

Dagmar Schiek

Das Teilzeit- und Befristungsgesetz

Neue Paradigmen der Regulierung sogenannter atypischer Beschäftigung?*

Seit Mitte der 80er-Jahre entwerfen Bundesgesetzgeber und EG-Richtliniengeber einen Regulierungsrahmen für sogenannte atypische Beschäftigungsverhältnisse, zuletzt durch das Teilzeit- und Befristungsgesetz vom Dezember 2000 (TzBfG). Dieser Beitrag analysiert das TzBfG daraufhin, ob es den Regulierungsbedarfen flexibler Beschäftigung in Zeiten der zunehmenden Entgrenzung des Arbeitsverhältnisses sowie den EG-rechtlichen Vorgaben gerecht wird, und zeigt Regelungsdefizite sowie Ansätze zur tariflichen und betrieblichen Ergänzung der unzureichenden Reform auf.

Die Red.

I. Einführung

Am 1. 1. 2001 hat das Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG)¹ das Beschäftigungsförderungsgesetz (BeschFG) abgelöst, das seit seiner ersten Verabschiedung 1985² insgesamt zweimal verlängert wurde.³ Das BeschFG 1985 als erstmalige positive Regulierung sogenannter atypischer Beschäftigung sollte vorrangig die Voraussetzungen für befristete Arbeitsverhältnisse und für Arbeit auf Abruf sowie Arbeitsplatzteilung erleichtern,⁴ es sollte »Rigiditäten des Arbeitsmarktes«⁵ abbauen, um so »mehr Beschäftigung durch weniger Recht«⁶ zu erzeugen. Die beschäftigungspolitischen Erfolge blieben dem Konzept versagt, wie auch konservativere Studien anerkennen,⁷ obwohl zum Teil eine erhebliche Zunahme von Teilzeitarbeit, Arbeit auf Abruf sowie von sachgrundloser Befristung registriert wurde.⁸ Für diese sogenannten atypischen Beschäftigungsformen enthielt das BeschFG mit dem ausdrücklichen Verbot der Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten⁹ sowie den Mindestabruf- und Arbeitszeiten bei Arbeit auf Abruf¹⁰ auch erste soziale Mindestanforderungen. Es löste eine umfassende Diskussion zur arbeitsrechtlichen Deregulierung, aber auch

* Der Text gibt den Diskussionsstand vom September 2001 wieder.

1 Vom 21. 12. 2000, BGBl. I 1966.

2 Vom 26. 4. 1985, BGBl. I 710.

3 Durch Gesetz vom 22. 12. 1989, BGBl. I 2406 bis zum 31. 12. 1995; durch Gesetz vom 26. 7. 1994, BGBl. I S. 1786 bis zum 31. 12. 2000.

4 So die Begründung des Gesetzes, BT-Drs. 10/6555, S. 2 f.

5 So der Hauptakzent der programmatischen Schrift Kronberger Kreis: Mehr Markt im Arbeitsrecht, 1986.

6 So der Titel einer Aufsatzsammlung zum Thema (*Büchtemann/Neumann* (Hrsg.), Mehr Arbeit durch weniger Recht? Chancen und Risiken der Arbeitsmarktflexibilisierung, 1990).

7 *Infratest Sozialforschung*, Befristete Beschäftigung und Arbeitsmarkt. Empirische Untersuchung über befristete Arbeitsverträge nach dem BeschFG 1985/1990, BMA Forschungsbericht 242, 1994.

8 Vgl. *Sitte*, Bilanz der Politik für mehr Arbeitsplätze, WSI Mitt. 1997, 780; *Büchtemann/Höland*, Befristete Arbeitsverträge nach dem Beschäftigungsförderungsgesetz, BMA Forschungsbericht 189, 1989.

9 Das sachlich im wesentlichen eine Positivierung von Richterrecht war, dazu im einzelnen *Buschmann*, in: *Ders./Dieball/Stevens-Bartoll*, TzA, 1. Aufl. 1997, Rn. 4 zu § 2 BeschFG.

10 Die ebenfalls Richterrecht positivierten, vgl. BAG 12. 12. 1984 AP Nr. 6 zu § 2 KSchG.

über das Verhältnis von sogenannten atypischen Beschäftigungsverhältnissen zum sogenannten Normalarbeitsverhältnis aus.¹¹

Zeitgleich mit den ersten Entwürfen des BeschFG hatte die EG-Kommission erste Regelungsvorschläge zur sogenannten atypischen Beschäftigung unterbreitet, die der damit verbundenen Flexibilisierung des Arbeitsmarktes auch durch die Garantie sozialer Mindeststandards Legitimität verschaffen sollten.¹² Der Rat erzielte jedoch keine Einigung über diese Regelungen. Erst 1997 und 1999 verabschiedete der Rat gem. Art. 139 Abs. 2 EG-V aufgrund von Sozialpartnervereinbarungen¹³ Richtlinien zur Teilzeit¹⁴ und Befristung,¹⁵ die die Mitgliedsstaaten verpflichten, Missbrauch von Befristung auszuschließen und Diskriminierung aufgrund von Teilzeit oder Befristung zu untersagen.¹⁶ Die Begründungserwägungen der Sozialpartnervereinbarungen nennen zum Teil widersprüchliche Motive für ihre Verabschiedung: Die flexiblere Organisation der Arbeit¹⁷ wollen sie ebenso fördern wie die Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft.¹⁸ Es wird betont, dass sowohl Teilzeit als auch Befristung auch im Interesse der Beschäftigten liegen kann.¹⁹ Während Teilzeitarbeit generell als erwünscht gilt, soll bei Befristungen nur der Missbrauch verhindert werden.²⁰ Daneben sollen die Vereinbarungen dazu beitragen, dass sich das EG-rechtliche Gebot zur Angleichung der Arbeitsbedingungen auf dem Wege des Fortschritts (Art. 136 EG-V) auch und gerade auf prekäre Arbeitsverhältnisse auswirkt,²¹ also auf Teilzeit und Befristung: Diese Beschäftigungsformen sollen daher zu akzeptablen Bedingungen und vor allem ohne Diskriminierung gegenüber der unbefristeten Vollzeitbeschäftigung angeboten werden.²² Eine EG-rechtliche Regelung zur Leiharbeit steht noch aus, wird aber voraussichtlich ähnlichen Paradigmen folgen: Auf Initiative der Kommission hatten die Sozialpartner auf europäischer Ebene Verhandlungen über eine dritte Sozialpartnervereinbarung aufgenommen, die jedoch gescheitert sind, da der EGB auf der Verankerung eines Diskriminierungsverbotes für Leiharbeiter beharrte. Die Kommission wird das Rechtsetzungsverfahren jetzt mit einem eigenen Vorschlag fortsetzen, wobei zu erwarten ist, dass das Diskriminierungsverbot wiederum eine hervorragende Rolle spielt.²³

11 Zum Auslöseeffekt dieses Gesetzes vgl. *Hoffmann/Walwei*, MittAB 1998, 409.

12 Zuletzt KOM (90) 228 endg. v 13. 8. 1990 (Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte Arbeitsverhältnisse im Hinblick auf Wettbewerbsverzerrungen, ABl. EG 1990 Nr. C 224/6 und ABl. EG 1990 Nr. C 305/8; Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte Arbeitsverhältnisse hinsichtlich der Arbeitsbedingungen, ABl. EG 1990 Nr. C 224/8; verabschiedet wurde die RL 91/383 über die Verbesserung der Sicherung und des Gesundheitsschutzes von Arbeitnehmern mit befristetem Arbeitsverhältnis oder Leiharbeitsverhältnis), zum Richtlinienpaket *Wank*, RdA 1992, 103 sowie *Schmidt/Michael*, Die Richtlinienvorschläge der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zu den atypischen Arbeitsverhältnissen, 1992.

13 Zur Rechtsetzung im sozialen Dialog vgl. *Heinze*, Die Rechtsgrundlagen des sozialen Dialogs auf Gemeinschaftsebene, ZfA 1997, 505; *Höland*, Partnerschaftliche Setzung und Durchführung von Recht in der Europäischen Gemeinschaft, ZIAS 1995, 425; s. a. *Joussen*, Die Stellung europäischer Sozialpolitik nach dem Vertrag von Amsterdam, ZIAS 2000, 191.

14 RL 97/81/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 zu der von UNICE, CEEP and EGB geschlossenen Rahmenvereinigung über Teilzeitarbeit, ABl. 1998 L 14/9; geändert durch RL 98/23/EG (Ausdehnung auf das VK), ABl. 1998 L 131/10.

15 RL 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, ABl. 1999 L 175/43.

16 Jeweils § 1 der Sozialpartnervereinbarung.

17 Erwägungsgrund 4 Sozialpartnervereinbarung Teilzeit, Erwägungsgrund 5 Sozialpartnervereinbarung Befristung.

18 Erwägungsgrund 7 Sozialpartnervereinbarung Teilzeit, Erwägungsgrund 11 Sozialpartnervereinbarung Befristung.

19 Erwägungsgrund 5 Sozialpartnervereinbarung Teilzeit, Erwägungsgrund 8 Sozialpartnervereinbarung Befristung.

20 Jeweils § 1 Sozialpartnervereinbarung.

21 Jeweils Erwägungsgrund 3 der Richtlinie Teilzeit bzw. Befristung.

22 Jeweils § 1 Sozialpartnervereinbarung.

23 Vgl. Pressebericht unter <http://europa.eu.int/infonet/de/archives/0093.htm>.

Das Teilzeit- und Befristungsgesetz 2000 entfristet die mit dem BeschFG 1985 geschaffene Möglichkeit der sachgrundlosen Erstbefristung von Arbeitsverträgen sowie die Ermöglichung von Arbeit auf Abruf und Arbeitsplatzteilung, normiert in Umsetzung der beiden EG-Richtlinien erstmals ein Verbot der Benachteiligung wegen einer befristeten Beschäftigung und enthält mit dem Anspruch auf Teilzeitarbeit ohne weitere Voraussetzungen auch eine arbeitsmarktpolitische Komponente. Eine weitere (De)Regulierung sogenannter atypischer Beschäftigungsverhältnisse auf nationaler Ebene steht bevor: Nach dem inzwischen Gesetz gewordenen Regierungsentwurf eines JobAQTIV-Gesetzes²⁴ soll bezüglich der Leiharbeit der maximale Überlassungszeitraum auf zwei Jahre ausgedehnt werden, während der Arbeitgeber zur Gleichbehandlung – auch hinsichtlich des Entgelts – von Leih- und Stammarbeitnehmern erst ab einer Entleihdauer von mehr als zwölf Monaten verpflichtet sein soll.

Die Regulierung von Arbeitsverhältnissen, die lange als atypische Abweichung vom Normalarbeitsverhältnis begriffen wurden, unterliegt also einem anhaltenden Boom, bei durchaus divergierenden Zielsetzungen. Insgesamt wirft dieser Regulierungsboom Fragen nach den angemessenen normativen Antworten auf die zunehmende Flexibilisierung, ja Entgrenzung der Arbeitsverhältnisse auf. Ziel dieses Beitrags ist es, eine erste Bewertung des TzBfG im Hinblick hierauf zu versuchen. Damit ist ein Hin- und Herwandern des Blickes zwischen rechts- und sozialwissenschaftlicher Diskussion gefordert, auf den sich einzulassen die Leserschaft hiermit aufgefordert wird: Zunächst wird die sozialwissenschaftliche Diskussion um das »Normalarbeitsverhältnis« und »atypische Beschäftigungsverhältnisse« rekapituliert. Darauf aufbauend werden Regelungsbedarfe der Flexibilisierung von Arbeitsverhältnissen erörtert, um anschließend vor diesem Hintergrund die Regelungen des TzBfG nebst seiner EG-rechtlichen Grundlagen kritisch zu würdigen.

II. Teilzeitarbeit und Befristung in der sozialwissenschaftlichen Diskussion

A. Kritik des »Normalarbeitsverhältnisses«

Als Mitte der achtziger Jahre erstmals positive Regulierungen sogenannter atypischer Beschäftigung geschaffen wurden, begann eine intensivere rechts- und sozialwissenschaftliche Diskussion über das »Normalarbeitsverhältnis« und seine Erosion,²⁵ die seitdem nicht wieder abgeflaut ist. Die Erwartung einer gleichförmigen Struktur der meisten Arbeitsverhältnisse war spätestens mit den dauerhaften Strukturkrisen industrieller Wirtschaftszweige und der Ausweitung unstetiger und flexibler Beschäftigungsverhältnisse im Dienstleistungsbereich enttäuscht worden.²⁶ Befristete Arbeitsverhältnisse, Leiharbeit, Teilzeitarbeit, auch als geringfügige Beschäftigung, sowie kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit und zuletzt die sogenannte Scheinselbständigkeit nahmen zu. All diese Beschäftigungsformen wurden vor dem Hintergrund des

24 BT-Drs. 14/6944; Gesetz zur Reform der arbeitsmarktpolitischen Instrumente (Job-AQTIV-Gesetz) vom 10. 12. 2001, BGBl. I S. 3443.

25 Aus der Literatur der 80er Jahre sind nach wie vor besonders erwähnenswert: *Mückenberger*, Die Krise des Normalarbeitsverhältnisses, ZfS 1985, 415 ff.; *Linné/Vosswinkel*, Befristete Arbeitsverhältnisse nach dem Beschäftigungsförderungsgesetz, WSI-Mitteilungen 1986, 502; eine Rekapitulation der Diskussion unternehmen *Höland*, Arbeitsverhältnis und Arbeitsvertrag, in: *Kabsnitz* u. a., Handbuch zur Arbeitslehre, 1997, 173–194; *Hoffmann/Walwei*, Normalarbeitsverhältnis: ein Auslaufmodell?, MittAB 1998, 409; vgl. auch den Sammelband von *Schäfer* (Hrsg.), Geringere Löhne – mehr Beschäftigung?, 2000.

26 *Scheele*, Service inklusive! Umbrüche im Erwerbssystem, soziale Ungleichheit und Perspektiven gewerkschaftlicher Politik, GMH 2001, 295, 297 m. w. N.

1. Empirische Kritik

Die Kritik am Begriff Normalarbeitsverhältnis setzt zunächst an dessen empirischer Validität an, behauptet also, das Normalarbeitsverhältnis sei tatsächlich alles andere als normal.²⁷ Diese Kritik trifft insbesondere dann zu, wenn sie von einer extensiven Definition ausgeht, die als »Normalarbeitsverhältnis« nur das unbefristete Vollzeitarbeitsverhältnis bei einem Arbeitgeber (also ohne Leiharbeit) bezeichnet, das noch dazu den vollen Schutz aller vier Zweige der Sozialversicherung sowie ein existenzsicherndes Einkommen vermittelt und – in einem tarifgebundenen Betrieb mit Betriebsrat – dem Arbeitnehmer den Maximalschutz des kollektiven Arbeitsrechts sichert.²⁸ Beschränkt man die Definition des Normalarbeitsverhältnisses auf das unbefristete Vollzeitarbeitsverhältnis und definiert man Vollzeitarbeit als das, was der oder die Befragte als Vollzeitbeschäftigung erlebt²⁹ oder als eine Erwerbstätigkeit mit 30 oder mehr Stunden wöchentlich,³⁰ dann bleibt das Normalarbeitsverhältnis durchaus noch empirische Realität: In Deutschland waren 1998 62% der Arbeitspersonen »Normalarbeitnehmer« in diesem Sinne,³¹ EU-weit waren es 1996 53% der weiblichen und 64,8% der männlichen Arbeitspersonen.³²

2. Normative Kritik

Dieser Begriff war aber nie nur empirisch, sondern stets auch normativ gemeint. Das Normalarbeitsverhältnis ist diejenige Norm, von der das Arbeitsrecht in seiner Schutzkonzeption ausgeht,³³ es ist ein »Denkkonstrukt« mit Leitbildfunktion.³⁴ Nur vor diesem Hintergrund macht die extensive Definition überhaupt einen Sinn. Dem Normalarbeitsverhältnis als Norm wurde und wird vorgeworfen, dass es sich an der Norm des familiär versorgten – also männlichen – Arbeitnehmers orientiere, weshalb es von Frauen und anderen Personen, die eine hauswirtschaftliche Fremdversorgung nicht haben oder ablehnen, kaum aufrecht erhalten werden könne.³⁵ Diese Kritik am Normalarbeitsverhältnis konzentriert sich auf dessen zeitlichen Umfang und seine relative Inflexibilität, wenn es um einen Bedarf nach zeitweiser

27 Vgl. *van der Linden*, Wie normal ist das Normalarbeitsverhältnis?, 1999, 7–18, 19.

28 Aufgrund einer solch weiten Definition kommt z. B. die Studie »Arbeit 2000« (*Matthies u.a.*, 1994) zu dem Ergebnis, nur 24% der Arbeitnehmer seien bereits 1995 im Normalarbeitsverhältnis beschäftigt gewesen (S. 136, 156), wobei bei ihrer Normalarbeitsdefinition ergänzend noch die Abwesenheit von Überstunden gefordert wird. Dies entspricht auch dem Ansatz des NRW-Arbeitsmarktreports, der folglich das Normalarbeitsverhältnis etwa bei 30% ansiedelt.

29 So *Holst/Schupp*, DIW Wochenbericht 49/00; *Hoffmann/Walwei*: Was ist eigentlich noch normal?, IAB Kurzbericht 14/2000 unter Bezug auf Eurostat.

30 So *Kaiser*, Unbefristete Vollzeitbeschäftigung nach wie vor dominierende Erwerbsform in Europa, DIW Wochenbericht 19/2001, unter Bezug auf das Europäische Haushaltspanel.

31 *Bosch*, Konturen eines neuen Normalarbeitsverhältnisses, WSI-Mitteilungen 2001, 219, 221 m. w. N.

32 *Kaiser* (Fn. 30), Tabelle S. 147.

33 Vgl. *Däubler*, Das Arbeitsrecht 2, Rn. 1846 ff.

34 *Hoffmann/Walwei* (Fn. 25).

35 Vgl. etwa *Mückenberger* (Fn. 25); *Heinrichs*, Das Normalarbeitsverhältnis und der männliche Familienernährer als Leitbild der Sozialpolitik, SF 1996, 102; *Raasch*, Arbeit 2000, Sonderheft der KJ 1996, S. 109; *Scheele* (Fn. 26).

Verringerung der Arbeitszeit zugunsten von aktiver Elternschaft geht, enthält jedoch kein Plädoyer für mehr befristete Arbeitsverhältnisse, mehr Leiharbeit, mehr geringfügige Beschäftigung und mehr Scheinselbständigkeit. Sie kann daher sowohl mit dem Ruf nach grenzenloser zeitlicher Optionalität zugunsten der Arbeitnehmer³⁶ beantwortet werden als auch mit der Forderung nach einer neuen Normalität im Arbeitsverhältnis, die eine generell wesentlich geringere Wochenarbeitszeit mit sozial abgesicherten Formen weiterer Arbeitszeitverringerungen verknüpft;³⁷ eine konzeptionelle Verknüpfung mit dem Recht der Geschlechterdiskriminierung nimmt der Vorschlag einer Erweiterung der Rechte um Ausweitung und Beschränkung der Wochenarbeitszeit bei diskriminierungsrechtlicher Einbindung vor.³⁸ Die feministische Kritik am Normalarbeitsverhältnis deutet die Notwendigkeit eines Schutzes vor Diskriminierung derjenigen an, die nicht im Normalarbeitsverhältnis tätig sind, auch über das Geschlechterverhältnis hinaus.

Die normative Dimension des Normalarbeitsverhältnisses sieht sich einer weitergehenden Kritik ausgesetzt: Ebenso wie die zunehmende Individualisierung von Lebensläufen auch für Männer die Erwartung einer durchgehenden hauswirtschaftlichen Versorgung unbezahlter Frauenhand zunehmend unrealistisch macht, so verändert die voranschreitende Technisierung und Virtualisierung die Arbeitswelt und lässt das Arbeitsverhältnis immer flexibler werden. Das Zusammentreffen beider Faktoren, so eine häufige These, führe sogar dazu, dass es konvergierende Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen an der Flexibilisierung der Arbeitsbedingungen geben könne.³⁹

B. Kritik des Begriffs »atypische Beschäftigung«

Die überwiegende Kritik am Begriff »atypische Beschäftigung« korrespondiert mit der Kritik am »Normalarbeitsverhältnis«: Empirisch wird eingewandt, die Beschäftigungen seien nicht mehr atypisch, normativ wird eingewandt, die Bezeichnung »atypisch« habe einen diskriminierenden Beigeschmack.

1. Empirisch: Entwicklung von Teilzeitbeschäftigung und Befristung in Deutschland und Europa

Ebenso wenig, wie das Normalarbeitsverhältnis empirisch obsolet ist, ist die »atypische Beschäftigung« empirisch bereits die Norm – trotz ihrer zunehmenden Bedeutung.

Nach den Ergebnissen des Mikrozensus 2000⁴⁰ waren im Mai 2000 in Deutschland knapp 6,5 Mill. Menschen und damit knapp 20% der abhängig Erwerbstätigen teilzeitbeschäftigt, gegenüber 1991 ist das eine Steigerung von 2,8 Millionen bzw. 6%. Im früheren Bundesgebiet waren im Verhältnis mehr Personen teilzeitbeschäftigt (22%)

³⁶ *Matthies* u.a., *Arbeit* 2000, 1994.

³⁷ *Bosch* (Fn. 31), *WSI Mitt.* 2001, 219.

³⁸ *Burri*, *Tijd delen*, Utrecht 2000, zusammenfassend S. 650–652; 656–658; in diese Richtung bereits *Schiek*, *Arbeit* 2000, Sonderheft der *KJ* 1996, 104–107.

³⁹ *Döhl/Kratzer/Sauer*, *Krise der Normalarbeitspolitik. Entgrenzung von Arbeit*, *WSI Mitteilungen* 2000, 5 ff, 14 (»Flexibilisierung der Arbeitszeiten und Beschäftigungsverhältnisse erscheint als Chance, nicht nur Freizeit und Arbeit besser und selbstbestimmter zu koordinieren, sondern auch Arbeitssphäre und Familiensphäre lebenslagen- und bedürfnisadäquater vereinbaren zu können.«).

⁴⁰ *Statistisches Bundesamt*, *Leben und Arbeiten in Deutschland, Ergebnisse des Mikrozensus 2000*, 2001.

als in den neuen Bundesländern (knapp 13%). Teilzeitarbeit ist nach wie vor eine Frauendomäne. Insgesamt waren in Deutschland 85% aller Teilzeitbeschäftigten Frauen (1991: 92%), wobei der Frauenanteil in den neuen Bundesländern deutlich niedriger liegt.⁴¹ Am häufigsten wird als Grund für die Teilzeitarbeit der Wunsch der Arbeitnehmerin nach mehr Zeit für die Kinderbetreuung oder andere persönliche Belange angegeben,⁴² gefolgt von arbeitsmarktbedingter Teilzeit⁴³ und vom Wunsch des Arbeitnehmers nach mehr Zeit für Fortbildung.⁴⁴ Frauen und Männer aus den neuen Bundesländern sowie Männer aus den alten Bundesländern sind daher am häufigsten teilzeitbeschäftigt, weil sie keine Vollzeitbeschäftigung gefunden haben. In den alten Bundesländern sind Frauen am häufigsten aus persönlichen und familiären Gründen teilzeitbeschäftigt.⁴⁵ Damit waren 2000 insgesamt 829 750 (13,25%) der Teilzeitbeschäftigten sowie 3,16% aller Beschäftigten in Ost und West nach eigenen Angaben teilarbeitslos.⁴⁶ Dabei sind die etwa 625 000 Teilzeitbeschäftigten noch nicht berücksichtigt, die nach eigenen Angaben zwar mehr arbeiten wollen, aber dennoch keine Vollzeitbeschäftigung anstreben.⁴⁷ Teilzeitarbeit wird daher mehr und mehr zur Zwischenform zwischen Beschäftigung und Arbeitslosigkeit.

Mit ihrer Teilzeitquote liegt die Bundesrepublik im europäischen Vergleich etwa im Mittelfeld. 1998 verzeichnete der niederländische Arbeitsmarkt mit 38,8% die höchste Teilzeitquote, der italienische mit 7,4% die niedrigste; Deutschland lag mit damals 18,3% etwa beim Durchschnitt von 17,4%.⁴⁸

Der Anteil befristeter Arbeitsverhältnisse lag in Deutschland nach den Ergebnissen des Mikrozensus 2000 bei 9% (2,7 Millionen Beschäftigte), das entspricht einer Steigerung um 1,5% seit 1991. Bei den Frauen ist die Befristungsquote neuerdings etwas niedriger als bei Männern (gut 8 respektive 9%). Dafür liegt die Befristungsquote ausländischer Beschäftigter mit 13% signifikant höher als bei den deutschen Beschäftigten (knapp 9%).⁴⁹

Auch hier liegt Deutschland im europäischen Mittelfeld: 1998 hatte Spanien nach unterschiedlichen Ermittlungsmethoden mit 25,3% bzw. 31,9% die höchste und das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland mit 6,1% bzw. 6,6% die niedrigste Befristungsquote bei einem europäischen Durchschnitt von 10,6% (Deutschland: 10,9% bzw. 6,3%).⁵⁰ Der europäische Vergleich der Befristungsquoten ist vor allem aufgrund der erheblichen Unterschiede im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz weniger aussagekräftig als der Vergleich der Teilzeitquoten.⁵¹

41 Ebd., S. 28 f.

42 65% der weiblichen und 12% der männlichen Teilzeitbeschäftigten im Westen, 21% der weiblichen und 5% der männlichen Teilzeitbeschäftigten im Osten.

43 6% der weiblichen und 14% der männlichen Teilzeitbeschäftigten im Westen, 52% der weiblichen und 33% der männlichen Teilzeitbeschäftigten im Osten.

44 4% der weiblichen und 26% der männlichen Teilzeitbeschäftigten im Westen, 5% der weiblichen und 18% der männlichen Teilzeitbeschäftigten im Osten.

45 *Statistisches Bundesamt* (Fn. 40), S. 28.

46 Ebd., S. 28 f., eigene Berechnungen.

47 Vgl. *Holst/Schupp*, Förderung von Teilzeitarbeit durch gesetzlichen Rechtsanspruch – Reform oder Hindernis für mehr Beschäftigung?, DIW Wochenbericht 49/2000, eigene Berechnungen.

48 *Hoffmann/Walwei*, Strukturwandel der Erwerbsarbeit – die Veränderung der Beschäftigungsformen im Spiegel europäischer Arbeitsmarktstatistiken, IAB Kurzbericht 14/2000, Tabelle 1, mit dem Hinweis, dass die Eurostat-Ergebnisse methodisch von denjenigen des Mikrozensus abweichen: Der Mikrozensus kam auch 1998 bereits auf eine höhere Teilzeitquote für Deutschland (19,2%).

49 *Statistisches Bundesamt* (Fn. 41), S. 14, ausführlichere Angaben auf dem Stand von 1998 *Rudolph*, Befristete Arbeitsverträge sind bald neu zu regeln, IAB Kurzbericht 12/2000.

50 *Hoffmann/Walwei* (Fn. 48), Tabelle 1 sowie *Rudolph* (Fn. 49), IAB Kurzbericht 12/2000, Tabelle 3, der für Spanien und Großbritannien höhere und für Deutschland niedrigere Werte sowie keinen Durchschnittswert angibt.

51 So greift in Großbritannien der gesetzliche Kündigungsschutz erst bei einer Beschäftigungsdauer von zwei Jahren, was den Bedarf an befristeten Arbeitsverhältnissen sehr vermindert; auch der dänische Kündigungsschutz gilt als »wenig ausgebaut«. Zum Zusammenhang zwischen Kündigungsschutz und

Insgesamt sind Teilzeitbeschäftigung und Befristung trotz ihrer steigenden Bedeutung daher immer noch Beschäftigungsformen der Minderheiten.

2. Normativ

Normativ ist es in der Tat fragwürdig, die Sammelbezeichnung »atypisch« für so unterschiedliche Beschäftigungsverhältnisse zu verwenden wie die Teilzeitbeschäftigung eines Wissenschaftlers auf einer 2/3 BAT II a Stelle, die sozialversicherungsfreie Beschäftigung einer Reinigungskraft, die sich verpflichten muss, zur Vermeidung der Sozialversicherungspflicht keine weitere Beschäftigung einzugehen,⁵² den Leiharbeiter mit tariflichem Gehalt und den aufgrund immer neuer Sachgründe jeweils für vier Monate beschäftigten Aushilfsstudenten. Außer der Abweichung von der unbefristeten Vollzeitbeschäftigung haben alle diese Beschäftigungsformen wenig gemein. Insbesondere kann nicht – wie der Begriff atypisch zumindest suggeriert – generell von einer sozialen Unerwünschtheit ausgegangen werden. Daher ist der Begriff nichtstandardisierte Beschäftigung vorzuziehen.⁵³

Umgekehrt ist es wenig adäquat, alle nichtstandardisierten Beschäftigungsverhältnisse gleichermaßen als sozial erwünscht anzusehen. Wie der statistische Überblick gezeigt hat, entspricht eine Befristung fast nie, eine Teilzeitbeschäftigung durchaus nicht immer, den Wünschen der Beschäftigten.⁵⁴ Eine Differenzierung nach mehr oder weniger prekärer nichtstandardisierter Beschäftigung ist sinnvoll. Hauptmerkmal der nichtstandardisierten Beschäftigung ist die Flexibilisierung der abhängigen Beschäftigung zur Aussteuerung aus dem Arbeitsmarkt. Aussteuerung aus dem Arbeitsmarkt resultiert durchaus nicht immer in Nichterwerbsarbeit, womit häufig die sogenannte Familienarbeit gemeint ist,⁵⁵ sondern kann auch in andere, nicht arbeitsmarktförmige Formen des Erwerbs münden. Als Beispiele einkommensschaffender Formen der Nichtlohnarbeit werden z. B. die Produktion von Konsumgütern für den eigenen Gebrauch (z.B. Kleidung herstellen, Tierhaltung, Gemüseanbau), Vermietung, Warenproduktion sowie Lumpensammeln genannt.⁵⁶ Ein Beschäftigungsverhältnis ist umso prekärer, je stärker es für den oder die Betroffene/n den Erwerbsschwerpunkt von der abhängigen Beschäftigung auf andere Tätigkeiten oder Seinsformen verschiebt. Dieser Maßstab erlaubt eine Bewertung verschiedener Formen nichtstandardisierter Beschäftigungsverhältnisse.

Besonders prekär ist damit die Befristung, da sie den völligen Wechsel in andere Tätigkeiten vorprogrammiert. Auch Teilzeitbeschäftigung verschiebt den Schwerpunkt im Vergleich mit der Vollzeitarbeit. Sie muss aber nicht prekär sein. Wenn – wie bei der 2/3 BAT II a Stelle – ein relativ hohes Einkommen anderweitige Einkommenssicherung entbehrlich macht, ist die abhängige, nichtstandardisierte Beschäftigung der Haupterwerb. Geringfügige Teilzeitarbeit, insbesondere als geringfügige Allein-

Befristungsschutz aus arbeitsmarktlicher Sicht *Hoffmann/Wallwei*, Erosion oder Renaissance der Normalarbeit? Ländervergleich Dänemark – Deutschland, IAB Kurzbericht 16/2000.

52 Zur Verdrängung der geringfügigen Nebenbeschäftigung durch die geringfügige Alleinbeschäftigung aufgrund der auf die sozialversicherungsfreie Alleinbeschäftigung beschränkten steuerlichen Privilegierung der Arbeitgeber vgl. *Schwarze/Heineck*, Keine dramatischen Effekte nach der Reform der geringfügigen Beschäftigung, DIW Wochenbericht 21/2001.

53 Dieser Begriff wird von *Hoffmann/Walwei* als neutrale Bezeichnung vorgeschlagen, zuerst MittAB 1998, 409, m. w. N.

54 Oben bei Fn. 40 ff.

55 So wohl *Zachert*, Flexicurity im Arbeitsrecht – eine schwierige Balance, WSI-Mitteilung 2000, 283, der die Teilzeitarbeit als Schnittstelle zwischen Erwerbsarbeit und Nichterwerbsarbeit betrachtet.

56 *Van der Linden*, Wie normal ist das Normalarbeitsverhältnis? 1999, 7–18.

beschäftigung, kann demgegenüber als prekär bezeichnet werden, da sie zur Existenzsicherung nicht ausreicht und die Betroffenen in andere Erwerbs- oder Unterhaltsformen drängt. Dies gilt auch für die Koppelung von Teilzeitarbeit mit Arbeit auf Abruf, möglicherweise noch mit stark schwankendem Einkommen. Kumulation mehrerer Merkmale nichtstandardisierter Beschäftigung kann das Arbeitsverhältnis prekärer erscheinen lassen.

C. Neue Dimensionen der Flexibilisierung von Arbeitsverhältnissen

Bislang konnte die Trennlinie zwischen Normalarbeitsverhältnis und atypischer Beschäftigung anhand der Unterscheidung von externer und interner Flexibilisierung gezogen werden. Während die externe Flexibilisierung mit dem stets präsenten Risiko der teilweisen Aussteuerung aus dem Arbeitsmarkt verbunden ist, ist die interne Flexibilisierung auf Veränderbarkeit des Inhaltes und der Organisation bestehender Beschäftigungsverhältnisse angelegt. Im traditionellen Normalarbeitsverhältnis waren die Chancen zur internen Flexibilisierung gerade wegen der hohen Stabilität nach außen hin besonders groß; das Extrembeispiel ist hier der voll abgesicherte, aber stets umzugs- und versetzungsverpflichtete Beamte.

Flexibilität gewinnt mit neuen Möglichkeiten der Organisation von Betriebsabläufen unter Einbeziehung der elektronischen Medien⁵⁷ sowie der wachsenden Heterogenität der Arbeits- und Lebensbedingungen eine neue Dimension; das Erfordernis der Flexibilität steigt mit den spezifischen Zwängen der kapitalmarktinduzierten Änderung der Unternehmenskulturen.⁵⁸ Beides fördert die Entgrenzung von Arbeit in zeitlicher und räumlicher Hinsicht sowie die Auflösung hierarchischer Managementstrukturen zugunsten einer konsequenteren Kundenorientierung.⁵⁹ Die Ökonomisierung im Sinne eines effizienteren Zugriffs auf Arbeitsleistung und Arbeitsvermögen durch Ausschöpfung der lebensweltlichen Ressourcen der Beschäftigten sowie die stärkere Vernutzung der Arbeitskraft ergreift auch das Normalarbeitsverhältnis und führt zu seiner zunehmenden »internen« Flexibilisierung.

Daneben gewinnen Formen der externen Flexibilisierung an Bedeutung, die jedoch nicht mehr nur »Randbelegschaften« bedrohen, sondern auch Kernbelegschaften erfassen. Modelle extremer Arbeitszeitverkürzung auf 28 Stunden wie bei VW oder gar 25 Stunden wie in Berliner Kindertagesstätten,⁶⁰ die die Grenzen von Vollzeit und Teilzeit verschwimmen lassen, sind ein Beispiel. Ein anderes, welches in Deutschland noch selten praktiziert wird, könnte die Unterbrechung von Normalarbeitsverhältnissen durch staatlich geförderte Weiterbildung im Unternehmensinteresse bei gleichzeitiger Integration Erwerbsloser werden.⁶¹

⁵⁷ Hierzu *Däubler*, Arbeitsrecht und Internet, 2000.

⁵⁸ *Schumann*, Frißt die Shareholder Value Ökonomie die Modernisierung der Arbeit?, in: *Hirsch-Kreienstein/Wolf*, Arbeit, Gesellschaft, Kritik – Orientierungen wider den Zeitgeist, 1998, 19 ff.

⁵⁹ *Döhl/Kratzer/Sauer*, Krise der Normalarbeitspolitik. Entgrenzung von Arbeit, WSI Mitt. 2000, 5 ff.

⁶⁰ *Gotthardt*, Grenzen von Tarifverträgen zur Beschäftigungssicherung, DB 2000, 1462.

⁶¹ Vgl. *Hoffmann/Walwei*, Erosion oder Renaissance der Normalarbeit: Ländervergleich Dänemark Deutschland, IAB Kurzbericht 16/2000; *Madsen*, Das dänische »Beschäftigungswunder«, Die Mitbestimmung 1998, 36 ff; zu einem deutschen Feldversuch *Rebling/Schiek*, JobRotation: Baustein für mitarbeiterorientierte Personalentwicklung, Gewerkschaftliche Bildungspolitik 1/2 2000, 4 ff.

A. Substitution der Schutzfunktion des Normalarbeitsverhältnisses?

Bevor angesichts der Schwierigkeiten der Abgrenzung der standardisierten von den nichtstandardisierten Arbeitsverhältnissen jegliches Leitbild verabschiedet wird, könnte es ratsam erscheinen, das »Normalarbeitsverhältnis« jenseits seiner empirischen Dimension funktional zu fassen. Funktional garantiert(e) das Vollzeitelement mit einer gesellschaftlich akzeptierten Arbeitszeit zwischen 6 und 17 Uhr zeitliche Verlässlichkeit, um die privates Leben geplant werden kann (konnte). Die prinzipielle Nicht-Befristung garantiert Verlässlichkeit in der Langzeitperspektive, eine Voraussetzung für die Planbarkeit auch berufsbezogener Bildungsanstrengungen sowie arbeitsortbezogener Investitionen im Wohnbereich. Die Existenzsicherungsfunktion, die im traditionellen Normalarbeitsverhältnis noch die Ernährerfunktion umfasste, zielt zusammen mit der Einbindung in die sozialen Sicherungssysteme auf gegenwärtige und zukünftige materielle Existenzsicherung.

Diese Funktionen sind auch dann aus Arbeitnehmerperspektive nicht sinnlos, wenn das Arbeitsleben sowie das Leben überhaupt von immer stärkerer Flexibilität geprägt sind. Wenn sich das Normalarbeitsverhältnis als Referenzrahmen überlebt hat, ist umso mehr zu fragen, ob zeitliche Verlässlichkeit und relative Existenzsicherung in der gegenwärtigen und Langfristperspektive sowie kollektive Vertretung zumindest in abgeschwächter Form auch für nichtstandardisierte Beschäftigungsverhältnisse gewährleistet werden können. Anders ausgedrückt: Es kommt darauf an, ob nichtstandardisierte Beschäftigungsverhältnisse durch die Stabilisierung der zeitlichen Verlässlichkeit und der Existenzsicherungserwartung sowohl in alltäglicher als auch in der Langzeitperspektive im positiven Sinne standardisiert werden können. Die Regulierungswelle bei »atypischer Beschäftigung« ist unter dieser Perspektive daraufhin zu analysieren, ob und inwieweit soziale Mindeststandards für diese Beschäftigungsformen geschaffen oder verbessert werden, die die Funktionen des »Normalarbeitsverhältnisses« zumindest zum Teil substituieren. Sofern die Regulierung der nichtstandardisierten Beschäftigungsverhältnisse zeitliche Verlässlichkeit und relative Existenzsicherung durch nichtstandardisierte Beschäftigungsverhältnisse verbessert, ist sie auch sozialpolitisch sinnvoll.

B. Nichtstandardisierte Beschäftigung und soziale Diskriminierung

Es wurde bereits angedeutet, dass die Kritik an der Differenzierung zwischen »Normalarbeitsverhältnis« und »atypischer Beschäftigung« auch eine diskriminierungstheoretische Dimension hat: Mit der Stigmatisierung der nichtstandardisierten Beschäftigungsverhältnisse als atypisch oder prekär geht auch die Gefahr einer Abwertung einher. Diese könnte sich im Beschäftigungsverhältnis auch dahingehend auswirken, dass den nichtstandardisiert Beschäftigten soziale Leistungen vorenthalten werden, die zum Standardbeschäftigungsverhältnis ohne Frage dazugehören. Weitere Konsequenzen könnten verminderte Aufstiegschancen, weniger attraktive Beschäftigungsinhalte usw. sein.

Solche ungerechtfertigten Differenzierungen sind umso problematischer, wenn nichtstandardisierte Beschäftigung überwiegend diskriminierte Gruppen oder die diskriminierte Mehrheit der Frauen betrifft. Gerade die Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten wird inzwischen ganz allgemein als Frauendiskriminierung gese-

hen, das Gleichbehandlungsgebot zugunsten Teilzeitbeschäftigter gilt als Ergänzung des Verbotes der Geschlechterdiskriminierung.⁶² Sofern diese Annahme auf die Diskriminierung wegen Befristung ausgeweitet wird,⁶³ trifft dies jedenfalls für Deutschland nicht zu; hier läge eher eine mittelbare Diskriminierung von Ausländern bei der Benachteiligung befristet Beschäftigter nahe.^{63a}

Mit solchen Differenzierungen wird die relative Prekarität nichtstandardisierter Beschäftigung verschärft. Die Regulierung nichtstandardisierter Beschäftigung sollte daher der besonderen Diskriminierungsgefahr Rechnung tragen.

C. Arbeitsmarktpolitische Aspekte der Flexibilisierung

Soziale Schutzfunktion einer Regulierung und die Diskriminierungsproblematik zusammengenommen bilden den Referenzrahmen für die arbeitsmarktpolitische Dimension nichtstandardisierter Beschäftigung und ihrer spezifischen Regulierung.

Wie eingangs erwähnt, erfolgte die Regulierung nichtstandardisierter Beschäftigungsverhältnisse auch mit dem Ziel ihrer Förderung aus arbeitsmarktpolitischen Gründen. Dahinter stand die Vorstellung, dass die Absenkung sozialer Schutzstandards die Beschäftigungschancen bislang Arbeitsloser steigern könnte.

Empirisch gesehen ist diese Hoffnung enttäuscht worden, soweit sie mit der Begünstigung von Befristung einhergeht. Die Erleichterung von Befristung führt nicht zu mehr Einstellungen, sondern nur zu mehr befristeten Einstellungen. Das gilt nicht nur für Deutschland,⁶⁴ sondern für ganz Europa.⁶⁵ Besonders deutlich wurde dies bei der Ermöglichung der Befristung im Anschluss an ein Ausbildungsverhältnis: Der Anteil der befristet Beschäftigten in der Altersgruppe der unter 30jährigen ist danach eklatant gestiegen.⁶⁶

Die arbeitsmarktliche Wirkung einer Zunahme von Teilzeitbeschäftigung ist umstritten. Zum Teil gilt die Zunahme von Teilzeitarbeit als natürliche Folge der Steigerung der Frauenerwerbsquote;⁶⁷ zum Teil wird beobachtet, dass auch Frauen Vollzeit arbeiten, wenn genügend Kinderbetreuungseinrichtungen zur Verfügung stehen.⁶⁸ Die Befragungen deutscher Arbeitnehmer weisen darauf hin, dass Teilzeitbeschäftigung auch als unfreiwillige Alternative zur Vollzeitarbeit angesehen werden kann. Damit könnte die Ausdehnung von Teilzeitbeschäftigung einen gewissen Beschäftigungseffekt aufweisen. Teilzeitarbeit ist aber nicht nur Alternative zur Arbeitslosigkeit, sondern kann auch der Effizienzsteigerung sowie der Gewinnung von Arbeitskräften in Zeiten des Arbeitskräftemangels dienen.⁶⁹ Ihre Beschäftigungseffekte sind daher ambivalent.⁷⁰

62 Vgl. nur *Buschmann*, in: *ders./Dieball/Stevens-Bartoll*, TZA, 2. Aufl. 2001, Rn. 4 zu § 4 TzBfG.

63 *Däubler*, in: *Kittner/Däubler/Zwanziger*, KSchR, 5. Aufl. 2001, Rn. 30 zu § 4 TzBfG unter Bezug auf die Begründungserwägung der Sozialpartnervereinbarung Befristung.

63a Statistische Angaben oben bei Fn. 49.

64 *Infratest Sozialforschung*, Befristete Beschäftigung und Arbeitsmarkt. Empirische Untersuchung über befristete Arbeitsverträge nach dem BeschFG 1985/1990, BMA Forschungsbericht 242, 1994; s. a. oben Fn. 8.

65 *Delsen*, Atypical Employment: An International Perspective, 1995 S. 143 ff.

66 *Rudolph*, Befristete Arbeitsverträge sind bald neu zu regeln, IAB Kurzbericht 12/2000, S. 4.

67 *Dekker/Kaiser*, Atypical or flexible? How to define non-standard employment patterns. The case of Germany, The Netherlands and the United Kingdom, EPAG Working Paper 13: Colchester, The University of Essex, 2000, p. 3, mit Bezug auf OECD, Employment Reports, 1999, 36.

68 *Hoffmann/Walwei*, Erosion oder Renaissance der Normalarbeit? Ländervergleich Dänemark – Deutschland, IAB Kurzbericht Nr. 16, 6. 12. 2000, S. 3 f.

69 Vgl. *Delsen* (Fn. 65), S. 78, 85.

70 *Holst/Schupp*, Förderung von Teilzeitarbeit durch gesetzlichen Rechtsanspruch – Reform oder Hindernis für mehr Beschäftigung?, DIW Wochenbericht 49/2000, erhoffen sich ein gewisses Arbeitsmarktpotential

Selbst wenn positive Wirkungen nichtstandardisierter Beschäftigung auf dem Arbeitsmarkt angenommen werden könnten, so würden diese konterkariert werden, wenn die Zunahme nichtstandardisierter Beschäftigung mit einer verstärkten Segmentierung des Arbeitsmarktes einherginge. Wenn nichtstandardisierte Beschäftigung keine Brücke zur unbefristeten Vollzeitbeschäftigung bildet, die Betroffenen aus der Zwischenstellung zwischen Arbeitsmarkt und Erwerbslosigkeit also nicht herauskommen, werden potentielle positive Arbeitsmarkteffekte verfehlt. Die Segmentierung des Arbeitsmarktes durch atypische Beschäftigung wird immer dann beobachtet, wenn nichtstandardisierte Beschäftigung vom Kündigungsschutz und von der sozialen Sicherheit ausgeschlossen werden. Dann sind diese Beschäftigungsverhältnisse relativ preisgünstiger, was ihre Umwandlung in standardisierte Beschäftigung verhindert.⁷¹ Deswegen ändert sich nichts am Bestand geringfügiger Beschäftigungsverhältnisse in Deutschland, solange die geringfügige Alleinbeschäftigung steuerlich subventioniert wird;⁷² und deswegen werden Erstbefristungen so lange verlängert wie eben möglich. Allerdings ist die Segmentierungswirkung nichtstandardisierter Beschäftigung nicht zwingend: Die Befürchtung, die Erstbefristung eines Arbeitsverhältnisses verhindere den Übergang in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis auch nach Ausschöpfung aller Befristungsmöglichkeiten, hat sich nicht generell bestätigt.⁷³ Die Problematik der Segmentierung des Arbeitsmarktes durch nichtstandardisierte Beschäftigung steht im engen Zusammenhang mit der Diskriminierungsproblematik, geht aber darüber hinaus. Eine Standardisierung nichtstandardisierter Beschäftigungsverhältnisse wäre dann erreicht, wenn Arbeitnehmer ihren persönlichen Flexibilitätsbedarf durch den selbstbestimmten Wechsel zwischen standardisierter und nichtstandardisierter Beschäftigung befriedigen könnten. Der Übergang zu nichtstandardisierter Beschäftigung darf dabei keine Sackgasse sein, der Rückweg muss möglich bleiben. Weitergehend als Gleichbehandlung nichtstandardisierter Beschäftigter setzt dies die Schaffung von Wahlrechten oder zumindest von Verhandlungsrechten für Beschäftigte voraus.

IV. Bewertung des Teilzeit- und Befristungsgesetzes

Der Inhalt des Teilzeit- und Befristungsgesetzes sowie der zugrundeliegenden Richtlinien der Europäischen Union sind – bei einer so praxisrelevanten Materie nicht erstaunlich – bereits vielfach darstellend behandelt worden, so dass auf eine vorangehende Darstellung des Inhalts im Vergleich zum alten Recht hier verzichtet werden kann.⁷⁴ Vielmehr sollen die Regelungen problemorientiert auf die eben erarbeiteten

des Anspruchs auf Teilzeitarbeit: Sie kommen auf ein »rechnerisches Arbeitsmarktpotential« von etwa 500 000 Arbeitsplätzen, das aber nach ihrer eigenen Einschätzung wohl kaum voll ausgeschöpft wird. *Burri*, *Tijd delen* (Fn. 38), S. 416, vermerkt im Hinblick auf das von den Autoren positiv bewertete niederländische Recht skeptisch, Zunahme von Teilzeitarbeit diene der Umverteilung von Beschäftigung nur unter Frauen.

⁷¹ *Delsen* (Fn. 65), S. 127 ff.

⁷² *Schwarze/Heineck*, Keine dramatischen Effekte nach der Reform der geringfügigen Beschäftigung, *DIW Wochenbericht* 21/2001.

⁷³ *Infratest* (Fn. 64).

⁷⁴ Aus der umfangreichen Literatur zum neuen Recht: Kommentierungen des TzBfG: *Zwanziger/Däubler*, in: *Kittner/Däubler/Zwanziger*, *KSchR*, 5. Aufl. 2001; *Buschmann*, in: *ders./Dieball/Stevens-Bartoll*, *TZA*, 2. Aufl. 2001; Kommentierung der EG-Richtlinien: *Schmidt, M.*, in: *dies*, *Europäisches Arbeitsrecht*, 2001; Aufsätze zu den EG-Richtlinien: *Kaufmann*, Die europäische Sozialpartnervereinbarung über befristete Arbeitsverträge, *ArbuR* 1999, 332; *Treber*, Sozialer Dialog in der Europäischen Union und Gleichbehandlung bei der Teilzeitarbeit, *ZTR* 1998, 250; *Wanke/Börgmann*, Der Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über befristete Arbeitsverträge, *RdA* 1999, 383. Zu den Neuregelungen: *Däubler*,

Fragestellungen hin untersucht werden: Gewährleisten sie für nichtstandardisierte Beschäftigungsverhältnisse soziale Mindeststandards, die die zeitliche Verlässlichkeit und relative Existenzsicherung soweit möglich sicherstellen? Normieren sie einen wirksamen Diskriminierungsschutz? Tragen sie zur Ermöglichung der Fluktuation der Beschäftigten zwischen nichtstandardisierter und standardisierter Beschäftigung bei und verhindern so einen Sackgasseneffekt nichtstandardisierter Beschäftigung?

A. Zielsetzung und allgemeine Vorgaben der EG-Richtlinien

Die Ziele des TzBfG decken – entsprechend der Vorgaben der Richtlinien – alle drei Zieldimensionen ab, die als Regelungserfordernisse bei nichtstandardisierter Beschäftigung isoliert wurden: Gemäß § 1 soll es Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten und befristet Beschäftigten verhindern, die Teilzeitarbeit fördern und Voraussetzungen für Befristungen festlegen.⁷⁵ Die Gesetzesbegründung⁷⁶ benennt auch die wirtschafts- und arbeitsmarktpolitischen Zielsetzungen. Ausdrücklich an erster Stelle steht die Förderung einer flexiblen Organisation der Arbeit, gefolgt von dem Hinweis auf die beschäftigungspolitische Bedeutung der Teilzeitarbeit.⁷⁷ Die Gesetzesbegründung legt – anders als die Sozialpartnervereinbarung Befristung⁷⁸ und § 1 TzBfG – eine vorsichtig optimistische Einschätzung der Befristung zugrunde. Erleichterte Befristungsmöglichkeiten (und nicht Einschränkung von Missbrauch) seien erforderlich »im Interesse der Flexibilität der Beschäftigung und als Brücke zu unbefristeten Arbeitsverhältnissen«.⁷⁹ Damit hält das TzBfG an der bisherigen Zielsetzung des gesetzlichen Befristungsrechts fest, obwohl diese sich als empirisch nicht valide erwiesen hat. Im Einklang mit dem Ziel der Flexibilisierung der Arbeitsorganisation hält das Gesetz auch an der positiven Sanktionierung der Arbeit auf Abruf (die jetzt nicht mehr Anpassung der Arbeitszeit an den Arbeitsanfall heißt) sowie der Arbeitsplatzteilung fest.

Das TzBfG setzt die Richtlinien 97/70/EG und 1999/81/EG in das deutsche Recht um. Dabei darf nach beiden Richtlinien das Niveau des Arbeitnehmerschutzes bezüglich Teilzeitbeschäftigung bzw. Befristung nicht abgesenkt werden (§ 6 Nr. 2 bzw. § 8 Nr. 3); günstigere Regelungen der Materie sind demgegenüber zulässig. Den Tarifparteien wird in beiden Richtlinien das Recht zugestanden, »die Bestimmungen (...) unter Berücksichtigung besonderer Bedürfnisse anzupassen« (§ 6 Nr. 3, § 8

Das neue Teilzeit- und Befristungsgesetz, ZIP 2001, 217; *Dassau*, Das Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge, ZTR 2001, 64; *Hinnrichs*, Neue gesetzliche Regelungen zur Teilzeitarbeit, AiB 2001, 65; *Hromadka*, Befristete und bedingte Arbeitsverhältnisse neu geregelt, BB 2001, 621–627; 674–677; *Kliemt*, Das neue Befristungsrecht, NZS 2001, 297; *Lakies*, Das Teilzeit- und Befristungsgesetz, DZWIR 2001, 1–17; *Nielebock*, Neue gesetzliche Regelungen zur Befristung, AiB 2001, 74; *Preis/Gotthardt*, Das Teilzeit- und Befristungsgesetz, DB 2001, 144; *Richard/Annus*, Gesetzliche Neuregelung von Teilzeit und Befristung, BB 2000, 2201; *Rolfs*, Das neue Recht der Teilzeitarbeit, RdA 2001, 129; *Straub*, Erste Erfahrungen mit dem Teilzeit- und Befristungsgesetz, NZA 2001, 919.

75 Die Zielbestimmung des Gesetzes ist in der Literatur zum Teil als Moderscheidung (*Hromadka*, Das neue Teilzeit- und Befristungsgesetz, NJW 2001, 400, 401) ohne eigenen Regelungsgehalt (*Zwanziger*, in: *Zwanziger/Däubler* [Fn. 74], Rn. 1 zu § 1 TzBfG; *Rolfs*, Das neue Recht der Teilzeit, RdA 2001, 129, 131) apostrophiert worden. Damit wird ihre Bedeutung unterschätzt: Wie in zahlreichen jüngeren Gesetzen hat der Gesetzgeber mit der Zielbestimmung eine Richtlinie für die teleologische Auslegung der unbestimmten Gesetzesbegriffe gegeben, deren große Zahl im TzBfG zum Teil sehr beklagt wird (vgl. etwa zu den Begriffen »betrieblicher Grund« und »unverhältnismäßige Kosten« *Flatten/Coepicus*, »Betriebliche Gründe« im Sinne des Teilzeit- und Befristungsgesetzes, ZIP 2001, 1447).

76 BT-Drs. 14/4374.

77 Ebd., S. 1, 11.

78 Zu deren Zielen oben Fn. 16 ff.

79 BT-Drs. 14/4374, S. 1.

Nr. 4); dies wird man so auslegen müssen, dass die Regelungen begrenzt tarifdispositiv ausgestaltet sind.⁸⁰

B. Soziale Mindeststandards für nichtstandardisierte Beschäftigung

Wenn schon die Gesetzesbegründung die Notwendigkeit sozialer Mindeststandards neben der Flexibilisierung des Arbeitsverhältnisses nicht erwähnt, so könnte man erwarten, dass die Standardisierung nichtstandardisierter Beschäftigungsverhältnisse in dieser Hinsicht nur wenig vorangekommen ist. Bezüglich der Befristung und geringfügigen Teilzeitbeschäftigung bestätigt sich dies, bezüglich der Arbeit auf Abruf erlebt die Analyse eine angenehme Überraschung.

1. Befristungen (§ 14 TzBfG)

Befristungen schränken schon rein begrifflich die zeitliche Verlässlichkeit des Arbeitsverhältnisses ein. Soziale Mindeststandards können daher nur durch die Einschränkung von Befristungsmöglichkeiten geschaffen werden. In dieser Hinsicht bleibt das TzBfG hinter sozialpolitischen Erwartungen, die mancher an den ersten Arbeitsminister aus den Reihen der IG Metall gehabt haben mag, zurück.

a) Vorgaben der Sozialpartnervereinbarung »Befristung«

Die Sozialpartnervereinbarung »Befristung« verpflichtet die Mitgliedsstaaten, den Missbrauch durch aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge zu vermeiden, wozu alternativ die Verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrages um eine weitere Befristung von einem sachlichen Grund abhängig zu machen oder die maximale Anzahl aufeinander folgender Arbeitsverhältnisse bzw. die maximale Anzahl der Verlängerungen festzulegen ist (§ 4). Von dieser – wie von allen anderen Regelungen zur Befristung – dürfen nur Ausbildungsverträge und Verträge im Rahmen von Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen ausgenommen werden.

Die Sozialpartnervereinbarung fordert außerdem eine Standardisierung befristeter Beschäftigung bei der kollektiven Vertretung der Beschäftigten am Arbeitsplatz: Befristet Beschäftigte müssen bei der Berechnung der Schwellenwerte zur Einrichtung von Arbeitnehmervertretungen mitgerechnet werden (§ 7). Diese Vorgabe wurde in das deutsche Recht nicht umgesetzt, obwohl gem. § 1 BetrVG nur ständig Beschäftigte beim Schwellenwert zur Betriebsratswahl zu berücksichtigen sind. Hier muss bis zu einer richtlinienkonformen Gesetzesfassung die richtlinienkonforme Auslegung greifen: Eine Mindestbeschäftigungsdauer zu fordern, wäre mit dem Text der Sozialpartnervereinbarung unvereinbar.⁸¹

⁸⁰ *Nielsen*, European Labour Law, 2000, S. 93.

⁸¹ Angedeutet bei BAG 12. 10. 1976 – AP Nr. 1 zu § 8 BetrVG: Aushilfskräfte, die mindestens sechs Monate im Jahr beschäftigt werden, rechnen mit. A. A. *Wank*, RdA 1999, 383, 387.

Die gesetzliche Regelung kombiniert die Festlegung eines Sachgrundes für jede weitere Befristung mit der Festlegung einer Höchstanzahl und Höchstdauer der sachgrundlosen Erstbefristung, geht also insoweit über die Richtlinienanforderungen hinaus.

Nach § 14 Abs. 1 TzBfG wird die *Befristung mit Sachgrund* der Regelfall der zulässigen Befristung. Die Aufzählung der Sachgründe in § 14 Abs. 1 TzBfG ist nicht abschließend und entspricht im wesentlichen einer groben Kategorisierung der von der Rechtsprechung anerkannten Gründe.⁸² In Anknüpfung an tarifliche Regelungen, die in der Rechtsprechung bestätigt wurden, wird die Befristung im Anschluss an ein Studium oder eine Ausbildung zur Erleichterung des Übergangs in das Berufsleben ausdrücklich zugelassen.⁸³ Damit wird eine an sich typische sachgrundlose Erstbefristung in den Rang einer sachlich begründeten Befristung erhoben,⁸⁴ und zwar überwiegend, um Unternehmen eine sachgrundlose Befristung des ersten Arbeitsverhältnisses mit einem ehemaligen Werkstudenten zu ermöglichen,⁸⁵ die wegen des Wegfalls von § 1 Abs. 3 Satz 2 BeschFG sonst nicht möglich wäre.

Nach § 14 Abs. 2 TzBfG wird die Möglichkeit der *Erstbefristung ohne Sachgrund* erstmals dauerhaft geschaffen. Als dieses Prinzip 1985 von der Regierung Kohl unter dem Protest der SPD-Opposition geschaffen wurde, war es selbst auf fünf Jahre befristet und wurde auch nur befristet verlängert. Diese Entfristung ist arbeitsmarktpolitisch nicht begründet, entbehrt also selbst des Sachgrundes.⁸⁶ Dabei wurde im wesentlichen die Regelung des § 1 BeschFG i.d.F vom 25. 9. 1996⁸⁷ übernommen, wonach eine Befristung bis zur Dauer von zwei Jahren zweimal verlängert werden konnte. Geändert wurden zwei Punkte: Zum einen ist nach dem »Verbrauch« der drei sachgrundlosen Erstbefristungen über insgesamt zwei Jahre keine weitere sachgrundlose Befristung mehr zulässig, auch nicht, wenn zwischen den Befristungen ein gewisser Abstand von mindestens vier Monaten gewahrt wird (§ 1 Abs. 3 Satz 2 BeschFG⁸⁸) oder sachgrundlose und sachlich begründete Befristung sich abwechseln. Damit ist auch eindeutig die Möglichkeit ausgeschlossen, eine Beschäftigte auf demselben Arbeitsplatz bei ständigem Wechsel zwischen zwei Arbeitgebern endlos im Status der befristeten Beschäftigung zu halten.⁸⁹ Damit sind *Kettenbefristungen* allerdings *nicht ausgeschlossen*. Nach bis zu drei sachgrundlosen Befristungen kann eine Arbeitnehmerin unbegrenzt mit Sachgrund befristet beschäftigt werden; ausgeschlossen ist nur, zunächst eine Beschäftigung mit Sachgrund zu befristen und hernach noch von der Möglichkeit des § 14 Abs. 2 TzBfG Gebrauch zu machen.

82 Auf die Kommentierungen zum TzBfG (s. o. Fn. 74) wird verwiesen.

83 BAG 14. 10. 1997, DB 1998, 1468.

84 Vgl. *Hromádka*, BB 2001, 621, 623 (»soll also die Möglichkeit schaffen, im Anschluss an ein Studium einen befristeten Arbeitsvertrag abzuschließen, ohne dass (...) Gründe in der Person vorliegen«), kritisch auch *Blanke*, Der Gesetzentwurf der Bundesregierung über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge, AiB 2000, 729, 735, *Lakies*, DZWiR 2001, 1, 10; *Däubler*, ZIP 2000, 1961, 1966.

85 *Däubler*, in: *Kittner/ders./Zwanziger*, Rn. 53 zu § 14 TzBfG.

86 S. o. bei Fn. 7, 8, 64. Dieses Ergebnis der Begleituntersuchungen zum BeschFG wird in der Begründung des Gesetzes verschwiegen. Erfahrungen aus dem Ausland bestätigen sie: Durchgehend korrespondiert eine hohe Befristungsquote mit einer hohen Arbeitslosenquote, während die als arbeitsmarktpolitisch besonders erfolgreich geltenden Niederlande sowohl eine niedrige Befristungs- als auch eine niedrige Arbeitslosenquote aufweisen (*Preis/Gotthard*, DB 2000, 2065, 2070 m. w. N.).

87 BGBl. I 1475; diese Regelung wurde durch das Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten vom 19. 12. 1998 (BGBl. I 3843), das ausdrücklich der Rücknahme des Beschäftigungsförderungsgesetzes 1996 dienen sollte, nicht tangiert, befürwortend *Löwisch* BB 1999, 102, 104.

88 Zum »Personalkarussell« BAG 9. 2. 2000 NZA 2000, 722.

89 Nach Auffassung des 7. Senats des BAG nach altem Recht zulässig, solange keine Missbrauchsabsicht nachgewiesen wurde, Urt. v. 25. 4. 2001, ZIP 2001, 1511. Weitere Praxisbeispiele aus dem »Perlenschnur-repertoire« bei APS *Backhaus*, § 14 TzBfG Rn. 78 f.

Der Anwendungsbereich des Befristungsschutzes wird ausgedehnt: § 14 ff. TzBfG gelten auch bei Arbeitsverhältnissen, die nach der bisherigen, von der Rechtsprechung entwickelten Lösung nicht dem Befristungsschutz unterlagen. Da die Unzulässigkeit der sachgrundlosen Befristung im Arbeitsvertragsrecht mit der Umgehung von Kündigungsschutzbestimmungen⁹⁰ oder der Auflösung von Wertungswidersprüchen zwischen § 620 BGB und den Kündigungsschutzbestimmungen im Wege der teleologischen Reduktion⁹¹ begründet wurde, waren Beschäftigte, die keinen Kündigungsschutz genossen, auch vor Befristung ungeschützt. Sie waren nunmehr aufgrund der Vorgaben der Sozialpartnervereinbarung in den Befristungsschutz grundsätzlich einzubeziehen.⁹²

Bei dieser großzügigen Befristungserlaubnis ist es fraglich, ob die in der Literatur zum Teil im Wege der teleologischen Reduktion begründete weitere Möglichkeit, mit einem Arbeitnehmer nach längerer Zeit erneut einen sachgrundlos befristeten Vertrag abzuschließen,⁹³ einem praktischen Bedürfnis entspricht. Eine solche Auslegung hätte sich auch mit dem Vorwurf der richtlinienwidrigen Auslegung auseinanderzusetzen: Es müsste entweder eine Höchstdauer an Befristungen oder ein sachlicher Grund für jede folgende Befristung vorgesehen werden. Mit der Kombination beider Merkmale ist diese Anforderung erfüllt; wenn jetzt aber die Höchstanzahl durch die Möglichkeit weiterer sachgrundloser Befristungen unterlaufen wird, ist dies nicht mehr der Fall.⁹⁴

Besonders problematisch und *EG-rechtlich nicht haltbar* ist § 14 Abs. 3 TzBfG, wonach der sachgrundlosen Befristung des Arbeitsverhältnisses mit einem Arbeitnehmer über 58 Jahren keine Grenzen gesetzt sind. Damit kann der Arbeitnehmer »sein Arbeitsleben als Tagelöhner beenden«,⁹⁵ denn zahllosen Eintagesbefristungen steht mangels Festlegung einer Höchstdauer oder Höchstanzahl nichts entgegen. Mit § 5 der Sozialpartnervereinbarung ist dies nicht vereinbar: Ältere Arbeitnehmer gehören nicht zu den Gruppen, die die Mitgliedsstaaten vom Befristungsschutz ausnehmen dürfen; auch zu ihren Gunsten muss entweder die Dauer oder die höchstzulässige Anzahl der sachgrundlosen Befristungen begrenzt werden.⁹⁶ Außerdem liegt ein Verstoß gegen die Richtlinie 2000/78/EG vor,⁹⁷ die Ungleichbehandlungen wegen des Alters verbietet (Art. 2). Von der Ausnahmeklausel des Art. 6, wonach Ungleichbehandlungen zulässig sind, wenn sie zur Erreichung rechtmäßiger Ziele aus dem Bereich der Beschäftigungspolitik gerechtfertigt sind, ist diese Diskriminierung nicht gedeckt. Zur Erreichung des angeführten Ziels, die Arbeitsmarktchancen älterer

90 BAG seit BAG 12. 10. 1960 AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

91 MüHdbdArbR-Wank § 116 Rn. 11 m. w. N.

92 Vgl. Hanau, Was ist wirklich neu in der Befristungsrichtlinie?, NZA 2000, 1045.

93 Löwisch, BB 2001, 254 f.

94 Soweit zum Teil eingewendet wird, schon die Entfristung des § 1 BeschFG sei mit dem Verschlechterungsverbot des § 8 Abs. 2 Sozialpartnervereinbarung unvereinbar (Nielebock, AiB 2001, 81; Schmalenberg, NZA 2000, 1043; unentschieden Däubler, in: Kittner/ders./Zwanziger, KSchR, Rn. 152 zu § 4 TzBfG), so vermag dies nicht zu überzeugen: Praktisch war die sachgrundlose Befristung bereits seit 15 Jahren geltendes Recht, so dass die nunmehr erfolgte Verstetigung praktisch keine Verschlechterung ist – und auf die praktische Verschlechterung des gesamten Schutzstandards kommt es nach § 8 Nr. 3 der Sozialpartnervereinbarung Befristung an. Mit der Ausdehnung des Geltungsbereichs des Befristungsschutzes sowie der Aufhebung der Möglichkeit der sachgrundlosen Anschlussbefristung liegt aber insgesamt eine Verbesserung vor (i.E. ebenso Hanau, NZA 2000, 1045 m. w. N.). Eher kommt es schon in Betracht, die Tarifdispositivität des Befristungsschutzes als Verstoß gegen das Verschlechterungsverbot des § 8 Abs. 2 Sozialpartnervereinbarung anzusehen. Zwar war der richterrechtliche Befristungsschutz vom BAG als tarifdispositiv angesehen worden (BAG 4. 12. 1969, AP Nr. 32 zu § 620 BGB), das galt für § 1 BeschFG aber nicht. Für die Tariföffnungsklausel ist allerdings eine richtlinienkonforme Auslegung in der Weise möglich, dass § 14 Abs. 2 tariflich nur konkretisiert, nicht aber zuungunsten der Arbeitnehmer abgeändert werden kann (Däubler, ebd., Rn. 173, m. w. N.).

95 Däubler, Das geplante Teilzeit- und Befristungsgesetz, ZIP 2000, 1961, 1967.

96 Ebenda, ablehnend auch Blanke, AiB 2000, 729, 735; APS-Backhaus, Rn. 103 ff. zu § 14 TzBfG.

97 ABl. L 303/16 vom 2. 12. 2000.

Arbeitnehmer zu verbessern, ist die Zulassung von Befristungen nicht geeignet, wie die Erfahrungen mit dem BeschFG zeigen.⁹⁸ Die Richtlinie 2000/78/EG war zum Zeitpunkt der Verabschiedung des TzBfG bereits in Kraft, muss allerdings erst zum 31.12.2003 umgesetzt werden. Der Grundsatz der Gemeinschaftstreue (Art. 10 EG-V) verbietet Mitgliedsstaaten aber, während der Umsetzungsfrist einer Richtlinie richtlinienwidriges Recht zu schaffen.⁹⁹ § 14 Abs. 3 TzBfG muss daher wegen Verstoß gegen EG-Recht außer Anwendung bleiben.¹⁰⁰

c) *Bewertung*

Die zentrale Befristungsregelung des TzBfG verbessert die vorgefundene Rechtslage für Beschäftigte in Kleinbetrieben, die erstmals den Befristungsschutz genießen, sowie für Befristungen unter sechs Monaten. Darüber hinaus werden aber Befristungsmöglichkeiten nicht eingeschränkt, wie es aus dem Prinzip der zeitlichen Verlässlichkeit des Arbeitsverhältnisses geboten wäre. Sozialpolitisch besonders problematisch ist die Verbindung von Befristung mit anderen prekären Arbeitsbedingungen, so z. B. geringfügige Beschäftigung oder Arbeit auf Abruf; diese Gestaltungsmöglichkeiten wurden nicht strenger reguliert. Hier liegt selbstverständlich noch Handlungsspielraum für die Tarifparteien, die solche Verknüpfungsverbote oder den Ausschluss sachgrundloser Befristungen vorsehen können.

2. *Teilzeitbeschäftigung: Beschränkung der Arbeit auf Abruf*

a) *Problematik*

Teilzeitbeschäftigung ist, wie schon gesagt, nicht grundsätzlich prekär. Regelungsbedarf hinsichtlich sozialer Mindeststandards besteht daher nur bezüglich prekärer Formen der Teilzeit. Die Prekarietät der geringfügigen Teilzeitbeschäftigung ergibt sich hauptsächlich aus sozialrechtlichen Regelungen, die im TzBfG gar nicht adressiert werden.¹⁰¹ Auch befristete Teilzeitbeschäftigung ist doppelt prekär; dieses Problem wird im TzBfG nicht adressiert. Weitere prekäre Teilzeitbeschäftigungsformen burden der Arbeitnehmerin einen Teil des Arbeitgeberrisikos auf. Dies ist bei der Arbeit auf Abruf der Fall, bei der der Arbeitgeber das Risiko von Kapazitätsschwankungen nicht selbst trägt, sondern auf die Arbeitnehmer zum Teil abwälzen kann. Diese verlieren dadurch die zeitliche Verlässlichkeit der Teilzeitbeschäftigung.

b) *Gesetzliche Regelung*

Das TzBfG enthält – von den Zielbestimmungen unerwähnt und von der Sozialpartnervereinbarung nicht gefordert – weiterhin die vom BeschFG eingeführten Rege-

⁹⁸ Oben Fn. 7, 8, 64.

⁹⁹ EuGH 18. 12. 1997, C-129/96 – Inter-Environnement Wallonie, Slg. I-7411, Rn. 45 f.

¹⁰⁰ Vgl. EuGH v. 8. 11. 1990, C-177/88 – Dekker, Slg. I-3941.

¹⁰¹ Außerdem ist die geringfügige Teilzeit wegen der mangelnden Einkommenssicherung sicher prekär. Hier weist das deutsche Recht nach wie vor eine erhebliche Steuersubvention für die geringfügige Alleinbeschäftigung auf, die beseitigt werden sollte, um die Aufteilung sozial adäquater Teilzeitverhältnisse in geringfügige zu verhindern (s.o. Fn. 72). Für die langfristige Existenzsicherung geringfügig Teilzeitbeschäftigter ist die Forderung nach der Ausdehnung der Sozialversicherungspflicht auf diese und alle anderen Erwerbsformen so aktuell wie je.

lungen zur Arbeit auf Abruf (auch: kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit – KAPOVAZ) sowie zur arbeitsvertraglichen Vertretungspflicht (Job-Sharing). Die Regelung zur Arbeit auf Abruf (§ 12 TzBfG) ist gegenüber der früheren Vorschrift zur Anpassung der Arbeitszeit an den Arbeitsanfall (§ 4 BeschFG) in einem nicht unwesentlichen Punkt geändert worden.¹⁰² Nach § 4 BeschFG musste der Arbeitsvertrag zwar eine Festlegung der Dauer der Arbeitszeit enthalten; fehlte diese, so wurde gesetzlich eine Dauer von zehn Stunden wöchentlich vermutet. Diese Regelung stellte nicht ausdrücklich klar, inwieweit die Arbeitsvertragsparteien bei der Festlegung des Bezugszeitraums gebunden waren. Der Bezugszeitraum der Arbeitszeitdauer ist für den Grad der Flexibilisierung entscheidend;¹⁰³ seine maximale Länge war folglich umstritten. Vertreten wurden die Möglichkeit eines Jahresarbeitszeitkontingents,¹⁰⁴ ein maximaler Bezugszeitraum von einem Monat¹⁰⁵ oder von einer Woche.¹⁰⁶ § 12 TzBfG entscheidet diesen Streit zugunsten der letztgenannten Meinung und verpflichtet auch die Tarifvertragsparteien, die im übrigen von der Vorschrift auch zum Nachteil des Arbeitnehmers abweichen können, zur Einhaltung einer Wochenfrist. Das wird einige Tarifrevisionen erfordern, denn bisher ist eine schwankende Jahresarbeitszeit z. B. bei nebenberuflichen Fleischbeschauern üblich und von der Rechtsprechung gebilligt.¹⁰⁷ Strebt der Arbeitgeber eine größere Flexibilität an, so muss er zu arbeitsvertraglichen Regelungen greifen, die eine einvernehmliche Flexibilität vorsehen. Solche Regelungen haben sich ohnehin stärker durchgesetzt als die »kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit«.¹⁰⁸ Der neugefasste § 12 TzBfG beschränkt die Möglichkeiten der Arbeit auf Abruf insbesondere für Vollzeitkräfte stärker als zuvor: Bei einem Bezugszeitraum von einer Woche bleibt bei einer 35-Stunden-Wochen wenig Spielraum für Abrufarbeit, sofern man die gesetzliche Höchstarbeitszeit von 10 Stunden noch beachten will. Konsequenzen könnte dies für die Anordnung von Überstunden haben. Eine arbeitsvertragliche Vereinbarung, nach der Überstunden angeordnet werden können, kann die Vereinbarung einer Arbeit auf Abruf im Vollzeitverhältnis substituieren. Die entsprechenden Vereinbarungen dürfen daher nicht zu einer Umgehung von § 12 TzBfG führen. Auch für die vertraglich vereinbarte Anordnung von Überstunden muss daher die Mindestankündigungsfrist von vier Tagen nach § 12 Abs. 2 TzBfG eingehalten werden.¹⁰⁹ Inwieweit sich dadurch die

102 Die Gesetzesbegründung behauptet hierzu undeutlich, die alte Regelung werde im wesentlichen übernommen (BT-Drs 14/4374, S. 18), aber das ist wegen des eindeutigen Textes der Regelung unwesentlich. Wie hier *Busch*, Aus für die Arbeit auf Abruf, NZA 2001, 593; *Kliemt*, NZA 2001, 63, 70, *Däubler*, ZIP 2001, 217, 222; *Preis/Gotthard*, DB 2000, 2066, 2069.

103 Ist eine wöchentliche Arbeitszeit von 20 Stunden vereinbart, so kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer im Extremfall in zwei 10-Stunden-Schichten oder fünf vierstündigen Schichten einsetzen. Wird dasselbe »Arbeitszeitdeputat« auf einen monatlichen Bezugszeitraum bezogen, so ergibt sich eine monatliche Arbeitszeit von 86 2/3 Stunden. Sofern der Arbeitgeber nur an das ArbZG gebunden ist, kann er den Arbeitnehmer zu acht 10stündigen und einem 6 2/3 stündigen Einsatz nacheinander oder alternativ bei einem Monat mit 30 Tagen und 4 Sonntagen in 26 3 1/3 stündigen Schichten einsetzen. Ein Jahresarbeitszeitdeputat würde 1040 Stunden umfassen. Das Direktionsrecht des Arbeitgebers zur Abforderung der Arbeitszeit wäre auch hier nicht durch § 3 ArbZG beschränkt, der eine durchschnittliche tägliche Arbeitszeit von acht Stunden in einem Ausgleichszeitraum von 24 Wochen verlangt: Er könnte 104 10-stündige Schichten hintereinander, unterbrochen nur durch arbeitsfreie Sonntage, bei Wegfall der Arbeitsverpflichtung für den Rest des Jahres, verlangen.

104 MüHdbdArbR-Schüren, § 166 Rn. 26.

105 *Däubler*, Arbeitsrecht II, Rn. 1965; *Rauschenberg*, Flexibilisierung und Neugestaltung der Arbeitszeit, 1993, 41; *ErfK-Preis*, Rn. 20 ff. zu § 4 BeschFG.

106 *Buschmann*, TZA, 1. Aufl. 1997, Rn. 68 zu § 4 BeschFG; *Fitting/Kaiser/Heither/Engels*, Rn. 47 zu § 5 BetrVG.

107 BAG 12. 3. 1992 AP Nr. 1 zu § 4 BeschFG, wie hier *Dassau*, Das Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverhältnisse, ZTR 2001, 65, 67 f.

108 MüHdbdArbR-Schüren, § 166 Rn. 1 m. w. N.

109 Vorsichtig in diese Richtung *Däubler*, ZIP 2001, 217, 222.

Grenzen zwischen Arbeit auf Abruf und zahlreichen kurzfristeten Arbeitsverhältnissen innerhalb einer Rahmenvereinbarung wieder verschieben, kann hier nicht erörtert werden.¹¹⁰

Bei Arbeitsplatzteilung sind die Regelungen des § 5 BeschFG a. F. für den Individualvertrag tatsächlich nur redaktionell umformuliert worden. Auch von § 13 TzBfG dürfen die Tarifvertragsparteien zuungunsten des Arbeitnehmers abweichen; anders als nach altem Recht müssen sie jedoch eine Regelung der Vertretung überhaupt vorsehen.

c) *Bewertung*

Bezüglich der Arbeit auf Abruf, die praktisch überwiegend bei Teilzeitbeschäftigung vorkommt, enthält das TzBfG eine Verminderung von Prekarität. Obwohl dies offenbar auf einem gesetzgeberischen Versehen beruht, ist dies zu begrüßen.

Ungeregt bleibt auch hier wieder die Kumulierung verschiedener, in sich bereits prekärer Charakteristika nichtstandardisierter Beschäftigungsverhältnisse. So ist Arbeit auf Abruf auch bei befristeter und geringfügiger Beschäftigung möglich. Bei der sektorenspezifischen Einschränkung solcher Kumulationen sind (vorläufig) die Tarifparteien gefordert. Dabei ist dann jeweils sektorenspezifisch abzuwägen, ob die Anhebung des Schutzniveaus auch geringfügige Beschäftigungsverhältnisse noch ermöglicht, die manche Arbeitnehmerinnen aus persönlichen Gründen bevorzugen. Das zuweilen in Entscheidungen auftauchende Gerücht, damit sei ein Verlangen nach befristeten Arbeitsverträgen verbunden,¹¹¹ entspricht selbstverständlich nicht der sozialen Realität, so dass ein tarifliches Koppelungsverbot für geringfügige und (sachgrundlos) befristete Beschäftigung sowie für Arbeit auf Abruf und befristete Beschäftigung durchaus denkbar ist.

C. *Diskriminierungsverbote – konzeptionelle Herausforderungen*

Die wesentliche Neuerung des 1. Abschnitts des TzBfG ist eine genauere Fassung des Verbotes der Diskriminierung wegen der Teilzeit sowie das für das deutsche Recht vollkommen unbekanntes Verbot der Diskriminierung wegen einer Befristung. Das TzBfG übernimmt hier weitgehend die Vorgaben der Sozialpartnervereinbarungen.

a) *Vorgaben der Sozialpartnervereinbarungen*

Deren fast wortgleich formuliertes Diskriminierungsverbot (jeweils § 4) garantiert befristet Beschäftigten bzw. Teilzeitbeschäftigten, dass sie nicht schlechter als vergleichbare Dauer- bzw. Vollzeitbeschäftigte behandelt werden. Dies steht allerdings unter dem Vorbehalt, dass es für die Benachteiligung keinen sachlichen Grund (§ 4 Sozialpartnervereinbarung Befristung) bzw. keinen objektiven Grund (§ 4 Sozialpartnervereinbarung Teilzeit) gibt. Beide Sozialpartnervereinbarungen legen fest, dass »wo angemessen« der pro-rata-temporis-Grundsatz gilt. Im Übrigen können die Mitgliedstaaten nach Anhörung der Sozialpartner die Anwendungsmodalitäten

¹¹⁰ Zum Problem (noch unentschieden) *Buschmann*, in: *ders./Dieball/Stevens-Bartoll*, TZA, 2. Aufl. 2001, Rn. 7 f. zu § 14 TzBfG, zum alten Recht *Reinecke*, Flexible Beschäftigung aufgrund von Rahmenvereinbarungen in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, in: FS Däubler, 1999, 117.

¹¹¹ Kritisch *Buschmann*, ebd., Rn. 3 f. m. w. N. aus der Rspr.

des Diskriminierungsverbotes festlegen. Die Anwendung des Diskriminierungsverbotes setzt die Findung eines vergleichbaren Beschäftigten voraus. Bei der Feststellung der Vergleichbarkeit sind gem. § 3 der Sozialpartnervereinbarungen nicht nur die Art der Arbeit, sondern auch die Qualifikationen des Arbeitnehmers zu berücksichtigen.

b) Gesetzliche Regelung

Das TzBfG übernimmt das Diskriminierungsverbot der Richtlinien in § 4, wobei Absatz 1 die Diskriminierung der Teilzeitbeschäftigten und Absatz 2 die der befristet Beschäftigten betrifft. Unzulässig ist die Benachteiligung eines Teilzeitbeschäftigten gegenüber einem vergleichbaren Vollzeitbeschäftigten sowie die eines befristet Beschäftigten gegenüber einem vergleichbaren unbefristet Beschäftigten ohne sachlichen Grund. Damit ist es erforderlich, festzulegen, welche Vollzeitbeschäftigten mit einer Teilzeitbeschäftigten vergleichbar sind (§ 2 Abs. 1 Satz 3 TzBfG) und welche unbefristet Beschäftigten mit einer befristet Beschäftigten (§ 3 Abs. 2 TzBfG). Der Begriff des vergleichbaren Vollzeitbeschäftigten ist außerdem für die Definition der Teilzeitbeschäftigung notwendig: Teilzeitbeschäftigt ist, wessen vereinbarte oder praktizierte wöchentliche Arbeitszeit kürzer ist als diejenige eines vergleichbaren Vollzeitbeschäftigten.

Vergleichbar ist jeweils ein Arbeitnehmer mit derselben Art des Arbeitsverhältnisses und der gleichen oder ähnlichen Tätigkeit, anders als in den Sozialpartnervereinbarungen wird nicht zusätzlich noch die gleiche Qualifikation gefordert, womit die Anwendbarkeit der Regelung sicher erleichtert wird. Da ein größerer Kreis an Vergleichspersonen zugunsten desjenigen wirkt, der sich auf das Diskriminierungsverbot beruft, ist diese Abweichung auch von § 8 bzw. § 6 Nr. 1 der Sozialpartnervereinbarungen gedeckt.

Sodann soll eine Ungleichbehandlung wegen der Befristung oder der Teilzeit mit sachlichen Gründen gerechtfertigt werden können. Dies bezieht sich nicht auf die Widerlegung des Kausalzusammenhangs zwischen Befristung bzw. Teilzeit und Benachteiligung: Wenn es einen anderen sachlichen Grund für die unterschiedliche Behandlung gibt, so erfolgt sie ja gerade nicht wegen der Befristung. Ein Fallbeispiel für die sachliche Rechtfertigung einer Benachteiligung bei Befristung führt die Begründung an: Bei sehr kurz befristeten Arbeitsverhältnissen könne die anteilige Gewährung von Leistungen zu Bagatellbeträgen führen, die dem Zweck der Leistung widersprechen. Dies widerspricht allerdings der eindeutigen Regelung des § 4 Abs. 2 Satz 2 TzBfG, wonach geldwerte Leistungen stets nach dem pro-rata-tempore-Prinzip zu gewähren sind. § 4 Abs. 1 TzBfG weicht von der Richtlinie Teilzeit insoweit ab, als hier der sachliche Grund gegenüber dem dort genannten objektiven Grund ausreicht. Dies wird man durch richtlinienkonforme Auslegung korrigieren müssen.

Die Diskriminierungsverbote sehen vor, dass teilbare geldwerte Leistungen mindestens entsprechend dem Verhältnis der Arbeitszeit zur Vollzeitarbeit bzw. dem Anteil der Beschäftigungsdauer am Bemessungszeitraum zu gewähren sind (§ 4 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 2 TzBfG). Damit sind insoweit Rechtfertigungen von Benachteiligungen ausgeschlossen. § 4 Abs. 2 Satz 3 TzBfG stellt klar, dass befristet Beschäftigte bei sonstigen Arbeitsbedingungen mit Sachgrund benachteiligt werden dürfen.

Zunächst eine positive Bemerkung: §§ 2, 3 TzBfG legen Wert auf den Schutz besonders prekär Beschäftigter. Abs. 1 stellt ausdrücklich klar, dass auch geringfügig Beschäftigte Teilzeitbeschäftigte sind. Der Sinn dieser Klarstellung kann nur sein, sie vom Diskriminierungsverbot im vollen Umfang profitieren zu lassen. Dies scheint auch notwendig zu sein, denn die Rechtsprechung hat auch in jüngerer Zeit den Ausschluss geringfügig Teilzeitbeschäftigter von tariflichen und vertraglichen Leistungen immer wieder gerechtfertigt.¹¹² Ohne ausdrückliche Klarstellung erfasst § 3 TzBfG unter dem Begriff des befristeten Arbeitnehmers selbstverständlich auch den kurzzeitig befristeten.¹¹³ Hieraus ergibt sich die interessante Folge, dass Studenten, mit denen kurzzeitig befristete Arbeitsverträge abgeschlossen werden, ebenfalls nach dem pro-rata-Grundsatz an allen mit dem Arbeitsverhältnis verbundenen Leistungen zu beteiligen sind.¹¹⁴

Problematisch ist allerdings der Begriff der Vergleichbarkeit, wenn man einen wirkamen Diskriminierungsschutz von befristet und Teilzeitbeschäftigten erreichen will. Der Hinweis, dass schon die Vereinbarung einer Teilzeit- oder Befristungsklausel eine Benachteiligung darstellt,¹¹⁵ ist zutreffend. Dem Gesetz geht es jedoch nur um die Gleichbehandlung jenseits dieser wesentlichen Charakteristik der entsprechenden Beschäftigung. Dies ist auch zwingend, wenn man nicht die Forderung nach Verbot der nichtstandardisierten Beschäftigung erheben will.

Nach dem Wortlaut des § 4 TzBfG ist vergleichbar ein Arbeitnehmer mit der gleichen oder ähnlichen Tätigkeit. Diese Vorschrift kann nur gelten, soweit die Art der Tätigkeit für die vorenthaltene Begünstigung maßgeblich ist. Werden etwa alle Vollzeitbeschäftigten zum Kantineessen zugelassen, unabhängig von der Art ihrer Tätigkeit, dann müssen auch die teilzeitbeschäftigten Reinigungskräfte darauf Anspruch haben, unabhängig davon, ob es auch vollzeitbeschäftigte Reinigungskräfte gibt. Entsprechendes wird für die meisten nicht leistungsbezogenen Vergünstigungen gelten. Für die Vergleichbarkeit wird es hier häufig auf die Einkommens- und Familiensituation ankommen, insoweit muss dann nur entsprechende Behandlung gewährt werden. Die teilzeitbeschäftigte Mutter eines Kindes kann also nicht Gleichbehandlung mit der vollzeitbeschäftigten Mutter von zwei Kindern verlangen, sofern die Zahl der Kinder für die Vergünstigung – etwa: Zugang zum Betriebskindergarten – ausschlaggebend ist.

Die Vorschrift wird dadurch verkompliziert, dass eine Teilzeitbeschäftigte für die Vergleichbarkeit auch noch in »derselben Art des Arbeitsverhältnisses« beschäftigt sein muss. Obwohl dies der Sozialpartnervereinbarung Teilzeit entspricht, ergeben sich doch einige Zweifel daran, was hier gemeint sein kann. Nach der Gesetzesbegründung soll mit dieser Formulierung erreicht werden, dass befristet beschäftigte Teilzeitkräfte sich nicht mit den unbefristet Vollzeitbeschäftigten vergleichen können.¹¹⁶ Dies konnten die europäischen Sozialpartner 1997, in Abwesenheit einer Regelung zur Befristung, vielleicht noch so verabreden. Die unbesehene Umsetzung in das Gesetz, das zugleich vor Diskriminierung wegen der Befristung schützt, ist

¹¹² So etwa BAG 22. 2. 2000, 3 AZR 845/98, AP Nr. 44 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung (Ausschluss geringfügig Teilzeitbeschäftigter aus betrieblicher Altersversorgung per Tarifvertrag zulässig), zum Problem *Lelley*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Gleichbehandlung geringfügig Beschäftigter, NZA 2000, 405.

¹¹³ *Däubler*, ZIP 2001, 217, 222.

¹¹⁴ Zu voraussichtlich umwälzenden Auswirkungen von § 4 Abs. 2 TzBfG auf die tariflichen Rechte sogenannter Werkstudenten siehe *Hanau*, NZA 2000, 1045.

¹¹⁵ *Blanke*, AiB 2000, 729, 734 (nur zur Befristung).

¹¹⁶ BT-Drs. 14/4374, S. 15.

aber mehr als fraglich. Funktional gesehen wird damit die Segmentierung zwischen Teilzeitbeschäftigten, die zur Kernbelegschaft gerechnet werden können, und befristeten Teilzeitbeschäftigten zementiert. Auch rechtlich ist es unhaltbar, dass § 4 Abs. 1 Satz 1 TzBfG eine Diskriminierung erlauben soll, die § 4 Abs. 2 Satz 1 TzBfG untersagt. Hier ist eine teleologische Reduktion der Vorschriften angebracht.

Für die praktische Anwendung der Diskriminierungsverbote ist es sicher hilfreich, dass die geldwerten Vorteile eine Sonderregelung erfahren haben, die klar und eindeutig zu sein scheint. Unklar ist demgegenüber, warum das Dogma, dass Teilzeitbeschäftigte keine Überstundenzuschläge erhalten, trotz dieser klaren Regelung nur vorsichtig in Frage gestellt wird. Die Literatur beruft sich insoweit auf die Entscheidung des EuGH in Sachen Helmig.¹¹⁷ Hier hatte der EuGH entschieden, dass die Verweigerung von Überstundenzuschlägen für Teilzeitbeschäftigte kein Verstoß gegen das Verbot der mittelbaren Diskriminierung ist. Zutreffend ist allein der Hinweis, dass diese Ungleichbehandlung dann gerechtfertigt sein kann, wenn eine Teilzeitbeschäftigte freiwillig Überstunden leistet, während sie einem Vollzeitbeschäftigten angeordnet werden.¹¹⁸ Für den Fall, dass die Überstunden bei beiden aufgrund einer entsprechenden arbeitsvertraglichen Vereinbarung angeordnet werden, ist eine faktische Gleichbehandlung nunmehr durch § 4 Abs. 2 Satz 2 TzBfG vorgeschrieben.¹¹⁹ Ein weiterer Anwendungsfall des pro-rata-temporis-Grundsatzes im Teilzeitrecht ist der Ausschluss teilzeitbeschäftigter Zeitungszusteller von der Jahressonderzahlung mit der Begründung, sie erhielten zur Jahreswende regelmäßige Trinkgelder.¹²⁰

Im Befristungsrecht wird der Gleichbehandlungsgrundsatz sicher zu einigen Überraschungen führen. Der pro-rata-temporis-Grundsatz stellt insbesondere »Wartezeiten« als Anspruchsvoraussetzung für Entgeltbestandteile in Frage, da sie zum Ausschluss von der Leistung führen, wenn die Befristung kürzer als die Wartezeit ist. Vorbild für die praktische Handhabung kann § 5 BUrlG sein, wonach der Urlaub bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor Ablauf der Wartezeit von sechs Monaten anteilig zu gewähren oder abzugelten ist. Auch Stichtagsregelungen müssen so überwunden werden. Dementsprechend darf einem befristet Beschäftigten, dessen Arbeitsverhältnis am 1. 12. nicht besteht, deswegen die Jahressonderzahlung nicht völlig verweigert werden.¹²¹ Da die Diskriminierungsverbote auch für kollektive Vereinbarungen gelten, wird die Praxis der Benachteiligung befristet Beschäftigter bei Sozialplanabfindungen zu überdenken sein.¹²²

Beide Diskriminierungsverbote sind als Benachteiligungsverbote zugunsten der befristet und Teilzeitbeschäftigten formuliert. Eine Besserstellung dieser Personengruppen ist daher zulässig. Diese kann der Kompensation der Nachteile der Beschäftigungsform dienen, aber auch der Verwaltungsvereinfachung. So ist es sicher praktikabler, Teilzeitbeschäftigten drei Viertel, die Hälfte oder ein Viertel der Jahressonderzahlung zuzubilligen, anstatt in jedem Fall eine genaue prozentuale Ausrechnung vorzunehmen. Mit § 4 Abs. 1 Satz 2 TzBfG ist dies nur vereinbar, wenn Teilzeitbeschäftigte, die von einem Viertel bis zur Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit

¹¹⁷ EuGH v. 15. 12. 1994, C-399 u.a./92 – Helmig, Slg. I-5727.

¹¹⁸ Buschmann (Fn. 74), Rn. 24 zu § 4 TzBfG.

¹¹⁹ Wenn man die Gleichbehandlung von Teilzeitbeschäftigten bei Überstundenvergütungen als Bevorzugung wertet (*Däubler*, ZIP 2001, 127), so hat man sich mit denjenigen auseinandersetzen, die hierin eine mittelbare Männerdiskriminierung sehen (z.B. *Richardi/Annub*, BB 2000, 2001, 2001). Diese vergessen jedoch, dass eine Bevorzugung des überwiegend benachteiligten Geschlechts durch die Tarifparteien ebenso zulässig ist wie durch die Mitgliedsstaaten (zur Vereinbarkeit sogenannter positiver Maßnahmen mit dem Entgeltgleichheitsgebot, das hier einschlägig wäre, zuletzt in einem obiter dictum EuGH C 158/97, Slg. 2000, I-1875 [Abrahamsson]).

¹²⁰ So BAG 19. 4. 1995 AP Nr. 124 zu § 242 BGB Gleichbehandlung (zum alten Recht).

¹²¹ So aber *Lakies*, DZWir 2001, 1, 2 mit Fn. 11.

¹²² *Nielebock*, AiB 2001, 74, 78.

beschäftigt sind, die Hälfte der Jahressonderzahlung erhalten; eine Reduzierung auf ein Viertel wäre wegen des darin liegenden Verstoßes gegen den pro-rata-temporis-Grundsatz eine Benachteiligung entgegen § 4 Abs. 1 Satz 1 und 2 TzBfG.¹²³ Der bereits angesprochene Ausschluss von Werkstudenten von zahlreichen Vergünstigungen, wenn nicht gar von der tariflichen Vergütung überhaupt,¹²⁴ stützt sich häufig auf die Tatsache, dass mit ihnen ein befristeter Arbeitsvertrag vereinbart wurde. Das genügt als Rechtfertigung in Zukunft nicht mehr. Interessante Diskussionen könnten sich um die doppelt nachteilige Verwertung des Studentenstatus ergeben: Erst dient er der Rechtfertigung der Befristung (§ 14 Abs. 1 Nr. 6),¹²⁵ dann dient er der Differenzierung von den vollzeitbeschäftigten Kollegen.

Insgesamt können durch die konsequente Anwendung der Diskriminierungsverbote zugunsten der befristet und Teilzeitbeschäftigten weitere Marginalisierungen dieser Beschäftigungsformen vermieden werden.

D. Fluktuation zwischen nichtstandardisierter und standardisierter Beschäftigung

1. Bedeutung des Diskriminierungsverbotes

Der Wechsel zwischen einem unbefristeten Vollzeitbeschäftigungsverhältnis und einer Teilzeitbeschäftigung bzw. einer befristeten Beschäftigung und – vor allem – umgekehrt wird ohne eine besondere Regelung durch eine konsequente Anwendung der Diskriminierungsverbote begünstigt, da diese weitgehend sicherstellen, dass außer der zu ändernden zentralen Arbeitsbedingung keine weiteren Nachteile zu befürchten sind. Dazu sind zwei Vorbehalte anzumelden:

Zunächst genügt ein arbeitsvertragliches Gesetz allein hier nicht. Es müssen zudem die sozialrechtlichen Nachteile von Teilzeit und Befristung aufgehoben werden. Gerade befristet Beschäftigten wird mit den Wartezeiten in der Arbeitslosenversicherung eine Absicherung versagt, die gerade sie besonders nötig hätten. Rechtspolitisch könnte darüber nachgedacht werden, bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses wegen Befristung von unter einem Jahr die Wartezeit durch eine entsprechende Ergänzung des § 123 Abs. Nr. 3 SGB III zu verkürzen. Auch Teilzeitbeschäftigte sind in der Arbeitslosenversicherung nach wie vor benachteiligt, weil die Versicherungspflicht bei Kombination einer versicherungspflichtigen mit einer versicherungsfreien Teilzeitbeschäftigung nur die erstgenannte erfasst. Der Anspruch auf Teilarbeitslosengeld (§ 150 SGB III), der gerade den besonderen Risiken der mehrfach Teilzeitbeschäftigten gerecht wird, läuft damit wohl weitgehend leer.

Zweitens erfasst das Diskriminierungsverbot wegen der Teilzeit noch nicht die Diskriminierung wegen des Wechsels von Vollzeit zu Teilzeit. Hierzu ein Beispiel aus der Sozialplanpraxis: Teilzeitbeschäftigte, die nur eine relativ geringe Zeit in erziehungsbedingter Teilzeit sind (z.B. 3 Jahre von insgesamt 10 Beschäftigungsjahren), werden bei Sozialplanabfindungen benachteiligt, weil diese entsprechend der gegenwärtigen Arbeitszeit berechnet werden. Eine exakte Nachzeichnung des Beschäftigungsverlaufs wäre hier interessengerechter. Ob dies als Bevorzugung von Teilzeitbeschäftigten gefasst werden kann, bedarf sicher noch der Diskussion.

123 A. A. zum alten Recht BAG 5. 10. 1992 AP Nr. 20 zu § 1 BetrAVG (zur Lebensversicherung aufgrund Direktversicherung: Gruppenbildung auch zu Lasten von Teilzeitbeschäftigten zulässig).

124 BAG 30. 8. 2000, ZIP 2001, 529.

125 Vgl. Däubler (Fn. 74), Rn. 104 zu § 14 TzBfG, m. w. N.

2. Teilzeitarbeit

Teilzeitarbeit als vornehmste der sogenannten nichtstandardisierten Beschäftigungsformen unterliegt sowohl nach der Sozialpartnervereinbarung als auch nach dem TzBfG einer besonderen Förderungspflicht. Die zurückhaltenden Formulierungen der Sozialpartnervereinbarungen lassen es genügen, wenn Arbeitgeber Wünsche nach einer Arbeitszeitveränderung berücksichtigen sollten.

a) Verringerung der Arbeitszeit

Das TzBfG schafft – weitergehend – einen sogenannten Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung (§§ 6–8). Damit sollen nach der Begründung vor allem arbeitsmarktpolitische Ziele erreicht werden. Zugleich wird die Teilzeitbeschäftigung aus der zwingenden Verbindung mit besonderen persönlichen Lebenslagen befreit: Bislang gab es Ansprüche auf Teilzeit außerhalb des öffentlichen Dienstes und besonderer tariflicher Regelungen vorrangig zur Bewältigung sogenannter Familienpflichten, insbesondere zur Betreuung von Kindern oder Pflegebedürftigen.¹²⁶ Mit dem gesetzlichen Anspruch auf Altersteilzeit sowie dem Teilzeitananspruch für Schwerbehinderte wurden weitere Personengruppen entsprechend begünstigt, denen eine Erwerbstätigkeit nur eingeschränkt möglich war oder denen eine solche Einschränkung aus arbeitsmarktpolitischen Gründen nahegelegt wurde. Mit dem TzBfG wird der Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung also in gewissem Sinne aus dem sozialpolitischen Ghetto befreit. Er gilt nicht nur für diejenigen, die – wie Schwerbehinderte – tatsächlich zum teilweisen Ausscheiden aus dem Erwerbsleben gezwungen sind oder die – wie Mütter oder aktive Väter bzw. ältere Beschäftigte – nach Meinung der überwiegenden Bevölkerung den Arbeitsmarkt nicht belasten sollten, sondern für alle Beschäftigten. Damit muss sich derjenige, der Teilzeit beantragt, auch nicht mit den vorgenannten »Loosergroups« des Arbeitsmarktes identifizieren; es ist sogar möglich, andere, weniger ehrenrührige Gründe anzugeben oder gar keine. Dementsprechend keimt schon die Hoffnung, dass Teilzeitarbeit künftig nicht zwingend mit dem Ende der Karriere verbunden sein muss.¹²⁷

Der Teilzeitananspruch war von Anfang an heftig umstritten¹²⁸ und ist folglich komplex geregelt. Nach § 8 Abs. 1 TzBfG entsteht er erstmals nach sechsmonatiger Beschäftigungsdauer und ist drei Monate vor Beginn geltend zu machen, setzt also eine Vorbeschäftigung von zehn Monaten voraus.¹²⁹ Der Arbeitnehmer muss den Anspruch geltend machen. Der Arbeitgeber soll daraufhin danach streben, eine einvernehmliche Regelung zu erzielen. Gelingt dies nicht, muss er dem Teilzeitwunsch zustimmen, soweit nicht betriebliche Gründe dagegen stehen.

Schon früh wurde prophezeit, dass die Regelung weitgehend irrelevant für die Praxis bleiben wird.¹³⁰ Diese Annahme wird dadurch widerlegt, dass es zum umstrittenen Grund der Ablehnung aus betrieblichen Gründen bereits erste Gerichtsentschei-

¹²⁶ Vgl. § 72 a BBG, § 15 b BAT; § 15 Abs. 6, 7 BErzGG, zu den entsprechenden Regelungen *Dieball*, in: *Schiek* u. a., Frauengleichstellungsgesetze des Bundes und der Länder, 2. Aufl. 2002 (im Erscheinen).

¹²⁷ Auch Führungskräfte können in Teilzeit arbeiten. Die Karriere muss darunter nicht zwingend leiden, in: *Wirtschaftswoche* (2001), 1–2, S. 121–122.

¹²⁸ Der Anspruch auf Teilzeitarbeit wird als ein »Bruch mit der die meisten europäischen Rechtsordnungen beherrschenden Grundsatz, wonach die zweckmäßige Gestaltung der Betriebsorganisation Gegenstand freier Unternehmerentscheidung sei, bezeichnet (Arbeitsrechtsausschuss DAV, DB 2000, 2223); es wird befürchtet, dass »die Arbeitsgerichte (...) offen in die Rolle einer (...) nach gesellschaftspolitischen Gesichtspunkten entscheidenden Instanz gedrängt werden« (*Richardi/Annuf*, BB 2000, 2201, 2202); sehr kritisch auch *Rolfs*, RdA 2001, 127, 132.

¹²⁹ *Lakies*, a. a. O., S. 256, m. w. N.

¹³⁰ *Däubler*, ZIP 2000, 1961, 1963. Nicht ganz unberechtigt erscheint demgegenüber die Anmerkung, eine

dungen gibt, und das nicht nur aus dem öffentlichen Dienst.¹³¹ Entgegen einiger eher restriktiver Tendenzen in der Literatur¹³² fordern diese Entscheidungen bei der Auslegung des Begriffs »betriebliche Gründe« durchaus mehr als bloß rationale Erwägungen. So kann der Arbeitgeber eine Arbeitszeitreduzierung um vier Stunden nicht mit dem Hinweis auf schwierige Organisationserfordernisse ablehnen,¹³³ die Verkürzung der Arbeitszeit von 40 auf 24 Stunden kann nicht mit dem Hinweis auf hohe Kosten bei der erforderlichen organisatorischen Umstellung abgelehnt werden, weil die zu erwartende Effizienzsteigerung durch Teilzeit mit in Anrechnung zu bringen ist;¹³⁴ daher sind auch kleinere organisatorische Umstellungen sowie die Anfangskosten einer Stellenteilung unerheblich.¹³⁵ Das entspricht der Zielsetzung des Gesetzes, mehr Möglichkeiten für Teilzeitbeschäftigung zu schaffen.

Diese ersten Entscheidungen hatten sich mit Arbeitgebern auseinanderzusetzen, die ihre Verhandlungs- und Informationspflichten aus § 8 TzBfG nicht ernst nahmen. So wurde entsprechend den Empfehlungen in der Literatur pauschal mit Organisationsproblemen und Kostenbelastung argumentiert. Dass dies wenig erfolgversprechend ist, wundert nicht. Unzureichend dürfte es auch sein, die Notwendigkeit der ständigen Anwesenheit einer Führungskraft der Teilzeitarbeit entgegenzuhalten. Damit wird § 6 TzBfG konterkariert. Selbst wenn eine Anwesenheit auch unerwartet erforderlich werden kann, kann der Arbeitgeber etwa in der Verhandlungsphase die Koppelung der Verringerung der Arbeitszeit mit einer Arbeit auf Abruf-Abrede vorschlagen. Überhaupt bietet die systematische Verbindung von § 8 Abs. 4 mit Abs. 3 TzBfG Chancen, die Definition der betrieblichen Gründe stärker verfahrensrechtlich zu fassen: Wenn eine mildere Lösung nicht angeboten wurde, liegt kein betrieblicher Grund zur Ablehnung des Antrags vor, wenn der Arbeitnehmer nicht kompromissbereit ist, können betriebliche Gründe eher angenommen werden.¹³⁶

b) Verlängerung der Arbeitszeit

Dem Anspruch auf Verringerung entspricht ein Anspruch auf Verlängerung der Arbeitszeit (§ 9 TzBfG). Dieser ist einerseits stringenter ausgestaltet als der Verringerungsanspruch, weil der Antrag nur mit dringenden betrieblichen Gründen abgelehnt werden darf. Bestehen keine solchen dringenden betrieblichen Gründe, muss der oder die Teilzeitbeschäftigte bei gleicher Qualifikation bevorzugt werden; es handelt sich also um eine den sogenannten Frauenquoten nachgebildete Vorschrift zugunsten der Teilzeitbeschäftigten. Andererseits setzt der Anspruch voraus, dass der Arbeitgeber einen Arbeitsplatz mit der gewünschten Arbeitszeit ausschreibt, während er bei der Geltendmachung der Verringerung auch Teilzeitarbeit ermöglichen muss, ohne dies zu wollen. Dementsprechend bleibt die Fluktuation zwischen Teilzeit- und Vollzeitarbeit ein wenig einseitig.

freiwillige Reduzierung der Arbeitszeit könnten sich nur »Besserverdienende« leisten (*Weidinger*, Neues Gesetz ist Privileg für Reiche, in: *Impulse*. – (2001), 2, S. 88–89.

131 ArbG Stuttgart 5.7.2001, NZA 2001, 968 (Stanzerin in Produktionsbetrieb); ArbG Mönchengladbach 30.5.2001, NZA 2001, 970 (MTA bei Pharmavertrieb); ArbG Bonn 20.6.2001, NZA 2001, 973 = DB 2001, 1619 (Kindergärtnerin im öffentlichen Dienst).

132 *Flatten/Coeppecius* ZIP 2001, 1477; angemessener *Buschmann* (Fn. 74), *Zwanziger* (Fn. 74), Kommentierung zu § 7 jeweils m. w. N.

133 ArbG Stuttgart (Fn. 131).

134 ArbG Mönchengladbach (Fn. 131).

135 ArbG Bonn (Fn. 131).

136 Vgl. *Däubler*, ZIP 2001, 217, 221 f.

c) *Unterstützende Regelungen*

Um die Förderung der Teilzeitarbeit, die gem. § 6 TzBfG allgemeine Aufgabe des Arbeitgebers ist, zu unterstützen, ist der Arbeitgeber verpflichtet, freie Arbeitsplätze auch in Teilzeit auszuschreiben, wenn sie sich dazu eignen (§ 7 TzBfG). Die beruflichen Entwicklungsmöglichkeiten der Teilzeitbeschäftigten werden durch eine Fortbildungsverpflichtung unterstützt (§ 9 TzBfG). Während die Fortbildungsverpflichtung keine ärgeren Reaktionen hervorruft, wird die Ausschreibungspflicht fast als ebensolche Provokation betrachtet wie der Teilzeit»anspruch«.¹³⁷ Die Ursachen liegen auf der Hand: Hat der Arbeitgeber einmal einen Arbeitsplatz als teilzeitgeeignet ausgeschrieben, wird er mit der pauschalen Ablehnung von Teilzeitanträgen in diesem Bereich Schwierigkeiten haben.¹³⁸ Folglich sind an die Ausschreibungspflicht inhaltlich dieselben Anforderungen zu stellen wie an die Ablehnung eines Teilzeitantrags.¹³⁹ Die Durchsetzung der Regelung wird praktisch in den Händen der Betriebsräte liegen.¹⁴⁰

d) *Weitere betriebliche und tarifliche Handlungsmöglichkeiten*

Sobald sich die Anwendung des § 8 TzBfG etwas entspannt hat, wird es darauf ankommen, die praktischen Möglichkeiten der begehrten Arbeitszeitreduzierung möglichst gerecht zu verteilen. Auch hier haben Betriebsräte und auch Tarifparteien durchaus Handlungsmöglichkeiten. So können z. B. bei objektiv nur begrenztem Teilzeitangebot in einer Betriebsvereinbarung die Kriterien für die befristete Vergabe der Teilzeitoption festgelegt werden.¹⁴¹ Die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen ist nach wie vor nicht an § 14 TzBfG gebunden, sondern unterliegt nur dem Verbot der Umgehung des § 2 KSchG.¹⁴² Daher muss ein Sachgrund für die Befristung vorliegen, in diesem Fall der Wunsch der Arbeitnehmerin nach Teilzeit, sowie die kollektive Regelung zur gerechten Verteilung der Teilzeit. Tarifliche Regelungen eröffnen auch die Möglichkeit, den Arbeitnehmern die Wahl zwischen befristeter und unbefristeter Teilzeit zu geben, und können so die Risiken bei der Rückkehr in das standardisierte Arbeitsverhältnis verringern.

3. *Befristung*

Gerade bei der im Vergleich zur Teilzeit prekäreren Befristung wäre zu erwarten, dass Vorschriften, die eine Fluktuation von der Befristung zum standardisierten Arbeitsverhältnis erleichtern, effektiver ausgestaltet sind als die entsprechenden Vorschriften bei Teilzeitarbeit. Das ist aber nicht der Fall. Während zugunsten der Teilzeitbeschäftigten mit Vollzeitwunsch sogar eine qualifikationsabhängige Quote greift, ist der Arbeitgeber gegenüber befristeten Arbeitnehmern nur zur Weiterleitung der Stellenausschreibungen verpflichtet (§ 18 TzBfG). Die Fortbildungspflicht zugun-

¹³⁷ Allein drei Autoren lehnen jede rechtliche Bedeutung des § 7 ab (*Beckschulze*, Die Durchsetzbarkeit des Teilzeitantrags in der betrieblichen Praxis, DB 2000, 2599; *Ehler*, Unterlassene Ausschreibung als Teilzeitplatz, BB 2001, 1146; *Schlosser*, Stellenausschreibung auch als Teilzeitarbeitsplatz – ein Gebot ohne Sanktion, BB 2001, 410).

¹³⁸ *Beckschulze*, DB 2000, 2599, 2605.

¹³⁹ *Lindemann/Simon*, Neue Regelungen zur Teilzeitarbeit, BB 2001, 146.

¹⁴⁰ Dazu *Hromadka*, NJW 2001, 400; *Preis/Gotthardt*, DB 2001, 145, 149.

¹⁴¹ Vgl. Sachverhaltsgestaltung LAG Hessen 8. I. 2001, NZA-RR 2001, 237.

¹⁴² *Däubler*, in: *Kittner/ders./Zwanziger*, Rn. 139 ff. zu § 14 TzBfG, ebenso *APS Backhaus*, Rn. 100 ff. zu § 14 TzBfG.

ten der befristet Beschäftigten (§ 19 TzBfG) entspricht derjenigen zugunsten der Teilzeitbeschäftigten. Damit ist die Unterstützung der betrieblichen Integration des befristet Beschäftigten eher schwach ausgestaltet.

Auch dies ist ein Feld für die betriebliche Mitbestimmung. Auswahlrichtlinien können die Position der befristet Beschäftigten der gesetzlichen Position der Teilzeitbeschäftigten angleichen und so auf dem internen Arbeitsmarkt die Fluktuation zwischen prekärer und standardisierter Beschäftigung erleichtern.

4. *Kumulativ prekäre Beschäftigung*

Gar keine Berücksichtigung findet die Häufung mehrerer negativer Merkmale. Die geringfügig Teilzeitbeschäftigte mit befristetem Vertrag hat dieselben rechtlichen Möglichkeiten der Integration in ein Vollzeitverhältnis wie die Kollegin mit dem unbefristeten 28 Stunden-Vertrag, obwohl ihr mit der nächsten frei werdenden unbefristeten Teilzeitstelle schon geholfen wäre. Diese Feinabstimmung ist ebenfalls den Betriebs- und Tarifparteien überlassen.

E. Fazit

Insgesamt kann eine Regulierung nichtstandardisierter Beschäftigung sinnvoll sein, wenn sie soziale Mindeststandards für nichtstandardisierte Beschäftigte hinsichtlich der zeitlichen Stabilität und Einkommenssicherung sicherstellt und zugleich Diskriminierungen aufgrund nichtstandardisierter Beschäftigung vermeidet. Weiterhin sollte sie die Fluktuation der Arbeitskräfte zwischen standardisierter und nichtstandardisierter Beschäftigung erhöhen – und zwar in beide Richtungen, um so eine wahre Flexibilität des Arbeitsmarktes zu erreichen.

Dieses Ziel erfordert ein Ineinandergreifen sozialrechtlicher und arbeitsrechtlicher Regelungen. So ist zum Beispiel eine mindestens proportionale Beteiligung von Teilzeitbeschäftigten und befristet Beschäftigten in allen Systemen der sozialen Sicherheit vorzusehen, um überproportional nachteilige Wirkungen in der langfristigen Existenzsicherung auszuschließen. Auch die steuerliche Begünstigung oder Benachteiligung von Arbeitgebern, die bestimmte nichtstandardisierte Beschäftigungsformen anbieten, ist kontraproduktiv, da sie Segmentierung begünstigt.

Da das TzBfG nur die arbeitsrechtliche Seite nichtstandardisierter Beschäftigung regelt, kann es gar nicht allen Regelungserfordernissen gerecht werden. Hier wurden daher nur die arbeitsvertragsrechtlichen Regelungen reflektiert. Misst man diese an den eben skizzierten Regulierungsbedarfen, so zeigen sich doch einige Lücken.

Die ohnehin unter den nichtstandardisierten Beschäftigungsformen privilegierte Teilzeitarbeit genießt regulatorisch die größte Aufmerksamkeit. Auf diesem Gebiet findet sich nicht nur der umstrittene Teilzeitanspruch, sondern eine quotenähnliche Regelung zum Zugang zur Vollzeitbeschäftigung. Die wesentlichste Verbesserung sozialer Mindeststandards im TzBfG, die Verringerung des Bezugszeitraums bei Abrufarbeit, kommt aller Voraussicht nach überwiegend Teilzeitbeschäftigten zugute.

Befristet Beschäftigte dagegen erreichen nur eine geringfügige Verbesserung ihres sozialen Schutzes. Diese Verbesserung kommt zunächst denen zugute, die bisher mangels Anwendung des gesetzlichen Kündigungsschutzes gar keinen Befristungs-

schutz genossen. Auch die deutliche Beschränkung der sachgrundlosen Befristung ist eine Verbesserung. Beides wird jedoch durch die Einführung zweier höchst zweifelhafter Sachgründe für Befristungen sowie die grenzenlose Möglichkeit von Kettenbefristungen bei sachlichen Gründen konterkariert.

Beschäftigte, bei denen mehrere Risiken kumulieren, erreichen durch diese inkonsistente Regelung wenige Verbesserungen ihrer Position. Insbesondere bleiben Möglichkeiten der Fluktuation von geringfügiger, flexibler und befristeter Teilzeit zu etwas abgesicherteren Beschäftigungsformen außerhalb des systematischen Blickwinkels der Regelungen. Von einer wahren Flexicurity¹⁴³ ist das gesetzliche deutsche Arbeitsrecht noch ein wenig entfernt. Vielleicht bietet die ohnehin anvisierte Reform des Leiharbeitsgesetzes hier ja doch Möglichkeiten: Es wurde bereits die sozial abgesicherte Variante der Leiharbeit bei Gleichbehandlung mit den Arbeitnehmern im Entleihbetrieb (sofern vorhanden) und Mindestquoten für standardisierte Beschäftigung bei Verleiher vorgeschlagen¹⁴⁴.

Das Ziel der Sicherung sozialer Mindeststandards für nichtstandardisierte Beschäftigung, insbesondere zugunsten prekär Beschäftigter, ist aber nicht Domäne des Gesetzgebers allein. Tarifliche Regelungsmöglichkeiten gerade zur branchenspezifischen Ergänzung des TzBfG könnten die systematischen Lücken zuungunsten der prekär Beschäftigten schließen helfen. Damit wäre möglicherweise die Einleitung einer Neudefinition des Standardarbeitsverhältnisses auf funktionaler Basis, ohne die starren Strukturen der Vergangenheit, möglich.

143 Dazu die Beiträge in WSI-Mitt. 2000, 210 ff.

144 *Däubler*, Referat zur arbeitsrechtlichen Abteilung des 63. DJT, Leipzig 2000.