

ren Schutz der Leiharbeitnehmer (den diese wie gezeigt teilweise gar nicht benötigen), sondern zu einem Abbau dieser Beschäftigungsform, dessen europarechtliche Rechtfertigung fraglich ist.

### III. Europarechtliche Hürden

Denn das wurde bereits durch das deutsche Schrifttum ange-mahnt: Leiharbeit soll nach Art. 4 der RL 2008/104/EG nur aus Gründen des Allgemeinwohls verboten und eingeschränkt werden können. Ein generelles Verbot ist damit gerade nicht zulässig. Damit entscheidet sich die Richtlinie für die prinzipielle Zulässigkeit von Arbeitnehmerüberlassung. Soll doch ein Verbot bestehen, so müsste dies im Lichte dieser Norm betrachtet ausdrücklich dargelegt und begründet sein. Einerseits explizite sachliche Gründe für ein Verbot der (vorübergehenden) Arbeitnehmerüberlassung zu fordern und andererseits die (dauerhafte) Arbeitnehmerüberlassung, ohne dies zu erwähnen, einschränkungslos zu verbieten, ist nicht überzeugend und entbehrt jeder systematischen Grundlage<sup>7</sup>. Überdies muss die Richtlinie primärrechtskonform ausgelegt werden und hier ist die unternehmerische Freiheit nach Art. 16 GrCh zu berücksichtigen. Die Ansicht des BAG, wonach nicht von der Beeinträchtigung des Wesensgehalts des Rechts auf unternehmerische Freiheit auszugehen wäre, ist so sicher nicht richtig, und wäre für die primärrechtskonforme, und das heißt auch: primärrechtsfreundliche Auslegung nicht der allein entscheidende Maßstab<sup>8</sup>. Die Auslegung zielt als Unterfall der teleologisch-systematischen Auslegung auch darauf zu erfahren, ob die Richtlinie angesichts des Primärrechts dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung unausgesprochen verbieten *will*, nicht allein darauf, ob sie es angesichts des Primärrechts *dürfte*.

Andere Gerichte denken ebenso und zweifeln: Am 9.10.2013 legte ein finnisches Gericht gerade diese Frage dem *EuGH*

vor<sup>9</sup>, die das BAG glaubte, nicht stellen zu müssen, weil die Auslegung des Europarechts hier eindeutig sei:

„Ist Art. 4 I der Richtlinie dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, wonach der Einsatz von Leiharbeitnehmern nur in den eigens aufgeführten Fällen wie dem Ausgleich von Arbeits-spitzen oder bei Arbeiten, die nicht durch eigene Arbeitnehmer eines Unternehmens erledigt werden können, zulässig ist? Kann der längerfristige Einsatz von Leiharbeitnehmern neben den eigenen Arbeitnehmern eines Unternehmens im Rahmen der gewöhnlichen Arbeitsaufgaben des Unternehmens als verbotener Einsatz von Leiharbeitskräften eingestuft werden?“<sup>10</sup>

### IV. Fazit

Anders als deutsche Instanzgerichte, die im wortreichen Auslegungsvoodoo zum Schluss kamen, die Richtlinie verbiete unausgesprochen dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung<sup>11</sup>, ist also hier die richtige Frage gestellt: Erlaubt es die Richtlinie überhaupt, dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung zu verbieten? Hierauf wird der *EuGH* eine Antwort geben. Bis dahin bleibt es weiter spannend – und bis dahin sollte der Gesetzgeber Zurückhaltung üben, und nicht Dinge regeln, die sich nachträglich als europarechtswidrig erweisen. ■

7 *Thüsing/Stiebert*, DB 2012, 632.

8 Zur primärrechtskonformen Auslegung s. *Nettesheim* in *Grabitz/Hilff/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, Art. 288 AEUV Rn. 224 ff.; *Willemsen/Sagan*, NZA 2011, 258 (260, 261).

9 Ausführlich hierzu demnächst *Thüsing/Stiebert*, ZESAR 2014, 31.

10 Vorabentscheidungsersuchen des Työtuomioistuin (Finnland), eingereicht am 9.10.2013 – Auto- ja Kuljetusalan Työntekijäliitto AKT ry/ Öljytuote ry, Shell Aviation Finland Oy (C-533/13).

11 Z. B. *LAG Baden-Württemberg*, AE 2013, 102 = BeckRS 2013, 67254; *LAG Berlin-Brandenburg*, NZA-RR 2013, 234; *LAG Niedersachsen*, AiB 2013, 130 = BeckRS 2012, 74786; *LAG Berlin-Brandenburg*, IAGE § 99 BetrVG 2001 Nr. 17 = BeckRS 2012, 76380; s. auch *LAG Rheinland-Pfalz*, Urt. v. 1.8.2013 – 11 Sa 112/13, BeckRS 2013, 74194; *LAG Hessen*, ArbR 2013, 530 = BeckRS 2013, 72674; *ArbG Cottbus*, Urt. v. 24.4.2013 – 2 Ca 424/12, BeckRS 2013, 73918.

## Kommentar

Rechtsanwalt Professor Dr. Jobst-Hubertus Bauer, Dr. Thomas Klebe und  
Rechtsanwalt Professor Dr. Achim Schunder\*

### Deutschlands Zukunft gestalten – Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und SPD

Nachdem auch der Mitgliederentscheid der SPD zustimmend ausgefallen ist, steht die Große Koalition (GroKo = Unwort des Jahres 2013!). Der 185 Seiten starke Koalitionsvertrag vom 27.11./16.12.2013 trägt den vielversprechenden Titel: „Deutschlands Zukunft gestalten“. Es erscheint angebracht, frühzeitig zu diskutieren, was von den wichtigsten arbeitsrechtlichen Vorhaben zu halten ist.

#### I. Mindestlohn

**Schunder:** Zum 1.1.2015 soll ein flächendeckender gesetzlicher Mindestlohn von 8,50 Euro brutto/Stunde für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im gesamten Bundesgebiet eingeführt werden. Halten Sie, Herr *Bauer*, das für eine gute Idee?

**Bauer:** Nein. Ein gesetzlicher Mindestlohn ist ordnungspolitisch verfehlt. Wie man auf den Gedanken kommen kann,

einen für das gesamte Bundesgebiet flächendeckenden gesetzlichen Mindestlohn vorzuschreiben, ist mir nach wie vor schleierhaft. Die Lebens- und Arbeitsbedingungen sind regional viel zu unterschiedlich. Hinzu kommt, dass Langzeitarbeitslose und schlecht qualifizierte Arbeitnehmer Schwierigkeiten haben werden, passende Stellen zu finden. Insbesondere in mittleren und kleineren Betrieben wird sich der Mindestlohn kontraproduktiv auswirken, weil er Arbeitsplätze vernichtet. Mit dieser ablehnenden Haltung sehe ich mich in bester Gesellschaft mit fast allen „neutralen“ Arbeitsrechtswissenschaftlern und vor allem mit dem geballten ökonomischen Sachverstand.

\* Der Autor *Jobst-Hubertus Bauer* ist Partner bei Gleiss Lutz Stuttgart, *Thomas Klebe*, ist Mitglied des Leitungsstabs des Hugo Sinzheimer Instituts für Arbeitsrecht und Justitiar a.D. der IG Metall in Frankfurt a. M., und *Achim Schunder* ist Mitglied der NZA-Schriftleitung in Frankfurt a. M.

**Schunder:** Herr Klebe, teilen Sie die Auffassung von Herrn Bauer?

**Klebe:** Herr Bauer, Sie schauen auf von Ihnen so genannte neutrale Arbeitswissenschaftler und den „geballten ökonomischen Sachverstand“, dessen Voraussagen, wie die letzte Krise gezeigt hat, mit einer Wahrscheinlichkeit von maximal 20 % eintreffen. Ich schaue auf die Fakten. Wir haben ja bereits in 20 Ländern der EU ebenso wie z. B. in den USA seit längerem Mindestlöhne. Die dortigen Erfahrungen sind wissenschaftlich untersucht worden und zeigen eindeutig, dass keine Arbeitsplätze vernichtet werden. Dies entspricht offenbar auch der Auffassung des Vorstandsvorsitzenden der Bundesagentur für Arbeit. Es ist in meinen Augen schlicht ein Skandal, wenn Menschen Vollzeit arbeiten und davon nicht annähernd leben können. Nehmen Sie doch mal diese 8,50 Euro und rechnen Sie sie mit der 40-Stunden-Woche hoch, dann kommen Sie gerade mal auf 1462 Euro brutto im Monat. Selbst das würde schon für fast sechs Millionen Beschäftigte die wirtschaftliche Situation, teilweise deutlich, verbessern. Ich glaube, wir haben einfach ein diametral anderes Bild von arbeitenden Menschen und auch von der Würde und dem Respekt, den Menschen durch ihre Arbeit finden. Und schließlich noch zu den regionalen Unterschieden: Das lässt sich so wie in den USA leicht dadurch ausgleichen, dass je nach Lebenshaltungskosten die 8,50 Euro erhöht werden. Wichtig wird allerdings auch sein, die Einhaltung des Mindestlohns wirksam zu kontrollieren, auch im Hinblick auf die gearbeiteten Stunden.

**Schunder:** Im Koalitionsvertrag fehlt eine Klarstellung, ob der Mindestlohn auch für Auszubildende und Praktikanten gelten soll. Was meinen Sie dazu, Herr Bauer?

**Bauer:** Die Klarstellung fehlt in der Tat. Wie ich aus „einschlägigen Kreisen“ gehört habe, ist der Punkt in den Verhandlungen angesprochen, aber letztlich bewusst offen gelassen worden. Ich setze jedoch auf den letzten Funken Verstand. Mit anderen Worten: Das verabschiedete Gesetz muss Ausnahmen enthalten. Aber ich will nicht missverstanden werden: Soweit es um Praktikantenverhältnisse geht, darf es sich natürlich in Wahrheit nicht um Arbeitsverhältnisse handeln. Die Abgrenzung ist zugegebenermaßen gelegentlich schwierig. Aber einen weiteren Punkt will ich noch ansprechen: Wenn es denn schon zu den 8,50 Euro/Stunde kommt, muss natürlich klargestellt sein, was alles zu diesem Stundenlohn zählt. So müssten jährliche Sonderzahlungen berücksichtigt werden.

**Schunder:** Herr Klebe, einverstanden?

**Klebe:** Bei Auszubildenden und wirklichen Praktika, also befristeten Praxiserfahrungen z. B. neben der Schule oder in der Ausbildung, stimme ich zu. Tatsächlich müssen wir aber für die letzten Jahre feststellen, dass Arbeitgeber den Begriff Praktikum zunehmend missbraucht und die Arbeit auf Stammarbeitsplätzen als Praktika bezeichnet und, wenn überhaupt, auch so „vergütet“ haben.

**Bauer:** Diese Behauptung geht mir zu weit. Missbrauch findet bei den Praktika m. E. nur verierzelt statt.

**Schunder:** Der Arbeitsrechtswissenschaftler Arnd Diringer hat in der FAZ vom 26.11.2013, Nr. 275, S. 11 den Mindestlohn als Wegbereiter zu „Lohndumping“ bewertet. Er vertritt die Ansicht, dass zur Bestimmung der Sittenwidrigkeit einer Vergütungsvereinbarung bei Einführung des Mindestlohns nicht mehr – wie bislang durch die Rechtsprechung des BAG praktiziert – auf die branchenübliche Vergütung abgestellt werden könne, die nicht um mehr als ein Drittel unter-

schrritten werden darf. Die Grenze für eine sittenwidrige Vergütungsvereinbarung müsse sich dann an dem gesetzlichen Mindestlohn von 8,50 Euro orientieren. Stimmen Sie dem zu?

**Bauer:** Das stimmt natürlich nicht. Wie bereits mit dem Begriff „Mindest“-Lohn deutlich zum Ausdruck kommt, wird mit einer gesetzlichen Lohnuntergrenze nur festgelegt, welche Vergütung keinesfalls unterschritten werden darf. Damit ist aber nicht bestimmt, dass Vergütungsvereinbarungen, die die absolute gesetzliche Untergrenze wahren, nicht trotzdem sittenwidrig sein können. Das BAG wird deshalb keine Veranlassung sehen, sich von seiner bisherigen Rechtsprechung zu verabschieden. Diese orientiert sich an branchenüblichen Vergütungen. Liegt z. B. für eine bestimmte Tätigkeit in einem Metallunternehmen der tarifvertragliche Mindestlohn bei 15 Euro, beginnt der Lohnwucher in der einschlägigen Branche bei weniger als 10 Euro.

**Klebe:** Die Sittenwidrigkeit ist für das jeweilige Rechtsgeschäft, also in jedem Einzelfall, zu beurteilen. Ich sehe keinen Grund für das BAG, seine Rechtsprechung zu ändern.

**Schunder:** Der Mindestlohn soll in regelmäßigen Abständen – erstmals mit Wirkung zum 1.1.2018 – von einer Kommission der Tarifparteien überprüft, gegebenenfalls angepasst und anschließend über eine Rechtsverordnung verbindlich normiert werden. Dabei sollen die Mitglieder der Kommission (Größe: 3 zu 3 + Vorsitz) von BDA und DGB benannt werden. Herr Bauer, gefällt Ihnen das?

**Bauer:** Das ist für die Arbeitgeberseite eher ein Danaer-Geschenk, weil die Arbeitgeberseite ja zu Recht die Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns ablehnt. Aber die BDA wird sich letztlich nicht querstellen können. Mit Interesse habe ich allerdings vernommen, dass auch die IG Metall die Macht der geplanten Kommission begrenzen will. Es wird nämlich befürchtet, dass sich die turnusmäßigen Empfehlungen zur Anhebung des Mindestlohns in der Praxis zu einer Art allgemeiner Lohnleitlinie für Tarifverhandlungen entwickeln könnten. Ich bin gespannt, was Herr Klebe dazu meint.

**Klebe:** Die IG Metall will nicht die Macht der Kommission begrenzen. Sie will ihre eigentliche Aufgabe definieren und dazu gehört nicht Tarifpolitik oder die Ausgabe von Entgeltleitlinien. Ich sehe hier aber überhaupt kein Problem. Die Kommission wird die Entgeltentwicklung im Rückspiegel und wohl auch nicht jährlich betrachten. Sie wird also Entwicklungen, die die Tarifvertragsparteien ausgelöst und vereinbart haben, in gewissem Umfang nachvollziehen.

## II. Arbeitnehmer-Entsendegesetz

**Schunder:** Im Koalitionsvertrag (S. 67) heißt es, die Tarifautonomie solle gestärkt werden. Andererseits wollen die Koalitionäre den Geltungsbereich des AEntG über die bereits dort genannten Branchen hinaus generell öffnen. Herr Klebe, macht das Sinn?

**Klebe:** Ich sehe den Mindestlohn, die Öffnung des Arbeitnehmerentsendegesetzes, die Erleichterung der Allgemeinverbindlichkeit und die Tarifeinheit als Gesamtpaket/als Gesamtkompromiss zur Stärkung der Tarifautonomie. Dabei ist die generelle Öffnung des Arbeitnehmerentsendegesetzes ein wichtiger Baustein, um ausländische Schmutzkonkurrenz zu verhindern. Lesen Sie mal den Bericht der sogenannten Task Force der Meyer-Werft zu den Werkvertragsarbeitnehmern und ihren grotesk schlechten, skandalösen Vergütungs- und

Lebensbedingungen. Auch hier wird eine wirksame Kontrolle durch den Zoll ganz wichtig sein.

**Schunder:** Sehen Sie das auch so, Herr *Bauer*?

**Bauer:** Eine Öffnung des AEntG auf alle Branchen ist nur akzeptabel, wenn dies von beiden Tarifpartnern der jeweiligen Branchen übereinstimmend gewünscht wird. Alles andere würde der Absicht, die Tarifautonomie zu stärken, diametral zuwiderlaufen.

**Klebe:** Aber Herr *Bauer*, der gemeinsame Antrag der Tarifvertragsparteien ist doch sowieso Voraussetzung für die Allgemeinverbindlichkeit.

**Bauer:** Das stimmt doch nur für das AEntG. § 5 I TVG in seiner bisherigen Fassung erlaubt dagegen für die Allgemeinverbindlichkeit den Antrag einer Tarifvertragspartei, hat aber dafür engere Voraussetzungen als der Koalitionsvertrag vorsieht.

### III. Tarifeinheit

**Schunder:** Um den Koalitions- und Tarifpluralismus in geordnete Bahnen zu lenken, will die neue Regierung den Grundsatz der Tarifeinheit nach dem betriebsbezogenen Mehrheitsprinzip unter Einbindung der Spitzenorganisationen der Arbeitnehmer und Arbeitgeber gesetzlich festschreiben. Durch flankierende Verfahrensregelungen soll verfassungsrechtlich gebotenen Belangen Rechnung getragen werden (S. 61). Dazu hat sich bereits *Bayreuther* (NZA 2013, 1395) sehr kritisch geäußert, während *Hromadka* (NZA Editorial H. 24/2013, S. III) die Dinge differenzierter sieht. Wie stehen Sie, Herr *Bauer* und Herr *Klebe*, zu einem solchen avisierten Tarifeinheitsgesetz?

**Bauer:** Eine solche gesetzliche Regelung ist seit langem überfällig, und zwar nicht nur für den Bereich der Daseinsvorsorge, sondern ganz allgemein. Und die Politik, insbesondere die Kanzlerin, hat auch immer wieder eine entsprechende gesetzliche Klarstellung in Abweichung von der Rechtsprechung des 4. *Senats* des BAG versprochen. Der Gesetzgeber kann auf den von DGB und BDA erarbeiteten Gesetzesvorschlag zurückgreifen. Vor allem in der CDU soll es jedoch noch Vorbehalte geben, ist doch der eine oder andere Vorsitzende von Minderheitsgewerkschaften Mitglied dieser Partei und sogar Bundestagsabgeordneter. Im Übrigen bleibt allerdings abzuwarten, ob das Gesetz den verfassungsrechtlichen Vorgaben von Art. 9 III GG standhalten wird.

**Klebe:** Das ist ein sehr sensibler Bereich, den der Gesetzgeber bisher aus gutem Grund nur in Einzelfällen angefasst hat. Hier wird jeder Vorstoß das Streikrecht betreffen. Eine Regelung kommt meines Erachtens nur in Betracht, wenn die Sozialpartner Einverständnis zeigen, wie bei dem gemeinsamen Entwurf von DGB und BDA. Im Übrigen: Bei der IG Metall gibt es die Probleme nicht. Sie tauchen vor allem bei den ehemaligen Staatsunternehmen auf und sind dort teilweise auch von den Arbeitgebern, wie beispielsweise der Lufthansa, sehenden Auges in den 80er/90er Jahren herbeigeführt worden.

### IV. Arbeitnehmerüberlassung

**Schunder:** Die Überlassung von Arbeitnehmern an einen Entleiher soll im AEntG (gemeint ist wohl das AÜG) auf eine Höchstdauer von 18 Monaten gesetzlich begrenzt werden (S. 65). Das soll tarifvertraglich dispositiv sein. Außerdem sollen Leiharbeiter künftig spätestens nach neun Monaten hinsichtlich des Arbeitsentgelts mit Stammarbeitnehmern gleichgestellt und der Einsatz von Leiharbeitnehmern als

Streikbrecher verboten werden. Schließlich soll zur Erleichterung der Arbeit der Betriebsräte klargestellt werden, dass Leiharbeiter bei den betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerten grundsätzlich zu berücksichtigen sind. Das alles dürfte den Gewerkschaften doch gefallen, Herr *Klebe*. Ist das so?

**Klebe:** Ach wissen Sie, Herr *Schunder*, die Freude hält sich in Grenzen. Klar, das ist ein Schritt in die richtige Richtung, aber er geht nicht weit genug. Das BAG hat ja für wesentliche Vorschriften bereits zu Recht entschieden, dass Leiharbeiter bei den Schwellenwerten mitzurechnen sind und der Stammbetriebsrat auch für sie seine Mitbestimmungsrechte ausüben kann. Die Gleichstellung mit den Stammbeschäftigten nach neun Monaten ist, generell betrachtet, viel zu spät, weil mehr als 50 % der Leiharbeiter nur drei Monate und kürzer auf dem jeweiligen Arbeitsplatz sind. Sie haben also nichts von der Regelung. In der Metall- und Elektroindustrie sind allerdings mehr als 50 % der Leiharbeiterinnen und -arbeiter länger als ein Jahr beschäftigt und werden von einer solchen Regelung profitieren. Ich habe da allerdings andere Vorstellungen: In anderen Ländern ist die gleiche Bezahlung vom ersten Tag an vorgesehen und es gibt zu Recht noch eine Flexibilitätsprämie für den Leiharbeiter obendrauf. Das halte ich für fair und richtig. Auch die 18 Monate sind viel zu lang. Leiharbeit soll nicht Stammarbeitsplätze ersetzen, sondern den Unternehmen Flexibilitätsspielräume geben. Im Übrigen vermisste ich eine längst überfällige Änderung im AÜG. Die Abweichung von Equal Pay und Equal Treatment durch Tarifvertrag ist nach der Europäischen Richtlinie nur bei Wahrung des Gesamtschutzes des Leiharbeitnehmers zulässig und eine Abweichung durch Arbeitsvertrag, also auch bei der Inbezugnahme eines Tarifvertrages, nur hinsichtlich Equal Pay und dann auch nur bei unbefristeten Leiharbeitsverhältnissen. Hier ist das AÜG eindeutig europarechtswidrig.

**Schunder:** Herr *Bauer*, wie positionieren Sie sich dazu?

**Bauer:** Insgesamt befürchte ich, dass der Zeitarbeit nach und nach der Hahn leider zugedreht wird. Die Zeitarbeit wird zu Unrecht immer wieder verteufelt. Ihr kam bisher Brücken- und Ventilfunktion zu. Zum einen kann nicht geleugnet werden, dass ein gehöriger Prozentsatz der Leiharbeiter von Entleihern auf Dauerarbeitsplätze übernommen worden ist. Die Wirtschaft braucht vor dem Hintergrund des sehr strikten deutschen Kündigungsschutzes auch ein solches Instrument. Die vorgesehenen 18 Monate genügen deshalb nicht, auch wenn im Übrigen festzustellen ist, dass in den meisten Fällen die Überlassung von Arbeitnehmern nicht länger als sechs Monate dauert. Selbst der auf den ersten Blick vernünftig klingende Equal Pay-Grundsatz ist m. E. fragwürdig. Warum? Manche Arbeitgeberverbände mussten sich dem Druck von Gewerkschaften beugen und haben Vergütungsregelungen zugestimmt, die über das Ziel hinausschießen. Dabei denke ich z. B. an die vielfachen, teilweise mehrfachen Zuschläge für Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit. Was ist denn so verwerflich, wenn Arbeitgeber insoweit teilweise lieber auf billigere Leiharbeiter ausweichen wollen? Und noch etwas: Wenn schon der Gesetzgeber – wovon auszugehen ist – die Überlassungsdauer auf 18 Monate begrenzen wird, warum kann dann nicht auch für die zweiten neun Monate auf den Equal Pay-Grundsatz verzichtet werden? Und noch etwas: Ich verstehe nicht, warum die im Koalitionsvertrag vorgesehene tarifliche Öffnungsklausel nur für die Überlassungsdauer von 18 Monaten gelten soll. Eine tarifliche Öffnung müsste es auch für den Equal Pay-Grundsatz geben.

**Schunder:** Herr *Bauer*, sind die 18 Monate Höchstüberlassungsdauer arbeitsplatz- oder arbeitnehmerbezogen zu sehen?

**Bauer:** Der Koalitionsvertrag verhält sich dazu nicht. Der bisherige Wortlaut des AÜG und die zu Grunde liegende Richtlinie sind m.E. eindeutig: Es geht immer nur um die Frage, wie lange ein Arbeitnehmer vorübergehend überlassen werden darf. Das ist übrigens genauso wie bei der sachgrundlosen Befristung nach § 14 II TzBfG. Auch dort kann bei dauerhaftem Bedarf, jeweils nach zwei Jahren ein neuer Arbeitnehmer sachgrundlos befristet eingestellt werden.

**Schunder:** Herr *Klebe*, Ihre Meinung ist dazu natürlich auch gefragt.

**Klebe:** Herr *Bauer*, Leiharbeit verteufelt? Wer verteufelt denn die Leiharbeit? Gewerkschaften wollen lediglich faire Arbeitsbedingungen auch für in Leiharbeit Beschäftigte und, dass nicht Stamarbeitsplätze durch Leiharbeit ersetzt werden. Dies war, nur am Rande erwähnt, beim Beschäftigungsaufbau nach der Wirtschafts- und Finanzkrise in erheblichem Umfange der Fall. Das IAB hat 50 % errechnet, Gesamtmetall nennt 30 %. Auch vor diesem Hintergrund sehe ich die Überlassungsdauer arbeitsplatzbezogen – ansonsten geht die Regelung ins Leere. Der Vergleich zum Teilzeit- und Befristungsgesetz ist schon vom jeweiligen Schutzzweck her der berühmte von Äpfeln mit Birnen.

Der von Ihnen so genannte „gehörige Prozentsatz“ der Leiharbeiter, die auf Stamarbeitsplätze übernommen werden, beträgt 7 %: Ich bin tief beeindruckt, Herr *Bauer*. Und zum angeblich so strikten Kündigungsschutz in Deutschland: Jede empirische Untersuchung belegt, dass es nur im Einzelfall einen wirklichen Bestandsschutz für Arbeitsverhältnisse gibt. Im Ganzen betrachtet, gibt es bei uns keinen wirksamen Kündigungsschutz. Das weiß jeder und trotzdem werden immer wieder wirklichkeitsresistent Legenden erzählt.

**Schunder:** Herr *Klebe*, sicherlich werden Sie es auch begrüßen, den Einsatz von Zeitarbeitskräften in einem Arbeitskampf gesetzlich auszuschließen.

**Klebe:** Das ist doch eine bare Selbstverständlichkeit. Leiharbeiterinnen und -arbeiter sind dann in einer besonderen Drucksituation. Mit dem Verbot werden sie aus diesem Dilemma befreit.

**Bauer:** Für ein solches generelles Verbot sehe ich kein Bedürfnis. Auch die Europäische Zeitarbeitsrichtlinie gibt dazu nichts her. Im Übrigen finden sich vergleichbare Verbote schon in den Tarifverträgen der Zeitarbeit. wenn schon, gehören solche Regelungen dort hin.

**Schunder:** Ein letzter Punkt der Arbeitnehmerüberlassung ist noch aufzugreifen, nämlich die gewollte Erleichterung der Arbeit der Betriebsräte durch die „Klarstellung“, dass Leiharbeiter grundsätzlich bei den betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerten zu berücksichtigen sind. Findet das Zustimmung?

**Klebe:** Selbstverständlich. Das war ja schon der Wille des Gesetzgebers 2001 und wird in wesentlichen Bereichen zu Recht vom *Bundesarbeitsgericht* inzwischen auch so gesehen: Der Betriebsrat hat doch zusätzliche Arbeit beim Einsatz von Leiharbeitern, dies ist sogar überproportional im Vergleich zu Stammbeschäftigten der Fall.

**Bauer:** Das sehe ich anders als Herr *Klebe*. Dem Zeitgeist, dem die höchstrichterliche Rechtsprechung schon gefolgt ist, scheint es geschuldet zu sein, dass Leiharbeiter Stamm-

arbeitnehmern weitgehend gleichgestellt werden sollen. Ich halte das für falsch, aber der Zug scheint mir – jedenfalls bis auf weiteres – in die falsche Richtung abgefahren zu sein.

## V. Werkverträge

**Schunder:** Im engen Zusammenhang mit der Arbeitnehmerüberlassung ist das Problem der Werkverträge zu sehen. Die Koalitionäre wollen rechtswidrige Vertragskonstruktionen bei Werkverträgen zu Lasten von Arbeitnehmern verhindern (S. 69). Dabei soll es u. a. erforderlich sein, die Informations- und Unterrichtsrechte des Betriebsrats nicht nur sicherzustellen, sondern auch zu konkretisieren und verdeckte Arbeitnehmerüberlassung zu sanktionieren. Vermeintliche Werkunternehmer und ihre Auftraggeber sollen bei Vorlage einer Verleihererlaubnis nicht bessergestellt sein, als die Verleiher, die unerlaubt Arbeitnehmerüberlassung betreiben. Freut Sie das, Herr *Klebe*, und ärgern Sie sich darüber, Herr *Bauer*?

**Klebe:** Ich halte die vereinbarten Regelungen für erste Schritte. Der Betriebsrat hat ja auch nach der Rechtsprechung des BAG Informations- und Beratungsrechte. Wenn diese für die Betriebsparteien konkretisiert und damit handhabbarer gemacht werden, ist das sicherlich gut. Die Trickserei mit der dann plötzlich aus der Tasche gezogenen Verleihererlaubnis war legalisiertes Zocken und Betrügen. Wenn dies nun endlich untersagt wird, kann man das nur begrüßen.

**Bauer:** Gegen Bemühungen, Missbräuche durch Scheinwerkverträge zu verhindern, ist nichts einzuwenden. Hierzu bedarf es jedoch keiner neuen Gesetze, sondern einer konsequenten Anwendung der bisherigen Gesetze durch Behörden und Gerichte. Mir scheint die eigentliche Zielrichtung des insoweit von der SPD dominierten Koalitionsvertrags zu sein, die legale Fremdvergabe von Aufgaben durch bürokratische Hemmnisse und Verschärfung rechtlicher Risiken unattraktiv zu machen, um so dem gewerkschaftlichen Idealbild eines Unternehmens näher zu kommen: Alles wird durch festangestellte Stamarbeiter erledigt und Leiharbeit und Fremdvergabe haben keinen Platz! Dieser Weg wird langfristig ins wirtschaftliche Abseits führen. Aber vielleicht sehe ich auch alles zu schwarz. Als der neue BDA-Vorsitzende *Ingo Kramer* am 18.11.2013 bei der Verabschiedung seines Vorgängers *Dieter Hundt* auf die Gefahren arbeitsmarktpolitischer Irrwege hinwies, hat die Kanzlerin erwidert: „*The proof of the pudding is in the eating*“, zu Deutsch etwa „*Probieren geht über Studieren*“. Aber vielleicht hatte die Kanzlerin bei ihrer Aussage ja auch ein anderes kulinarisches Sprichwort im Kopf: „*Nichts wird so heiß gegessen, wie es gekocht wird.*“ Schön wär’s!

**Klebe:** Gegen Missbrauch, Herr *Bauer*, ist jeder. Das wäre ja auch noch schöner, wenn Sie dafür wären. Es geht auch nicht um ein von Ihnen so wahrgenommenes, angebliches gewerkschaftliches Idealbild eines Unternehmens. Zwischenfrage: Wann haben Sie denn darüber das letzte Mal mit Gewerkschaften diskutiert? 1960? Es geht vielmehr einerseits um die Umgehung von Tarifverträgen und arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften durch Scheinselbständigkeit und Scheinwerkverträge. Andererseits geht es um ein Dumping der Arbeitsbedingungen bei Fremdvergabe auf einer, jedenfalls zurzeit, nach unten offenen Skala. Oder muss ich Ihnen die traurigen und skandalösen Geschichten zu Werkverträgen bei der Meyer-Werft, in Schlachthöfen oder im Einzelhandel in Erinnerung rufen? Zudem geht es auch um die Zukunftsfähigkeit von Unternehmen, wenn Kernkompetenzen outgesourct werden. Hier bin ich von dem Koalitionsvertrag sehr enttäuscht. Einen wirksamen Damm gegen

Missbrauch werden wir nur dann erhalten, wenn die Betriebsratsrechte ausgeweitet werden durch Mitbestimmung bei Fremdvergabe oder jedenfalls durch einen erzwingbaren Anspruch auf ein bestimmtes Verfahren bei der Fremdvergabe. Zudem halte ich es für zwingend, dass in bestimmten Fällen die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats im Einsatzbetrieb auch für dort arbeitende Fremdfirmenbeschäftigte gelten, wie zB beim Arbeits- und Gesundheitsschutz oder bei der Ordnung des Betriebes. Ansonsten entstehen Schutzlücken für die Werkvertragsbeschäftigten, denn selbst wenn ein Betriebsrat im Werkvertragsunternehmen besteht, wird er nicht in der Lage sein, seine Mitbestimmungsrechte im Einsatzbetrieb auszuüben.

**Bauer:** Ihr Statement, Herr Klebe, zeigt, wohin die Reise aus Sicht der IG Metall gehen soll: Sie möchte am liebsten gewerkschaftlich für die gesamte Wertschöpfungskette in der M&A-Industrie zuständig sein. Das wird zu Konflikten mit den DGB-„Konkurrenzgewerkschaften“ ver.di und IG BCE führen. Und am liebsten wäre es der IG Metall dann auch, wenn ihre Betriebsräte bei Vergabe von Werk- und Dienstverträgen ein volles Mitbestimmungsrecht erhielten. Der Gesetzgeber kann nur vor einer Reise in diese Richtung gewarnt werden.

## VI. Teilzeitarbeit

**Schunder:** Für Zeiten der Kindererziehung und der Pflege von Angehörigen soll ein befristeter Teilzeitananspruch eingeführt werden und in bestehenden Teilzeitarbeitsverhältnissen darüber hinaus die Darlegungslast auf die Arbeitgeber übergehen. Das klingt doch vernünftig, oder?

**Klebe:** Das sollte eine einfache, klare Regelung, die den Betroffenen Planungssicherheit gibt, werden. Ich hoffe, dass hier nicht wieder klare Regelungen interessenorientiert verunkelt werden und so alle Betroffenen verunsichert werden. Ich sehe die Regelung als wichtigen Schritt zur besseren Planbarkeit und Vereinbarkeit von Arbeit und Privatleben. Die Verschiebung der Darlegungs- und Beweislast ist dabei eine wichtige Stärkung der Position der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.

**Bauer:** Auf den ersten Blick klingt das alles zunächst einmal gut: Arbeitnehmer mit Kindern erhalten mehr Möglichkeiten, Familie und Beruf zu vereinbaren. Erkauft wird dies allerdings mit einer weiteren Bürokratisierung der Beziehungen zwischen den Arbeitsvertragsparteien. Die geplanten Regelungen machen den Paragrafendschubel undurchdringlich. Der Gesetzgeber, der ein neues Gesetz vorschlägt, sollte sich daher Fragen gefallen lassen: Besteht wirklich ein Bedürfnis, das dieses staatliche Eingreifen rechtfertigt? Ist das Gesetz überhaupt geeignet, die (angeblichen) Probleme zu lösen? Zu wessen Lasten wirkt sich die Regelung aus? Das vorhandene Instrumentarium balanciert m. E. die Interessen angemessen aus, wenn es im Rahmen einer Elternteilzeit ein garantiertes Rückkehrrecht vorsieht, bei sonstigen Teilzeitwünschen aber nur eine bevorzugte Berücksichtigung gewährt. Nicht nachvollziehen kann ich, welches Ziel mit der Verschiebung der Darlegungslast auf den Arbeitgeber verfolgt wird. Welches Arbeitsvolumen der Arbeitgeber zur Verfügung stellt und wie viele Arbeitsplätze er dafür vorsieht, gehört auf jeden Fall zum Kern der Unternehmerentscheidung. Das darf auch nicht durch zweifelhafte Darlegungs- und Beweislastregeln „verwässert“ werden.

## VII. Entgeltgleichheit

**Schunder:** Die Koalitionspartner sind sich einig, dass die bestehende Lohndifferenz zwischen Männern und Frauen

nicht zu akzeptieren ist (S. 103). Um das Prinzip „Gleicher Lohn für gleiche oder gleichwertige Arbeit“ besser zur Geltung zu bringen, wollen die Koalitionspartner mehr Transparenz herstellen, u. a. durch eine Verpflichtung für Unternehmen ab 500 Beschäftigten, „im Lagebericht nach dem HGB auch zur Frauenförderung und Entgeltgleichheit von gesetzlichen Kriterien Stellung zu nehmen“. Darauf aufbauend soll ein individueller Auskunftsanspruch für Arbeitnehmer festgelegt werden. Außerdem sollen strukturelle Entgeltungleichheiten in Tarifverträgen erkannt und überwunden werden. Verstecken sich dahinter nicht unerfüllbare Weihnachtswünsche?

**Bauer:** Die geplanten Änderungen gehen teilweise an der Wirklichkeit und den Ursachen für bestehende Entgeltunterschiede vorbei. Hauptgrund für den unterschiedlichen Verdienst von Frauen und Männern sind immer noch die unterschiedlichen Erwerbsbiografien. Davon abgesehen ist gesetzlich bereits geregelt, dass Männer und Frauen keine unterschiedlichen Entgelte für die gleiche Tätigkeit erhalten dürfen. Insofern besteht kein Regelungsbedarf. Die geplanten Dokumentations- und Transparenzpflichten werden vielmehr nur zu zusätzlicher und unnötiger Bürokratie führen.

**Klebe:** Der Entgeltunterschied zwischen Männern und Frauen ist mit 22 % immer noch eklatant. Auch bei gleichen Arbeitsplätzen beträgt er zwischen 8 % und 13 %, teilweise sogar über 20 %. Das bedeutet: Hier besteht Handlungsbedarf. Weitergehende Transparenz und eine gemeinsame sachliche Überprüfung der Gründe werden in den Betrieben für mehr Entgeltgerechtigkeit sorgen. Von daher helfen klassische männliche Erklärungsmuster, wie das Ihre, Herr Bauer, nicht weiter. Wir brauchen an dieser Stelle Fortschritte und Lösungen.

## VIII. Rente

**Schunder:** Auch im gesetzlichen Rentenrecht soll es Veränderungen geben. So soll die Rente für besonders langjährig Versicherte dahingehend angepasst werden, dass diese nach 45 Beitragsjahren ab dem 1.7.2014 mit dem vollendeten 63. Lebensjahr abschlagsfrei in Rente gehen können. Das Zugangsalter zur abschlagsfreien Rente soll schrittweise parallel zur Anhebung des allgemeinen Renteneintrittsalters auf das vollendete 65. Lebensjahr ansteigen. Wird das arbeitsrechtliche Auswirkungen haben?

**Bauer:** Natürlich gönne ich jedem Arbeitnehmer, bei langjähriger Tätigkeit (auch Zeiten der beruflichen Ausbildung, der Kindererziehung und fünf Jahre Arbeitslosigkeit – wie man hört – sollen berücksichtigt werden!) zwischen dem 63. und 65. Lebensjahr in den Genuss einer abschlagsfreien Rente zu kommen. Der Preis wird hoch sein. Die Rentenversicherung rechnet mit jährlichen Milliarden-Beträgen. Und es wird zu einer Gerechtigkeitsdebatte kommen. Nutznießer werden in erster Linie Männer sein. Und nach jetzigem Stand werden die älteren Pensionäre, die Rentenkürzungen in Kauf genommen haben, die Gelackmeierten bleiben. Inzwischen fordern auch Beamte eine Gleichstellung. Arbeitsrechtlich wird sich die Frage stellen, ob solche Altersgrenzen vereinbart werden können. AGG-rechtlich ist bisher vor allem darauf abgestellt worden, dass keine Altersdiskriminierung vorliegt, wenn ein Arbeitnehmer mit Erreichen der Regelaltersgrenze ohne Abschläge bei der Rente in den Ruhestand gehen kann. Damit stellt sich die Frage, was unter Regelaltersgrenze zu verstehen ist. Eine Prognose sei gewagt: Die Rechtsprechung wird nicht so sehr auf den Umstand einer abschlagsfreien Rente abstellen. Unter Regelaltersgrenze wird vermutlich nach wie vor das Alter 65 bis 67 zu verstehen sein. Dieses Verständnis wird

sich dann auch bei § 41 S. 2 SGB VI widerspiegeln und der Frage, ob die Altersgrenze einer Sachgrundbefristung iSd § 14 I TzBfG entspricht.

**Klebe:** Zunächst einmal wieder Fakten: Die IG Metall hat im Frühjahr 2013 eine Befragung durchgeführt, an der sich mehr als eine halbe Million Beschäftigte, davon ca. 30 % Nicht-Mitglieder, beteiligt haben. Nur ein Drittel sieht sich in der Lage, bei gleichbleibenden Anforderungen im Beruf bis zu einem Renteneintrittsalter jenseits der 65 durchzuhalten. Mehr als 40 % glauben, dass ihre gesetzliche Rente nicht ausreichen wird, um gut im Alter zu leben. Es besteht also deutlicher Handlungsbedarf. Insofern sind der abschlagsfreie Renteneintritt, die Verbesserung der Erwerbsminderungsrente und auch die so genannte Lebensleistungs- und die Mütterrente sehr zu begrüßen. Es fehlt allerdings an weiteren flexiblen Übergängen in die Rente und auch an Überlegungen dafür, wie alters- und altersgerechte Arbeitsplätze sichergestellt werden können. Ich sehe alle geplanten Veränderungen als gerecht an. Natürlich kann ich nicht ausschließen, dass ältere Rentnerinnen und Rentner sich ungerecht behandelt fühlen. Aber soll es denn allen gleich schlecht gehen? Ebenfalls glaube ich nicht, dass sich in der Rechtsprechung etwas ändert.

### IX. Beschäftigtendatenschutz

**Schunder:** Die Verhandlungen zur Europäischen Datenschutzgrundverordnung sollen mit dem Ziel verfolgt werden, das nationale Datenschutzniveau – auch bei der grenzüberschreitenden Datenverarbeitung – zu erhalten und über das europäische Niveau hinausgehende Standards zu ermöglichen. Sollte mit einem Abschluss der Verhandlungen über die Europäische Datenschutzgrundverordnung nicht in angemessener Zeit gerechnet werden können, wollen die Koalitionäre eine nationale Regelung zum Beschäftigtendatenschutz schaffen (s. dazu das Editorial von *Wybitul*, NZA H. 23/2013, S. III). Meine Herren, was halten Sie davon?

**Bauer:** Parallelvorschriften auf EU- und nationaler Ebene sind tunlichst zu vermeiden. Wird eine Europäische Verordnung abgeschlossen, kommt dieser Anwendungsvorrang zu. Allerdings sind die Verhandlungen dazu ins Stocken geraten. Es liegt zwar ein Entwurf des Europäischen Parlaments vor. Aber der Europäische Rat geht von einer Einigung erst für das Jahr 2015 aus. Vor Abschluss der europäischen Überlegung bietet sich kein nationaler Alleingang an. Im Übrigen sollten der Erhalt von Betriebsvereinbarungen und die Einwilligung der Arbeitnehmer zur Regelung des Datenschutzes auf betrieblicher Ebene unverzichtbar sein.

**Klebe:** Das ist eine sehr, sehr wichtige Passage im Koalitionsvertrag. Eine Verordnung gilt bekanntlicherweise zwingend auf nationaler Ebene und lässt dem nationalen Gesetzgeber häufig keinen Umsetzungsspielraum. Nach dem mir bis jetzt bekannten Stand in der EU wäre der Spielraum für den nationalen Gesetzgeber, ein angemessenes, normatives und auch technisches Arbeitnehmerdatenschutzrecht zu schaffen, sehr, sehr begrenzt. Zudem besteht die Gefahr, dass dann der Weg zum *BVerfG* in diesen Fragen verschlossen wird. Mein Vertrauen zum *EuGH* in Fragen des informationellen Selbstbestimmungsrechts ist jedoch sehr begrenzt.

Ein modernes Arbeitnehmerdatenschutzrecht, mit dem nicht gewartet werden sollte, muss Mindeststandard sein. Ich lehne eine Abweichung nach unten durch Betriebsvereinbarungen oder Einwilligung der Arbeitnehmer ganz klar ab.

### X. Transparenz bei Vorstandsvergütungen

**Schunder:** Zur Herstellung von Transparenz bei Vorstandsvergütungen ist vorgesehen, dass künftig die Hauptversammlung auf Vorschlag des Aufsichtsrats entscheidet (S. 17). Das ist doch ein Spielfeld, auf dem Sie, Herr *Klebe*, als langjähriges Aufsichtsratsmitglied namhafter Unternehmen, und Sie, Herr *Bauer*, als Berater von Aufsichtsräten und Vorständen sich besonders zu Hause fühlen. Gefällt Ihnen die beabsichtigte Neuregelung?

**Klebe:** Die Entscheidung über die Vorstandsvergütungen muss Sache des Aufsichtsrats bleiben. Betrachten Sie doch einmal die Zusammensetzung der Hauptversammlungen. Glauben Sie wirklich, dass sich damit irgendetwas in der Praxis bei überzogenen Vergütungen ändert? Meine ganz persönliche Meinung ist, dass wir eine gesetzliche Obergrenze brauchen, die auf jeden Fall einstellig sein muss, und, so wie der SPD-Vorschlag war, die steuerliche Absetzbarkeit begrenzt wird.

**Bauer:** Die beabsichtigte Neuregelung geht auf Überlegungen der Schwarz-Gelben Koalition in der 17. Legislaturperiode zurück. Da der Aufsichtsrat von einem billigenden Beschluss der Hauptversammlung „abhängig“ sein wird, wird sein Verhandlungsspielraum gegenüber Vorstandsmitgliedern nicht unerheblich eingeschränkt. Bisher sieht nämlich § 120 IV AktG lediglich ein freiwilliges und unverbindliches Votum der Hauptversammlung „über die Billigung des Systems zur Vergütung der Vorstandsmitglieder“ vor. Schwierigkeiten werden sich u.U. dann ergeben, wenn das der Hauptversammlung vorzustellende Vergütungssystem neben allen Vergütungsbestandteilen auch Abfindungen umfassen soll. Und noch ein Problem wird auftauchen, nämlich die Frage, ob der „Say-on-pay-Beschluss“ der Hauptversammlung nur interne oder auch externe Bindungswirkung haben soll. Der Schwarz-Gelbe Gesetzesentwurf sah nur eine Bindungswirkung im Innenverhältnis und Schadensersatzpflichten des Aufsichtsrats bei schuldhaftem Abweichen vom Hauptversammlungsbeschluss vor. Ich bin gespannt, wie die nunmehr beabsichtigte Regelung aussehen wird.

### XI. Frauenquote

**Schunder:** Ein Dauerthema der letzten Jahre ist die Frauenquote. Die Koalition will Tacheles reden und Geschlechterquoten in Vorständen und Aufsichtsräten gesetzlich einführen. Aufsichtsräte voll mitbestimmungspflichtiger und börsennotierter Unternehmen, die ab dem Jahr 2016 neu besetzt werden, sollen eine Geschlechterquote von mindestens 30 % aufweisen. Und diese Unternehmen sollen außerdem verpflichtet werden, ab 2015 verbindliche Zielgrößen für die Erhöhung des Frauenanteils im Aufsichtsrat, Vorstand und in den obersten Management-Ebenen festzulegen, zu veröffentlichen und hierüber transparent zu berichten. Herr *Klebe*, wie ist dazu die gewerkschaftliche Position?

**Klebe:** Die Gewerkschaften befürworten eine Geschlechterquote, genauso, wie sie sich schon maßgeblich dafür in der Betriebsverfassung 2001 eingesetzt haben. Die IG Metall, um ein Beispiel zu nennen, hat im Übrigen eine Selbstverpflichtung, wonach bei den externen Vertretern jedes Geschlecht mindestens 30 % der Sitze haben muss – de facto bedeutet dies bei Aufsichtsräten mit zwei Gewerkschaftsvertretern 50 % – und bei den betrieblichen Mitgliedern des Aufsichtsrats entsprechend dem Betriebsverfassungsgesetz verfahren wird, also nach dem Anteil des Geschlechts an den Beschäftigten besetzt wird. Selbstverständlich ist in diesem Zusammenhang auch sehr wichtig, dass sowohl bei

den Betriebsräten wie auch im Management gezielt darauf geachtet wird, dass Frauen insgesamt bessere Karrierechancen erhalten.

**Schunder:** Ich könnte mir vorstellen, dass Sie, Herr *Bauer*, dem nicht ganz zustimmen, oder etwa doch?

**Bauer:** Ich bin in der Tat kein Freund von Geschlechterquoten. Der Gesetzgeber wird nur an Symptomen herumdoktern. Will man erreichen, dass mehr Frauen in Top-Positionen gelangen, müssten ganz andere Hebel bedient werden.

## XII. Fazit

**Schunder:** Wenn Sie, Herr *Klebe* und Herr *Bauer*, den Koalitionsvertrag insgesamt bewerten, wie fällt dann Ihr Urteil aus?

**Klebe:** Ich finde die Regelungen zur Stärkung der Tarifautonomie und zur sozialeren Regulierung des Arbeitsmarktes richtig, wenngleich Letztere mir vor allem bei den Werkverträgen nicht weit genug gehen. Ich vermisse Initiativen, die z. B. eine Weiterentwicklung der Mitbestimmung vor dem Hintergrund der Globalisierung angehen. Hier gibt es Vorschläge, die z. B. eine Beteiligung ausländischer Beschäftigter eines Konzerns an den Aufsichtsratswahlen oder auch im Wirtschaftsausschuss ermöglichen würden. Zudem verstehe ich nicht, warum ein Win/Win-Thema, wie eine Vereinfachung der Aufsichtsratswahlen nach dem Mitbestimmungsgesetz, nicht aufgegriffen worden ist, auch dies ein Vorschlag aus der zweiten Biedenkopf-Kommission. Ich denke aller-

dings, dass sich hier auch noch einiges nachholen lässt. Darüber hinaus will ich nur noch zwei weitere Punkte nennen: Ich hätte mir gewünscht, dass die sachgrundlose Befristung wieder abgeschafft wird und die Rechte des Betriebsrats zur Beschäftigungssicherung verstärkt werden.

**Bauer:** Mein Urteil ist überwiegend negativ. Einig scheinen sich die Koalitionäre über die Richtung der Arbeitsmarktpolitik zu sein, nämlich hin zu mehr Regulierung und weg von den Reformen der vergangenen Jahre. Dass jene mutigen Novellen großen Anteil am Rückgang der Arbeitslosigkeit haben, scheint nicht mehr zu interessieren. Die guten Zahlen werden als gegeben angesehen. So heißt es im Bericht der Koalitionären Arbeitsgruppe Arbeit und Soziales: „Der Arbeitsmarkt ist aufnahmefähig wie selten zuvor. Das eröffnet Chancen bei der Bekämpfung der Langzeitarbeitslosigkeit“. Wenn dann allerdings Maßnahmen beschlossen werden sollten, die genau jene Aufnahmefähigkeit gefährden, ist das geradezu naiv. Für den Industriestandort Deutschland wäre es schädlich, wenn der „GroKo-Deal“ zum gefräßigen Krokodil mutierte, das den Unternehmen die nötige Flexibilität raubt. Trotz der vielen Schattenseiten gibt es auch ein kleines Licht: Gott sei Dank ist davon Abstand genommen worden, die sachgrundlose Befristung nach § 14 II TzBfG abzuschaffen. Warum das nicht mehr im Fokus der Koalitionäre steht, ist leicht zu erklären: Es ist der Staat, der von der Regelung profitiert. Da ist es doch einfacher, Regelungen zu schaffen, die zu Lasten privater Arbeitgeber und nichtstaatlicher Einrichtungen gehen. ■

---

## Buchbesprechungen

---

**Auslegung und Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht.** Von *Rolf Wank* (Arbeits- und Sozialrecht, Bd. 130). – Baden-Baden, Nomos 2013. 406 S., kart. Euro 98,-. ISBN: 978-3-8329-6826-7.

Wie haben die Gerichte zu entscheiden, wenn der parlamentarische Gesetzgeber ihnen keine klaren Vorgaben macht oder sich gar der Rechtsetzung völlig enthält? Das Arbeitsrecht ist wahrlich nicht arm an diesen hermeneutisch und verfassungsrechtlich spannenden Fragen. Die Methode sachgerechter Interpretation von Gesetzen, die Differenzierung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung, deren Voraussetzungen und insbesondere deren verfassungsrechtlichen Grenzen beschreiben das reizvolle Spannungsfeld, in dem der Rechtsanwender, insbesondere der Richter sich im Arbeitsrecht in besonderem Maße bewegt. Dieses Spannungsfeld – mit dem Schwerpunkt auf der Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht – ist Gegenstand der eingehenden Untersuchung von *Wank*.

Da auf der einen Seite zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung zu unterscheiden ist, auf der anderen Seite aber zwischen beiden ein enger Zusammenhang besteht – „wer eine restriktive Auslegungslehre vertritt, muss häufiger als andere die Möglichkeit einer Rechtsfortbildung prüfen“; so bemerkt *Wank* in seinem Vorwort –, „muss sich ein unterschiedliches Verständnis von Auslegung auch auf die Konzeption zur Rechtsfortbildung auswirken“. Vor diesem Hintergrund stellt *Wank* seiner Einzelanalyse von zahlreichen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in einem 1. Teil Ausführungen zu Auslegung und Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht im Allgemeinen und zu den

hermeneutischen Voraussetzungen der Rechtsfortbildung voran. Dabei werden sowohl die Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* und des *Bundesarbeitsgerichts* als auch die Auffassungen in der Literatur eingehend dargestellt und gewürdigt. Im 2. Teil geht es *Wank* um die Herausarbeitung der verfassungsrechtlichen Voraussetzungen richterlicher Rechtsfortbildung. Zu diesem Zweck analysiert *Wank* geradezu eine Fülle von Entscheidungen des *Bundesverfassungsgerichts* und schöpft das ganze Spektrum des Arbeitsrechts aus. Dabei liegt ein Schwerpunkt nicht nur auf der Grenzziehung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung und den Grenzen der Rechtsfortbildung, sondern ebenso auf der Frage „was als Richterrecht im Arbeitsrecht einer Kontrolle durch das *Bundesverfassungsgericht* unterliegt, und wo allein genuines Arbeitsrecht betroffen ist“. In diesem Zusammenhang gewinnt sein Ansatz, dass verfassungskonforme Auslegung nicht nur als Inhaltskontrolle einer Norm zu begreifen ist, sondern als „verfassungsorientierte Auslegung“ auch der Inhaltsbestimmung einer gesetzlichen Regelung dient, weshalb auch „schlichte Fragen der Auslegung“ verfassungsrechtlich bedeutsam sein können, seine besondere Bedeutung. Praktische Folgerungen für Arbeitsgerichte und Rechtsanwälte schließen die Untersuchung ab.

„Auslegung und Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht“ ist ein zugleich spannendes, überzeugtes und überzeugendes Plädoyer für einen sensiblen Einsatz des juristischen Handwerkszeugs und einen respekt- und verantwortungsvollen Umgang mit den aus dem Gewaltenteilungs-, Rechtsstaats- und Demokratieprinzip folgenden verfassungsrechtlichen Vorgaben für eine Rechtsfort-