Vgl. Schmitt, AAG, Teil 1 Rn. 1 ff.

in Hinsicht auf die Berechenbarkeit der Kosten, da die Umlage bereits bei Einstellung eines Arbeitnehmers mit einkalkuliert werden kann. Bei Unternehmen, die mehr als 30 Arbeitnehmer beschäftigen ist die Entgeltfortzahlungspflicht im Krankheitsfall eine finanzielle Belastung, die nur begrenzt absehbar ist.

Die Gefahr der Entgeltfortzahlung liegt in dem möglichen Missbrauch durch die Arbeitnehmer. In der offiziellen Krankenstatistik, die lediglich die Krankenschreibungen berücksichtigt, ist der Krankenstand bis zum Jahr 2004 sichtlich auf ca. 3,4 % gesunken (siehe Abb. 3). Bis zum Jahr 2006 sank er weiter auf das Rekordtief von 3,1 %.<sup>169</sup>

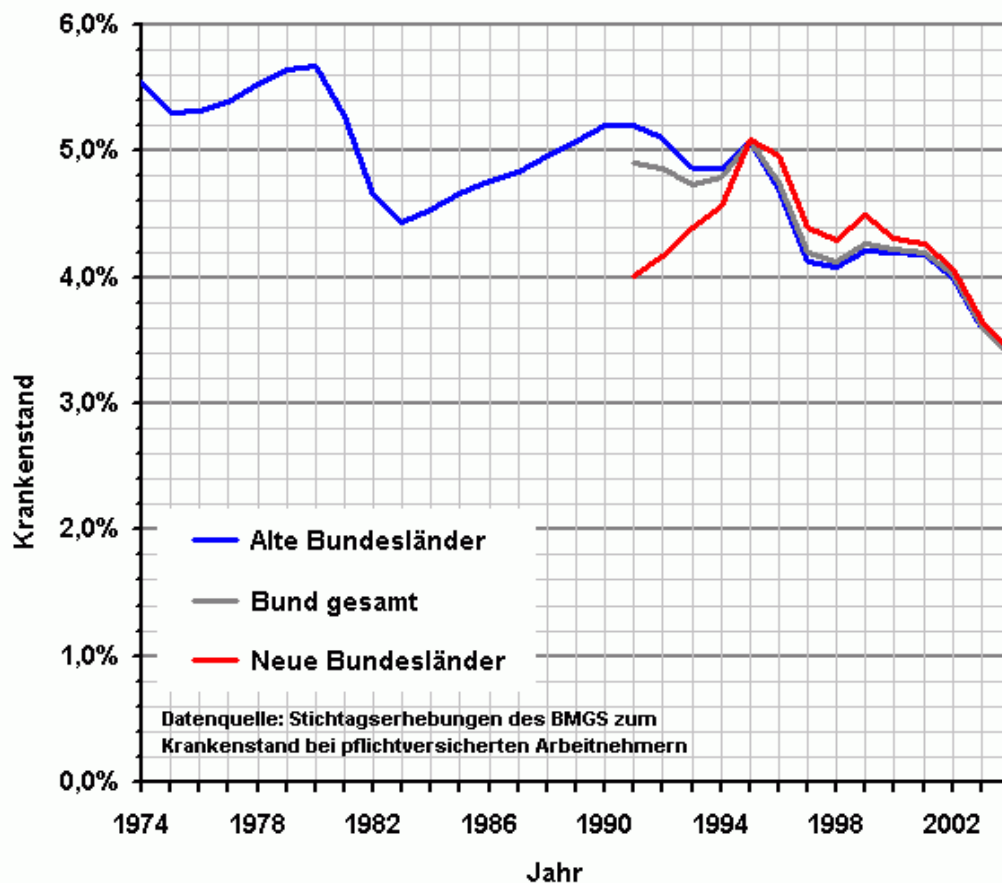


Abbildung 8: Krankenstand in Deutschland 1974-2004<sup>170</sup>

<sup>169</sup> Vgl. <http://www.iab.de/156/section.aspx>

<sup>170</sup> [http://de.wikipedia.org/w/index.php?title=Datei:Krankenstand\\_Deutschland\\_1974\\_2004.gif&filetimestamp=20051101222802](http://de.wikipedia.org/w/index.php?title=Datei:Krankenstand_Deutschland_1974_2004.gif&filetimestamp=20051101222802)

Unter den Fehlzeiten werden alle Tage erfasst, an denen nach eigenen Angaben krankheitsbedingt nicht gearbeitet wurde. Der kontinuierliche Krankenstand spiegelt sich in den Fehlzeiten nicht wider, da jene in den letzten Jahren weitestgehend gleich geblieben sind. Diese Tatsache lässt darauf schließen, dass die Fälle kurzen, krankheitsbedingten Fernbleibens zugenommen haben müssen. Die Arbeitgeberverbände interpretieren diese Entwicklung als Eindämmung des „Krankfeierns“, während Gewerkschaften den niedrigen Krankenstand darauf zurückführen, dass die Arbeitnehmer trotz krankheitsbedingter Ausfallerscheinungen aus Furcht vor Arbeitsplatzverlust ihrer Beschäftigung nachgehen.<sup>171</sup>

Zusammenfassend liegt die Entgeltfortzahlung im Interesse der Arbeitnehmer und ist eine vom Gesetzgeber geschaffene Regelung, die die sozialstaatlichen Merkmale des Arbeitsmarktes unterstreicht.

## **2. Instrumente zugunsten des unternehmerischen Handelns des Arbeitgebers**

Für den Arbeitgeber bedeuten die vorhergehend erörterten Instrumente zugunsten des Arbeitnehmers teilweise große Belastungen. Der Gesetzgeber hat das erkannt und ihm Möglichkeiten geschaffen, manchen Verpflichtungen entgegenzuwirken oder sie zu umgehen. Zwar sind mit der Anwendung der folgenden Regelungen zumeist strenge Anforderungen verbunden, so dass sie nur zum Einsatz kommen dürfen, wenn es wirklich notwendig erscheint. Problematisch wird es jedoch dann, wenn der Unternehmer die Instrumente wissentlich zum Zwecke einsetzt, den Arbeitnehmerschutz zu unterlaufen. Erörterungsbedürftig erscheint zunächst der Zweck der Instrumente, welche wirtschaftlichen Ziele damit verfolgt werden sollen und wie sie sich letztendlich auswirken.

### **2.1 Die Befristung von Arbeitsverträgen**

Das TzBfG geht wie die Rechtsprechung und das ersetzte BeschFG von einer Zweiteilung der Befristungen aus. Danach hat der Arbeitgeber die Möglichkeit

---

<sup>171</sup> Andersen/Grabka/Schwarze, Datenreport 2006, S. 469 f.

nach § 14 II TzBfG ohne Sachgrund zu befristen, während der Regelfall jedoch die Befristung mit Sachgrund nach § 14 I TzBfG darstellt. Die sog. erleichterte Befristung (Befristung ohne Sachgrund) soll den Unternehmer bei schwankender Markt- und Auftragslage bei Neueinstellungen unterstützen. Ferner könnte das befristete Arbeitsverhältnis als „Brückenfunktion“ zum unbefristeten Vertrag führen. Letzteres ist jedoch sehr umstritten in Anbetracht der Tatsache, dass das Befristungsrecht dahingehend missbraucht werden kann, als der Arbeitgeber aufgrund der problemlosen Beendigung überwiegend befristete Arbeitsverhältnisse anbietet.<sup>172</sup> Dem Missbrauchsgedanken sind jedoch europarechtlich und damit einhergehend auch national Grenzen gesetzt. Durch § 5 der zur EG-Richtlinie 1999/70/EG als Anlage beigefügten Rahmenbedingungen wurde eine nationale Regelung gefordert, die den Missbrauch durch aufeinander folgende Befristungen ausschließt. Durch § 14 II TzBfG wurden diese Rahmenbedingungen eingehalten und ausgefüllt.<sup>173</sup> Danach darf der sachgrundlose Befristungsvertrag nur bis zur Dauer von maximal zwei Jahren vereinbart und innerhalb dieses Zeitraumes lediglich bis zu drei Mal verlängert werden.

Die in § 14 I TzBfG genannten Gründe für eine Befristung sind schon nach dem Wortlaut („insbesondere“) nicht abschließend aufgezählt. Es sind weiter sachliche Gründe denkbar, die zum größten Teil bereits von der Rechtsprechung anerkannt worden sind.<sup>174</sup>

Thematisch wichtig ist an dieser Stelle der Befristungsgrund des vorübergehenden Bedarfes (§ 14 I 2 Nr. 1 TzBfG). Nach ständiger Rechtsprechung reicht das Argument der größeren Flexibilität hinsichtlich Bedarfsschwankungen durch befristete Verträge nicht aus.<sup>175</sup> Vielmehr muss der Arbeitgeber eine hinreichende Prognose darüber erstellen, wie lang und wie viel er einen Mehrbedarf an Personal haben wird. Erst wenn die Ereignisse tatsächlich eingetreten sind, wird die Richtigkeit der Prognose unterstellt.<sup>176</sup> Die strengen Anforderungen an diesen Sachgrund soll die willkürliche Befristung durch den Arbeitgeber verhindern, ohne sich vorher tatsächlich mit den Wirtschafts- und Kosten- und

---

<sup>172</sup> Vgl. Lakies, *Befristete Arbeitsverträge*, Rn. 189.

<sup>173</sup> Vgl. Lakies, *Befristete Arbeitsverträge*, Rn. 15 f.

<sup>174</sup> Vgl. Grundmann, *Befristung und Teilzeit*, S. 33.

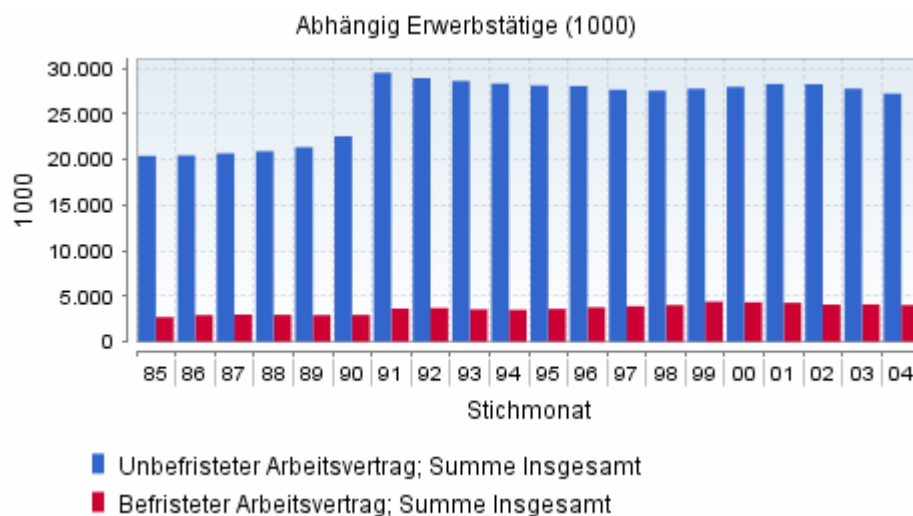
<sup>175</sup> BAG vom 11.02.2004 – 7 AZR 362/03.

<sup>176</sup> BAG vom 12.09.1996 – 7 AZR 790/95.

Personalbedingungen seines Unternehmens und des Marktes auseinander gesetzt zu haben.

Ein weiterer anerkannter, für den Unternehmer wirtschaftlich wichtiger Sachgrund besteht in der mittelbaren oder unmittelbaren Vertretung eines abwesenden Mitarbeiters (§ 14 I 2 Nr. 3 TzBfG).<sup>177</sup> Dieser Befristungsgrund befreit den Arbeitgeber von untragbaren Doppelbelastungen nach Rückkehr des Vertretenen. Durch den Anspruch auf Lohnfortzahlung bzw. Bezuschussung der Arbeitnehmer insbesondere bei Mutterschutz, Krankheitsfällen, bezahltem Urlaub und Elternzeit, ist die Zulässigkeit der Vertretung als Sachgrund zwingend notwendig.

Der unbefristete Arbeitsvertrag soll nach sozialpolitischer Gesetzgeberintention und europarechtlichen Bestimmungen der Regelfall bleiben, was durch die restriktive Rechtsprechung abgesichert werden soll<sup>178</sup> und ferner durch die Zahlen des Statistischen Bundesamtes belegt wird:



**Abbildung 9:** Verhältnis von befristeten und unbefristeten Arbeitsverhältnis<sup>179</sup>

Auf den ersten Blick wird deutlich, dass die Anzahl der befristeten Arbeitsverhältnisse zum einen tatsächlich die Minderheit gegenüber unbefristeten Arbeitsverhältnissen darstellt und sich zum anderen in den Jahren bis 2004 kaum

<sup>177</sup> BAG vom 30.09.1981 – 7 AZR 602/79.

<sup>178</sup> Vgl. Dörner, Neues aus dem Befristungsrecht, NZA 2009, S. 57 (S.57).

<sup>179</sup> Quelle: Statistisches Bundesamt: <https://www-genesis.destatis.de/genesis/online;jsessionid=1E35C74C5BDD2861C907EA0DFA3048A0.tcggen2?operation=previous&levelindex=7&levelid=1266409502416&step=7>

verändert hat. In den Jahren 2005 bis 2008 hat das Statistische Bundesamt zwar einen leichten Anstieg der befristeten Beschäftigten verzeichnet. Wahrscheinlich liegt die Ursache dafür jedoch in der veränderten Erhebungsmethode. Das Statistische Bundesamt kann mit einer kontinuierlichen Erhebung nun eine jährliche Entwicklung festhalten und erfasst somit beispielsweise auch saisonal Beschäftigte, die bevorzugt befristet eingestellt werden.<sup>180</sup>

Die Befristung von Arbeitsverhältnissen entlastet den Unternehmer sowohl von finanziellen Verpflichtungen, weil unbefristete Neueinstellungen immer mit einer langfristigen Investition gleichzusetzen sind. Weiterhin erspart sich der Arbeitgeber den formal aufwendigen und nur bedingt zulässigen Kündigungsprozess. Er kann mit dem einfachen Ablauf des Vertrages schnell Personalkosten senken und sich so den Wettbewerbsbedingungen anpassen.

Ferner hat er die Möglichkeit die Befristung aufgrund der Erprobung erfolgen zu lassen (§ 14 I 2 Nr. 5 TzBfG). So kann er die persönliche und fachliche Eignung des Arbeitnehmers für die beabsichtigte Position feststellen.<sup>181</sup>

Für den befristet eingestellten Arbeitnehmer ist die Situation weitaus kritischer zu beurteilen. Eine langfristige Lebensplanung mit finanzieller Sicherheit ist nur sehr begrenzt möglich. Weiter stellt sich für ihn die Frage, wie er die Umwandlung in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis bewerkstelligen soll. Aus – teilweise berechtigter – Angst vor dem Arbeitsplatzverlust, stimmen die meisten Arbeitnehmer einer Befristung oder einer Verlängerung der Befristung zu, ohne damit einverstanden zu sein. Auch wenn dem Missbrauch der Befristung durch die Rechtsprechung und die Gesetzgebung strenge Grenzen gesetzt sind, besteht dennoch die Gefahr eines vorgeschobenen Sachgrundes für letztlich sachgrundlose Befristungen.<sup>182</sup>

---

<sup>180</sup> Vgl. <http://www.perspektive-mittelstand.de/Befristete-Arbeitsvertraege-Quote-weiterhin-konstant/management-wissen/1945.html>

<sup>181</sup> Vgl. Grundmann, Befristung und Teilzeit, S. 28 f.

<sup>182</sup> Ein Beispiel aus der Praxis: Dörner, Neues aus dem Befristungsrecht, NZA 2009, S. 57 (S.63).

Nach § 620 BGB scheint die Befristung von Arbeitsverträgen unproblematisch. Dogmatisch und auch in der Arbeitswirklichkeit kann dadurch jedoch der Kündigungsschutz sehr leicht umgangen werden. Hemmer wirft zu Recht die Frage auf, ob die Beschränkungen der Befristung in Kleinbetrieben mit zehn oder weniger Mitarbeitern überhaupt erforderlich ist, weil das Kündigungsschutzgesetz nur umgangen werden kann, wenn es überhaupt anwendbar und damit in Kleinbetrieben gleichwohl sachgrundlos gekündigt werden kann. Eine entsprechende Regelung taucht im Teilzeit- und Befristungsgesetz jedoch nicht auf, wonach die Regelungen von allen Arbeitgebern anzuwenden sind.<sup>183</sup>

## 2.2 Kurzarbeit

Als Folge verschärften internationalen Wettbewerbs, gehört der Personalabbau zum unvermeidlichen Instrument für Arbeitgeber. Der Gesetzgeber ist in einer solchen wirtschaftlichen Lage, wie sie aktuell vorzufinden ist, gezwungen, die Unternehmen zu entlasten, um Massenentlassungen zu verhindern. Mit dem Konjunkturpaket II und den darauf folgenden Erweiterungen durch Kabinettsbeschluss am 20.05.2009 wurden Änderungen im Arbeitsförderungsrecht und damit einhergehend Erleichterungen in Bezug auf die Kurzarbeit eingeführt.<sup>184</sup> „Kurzarbeit liegt vor, wenn der nach dem Arbeitsvertrag als Regel festgelegte Umfang der Arbeitsleistung vorübergehend eingeschränkt wird.“<sup>185</sup> Sie ist eine Möglichkeit für Arbeitgeber, schnell auf vorübergehende negative Marktschwankungen wie z. B. Auftragsrückgang oder Umsatzeinbußen zu reagieren, ohne einen Teil der Beschäftigten entlassen zu müssen. Grundsätzlich dient Kurzarbeit damit der Arbeitsplatzsicherung und ist für den Arbeitnehmer mit einer Reduzierung der Regelarbeitszeit verbunden, was zu niedrigeren Personalkosten und einer Entlastung der Unternehmen führt.

Das Kurzarbeitergeld wird bis zum 31.12.2010 nach Maßgabe der Regelungen in § 421 t SGB III i. V. m. § 169 ff. SGB III gewährt, wenn die regelmäßige

---

<sup>183</sup> Vgl. Hemmer, die Basics, Zivilrecht VI Arbeitsrecht, Rn. 188 f.

<sup>184</sup> Vgl. Heise/Schwald, Arbeitsrechtliche Instrumente in der Wirtschaftskrise, NZA 2009, S. 753 ff. (S. 753).

<sup>185</sup> Kunisch, Personalreduzierung, S. 16.



betriebsübliche wöchentliche Arbeitszeit infolge wirtschaftlicher Ursachen oder eines unabwendbaren Ereignisses vorübergehend verkürzt wird. Die BA prüft die von den Arbeitgebern gestellten Anträge nach den vorgenannten Voraussetzungen, wobei durch das Gesetz zur Sicherung von Beschäftigung und Stabilität in Deutschland vom 01.02.2009 bis zum 31.12.2010 vereinfachte Anspruchsvoraussetzungen für Kurzarbeit gelten als davor. Weiter hat sich die mögliche Bezugsdauer von Kurzarbeitergeld von sechs Monaten auf 24 Monate verlängert, wenn der Betrieb bereits im Jahr 2009 Kurzarbeit beantragt hat.<sup>186</sup> Um Kurzarbeit anmelden zu können, braucht der Arbeitgeber eine rechtliche Grundlage. Da der Betriebsrat gem. § 87 I Nr. 3 BetrVG bei der Entscheidung über die vorübergehende Verkürzung oder Verlängerung der Arbeitszeit ein Mitbestimmungsrecht besitzt, findet sich die Rechtsgrundlage zumeist in Betriebsvereinbarungen, selten in einzelvertraglichen Bestimmungen.<sup>187</sup> Die Regelungen des Konjunkturpakets II bieten dem Arbeitgeber eine tatsächliche finanzielle Entlastung. Die bisherigen Regelungen sahen vor, dass der Arbeitgeber trotz weniger Nettolohnkosten, den größten Teil der Sozialversicherungsbeiträge aus der entfallenden Arbeitszeit weiter zahlen musste, so dass sich die Kurzarbeit aufgrund dieser Kosten verbunden mit den strengen Auflagen, als wenig attraktiv erwies. Mit der erweiterten Kurzarbeit werden nun auch die Sozialversicherungsbeiträge bis zu 100 % von der BA erstattet.

Da die Kurzarbeit zeitlich unmittelbar wirkt, verhilft es dem Unternehmer zu einer akuten Liquiditätssicherung bei Engpässen.<sup>188</sup> Ferner kann der Arbeitgeber seine qualifizierten und eingearbeiteten Mitarbeiter halten. Er erspart sich so die teure Personalfluktuaton und nach überwundener Krise auch die aufwendige Suche, Neueinstellung und Einarbeitung des Mitarbeiters. Auch wenn mit dem Ziel der Arbeitsplatzzerhaltung auch das zentrale Anliegen der Arbeitnehmer verfolgt wird, darf man die finanziellen Folgen für die Arbeitnehmer während der Kurzarbeit, die zurzeit schließlich bis zu zwei Jahren andauern kann, nicht vernachlässigen.

---

<sup>186</sup> Vgl. Bundesagentur für Arbeit, Merkblatt 8 a, Kurzarbeitergeld, S. 6 ff.

<sup>187</sup> Vgl. Heise/Schwald, Arbeitsrechtliche Instrumente in der Wirtschaftskrise, NZA 2009, S. 753 ff. (S. 755).

<sup>188</sup> Vgl. Heise/Schwald, Arbeitsrechtliche Instrumente in der Wirtschaftskrise, NZA 2009, S. 753 ff. (S. 756).

Die Arbeitnehmer werden nur noch für die tatsächlich geleistete Arbeit entlohnt. Als Entgeltersatzleistung wird das Kurzarbeitergeld eingesetzt, das zunächst auch vom Arbeitgeber gezahlt wird und dann durch die BA erstattet wird. Die tatsächliche Höhe des Kurzarbeitergeldes bemisst sich nach dem regelmäßigen Nettoentgelt ohne Kurzarbeit, dem sog. *Sollentgelt*, das keine einmaligen Zahlungen oder Entgelt für Mehrarbeit berücksichtigt und zunächst aufgrund unterschiedlicher Versicherungsbeiträge pauschalisiert wird. Die zweite Berechnungsgrundlage bildet das *Istentgelt*. Es beinhaltet das ebenfalls pauschalisierte Nettoentgelt aus dem tatsächlich gezahlten Bruttoentgelt. Von der Differenz dieser beiden Größen, der sog. Nettoentgeltdifferenz werden nach § 178 SGB III 60 bis 67 vom Hundert – je nach familiärer Situation – gewährt.<sup>189</sup> Das kann für den Arbeitnehmer enorme Entgelteinbußen zur Folge haben, je nachdem wie weit die Arbeitszeit verkürzt wird. Denn Entsprechendes gilt auch im schlimmsten Fall, bei der sog. „Kurzarbeit Null“. Wenn ein Betrieb über einige Wochen bis Monate geschlossen wird, erhalten die Arbeitnehmer kein reguläres Gehalt mehr, sondern lediglich 60-67 % ihres regulären Nettoentgeltes.

Trotz Kurzarbeit ist die Existenz des Betriebs oder sogar des Unternehmens nicht garantiert. Entspannt sich die Auftrags- oder Umsatzlage nicht während der Kurzarbeit, ist der Arbeitgeber dennoch zur betriebsbedingten Kündigung berechtigt. Bei einer an längerfristige Kurzarbeit angeschlossene Pleite des Betriebs, kann das Arbeitslosengeld für Arbeitnehmer, die sonst hohe Mehrarbeitszuschläge bekommen, niedriger ausfallen, weil für die Berechnung des Arbeitslosengeldes das Nettoentgelt ohne Mehrarbeitszuschläge zugrunde gelegt wird.<sup>190</sup>

Wägt man Vor- und Nachteile der Kurzarbeit ab, kommt man zu dem Ergebnis, dass sie per se ein effektives Instrument ist, um die Unternehmen schnell

---

<sup>189</sup> Genaueres zu der Berechnung, siehe: Bundesagentur für Arbeit, Merkblatt 8 a, Kurzarbeitergeld, S. 20 ff.

<sup>190</sup> Vgl. <http://www.welt.de/finanzen/nutzwert/article3031464/Was-Kurzarbeit-fuer-die-Arbeitnehmer-bedeutet.html>

finanziell zu entlasten und damit einhergehend Entlassungen zu vermeiden. Trotz den Lohneinbußen und den nicht sehr tief greifenden Auswirkungen auf ein eventuelles Arbeitslosengeld nach der Kurzarbeit, erklären sich die meisten Arbeitnehmer damit einverstanden, um ihren Arbeitsplatz zu sichern. Unzweifelhaft wirkt sich die Kurzarbeit, die zurzeit breit von der Wirtschaft angenommen wird, jedoch enorm belastend auf die Staatshaushalte und die Versicherungskassen aus, wobei sich der Umfang erst noch zeigen wird und abzuwarten bleibt.

### 2.3 Leiharbeit

Nach der offiziellen Definition der Leiharbeit, ist damit gemeint, dass ein Beschäftigter (Leiharbeitnehmer) die Arbeitsleistung nicht beim Arbeitgeber (Verleiher), sondern bei einem Dritten (Entleiher) erbringt.<sup>191</sup> Der Arbeitnehmer wird überlassen. Deshalb heißt das einschlägige Gesetz, welches die rechtliche Grundlage für die Leiharbeit darstellt, auch Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Dieses Gesetz spricht von Leiharbeitnehmern, nicht von Zeitarbeitnehmern. Die Verleihfirmen bevorzugen demgegenüber den Begriff der Zeitarbeit, welcher seriöser klingen soll.<sup>192</sup>

§ 37 III des AVAVG i. d. F. vom 23.12.1956 stellt die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung der verbotenen gewerbsmäßigen Stellenvermittlung gleich. Gegen diese Norm legte die Hamburger Zeitarbeitsfirma Verfassungsbeschwerde ein. Das BVerfG erklärte die Vorschrift für verfassungswidrig und nichtig, weil sie gegen die Berufswahlfreiheit aus Art. 12 I GG verstoße.<sup>193</sup> Aus diesem Urteil und der damit einhergehenden Zurückverweisung an das BSG entwickelte sich schließlich das AÜG vom 07.08.1972. Jenes Grundsatzurteil verweigerte dem Gesetzgeber die Regelung eines totalen Berufsverbotes und gestand ihm nur die Kompetenz über die Berufsausübung zu. Demnach wurden die Regelungen bis 1982 unter der sozial-liberalen Regierung sehr restriktiv gestaltet und erwiesen sich damit ihrem Regelungsgehalt nach als

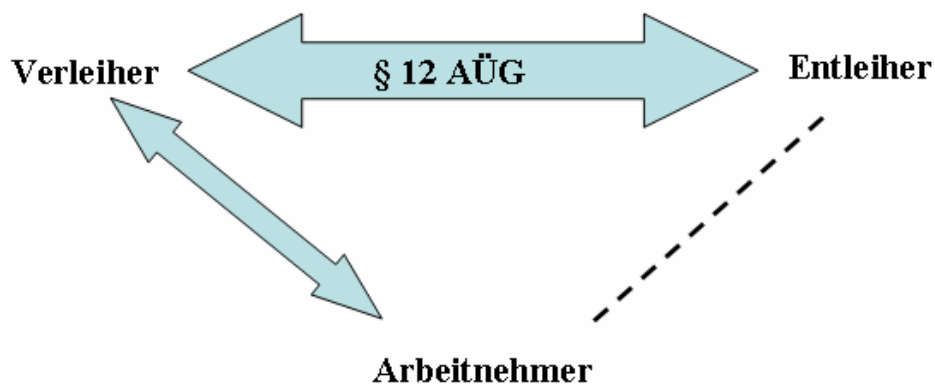
---

<sup>191</sup> Vgl. § 1 I 1 AÜG.

<sup>192</sup> Vgl. Böhm/Hennig/Popp, Zeitarbeit, Rn 33 ff.

<sup>193</sup> BVerfG vom 04.04.1967 – 1 BvR 414/64.

protektionistisch für die Arbeitskräfte von Zeitarbeitsunternehmen. Nach dem Regierungswechsel im Jahre 1982 setzte die Politik zum einen auf die Stärkung der marktwirtschaftlichen Kräfte und der Eigenverantwortung und zum anderen auf eine effiziente Beschäftigungspolitik, und führte erstmals Lockerungen ein.<sup>194</sup> Das AÜG stellt die Arbeitnehmerüberlassung unter einen sog. Erlaubnisvorbehalt. Grundsätzlich ist die gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung somit generell verboten, kann aber durch die BA erlaubt werden. Durch das „Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt“ (sog. Hartz-I) wurden zentrale Regelungen ersatzlos gestrichen. Die in § 3 I Nr. 3-5 AÜG a. F. normierten Verbote – Befristungsverbot, Wiedereinstellungsverbot und Synchronisationsverbot – wurden nach vorangegangener Lockerung komplett aus dem Gesetz entfernt. Zugunsten der Arbeitnehmer wurde der Gleichstellungsgrundsatz im Gesetz verankert. Danach müssen Leiharbeiter zu denselben Bedingungen beschäftigt werden wie Stammarbeitnehmer, was gleiches Arbeitsentgelt (sog. equal pay), gleiche Arbeitszeit und gleichen Urlaubsanspruch (sog. equal treatment) beinhaltet.<sup>195</sup> Das Verhältnis zwischen Arbeitnehmer, Entleiher und Verleiher ist geprägt durch eine Dreieckskonstellation.



**§ 11 I-IV AÜG**

**§ 11 V-VII AÜG**

**Abbildung 10:** Verhältnis der Parteien nach dem AÜG<sup>196</sup>

<sup>194</sup> Vgl. Böhm/Hennig/Popp, Zeitarbeit, Rn 6 ff.

<sup>195</sup> Vgl. Böhm/Hennig/Popp, Zeitarbeit, Rn 24 ff.

<sup>196</sup> Böhm/Hennig/Popp, Zeitarbeit, Rn 43.

Juristisch relevant und durchaus erörterungsbedürftig ist die rechtliche Handhabung der Verhältnisse zwischen den Beteiligten. Der Arbeitnehmer schließt den Arbeitsvertrag gem. § 611 ff. BGB mit dem Zeitarbeitsunternehmen. Er hat folglich seine Hauptpflicht gegenüber dem Verleiher zu erfüllen. Dieser kann jedoch im Falle des Verleihs im Wege seines primären Weisungsrechts, ein sekundäres Direktionsrecht auf den Entleiher (oder auch Kunden) übertragen. Der Arbeitnehmer hat dann zwar Anspruch auf die Hauptpflichten gegen das Verleihunternehmen, muss sich aber der Konkretisierung seiner Arbeitspflicht durch den Entleiher unterwerfen.<sup>197</sup> Bei Vertragsschluss mit dem Arbeitnehmer hat der Verleiher ferner § 11 I-IV AÜG zu beachten. In den darauf folgenden Absätzen des § 11 AÜG ist das Verhältnis zwischen dem Leiharbeiter und dem Entleiher geregelt, während die Rechtsbeziehung zwischen dem Zeitarbeitsunternehmen und dem Einsatzbetrieb in § 12 AÜG beschrieben wird. Danach bedarf es für eine rechtswirksame Arbeitnehmerüberlassung eines schriftlichen Arbeitnehmervertrages. Aufgrund des Gleichstellungsgrundsatzes muss der Entleiher zusätzlich angeben, unter welchen Arbeitsbedingungen die Stammmitarbeiter in seinem Unternehmen beschäftigt werden.<sup>198</sup>

Die finanziellen und verwaltungstechnischen Vorteile für Arbeitgeber, die Leiharbeiter beschäftigen sind enorm. Durch Leiharbeiter können Unternehmen flexibel auf die Auftragslage reagieren und damit die Personalwirtschaft den Wettbewerbsbedingungen anpassen. Sie gehen mit einem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag weniger Verpflichtungen ein als mit einem Arbeitsvertrag. Nebenpflichten wie z. B. Lohnfortzahlungspflichten oder Beiträge zu Sozialversicherungskassen werden dementsprechend vom Verleihunternehmen übernommen. Ferner sinken der Verwaltungsaufwand sowie die damit verbundenen Verwaltungskosten, weil sämtliche personalwirtschaftliche Angelegenheiten über die Verleihfirma abgewickelt werden. Der Entleiher muss sich weniger mit rechtlichen Gegebenheiten wie Kündigungsschutz und Mitbestimmungsrechten auseinandersetzen.<sup>199</sup> Somit kann man – trotz des höheren Stundenlohnes, den der

---

<sup>197</sup> Vgl. Schöne/Schwarzkopf, Zeitarbeit und AÜG, S.37.

<sup>198</sup> Muster eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages: Siehe Anhang 1

<sup>199</sup> Vgl. <http://www.verdi-bub.de/standpunkte/archiv/leiharbeit/>

Entleiher an die Zeitarbeitsfirma zahlt – von allgemein geringeren Kosten ausgehen. Gerade in wirtschaftlich unsicheren Zeiten will ein Unternehmer nur ungern eine langfristige Verpflichtung durch unbefristete Arbeitsverträge eingehen. Von den Leiharbeitnehmern kann er sich schnell, unbürokratisch und rechtlich unbedenklich trennen, was durch Statistiken unterstrichen wird.

Noch im September 2008 haben Verleihfirmen in Deutschland noch fast 814.000 Beschäftigte verliehen. Im Mai 2009 waren es gerade noch 517.000, was sich durch die schlechte Auftragslage in der Wirtschaftskrise und dem damit verbundenen Personalabbau erklären lässt. Im Laufe des Jahres 2009 häuften sich die Entwarnungsmeldungen und die wirtschaftliche Situation entspannte sich, sodass man im Oktober wieder etwa 600.000 eingesetzte Leiharbeiter verbuchen konnte, was gemessen an allen Beschäftigten bundesweit einen Anteil von 1,5 % ausmacht.<sup>200</sup>

Für den Leiharbeitnehmer überwiegen jedoch die Nachteile. Durch die Vermittlungsprovision, die die Verleihfirma von der gezahlten Entlohnung erhält, ist der Stundenlohn für den Arbeitnehmer sehr gering. Die Beschäftigung in einem Zeitarbeitsunternehmen ist sehr unsicher, weil die Leiharbeiter nach der Natur der Sache entlassen werden, wenn ihr Einsatz beendet ist und sie nicht anderweitig untergebracht werden können. Die meisten Arbeitsverhältnisse dauern weniger als drei Monate. Selten hat die Leiharbeit einen „Sprungbrett-Effekt“; d. h. der Arbeitnehmer wird nicht – wie oftmals behauptet – in ein festes Arbeitsverhältnis beim Entleiher übernommen. Die Leiharbeit kann vom Arbeitgeber missbraucht werden, um Druck auf die fest angestellten Mitarbeiter und deren Entlohnung auszuüben.<sup>201</sup> Weiterhin werden Arbeitnehmer, die von einer Zeitarbeitsfirma stammen, und – als „vorübergehender Mitarbeiter“ – oft weniger im Kollegenkreis integriert als die Stammbeschaft. Durch den meist nur kurz- oder mittelfristigen Einsatz, haben die Zeitarbeiter weniger Motivation als fest angestellte Mitarbeiter, weil sie sich nur schlecht mit dem Unternehmen identifizieren können.

---

<sup>200</sup> Stuttgarter Zeitung vom 18.01.2010, Im Südwesten keimt Hoffnung, S.11.

<sup>201</sup> Vgl. <http://www.verdi-bub.de/standpunkte/archiv/leiharbeit/>

Es bleibt festzustellen, dass die Leiharbeit ein für den Unternehmer vorteilhaft gestaltetes Instrumentarium ist, und zudem kurzfristig Arbeitslosenzahlen drücken kann. Jedoch ist an dieser Stelle zu unterstreichen, dass der Verleih von Arbeitskräften – ebenso wie die Befristung von Arbeitsverträgen – unbedingt die Ausnahme bleiben muss.

## V Schlussbetrachtung

Wie bereits in der Einleitung beschrieben, wurden die bisherigen Analysen auf Sachverhalte der freien Wirtschaft gestützt. Dem gegenüber stellt sich die Sachlage im Bereich der öffentlichen Hand im Allgemeinen ähnlich dar. Mit Ausnahme des Betriebsverfassungsgesetzes, an dessen Stelle das Personalvertretungsgesetz rückt, lassen sich die Erläuterungen zu den Instrumentarien aus dem Spannungsfeld – zumindest für die Angestellten im öffentlichen Dienst – entsprechend heranziehen.<sup>202</sup>

Bei Beamten stellt sich die Rechtslage differenziert dar. Für sie gelten die Regelungen des Beamtenrechts. Sie stehen in keinem Arbeitsverhältnis, sondern in einem Dienst- und Treueverhältnis gegenüber ihrem Dienstherrn. Aufgrund des fehlenden Abhängigkeitsverhältnisses in Kombination mit dem sog. Alimentsprinzip, kann es in diesem Bereich zu keinem Spannungsverhältnis kommen, welches vergleichbar mit demjenigen wäre, was in der freien Wirtschaft oder bei Angestellten des öffentlichen Dienstes zu finden ist.

Anzumerken bleibt an dieser Stelle, dass der Gesetzgeber den Parteien, neben den bisher erörterten noch weitere Werkzeuge des Arbeitsrechts zur Verfügung gestellt hat, diese jedoch nicht die Effekte auf die Entkräftung des Spannungsfeldes innehaben, als die in dieser Diplomarbeit ausgewählt.

Anhand der vorangegangenen Ausführungen, lässt sich deutlich erkennen, was für eine anspruchsvolle, sowie diffizile Aufgabe dem Gesetzgeber bei der Arbeitsrechtsgesetzgebung obliegt. Er ist einer immer währenden Kräfteverteilung ausgesetzt und muss es im Endeffekt „allen gerecht machen“. Zu allem Überfluss kommt dieser Schwierigkeit noch die Tatsache hinzu, dass er sich bei dem Versuch, den Interessen der Industrie und deren Lobbys und den Interessen der Arbeitnehmer, die zugleich den Großteil der Wählerschaft ausmachen, gerecht zu werden, noch die globale Position Deutschland in alle Überlegungen einfließen lassen muss. Ferner kommt neben dem globalen Druck nun auch noch die Verpflichtung europäischer Vorgaben – stammen sie nun aus Brüssel oder aus Luxemburg – nachzukommen.

---

<sup>202</sup> Vgl. oben: Kap. IV.



Neben all diesen Gesichtspunkten darf der Gesetzgeber bei der Regelung dieser komplizierten Materie nie außer Acht lassen, dass die Parteien, welche von den Regelungen tangiert werden grundsätzlich ihre ganz subjektiven Ziele verfolgen und nach Gesetzeslücken „suchen“ um sich einen Vorteil zu verschaffen. Die Gefahr des Missbrauchs und der Entfernung der eigentlichen Intention hinter den Gesetzen ist besonders im Arbeitsrecht allgegenwärtig. Es obliegt der deutschen Arbeitsgerichtsbarkeit solchem Missbrauch mit Hilfe einer durchdachten und gerechten Rechtsprechung entgegenzuwirken. Denn als Schlussbetrachtung bleibt festzuhalten, dass eine lückenlose Regelung des Arbeitsrechts und damit einhergehend die Schaffung einer absoluten Gerechtigkeit auf diesem Gebiet für den Gesetzgeber eine nicht zu bewältigende Aufgabe darstellt.

## Anlagen

### Anlage 1: Muster eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages

Zwischen

---

als „Verleiher“

und

---

als „Entleiher“

wird vereinbart:

#### § 1

#### **Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung<sup>203</sup>**

Der Verleiher besitzt eine unbefristete / bis zum \_\_\_\_\_ befristete Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Überlassung von Arbeitnehmern gemäß § 1 Abs. 1 AÜG, ausgestellt am \_\_\_\_\_ durch die Regionaldirektion \_\_\_\_\_. Der Verleiher verpflichtet sich, den Entleiher über den Zeitpunkt des Wegfalls der Erlaubnis unverzüglich schriftlich zu unterrichten.

#### § 2

#### **Überlassung**

(1) Der Verleiher verpflichtet sich, dem Entleiher folgenden Mitarbeiter zur Arbeitsleistung zu überlassen:

Nachname, Vorname: \_\_\_\_\_

---

<sup>203</sup> Der Verleiher hat gemäß § 12 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 AÜG zu erklären, ob und in welchem Umfang er die Erlaubnis besitzt.

Anschrift: \_\_\_\_\_  
 Tag und Ort der Geburt: \_\_\_\_\_  
 Staatsangehörigkeit: \_\_\_\_\_

zur Tätigkeit als: \_\_\_\_\_  
 besondere Merkmale der Tätigkeit<sup>204</sup>: \_\_\_\_\_  
 benötigte berufliche Qualifikation: \_\_\_\_\_  
 Die Überlassung beginnt am \_\_\_\_\_ und endet am \_\_\_\_\_ / erfolgt unbefristet.

(2) Der Arbeitnehmer wird dem Entleiher lediglich zur Durchführung der nach Abs. 1 vorgesehenen Tätigkeiten zur Verfügung gestellt. Er darf deshalb nur Geräte, Werkzeuge und Maschinen benutzen, die zur Durchführung dieser Arbeiten erforderlich sind.

(3) Der Entleiher ist befugt, dem Arbeitnehmer alle Weisungen zu erteilen, die nach Art und Umfang in den nach Abs. 1 vereinbarten Tätigkeitsbereich fallen. Der Verleiher tritt dem Entleiher insoweit seine Ansprüche gegen den Arbeitnehmer aus Arbeitsleistung mit dessen Einverständnis ab. Im Übrigen bleibt der Verleiher auch weiterhin alleiniger Arbeitgeber des Arbeitnehmers.

(4) Der Verleiher hat sicherzustellen, dass der Arbeitnehmer in den Arbeitsablauf des Betriebes des Entleihers eingegliedert, insbesondere auch zur Ableistung von Überstunden sowie zu Nacht- und Wechselschichten herangezogen werden kann.

### § 3

#### **Eignung des Arbeitnehmers**

(1) Der Verleiher hat die berufliche Eignung des Arbeitnehmers für die vorgesehene Tätigkeit überprüft. Er verpflichtet sich, auf Verlangen des Entleihers entsprechende Qualifikationsnachweise des Arbeitnehmers (z. B. Gesellenbrief, Facharbeiterbrief, Führerschein, deutsche Sprachkenntnisse) vorzulegen.

(2) Der Entleiher behält sich die Möglichkeit der Eignungsprüfung vor.

### § 4

#### **Wesentliche Arbeitsbedingungen des Arbeitnehmers während der Überlassungsdauer**

Für vergleichbare Stammmitarbeiter im Entleihbetrieb gelten folgende wesentliche Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgeltes:

\_\_\_\_\_.

<sup>204</sup> Nach § 12 Abs. 1 Satz 3 AÜG muss der Entleiher in der Urkunde zumindest erklären, welche besonderen Merkmale die für den Arbeitnehmer vorgesehene Tätigkeit hat und welche berufliche Qualifikation dafür erforderlich ist.

## § 5 Stundensätze

(1) Es wird eine Vergütung von \_\_\_\_€/Stunde zuzüglich Mehrwertsteuer von derzeit 16 Prozent vereinbart. Überstunden, Schicht-, Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit sind mit folgenden Zuschlägen zu vergüten: \_\_\_\_.

(2) Die Abrechnung erfolgt aufgrund der vom Entleiher unterzeichneten Nachweise. Die Bezahlung erfolgt nach den effektiv geleisteten Arbeitsstunden.

## § 6 Überlassung nichtdeutscher Arbeitnehmer

Der Verleiher verpflichtet sich, im Falle der Überlassung nichtdeutscher Arbeitnehmer, die eine Arbeitsgenehmigung benötigen, sowohl die erforderliche Aufenthaltsgenehmigung als auch die erforderliche Arbeitsberechtigung (§ 286 SGB III) des Arbeitnehmers vorzulegen.

## § 7 Austausch des Arbeitnehmers/Vertragsstrafe

(1) Ist der Entleiher mit der Arbeitsleistung des überlassenen Arbeitnehmers nicht zufrieden, kann er den Arbeitnehmer durch schriftliche Erklärung gegenüber dem Verleiher innerhalb von \_\_\_\_ Stunden nach der ersten Überlassung zurückweisen. Der Verleiher hat auf Anforderung des Entleihers sofort geeigneten Ersatz zu stellen. Gleiches gilt im Falle des entschuldigten oder unentschuldigten Fehlens des Arbeitnehmers.

(2) Liegt ein Anlass vor, der einen Arbeitgeber zur personen- oder verhaltensbedingten ordentlichen Kündigung berechtigen könnte, kann der Entleiher den Arbeitnehmer durch schriftliche Erklärung gegenüber dem Verleiher für die nächste Arbeitsschicht zurückweisen und sofort geeigneten Ersatz verlangen.

(3) Liegt ein Grund vor, der einen Arbeitgeber zur außerordentlichen Kündigung gemäß § 626 Abs. 1 BGB berechtigen könnte, kann der Entleiher den Arbeitnehmer während der Arbeitsschicht vom Arbeitsplatz verweisen und vom Verleiher sofort geeigneten Ersatz verlangen.

---

<sup>205</sup> Diese Angaben sind nur erforderlich, soweit keine der beiden Ausnahmen des § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG (Anwendung eines abweichenden Tarifvertrages/Sechs-Wochen-Ausnahme für vormals Arbeitslose) greift. Ansonsten kann vereinbart werden: „Der Verleiher erklärt, dass sich die Arbeitsbedingungen der beim Entleiher eingesetzten Mitarbeiter nach dem Tarifvertrag \_\_\_\_ richten.“

(4) Wenn der Verleiher bei Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen der Absätze 1 bis 3 keinen geeigneten Ersatz stellt, hat er eine Vertragsstrafe in Höhe von \_\_\_\_\_€ zu zahlen.

## **§ 8**

### **Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen**

(1) Gemäß § 28 e Abs. 2 SGB IV haftet der Entleiher für die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge durch den Verleiher wie ein selbstschuldnerischer Bürge. Die Haftung ist der Höhe nach begrenzt auf Beitragsschulden, die während des Überlassungszeitraumes entstehen. Mit Rücksicht auf diese Haftung verpflichtet sich der Verleiher, entweder Bürgschaftserklärungen oder Garantieerklärungen (Avalkredite) in Höhe von \_\_\_\_\_€ beizubringen.

(2) Der Entleiher kann vom Verleiher die Vorlage einer Bescheinigung über die Abführung von Beiträgen an die zuständigen Einzugsstellen verlangen.

(3) Wird der Entleiher gemäß § 28 e Abs. 2 SGB IV von der zuständigen Einzugsstelle in Anspruch genommen, ist er berechtigt, die dem Verleiher geschuldete Vergütung in Höhe der von der jeweiligen Einzugsstelle geltend gemachten Forderung einzubehalten, bis der Verleiher nachweist, das er die Beiträge ordnungsgemäß abgeführt hat.

## **§ 9**

### **Haftung im Schadenfall**

(1) Für etwaige Schäden, die der ordnungsgemäß ausgewählte Arbeitnehmer während seiner Tätigkeit beim Entleiher verursacht, haftet der Verleiher nicht. Die Hauptleistungspflicht des Verleihers liegt allein in der ordnungsgemäßen Auswahl der zu überlassenden Arbeitnehmer für die vorgesehene vertragliche Tätigkeit gemäß § 2 Abs. 1 dieses Vertrages. Die überlassenen Arbeitnehmer sind keine Erfüllungsgehilfen oder Bevollmächtigten des Verleihers.

(2) Der Entleiher stellt den Verleiher von Ansprüchen frei, die von Dritten im Zusammenhang mit der Ausführung der vom Arbeitnehmer durchgeführten Arbeiten im Sinne von § 2 Abs. 1 geltend gemacht werden sollten.

## **§ 10**

### **Arbeitsschutz**

(1) Gemäß § 11 Abs. 6 AÜG unterliegt die Tätigkeit des Arbeitnehmers den für den Betrieb des Entleihers geltenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Arbeitsschutzgesetzes.

(2) Für die vorgesehene Tätigkeit im Sinne von § 2 Abs. 1 sind folgende persönliche Schutzausrüstungen erforderlich: \_\_\_\_\_.

(3) Einrichtungen und Maßnahmen der Ersten Hilfe werden vom \_\_\_\_\_ sichergestellt.

(4) Für die in § 2 Abs. 1 genannte Tätigkeiten sind arbeitsmedizinische Vorsorgeuntersuchungen nicht erforderlich / erforderlich. Falls erforderlich, müssen ärztliche Bescheinigungen über folgende Vorsorgeuntersuchungen vor Aufnahme der Tätigkeit vorliegen: \_\_\_\_\_.

(5) Der Entleiher wird den Arbeitnehmer vor Beginn des Einsatzes und bei Veränderungen in seinem Arbeitsbereich über Gefahren für Sicherheit und Gesundheit, denen er bei der Maßnahme ausgesetzt sein kann, sowie über die Maßnahmen und Einrichtungen zur Abwendung dieser Gefahren unterrichten. Zusätzlich wird er den Arbeitnehmer über die etwaige Notwendigkeit besonderer Qualifikationen/besonderer ärztlicher Überwachung sowie über besondere Gefahren des Arbeitsplatzes unterrichten.

(6) Der Entleiher verpflichtet sich, die Arbeitnehmer so einzusetzen bzw. zu schützen, dass arbeitsbedingte Erkrankungen vermieden werden.

(7) Den Arbeits- und Gesundheitsschutz betreffende Kontrollen am Ort der Tätigkeit werden vom Entleiher durch die Fachkraft für Arbeitssicherheit/den Betriebsarzt bzw. dessen Vertreter regelmäßig durchgeführt.

(8) Im Falle eines Arbeitsunfalls hat der Entleiher den Verleiher unverzüglich zu benachrichtigen. Neben dem Verleiher ist auch der Entleiher nach § 193 Abs. 1 SGB VII verpflichtet, den Unfall unmittelbar der Verwaltungs-Berufsgenossenschaft (VBG) anzuzeigen.

## **§ 11**

### **Leistungen bei Arbeitskampf**

(1) Im Falle eines Arbeitskampfes im Betrieb des Entleihers besteht keine Verpflichtung des Verleihers, Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen.

(2) Zugleich kann der Entleiher verlangen, dass die Arbeiten ruhen. Der Verleiher kann hieraus keine irgendwie gearteten Ansprüche gegen den Entleiher herleiten.

## **§ 12**

### **Kündigungsfrist**

Der Vertrag ist jederzeit kündbar. Die Kündigungsfrist beträgt für beide Vertragspartner \_\_\_\_\_ Tage zum Monatsende.

**§ 13**  
**Schlussbestimmungen**

(1) Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Dies gilt auch für die Abänderung dieses Schriftformerfordernisses.

(2) Ist eine Bestimmung dieses Vertrages unwirksam, berührt dies den übrigen Inhalt des Vertrages nicht.

(3) Gerichtsstand ist \_\_\_\_\_.

\_\_\_\_\_  
Ort, Datum

\_\_\_\_\_  
(Verleiher)

\_\_\_\_\_  
(Entleiher)





## Literaturverzeichnis

**Andersen, Hanfried/Grabka, Markus/Schwarze, Johannes**, Datenreport 2006, Zahlen und Fakten über die Bundesrepublik Deutschland, Auszug aus Teil II, Statistisches Bundesamt (Hrsg.), 2006, Wiesbaden

**Ascheid, Reiner/Blomeyer, Wolfgang/Leinemann, Wolfgang/Schaub, Günter/Schlochauer, Ursula/Söllner, Alfred/Wank, Rolf/Willemsen, Heinz Josef**, Hromadka, Wolfgang (Hrsg.), Änderung von Arbeitsbedingungen, 1990, Passau

**Berg, Peter/Platow, Helmut/Schoof, Christian/Unterhinninghofen**, Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, Basiskommentar, 2. Auflage, 2008, Düsseldorf, Berlin, Hamburg, Frankfurt/Main

**Böhm, Wolfgang/Hennig, Jörg/Popp, Cornelius**, Zeitarbeit, 2008, Berlin/Erlangen

**Bofinger, Peter/Franz, Wolfgang/Rürup, Bert/Weder di Mauro, Beatrice/Wiegard, Wolfgang**, Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Widerstreitende Interessen – Ungenutzte Chancen, Jahresgutachten 2006/07, 2006, Wiesbaden

**Brox, Hans/Rüthers, Bernd**, Arbeitskampfrecht, 2. Auflage, 1982, Stuttgart

**Brox, Hans/Rüthers, Bernd/Henssler, Martin**, Arbeitsrecht, 17. Auflage, 2007, Konstanz/Köln

**Brunhöber, Hanna**, Das Weisungsrecht im Arbeitsverhältnis, 2005, München

**Bundesagentur für Arbeit (Hrsg.)**, Kurzarbeitergeld Information für Arbeitgeber und Betriebsvertretungen, Sonderausgabe gültig für die Zeit vom 01.02.2009 bis zum 31.12.2010, 2010

**Bundesministerium für Arbeit und Soziales**, Referat Information, Publikation, Redaktion (Hrsg), Mitbestimmung – eine gute Sache, 2008, Bonn

**Busemann, Andreas/Schäfer, Horst**, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 5. Auflage, 2005, Ingelheim/Mainz

**Däubler, Wolfgang**, Arbeitsrecht in globalisierter Wirtschaft – eine Skizze, 2006, in: Festschrift für Wolfdieter Küttner zum 70. Geburtstag, Hanau, Peter/Röller, Jürgen/Macher, Ludwig/Schlegel, Rainer (Hrsg.), Köln

**Dörner, Hans-Jürgen**, Neues aus dem Befristungsrecht, NZA 2009, S. 57 ff.

**Dohna-Jaeger, Verena zu/Hunnekuhl, Peter**, Ausweitung der Arbeitnehmer-Entsendegesetzes auf die Zeitarbeitsbranche – Im Einklang mit der Verfassung?, NZA 2007, S. 954 ff.

**Düwell, Franz Josef/Weyand, Joachim**, Das neue Arbeitsrecht, Hartz-Gesetze und Agenda 2010 in der arbeits- und sozialrechtlichen Praxis, 1. Auflage, 2005, Erfurt/Illmenau

**Engels, Gerd/Fitting, Karl/Heither, Friedrich/Kaiser, Heinrich/Schmidt, Ingrid**, Handkommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 23. Auflage, 2006, München

**Fütterer, Patrick/Trittin, Wolfgang**, Interessenausgleich und Sozialplan in Kleinbetrieben, NZA 2009, S. 1305 ff.

**Grundmann, Stephan**, Befristung und Teilzeit, 3. Auflage, 2007, Waltrop

**Hanau, Peter/Adomeit, Klaus**, Arbeitsrecht, 14. Auflage, 2006, Berlin, Köln

**Heise, Dietmar/Schwald, Sonja**, Arbeitsrechtliche Instrumente in der Wirtschaftskrise, NZA 2009, S. 753 ff.

**Hemmer, Karl Edmund/Wüst, Achim**, die Basics, Zivilrecht VI Arbeitsrecht, 2. Auflage, 2006, Marktheidenfeld

**Houben, Christian-Armand**, Weiterbeschäftigungspflicht auf höherwertigen Arbeitsplätzen – ein Tabubruch im Kündigungsrecht?, NZA 2008, S. 851 ff.

**Hummel, Thomas R.**, Betriebswirtschaftslehre kompakt, 3. Auflage, 2007, Fulda/Hamburg

**Junker, Abbo**, Arbeitsrecht zwischen Markt und gesellschaftspolitischen Herausforderungen – Differenzierung nach Unternehmensgröße? – Familiengerechte Strukturen -, Band I (Gutachten) Teil B zum 65. Deutschen Juristentag, herausgegeben von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, 2004, Bonn

**Junker, Abbo**, Grundkurs Arbeitsrecht, 4. Auflage, 2004, Göttingen

**Keppler, Birte**, Anwaltsstrategien im Arbeitsrecht, Arbeitsverträge gestalten und beenden, 2007, Stuttgart

**Kleinherz, Gerhard/Hanau, Peter**, Welche arbeits- und ergänzenden sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit?, Band 1 (Gutachten) Teile B und C zum 63. Deutschen Juristentag, herausgegeben von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, 2000, Leipzig

**Kronberger Kreis** (Hrsg.), Mehr Markt im Arbeitsrecht, 1986, Frankfurt/Main

**Kunisch, Peter**, Personalreduzierung, RdW Band 197, 2004, Stuttgart

**Kunz, Olaf/Wedde, Peter**, Entgeltfortzahlungsrecht Kommentar für die Praxis, 2. Auflage, 2005, Frankfurt/Main

**Lakies, Thomas**, Befristete Arbeitsverträge, 2005, Berlin

**Marburger, Horst**, Schwangerschaft – Mutterschaft – Elternzeit, RdW Band 232, 2005, Stand 2007, Stuttgart

**Marburger, Horst**, Aushilfskräfte, RdW Band 178, 11. Auflage, 2008, Stuttgart

**Olfert, Klaus**, Kompakt-Training Personalwirtschaft, 3. Auflage, 2003, Leipzig/Neckargmünd

**Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard**, Grundrechte Staatsrecht II, 20. Auflage, 2004, Berlin/Münster

**Richardi, Reinhard**, Arbeitsgesetzgebung und Systemgerechtigkeit, NZA 2008, S. 1 ff.

**Rieble, Volker**, Arbeitsmarkt und Wettbewerb – Der Schutz von Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit im Arbeitsrecht, 1996, Freiburg

**Sagan, Adam/Willemsen, Heinz Josef**, Mindestlohn und Grundgesetz – Staatliche Lohnfestsetzung versus Tarifvertrag, NZA 2008, S. 1216

**Schmitt, Jochem**, Entgeltfortzahlungsgesetz und Aufwendungsausgleichsgesetz Kommentar, Hueck, Götz/Neumann, Dirk (Hrsg.), 6. Auflage, 2007, Berlin

**Schöne, Steffen/Schwarzkopf, Bernhard**, Zeitarbeit und ArbeitnehmerüberlassungsG, BDA (Hrsg.), 2. Auflage, 2004, Berlin

**Schulte, Wienhold**, Betriebsverfassung, Personalvertretung, Mitbestimmung, Kracht, Stefan/Gräfin von Schlieffen, Katharina/Waas, Bernd/Zwiehoff, Gabriele, (Hrsg.), 2. Auflage, 2009, Berlin

**Sittard, Ulrich**, Neue Mindestlohngesetze in Deutschland, NZA 2009, S. 346 ff.

**Zöllner, Wolfgang**, Der kritische Weg des Arbeitsrechts zwischen Privatkapitalismus und Sozialstaat, NJW 1990, S. 1

## **Erklärung**

„Ich versichere, dass ich die Diplomarbeit selbstständig und nur unter Verwendung der angegebenen Quellen und Hilfsmittel angefertigt habe.“

Datum/ Unterschrift: \_\_\_\_\_