Neue Zeitschrift für
Arbeitsrecht
Zweiwochenschrift für die betriebliche Praxis
NZA 15/2010
10. August 2010 · 27. Jahrgang · Seite 841–912

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift herausgegeben von:
Prof. Dr. Jobst-Hubertus Bauer, Rechtsanwalt, Stuttgart – Prof. *Dr. Johannes Peter Francken,* Präsident des LAG Baden-Württemberg, Stuttgart – *Edith Gräfl,* Vorsitzende Richterin am BAG, Erfurt – *Dr. Thomas Klebe,* Justitiar der IG Metall, Frankfurt a. M. – *Wolfgang Koberski,* Direktor bei den Sozialkassen des Baugewerbes, Wiesbaden – Prof. *Dr. Eckhard Kreßel,* Leiter Personal- und Arbeitspolitik der Daimler AG, Stuttgart – Prof. *Dr. Klaus Neef,* Rechtsanwalt, Hannover – Prof. *Dr. Ulrich Preis,* Universität zu Köln – Prof. *Dr. Reinhard Richardi,* Universität Regensburg – Prof. *Dr. Volker Rieble,* München – *Ingrid Schmidt,* Präsidentin des BAG, Erfurt – Prof. *Dr. Klaus Schmidt,* Präsident des LAG Rheinland-Pfalz a. D., Heidelberg – Prof. *Dr. Achim Schunder,* Rechtsanwalt, Frankfurt a. M. – *Hans Joachim Spiegelhalter,* Geschäftsführer Personal der Buderus Heiztechnik GmbH a. D., Wetzlar – Prof. *Dr. Ulrike Wendeling-Schröder,* Universität Hannover – Prof. *Dr. Hellmut Wißmann,* Präsident des BAG a. D., Erfurt

Schriftleitung: *Prof. Dr. Klaus Schmidt, Hans Joachim Spiegelhalter und Prof. Dr. Achim Schunder,* Beethovenstr. 7b, 60325 Frankfurt a. M.

Aufsätze und Berichte

Professor Dr. Eva Kocher, Frankfurt/Oder*

Diskontinuität von Erwerbsbiografien und das Normalarbeitsrecht

Der Umgang mit Unsicherheiten

Die wachsende Erwerbsbeteiligung und die resultierenden Vereinbarkeitskonflikte zwischen Erwerbsarbeit und Privatleben erfordern ein Regelungsumfeld, das es den Beschäftigten ermöglicht, mit Unsicherheit umzugehen. Ansprüche und Rechte auf Anpassung von Arbeitszeit und Arbeitsbedingungen und Pflichten kennt das geltende Recht bereits; allerdings fehlt es häufig noch an geeigneten Modellen für eine Prozeduralisierung, die im Einzelfall gewährleisten könnte, dass die unterschiedlichen Interessen in der betrieblichen Praxis auch tatsächlich Berücksichtigung finden.

I. Sicherheit im Normalarbeitsverhältnis

Der Arbeitsmarkt ist ein besonderer Markt: Auf ihm werden unmittelbar Beschäftigungsverhältnisse zwischen Arbeitgeber/in und Arbeitnehmer/in verhandelt; mittelbar geht es dabei aber um Existenzsicherung und damit um Lebensschicksale. Das ist der Grund dafür, dass „Sicherheit" bei der Regulierung des Arbeitsmarkts eine so große Rolle spielt. Der Sozialstaat muss Risiken, die den einzelnen und sein/e Familie/privates Netzwerk in ihrer Problemlösungsfähigkeit überfordern, begrenzen oder ausgleichen, nicht zuletzt um die Entstehung von Risikokarrieren oder Risikoketten zu verhindern[1].

Für das Normalarbeitsverhältnis gibt es Vorstellungen von einer angemessenen Aufgabenteilung zwischen Arbeits-, Sozial- und Familienrecht in der Absicherung sozialer Risiken wie Krankheit, Alter und Familie. Das Gutachten, das *Waltermann* für den diesjährigen Juristentag erstellt hat, arbeitet überzeugend heraus, wie Privat- und Sozialrecht davon ausgehen müssen, dass durch Erwerbsarbeit die ökonomische Existenz abgesichert werden kann, und zwar über die Zeiten der aktiven Erwerbsarbeit hinaus. Die Annahme, man könne sich seine ökonomische Existenz durch Erwerbsarbeit sichern, lässt sich heute wohl nur noch durch ein verbindliches Mindestentgelt sichern[2]. Darüber hinaus müssen auch „atypische" Erwerbsarbeitsverhältnisse ein Mindestmaß an Planbarkeit und Zukunftssicherheit für die Beschäftigten gewährleisten: Im Verhältnis zur Prekarität „atypischer" Beschäftigung hat das Normalarbeitsverhältnis seine Leitbildfunktion also nicht verloren, und jedenfalls das Leitbild der Langfristigkeit ist sogar rechtlich abgesichert[3].

* Die Autorin ist Inhaberin der Professur für Europäisches Arbeitsrecht an der Europa-Universität Viadrina in Frankfurt/Oder. Der Text entstand im Zusammenhang mit dem Forschungsprojekt Arbeits- und sozialrechtliche Regulierung für Übergänge im Lebenslauf und in Zusammenarbeit mit *Felix Welti, Christian Paschke, Christine Schulze-Doll, Barbara Zimmer* und *Claudia Bogedan* (gefördert durch die Hans-Böckler-Stiftung).

1 *Naegele*, in: *Naegele* (Hrsg.), Soziale Lebenslaufpolitik, 2010, S. 28

2 *Waltermann*, NJW 2010, 801; *ders.*, Abschied vom Normalarbeitsverhältnis?, Gutachten für den 68. Deutschen Juristentag, 2010, vor allem unter B II und C IV. Zur Erwerbsarbeit als Bezugspunkt des Unterhaltsrechts s. auch *Kaiser*, in: *Rieble/Junker*, Familienschutz und Familienverträglichkeit des ArbR, 2007, S. 106 ff.

3 Art. 30 Grundrechtscharta der EU (Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung). Vgl. *EuGH* (4. 7. 2006), NZA 2006, 909 = NJW 2006, 2465 = EuZW 2006, 730 – Adeneler (Grundsatz unbefristeter Arbeitsverträge); *Waltermann*, Gutachten für den 68. Deutschen Juristentag, 2010, B I 3; s. auch *Strick*, in: *Rieble/Junker* (o. Fußn. 2), Rdnrn. 14 ff.

Aus der Perspektive der Existenzsicherung im Haushaltskontext wirft die Teilzeitarbeit keine spezifisch rechtlichen Probleme auf[4]. Sie stellt das Leitbild des Normalarbeitsverhältnisses aber aus einer anderen Perspektive in Frage: „Diskontinuitäten" von Erwerbsbiografien werfen Fragen auf, die über das Problem der ökonomischen Existenzsicherung im Haushaltskontext hinausgehen.

II. Diskontinuität von Biografien und Arbeitsrecht

1. Zunahme der Erwerbsbeteiligung und Diskontinuitäten

Die Zunahme von Teilzeitarbeit sowie diskontinuierlicher Erwerbsbiografien hängen eng mit der zunehmenden Erwerbsbeteiligung sowohl von Frauen als auch von älteren Beschäftigten zusammen, die wiederum veränderte Lebensmuster und familiäre Arbeitsteilungen voraussetzt[5]. Das Normalarbeitsverhältnis baut darauf, dass die Beschäftigten sich in vollem Umfang der Erwerbsarbeit widmen können, die Familien- und Sorgearbeit „privat" abgesichert ist, und dass Veränderungen der Leistungsfähigkeit Ausnahmezustände darstellen, zusammengefasst: Das Normalarbeitsverhältnis rechnet nicht mit Veränderungen der „privaten" Lebenssituation auf Seiten der Arbeitnehmer/innen.

2. Strukturwandel der Arbeit

Die Frage nach einem möglichen Abschied vom Normalarbeitsverhältnis hat übrigens nicht zufällig die Krise des fordistischen Arbeitsmodells immer begleitet[6]. „Strukturwandel der Arbeit", steigende Flexibilitätsanforderungen, der Rückgang des industriellen zu Gunsten des Dienstleistungssektors führen zu veränderten Organisationsformen der Erwerbsarbeit[7]. Die US-amerikanische Organisations- und Rechtswissenschaftlerin *Katherine Stone* hat vor wenigen Jahren die Zusammenhänge zwischen arbeitsorganisatorischen Veränderungen einerseits und arbeitsrechtlichem Wandel andererseits genauer aufgezeigt. Sie grenzt dabei die neue Produktionsweise historisch von der „industriellen" Produktionsweise ab, in der Unternehmen interne, hierarchisch aufgebaute Arbeitsmärkte mit Besitzstandsrechten und Aufstiegsmöglichkeiten schafften, um insbesondere ungelernte Arbeitskräfte an sich binden[8]. Das Normalarbeitsverhältnis war hierbei ein wichtiges Instrument.

Diese Funktion verliert aber in der „digitalen" Produktionsweise an Bedeutung, wenn in „entgrenzten" Beschäftigungsverhältnissen an die Stelle klarer Aufgabenbeschreibungen und entsprechender Sicherheiten allgemeine Karrieren und Berufswege, flache Hierarchien, Chancen und Perspektiven treten[9]. Statt Loyalität und Einsatz bei der Arbeit erwarten immer mehr Unternehmen von ihren Beschäftigten flexiblen Einsatz für die Organisation („commitment") und eine entsprechende affektive Motivation[10]. Diese Produktionsweise braucht „Arbeitskraftunternehmer"[11].

Die neuen Produktionsweisen schaffen so einerseits neue Freiheiten vom „stahlharten Gehäuse" des Gemeinschaftsverhältnisses[12], andererseits aber auch neue Verwundbarkeiten[13]. Das gilt nicht nur für die Übergangskohorte, also diejenigen Menschen, die kulturell und psychologisch an das alte Arrangement gebunden sind, deren Arbeitsumgebung jedoch durch neue Arrangements und Anforderungen geprägt ist[14]. Auch viele jüngere Beschäftigte, die ihre berufliche Zukunft seltener noch als kontinuierliche Karriere für ein einziges Unternehmen vor sich sehen, müssen mühsam und jeweils individuell an der Schaffung einer „Work-Life-Balance" basteln. Daraus ergeben sich neue Konflikte und Regelungsbedürfnisse.

Der Supiot-Bericht, der sich interdisziplinär und rechtsvergleichend ebenfalls mit arbeits- und sozialrechtlichen Konsequenzen aus der Krise des fordistischen Produktionsmodells und der Zunahme der Erwerbsbeteiligung beschäftigte[15], brachte die neuen Anforderungen auf den Punkt: Regulierungen zum sozialen Schutz müssen es den Beschäftigten ermöglichen, mit wachsender Unsicherheit umzugehen. Wenn an Beschäftigte immer häufiger Zumutungen größerer Flexibilität herangetragen werden, müssten im Gegenzug die Arbeitgeber stärker Verantwortung für die Beschäftigungsfähigkeit („employability") und die Vereinbarkeit von Beschäftigung und privater Situation mit übernehmen[16].

III. Arbeitsrechtliche Instrumente für diskontinuierliche Erwerbsbiografien

Neben der Ressource „Geld" und „Arbeitsschutz" gewinnen deshalb insbesondere die Ressourcen „Verfügung über Zeit/Zeitsouveränität" und „Qualifikation" an Bedeutung[17]. Bestehende Rechte und Probleme sollen im Folgenden überblicksartig zusammengefasst sowie einige Lücken aufgezeigt werden.

1. Rechte auf Zeitsouveränität

Ein wichtiges Instrument zum Umgang mit Unsicherheiten im Lebensverlauf wäre die Verwirklichung größerer Zeitsouveränität im Rahmen einer lebenslauforientierten Beschäftigungspolitik; sie könnte und müsste die individuelle Bereitschaft zur Übernahme von Lebenslaufrisiken stärken[18]. Der Supiot-Bericht formulierte hierfür den Begriff der „social drawing rights" („soziale Ziehungsrechte")[19], um den sozialwissenschaftlichen Begriff der optionalen Rechte in juristisches Denken zu übersetzen. Der Begriff lässt dennoch offen, was dies in konkreten „Ansprüchen", Pflichten und Obliegenheiten bedeuten kann.

a) *Gleitzeit und Arbeitszeitkonten.* Bei Ausübung von Weisungsrechten, auch in Hinblick auf die Arbeitszeit, verlangt der Maßstab billigen Ermessens nach § 106 GewO vom Arbeitgeber eine umfassende Interessenabwägung; dabei sind

4 *Waltermann*, Gutachten für den 68. Deutschen Juristentag, 2010, B I 1 a, zur abgabenprivilegierten Beschäftigung aber B I 1 b–f.
5 *Schmid*, in: *Naegele* (o. Fußn. 1), S. 333 ff.; *Naegele*, in: *Naegele* (o. Fußn. 1), S. 35 (40).
6 Z. B. *Matthies/Mückenberger/Offe/Peter/Raasch*, Arbeit 2000, 1994, S. 21 ff., S. 89 ff.; *Hoffmann/Walwei*, MittAB 1998, 409.
7 S. auch *Klammer*, in: *Naegele* (o. Fußn. 1), S. 688 ff.
8 *Stone*, From Widgets to Digits, 2004, S. 27 ff.
9 *Stone* (o. Fußn. 8), S. 67 ff. „boundaryless workplace"; vgl. *Sennett*, Der flexible Mensch, 1998; *ders.*, Die Kultur des neuen Kapitalismus, 2005.
10 *Stone* (o. Fußn. 8), S. 99 ff., S. 94 f. Zu den Herausforderungen für das Human Resource Management s. insofern auch *Schuler/Jackson*, in: *Blanpain* (Hrsg.), Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies, 8. Aufl. (2004), S. 125 ff.
11 Zum Begriff *Voß/Pongratz*, KZfSS 50 (1998), 131; vgl. *Stone* (o. Fußn. 8), S. 112.
12 So der Begriff von *Max Weber*, an den *Sennett*, Die Kultur des neuen Kapitalismus (o. Fußn. 9), erinnert.
13 Vgl. *Vogel*, Wohlstandskonflikte, 2009.
14 *Stone* (o. Fußn. 8), S. 120 ff.;
15 *Spiot/Casas/Hanau/Johansson/Meadows/Mingione/Salais/van der Heijden*, Comparative Labour Law & Policy Journal 20 (1999), 621; *Supiot*, Beyond Employment, 2001.
16 *Stone* (o. Fußn. 8), S. 67. Für einen Überblick auch *Kocher*, WSI-Mitt. 2007, 434; *Kocher/Welti*, WSI-Mitt. 2010, 299. Zur Bedeutung auch *Rojot*, in *Blanpain* (o. Fußn. 10), S. 458 ff. S. auch Art. 33 der Grundrechtscharta der EU.
17 *Stone* (o. Fußn. 8), S. 127 ff.
18 *Schmid*, in: *Naegele* (o. Fußn. 1), S. 334. Das gleiche gilt für „betriebliche Lernzeitkonten" (Expertenkommission Finanzierung Lebenslangen Lernens, Schlussbericht, 2004, S. 262; *Heidemann*, WSI-Mitt. 2009, 453). Zum Begriff der Lebenslaufpolitik s. *Klammer*, in: *Naegele* (o. Fußn. 1), S. 699.
19 *Supiot/Casas/Hanau/Johansson/Meadows/Mingione/Salais/van der Heijden*, Comparative Labour Law & Policy Journal 20 (1999), 621 (628); *Supiot* (o. Fußn. 15), S. 56 f.; *Mückenberger*, WSI-Mitt. 2007, 195.

selbstverständlich auch familiäre Interessen zu berücksichtigen[20]. Wirksamer als solche Einzelfallabwägungen sind allerdings betriebliche Arbeitszeitmodelle, die Wahlmöglichkeiten zur Vereinbarkeit von Erwerbsarbeit mit anderen lebensphasenspezifischen Bedürfnissen eröffnen[21]. Jedenfalls die Gleitzeit hebt innerhalb der festgelegten Zeiten die Arbeitspflicht auf und ermöglicht so dem einzelnen Arbeitnehmer die Bestimmung der von ihm zu leistenden Arbeitszeit entsprechend seinen Bedarfen in den Grenzen des billigen Ermessens (§ 315 BGB)[22].

Allerdings hat in der mittleren Lebensphase vor allem die dauernde Balance von beruflichen und außerberuflichen Aktivitäten einen hohen Stellenwert, was die Relevanz der Gleitzeit für die Lebenslaufgestaltung begrenzt. Langzeitarbeitskonten könnten insofern geeigneter für die Lebenslaufplanung sein. Ihre Sicherung in der Insolvenz ist die Aufgabe von § 7 d SGB IV; auch gewährleistet § 7 I b SGB IV ein Mindestmaß an Freiwilligkeit bei der Teilnahme an flexiblen Arbeitszeitmodellen[23]. Empirisch lässt sich dennoch feststellen, dass gerade Beschäftigte mit Kindern oder Pflegeaufgaben kaum Guthaben mit Langzeitkonten aufbauen können[24]. Die Verteilung der Entnahme- und Zugriffsrechte, der Umgang mit überquellenden Konten, die Abwägung zwischen betrieblichen und privaten Interessen an einer Inanspruchnahme harren noch einer überzeugenden Regelung. *Körner* hat deshalb vorgeschlagen, rechtlich zumindest abzusichern, dass die Entnahme von Guthaben für familiäre Zwecke nur aus dringenden betrieblichen Erfordernissen abgelehnt werden dürfe[25].

b) *Teilzeit, Elternzeit und Pflegezeit.* Sie kann dabei auf § 15 VII Nr. 4 BEEG verweisen, und damit auf eine derjenigen Normen, die für die verlässliche Lösung alltäglicher Zeitnöte in der Praxis tatsächlich angekommen zu sein scheint[26]. Zur längerfristigen Reduzierung der Arbeitszeit enthält das deutsche Recht bereits eine Reihe von garantierten Optionen (§ 15 V – VII BEEG, §§ 3, 4 PflegeZG, § 81 V 3 SGB IX; § 8 TzBfG)[27]. In der unterschiedlichen Gewichtung möglicher Arbeitnehmerinteressen an geringerer Arbeitszeit, die vom Arbeitgeber ein je unterschiedliches Maß an Darlegungen verlangen, ist hier das Verhältnis zwischen der Offenheit für unbenannte Interessen (wie z. B. Qualifizierungswünsche) und der Gewichtung besonders legitim erachteter (Sorge-) Interessen gut gelöst[28].

Der Erhalt von Rechten, die vor dem Elternurlaub erworben wurden, ist durch Rechtsprechung und europäische Gesetzgebung im Grundsatz klar gestellt[29]. Der Klarstellung bedarf noch ein Recht auf Rückkehr an den bisherigen Arbeitsplatz; nur § 15 V 4 Alt. 2 BEEG enthält hierfür eine Regelung. Tarifliche Regelungen enthalten zum Teil darüber hinaus (jedenfalls für Fälle der Elternzeit) Vorschriften zum partiellen Einkommensausgleich[30].

Dennoch stellen Untersuchungen immer wieder fest, dass viele Beschäftigte ihr bevorzugtes Arbeitszeitvolumen nicht verwirklichen können; Männer wünschen sich häufig weniger Arbeitsstunden, während Frauen Bedarfe sowohl nach kürzeren Arbeitszeiten als auch nach einer Ausdehnung der Arbeitszeit äußern[31]. Jedenfalls für den letzteren Wunsch gibt es noch kaum geeignete Regelungen. So werden Anträge nach § 9 TzBfG in der Praxis äußerst selten gestellt[32]. Die neue Elternurlaubsrichtlinie 2010/18/EU[33] bringt hier nicht viel mehr, wenn sie für die in der Lebenslaufplanung kritische Situation des Wiedereinstiegs nach der Elternzeit verlangt, dass Arbeitnehmer Änderungen ihrer Arbeitszeiten und/oder des „Arbeitsarrangements" beantragen können müssen.

Bei der Teilzeitarbeit führt auch die häufig gewünschte Flexibilität der Inanspruchnahme immer wieder zu Konflikten. § 4 I 2 PflZG lässt eine Verlängerung bis zur Höchstdauer gegen den Willen des Arbeitgebers gar nur zu, wenn ein vorgesehener Wechsel in der Person des Pflegenden aus einem wichtigen Grund nicht erfolgen kann. Allerdings wird das jenseits dieser Regelung bestehende Bestimmungsrecht des Arbeitgebers an die Vorgaben der §§ 315 III, 313 BGB gebunden sein[34]. Die erwünschte Flexibilität auf Seiten des Arbeitnehmers muss dann in jedem Fall mit Planbarkeitsinteressen des Arbeitgebers und anderer Arbeitnehmer/innen (vgl. § 21 BEEG) abgewogen werden.

2. Anpassungsansprüche/Rechte auf angemessene Vorkehrungen

§ 106 S. 3 GewO weist darauf hin, dass im Rahmen billigen Ermessens auch auf Behinderungen i. S. des § 2 SGB IX Rücksicht zu nehmen[35]. Darüber hinaus gibt es im Schwerbehinderten- und Rehabilitationsrecht aufeinander aufbauende arbeits- und sozialrechtliche Regelungen, die ebenfalls verhindern sollen, dass Menschen wegen gesundheitlicher Einschränkungen aus dem Erwerbsleben ausscheiden müssen.

Auf die behinderungsgerechte Beschäftigung und die Anpassung von Arbeitsbedingungen besteht ein Rechtsanspruch[36]. Seiner Verwirklichung dient nicht zuletzt das Betriebliche Eingliederungsmanagement (BEM, § 84 II SGB IX). Der hier rechtlich regulierte „Suchprozess" soll individuell angepasste

20 *BAG* (23. 9. 2004), *BAGE* 112, 80 = NZA 2005, 359; *ArbG Hannover* (24. 5. 2007 – 10 Ca 384/06), BeckRS 2008, 56509 = AuR 2007, 280.

21 *Keller/Seifert*, in: *Keller/Seifert*, Atypische Beschäftigung, 2007, 11; *Brandl/Hildebrandt/Wotschack*, Arbeitszeitpolitik im Lebenslauf, 2008; *Hildebrandt*, Lebenslaufpolitik im Betrieb, 2007; *Klammer*, in: *Kronauer/Linne*, Flexicurity, 2005, 249.

22 *BAG* (18. 4. 1989), AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 33 = NZA 1989, 732 L; *Schüren*, AuR 1996, 381 (384); vgl. *Reichold*, NZA 1998, 393 (397).

23 Vgl. *Seewald*, KassKomm, 64. Aufl. (2010), § 7 SGB IV Rdnr. 1450; *Hauck/Noftz/Knospe*, SGB IV, 2009, § 7 Rdnr. 39.

24 *Wotschack/Hildebrandt/Scheier*, WSI-Mitt. 2008, 619; *Naegele*, in: *Naegele* (o. Fußn. 1), S. 58 ff.; *Klammer*, in: *Naegele* (o. Fußn. 1), S. 691 f.

25 *Körner*, in: *Rieble/Junker* (o. Fußn. 2), Rdnrn. 46 ff. Rdnr. 60.

26 *Körner*, in: *Rieble/Junker* (o. Fußn. 2), Rdnrn. 46 ff.; s. z. B. *BAG* (15. 12. 2009), NZA 2010, 447.

27 *Kocher*, WSI-Mitt. 2007, 434. Genauer zum BGleiG *v. Roetteken*, ZTR 2009, 121.

28 A. A. *Rieble*, in: *Rieble/Junker* (o. Fußn. 2), Rdnr. 48, der dies für eine „Verwässerung" des Elternrechts hält. Zu den Ablehnungsgründen genauer unten bei III 4.

29 ErfK/*Dörner*, 9. Aufl. (2009), § 15 BEEG Rdnr. 28; *Rancke*, Hk-MuSchG, 2007, BEEG § 15 Rdnr. 52, Rdnrn. 49 ff. Vgl. schon Art. 15 der Richtlinie 2006/54/EG; s. dazu jetzt auch § 5:1 der Richtlinie 2010/18/EU; *EuGH* (22. 10. 2009), NZA 2010, 29 = NJW 2010, 1582 = EuZW 2010, 68 – Meerts.

30 *Körner*, in: *Rieble/Junker* (o. Fußn. 2), Rdnrn. 25 ff.

31 *Klammer*, in: *Naegele* (o. Fußn. 1), S. 686.

32 *Laux/Schlachter*, TzBfG, 2007, § 9 Rdnr. 1 unter Verweis auf *Magvas/Spitznagel*, BABl. 11/2002, 11. Zur Rspr. *LAG Baden-Württemberg*, Urt. v. 27. 1. 2010 – 12 Sa 44/09, BeckRS 2010, 68019; (Revision anhängig unter 9 AZR 233/10) im Fall des *ArbG Berlin*, 7. 7. 2009 – 24 Ca 219/09 wurde der Anspruch gegen Überlastung eingesetzt.

33 Rahmenvereinbarung zur Richtlinie 2010/18/EU, umzusetzen bis spätestens 8. 3. 2012.

34 *Glatzel*, NJW 2009, 1377 (1378) verweist auf die Grenze des § 242 BGB; vgl. auch *BAG* (21. 4. 2009), NZA 2010, 155 = NJW 2010, 695; für die Übertragung der nicht verbrauchten Restelternzeit gem. § 15 II 4 Halbs. 1 BEEG; anders für die Pflegezeit *ArbG Stuttgart* (24. 9. 2009), BB 2010, 705 = BeckRS 2009, 73236.

35 S. z. B. *LAG Hamm*, Urt. v. 1. 6. 2007 – 10 Sa 249/07, BeckRS 2007, 48083.

36 *BAG* (13. 6. 2006), *BAGE* 118, 252 = NZA 2007, 91; *BAG* (4. 10. 2005), *BAGE* 116, 121 = NZA 2006, 442 = NJW 2006, 1691 (Schutzgesetz nach § 823 II BGB); *Kohte*, DB 2008, 582; *Nebe*, DB 2008, 1801, *Welti*, Soziale Sicherheit 2008, 125.

Lösungen ermitteln helfen[37]. Das Versäumnis eines BEM muss deshalb dazu führen, dass der Arbeitgeber sich nicht mehr auf die Unmöglichkeit der behinderungsgerechten Beschäftigung berufen kann[38]. Darüber hinaus ist die Durchführung eines BEM kündigungsrechtliche Obliegenheit des Arbeitgebers, ein Ausdruck des ultima-ratio-Prinzips[39] (Anlass für die Regelung war unter anderem ein Zuwachs der Arbeitslosenquote auf Grund krankheitsbedingter arbeitgeberseitiger Kündigungen)[40]. Entsprechend kann auch das Integrationsamt die Zustimmung zur Kündigung eines Schwerbehinderten verweigern, wenn kein BEM durchgeführt wurde[41].

3. Rechte und Obliegenheiten auf Qualifizierung

Beschäftigten, die sich als Unternehmer/innen ihrer Arbeitskraft sehen (sollen), müssten darüber hinaus Qualifizierungsmöglichkeiten und Sicherheiten in der Beschäftigungsfähigkeit geboten werden[42].

Nach § 2 II und IV SGB III tragen die Arbeitsvertragsparteien gemeinsam die Verantwortung dafür, dass Arbeitnehmer/innen im Lauf eines Arbeitsverhältnisses ihre Beschäftigungsfähigkeit durch Qualifikation erhalten und entwickeln[43]. Die Norm erfasst insbesondere die Erhaltungs- und Anpassungsqualifizierung, nicht aber die Erweiterungsqualifizierung. Arbeitsrechtlich bleibt dabei einerseits sowohl der Umfang der Arbeitnehmerpflichten als auch der Umfang von Arbeitgeberpflichten zu klären.

a) *Arbeitnehmerpflichten.* Pflichten von Arbeitnehmern, sich zu qualifizieren, haben in der Rechtsprechung bisher vor allem im Rahmen des Kündigungsrechts eine Rolle gespielt. Das *BAG* berücksichtigt hier die Unvollständigkeit und Veränderungsoffenheit des Arbeitsvertrags insofern, als es die vertragliche Hauptpflicht der Arbeitnehmer nicht auf die ursprünglich vertraglich vereinbarte Arbeitsleistung beschränkt, sondern sie auf Veränderungen im Rahmen eines „normalen Schwankungsbereichs" erstreckt. Der Arbeitnehmer muss auch die hierfür erforderliche Eignung oder Fähigkeit aufweisen, wenn er nicht eine personenbedingte Kündigung befürchten will[44]. Die Teilnahme an entsprechenden Qualifizierungsmaßnahmen wird in diesen Fällen Teil der vertraglichen Hauptpflicht sein, die insofern der Konkretisierung durch den Arbeitgeber im Rahmen billigen Ermessens unterliegt (§ 106 GewO).

Soweit Weiterbildung über die Anpassungsqualifizierung hinaus erforderlich erscheint, kann diese zwar nicht als Pflicht vom Arbeitnehmer eingefordert werden; eine betriebsbedingte Kündigung droht allerdings, wenn der bisherige Arbeitsplatz nicht mehr in der ursprünglichen Form vorhanden sein sollte[45].

Zur Verantwortlichkeit für die Organisation und Finanzierung der erforderlichen Weiterbildung enthält § 97 II BetrVG ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats; in seinem Anwendungsbereich liegt die Kostentragungspflicht jedenfalls allein beim Arbeitgeber[46]. Ohnehin wird es mit dem billigen Ermessen (§ 106 GewO) kaum vereinbar sein, Fort- und Weiterbildung auf Kosten des Arbeitnehmers zu verlangen, wenn der Qualifizierungsbedarf aus der Sphäre des Arbeitgebers kommt[47]. Insofern spricht einiges dafür, dass die Anpassungsqualifizierung im Rahmen der vertraglichen Pflichten generell auf Kosten des Arbeitgebers und in der Arbeitszeit anzubieten ist; die Pflicht des Arbeitnehmers beschränkt sich in diesen Fällen darauf, diese Angebote wahrzunehmen. Schließlich hat der Arbeitgeber in den Grenzen des vertraglichen Pflichtenprogramms im Regelfall eine Beschäftigungspflicht, die nicht zuletzt dem Zweck des Erhalts und der Fortbildung der beruflichen Fähigkeiten des Arbeitnehmers dient[48].

b) *Arbeitgeberpflichten.* Ein weiteres Argument dafür, dass es keine Pflicht zur selbst finanzierten Qualifizierung gebe, ergibt sich aus dem Kündigungsschutzrecht: Insbesondere § 1 II 3 KSchG begründet in den Grenzen der Zumutbarkeit Obliegenheiten des Arbeitgebers zum Angebot von Fort- und Weiterbildungen[49]. Als Auslegungshilfe für die Obliegenheiten des Arbeitgebers im Rahmen des kündigungsschutzrechtlichen ultima-ratio- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes kann § 2 II SGB III dienen[50]. Dies hat nicht zuletzt zur Folge, dass in der Interessenabwägung die individuelle Arbeitsmarktsituation und die Beschäftigungschancen der Arbeitnehmer stärker zu berücksichtigen sind[51].

c) *Weitere freizügigkeitshemmende Regelungen.* In Hinblick auf die Flexibilität von Beschäftigten auf den Arbeitsmärkten ist auch die Frage relevant, wie die Vorteile aus erworbenen Qualifikationen zu verteilen sind. Problematisch ist dies insbesondere, wenn Arbeitnehmer sie auf den externen Arbeitsmarkt mitnehmen.

Über die Zulässigkeit einer Pflicht von Arbeitnehmern zur Entschädigung des qualifizierenden Arbeitgebers entschied vor kurzem auch die *Große Kammer* des *EuGH*[52]. Zwar ging es im Ausgangsfall um die Fortsetzung der Bosman-Rechtsprechung über Ablösezahlungen im Profifußball. Diese Zahlungen werden aber seit einigen Jahren als Ausbildungsentschädigung gezahlt. Der *EuGH* sah das Interesse, die Anwerbung und Ausbildung von Nachwuchsspielern zu fördern, grundsätzlich als legitimen Grund zur Beschränkung der Freizügigkeit. Allerdings dürfe die verlangte Entschädigung in der Höhe nicht unabhängig von den tatsächlichen Ausbildungskosten sein. Er argumentierte vor allem damit, dass die Erträge aus diesen Investitionen aleatorischen Charakter hätten, da die ausgebildeten Nachwuchsspieler später nur zum Teil eine Karriere als Berufsspieler entweder bei dem Verein, der sie ausgebildet hat, oder bei einem anderen Verein einschlagen. Jedenfalls würden die Ausbildungskosten im All-

37 Das *BAG* (10. 12. 2009), NZA 2010, 398 zitiert hier *Kohte*, DB 2008, 582 (583).
38 *BAGE* 116, 121 = NZA 2006, 442 = NJW 2006, 1691.
39 *BAG* (12. 7. 2007), *BAGE* 123, 234 = NZA 2008, 173; *BAG* (23. 4. 2008), NZA-RR 2008, 515; *BAG*, NZA 2010, 398.
40 *Welti*, NZS 2006, 623 (624).
41 *Deinert*, in: *Welti*, Das RehabilitationsR in der Praxis der Sozialleistungsträger, 2009, S. 52.
42 *Stone* (o. Fußn. 8), S. 112 f.; *Supiot/Casas/Hanaul/Johansson/Meadows/Mingione/Salais/van der Heijden*, Comparative Labour Law & Policy Journal 20 (1999), 621 (627). S. Art. 15 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte (vgl. Art. 151 I AEUV).
43 *Natzel*, BB 2010, 697.
44 *BAG* (10. 4. 1984), NZA 1984, 233 (zum Versetzungsbegriff nach § 95 III BetrVG); *ArbG Bonn* (4. 7. 1990), NZA 1991, 512 = NJW 1991, 2168; *BAG* (28. 1. 2010), NZA 2010, 625 = DB 2010, 1071; s. auch *Wisskirchen/Bissels/Schmidt*, NZA 2008, 1386.
45 *Wisskirchen/Bissel/Schmidt*, NZA 2008, 1386.
46 ErfK/*Kania* (o. Fußn. 29), § 97 BetrVG Rdnr. 7; *Raab*, GK-BetrVG, II, 8. Aufl. (2005), § 97 Rdnr. 23.
47 *Natzel*, BB 2010, 697 (700).
48 *BAG* (10. 11. 1955), *BAGE* 2, 221 = NJW 1956, 359; *BAG* (27. 2. 1985), *BAGE* 48, 122 = NZA 1985, 702 = NJW 1985, 2968 (vgl. *LAG Köln*, Beschl. v. 20. 3. 2001 – 6 Ta 46/01, BeckRS 2001, 40499), dort jeweils auch zu den Grenzen der Beschäftigungs- (und damit der Fortbildungs-) pflicht. Siehe auch den Hinweis auf die betrieblichen (Finanzierungs-)Möglichkeiten in § 81 IV 2 BetrVG.
49 *Wisskirchen/Bissels/Schmidt*, NZA 2008, 1386 (1388); zur daraus folgenden Kostentragungspflicht des Arbeitgebers.
50 *Bieback*, AuR 1999, 209; s. auch *Natzel*, BB 2010, 697 (698).
51 *Bieback*, AuR 1999, 209.
52 *EuGH* (16. 3. 2010), NZA 2010, 346 = NJW 2010, 1733 = EuZW 2010, 342 – Olympique Lyonnais; *EuGH* (15. 12. 1995), NZA 1996, 191 = NJW 1996, 505 = EuZW 1996, 82 – Bosman.

gemeinen nur teilweise durch den Gewinn ausgeglichen, den der ausbildende Verein aus diesen Spielern während der Ausbildungszeit ziehen könne.

Das Urteil betraf den Fall, dass eine Entschädigung trotz Auslaufens eines befristeten Beschäftigungsverhältnisses zu zahlen war. Hier war also die Unsicherheit über den Ertrag der Ausbildungsinvestition bereits mit Hilfe der Befristung auf den Spieler verlagert. Ob es wirklich noch eine angemessene Interessenabwägung darstellt, wenn zusätzlich das Finanzierungsrisiko beim Spieler bleibt, ist äußerst fraglich und erscheint wohl nur auf Grund der besonderen Bedingungen im Profisport gerechtfertigt, die es ermöglichen, dass faktisch der spätere Verein die Kosten übernimmt. Entgegen der ursprünglichen Einschätzung der Generalanwältin[53] hält sich die Übertragbarkeit der entwickelten Grundsätze auf andere Arbeitsverhältnisse daher dennoch in Grenzen.

Das *BAG* ist zu Recht strenger, wenn es um die Zulässigkeit von AGB-Klauseln geht, die Arbeitnehmer/innen zur Rückzahlung von Ausbildungskosten verpflichten. Es akzeptiert solche Klauseln bislang nur für Fälle von Eigenkündigungen oder berechtigter verhaltensbedingter Kündigungen des Arbeitgebers sowie nach Durchführung einer Abwägung zwischen Bindungsdauer, Kosten und Nutzen der Qualifizierungsmaßnahme für den Arbeitgeber und Vorteilen der Ausbildung für den Arbeitnehmer[54].

Unter dem Gesichtspunkt der Freizügigkeit (Art. 45 AEUV) ist auch die Zulässigkeit nachvertraglicher Wettbewerbsverbote zu beurteilen, die in Deutschland nur in den Grenzen der § 110 GewO, §§ 74 ff. HGB, also nur bis zu einer Dauer von zwei Jahren (§ 74 a I 3 HGB) und bei Gewährleistung einer Entschädigung (§ 74 II HGB) vereinbart werden können[55]. Jedenfalls wenn ein Unternehmen selbst keine Beschäftigungssicherheit anbieten kann (und eine Beendigung veranlasst), muss es den Beschäftigten erlauben, „im Arbeitsverhältnis erworbenes Erfahrungswissen einschließlich der Kenntnis von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen" sowie Netzwerke und Kundenkontakte für die eigene berufliche Entwicklung zu nutzen (vgl. § 75 I und II HGB)[56]. Dies gilt auch für nachvertragliche Verschwiegenheitspflichten mit den gleichen Wirkungen[57].

4. Fairness als Regelungsaufgabe

Die Verwirklichung von Lebenslaufinteressen der Beschäftigten in einem konkreten betrieblichen Zusammenhang bedarf nach den geltenden rechtlichen Vorgaben in aller Regel einer komplizierten Abstimmung mit betrieblichen Interessen unterschiedlichen Gewichts. So kann der Arbeitgeber im Kontext des § 81 V 3 SGB IX Unzumutbarkeit einwenden bzw. gegen ein Arbeitszeitreduzierungsverlangen nach § 15 VII 1 Nr. 4 BEEG, § 12 BGleiG oder § 3 IV 2 PflZG oder gegen ein Verlangen nach Umsetzung auf einen Tagesarbeitsplatz nach § 6 IV ArbZG nur dringende betriebliche Gründe oder Erfordernisse. Der verallgemeinerte Teilzeitanspruch ist hingegen nach § 8 IV TzBfG schlicht durch betriebliche Gründe begrenzt.

Dies führt für den Einzelfall zu Rechtsunsicherheit. Eine stärkere Materialisierung (z. B. durch die Beschränkung des Arbeitgebers auf ein nur einmaliges Ablehnungsrecht[58]) dürfte jedoch dennoch im betrieblichen Konflikt kaum weiterhelfen. Angemessener erscheint hier eine Prozeduralisierung, wie sie auch im SGB IX geregelt ist. Die Suche nach Zeitsouveränität könnte insofern ein „Management by Participation" begünstigen[59]; Stone vermutet, dass „Fairness" zu einem neuen Zentralbegriff des Arbeitnehmerschutzes werden könne, wenn Beschäftigung in einem kontinuierlichen Wandel stattfinde[60].

a) *Betriebliche Verhandlungsrechte.* Ein bloßes Antragsrecht, wie es § 6.1 der neuen Elternurlaubsrichtlinie 2010/18/EU als Mindeststandard verlangt, dürfte kaum weiter führen. § 8 III TzBfG versuchte, die Notwendigkeit der fairen Abstimmung durch einen Verhandlungsanspruch zu normieren (vgl. auch § 3 IV 1 PflZG). Das Fehlen der innerbetrieblichen Verhandlung soll nach Meinung des *BAG* nicht dazu führen, dass die Zustimmung des Arbeitgebers als erteilt gelte. Allerdings dürfe der Arbeitgeber ein Argument, das in den innerbetrieblichen Verhandlungen hätte ausgeräumt werden können, nicht mehr vor Gericht verwenden[61].

b) *Kollektive Einbindungen.* Das individuelle Verhandlungsrecht greift aber zu kurz, wenn – wie es häufig der Fall ist – nicht nur die individuellen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen gegeneinander, sondern diese wiederum mit den Interessen anderer Beschäftigter abgewogen werden müssen. Ausdrücklich formuliert ist dies in § 9 TzBfG, der für die Grenzen des Beurteilungsspielraums des Arbeitgebers auch auf die Wünsche anderer Arbeitnehmer verweist und sich insofern an § 7 I BUrlG anlehnt. Auch hinter den arbeitsorganisatorischen Gründen nach § 8 IV 2 TzBfG verstecken sich häufig kollektive und Gleichbehandlungsinteressen[62].

Zu Recht ist deshalb der Beurteilungsspielraum über Urlaub und Arbeitszeit mitbestimmt nach § 87 I Nr. 5 bzw. Nr. 2 BetrVG[63]. Für Berufsbildungsmaßnahmen enthalten die §§ 96 ff. BetrVG detaillierte Regelungen. § 8 IV 3 und 4 TzBfG verweist darüber hinaus auf die Möglichkeit tariflicher Festlegung der Gründe für die Ablehnung von Teilzeitwünschen. An solchen Regelungsvorbildern wäre anzuknüpfen[64]. Im Schwerbehindertenrecht haben wir in § 83 SGB IX sogar eine Vorgabe für Integrationsvereinbarungen über die Eingliederung schwerbehinderter Menschen, die Zielvorgaben enthält[65].

IV. Fazit

Diskontinuität heißt nicht notwendig Prekarität und ist kaum noch „atypisch" zu nennen. Die Beschäftigten müssen hier aber zum Teil Risiken für ihre Lebenslaufplanung übernehmen, die ihrem legitimen „Konstanzbedürfnis"[66] entgegen stehen und nach einem rechtlichen Rahmen für Planungssi-

53 Generalanwältin *Sharpston*, Schlussanträge v. 16. 7. 2009 – C-325/08, BeckRS 2009, 70826 Rdnrn. 30 f.

54 *BAG* (24. 6. 2004), *BAGE* 111, 157 = NZA 2004, 1035 = NJW 2004, 3059 = EzA § 611 BGB 2002 Ausbildungsbeihilfe Nr. 7; *BAG* (14. 1. 2009), NZA 2009, 666 = NJW 2009, 2557 L; *BAG* (15. 9. 2009), NZA 2010, 342 = NJW 2010, 550.

55 *BAG* (19. 5. 1998), NZA 1999, 200 = NJW 1999, 2062 L; *BAG* (15. 6. 1993), *BAGE* 73, 229 = NZA 1994, 502; *BAG* (16. 3. 1982), *BAGE* 41, 21 = NJW 1983, 134.

56 *BAGE* 73, 229 = NZA 1994, 502 zum entsprechenden US-amerikanischen Recht s. *Stone* (o. Fußn. 8), S. 127 ff.; S. 152.

57 *BAG*, NZA 1999, 200 = NJW 1999, 2062 L.

58 *Expertenkommission* (o. Fußn. 18), S. 239, die auch eine Überforderungsklausel vorschlägt (Freistellungen dürfen einen bestimmten Prozentsatz der Beschäftigten nicht überschreiten).

59 *Reichold*, NZA 1998, 393 (394); *Klammer*, in: *Naegele* (o. Fußn. 1), S. 699.

60 *Stone* (o. Fußn. 8), S. 96 ff.

61 *BAG* (18. 2. 2003), *BAGE* 105, 133 = NZA 2003, 911 = NJW 2003, 2771; krit. dazu *Kocher*, WSI-Mitt. 2007, 434.

62 Vgl. die Bsp. aus der Rspr. bei *Kocher*, WSI-Mitt. 2007, 436; *Düwell*, NZA 2009, 759 (760); s. auch *BAG*, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 33 = DB 1989, 1978 = NZA 1989, 732 L; *Diller*, BB 1998, 844.

63 Vgl. *BAG*, NZA 2009, 565 = NJW 2009, 1527; *BAG* (21. 11. 2006), NZA 2007, 712 Os. = NJOZ 2007, 2458 = DB 2007, 2155; *LAG Schleswig-Holstein*, Urt. v. 1. 3. 2007 – 4 SaGa 1/07, BeckRS 2007, 44084.

64 S. auch *Supiot/Casas/Hanau/Johansson/Meadows/Mingione/Salais/van der Heijden*, Comparative Labour Law & Policy Journal 20 (1999), 621 (628) zur Bedeutung der kollektiven Einbettung.

65 § 80 I Nr. 2 b BetrVG ist demgegenüber weniger klar (*BAG*, NZA 2009, 565 = NJW 2009, 1527).

66 *Wank*, AuR 2007, 244 (248).

cherheiten in Unsicherheitssituationen verlangen. Hierfür gibt es in einzelnen Fragen bereits Regelungsvorbilder. Hier ist insbesondere auf die Prozeduralisierung des Anspruchs auf behinderungsgerechte Beschäftigung durch das Betriebliche Eingliederungsmanagement zu verweisen. Als interessant könnte sich auch eine Aufteilung der Organisations- und Finanzierungsverantwortung unter Einbeziehung externer Stellen erweisen, die aus den Erfahrungen des Schwerbehindertenrechts sowie einschlägiger tariflicher Regelungen lernen könnte.

Für die Frage, wie im Rahmen der erforderlichen Ermessens- und Beurteilungsspielräume unterschiedliche Interessen wirksam werden können, gibt es mit den einschlägigen Mitbestimmungsrechten geeignete Regelungsvorbilder. Offen ist allerdings die Wirksamkeit der Interessenberücksichtigung, wo es an Betriebsräten fehlt.

Jedenfalls zeigen die Erfahrungen mit der Arbeitsplatzanpassung auch, dass für Klein- und Mittelbetriebe nach geeigneten überbetrieblichen Instrumenten der sozialen Sicherung jenseits des Einzelunternehmens gesucht werden muss, die Risiken überbetrieblich verteilen können[67].

67 *Köpke*, Soziale Sicherheit 2009, 68.