

Soziales Recht

Wissenschaftliche Zeitschrift
für Arbeits- und Sozialrecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Olaf Deinert und
Prof. Dr. Rüdiger Krause,
Institut für Arbeitsrecht
der Georg-August-Universität
Göttingen



in Zusammenarbeit mit



Abhandlungen

Entgrenzung der Arbeit – ein Problem des Arbeitsrechts?

Wolfgang Däubler Seite 45

Altersgrenzen und Altersrenten

Raimund Waltermann Seite 66

Rezensionsaufsätze

Rolf Wank, Auslegung und Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht

Marcus Bieder Seite 83

Zusammenfassungen (Abstracts) / Vorschau

Seite 88

Entgrenzung der Arbeit – ein Problem des Arbeitsrechts?

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Universität Bremen

I. »Entgrenzung« als Begriff

Soziologen diskutieren spätestens seit 1998 über »Entgrenzung«. Diese bezieht sich keineswegs nur auf abhängige Arbeit, sondern ergreift »feste personale Identitäten« wie die des Familienvaters und Ernährers, die dauerhafte Zugehörigkeit zu einem Beruf, die Unterscheidung zwischen bestimmten Schichten und Lebensstilen und vieles andere mehr.¹ Für die Beschreibung eines Untersuchungsgegenstands oder gar für eine juristische Begriffsbildung erscheint ein solches Phänomen als viel zu diffus, zumal es in verdächtige Nähe zu jeder Form von sozialer Veränderung gerät, wenn von »Erosion von Normalitäten« die Rede ist.²

Im Folgenden soll es deshalb um einen konkreteren Teilbereich gehen: Welche Trends gibt es im Verhältnis zwischen Arbeit und Freizeit? Wird etwa das Leben vieler abhängig Arbeitender – wie von verschiedenen Seiten vermutet – von der Arbeit total überlagert, gewissermaßen »aufgefressen«? Und weiter: Könnte der Expansion der Arbeit mit juristischen Mitteln begegnet werden? Als erster Schritt ist eine Bestandsaufnahme nötig. Wie sind die Schranken der abhängigen Arbeit in zeitlicher, örtlicher und funktionaler Hinsicht beschaffen? Welche Durchbrechungen kennen sie schon heute? Führt die faktische Pflicht, ständig erreichbar zu sein, für viele Beschäftigte zu einer Grenzverschiebung, ja zu einer Beseitigung der bisherigen Grenzen?³

II. Das traditionelle Modell der »begrenzten« Arbeit

Als freier Mensch steht der Einzelne nicht mit seiner gesamten Existenz in den Diensten seines Arbeitgebers. Traditionellerweise verdingt man sich als Vollzeit- oder als Teilzeitkraft, wobei in aller Regel im Arbeitsvertrag eine bestimmte Zahl von Wochenstunden festgelegt wird. Gleichwohl ist die Trennung zwischen »Arbeit« und »Freizeit« keine hermetische; nicht immer beginnt am späteren Nachmittag oder am Abend mit dem Durchschreiten des Fabriktores oder dem Verlassen des Bürogebäudes das »Reich der Freiheit«.

1. Die Grundsatzentscheidungen

a) Zeitliche Grenzen

Abhängige Arbeit hat zeitliche Grenzen. Dieser im Arbeitszeitgesetz (ArbZG) und in Tarifverträgen niedergelegte Grundsatz ist keine Selbstverständlichkeit, sondern Ergebnis einer langen historischen Entwicklung.

Die verbindliche rechtliche Festlegung einer täglichen Höchst Arbeitszeit war für die Arbeiterbewegung von ihren Ursprüngen an eine zentrale Forderung.⁴ Der Grund ist leicht zu erkennen: Körperliche Arbeit von 12, 14 oder 16 Stunden täglich führt zu einem frühzeitigen Verschleiß der Arbeitskraft und zu schweren Gesundheitsschäden. Gleichzeitig macht sie den Einzelnen zum Anhängsel des Arbeitsprozesses; für seine persönlichen Bedürfnisse bleibt so gut wie keine Zeit mehr übrig. Eine Teilnahme am sozialen, kulturellen und politischen Leben ist faktisch unmöglich, die wenige verbleibende Zeit muss für häusliche Tätigkeiten und eine notdürftige Regeneration der Arbeitskraft verwendet werden. Eine kürzere Arbeitszeit soll deshalb die Möglichkeit schaffen, nicht nur »Arbeitsroboter«, sondern auch Mensch als soziales und kulturelles Wesen zu sein.

Die Durchsetzung einer »menschlichen« Arbeitszeit nahm viele Jahrzehnte in Anspruch. Am stärksten engagierten sich ursprünglich ehemalige Handwerker, deren Zeitverständnis noch durch die vorkapitalistischen Verhältnisse geprägt war: Systematisches, rationelles Erwerbsstreben war in den Zünften ebenso unbekannt wie eine »Zeitökonomie«, die nach dem »Output« pro

1 Dazu der Überblick bei *Gottschall/Voß*, in: *Gottschall/Voß* (Hrsg.), *Entgrenzung von Arbeit und Leben*, Mering 2003, Einleitung, S. 11 ff. Grundlegend *Jurczyk/Schier/Szymenderski/Lange/Voß*, *Entgrenzte Arbeit – entgrenzte Familie*. Grenzmanagement als neue Herausforderung, Berlin 2009, S. 27 ff.

2 *Schier/Jurczyk/Szymenderski*, *Entgrenzung von Arbeit und Familie – mehr als Prekarisierung*, WSI-Mitt. 2011, 402 ff.

3 Zur Problematik s. insbesondere *Buschmann*, *Beschäftigte online*. Die ständige Erreichbarkeit und ihre Folgen, *PersR* 2011, 247 ff.

4 Zur Entwicklung in anderen europäischen Ländern s. *Ramm*, *Laissez-faire and State Protection of Workers*, in: *Hepple* (Hrsg.), *The Making of Labour Law in Europe*, Oxford 1986, p. 104 ff.

Stunde fragt.⁵ Hier war der Eingriff in die gewohnte Lebenswelt sehr viel stärker fühlbar als bei den Arbeitskräften, die aus der Landwirtschaft kamen und die den Regeln der »Gesindeordnungen« entsprechend einer extremen Form von Fremdbestimmung unterworfen waren.⁶ Um 1850 lag die tägliche Arbeitszeit bei durchschnittlich 14 Stunden. 1875 belief sie sich immer noch auf 12 und um die Wende zum 20. Jahrhundert auf 10 ½ Stunden.⁷ Eine Vorreiterrolle bei der Arbeitszeitverkürzung hatte die Carl-Zeiss-Stiftung in Jena: Dort wurde der Arbeitstag von zunächst 11 ¾ Stunden allmählich auf 9 Stunden gesenkt, ehe dann im Jahre 1900 erstmals der Acht-Stunden-Tag eingeführt wurde.⁸ Dies war weniger die »soziale Großtat« einer aufgeklärten Unternehmensleitung, sondern primär Folge der Erkenntnis, dass bei kürzerer Arbeitszeit intensiver gearbeitet und das bisherige Arbeitsergebnis sogar übertroffen wurde.⁹ Andere folgten diesem Beispiel nur vereinzelt, doch wurde die durchschnittliche Arbeitszeit bis 1914 auf 9 ½ Stunden werktäglich reduziert. Während des Krieges wurden dann wieder frühere Werte erreicht.

Einen ersten großen Durchbruch brachte die November-Revolution von 1918. Sie machte den Acht-Stunden-Tag verbindlich und setzte damit Maßstäbe, die bis in die Gegenwart gültig sind. Dabei wurde allerdings nicht wie heute die Fünf-Tage-, sondern die Sechs-Tage-Woche zugrunde gelegt, so dass sich eine Höchstbelastung von 48 Stunden pro Woche ergab. Mehrarbeit musste von der Arbeitsaufsicht genehmigt werden. Unterblieb dies, war ihre »Entgegennahme« strafbar. Diese bemerkenswerte Regel wurde allerdings bereits 1923 wieder aufgehoben; außerdem gab es nunmehr viele Ausnahmen vom Acht-Stunden-Tag. Es besteht deshalb wenig Grund zu der Annahme, dass die 48-Stunden-Woche generell verwirklicht war.¹⁰ Dies galt auch für die Zeit nach 1933; die bis 1994 geltende Arbeitszeitordnung (AZO) von 1938 schrieb die 48-Stunden-Woche und auch sonst im Wesentlichen den Rechtszustand fort, der bereits 1923 herrschte. Dass es nicht wie in anderen Teilen des Arbeitsrechts zu einem Abbau von Arbeitnehmerrechten kam, lag vermutlich daran, dass sich in der Zwischenzeit die Arbeitsanforderungen so erhöht hatten, dass die Produktivität erheblich gelitten hätte, wäre man zu einem über 8 bis 10 Stunden hinausgehenden Arbeitstag zurückgekehrt.¹¹ Das grundsätzliche Verbot der Sonntagsarbeit und seine Durchbrechungen – seit 1891 in den §§ 105a ff. GewO geregelt – blieben gleichfalls unangetastet.

Das am 1.7.1994 in Kraft getretene ArbZG¹² fasste die in unterschiedlichen Gesetzen enthaltenen Vorschriften

zusammen. Zentrale Norm ist § 3 ArbZG, der sich einerseits zum Acht-Stunden-Tag bekennt, andererseits eine Erhöhung auf zehn Stunden zulässt, sofern innerhalb von sechs Monaten (oder 24 Wochen) wieder ein Durchschnitt von acht Stunden pro Werktag erreicht wird. Im Interesse der Flexibilisierung wurde so aus dem realen ein statistischer Acht-Stunden-Tag.¹³ Das Abstellen auf den »Werktag« beließ die wöchentliche Obergrenze bei 48 Stunden. Im Interesse des Gesundheitsschutzes sind daneben Pausen (§ 4 ArbZG) und Ruhezeiten (§ 5 ArbZG) vorgeschrieben. Die Nachtarbeit ist in § 6 ArbZG nicht prinzipiell eingeschränkt, jedoch soll ihre Ableistung bestimmten Mindeststandards genügen. Das in § 9 ArbZG ausgesprochene Verbot der Sonn- und Feiertagsarbeit wird durch einen beeindruckend langen Katalog von Ausnahmen in § 10 ArbZG durchbrochen. Die 1993 erlassene Arbeitszeit-Richtlinie der EG¹⁴ veränderte insbesondere die rechtliche Qualifizierung von Bereitschaftsdiensten und führte zur Novellierung des ArbZG vom 24.12.2003.¹⁵

b) Räumliche Grenzen

Arbeit findet traditionellerweise an einem konkreten Ort statt, der vom Arbeitgeber bestimmt wird. Dieser ist nicht mit der Wohnung des Arbeitnehmers und seiner Familie identisch, sondern räumlich von dieser getrennt. Insoweit besteht ein grundlegender Unterschied zu vorkapitalistischen Produktionsweisen: Der mittelalterliche Handwerker

5 Zu vorindustriellen Zeitstrukturen s. insbesondere *Deutschmann*, in: *Offe/Hinrichs/Wiesenthal* (Hrsg.), *Arbeitszeitpolitik. Formen und Folgen einer Neuverteilung der Arbeitszeit*, 2. Aufl., Frankfurt/New York 1983, S. 32 ff., 40; *Scharf*, *Geschichte der Arbeitszeitverkürzung*, Köln 1987, S. 28 ff.; *Michael Schneider*, *Streit um Arbeitszeit, Geschichte des Kampfes um Arbeitszeitverkürzung in Deutschland*, Köln 1984, S. 19 ff.

6 Zu ihnen *Vormbaum*, *Politik und Gesinderecht im 19. Jahrhundert* (vornehmlich in Preußen 1810 bis 1918), Berlin 1980; *Rainer Schröder*, *Das Gesinde war immer frech und unverschämt. Gesinde und Gesinderecht vornehmlich im 18. Jahrhundert*, Frankfurt/Main 1992, S. 91 ff.

7 S. die Übersicht bei *Kramer*, *Freizeit und Reproduktion der Arbeitskraft*, Köln 1975, S. 52 und *Michael Schneider*, *Die Mitbestimmung* 1985, 252.

8 *Kramer* (Fn. 7), S. 43 ff.

9 *Kramer* (Fn. 7), S. 45 ff.; *Michael Schneider* (Fn. 5), S. 48 ff.

10 S. *Michael Schneider* (Fn. 5), S. 130 ff.

11 *Kramer* (Fn. 7), S. 55 ff.

12 BGBl. 1994 I, S. 1170.

13 Überblick bei *Zmarzlik*, DB 1994, 1082 ff.

14 Abl. EG 1993, L 307/18, in dieser ursprünglichen Fassung auch abgedruckt bei *Däubler/Kittner/Lörcher*, *Internationale Arbeits- und Sozialordnung*, Köln 1990, Nr. 446.

15 BGBl. 2003 I, S. 3002.

oder der Kaufmann lebte in aller Regel mit seinen Hilfspersonen in dem Gebäude, in dem er auch seiner Tätigkeit nachging. Erst recht war dies in der Landwirtschaft der Fall, die ökonomisch und von der Zahl der Beschäftigten her bei weitem im Vordergrund stand.

Die Trennung von Wohnung und Arbeitsplatz hatte in der Vergangenheit den gewichtigen Vorteil, »zu Hause« von allen unmittelbaren Arbeitsanforderungen frei zu sein. Dies schloss nicht aus, dass die vorwiegend körperliche Arbeit den Einzelnen so sehr in Anspruch nahm, dass er mit dieser »Freiheit« nichts anfangen konnte, sondern sich regenerieren musste. Auch war die Bezahlung bis Mitte der 1950-er Jahre so bescheiden, dass sich auch deshalb eine bezahlte »Freizeitkultur« kaum entwickeln konnte. Auf der anderen Seite hatten »Selbsthilfeorganisationen« eine weit größere Bedeutung als heute; sie reichten von den Konsumgenossenschaften über die Arbeitersportvereine bis hin zu Einrichtungen der politischen Bildung. In den Jahren nach dem Zweiten Weltkrieg erreichten sie bei weitem nicht mehr die Bedeutung wie in Weimar und im Kaiserreich. Die ab 1950 deutlich steigenden Verdienste ermöglichten stattdessen ein anspruchsvolleres Leben in der Freizeit, was vom Gaststätten- und Kinobesuch bis zur Reise in den Süden reichte. Die »Freiheit«, in bestimmten Bereichen zu tun und zu lassen was man wollte, gewann ein beträchtliches Stück an Realität – was in der Konkurrenz zu dem anderen Sozialmodell im Osten Deutschlands von ganz gravierender Bedeutung war.

Eine unmittelbare rechtliche Garantie zugunsten der Trennung von Arbeitsplatz und Wohnung gab (und gibt) es nicht. Allerdings umfassen das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit nach Art. 2 Abs. 1 GG und das Grundrecht der Freizügigkeit nach Art. 11 GG auch das Recht, die Wohnung dort zu wählen, wo man es für richtig hält. Der Wohnsitz hat den Arbeitgeber grundsätzlich nicht zu interessieren,¹⁶ insoweit gilt der Grundsatz der freien Gestaltung des Privatlebens.¹⁷

Volle Dispositionsfreiheit besteht während der Zeit des jährlichen Erholungsurlaubs. Einen gesetzlichen Urlaubsanspruch gibt es erst seit Ende der 1940-er Jahre. Er war zunächst in den Urlaubsgesetzen zahlreicher Länder niedergelegt; soweit sie nicht existierten, leitete die Rechtsprechung einen »ungeschriebenen« Anspruch aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ab.¹⁸ Erst durch das Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) vom 8.1.1963¹⁹ trat eine bundeseinheitliche Regelung in Kraft, die sich zunächst auf zwei Wochen jährlich

beschränkte. Im Zusammenhang mit der Ratifizierung des ILO-Übereinkommens Nr. 132²⁰ wurde der Urlaubsanspruch für alle auf drei Wochen erhöht²¹; mit Rücksicht auf die Arbeitszeitrichtlinie der EG²² gilt seit 1.1.1995 ein Mindesturlaub von vier Wochen.²³ Im internationalen Vergleich stellt dies keineswegs eine Selbstverständlichkeit dar, da beispielsweise weder die USA noch Japan über einen gesetzlichen Mindesturlaub verfügen. Die Tarifpraxis geht zudem erheblich über das gesetzliche Niveau hinaus und ist im Durchschnitt bei knapp sechs Wochen angelangt – wobei allerdings zu beachten ist, dass mittlerweile weniger als 60 % aller Arbeitnehmer in der Bundesrepublik von Tarifverträgen erfasst sind. Die »schönsten Tage des Jahres« stellen im Bewusstsein vieler einen gewissen Ausgleich für eine entfremdete Arbeit dar, der man insgesamt erst dann entgegenkommen kann, wenn man sich der Altersgrenze nähert und einen Altersteilzeitvertrag in Aussicht hat. Der Urlaub leistet so einen nicht unerheblichen Beitrag zu einer bewusstmäßigen Identifizierung mit dem gesellschaftlichen Status quo.

c) Funktionale Grenzen

Die Arbeit nimmt nicht den ganzen Menschen in Dienst. Vielmehr muss der Einzelne sich nur solche Beschränkungen gefallen lassen, die für die Erfüllung der übernommenen Arbeit erforderlich sind. Soweit die Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis nicht berührt sind, kann er tun und lassen, was er will. Welche Freunde und Hobbys der Arbeitnehmer hat, mit wem er zusammenlebt, welche wirtschaftlichen Dispositionen er trifft, das alles ist seine »Privatsache«.²⁴ Konsequenterweise ist es dem Arbeitgeber untersagt, einen Bewerber nach solchen Dingen zu

16 *Deinert*, in: Kittner/Zwanziger/Deinert (Hrsg.), *Arbeitsrecht. Handbuch für die Praxis*, 7. Aufl., Frankfurt am Main 2013, § 7 Rn. 36.

17 *Kreuder*, in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath (Hrsg.), *Arbeitsrecht. Handkommentar*, 3. Aufl., Baden-Baden 2013, § 611 BGB, Rn. 563. Im Grundsatz ebenso BAG, 7.6.2006 – 4 AZR 316/05 – AP BGB § 611 Hausmeister Nr. 15, Tz. 31.

18 BAG, 20.4.1956 – 1 AZR 476/54 – AP BGB § 611 Urlaubsrecht Nr. 6 und 18.

19 BGBl. 1963 I, S. 2.

20 BGBl. 1975 II, S. 745.

21 Gesetz zur Änderung des Heimarbeitsgesetzes und anderer arbeitsrechtlicher Vorschriften v. 29.10.1974 (BGBl. I, S. 2879, 2884).

22 Oben Fn. 14.

23 Art. 2 des Arbeitszeitrechtsgesetzes vom 6.6.1994 (BGBl. 1994 I, S. 1170).

24 *Däubler*, *Das Arbeitsrecht* 2, 11. Aufl., Reinbek 2008 (Neudruck 2012), Rn. 50a.

fragen²⁵ oder sie gar zum Anlass für eine Versetzung oder Kündigung zu nehmen. Allgemein abgelehnt wird beispielsweise die Frage, ob sich eine Bewerberin mit Heiratsabsichten trägt.²⁶ Auch die Lebensgewohnheiten bleiben für den Arbeitgeber tabu; ob jemand Sport treibt, gelegentlich Alkohol trinkt oder raucht, ist allein seine Angelegenheit.²⁷

Dieser Grundsatz wird von der Rechtsprechung auch auf wenig angesehene Verhaltensweisen erstreckt. So stellt es keine Pflichtverletzung dar, wenn eine Arbeitnehmerin in ihrer Freizeit an softpornographischen Fotos mitwirkt.²⁸ Auch ehewidrige Beziehungen eines Arbeitnehmers zu einer verheirateten Kollegin sind arbeitsrechtlich ohne Bedeutung.²⁹ Dasselbe gilt, wenn eine Lehrerin in ihrer Freizeit einen Swingerklub mit betreibt.³⁰ Weiter vertrat das ArbG Berlin³¹ den Standpunkt, das Bekenntnis eines Krankenpflegers zu sadomasochistischen Praktiken bei einer Fernseh-Talkshow lasse nicht den Rückschluss zu, es könne auch bei der Arbeit zu Übergriffen oder zu unangemessenem Verhalten gegenüber Patienten kommen. Unerheblich sind schließlich häufige Besuche des Leiters einer Bankfiliale in einer Spielbank.³²

Soweit die Arbeitsleistung nicht leidet und das Arbeitsverhältnis auch sonst nicht berührt ist, spielt es keine Rolle, wenn sich das »Freizeitverhalten« im Betriebsgelände abspielt. Versammeln sich Zeitungszusteller nach getaner Arbeit regelmäßig im Betriebsratsbüro, um gemeinsam Haschisch zu konsumieren, so ist das Arbeitsverhältnis nicht betroffen, wenn alle Beteiligten am nächsten Tag ihre Aufgaben wieder völlig korrekt erfüllen.³³ Dasselbe gilt für tätliche Auseinandersetzungen, wenn ihr Schwerpunkt im Privatbereich liegt. So hat etwa das LAG Frankfurt/Main³⁴ weder eine außerordentliche noch eine ordentliche Kündigung für gerechtfertigt erklärt, als es zu einer handgreiflichen Auseinandersetzung zwischen einem Vorgesetzten und seiner Untergebenen kam, weil zwischen beiden eine private Liebesbeziehung bestand, aus der sich der Vorgesetzte lösen wollte. Die Grenze zur Pflichtverletzung kann aber bei räumlicher Nähe zum Betrieb besonders schnell überschritten sein; so wurde das Verkaufen von gestohlenen Handys auf dem Firmenparkplatz ua. auch an Arbeitskollegen von der Rechtsprechung als Grund für eine verhaltensbedingte Kündigung gewertet.³⁵

Auch gegenüber Dritten verübte Straftaten können arbeitsrechtlich irrelevant sein, wenn sie ohne Auswirkung auf das Arbeitsverhältnis bleiben. Dies wurde etwa von der Rechtsprechung bei einer Verurteilung wegen Geheim-

bündelei angenommen.³⁶ Dasselbe gilt für die einmalige private Trunkenheitsfahrt eines Triebfahrzeugführers einer U-Bahn mit dem Auto, der für seine eigentliche Tätigkeit keinen (allgemeinen) Führerschein benötigt.³⁷ Begeht der Arbeitnehmer aus privaten Gründen einen Totschlag, so kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an, ob die Weiterbeschäftigung des »Totschlägers« wirklich unzumutbar ist.³⁸ Wird eine Freiheitsstrafe verhängt und vollstreckt, so kommt eine personenbedingte Kündigung in Betracht, sofern es für den Arbeitgeber keine zumutbaren Überbrückungsmaßnahmen gibt.³⁹ Der Arbeitgeber muss allerdings daran mitwirken, dass der Arbeitnehmer den Freigängerstatus erhält und so seine Tätigkeit fortsetzen kann.⁴⁰

Auch diese funktionale Bestimmung der Arbeitnehmerpflichten ist nicht selbstverständlich. Schaut man sich die ältere Rechtsprechung an, so treten verwunderliche Dinge zu Tage.⁴¹ Ein Bewerber war vor der Einstellung nach seinen

25 S. etwa den Überblick bei *Linck*, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 15. Aufl., München 2013, § 26 Rn. 18 ff.

26 LAG Baden-Württemberg, 13.5.1957 – VI Sa 23/57 – DB 1957, 972; *Däubler* (Fn. 24), Rn. 50a; *Becker* (Fn. 16), § 19 Rn. 54; *Thüsing*, in: Henssler/Willemssen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht. Kommentar, 5. Aufl., Köln 2012, § 123 BGB Rn. 18; *Raab*, in: *Wiese/Kreutz* ua., Gemeinschaftskommentar zum BetrVG, 10. Aufl., Neuwied 2014, § 94 Rn. 44.

27 Keine Frage nach Trinkgewohnheiten: *Däubler* (Fn. 24), Rn. 50a; *Schaub-Linck* (Fn. 24), Rn. 50a; *Becker* (Fn. 16), § 19 Rn. 54; *Thüsing*, in: Henssler/Willemssen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht. Kommentar, 5. Aufl., Köln 2012, § 123 BGB Rn. 18; *Raab*, in: *Wiese/Kreutz* ua., Gemeinschaftskommentar zum BetrVG, 10. Aufl., Neuwied 2014, § 94 Rn. 44.

28 ArbG Passau, 11.12.1997 – 2 Ca 711/97 D – NZA 1998, 427.

29 *Fischermeier*, in: *Etzel/Bader* ua., Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 10. Aufl., Neuwied 2013, § 626 BGB Rn. 414.

30 LAG Hamm, 19.1.2001 – 5 Sa 491/00 – AuR 2002, 433.

31 ArbG Berlin, 7.7.1999 – 36 Ca 30545/98 – BB 2000, 1042.

32 LAG Hamm, 14.1.1998 – 3 Sa 1087/97 – LAGE § 626 BGB Nr. 119. Die Entscheidung stammt aus einer Zeit, in der Banken generell als »seriös« und Spielbanken eher als »anrüchig« galten.

33 LAG Baden-Württemberg, 19.10.1993 – 11 TaBV 9/93 – LAGE § 626 BGB Nr. 76.

34 Hessisches LAG, 23.7.1987 – 9 Sa 1/87 – AuR 1989, 287.

35 BAG, 6.11.2003 – 2 AZR 631/02 – AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 39.

36 BAG, 6.2.1969 – 2 AZR 241/68 – AP BGB § 626 Nr. 58.

37 BAG, 4.6.1997 – 2 AZR 526/96 – AP BGB § 626 Nr. 137.

38 BAG, 8.6.2000 – 2 AZR 638/99 – DB 2001, 285: Im öffentlichen Dienst in der Regel unzumutbar.

39 Eingehend *Deinert*, in: *Kittner/Däubler/Zwanziger*, Kündigungsschutzrecht, Kommentar, 9. Aufl., Frankfurt am Main 2014, § 1 KSchG Rn. 179 mwN.

40 BAG, 9.3.1995 – 2 AZR 497/94 – NZA 1995, 777.

41 Informativer Überblick bei *Mayer-Maly*, Arbeitsverhältnis und Privatsphäre, AuR 1968, 1 ff.

Schulden gefragt worden und hatte diese zu niedrig angegeben: Diese Unwahrhaftigkeit berechnete den Arbeitgeber zur Kündigung.⁴² Führten Frau und Tochter eines Arbeitnehmers »einen recht bewegten Lebenswandel«⁴³, so konnte er gekündigt werden, wenn eine vorherige Abmahnung fruchtlos blieb.⁴⁴ Was sollte er tun, wenn ein Appell mit Gelächter oder nachsichtigem Lächeln quittiert wurde? Musste er sich scheiden lassen, um eine Kündigung zu vermeiden? Oder ein weiteres Beispiel: Bei kaufmännischen Angestellten war die Entgeltfortzahlung davon abhängig, dass nach § 63 HGB ein »unverschuldetes Unglück« vorlag. Im Regelfall wurde dies bei Krankheit immer bejaht, nicht aber dann, wenn es sich um eine schwangerschaftsbedingte Erkrankung einer Arbeitnehmerin handelte und die Schwangerschaft auf einem außerehelichen Verkehr beruhte.⁴⁵ Auch über das von einem Arbeitgeber verhängte Verbot, die freundschaftlichen Beziehungen zu einem ausgeschiedenen Arbeitskollegen fortzusetzen, hatte die Rechtsprechung zu entscheiden.⁴⁶ Hier war eben doch der ganze Mensch dem Arbeitgeber unterworfen, ein Gedanke, der sich nicht zuletzt auch in der Vorschrift des § 123 Abs. 1 Nr. 2 GewO niederschlug, wonach ein »liederlicher Lebenswandel« Grund für eine fristlose Kündigung war. Erst durch das 1. Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz vom 14.9.1969⁴⁷ wurde diese Vorschrift aufgehoben.

2. Die Ausnahmen

Die hier skizzierten Grundprinzipien kennen seit jeher Ausnahmen, deren Bedeutung im Einzelfall erheblich variiert. Auch hier soll nach der Dauer der Arbeitszeit, der Trennung von Arbeitsplatz und Wohnung sowie dem funktionalen Bezug auf die Arbeitnehmerpflichten differenziert werden.

a) Längere Arbeitszeit

Nach seinem § 18 findet das ArbZG keine Anwendung auf leitende Angestellte und Chefärzte sowie Dienststellen- und Personalleiter im öffentlichen Dienst. Insoweit gilt nur § 618 BGB, der keine exakten zeitlichen Grenzen vorsieht, sondern lediglich vermeidbare gesundheitliche Gefährdungen verbietet. In der Praxis verschafft er nur in Extremfällen Schutz.⁴⁸

Eine »Öffnung nach oben« (in Richtung Verlängerung) ermöglicht grundsätzlich bei allen Arbeitnehmern § 7 Abs. 2a ArbZG, wonach die Arbeit durch Tarifvertrag oder aufgrund eines Tarifvertrags durch Betriebs- oder

Dienstvereinbarung über acht Stunden werktäglich hinaus verlängert werden kann, wenn in die Arbeitszeit regelmäßig und in erheblichem Umfang Arbeitsbereitschaft oder Bereitschaftsdienst fällt und durch besondere Regelungen sichergestellt ist, dass die Gesundheit der Arbeitnehmer nicht gefährdet wird. Eine Obergrenze für die Verlängerung existiert nicht; auch macht das Gesetz keine Aussage, wie die »besonderen Regelungen« beschaffen sein müssen, die eine Gesundheitsgefährdung abwehren sollen. § 7 Abs. 7 ArbZG verlangt lediglich, dass der Arbeitnehmer schriftlich einwilligt. Außerdem hat er das Recht, diese Einwilligung unter Wahrung einer Frist von sechs Monaten zu widerrufen. Hier wird plötzlich die Privatautonomie des Arbeitnehmers wieder entdeckt, obwohl das BVerfG im Zusammenhang mit der Nachtarbeit ausdrücklich ausgeführt hatte, ihre aus gesundheitlichen Gründen gebotene Beschränkung dürfe nicht den Arbeitsvertragsparteien überlassen werden.⁴⁹ Auch wird in der Literatur mit Recht ein Verstoß gegen die Arbeitszeitrichtlinie der EG gerügt.⁵⁰

Eine weitere gewichtige Lücke stellt die Nichterfassung der Selbständigen dar. Bedenklich ist dies insbesondere bei arbeitnehmerähnlichen Personen. Aufgrund ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit werden sie zu einer 11. oder einer 12. Arbeitsstunde schwerlich »nein« sagen können, auch wenn sie formal berechtigt wären, die Tätigkeit auf den nächsten oder den übernächsten Tag zu verschieben. Ein Zwang zu langer Arbeit kann nicht nur auf einer Weisung, sondern eben auch darauf beruhen, dass der Auftraggeber eine anders nicht leistbare schnelle Erledigung wünscht. Nur bei wirtschaftlich unabhängigen Selbständigen besteht die Möglichkeit, die Erledigung zu verschieben und notfalls auf den allzu ungeduldigen Kunden zu verzichten.

42 ArbG Husum, 10.1.1961 – 1 Ca 234/50 – ARSt. XXVI S. 103 (Nr. 293).

43 So die Formulierung bei *Mayer-Maly*, AuR 1968, 2.

44 LAG Niedersachsen, 28.1.1960 – 4 Sa 92/59 – ARSt. XXIV S. 79 (Nr. 209).

45 RAG, 27.7.1932 – RAG 226/32 – ARS 15, 568 ff.

46 LAG München, 16.6.1954 – 529/54 II – ARSt. XV S. 145.

47 BGBl. 1969 I, S. 1106.

48 S. den Fall BAG, 13.3.1967 – 2 AZR 133/66 – AP BGB § 618 Nr. 15: Ein leitender Angestellter arbeitete werktags wie sonntags 12 bis 16 Stunden für seinen Arbeitgeber und ging auch nie in Urlaub. Nach einigen Jahren erlitt er einen Schlaganfall, der nach ärztlichem Urteil insbesondere auf Überarbeitung beruhte. Das BAG verurteilte den Arbeitgeber zu Schadensersatz, weil er ein solches Verhalten seines Angestellten nicht hätte dulden dürfen.

49 BVerfG, 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82, 1 BvL 16/83, 1 BvL 10/91 – DB 1992, 377.

50 *Buschmann/Ulber*, Arbeitszeitgesetz, Basiskommentar, 7. Aufl., Frankfurt am Main 2011, § 7 Rn. 24c.

Im Vergleich zu diesen drei genannten Fällen ist die in § 14 ArbZG enthaltene Ermächtigung weniger bedeutsam und auch inhaltlich weniger angreifbar, wonach die Behörden in Notsituationen oder unter außergewöhnlichen Umständen eine Abweichung von der Höchstdauer der Arbeitszeit und von anderen Bestimmungen des ArbZG genehmigen können.

b) Zusammenfallen von Arbeitsplatz und Wohnung

Auch in der Gegenwart gibt es Tätigkeiten, bei denen Arbeitsplatz und Wohnung zusammenfallen. Wichtigster aktueller Anwendungsfall dürfte die Tätigkeit im Haushalt sein – zur Pflege alter oder kranker Menschen, zur Kindererziehung und zur Bewältigung allgemeiner hauswirtschaftlicher Aufgaben.⁵¹ Arbeitsrechtlich ergeben sich eine Reihe von spezifischen Fragen:⁵² Wie kann die Privatsphäre der Arbeitnehmerin geschützt werden? Besteht ein Anspruch auf ein abschließbares Zimmer? Wie kann sich eine Arbeitnehmerin in der nach außen abgeschotteten Welt einer Privatwohnung gegen Übergriffe zur Wehr setzen? Wie kann man dafür sorgen, dass Wohnen und Essen nicht so hoch bewertet werden, dass kaum mehr etwas für eine Barauszahlung übrig bleibt? Wie lässt sich die Arbeitszeit begrenzen? Wie ist der Gesundheitsschutz sicher zu stellen, obwohl das Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG) nach seinem § 1 Abs. 2 S. 1 nicht anwendbar ist? Wenigstens gelten Unfallverhütungsvorschriften, und § 618 Abs. 2 BGB bestimmt, dass der Arbeitgeber »in Ansehung des Wohn- und Schlafrums, der Verpflegung sowie der Arbeits- und Erholungszeit diejenigen Einrichtungen und Anordnungen (trifft), welche mit Rücksicht auf die Gesundheit, die Sittlichkeit und die Religion des Arbeitnehmers erforderlich sind.« Doch wie kann der Staat überprüfen, ob diese Generalklausel und andere Vorschriften zum Schutz der Hausangestellten eingehalten werden? Auch ist bis heute unklar, ob die häusliche Pflege »rund um die Uhr« nicht nach § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG vom Arbeitszeitrecht ausgenommen ist.⁵³ Das ILO-Übereinkommen Nr. 189 hat zahlreiche dieser Fragen aufgegriffen,⁵⁴ doch kommt ihm selbstredend keine stärkere »Durchschlagkraft« als den Vorschriften des nationalen Rechts zu. Von Hausangestellten die Anrufung eines Arbeitsgerichts zu erwarten, ist reichlich illusorisch; dem steht die auch im Arbeitsalltag fühlbare Präsenz und Autorität des Arbeitgebers entgegen.

Die Trennung von Arbeitsplatz und Wohnung fehlt häufig auch im Verhältnis zu landwirtschaftlichen Arbeitnehmern, so dass ähnliche Probleme auftreten können.

Ihnen versuchte die vorläufige Landarbeitsordnung vom 24.1.1919⁵⁵ Rechnung zu tragen, doch wurde sie wegen immer geringer werdender Bedeutung durch das 1. Arbeitsrechtsvereinigungsgesetz vom 14.9.1969⁵⁶ aufgehoben. Seither gelten neben den §§ 617, 618 Abs. 2 BGB keine Sondervorschriften mehr.

Eine weitere Ausnahme kann durch Arbeitsvertrag geschaffen werden, wonach eine »Werkdienstwohnung« bezogen werden muss. Voraussetzung ist allerdings, dass die Art der Arbeit eine physische Präsenz auch außerhalb der Arbeitszeit erfordert.⁵⁷ Dies wird nur bei einem sehr engen Personenkreis (Hausmeister und Heimleiter) angenommen.⁵⁸ Bei anderen Beschäftigten kann es notwendig sein, die Wohnung »in der Nähe« des Arbeitsplatzes zu nehmen, um notfalls schnell einsatzbereit zu sein. Dies gilt etwa für hauptberufliche Feuerwehrleute eines Kernkraftwerks⁵⁹, für Mitarbeiter einer Autobahnmeisterei⁶⁰ und für Lokalredakteure bei einer Zeitung.⁶¹ Fehlt es an solchen Umständen, ist eine vertraglich vereinbarte »Residenzpflicht« unwirksam.⁶²

Eine Sonderstellung nimmt die Außendiensttätigkeit ein.⁶³ Sie ist auf der einen Seite weniger stark in den Betrieb eingebunden als eine normale Arbeitnehmertätigkeit und vermittelt deshalb höhere Dispositionsfreiheit. Auf der anderen Seite lassen sich Arbeitszeitschranken kaum kontrollieren; ein Teil der Arbeit wird überdies zu Hause erfolgen. Solange keine technische Kontrolle über GPS oder Handy-Ortung erfolgt,⁶⁴ hat die Außendiensttätigkeit vie-

51 Näher *Däubler*, Domestic workers – the forgotten group?, in: Schömann (Hrsg.), *Mélanges à la mémoire de Yota Kravaritou: a trilingual tribute*, Brüssel 2011, S. 37 ff.

52 *Kocher*, NZA 2013, 929, 930.

53 Dagegen *Heinlein*, AuR 2013, 469 ff.; *Kocher* (Fn. 52), 933; *Scheiwe/Schwach*, NZA 2013, 1117; dafür jedoch die Bundesregierung, BT-Drs. 17/8373, S. 4.

54 Dazu *Scheiwe/Schwach* (Fn. 53), 1116.

55 RGBl. 1919, S. 111.

56 Oben Fn. 47.

57 BAG, 7.6.2006 – 4 AZR 316/05 – AP BGB § 611 Hausmeister Nr. 15 Tz. 32.

58 Vgl. BAG, 23.8.1989 – 5 AZR 569/88 – AP BGB § 565e Nr. 3.

59 LAG München, 9.1.1991 – 5 Sa 31/90 – NZA 1991, 821.

60 BAG, 23.8.1989 – 5 AZR 569/88 – AP BGB § 565e Nr. 3.

61 BAG, 7.6.2006 – 4 AZR 316/05 – AP BGB § 611 Hausmeister Nr. 15 Tz. 31; zustimmend *Deinert* (Fn. 16), § 7 Rn. 36.

62 LAG Nürnberg, 9.12.2003 – 6 Sa 676/02 – LAGE KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 83.

63 Dazu eingehend *Udo Mayer*, *Mitarbeiter im Außendienst*, 3. Aufl., Frankfurt am Main 2011.

64 Dazu *Däubler*, *Gläserne Belegschaften* 5. Aufl., Frankfurt am Main 2010, Rn. 318 ff.

le Ähnlichkeiten mit einer selbständigen Arbeit, was ihre lange Dauer erträglicher macht.

c) Nebenpflichten aus dem Arbeitsverhältnis

(1). Der Arbeitsvertrag als Grundlage

Soweit es die Durchführung des Arbeitsverhältnisses gebietet, kann der Arbeitnehmer auch dazu verpflichtet werden, sich in seinem Privatleben darauf einzurichten. Dies betrifft aber nur das »Erforderliche«, etwa die oben⁶⁵ erwähnten Beschränkungen der Freizügigkeit, wonach eine Werkdienstwohnung bezogen werden oder eine Wohnung in der Nähe des Arbeitsorts gewählt werden muss. Wichtig ist, dass derartige Pflichten nicht durch schlichte arbeitsvertragliche Abmachung über den Zweck des Arbeitsverhältnisses hinaus erweitert werden dürfen. Eine Residenzpflicht zu vereinbaren, weil das Leben in der Nähe des Arbeitsplatzes »wünschenswert« sei, ist nicht möglich,⁶⁶ und erst recht schließt es die Rechtsprechung aus, den Arbeitnehmer vertraglich zu verpflichten, seine Steuererklärung durch einen vom Arbeitgeber benannten Steuerberater erstellen zu lassen.⁶⁷

Was durch das Arbeitsverhältnis »gefordert« ist, kann selbstredend unterschiedlich beurteilt werden. Die Rechtsprechung zeichnet sich durch eine auf den ersten Blick wenig einleuchtende Differenzierung aus, wonach in Bezug auf bestimmte Gegenstände die Arbeitnehmerpflichten recht eng bestimmt werden und die Arbeitgeberinteressen daher häufig zurücktreten müssen, während in anderen Bereichen schon bei einem entfernten, ja fiktiven Bezug zum Arbeitsverhältnis eine Pflicht(-verletzung) angenommen wird. Beginnen wir mit dem »großzügigen« Teil der Rechtsprechung.

(2). Lebensführung und Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

Nach § 3 Abs. 1 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) ist Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall geschuldet, wenn den Arbeitnehmer an der Erkrankung kein Verschulden trifft. Dies könnte man theoretisch so interpretieren, dass jede unsorgfältige Handlungsweise in der Freizeit als »Verschulden« qualifiziert würde und den Entgeltfortzahlungsanspruch entfallen ließe. Wäre nicht fast jeder Verkehrsunfall im Hinblick auf den sorgsamen Umgang mit der Arbeitskraft »verschuldet«? Sollte man am Wochenende nicht lieber einen Spaziergang machen als sich den Gefahren des Autoverkehrs auszusetzen? Muss man nicht um 10 Uhr abends ins Bett

gehen, um am nächsten Morgen konzentriert bei der Arbeit zu sein? Muss man sich nicht generell durch sorgsame Bekleidung gegen Erkältungen schützen, da sonst die Arbeitsfähigkeit gefährdet sein könnte? Ist es beim Fußballspiel nicht schon fast normal, dass man sich eine Verletzung zuziehen und deshalb einige Zeit nicht arbeiten kann? Wäre deshalb ein pflichtbewusster Arbeitnehmer nicht gehalten, auf solche gefährlichen »Eskapaden« zu verzichten und sich lieber dem Schachspiel zu widmen?

Die Rechtsprechung hat die damit verbundene Reglementierung des Privatlebens nicht ernsthaft in Erwägung gezogen und das »Verschulden« auch nicht annäherungsweise in diesem Sinne ausgelegt. Vielmehr lässt sie den Entgeltfortzahlungsanspruch nur dann entfallen, wenn der Betroffene »in grober Weise« gegen die eigenen Interessen verstoßen hat, wie sie ein vernünftiger Mensch bestimmen würde.⁶⁸ Dies wurde an zahlreichen Beispielsfällen konkretisiert.

Was die sportliche Betätigung angeht, so darf der Einzelne Fußball spielen,⁶⁹ sich als Amateurboxer betätigen⁷⁰ und sogar auf einem Tisch einen Schuhplattler aufführen,⁷¹ ohne dass ein dabei erlittener Unfall von vornherein »verschuldet« wäre. Selbst das Fingerhakeln ist – und dies außerhalb Bayerns! – grundsätzlich unbedenklich.⁷² Nur bei besonders gefährlichen Sportarten⁷³ wird eine Ausnahme gemacht, doch ist bislang von höheren Gerichten noch nie eine Sportart als »besonders gefährlich« qualifiziert worden.⁷⁴ Auch das Drachenfliegen,⁷⁵ das Ski-Springen⁷⁶ und das Inline Skating⁷⁷ fallen nicht darunter.⁷⁸ Sollte man nicht

65 Fn. 57 – 61.

66 LAG Nürnberg, 9.12.2003 – 6 Sa 676/02 – LAGE BGB § 123 Nr. 28.

67 BAG, 23.8.2012 – 8 AZR 804/11 – AP BGB § 307 Nr. 67.

68 S. etwa BAG, 11.3.1987 – 5 AZR 739/85 – AP LohnFG § 1 Nr. 71 und BAG, 30.3.1988 – 5 AZR 42/87 – AP LohnFG § 1 Nr. 77.

69 BAG, 21.1.1976 – 5 AZR 593/74 – AP LohnFG § 1 Nr. 39.

70 BAG, 1.12.1976 – 5 AZR 601/75 – AP LohnFG § 1 Nr. 42, sofern Trainerbetreuung vorhanden.

71 LAG Baden-Württemberg, DB 1970, 2326.

72 LAG Frankfurt, 11.3.1974 – 1 Sa 27/74 – BB 1974, 1164.

73 BAG, 15.2.1972 – 5 AZR 471/71 – AP LohnFG § 1 Nr. 18. Für »Kick-Boxen« bejaht von ArbG Hagen, 15.9.1989 – 4 Ca 648/87 – DB 1990, 1422.

74 ErfK-Reinhard (Fn. 27), § 3 EFZG Rn. 26.

75 BAG, 7.10.1981 – 5 AZR 338/79 – AP LohnFG § 1 Nr. 45.

76 LAG Bayern, 3.5.1972 – 4 Sa 536/71 – BB 1972, 1324.

77 LAG Saarland, 2.7.2003 – 2 Sa 147/02 – NZA-RR 2003, 568.

78 Für Bungee-Springen bejahend *Gerauer*, NZA 1994, 496, verneinend *Kunz/Wedde*, Entgeltfortzahlungsrecht. Kommentar für die Praxis, Frankfurt/Main 2000, § 3 EFZG Rn 110.

eher darauf abstellen, ob jemand durch das Betreiben einer bestimmten Sportart überfordert ist oder ob er in grober Weise gegen die dort geltenden Regeln verstoßen hat?⁷⁹

Schon etwas weniger großzügig ist man bei Verkehrsunfällen: So hat eine geringfügige Überschreitung der vorgeschriebenen Geschwindigkeit zwar noch keine Folgen,⁸⁰ wohl aber das leichtsinnige Überschreiten einer viel befahrenen Straße.⁸¹ Erst recht wird das Fahren unter Alkohol anders beurteilt.⁸² Wer sich nicht anschnallt, verliert gleichfalls seine Ansprüche, sofern die bei dem Unfall erlittenen Verletzungen auf das Nichtanlegen der Sicherheitsgurte zurückzuführen sind.⁸³ Dasselbe gilt für das Nichttragen von Sicherheitsschuhen bei der Arbeit.⁸⁴ Auch die Beteiligung an Schlägereien begründet in der Regel Verschulden.⁸⁵ Selbst der missglückte Selbstmordversuch stellte nach der ursprünglichen Rechtsprechung⁸⁶ grundsätzlich ein schuldhaftes Verhalten dar, doch hat das BAG diese Auffassung später revidiert.⁸⁷

In diesen Gerichtsentscheidungen wird stillschweigend ein bestimmtes Menschenbild vorausgesetzt: Wer als korrekter Bürger die Regeln im Grundsatz beachtet, darf auch mal einen Fehler begehen; im Sport hat er dabei (fast) einen Freifahrtschein. Im Regelfall fördert sportliche Betätigung die Gesundheit und damit das erfolgreiche Arbeiten am Arbeitsplatz: Die Rechtsprechung orientiert sich hier am Gesamtinteresse der Arbeitgeber, nicht am Interesse derjenigen, die mit den Kosten der Entgeltfortzahlung belastet sind. Auch mag es eine Rolle spielen, dass die Leistungen der Krankenversicherung lediglich bei vorsätzlicher Selbstschädigung entfallen;⁸⁸ allzu unterschiedlich sollten die Maßstäbe nicht sein. Verständnis zeigte das BAG für den regelwidrigen Zustand der Alkoholabhängigkeit. Da sie als Krankheit gewertet wird, soll der Arbeitgeber die Beweislast dafür tragen, dass der Arbeitnehmer diesen Zustand schuldhaft herbeigeführt hat.⁸⁹

§ 3 Abs. 2 EFZG stellt den nichtstrafbaren Schwangerschaftsabbruch einer unverschuldeten Krankheit gleich. Gegen diese Vorschrift bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken.⁹⁰ Etwas überraschend war demgegenüber die Feststellung, dass ein Organspender, der infolge des Eingriffs für einige Tage arbeitsunfähig wurde, seine Krankheit selbst verschuldet hatte und deshalb einen finanziellen Ausgleich nur von dritter Seite (Berufsgenossenschaft, Krankenkasse) erhalten konnte.⁹¹ In beiden Fällen liegt eine persönliche Entscheidung des Arbeitnehmers zugrunde, die nichts mit »Eigenverschulden« im traditionellen Sinn zu tun hat. Im Falle des Schwangerschaftsabbruchs wird sie von der

Rechtsordnung respektiert, bei der Organspende im Regelfall sogar nachhaltig begrüßt – die Irrationalität, im zweiten Fall die Entgeltfortzahlung zu versagen, ist durch § 3a EFZG beseitigt worden, der durch das Gesetz zur Änderung des Transplantationsgesetzes vom 21.7.2012⁹² eingefügt wurde.

(3). Die privaten Vermögensverhältnisse des Arbeitnehmers

Auch die Vermögensverhältnisse des Arbeitnehmers werden sehr konsequent als »Privatsache« behandelt, obwohl einige Konstellationen denkbar sind, in denen sie im Arbeitsverhältnis eine erhebliche Rolle spielen könnten. Arbeitnehmer, die – etwa durch Erbschaft – zwei Mietshäuser erworben haben und größtenteils von ihren Einnahmen leben könnten, sind sicherlich die Ausnahme, doch gibt es keinen zwingenden Grund, diese Gruppe von vorne herein zu vernachlässigen. Bei der sozialen Auswahl könnte man auf die wirtschaftliche Situation abstellen, weil jemand mit einem solchen »Hintergrund« durch eine Kündigung in seiner Lebensführung sehr viel weniger betroffen ist als ein Arbeitnehmer, der über keine wesentlichen Rücklagen verfügt. Eventuell könnte man dies sogar im Rahmen der Inte-

79 Richtig *ErfK-Reinhard* (Fn. 27), § 3 EFZG Rn 26.

80 LAG Baden-Württemberg, 19.12.1974 – 7 Sa 122/72 – DB 1975, 1035.

81 BAG, 23.11.1971 – 1 AZR 388/70 – AP LohnFG § 1 Nr. 8; LAG Hamm, 5.10.1983 – 7 Sa 549/83 – DB 1984, 515.

82 BAG, 22.3.1973 – 5 AZR 567/72 – AP LohnFG § 1 Nr. 31; BAG, 11.3.1987 – 5 AZR 739/85 – AP LohnFG § 1 Nr. 71; BAG, 30.3.1988 – 5 AZR 42/87 – BAGE 57, 380-385.

83 BAG, 7.10.1981 – 5 AZR 1113/79 – AP LohnFG § 1 Nr. 46. Dazu *Denck*, BB 1982, 682. Ebenso schon vorher LAG Berlin, 18.7.1979 – 5 Sa 53/79 – LAGE LohnFG § 1 Nr. 4.

84 LAG Berlin, 7.7.1981 – 1 Sa 30/80 – AP BGB § 616 Nr. 53.

85 Näher dazu *Kehrmann-Pelikan*, Lohnfortzahlungsgesetz, 2. Aufl., München 1973, § 1 Rn 51.

86 BAG, 12.7.1972 – 5 AZR 301/72 – AP LohnFG § 1 Nr. 25.

87 BAG, 28.2.1979 – 5 AZR 611/77 – AP LohnFG § 1 Nr. 44. Zustimmend *ErfK-Reinhard* (Fn. 27), § 3 EFZG Rn. 30.

88 Eingehend dazu *Denck*, RdA 1980, 246 ff.

89 BAG, 1.6.1983 – 5 AZR 536/80 – AP LohnFG § 1 Nr. 52, bestätigt in BAG, 7.8.1991 – 5 AZR 410/90 – AP LohnFG § 1 Nr. 94. Alkoholabhängigkeit ist allerdings kein genereller Entschuldigungsgrund: BAG, 30.3.1988 – 5 AZR 42/87 – AP LohnFG § 1 Nr. 77. Das Weiterräumen eines Herzinfarktpatienten begründet ebenfalls kein Verschulden: aM. LAG Frankfurt, 15.8.1983 – 1 Sa 432/83 – BB 1984, 1098.

90 So zur Vorgängervorschrift des § 1 Abs. 2 LohnFG BVerfG, 18.10.1989 – 1 BvR 1013/89 – AP LohnFG § 1 Nr. 84a; BAG, 5.4.1989 – 5 AZR 495/87 – AP LohnFG § 1 Nr. 84; anders ArbG Iserlohn, 16.1.1987 – 3 Ca 1083/86 – AP LohnFG § 1 Nr. 70.

91 BAG, 6.8.1986 – 5 AZR 607/85 – AP LohnFG § 1 Nr. 68.

92 BGBl. 2012 I, S. 1601; dazu *Knorr*, NZA 2012, 1132 ff.

ressenabwägung berücksichtigen, die bei der verhaltens- und der personenbedingten Kündigung von ganz wesentlicher Bedeutung ist. Allerdings würde man damit schon im Rahmen der sozialen Auswahl auf eine einheitliche Abwehrfront stoßen: In der Literatur findet sich bei Autoren unterschiedlichster gesellschaftspolitischer Provenienz durchgehend die Aussage, die Vermögensverhältnisse würden zur Privatsphäre gehören und seien deshalb nicht zu berücksichtigen.⁹³ Auch im Rahmen der Bemessung von Sozialplanleistungen kann sich die Frage stellen, ob kraft Vermögens »wohl versorgte« Arbeitnehmer dieselbe Abfindung wie andere brauchen, die auf Arbeitslosengeld angewiesen sind. Dies kann insbesondere deshalb naheliegen, weil nach § 10 S. 3 Nr. 6 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) die Abfindung bei »rentennahen« Jahrgängen in Richtung auf eine bloße Überbrückungshilfe gemindert und ggf. ganz ausgeschlossen werden kann, da diese Personengruppe durch ihre Rente anderweitig abgesichert sei. Neben der Altersrente können dabei auch andere staatliche Transferleistungen wie eine Teil-Erwerbsunfähigkeitsrente berücksichtigt werden.⁹⁴ Wie steht es nun mit dem Privatvermögen?⁹⁵ Auch hier ist die Antwort negativ; die Trennung zwischen Arbeit und Privatsphäre stehe einer Berücksichtigung entgegen.⁹⁶ Das BAG hat in einer Entscheidung aus dem Jahre 1964 in einem obiter dictum die »gute Vermögenslage« bei der sozialen Auswahl zwar berücksichtigt,⁹⁷ insoweit jedoch keine Unterstützung gefunden und diese Aussage auch später nie wiederholt. Das LAG Köln⁹⁸ hat dagegen ausdrücklich betont, das Privatvermögen des Ehegatten eines Arbeitnehmers müsse unberücksichtigt bleiben.

Ging es bei der Kündigung und bei Sozialplanleistungen in erster Linie um die Berücksichtigung besonders guter Vermögensverhältnisse, so kann in anderen Zusammenhängen eine wirtschaftlich angespannte Lage des Arbeitnehmers von Bedeutung sein. Auch insoweit wird der funktionale Bezug zum Arbeitsverhältnis allerdings eng bestimmt: Im Grundsatz ist schon die Frage nach Schulden und schlechten Vermögensverhältnissen unzulässig, nur bei Vertrauensstellungen mit erheblichen finanziellen Spielräumen soll Abweichendes gelten.⁹⁹ Die frühere abweichende Rechtsprechung¹⁰⁰ findet nicht einmal mehr Erwähnung. Die Situation ändert sich erst, wenn die schlechte finanzielle Lage zu Lohnpfändungen führt. Ob diese in der Vergangenheit schon einmal aufgetreten sind, ist nach Auffassung eines Teils der Lehre eine zulässige Frage,¹⁰¹ während andere den Bewerber vor einer solchen Ausforschung seiner Lebensverhältnisse schüt-

zen wollen.¹⁰² Welche Konsequenzen Pfändungen in einem bestehenden Arbeitsverhältnis haben, ist kein Problem der Abgrenzung von Privatsphäre und Arbeitsverhältnis mehr, da letzteres unmittelbar betroffen ist.¹⁰³

(4). Die Pflicht zur Förderung des Heilungsprozesses bei Krankheit

Ein Bezug zum Arbeitsverhältnis wird in anderen Zusammenhängen von der Rechtsprechung sehr viel schneller angenommen. Ist ein Arbeitnehmer einmal erkrankt, muss er ein »genesungsförderndes Verhalten« praktizieren. Auch im persönlichen Bereich muss er alles tun, um seine Arbeitsfähigkeit wiederherzustellen; ihn treffen insoweit höhere, die private Lebensführung betreffende Sorgfaltspflichten als einen Gesunden.¹⁰⁴ Verlängert sich die Arbeitsunfähigkeit, weil sich der Arbeitnehmer offensichtlich über einen ärztlichen Rat hinweggesetzt hat, so liegt Verschulden vor, das für die zusätzliche Arbeitsunfähigkeitszeit die Entgeltfortzahlung ausschließt.¹⁰⁵ Im Einzelfall kann sogar (meist nach vorheriger Abmahnung) eine Kündigung in Betracht

93 *Hergenröder*, in: Sacker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, 6. Aufl., München 2012, § 1 KSchG Rn. 363; *M. Schubert* (Fn. 17), § 1 KSchG Rn. 578; *Oetker* (Rn. 27), § 1 KSchG Rn. 336 aE.; *KR-Griebeling* (Fn. 29), § 1 KSchG Rn. 678n ua.

94 *Besgen*, BB 2007, 218; ähnlich *Brors*, in: Däubler/Bertzbach (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 3. Aufl., Baden-Baden 2013, § 10 Rn. 108.

95 Die Frage wird auch in Bezug auf eine Erbschaft aufgeworfen bei *Besgen*, BB 2007, 218.

96 *Däubler*, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Hrsg.), BetrVG, 14. Aufl., Frankfurt am Main 2014, §§ 112, 112a, Rn. 101a; die anderen Kommentare scheinen das Problem nicht zu behandeln.

97 BAG, 26.6.1964 – 2 AZR 373/63 – AP KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 15.

98 LAG Köln, 3.5.2000 – 2 Sa 272/00 – LAGE KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 33.

99 *Däubler* (Fn. 24), Rn. 50a; *Hergenröder* (Fn. 93), § 611 Rn. 619; *Klebe* (Fn. 96), § 94 Rn. 19; *H. P. Moritz*, NZA 1987, 329, 333; *GK-Raab* (Fn. 26), § 94 Rn. 42; *Schaub-Linck* (Fn. 25), § 26 Rn. 34; *Thüsing* (Fn. 26), § 123 Rn. 10.

100 Oben Fn. 41.

101 *Müller-Glöge* (Fn. 93), § 611 Rn. 619; *Thüsing* (Fn. 26), § 123 BGB Rn. 10.

102 *Klebe* (Fn. 96), § 94 Rn. 19; *Becker* (Fn. 16), § 19 Rn. 38 (generell unzulässig); *Schaub-Linck* (Fn. 25), § 26 Rn. 26; *GK-Raab* (Fn. 26), § 94 Rn. 42; *H. P. Moritz*, NZA 1987, 329, 333 (allenfalls bei Personen in Vertrauensstellungen).

103 Für Kündigungsmöglichkeit des Arbeitgebers BAG, 4.11.1981 – 7 AZR 264/79 – AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 4; dahingestellt in BAG, 15.10.1992 – 2 AZR 188/92 – EZA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 45; kritisch *Däubler* (Fn. 39), § 1 KSchG Rn. 256. Gegen eine Kostenabwälzung auf den Arbeitnehmer BAG, 18.7.2006 – 1 AZR 578/05 – NZA 2007, 462; ebenso BGH, 19.10.1999 – XI ZR 8/99 – NJW 2000, 651 für das Verhältnis einer Bank zu einem Kunden.

104 BAG, 21.1.1976 – 5 AZR 593/74 – AP LohnFG § 1 Nr. 39; *Reinhard* (Fn. 27), § 3 EFZG Rn. 31.

105 Vgl. BAG, 7.11.1985 – 6 AZR 626/84 – AP BUrlG § 7 Abgeltung Nr. 25: Übertretung des ärztlichen Rauchverbots bei schwerer Herzerkrankung.

kommen.¹⁰⁶ Der erkrankte Arbeitnehmer ist aber nicht verpflichtet, bei mehreren in Betracht kommenden Therapien diejenige zu wählen, die am schnellsten zum Erfolg zu führen verspricht;¹⁰⁷ hier bleibt ein Stück Höchstpersönlichkeit bestehen. Erlaubte Nebentätigkeiten sind während der Krankheit nur noch insoweit zulässig, als sie den Heilungsprozess nicht beeinträchtigen. Wer ein Bein gebrochen hat und deshalb seine Tätigkeit als Kraftfahrer nicht ausüben kann, ist nicht daran gehindert, per Telefon Aufträge zu vermitteln oder sich ins Fußballstadion fahren zu lassen. Hilft der Erkrankte während einiger Tage einem Freund bei der Wohnungsrenovierung, so ist die Pflicht zu »genesungsförderndem« Verhalten verletzt, doch wiegt dies nach der Rechtsprechung nicht so schwer, dass ohne Abmahnung gleich gekündigt werden könnte.¹⁰⁸ Anders verhält es sich dann, wenn der Arbeitnehmer auf Skiurlaub nach Zermatt fährt, und es sich zudem um einen Mitarbeiter des Medizinischen Dienstes der Krankenkassen handelt, der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen auf ihre Richtigkeit kontrollieren soll.¹⁰⁹ Weiter muss der Arbeitnehmer mit einer Kündigung rechnen, wenn er sich während seiner Krankheit als Linienrichter in einem Fußballspiel betätigt.¹¹⁰ Auch ein mehrstündiger Besuch im Spielcasino bei längerer Hin- und Rückfahrt kann ihm zum Verhängnis werden.¹¹¹ Erst recht ist die Übernahme einer Erwerbstätigkeit bei einem anderen Arbeitgeber ein schwerer Pflichtverstoß, sofern es sich um eine ähnliche Tätigkeit wie die bisher beim Arbeitgeber ausgeübte handelte oder jedenfalls der Heilungsprozess verlangsamt wurde.¹¹²

Ohne dass dies ausdrücklich angesprochen würde, kann man davon ausgehen, dass die verstärkte Einbeziehung des persönlichen Lebens in den arbeitsvertraglichen Pflichtenkreis eine Art »Gegenleistung« dafür darstellt, dass das Entgelt fortbezahlt wird, ohne dass es darauf ankäme, welche Umstände für den Ausbruch der Krankheit maßgebend waren – vom groben Verstoß gegen die eigenen Interessen einmal abgesehen. Der Arbeitgeber übernimmt gewissermaßen einen Teil des Lebensrisikos des Arbeitnehmers; dieser muss sich dafür in seinem (Privat-)Leben größere Einschränkungen gefallen lassen. Dem kann man rechtspolitisch durchaus einiges abgewinnen.

(5). Pflicht, den Arbeitgeber nicht in der Öffentlichkeit zu kritisieren

Darf der Arbeitnehmer den Arbeitgeber in der Öffentlichkeit kritisieren? Geht es um eine allgemeine politische Aus-

einandersetzung, so sind rechtlich keinerlei Bedenken ersichtlich; Art. 5 Abs. 1 GG kommt in vollem Umfang zur Geltung. Faktisch sind – abhängig von den jeweiligen Umständen – Nachteile für den Arbeitnehmer nicht auszuschließen, dessen Karriere ggf. einen »Knick« erleidet. Rechtsprobleme stellen sich dann, wenn ein betrieblicher Bezug besteht. Kritik an den betrieblichen Verhältnissen kann geschäftsschädigend sein. Dies gilt insbesondere (aber nicht nur) dann, wenn betriebliche Missstände aufgedeckt und den Behörden oder der Öffentlichkeit gegenüber namhaft gemacht werden; der »whistleblower«, der solches tut, sieht sich in besonderem Maße möglichen Sanktionen ausgesetzt.

Die frühere Rechtsprechung des BAG¹¹³ hatte über das selbstverständliche Verbot der Beleidigung hinaus die »Grundregeln über das Arbeitsverhältnis« als weitere Schranke der Meinungsfreiheit angenommen.¹¹⁴ Danach sollte der Arbeitnehmer verpflichtet sein, bei seinen Äußerungen den Interessen des Arbeitgebers nicht zuwiderzuhandeln oder diese zu beeinträchtigen. Eine Meinungsäußerung, durch die diese Pflicht verletzt und dadurch das Arbeitsverhältnis »konkret berührt« werde, sei deshalb nicht mehr durch Art. 5 Abs. 1 GG gedeckt und könne zum Anlass für eine Kündigung genommen werden.¹¹⁵ Da das BAG diese Voraussetzungen schon dann annahm, wenn lediglich der »Stand« des Arbeitgebers angegriffen wurde, war damit jeder freien Meinungsäußerung von Arbeitnehmern eine umfassende Grenze gezogen.

In neuerer Zeit hat diese Position vorwiegend Kritik erfahren.¹¹⁶ Die Rechtsprechung hat ihre Position stillschweigend revidiert. Nunmehr lautet die Frage, ob der Arbeitnehmer kraft einer aus § 241 Abs. 2 und § 242 BGB

¹⁰⁶ KR-Griebeling (oben Fn. 29) § 1 KSchG Rn 481, insbesondere nicht bei geringfügigen Verstößen.

¹⁰⁷ KR-Griebeling § 1 KSchG Rn 481.

¹⁰⁸ LAG Köln, 9.10.1998 – 11 Sa 400/98 – LAGE KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 73.

¹⁰⁹ BAG, 2.3.2006 – 2 AZR 53/05 – AP BGB § 626 Krankheit Nr. 14.

¹¹⁰ LAG Niedersachsen, 1.9.1983 – 11 Sa 20/83 – BB 1984, 1233.

¹¹¹ LAG Hamm, 11.5.1982 – 13 Sa 85/82 – DB 1983, 235.

¹¹² Vgl. BAG, 26.8.1993 – 2 AZR 154/93 – AP BGB § 626 Nr. 112.

¹¹³ Insbesondere BAG, 28.9.1972 – 2 AZR 469/71 – AP § 134 BGB Nr. 2.

¹¹⁴ Ebenso BAG, 13.10.1977 – 2 AZR 387/76 – AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 1.

¹¹⁵ BAG, 28.9.1972 – 2 AZR 469/71 – AP BGB § 134 Nr. 2.

¹¹⁶ S. zuletzt Däubler, Gewerkschaftsrechte im Betrieb, 11. Aufl., Baden-Baden 2010, Rn. 567; ErfK-Dieterich (Fn. 27), Art. 5 GG Rn. 32; Preis/Stoffels, RdA 1996, 210 ff.

folgenden Nebenpflicht gehalten ist, auf bestimmte Äußerungen im Interesse des Arbeitgebers zu verzichten.¹¹⁷ Insofern ist zu differenzieren, wobei typischerweise politische Meinungsäußerungen und Kritik am Arbeitgeber der »Stein des Anstoßes« sind.

Droht ein Arbeitnehmer damit, den Arbeitgeber in der Öffentlichkeit oder bei Behörden der Wahrheit zuwider »anzuschwärzen«, so begeht er eine schwere Pflichtverletzung.¹¹⁸ Dasselbe gilt erst recht, wenn er diese Absicht effektiv umsetzt und in einer Strafanzeige bewusst die Unwahrheit sagt.¹¹⁹ Einen Fall aus dem nicht ganz alltäglichen Leben hatte das LAG Bremen¹²⁰ zu entscheiden: Ein angestellter Taxifahrer fuhr seinen Arbeitgeber und alarmierte per Notruf die Polizei, weil dieser ihn bedrohe. Aufgrund seiner aus der Luft gegriffenen Beschuldigungen nahm die Polizei den Arbeitgeber vorläufig fest. Über Funk verkündete der Arbeitnehmer: »Ich habe den Arbeitgeber verhaften lassen«. In Fällen dieser Art wird eine fristlose Kündigung durch den Arbeitgeber vor Gericht mit Sicherheit Bestand haben. Auch leichtfertig erhobene Anschuldigungen stellen eine schwere Pflichtverletzung dar.¹²¹ Der Arbeitnehmer muss sorgfältig prüfen, ob die Informationen zutreffen und aus zuverlässiger Quelle stammen.¹²² Hat er dies getan, erweisen sich die Vorwürfe gleichwohl aber später als unzutreffend, so liegt kein »leichtfertiges« Verhalten vor; der Arbeitnehmer muss keine (legalen) Sanktionen befürchten.¹²³ Schon objektiv keine Pflichtverletzung stellt es dar, wenn der Arbeitnehmer durch eine Anfrage bei einer Behörde eine Sachfrage klären möchte und dabei den Namen seiner Dienststelle nicht nennt, diese also nicht in »Verruf« bringt.¹²⁴

Problematisch und viel diskutiert ist der Fall, dass der Arbeitgeber tatsächlich gegen strafrechtliche oder andere im öffentlichen Interesse bestehende Normen verstoßen hat und der Arbeitnehmer dies durch Einschaltung von Behörden oder Presse korrigieren will. Die ältere Rspr.¹²⁵ hat einen wenig überzeugenden Standpunkt eingenommen und selbst dann das Vorliegen eines »wichtigen Grundes« für eine fristlose Kündigung bejaht, wenn nur höchst zweifelhafte Möglichkeiten zur innerbetrieblichen Abhilfe vorhanden waren. Die neuere Rechtsprechung der Instanzgerichte verfolgt seit Jahren eine sehr viel aufgeschlossener Linie. Weiß etwa der Arbeitnehmer, dass lebensmittelrechtliche Vorschriften nicht beachtet wurden und dass dies mit der Geschäftsleitung abgesprochen ist, so kann er die zuständige Behörde (Wirtschaftskontrolldienst) einschalten, ohne damit eine Pflichtverletzung zu begehen.¹²⁶

Einem Fahrer ist es erlaubt, sein Fahrzeug von der Polizei auf Fahrtüchtigkeit hin untersuchen zu lassen, wenn der Arbeitgeber zuvor geäußerten Beschwerden des Arbeitnehmers keinerlei Bedeutung beigemessen hatte.¹²⁷ Wer in eine Steuerstraftat seines Arbeitgebers mitverwickelt ist, kann der Bestrafung dadurch entgehen, dass er eine Anzeige erstattet; dies wird als nicht pflichtwidrig angesehen, wenn kein anderer Weg zur Verfügung steht.¹²⁸ Schließlich hat das LAG Frankfurt/Main¹²⁹ auf das Petitionsrecht nach Art. 17 GG verwiesen, das dem Einzelnen das Recht gibt, Behörden auf Missstände aufmerksam zu machen.

Nach der Rspr. des BVerfG¹³⁰ ist die Erstattung einer (nicht leichtfertigen) Strafanzeige ein staatsbürgerliches Recht, das nicht zu Nachteilen im Arbeitsverhältnis, erst recht nicht zu einer Kündigung führen darf. Diese ist auch dann ausgeschlossen, wenn sich die Vorwürfe nicht aufklären lassen.¹³¹ Zeugenaussagen, die den Arbeitgeber oder einen Vorgesetzten belasten, stellen ebenfalls keine Pflichtverletzung dar.¹³² Die neuere Rechtsprechung der Instanzgerichte hat also höchstrichterliche Bestätigung erfahren.¹³³

117 BAG, 10.12.2009 – 2 AZR 534/08 – AP BGB § 626 Nr. 226; BAG, 24.11.2005 – 2 AZR 584/04 – AP BGB § 626 Nr. 198, Tz 22 ff.; BAG, 12.1.2006 – 2 AZR 21/05 – AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 53, Tz. 46.

118 LAG Köln, 10.6.1994 – 13 Sa 237/94 – LAGE BGB § 626 Nr. 78.

119 LAG Köln, 2.2.2012 – 6 Sa 304/11 – NZA-RR 2012, 298.

120 LAG Bremen, 17.7.2003 – 3 Sa 275/02 – NZA-RR 2004, 128.

121 LAG Düsseldorf, 17.1.2002 – 11 Sa 1422/01 – LAGE BGB § 626 Nr. 138; Hessisches LAG, 27.11.2001 – 15 Sa 411/01 – LAGE KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 79. Beispiel bei LAG Hamm, 28.11.2003 – 10 Sa 1036/03 – NZA-RR 2004, 475: Geschäftsführer habe einen »Mordauftrag« erteilt.

122 EGMR, 21.7.2011 – 28274/08 – EzA BGB 2002 § 626 Anzeige gegen Arbeitgeber Nr. 1 (*Heinisch*).

123 EGMR, 21.7.2011 – 28274/08 – EzA BGB 2002 § 626 Anzeige gegen Arbeitgeber Nr. 1 (*Heinisch*).

124 KHG-EKD Hannover, 18.7.2011 – II-0124/S33-10 – NZA-RR 2012, 81.

125 BAG, 5.2.1959 – 2 AZR 60/56 – AP HGB § 70 Nr. 2; LAG Baden-Württemberg, 20.10.1976 – 6 Sa 51/76 – KJ 1979, 323 mit Anm. Jantzen = EzA § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 8.

126 LAG Baden-Württemberg, 3.2.1987 – 7 (13) Sa 95/86 – NZA 1987, 756.

127 LAG Köln, 13.2.1996 – 11 (13) Sa 976/95 – LAGE BGB § 626 Nr. 94; s. auch BAG AP KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 8.

128 LAG Hamm, 12.11.1990 – 19 (16) Sa 6/90 – LAGE BGB § 626 Nr. 54.

129 Hessisches LAG, 12.2.1987 – 12 Sa 1249/86 – LAGE BGB § 626 Nr. 28.

130 BVerfG, 2.7.2001 – 1 BvR 2049/00 – AP BGB § 626 Nr. 170.

131 BAG, 7.12.2006 – 2 AZR 400/05 – AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 55; LAG Düsseldorf, 17.1.2002 – 11 Sa 1422/01 – LAGE BGB § 626 Nr. 138; Hessisches LAG, 27.11.2001 – 15 Sa 411/01 – LAGE KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 79.

132 BVerfG (Fn. 130).

133 Vgl. *Fischermeier* (Fn. 29), § 626 BGB Rn. 408.

Im Einzelfall kann der Arbeitnehmer sogar verpflichtet sein, die Mitwirkung an strafbaren Handlungen zu unterlassen und die zuständigen Behörden einzuschalten. Dies ist sicherlich in den Fällen des § 138 StGB zu bejahen, wo die Nichtanzeige von (Kapital-)Verbrechen mit Strafe bedroht ist. Das LAG Köln¹³⁴ hat auch im Falle einer illegalen Müllverklippung eine Pflicht zur Verweigerung der Mitwirkung erwogen, jedoch im Ergebnis angesichts der konkreten Umstände eine schuldhaftige Pflichtverletzung verneint. Im Einzelfall kann es geboten und sinnvoll sein, sich an den Betriebsrat zu wenden oder eine anonyme Anzeige zu erstatten. Angesichts der Unsicherheit, die in Bezug auf die Einschaltung von Behörden noch immer besteht, kann der Arbeitnehmer – von Extremfällen wie denen des § 138 StGB einmal abgesehen – nicht verpflichtet sein, durch einen »Gang nach draußen« seinen Arbeitsplatz in Gefahr zu bringen.

(6). Pflichten in Tendenzbetrieben

Über den Normalfall hinausgehende Pflichten treffen auch Beschäftigte, die bei einem Tendenzbetrieb tätig sind. Zwar haben auch sie Anspruch auf Schutz ihrer Privatsphäre und dürfen deshalb unter Freunden auch »tendenzwidrige« Meinungen äußern. Bei öffentlichem Auftreten muss sich der Einzelne jedoch an bestimmte Regeln halten und darf beispielsweise als Geschäftsführer einer Partei nicht deren Programm oder deren führende Repräsentanten angreifen. Berichtet ein Presseunternehmen über die Person eines bei ihm beschäftigten Journalisten, so muss bei der Gegendarstellung Rücksicht auf die Tendenz des Arbeitgebers genommen werden.¹³⁵ Wichtig ist, dass solche zusätzlichen Pflichten auf die sog. Tendenzträger beschränkt sind. Nur sie, nicht aber die mit tendenzneutralen Aufgaben Betrauten sind zu erhöhter Loyalität verpflichtet. Zu ihnen gehören zB. Redakteure. Unterläuft ihnen ein »Ausrutscher«, ist zunächst eine Abmahnung auszusprechen.¹³⁶ Ihr Familienleben berührt auch dann nicht das Arbeitsverhältnis, wenn andere Presseorgane darüber berichten.¹³⁷ Weiter besteht keine Verpflichtung, dem Arbeitgeber Einblick in staatsanwaltschaftliche Ermittlungsakten zu geben, die den Privatbereich betreffen.

(7). Pflichten kirchlicher Arbeitnehmer

Besonders stark greifen arbeitsvertragliche Nebenpflichten in die Privatsphäre bei kirchlichen Mitarbeitern ein. Nach der Rechtsprechung muss sich der Einzelne auch in seinem Privatleben grundsätzlich an kirchlichen Geboten orientieren. Verletzt er sie, kommt eine Kündigung in Betracht.

So konnte die katholische Leiterin eines katholischen Pfarrkindergartens nach Auffassung des BAG¹³⁸ gekündigt werden, weil sie einen geschiedenen Mann geheiratet und sich damit über den kirchenrechtlichen Grundsatz der Unauflöslichkeit der Ehe hinweggesetzt hatte. Dasselbe gilt erst recht bei eigener Scheidung und Wiederverheiratung sowie bei einer länger dauernden ehebrecherischen Beziehung im Sinne des staatlichen Rechts.¹³⁹ Die homosexuelle Veranlagung eines beim Diakonischen Werk beschäftigten Konfliktberaters ist als solche kein Kündigungsgrund, wohl aber »praktizierte Homosexualität«; nach entsprechender Abmahnung sei deshalb jedenfalls eine ordentliche Kündigung möglich.¹⁴⁰ Das BVerfG hat diese Grundsätze im Jahre 1985 sogar noch in der Weise erweitert, dass die Kirche selbst entscheide, was sie unter der »Verwirklichung der Dienstgemeinschaft« versteht, welche Pflichten sie also ihren Beschäftigten auferlegen wolle.¹⁴¹ Eine Grenze findet diese Befugnis nur im staatlichen *ordre public*.

Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG steht das kirchliche Selbstbestimmungsrecht nicht nur der Kirche als solcher, sondern auch allen Einrichtungen zu, die dieser in bestimmter Weise zugeordnet und die dazu berufen sind, »ein Stück Auftrag der Kirche in dieser Welt wahrzunehmen und zu erfüllen«.¹⁴² Dies betrifft insbesondere Caritas und Diakonisches Werk. Auf die Rechtsform kommt es nicht an. Maßgebend sind ein ausreichender kirchlicher Einfluss sowie eine Prägung durch religiöse Grundanforderungen, wie sie sich insbesondere in der Sorge für Kranke und in der Erziehung und Ausbildung niederschlagen.¹⁴³

In der Gegenwart stehen kirchliche Einrichtungen unter massivem Kostendruck. Immer häufiger gibt es des-

134 LAG Köln, 29.4.1999 – 10 (8) Sa 1265/98 – AiB 2000, 176 mit Anm. U. Mayer.

135 Zu einem solchen Fall s. BAG, 23.10.2008 – 2 AZR 483/07 – AP BGB § 626 Nr. 218; *Fischermeier* (Fn. 29), § 626 BGB Rn. 121.

136 LAG Sachsen-Anhalt, 9.7.2002 – 8 Sa 40/02 – NZA-RR 2003, 244.

137 BAG, 23.10.2008 – 2 AZR 483/07 – NZA-RR 2009, 362.

138 BAG, 25.4.1978 – 1 AZR 70/76 – AP GG Art 140 Nr. 2 ; aA. LAG Saarbrücken, 29.10.1975 – 2 Sa 51/75 – NJW 1976, 645 als Vorinstanz.

139 LAG Düsseldorf, 13.8.1998 – 7 Sa 425/98 – LAGE BGB § 611 Kirchliche Arbeitnehmer Nr. 9.

140 BAG, 30.6.1983 – 2 AZR 524/81 – AP GG Art 140 Nr. 15.

141 BVerfG, 4.6.1985 – 2 BvR 1703/83, 2 BvR 1718/83, 2 BvR 856/84 – AP GG Art. 140 Nr. 24.

142 BVerfG, 11.10.1977 – 2 BvR 209/76 – AP GG Art. 140 Nr. 1; ähnlich BVerfG, 25.3.1980 – 2 BvR 208/76 – AP GG Art. 140 Nr. 6 ; BVerfG, 4.6.1985 – 2 BvR 1703/83, 2 BvR 1718/83, 2 BvR 856/84 – AP GG Art. 140 Nr. 24.

143 BVerfG, 17.2.1981 – 2 BvR 384/78 – AP GG Art. 140 Nr. 9.

halb den Versuch, bestimmte standardisierte Dienstleistungen auszugliedern und an selbständige Firmen zu vergeben. Auch wenn diese in kirchlichem Mehrheitsbesitz bleiben – ihre Aufgabenerfüllung ist nicht mehr kirchlich geprägt, die Dienste (zB. Gebäudereinigung) werden zum Teil in gleicher Weise auch anderen Nachfragern gegenüber erbracht. Konsequenterweise finden die spezifischen kirchenarbeitsrechtlichen Grundsätze in diesem Bereich keine Anwendung mehr.¹⁴⁴ Außerdem sind auch die »Kerneinrichtungen« in der Gefahr, sich nur noch an wirtschaftlicher Effizienz, aber nicht mehr am kirchlichen Auftrag zu orientieren, der primär Zuwendung zum Nächsten verlangt.¹⁴⁵ Insoweit kann man von einer schleichenden Säkularisierung sprechen.

Die am kirchlichen Charakter von Einrichtungen ausgerichteten Rechtsgrundsätze verlieren durch diese Entwicklung immer mehr an Legitimität. Dazu kommt, dass auch in der Bevölkerung die Bindung an die Kirchen und die Akzeptanz ihrer Glaubenssätze zurückgeht. Es verwundert daher nicht, dass in jüngerer Zeit der Versuch unternommen wird, die kirchliche Autonomie bei der Bestimmung von Arbeitnehmerpflichten einzuschränken und der kirchlichen Allmacht die Grundrechte der Beschäftigten entgegen zu setzen. Dies wird dadurch entscheidend erleichtert, dass zwei Kammer-Entscheidungen des BVerfG den Beschluss vom 4.6.1985¹⁴⁶ so interpretieren, dass er sich für eine Abwägung zwischen kirchlichem Selbstbestimmungsrecht und den Grundrechten der Beschäftigten ausgesprochen habe.¹⁴⁷ Nach zutreffender Auffassung des LAG Rheinland-Pfalz¹⁴⁸ muss daher das kirchliche Selbstbestimmungsrecht unter Umständen hinter den Schutz von Ehe und Familie nach Art. 6 Abs. 1 GG zurücktreten¹⁴⁹ und die Kündigung Schwangerer an Art. 6 Abs. 4 GG scheitern.¹⁵⁰ Das ArbG Lörrach¹⁵¹ hat darüber hinaus in erfreulicher Deutlichkeit festgestellt, das kirchliche Verbot homosexueller Betätigung sei wegen Verstoßes gegen die guten Sitten und den ordre public für das staatliche Recht und damit auch im Kündigungsschutzverfahren unbeachtlich. Das ArbG Berlin¹⁵² hat eine konsequente Trennung zwischen der Tätigkeit für den kirchlichen Arbeitgeber und der Privatsphäre vorgenommen: Einem bei einer Einrichtung des Diakonischen Werks beschäftigten Krankenpfleger, der sich in einer Talkshow zu sadomasochistischen Sexualpraktiken bekannt hatte, durfte nicht gekündigt werden, weil nicht zu befürchten sei, es könne im Verhältnis zu Patienten zu »Distanzverletzungen« kommen. In den alten Bahnen bewegte sich demgegenüber

das BAG, als es die Praktizierung einer sog. homologen Insemination (künstliche Befruchtung zwischen Ehegatten) durch einen Chefarzt grundsätzlich als »wichtigen Grund« wertete¹⁵³ und dasselbe beim Ehebruch eines führenden Mitarbeiters der Kirche der Mormonen annahm.¹⁵⁴ Das LAG Rheinland-Pfalz¹⁵⁵ ließ den Kirchenaustritt als Kündigungsgrund genügen, stellte dabei jedoch nachdrücklich auf die Teilhabe am Verkündigungsauftrag der Kirche ab, würde also bei einer nicht nach außen in Erscheinung tretenden Tätigkeit vermutlich anders entscheiden. Für eine Differenzierung hat sich auch der VGH Mannheim¹⁵⁶ im Zusammenhang mit der staatlichen Zustimmung zur Kündigung eines schwerbehinderten Menschen ausgesprochen: Lediglich beim Kirchenaustritt eines leitenden Mitarbeiters müsse das Integrationsamt wegen einer solchen Loyalitätsverletzung die Zustimmung zur Kündigung erteilen, in anderen Fällen nicht.

Die BAG-Rechtsprechung steht angesichts dieser Entwicklungen auf dem Prüfstand. In jüngster Zeit hat das Gericht zwar weiterhin einen schweren Loyalitätsverstoß angenommen, als der geschiedene Chefarzt eines katholischen Krankenhauses eine zweite Ehe einging. Gleichzeitig hat es jedoch die Wirksamkeit der Kündigung daran scheitern lassen, dass das Krankenhaus auch Nicht-Katholiken einstelle (bei denen ein entsprechendes Verhalten keine Probleme aufgeworfen hätte) und außerdem über das Zusammenleben des Chefarztes mit seiner künftigen Ehefrau informiert gewesen sei, ohne dies irgendwie zu beanstanden.¹⁵⁷ Die Interessenabwägung fiel also zugunsten des

144 Richardi, FS Listl, 1999, S. 482 ff., der von der »Preisgabe kirchlicher Einrichtungen« spricht; Thüsing, ZTR 2002, 59.

145 Dazu Däubler, RdA 2003, 204 ff.

146 BVerfG 4.6.1985 – 2 BvR 1703/83, 2 BvR 1718/83, 2 BvR 856/84. – AP GG Art. 140 Nr. 24.

147 BVerfG, 31.1.2001 – 1 BvR 619/92 – NZA 2001, 717; BVerfG, 7.3.2002 – 1 BvR 1962/01 – NZA 2002, 609.

148 LAG Rheinland-Pfalz, 12.9.1991 – 4 Sa 72/91 – LAGE BGB § 611 Kirchliche Arbeitnehmer Nr. 6.

149 Ebenso Rust, BB 1992, 775 und grundsätzlich auch Vogler, RdA 1993, 257.

150 Rust, BB 1992, 77 ff.

151 AuR 1993, 151; ähnlich LAG Baden-Württemberg, 24.6.1993 – 11 Sa 39/93 – NZA 1994, 416.

152 ArbG Berlin, 7.7.1999 – 36 Ca 30545/98 – LAGE BGB § 611 Kirchliche Arbeitnehmer Nr. 11.

153 BAG, 7.10.1993 – 2 AZR 226/93 – AP BGB § 626 Nr. 114.

154 BAG, 24.4.1997 – 2 AZR 268/96 – AP BGB § 611 Kirchendienst Nr. 27.

155 LAG Rheinland-Pfalz, 9.1.1997 – 11 Sa 428/96 – NZA 1998, 149.

156 VGH Mannheim, 26.5.2003 – 9 S 1077/02 – NZA-RR 2003, 629.

157 BAG, 8.9.2011 – 2 AZR 543/10 – AP KSchG 1969 § 1 Nr. 92.

Arbeitnehmers aus, womit zugleich den Anforderungen des EGMR¹⁵⁸ Rechnung getragen wurde.¹⁵⁹ Im Gegensatz dazu wurde die Kündigung eines Sozialpädagogen bestätigt, der aus der katholischen Kirche ausgetreten war: Obwohl er in einer Kinderbetreuungsstätte tätig war, wo keine religiösen Inhalte vermittelt wurden, habe es sich nach kirchlichem Selbstverständnis um einen »Dienst am Menschen« und damit um einen »verkündungsnahen Bereich« gehandelt. Die Kirche könne nicht gezwungen werden, in diesem Bereich einen Menschen weiter zu beschäftigen, der sich insgesamt von ihr abgewandt habe.¹⁶⁰

Die spezifischen Pflichten, die traditionellerweise die kirchlichen Mitarbeiter treffen, bestehen im Grundsatz in der Gegenwart weiter. Ihr Anwendungsbereich geht tendenziell zurück. Inhaltlich werden sie immer mehr in Frage gestellt, wobei sich dies nicht auf den Kirchenaustritt als Kündigungsgrund bezieht.

(8). Pflichten aus Sicherheitsgründen

Wer in »sicherheitsempfindlichen Bereichen« wie beispielsweise auf Flughäfen tätig ist, muss sich ggf. eine Sicherheitsüberprüfung gefallen lassen. Sie erstreckt sich auch auf die private Lebensführung, weil sich dort Indizien zeigen könnten, ob der Betroffene Geld aus dunklen Quellen erhält oder ob er erpressbar ist und deshalb ein Sicherheitsrisiko darstellt. Wer seinen Arbeitsplatz nicht in Gefahr bringen möchte, wird daher auch im Privatleben »angepasste« Verhaltensweisen vermeiden. Einzelheiten sind in dieser Zeitschrift bereits dargestellt worden.¹⁶¹

III. Werden die Ausnahmen zur Regel?

1. Entgrenzung der Arbeitszeit?

Die durchschnittliche tarifliche Wochenarbeitszeit beträgt seit 1995 in den alten Bundesländern konstant 37,5 Stunden, während sie in den neuen Bundesländern bei 38,6 Stunden liegt.¹⁶² Die tatsächliche Arbeitszeit vollzeitbeschäftigter Männer betrug im Jahre 2012 dagegen 44,2 Stunden, die von vollzeitbeschäftigten Frauen 42,1 Stunden im Wochen-durchschnitt.¹⁶³ Unterstellt man einen Mittelwert von gut 43 Stunden, wird die tarifliche Wochenarbeitszeit um mehr als 5 Stunden überschritten. Die Forderung nach einer realen 35-Stunden-Woche ist in weite Ferne gerückt; der Markt hat sich vorläufig als stärker erwiesen.

Die genannten Durchschnittswerte bewegen sich im Rahmen des ArbZG. Von genereller »Entgrenzung« zu sprechen wirkt daher dramatisierend. Sollte die alte Erkenntnis wirklich verloren gegangen sein, dass eine allzu lange Arbeitszeit nicht nur der Gesundheit schadet, sondern auch die Produktivität beeinträchtigt?¹⁶⁴ Aus den genannten Zahlen lässt sich dies jedenfalls nicht ableiten.

Was im Grundsatz zutrifft, muss nicht in jedem Einzelfall stimmen. Problematisch erscheint insbesondere die sog. Vertrauensarbeitszeit, bei der Dauer und Lage der Arbeitszeit voll in das Ermessen des Arbeitnehmers gestellt sind. Der Arbeitseinsatz wird allein durch inhaltliche Vorgaben gesteuert. Sie können jedoch häufig in der »Normalarbeitszeit« von 40 Stunden nicht bewältigt werden. Dahinter steht das Bedürfnis des Arbeitgebers, möglichst viel »Leistung« für die gezahlte Vergütung zu bekommen, was im internationalen Wettbewerb angesichts der vergleichsweise hohen deutschen Stundenlöhne besonders nahe liegt. Bisweilen dürfte auch eine Fehleinschätzung einzelner Arbeitnehmer eine Rolle spielen: Bei der Festlegung des Pensums geht man automatisch von störungsfreiem Arbeiten aus, das es in dieser Form nur ausnahmsweise in der Realität gibt.¹⁶⁵ Die Folge sind lange Arbeitszeiten, die bis auf 70 oder 80 Stunden in der Woche ansteigen können. Dadurch geraten die Betroffenen in Widerspruch zum ArbZG. Jede Überschreitung des Acht-Stunden-Tags ist nach § 16 Abs. 2 ArbZG zu dokumentieren, innerhalb von 6 Monaten oder 24 Wochen darf der Durchschnitt von 48 Stunden pro Woche nicht überschritten werden. Auch sind die Pausen nach § 4 zu beachten, ebenso die elfstündige Ruhezeit nach § 5 ArbZG. Aus der Praxis wird berichtet, dass man diesen Widerspruch bestehen lässt und keine Kontrolle stattfindet oder dass dem Arbeitnehmer die

¹⁵⁸ EGMR, 23.9.2010 – 425/03 – NZA 2011, 277 (*Obst*); EGMR, 23.9.2010 – 1620/03 – NZA 2011, 279 (*Schüth*).

¹⁵⁹ Eingehend und mit weiteren Nachweisen *Deinert* (Fn. 39), § 1 KSchG Rn. 179.

¹⁶⁰ BAG, 25.4.2013 – 2 AZR 579/12 – NZA 2013, 1131.

¹⁶¹ *Däubler*, SR 2012, 57 ff.

¹⁶² WSI-Tarifarchiv (Hrsg.), Statistisches Taschenbuch Tarifpolitik, Düsseldorf 2013, Abschnitt 3.4.

¹⁶³ Böckler-Impuls 3/2014, S. 6.

¹⁶⁴ S. den Nachweis oben Fn. 9.

¹⁶⁵ Mit Autoren von Aufsätzen und Büchern macht man immer wieder die Erfahrung, dass sie guten Gewissens einen bestimmten Termin zusagen, ihn dann aber doch nicht einhalten. Bisweilen erweckt man als Autor sogar Erstaunen, wenn man pünktlich abliefert. Auch bei studentischen Hausarbeiten steigert sich die tägliche Arbeitszeit enorm, je näher der Abgabetermin rückt. Die menschliche Fähigkeit zur exakten Zeiteinteilung ist ersichtlich beschränkt.

Aufgabe übertragen wird, über seine Arbeit selbst Buch zu führen und seine Arbeitszeit zu dokumentieren; so mancher abendliche Einsatz bleibt dann unerwähnt. Voraussetzung ist, dass das Gehalt nicht vom genauen Umfang der Wochenarbeitszeit abhängig ist, sondern eine fixe Größe darstellt, die ggf. durch einen Bonus auf der Grundlage einer Zielvereinbarung ergänzt wird.¹⁶⁶ Überstundenvergütungen gehören bei dieser Arbeitsform der Vergangenheit an.

Bei anderen Arbeitszeitmodellen kommt es nicht selten zu inoffiziellen Überstunden. Der angestellte Ingenieur verlässt gegen 18 Uhr seinen Arbeitsplatz, stempelt aus, kehrt aber um 19 Uhr wieder an seinen Arbeitsplatz zurück, ohne dass dies im Zeiterfassungssystem sichtbar wäre. Die Ursache kann in einem zu großen Arbeitspensum, aber auch darin liegen, dass er nicht in den Ruf kommen möchte, länger als andere für die Erledigung bestimmter Aufgaben zu benötigen. Das vereinbarte Gehalt umfasst auch die »notwendigen« Überstunden, so dass die unvollständige Deklaration der Arbeitszeit keine finanziellen Konsequenzen hat.

Weiter lässt auch eine generell praktizierte Zeiterfassung in Randbereichen häufig Lücken, die zu nicht »aktenkundig« gemachter Arbeit führen. Der Einzelne hat beispielsweise innerhalb des Fabrik- oder Krankenhausgeländes eine bestimmte Strecke zurückzulegen, bevor er seinen Arbeitsplatz erreicht; erst dort beginnt dann die »wirkliche« Arbeitszeit. Umkleidezeiten sind zwar mittlerweile vom BAG als Arbeitszeit anerkannt,¹⁶⁷ doch ist die Umsetzung dieses Grundsatzes insbesondere dann schwierig, wenn geltende Tarifverträge diese Zeiten ausdrücklich ausklammern. Berichtet wird weiter von dem Fall, dass die Zeiterfassung nur viertelstündlich erfolgt. Wer um 8 Uhr 30 Sekunden den Eingang passiert, wird erst ab 8 Uhr 15 als Arbeitender registriert. Schließlich gibt es Kleinbetriebe, in denen das »länger Dableiben« wegen nicht erledigter Arbeit zur Normalität gehört, ohne dass man dies erfassen und vergüten würde. Es erscheint daher nicht ganz unrealistisch, wenn nach Schätzung des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung auf jede bezahlte Überstunde eine unbezahlte kommt.¹⁶⁸

2. Aufhebung der Trennung von Arbeitsplatz und Wohnung

Die Benutzung von Informationstechnologien macht es möglich, Arbeit von einem beliebigen Ort aus zu verrichten.

Dies führt zu noch gravierenderen Veränderungen als die gelegentliche Nichtbeachtung des ArbZG.

Der erste Schritt in diese Richtung war und ist die Telearbeit, die nach herrschendem Begriffsverständnis durch drei Elemente charakterisiert ist:

- Die Arbeit findet außerhalb der Betriebsstätte des Arbeitgebers statt;
- dies geschieht nicht nur gelegentlich, sondern regelmäßig;
- am dezentralen Arbeitsplatz werden informationstechnische Geräte wie ein (stationärer) PC, ein Laptop usw. benutzt, mit deren Hilfe die Arbeitsergebnisse an den Arbeitgeber übermittelt werden.¹⁶⁹

Dabei haben sich verschiedene Formen etabliert, die durchaus erhebliche faktische Unterschiede aufweisen.

- Am verbreitetsten ist die sog. mobile Telearbeit. Nach einer älteren Untersuchung des Fraunhofer-Instituts für Arbeitswirtschaft und Organisation (IAO) waren schon Mitte der neunziger Jahre etwa 500.000 Beschäftigte in dieser Weise tätig.¹⁷⁰ Dabei handelt es sich idR. um den traditionellen Außendienst, der informationstechnisch »aufgerüstet« wurde¹⁷¹ und der dadurch effizienter und leichter kontrollierbar werden soll.
- Zweitwichtigste Form ist die sog. alternierende Telearbeit, die darin besteht, dass ein Teil der Arbeitszeit im Betrieb, ein anderer auf dem »Außenposten« wie zB. in der Wohnung verbracht wird. Die Fraunhofer-Studie bezifferte die Zahl der auf diese Weise Tätigen mit ca. 350.000.¹⁷² Auch hier liegt das Neue mehr im Gebrauch moderner Technik als in der Arbeitsform als solcher. Ähnliche Erscheinungen gibt es schon lange. Zwar vergleicht man Richter und Professoren nur selten mit gewöhnlichen Arbeitnehmern (warum eigentlich?),

¹⁶⁶ Zur Entkoppelung der Arbeitszeit vom Arbeitsentgelt s. *Franzen*, RdA 2014, 1 ff.

¹⁶⁷ BAG, 19.9.2012 – 5 AZR 678/11 – AP BGB § 611 Arbeitszeit Nr. 39.

¹⁶⁸ Zurückhaltender das Institut für Wirtschaftsforschung Halle, wonach ein Viertel aller Überstunden unbezahlt geleistet wird. S. <http://www.sueddeutsche.de/karriere/mehrarbeit-wird-selten-bezahlt-ueberstunden-fuer-lau-1.1506614> (15.4.2014).

¹⁶⁹ S. etwa *Boemke*, BB 2000, 147; *Dulle*, Rechtsfragen der Telearbeit, Aachen 1999, S. 5 ff.; *Wank*, Telearbeit, Heidelberg 1997, Rn. 13; *Wedde*, Telearbeit. Arbeitsrecht – Sozialrecht – Datenschutz, 3. Aufl., München 2002, Rn. 1.

¹⁷⁰ Mitgeteilt bei *Fenski*, Außerbetriebliche Arbeitsverhältnisse: Heim- und Telearbeit, 2. Aufl., Neuwied 2000, Rn. 324; *Wedde*, NJW 1999, 534.

¹⁷¹ Ebenso *Boemke*, BB 2000, 147; *Moderne Variante des herkömmlichen Außendienstes*; *Wank* (Fn. 169), Rn. 78: Die entsprechenden Arbeitnehmer waren auch schon früher »mobil«.

¹⁷² Mitgeteilt bei *Fenski* (Fn. 170), Rn. 324.

doch sei hier einmal eine Ausnahme gemacht: Beide Beschäftigtengruppen müssen nur zu bestimmten Zeiten (Sitzungstermine, Beratungen bzw. Vorlesungen, Prüfungen usw.) im »Betrieb« anwesend sein. Wo die Urteile bzw. die wissenschaftlichen Untersuchungen geschrieben werden, ist dagegen dem Dienstherrn (mit Recht) gleichgültig, so dass es oft zu Hause geschieht. Dies ist eine sozial höchst verträgliche Form von alternierender Telearbeit. Werden dabei PC und Internet eingesetzt, müsste man diese beiden Gruppen (und möglicherweise noch weitere) bei der Gesamtzahl der alternierenden Telearbeitnehmer mitberücksichtigen.

- Im Vergleich zu diesen beiden Formen hat die (ausschließliche) häusliche Telearbeit nur untergeordnete Bedeutung. Insoweit war Ende der neunziger Jahre von ca. 22.000 Arbeitsplätzen die Rede.¹⁷³ Noch geringer ist die praktische Bedeutung der Arbeit in Satelliten- und Nachbarschaftsbüros; insoweit soll es nur 3.500 Arbeitsplätze gegeben haben.¹⁷⁴

Sämtliche Zahlenangaben sind vermutlich zu niedrig. Zum einen scheuen sich Unternehmen eventuell, Angaben zu den von ihnen praktizierten Formen der Telearbeit zu machen, da diese sozialpolitisch noch immer umstritten ist und man deshalb Aufsehen vermeiden möchte.¹⁷⁵ Weiter ist zu berücksichtigen, dass seit der Untersuchung des Fraunhofer-Instituts über fünfzehn Jahre vergangen sind, in denen sich die Informationstechnik, speziell das Internet, sprunghaft nach oben entwickelt hat.¹⁷⁶ Eine im Jahre 2000 vorgenommene Hochrechnung des Instituts der Deutschen Wirtschaft kam auf 2,1 Mio. Telearbeitsplätze,¹⁷⁷ was aber nur die Tendenz verdeutlicht, jedoch über den realen Umfang keine exakte Aussage zulässt. Dabei dürfte sich am dominierenden Charakter der mobilen und der alternierenden Telearbeit nichts geändert haben.¹⁷⁸ Nicht statistisch erfasst ist die sog. kleine Telearbeit: Der im Betrieb tätige Arbeitnehmer schickt Daten per Mail in seine Wohnung, um ausnahmsweise dort nach- oder weiterzuarbeiten.¹⁷⁹

Die Telearbeit wurde zunächst höchst argwöhnisch als »neue Heimarbeit« gesehen, die wie ihr historisches Vorbild zu sozialer Verelendung führen könnte. Dies hat sich so nicht bewahrheitet; auch in den Fällen, in denen ausschließlich zu Hause gearbeitet wird, blieb in aller Regel das Arbeitsverhältnis mit seinen sozialen Sicherungen erhalten. Auch ist die beschworene Vereinzelung der Beschäftigten nicht in dem befürchteten Umfang eingetreten, da bei der alternie-

renden Telearbeit die Bindung an den Betrieb im Grundsatz erhalten bleibt. Oft erweist sie sich überdies als segensreich, da bei einer Verlegung des Betriebs oder Betriebsteils ein »Mitgehen« für viele durchaus machbar ist, wenn sie nur ein oder zwei Tage in der Woche am neuen Ort anwesend sein müssen, im Übrigen aber zu Hause arbeiten können.¹⁸⁰

3. Verfügbarkeit unabhängig von Ort und Zeit

Das Arbeiten mit Informationstechnologien hat über die Ermöglichung von Telearbeit hinaus weitere gewichtige Konsequenzen, die gleichermaßen die zeitliche wie die räumliche Grenze der Arbeit betreffen. Wer ein traditionelles Handy hat, ist im Prinzip jederzeit erreichbar und kann aufgefordert werden, im Rahmen seiner Möglichkeiten in Kürze mit einer Arbeit zu beginnen. Wer ein Smartphone oder einen Tablet-Computer mit sich führt, ist darüber hinaus in vielen Fällen in der Lage, unter Benutzung dieser Geräte umgehend mit der Arbeit zu beginnen. Denkbar ist zB., dass sich der Vorgesetzte um 10 Uhr abends meldet und bis zum nächsten Morgen 8 Uhr eine Powerpoint-Präsentation oder die Ergebnisse einer Internet-Recherche haben will. Das wirft zwar Fragen des Arbeitszeitrechts auf (auf die noch einzugehen ist), doch ist dies ohne Bedeutung, wenn die Berufung auf rechtliche Schranken als Illoyalität und »querköpfiges Verhalten« gewertet würde.

Die jederzeitige Verfügbarkeit des einzelnen Arbeitnehmers ist keineswegs nur eine abstrakte Möglichkeit. Der internationale Wettbewerb schafft ein verstärktes Arbeitgeberinteresse an möglichst intensiver Nutzung der Arbeitskraft abhängig Beschäftigter. Derselbe Umstand führt zu knapper Personalkalkulation: Nur soweit unbedingt nötig, werden neue Arbeitskräfte eingestellt oder ausscheidende ersetzt. Viele Beschäftigte klagen darüber, dass sie immer

¹⁷³ Mitgeteilt bei *Fenski* (Fn. 170), Rn. 324.

¹⁷⁴ *Fenski* (Fn. 170), Rn. 324.

¹⁷⁵ *Wank* (Fn. 169) Rn. 84.

¹⁷⁶ Angaben bei *Däubler*, Internet und Arbeitsrecht, 4. Aufl., Frankfurt am Main 2013, Rn. 1 ff.

¹⁷⁷ Mitgeteilt bei *Schlachter* in: Noack/Spindler (Hrsg.), Unternehmensrecht und Internet, München 2001, S. 200. Ähnliche Ergebnisse brachte eine »empirica«-Studie – s. Notiz in CF 4/2001, S. 10. S. auch den Kommentar von *Nümann-Seidewinkel*, Heft 5/2001 von K&R.

¹⁷⁸ Vgl. *Wedde* (Fn. 169) Rn. 14.

¹⁷⁹ Näher *Engelhardt*, CF 3/2004, S. 18 f.

¹⁸⁰ Vgl. auch *Buschmann* (Fn. 3), 248.

nur das Nötigste erledigen können, weil das Pensum nicht wirklich zu schaffen ist.

Drei Elemente kommen hinzu, die dafür sorgen, dass die Grenzen der Arbeit immer mehr verschwimmen.

Für Viele ergeben sich in der Arbeit selbst erhöhte Dispositionsspielräume. Wer lediglich eine bestimmte Projektskizze bis zum Monatsende fertig zu stellen hat, wird dieses Ziel zwar möglicherweise nur dann erreichen, wenn er wöchentlich 60 Stunden arbeitet. Gleichzeitig bestimmt er jedoch selbst darüber, wann er welche Arbeitsschritte unternimmt und welche Teile des 24-Stunden-Tages er mit Arbeit verbringt. Dies wird als eine Art Privileg empfunden; die Identifikation mit der Arbeit nimmt zu und ist sehr viel höher als in der tayloristischen Welt. Von daher ist die Frustrationstoleranz erheblich größer; man akzeptiert Bedingungen, gegen die sich Fließbandarbeiter aufgelehnt hätten.

Die gesundheitsschädlichen Wirkungen überlanger oder mit hohem Stress verbundener Arbeit sind weniger sichtbar als die »handfesten« Gefährdungen, die die traditionelle Industriearbeit mit sich brachte. Gegen austretende giftige Dämpfe oder gegen eine Explosion konnte man sich individuell nicht wirklich schützen; hier war man auf betriebliche Sicherungen angewiesen, für die man sich notfalls intensiv einsetzte. Bei langen Arbeitszeiten heutigen Zuschnitts und bei Stress ist dies anders. Führt langes (relativ) selbständiges Arbeiten denn wirklich zu Problemen, auch wenn man die Arbeit als solche schätzt, ja als Lebensinhalt begreift? Ist nicht die Stressempfindlichkeit bei einzelnen Menschen sehr unterschiedlich ausgeprägt? Fühlt sich nicht mancher eher unglücklich, wenn um ihn herum Stille herrscht und das gewohnte hektische Treiben verstummt? Ist nicht der Familienstress bisweilen viel schlimmer als der Arbeitsstress? Dies mögen alles (angedeutete) Alltagstheorien sein, doch sie wirken gleichwohl in der Praxis. »Alles halb so schlimm« ist die Reaktion vieler Arbeitnehmer, die sich in der beschriebenen Situation befinden.

Die Fähigkeit, Zumutungen zurück zu weisen, ist in den vergangenen Jahrzehnten geringer geworden. Dies hängt selbstredend mit der Arbeitslosigkeit zusammen, die bei vielen Arbeitnehmern das Gefühl der Ersetzbarkeit geschaffen hat, und zwar sogar bei solchen, denen gar keine Konkurrenz aus der (nach-)industriellen Reservearmee droht. Dazu kommt die Schwäche der kollektiven Interessenvertretung, die sich äußerlich im Rückgang der Zahl der Gewerkschaftsmitglieder sowie darin zeigt, dass nur knapp die Hälfte aller Arbeitnehmer durch einen Betriebsrat oder einen Personal-

rat vertreten ist. Wer sich den Erwartungen der Arbeitgeberseite verweigert, hat eine gute Chance, Einzelkämpfer zu bleiben. Ist er nicht gerade ein anerkannter Experte oder ein gesuchter Spezialist, wird seine Karriere einen Knick erleiden; statt seiner werden die »fleißigeren« und »kooperativeren« Konkurrenten-Kollegen Förderung von oben erfahren.

Im Rahmen eines allmählichen Prozesses, der viele, aber keineswegs alle Arbeitnehmer erfasst, okkupiert die Arbeit das Privatleben. Unter den beschriebenen Bedingungen wirken die Grenzen der Arbeitszeit und die Trennung von Wohnung und Arbeitsplatz nicht mehr. Die Arbeitsanforderungen können sich über das ganze Leben legen – bis hin zum Extremfall einer angestellten Unternehmensberaterin in einer weltweit agierenden Beratungsfirma, die auch nachts ihr Handy nicht abschalten darf: es könnte ja ein dringender Anruf aus einer anderen Zeitzone kommen, auf den man selbst um 3 Uhr MEZ in adäquater Weise reagieren muss.

4. Erweiterung von Nebenpflichten mit Auswirkungen auf das Privatleben?

Auch im Bereich der arbeitsvertraglichen Nebenpflichten haben sich in der jüngeren Vergangenheit Veränderungen ergeben. Durch die Anti-Terrorismus-Gesetzgebung wurden viele Arbeitsverhältnisse unter Sicherheitsvorbehalt gestellt; nur wer auch durch sein Privatleben nicht zu einem Sicherheitsrisiko wird, kann bestimmte Aufgaben wie Tätigkeiten auf einem Flughafen, in der Nukleartechnik oder bei der Polizei erfüllen. Wer keinen »Persilschein« von den zuständigen Behörden erhält, der seine weiße Weste bestätigt, ist seinen Arbeitsplatz los. Der Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten ist langwierig und ohne große Aussichten, da die geheimdienstlichen Beurteilungsspielräume allemal den Vorrang genießen.¹⁸¹

In einem eher singulären Bereich findet sich eine sehr intensive und dauerhafte »Indienstnahme« des Privatlebens. Im Sportarbeitsrecht drohen besonders starke Eingriffe, die bis zu Vorschriften über die Ernährung und das Verbot anderer (gefährlicher) Sportarten gehen können.¹⁸² Um die Doping-Kontrolle zu ermöglichen, werden Sportler außerdem verpflichtet, ihren jeweiligen Aufenthaltsort einer Kontrollstelle mitzuteilen – dauere er auch nur einen

¹⁸¹ Einzelheiten bei Däubler (Fn. 161), 57 ff.

¹⁸² Vgl. Beppler, in: Nolte (Hrsg.), Neue Bedrohungen für die Persönlichkeitsrechte von Sportlern, Stuttgart 2011, S. 9 ff.

halben Tag oder eine einzige Nacht. Sich dem zu unterwerfen, ist letztlich eine besonders weit gehende Nebenpflicht aus dem Arbeitsverhältnis; ob eine solche Regelung mit Verfassungsrecht und mit datenschutzrechtlichen Grundsätzen vereinbar ist, wird unterschiedlich beurteilt.¹⁸³

IV. Wiederherstellung von Grenzen mit Hilfe des Arbeitsrechts?

1. Der Betriebsrat als Wächter des Arbeitszeitrechts

Im Regelfall kann vom Einzelnen nicht erwartet werden, dass er die Arbeit verweigert, wenn die Grenzen des ArbZG überschritten werden. Denkbar ist jedoch, dass sich der Betriebsrat einschaltet, der als kollektive Instanz eher zu einem »Nein« in der Lage sein wird. Die Rechtsprechung bietet ihm einige Anhaltspunkte.

Was zunächst die Vertrauensarbeitszeit betrifft, so hat das BAG den Grundsatz aufgestellt, der Arbeitgeber müsse seinen Betrieb so organisieren, dass der Betriebsrat jederzeit die Einhaltung der Tarifverträge und des ArbZG kontrollieren könne.¹⁸⁴ Nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 16 Abs. 2 ArbZG muss er jede Überschreitung des Acht-Stunden-Tags dokumentieren. Daneben ist er ohne Rücksicht auf arbeitsvertragliche Abmachungen zwischen Arbeitgeber und einzelner Arbeitnehmer gehalten, Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit des einzelnen Arbeitnehmers zu erfassen; nur dann kann der Betriebsrat kontrollieren, ob die tariflichen Arbeitszeitgrenzen eingehalten sind, ggf. die 48-Stunden-Woche des ArbZG überschritten oder die Ruhezeit von 11 Stunden nach § 5 ArbZG nicht gewahrt wurde.¹⁸⁵ Treten Verstöße zutage, kann der Betriebsrat nach § 89 Abs. 1 Satz 2 BetrVG die zuständige Behörde einschalten. Ob er ihr in diesem Rahmen auch personenbezogene Daten übermitteln darf, ist nicht abschließend geklärt. Das BAG sieht diese Befugnis nur dann als gegeben an, wenn der Betriebsrat oder die Behörde ein berechtigtes Interesse an der Kenntnis der Daten hat und schutzwürdige Interessen der betroffenen Arbeitnehmer nicht entgegenstehen.¹⁸⁶ Andere verweisen darauf, diese datenschutzrechtlichen Bedenken seien europarechtlich überholt, da der EuGH eine Datenübermittlung gebilligt habe, die die Aufsichtsbehörde in die Lage versetze, die Einhaltung der arbeitszeitrechtlichen Vorschriften zu kontrollieren.¹⁸⁷ Legt man dies zugrun-

de, so könnte die Behörde für eine konsequente Einhaltung jedenfalls des ArbZG (nicht aber der Tarifverträge) sorgen.

Mittelbar kann außerdem die Rechtsprechung des BAG zur Bezahlung von Überstunden einen Beitrag dazu leisten, dass die Arbeitszeit nicht ins Uferlose wächst und dass der Einzelne auch in Zukunft weiß, was auf ihn zu kommt. Eine arbeitsvertragliche Klausel, wonach alle Überstunden durch das vereinbarte Bruttogehalt abgegolten sind, bezieht sich nicht auf solche Zeiten, die über das nach ArbZG Zulässige hinausgehen.¹⁸⁸ Insoweit muss der Arbeitgeber eine zusätzliche Vergütung bezahlen, da das ArbZG nur eine Überforderung vermeiden, nicht aber den Vergütungsanspruch ausschließen will;¹⁸⁹ die Rechtsfolgen sind vom Verbotszweck her zu bestimmen. Auch die Pauschalierung als solche (»erforderliche Überstunden sind mit dem Monatsgehalt abgegolten«) lässt sich nicht mehr aufrecht erhalten, wenn die Zahl der voraussichtlich abzuleistenden Zusatzstunden unklar bleibt; insoweit fehlt es an der durch § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB geforderten Transparenz.¹⁹⁰ An die Stelle der unwirksamen Klausel tritt die gesetzliche Regelung des § 612 Abs. 1 BGB. Danach ist eine Vergütung geschuldet, wenn »die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.« An dieser Erwartung fehlt es allerdings (und der Arbeitnehmer geht im Ergebnis leer aus) bei einem überdurchschnittlich bezahlten angestellten Rechtsanwalt, der mit der Möglichkeit seiner Übernahme als Partner rechnet.¹⁹¹ Die Überschreitung der Beitragsbemessungsgrenze in der Rentenversicherung soll im Regelfall die Vergütungserwartung entfallen lassen¹⁹² – eine sehr weitgehende Auffassung, die im Grunde alle Führungskräfte aus der speziellen Vergütungspflicht des Arbeitgebers ausnimmt. Auch wenn man dies notgedrungen akzeptiert,

183 S. das unveröffentlichte Rechtsgutachten von *Wedde*, Datenschutzrechtliche Bewertung der Melde- und Kontrollpflichten im Rahmen von Anti-Dopingprogrammen, die die von SP.IN vertretenen Athleten betreffen, September 2011, s. http://www.spinbb.net/uploads/media/Wedde_-_Gutachten_fu_r_SP.IN_per_5.9.2011.pdf (15.4.2014).

184 BAG, 6.5.2003 – 1 ABR 13/02 – AP BetrVG 1972 § 80 Nr. 61.

185 BAG, 6.5.2003 – 1 ABR 13/02 – AP BetrVG 1972 § 80 Nr. 61.

186 BAG, 3.6.2003 – 1 ABR 19/02 – AP BetrVG 1972 § 89 Nr. 1.

187 EuGH, 30.5.2013 – C-342/12 – NZA 2013, 723; ebenso *Buschmann* (Fn. 96), § 89 Rn. 25.

188 BAG, 28.9.2005 – 5 AZR 52/05 – NZA 2006, 149.

189 BAG, 28.9.2005 – 5 AZR 52/05 – NZA 2006, 149 OS 2.

190 BAG, 1.9.2010 – 5 AZR 517/09 – AP BGB § 307 Nr. 47.

191 BAG, 17.8.2011 – 5 AZR 406/10 – AP BGB § 307 Nr. 55.

192 BAG, 22.2.2012 – 5 AZR 765/10 – AP BGB § 612 Nr. 75.

bleiben dennoch zahlreiche Fälle, in denen eine Überschreitung der vereinbarten Arbeitszeit für den Arbeitgeber mit erheblichen finanziellen Belastungen verbunden ist. Der Betriebsrat kann den Arbeitgeber auffordern, seine Verpflichtungen effektiv einzuhalten; weitergehende Möglichkeiten sind ihm in diesem Bereich nicht eingeräumt.

Sehr viel unklarer ist die rechtliche Situation in Bezug auf die Frage, wie die jederzeitige Erreichbarkeit arbeitszeitrechtlich zu qualifizieren ist. Nach traditioneller Auffassung liegt Bereitschaftsdienst (und damit Arbeitszeit im Sinne des ArbZG) dann vor, wenn sich der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz oder in seiner Nähe aufhalten muss, um bei Bedarf sofort mit der Arbeit zu beginnen.¹⁹³ Von Rufbereitschaft (die nicht als Arbeitszeit zählt) ist dagegen dann die Rede, wenn der Arbeitnehmer seinen Aufenthaltsort im Prinzip frei wählen kann, jedoch erreichbar sein muss, um nach einer entsprechenden (meist telefonischen) Mitteilung binnen angemessener Zeit mit der Arbeit beginnen zu können.¹⁹⁴ Würde der Arbeitgeber den Zeitraum bis zum Arbeitsbeginn sehr knapp bestimmen, beispielsweise eine Präsenz innerhalb von 20 Minuten verlangen, so wäre die freie Wahl des Aufenthaltsorts weitgehend entwertet, so dass nach der Rechtsprechung keine Rufbereitschaft mehr vorliegt.¹⁹⁵ Umgekehrt stellt ein Zeitraum von 45 Minuten das Vorliegen von Rufbereitschaft nicht in Frage.¹⁹⁶ Das BAG hat zum früheren § 15 Abs. 6b BAT entschieden, dass Rufbereitschaft vorliege, wenn jemand ein »Funktelefon« in der Freizeit mitführen und nach einem Anruf über dieses Gerät Anordnungen treffen müsse,¹⁹⁷ doch hat es überhaupt nicht geprüft, ob nicht auch Bereitschaftsdienst vorliegen könnte. Wird lediglich »erwartet«, dass der Arbeitnehmer erreichbar ist und bei Bedarf einen Arbeitsauftrag erledigt, so ist dies nicht anders als eine ausdrückliche Abmachung zu behandeln, wenn derartigen »Erwartungen« im Betrieb üblicherweise Rechnung getragen wird.¹⁹⁸

Probleme ergeben sich dann, wenn der Arbeitnehmer seinen Aufenthaltsort zwar völlig frei wählen kann, gleichzeitig jedoch erreichbar und in der Lage sein muss, sofort mit der Arbeit zu beginnen – was eine realistische Annahme darstellt, wenn es sich um eine Tätigkeit im Internet handelt. Eine unmittelbar einleuchtende Lösung ist nicht in Sicht, weil die traditionelle Unterscheidung an einem festen Arbeitsort anknüpft, der hier nicht mehr gegeben ist. Soweit keine ausdrückliche tarifliche Regelung vorliegt, muss man nach dem Zweck der Unterscheidung fragen: Wer damit rechnen muss, sofort mit der Arbeit zu beginnen, ist stärker

beansprucht als jemand, der erst nach einer halben Stunde tätig werden muss. Dies spricht dafür, im ersten Falle Bereitschaftsdienst, im zweiten Rufbereitschaft anzunehmen. Entscheidet man sich in einer konkreten Konstellation für die erste Alternative (was in der Praxis schwierig sein wird, da telefonisch übermittelte Wünsche häufig keine so exakten Zeitvorgaben enthalten werden), so führt dies zu einer enormen Verlängerung der Arbeitszeit; im Durchschnitt könnten – eine 40-Stunden-Woche zugrunde gelegt – nur acht Stunden in der Woche in dieser Weise verplant werden, es sei denn, man würde von den tariflichen Verlängerungsmöglichkeiten nach § 7 Abs. 2a ArbZG Gebrauch machen. Vermutlich wird die Rechtsprechung Rufbereitschaft annehmen, es sei denn, im konkreten Fall sei ausdrücklich auf einen sofortigen Arbeitsbeginn Wert gelegt worden. Ist dies der Fall, kann der Betriebsrat auf Einhaltung des ArbZG dringen.

Eine »neue« Frage ergibt sich dadurch, dass ein dienstlicher Anruf oder eine sofort zu beantwortende dienstliche E-Mail »Arbeit« darstellt, die nach ihrem Ende automatisch die 11-Stunden-Ruhezeit des § 5 ArbZG auslöst. Nach einer in der Literatur vertretenen Meinung soll dies allerdings nicht gelten, wenn es sich um eine »geringfügige« Unterbrechung der Freizeit¹⁹⁹ oder wenn es sich um eine »nicht nennenswerte Arbeitsleistung«²⁰⁰ handelt. Eine gesetzliche Grundlage für diese Auffassung gibt es nicht.²⁰¹ Insoweit wäre der Gesetzgeber aufgefordert, eine Ausnahme vorzusehen, die gleichzeitig die Grenzen der Geringfügigkeit bestimmen müsste.

2. Die Mitbestimmung des Betriebsrats über die Lage der Arbeitszeit

Nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG kann der Betriebsrat über Beginn und Ende der Arbeitszeit und damit über deren Lage mitbestimmen. Der Begriff »Arbeitszeit« wird hier

193 Buschmann/Ulber (Fn. 50), § 2 Rn. 17.

194 Anzinger/Koberski, ArbZG, 3. Aufl., Frankfurt am Main 2009, § 2 Rn. 53.

195 BAG, 31.1.2002 – 6 AZR 214/00 – ZTR 2002, 432.

196 BAG, 22.1.2004 – 6 AZR 544/02 – ZTR 2005, 27.

197 BAG, 29.6.2000 – 6 AZR 900/98 – AP BAT § 15 Nr. 41.

198 Dies gegen Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052, die weder Bereitschaftsdienst noch Rufbereitschaft annehmen.

199 Baeck/Deutsch, ArbZG, 3. Aufl., München 2014, § 5 Rn 14; ähnlich Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052, 2054.

200 Anzinger/Koberski (Fn.194), § 5 Rn. 13.

201 Buschmann, PersR 2011, 249; Falder, NZA 2010, 1152.

weiter bestimmt als im ArbZG und umfasst auch die Rufbereitschaft.²⁰² Rechtlich wäre also der Betriebsrat in der Lage, bestimmte Zeiträume aus der Rufbereitschaft (und erst recht aus dem Bereitschaftsdienst) auszunehmen oder diesen von vorne herein auf bestimmte Teile der Woche zu beschränken. Im Falle des Dissenses mit dem Arbeitgeber entscheidet die Einigungsstelle.

In vielen Fällen wird der Betriebsrat eine Arbeitszeitbetriebsvereinbarung geschlossen haben, wonach innerhalb eines bestimmten »Gleitzeitrahmens«, etwa von 7 bis 20 Uhr, gearbeitet wird. Was geschieht, wenn der Arbeitgeber um 21 Uhr einen Arbeitnehmer zu Hause anruft und ihn um die Vorbereitung der morgigen Sitzung bittet, was ca. zwei Stunden in Anspruch nimmt? Da die Lage der Arbeitszeit nicht durch die Betriebsvereinbarung gedeckt ist, ist insoweit das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nicht verbraucht; ohne seine Zustimmung darf außerhalb des Gleitzeitrahmens nicht gearbeitet werden. Geschieht dies dennoch, kann der Betriebsrat beim Arbeitsgericht eine einstweilige Verfügung erwirken, durch die dem Arbeitgeber verboten wird, eine solche Arbeit entgegen zu nehmen.²⁰³ Dies folgt auch aus der Pflicht zur Durchführung der Betriebsvereinbarung.²⁰⁴ Eine Ausnahme wurde nur für die Fälle gemacht, dass der Betriebsrat zugestimmt hat, dass die Einigungsstelle seine Zustimmung ersetzt hat oder dass ein Notfall vorliegt. Die Entscheidung verdient Aufmerksamkeit, weil sich die Arbeiten ausschließlich über Mobiltelefone abgespielt hatten.

3. Neueinstellungen als Ausweg?

Die Berufung auf das ArbZG und die Mitbestimmungsrechte nach dem BetrVG mögen im Einzelfall höchst hilfreich sein; ein Allheilmittel sind sie nicht. Wie oben²⁰⁵ dargestellt, ist die Fähigkeit, sich gegen Zumutungen zur Wehr zu setzen, aus nachvollziehbaren Gründen relativ wenig entwickelt. Obwohl der abendliche Anruf keine absolut singuläre Erscheinung sein dürfte, ist der eben genannte Beschluss des ArbG Berlin der einzige, der sich mit diesem Phänomen auseinandersetzt. Hinzu kommt, dass er in der Fachliteratur nicht einmal im Wortlaut veröffentlicht wurde.²⁰⁶ Dies legt den Schluss nahe, dass im Normalfall eben nichts geschieht, wenn am Betriebsrat vorbei in den Abendstunden gearbeitet wird. Auch ist bislang kein Fall bekannt geworden, dass ein Arbeitnehmer sich auf § 5 ArbZG berufen hätte und am folgenden Tag erst um 10 Uhr 30 an seinem Arbeitsplatz erschienen wäre. »Die Arbeit muss gemacht

werden«, wäre die Antwort, die man bei einer entsprechenden Frage in einem Betriebsräteseminar erhalten würde.

Lässt sich der Arbeitsdruck, der für diese »Extras« verantwortlich ist, dadurch reduzieren, dass der Arbeitgeber zu Neueinstellungen veranlasst wird? Müsste nicht in vielen Fällen das allzu knapp kalkulierte Personal aufgestockt werden? Rechtliche Möglichkeiten dazu sind vorhanden, auch wenn von ihnen nur wenig Gebrauch gemacht wird. Im Folgenden sollen zwei Entscheidungen vorgestellt werden, deren Bekanntheitsgrad ähnlich wie im Fall des ArbG Berlin relativ gering geblieben ist.

Im Falle des ArbG Stuttgart²⁰⁷ ging es um einen Maschinenbaubetrieb mit ca. 900 Beschäftigten. Dort war eine Betriebsvereinbarung über flexible Arbeitszeitkonten geschlossen worden. Bewegten sich die Zeitguthaben in einem definierten Rahmen und schied in einer Gruppe ein Mitarbeiter aus, so konnte der Betriebsrat verlangen, dass an seiner Stelle eine andere Person eingestellt wurde. Erreichte das durchschnittliche Arbeitszeitkonto einer (im Anhang näher beschriebenen) Gruppe mehr als 270 Plusstunden oder stieg es im Laufe eines Jahres um mehr als 150 Stunden an, so konnte der Betriebsrat Neueinstellungen verlangen, deren Umfang durch eine Formel festgelegt war. Die Betriebsvereinbarung war im Wege von Verhandlungen (ohne Einigungsstelle) zustande gekommen; ihre Gültigkeit war unbestritten. Die gerichtliche Auseinandersetzung bezog sich nur auf die Frage, ob der Betriebsrat verlangen konnte, dass die Stelle eines ausgeschiedenen unbefristet Beschäftigten wieder auf der Basis einer unbefristeten Beschäftigung besetzt werden musste. Dies lehnte das Gericht ab; die Betriebsvereinbarung lasse auch die Einstellung eines befristet Beschäftigten oder eines Leiharbeitnehmers zu. Entscheidend ist nicht dies, sondern der Gedanke, durch Erhaltung oder Aufstockung des Personals die Arbeitsintensität im Griff zu behalten. Insoweit besteht Übereinstimmung mit

202 BAG, 21.12.1982 – 1 ABR 14/81 – AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 9; *Klebe* (Fn. 96), § 87 Rn. 103; *Fitting*, BetrVG, 27. Aufl., München 2014, § 87 Rn. 127; *Richardi-Richardi*, BetrVG, 14. Aufl., München 2014, § 87 Rn. 303.

203 ArbG Berlin, 22.3.2012 – 54 BV 7072/11 – juris. Dazu eingehend *Baunack*, AiB 2012, 500 ff.

204 Darauf stützte sich das ArbG Berlin sogar in erster Linie. Dazu *Baunack*, AiB 2012, 500.

205 Unter III. 3.

206 Eine Fundstelle in einer Zeitschrift war nicht zu ermitteln; der Aufsatz von *Baunack*, AiB 2012, 500 ff., ist bislang die einzige Stellungnahme in der Literatur.

207 ArbG Stuttgart, 13.1.2009 – 3 BV 131/08 – soweit ersichtlich unveröffentlicht.

den sog. quantitativen Besetzungsregeln, die es seit Anfang des 20. Jahrhunderts in der Druckindustrie gibt.²⁰⁸

Ein zweiter Fall war vom Bayerischen Verwaltungsgerichtshof zu entscheiden und betraf das Eingreifen der Gewerbeaufsicht.²⁰⁹ Ein Presseunternehmen hatte seine Redakteure in der BUNTE-Redaktion weit über die täglichen acht Stunden hinaus beschäftigt. Die zuständige Gewerbeaufsicht erließ daraufhin einen Bescheid, der den Unternehmer zur Einhaltung des Acht-Stunden-Tags verpflichtete und ihm für den Fall der Zuwiderhandlung ein Zwangsgeld androhte. Dieser wandte sich dagegen und berief sich auf die Pressefreiheit; er finde keine ausreichende Anzahl von Personen, die seine redaktionelle Linie verfolgen würden. Das Verwaltungsgericht wie der Verwaltungsgerichtshof wiesen diesen Einwand zurück; das Arbeitszeitrecht kenne keine Ausnahme für Pressebetriebe. Wenn er seinen Betrieb im bisherigen Umfang fortführen wolle, müsse er eben sein Personal aufstocken. Dies war zwar nicht Gegenstand des Bescheids, der sich nur auf die Einhaltung der Arbeitszeit bezog, doch ergab sich dies als unmittelbare Konsequenz.²¹⁰

4. Gefährdungsbeurteilung

Nach § 5 Abs. 1 ArbSchG hat der Arbeitgeber durch eine sog. Gefährdungsbeurteilung zu ermitteln, welche Maßnahmen des Arbeitsschutzes erforderlich sind. Das Gesetz zählt in § 5 Abs. 3 ArbSchG nur beispielhaft die zu ermittelnden Gefahren auf, zu denen seit 2013 auch »psychische Belastungen bei der Arbeit« (Nr. 6) gehören. Dem Betriebsrat kommt nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht bei allen Gegenständen zu, die das Gesetz offen lässt: Dazu gehören die zu analysierenden Fragen sowie die Auswahl der Person oder Institution, die mit der Durchführung der Untersuchung betraut wird.²¹¹ Dass bereits eine konkrete Gesundheitsgefahr besteht (und bewiesen werden kann!), ist nicht erforderlich.²¹² Auch der einzelne Arbeitnehmer hat einen Anspruch darauf, dass eine Gefährdungsbeurteilung erfolgt, doch kann er nicht verlangen, dass diese nach bestimmten von ihm gewünschten Kriterien erfolgt: Insoweit haben allein die Betriebsparteien zu entscheiden.²¹³ Kommen sie nicht zu einem Konsens, muss die Einigungsstelle festlegen, wer eine Untersuchung über welche Fragen vornimmt.²¹⁴

Die Gefährdungsbeurteilung kann zu dem Ergebnis kommen, dass insbesondere Gesundheitsgefahren, die auf Arbeitsüberlastung beruhen, nur durch Aufstockung des Personals gemildert oder beseitigt werden können. Welchen

genauen juristischen Stellenwert die getroffenen Feststellungen haben, scheint noch nicht geklärt. Soweit sie Spielräume lassen, kann der Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG eine konkrete Regelung verlangen, die Abhilfe schafft. Enthält die Untersuchung bereits konkrete Vorgaben, kann deren Umsetzung verlangt werden, wenn die Betriebsvereinbarung bzw. der Einigungsstellenspruch zu einem Verhalten »entsprechend der Gefährdungsbeurteilung« verpflichtet. Andernfalls ist ein neues Mitbestimmungsverfahren über die konkrete Umsetzung einzuleiten. Auch auf dieser letzten Etappe konsequent zu bleiben und ggf. etwas Verärgerung in Kauf zu nehmen, ist eine wichtige Betriebsratsaufgabe in der Praxis.

5. Perspektiven

Die Möglichkeiten des Arbeitsrechts dürfen nicht überschätzt werden. Die Arbeit mit mobilen Geräten an beliebigem Ort wird sich weiter ausdehnen; sie nach den Maßstäben des ArbZG zu kontrollieren, erscheint weitgehend illusorisch. Auch ein aktiver Betriebsrat kann nur einzelne Erfolge erringen, die Problematik aber nicht insgesamt in den Griff bekommen. Die technische Infrastruktur am Abend und am Wochenende abzuschalten, wie dies für zahlreiche Beschäftigte bei VW geschieht, ist nur dort eine realistische Möglichkeit, wo die Arbeitsmenge innerhalb der normalen Arbeitszeit bewältigt werden kann: Ist dies nicht der Fall, erhöht das »freie Wochenende« nur den Stress, der am folgenden Montag auf alle Beteiligten zukommt. Aus diesem Grund erscheint es sinnvoller, eine Steuerung über die Zahl der Beschäftigten zu versuchen, um so die Arbeitsmenge für den Einzelnen in Grenzen zu halten. Darüber wird in Zukunft vermehrt zu reden sein.

208 Vgl. *Hensche/Heuschmid*, in: Däubler (Hrsg.), TVG, 3. Aufl., Baden-Baden 2012, § 1 Rn. 846 ff.

209 Bayer. VGH, 28.10.1993 – 22 B 90.3225 – VGHE BY46, 130 = GewArch 1994, 192.

210 Zu anderen Sanktionen bei Verstößen gegen das ArbZG s. *Ernst* (Fn.17), § 17 ArbZG Rn. 5 ff. und *Growe* (Fn. 17), § 3 ArbZG Rn. 18 ff.

211 BAG, 8.6.2004 – 1 ABR 13/03 – AP BetrVG 1972 § 87 Gesundheitsschutz Nr. 13 ; BAG, 8.6.2004 – 1 ABR 4/03 – AP BetrVG 1972 § 76 Einigungsstelle Nr. 20; BAG, 12.8.2008 – 9 AZR 1117/06 – AP BGB § 618 Nr. 29. Aus der Literatur s. etwa *Klebe* (Fn. 96), § 87 Rn 230; *Fitting* (Fn. 202), § 87 Rn. 299; *Raab*, in: *Wiese/Kreutz* ua. (Fn. 26), § 87 Rn. 609 mwN.

212 BAG, 8.6.2004 – 1 ABR 4/03 – AP BetrVG 1972 § 76 Einigungsstelle Nr. 20 .

213 BAG, 12.8.2008 – 9 AZR 1117/06 – AP BGB § 618 Nr. 29.

214 Zur Ermittlung psychischer Belastungen s. *Hampe/Gutjahr*, DB 2012, 1208; zur Ermittlung von Burnout-Ursachen s. *Sasse*, BB 2013, 1717.

Altersgrenzen und Altersrenten

Professor Dr. Raimund Waltermann, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Das Thema der Tagung, zu der das dieser Abhandlung zugrunde liegende Referat einen Beitrag leisten sollte, lautete: »Altersgrenzen und Altersrenten. Arbeiten bis zum Umfallen oder wovon werden wir im Alter leben?«¹ In der Tat stehen Altersgrenzen und Altersrenten in einem augenfälligen Zusammenhang, auf den die Politik 2007 mit der stufenweisen Anhebung der rentenversicherungsrechtlichen Altersgrenzen reagiert hat.²

Zwei Phänomene stehen im Hintergrund: Die Gesellschaft in Deutschland altert und schrumpft, und die Alten werden zudem älter. Die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Auswirkungen dieser Entwicklung macht man sich bislang nur in Ansätzen bewusst.³ In der Alterung und Schrumpfung der Bevölkerung liegt eines unserer größten Zukunftsprobleme. Es wird dabei nicht zu viele Alte geben, sondern es fehlen die Jungen.⁴ Inwieweit die Lage auf kürzere Sicht in Deutschland und anderen Ländern Europas durch Zuwanderung unter stabilen Verhältnissen verbessert werden kann, ist offen.

Dabei muss man bedenken, wie sich ein schleichender Rückgang der Bevölkerung weiterentwickelt: Wenn wenige Kinder geboren werden, dann gibt es danach entsprechend wenige Eltern, die in der Zukunft dann wiederum die wenigen Kinder bekommen werden, und so weiter. Die also exponentielle Schrumpfung lässt sich praktisch von vornherein nur abmildern, nicht aufhalten. Wenn in Deutschland seit etwa 1975 jede Frau statistisch rund 1,4 Kinder bekommt⁵, stehen dabei möglicherweise zwei schwer beeinflussbare Phänomene im Hintergrund, von denen eines mit dem modernen System der sozialen Sicherheit verbunden sein könnte: Wenn die Altersvorsorge auf kollektiven Systemen (gesetzliche oder private Versicherung, Steuerfinanzierung) beruht, haben Kinder für die Eltern keinen wirtschaftlichen Vorteil, sie kosten vielmehr und behindern Berufstätigkeit. Es fehlt damit einer von mehreren Anreizen für Kinder. Die auf Nachwuchs angewiesenen kollektiven Systeme könnten sich gewissermaßen selbst das Wasser abgraben. Hinzu kommt eine Auswirkung nicht verwirklichter Gleichstellung. Es erscheint plausibel, dass bei steigendem Bildungsniveau an Berufstätigkeit interessierte Frauen, wenn sich ein traditionelles Rollenverständnis nicht

überwinden lässt, lieber wenige oder keine Kinder bekommen, bevor sie am Herd stehen. Man müsste es leichter machen, Familie und Beruf unter einen Hut zu bringen, in der alternden und schrumpfenden Gesellschaft bekommt die Rollenverteilung größere Bedeutung.⁶

I. Anhebung der Altersgrenzen der Rentenversicherung

1. Hintergrund

Die demographische Entwicklung stellt neben anderem die Finanzierung der Alterssicherungssysteme vor große Herausforderungen. Das betrifft keineswegs nur die gesetzliche Rentenversicherung, sondern auch die Systeme der privaten Altersvorsorge und der steuerfinanzierten Beamtenversorgung.

- 1 Blickpunkt Sozialrecht in der Privatrechtspraxis, Göttingen, 30.4.2013. Erweiterte und aktualisierte Fassung des gehaltenen Referats.
- 2 Gesetz zur Anpassung der Regelaltersgrenze an die demografische Entwicklung und zur Stärkung der Finanzierungsgrundlagen der Gesetzlichen Rentenversicherung, BGBl. 2007 I, S. 554. Näher *Ruland*, NJW 2012, 492 ff.
- 3 Siehe zur Lebenssituation der 65- bis 85-jährigen Bevölkerung jüngst Generali Zukunftsfonds (Hrsg.) und Institut für Demoskopie Allensbach, Generali Altersstudie 2013 – Wie ältere Menschen leben, denken und sich engagieren, 2013.
- 4 Zu den gesellschaftspolitischen Hintergründen *Schlegel*, NZA-Beilage 2010, 155 ff.
- 5 In den alten Bundesländern lag die Geburtenziffer seit 1975 konstant bei etwa 1,4. Vgl. die Berechnungen des Bundesinstituts für Bevölkerungsforschung von 2013, abrufbar unter http://www.bib-demografie.de/DE/ZahlenundFakten/06/fertilitaet_node.html (8.4.2014).
- 6 Aufschlussreich OECD Family database: Die darin enthaltenen Daten geben anhand von 70 Indikatoren Auskunft über die Verhältnisse in allen Mitgliedstaaten hinsichtlich vier Kategorien, die für das Thema Vereinbarkeit von Familie und Beruf Relevanz haben: Familienstruktur, Position von Familien im Arbeitsmarkt, Familienpolitik, Situation der Kinder, siehe OECD Family Database, 2014, Paris, abrufbar unter www.oecd.org/social/family/database (8.4.2014). Siehe ferner Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Gender-Datenreport – 1. Datenreport zur Gleichstellung von Frauen und Männern in der Bundesrepublik Deutschland, 2. Fassung, München 2005, S. 274-276; speziell zu den Auswirkungen auf die Geburtenrate dort S. 276; *dass.*, Siebter Familienbericht, BT-Drs. 16/1360, S. 26 ff., Analyse der Familienpolitik der einzelnen Länder mit Dänemark zu Beginn S. 40 ff., zusammenfassender Vergleich S. 63 ff. [auch abrufbar unter <http://www.bmfsfj.de/doku/Publikationen/familienbericht/haupt.html> (8.4.2014)].

Die rentenversicherungsrechtlichen (und die beamtenrechtlichen) Altersgrenzen werden deshalb von 2012 an bis 2031 schrittweise von 65 auf 67 Jahre heraufgesetzt. Das ist eine unausweichliche Maßnahme, die allerdings auf Vorbehalt stößt. Die Lebenserwartung der 65-jährigen wird jedoch weiter steigen.⁷ Dadurch wird sich die Laufzeit der Renten weiter verlängern. In der längerfristigen Perspektive ist daher nicht zu erwarten, dass sich die Anwartschaften der Rentner in der Ausbeute verschlechtern werden. Man wird an der Anhebung der rentenversicherungsrechtlichen Altersgrenzen festhalten, eines Tages voraussichtlich in diese Richtung weiter voranschreiten müssen. Es werden dann aber auch wirksame Wege gefunden werden müssen, wie man auf die Belastungen bestimmter Berufsgruppen (wie etwa der Krankenschwestern und -pfleger) reagiert, die eine Berufsausübung bis 67 unmöglich machen, und alters- und gesundheitsgerechte Arbeitsprozesse, die Weiterbildung während des gesamten Berufslebens und gleitende Übergänge müssen gestaltet werden.

2. Sozialrecht und Arbeitsrecht

Die rentenversicherungsrechtlichen Altersgrenzen des Sozialrechts finden eine Entsprechung im Arbeitsrecht. Da es im Arbeitsrecht keine gesetzliche Altersgrenze gibt, gestalten vor allem tarifvertragliche und arbeitsvertragliche Altersgrenzenregelungen in der Praxis das Ausscheiden aus Altersgründen. Vereinzelt stehen Altersgrenzenregelungen auch in Betriebsvereinbarungen. Zuletzt hat das BAG mit Urteil vom 5.3.2013⁸ seine ständige Rechtsprechung bestätigt, dass Altersgrenzenregelungen auch durch Betriebsvereinbarung gestaltet werden können; das BAG unterzieht Altersgrenzenregelungen, die in Betriebsvereinbarungen gestaltet sind, dann einer Inhaltskontrolle, die im Grunde der Inhaltskontrolle tarifvertraglicher und arbeitsvertraglicher Altersgrenzenregelungen entspricht.⁹

3. Auslegungsfragen

Die Anhebung der rentenversicherungsrechtlichen Altersgrenzen hat Auswirkung auf das Arbeitsrecht. Die Formulierungen der Altersgrenzenregelungen in Arbeitsverträgen und in Kollektivverträgen werden, soweit nicht bereits geschehen, zunehmend an die sozialrechtliche Rechtslage angepasst werden. Soweit in den bestehenden arbeitsvertraglichen Gestaltungen die veränderte Rechtslage mit der stufenweisen

Anhebung der Altersgrenze (siehe §§ 35 S. 2, 235 Abs. 1 und Abs. 2 Sozialgesetzbuch VI – SGB VI) nicht abgebildet ist, lassen sich die Altersgrenzenregelungen in der Regel dahin auslegen, dass ihrem Zweck nach eine Koppelung an die Regelaltersgrenze erreicht werden soll¹⁰; es ist ja nicht ersichtlich, dass die Regelung unbedingt auf das 65. Lebensjahr abstellt, sondern dass dies geschieht, weil es sich dabei zur Zeit der Gestaltung um die rentenversicherungsrechtliche Regelaltersgrenze handelt. Dies kann aber dann nicht gelten, wenn erkennbar andere, etwa berufsspezifische Erwägungen Grund für die Altersgrenze waren. Wurde die Vereinbarung nach dem 1.1.2012 (als die Anhebung der Altersgrenze aufgrund des RV-Altersanpassungsgesetzes¹¹ sich erstmals auswirkte) geschlossen, kommt es im Einzelfall darauf an, ob eine »dynamische Bezugnahme«¹² auf die Regelaltersgrenze gerade nicht gewollt ist. Die Altersgrenzenregelung würde dann bewusst von der rentenversicherungsrechtlichen Altersgrenze abweichen. Rechtsfolge ist dann jedoch entweder die Unwirksamkeit angesichts fehlender Absicherung durch eine Altersrente (§ 10 S. 3 Nr. 5 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – AGG)¹³ oder gemäß § 41 S. 2 SGB VI die Heraufsetzung der Altersgrenze auf die Regelaltersgrenze; letzteres gilt jedoch nur bei individualvertraglich vereinbarten Altersgren-

7 Nach der aktuellen Periodensterbetafel des Statistischen Bundesamtes betrug die fernere Lebenserwartung der 65-Jährigen im Untersuchungszeitraum 2009-11 17,48 Jahre für Männer und 20,68 Jahre für Frauen. Vor 10 Jahren (1999-2001) lag sie noch bei 15,79 und 19,44, vor 17 Jahren (1992-94) bei 14,50 und 18,21. In den vergangenen vier Jahrzehnten ist die Lebenserwartung der 65-Jährigen alle zehn Jahre im Schnitt um 1,39 Jahre für Männer und 1,42 Jahre für Frauen gestiegen. Quelle: Periodensterbetafeln für Deutschland – Allgemeine Sterbetafeln, abgekürzte Sterbetafeln und Sterbetafeln, 1871/81–2008/10, S. 471 ff.; Periodensterbetafeln für Deutschland – Früheres Bundesgebiet, neue Länder sowie die Bundesländer, 2009/2011, S. 10 [jeweils abrufbar auf www.destatis.de (8.4.2014)]. Für 2060 hat das Statistische Bundesamt eine fernere Lebenserwartung für 65-Jährige in Höhe von 22,3 Jahren für Männer und 25,5 Jahren für Frauen errechnet (sog. Basisannahme), vgl. Begleitheft zur Pressekonferenz zur 12. koordinierten Bevölkerungsvorausberechnung »Bevölkerung Deutschlands bis 2060«, S. 31.

8 BAG, 5.3.2013 – 1 AZR 417/12 – NZA 2013, 916 ff.

9 Näher unten V.1.

10 So auch, wenn auch teils aufgrund spezifisch betriebsrentenrechtlicher Erwägungen, BAG, 15.5.2010 – 3 AZR 11/10 – AP BetrAVG § 1 BetrAVG Ablösung Nr. 55. Ferner *Hanau*, NZA 2011, 537, 538; *Löwisch*, ZTR 2011, 78, 79, 80; *Ricken*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), *Arbeitsrecht Kommentar* (HWK), 5. Aufl., München 2012, § 41 SGB VI Rn. 9; *Rolfs*, in *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht* (ErfK), 14. Aufl., München 2014, § 41 SGB VI Rn. 9.

11 In Kraft seit dem 1.1.2008 (Fn. 2).

12 BAG, 15.5.2010 – 3 AZR 11/10 – AP BetrAVG § 1 BetrAVG Ablösung Nr. 55.

13 BAG, 21.9.2011 – 7 AZR 134/10 – NZA 2012, 271 ff.; EuGH, 5.7.2012 – C-141/11 – NZA 2012, 785 ff. (*Hörnfeldt*). So auch *Hanau* (Fn. 10), 538; *ErfK-Rolfs* (Fn. 10), § 41 SGB VI Rn. 10; aA *Löwisch* (Fn. 10), 79, der aber in der Sache eine teleologische Reduktion vornimmt, die zumindest für individualvertragliche Klauseln – da AGB – unzulässig ist.

zen.¹⁴ Normalerweise ist das Abstellen auf das Alter 65 Synonym für die Regelaltersgrenze.¹⁵

II. Rückblick und Status quo zu arbeitsrechtlichen Altersgrenzen

1. Kurzer Rückblick

Arbeitsrechtliche Altersgrenzen haben Rechtsprechung und Schrifttum oft beschäftigt. Dabei ging es über Jahrzehnte fast ausschließlich um Altersgrenzen zum Ruhestand. Die Aktualität der Frage hat in den letzten Jahren nochmals zugenommen, beginnend mit der Richtlinie 2000/78/EG und verstärkt seit deren Umsetzung durch das AGG 2006. Es gibt inzwischen eine Reihe von Entscheidungen des BAG und des Europäischen Gerichtshofs. Die Entscheidungen betrafen dabei nicht nur Altersgrenzen zum Ruhestand, sondern auch andere Grenzziehungen, die an das Alter anknüpfen. Zu nennen sind insbesondere die vom EuGH entschiedenen Rechtssachen *Mangold*¹⁶ (zu § 14 Abs. 3 Teilzeit- und Befristungsgesetz – TzBfG aF.), *Küçükdeveci*¹⁷ (zu § 622 Abs. 2 S. 2 Bürgerliches Gesetzbuch – BGB), *Rosenblatt*¹⁸ (zu einer in Bezug genommenen tarifvertraglichen Altersgrenze zum Ruhestand) und *Hörnfeldt*¹⁹ (zu einer allgemeinen gesetzlichen Befristung der Arbeitsverhältnisse auf die Vollendung des 67. Lebensjahres).

Die rechtswissenschaftlichen Problemfelder in Bezug auf die in unserem Zusammenhang interessierenden Altersgrenzen zum Ruhestand haben sich im Lauf der Zeit verlagert: Ging es früher um Grundrechtsbindung im Privatrecht und Maßstäbe der Grundrechtsprüfung (namentlich des Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz – GG),²⁰ so standen später auf die Europäische Union bezogene Fragen im Vordergrund²¹: ob es ein primärrechtliches Verbot der Altersdiskriminierung gibt, ob man den EuGH so verstehen darf, dass er Richtlinien unmittelbare Wirkung zubilligt, wie weit der Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts reicht und wie das Verhältnis zwischen dem EuGH und den Verfassungsgerichtshöfen der Mitgliedstaaten zu beurteilen ist.²²

Das Bundesarbeitsgericht hat Altersgrenzenregelungen in den achtziger Jahren zunächst auf ihre Vereinbarkeit mit den auf dem Umgehungsgedanken beruhenden richterrechtlichen Grundsätzen der Befristungskontrolle überprüft. Die Wertungen des Art. 12 Abs. 1 GG, die in der rechtswissenschaftlichen Diskussion damals in den Vordergrund rück-

ten, hat es erst spät in die Rechtsprüfung einbezogen. Nach dem Inkrafttreten des TzBfG im Jahr 2001 hat das BAG dann die Bestimmung des § 14 Abs. 1 TzBfG als zutreffenden Ausgangspunkt herangezogen. Das Gesetz enthält in § 14 Abs. 1 TzBfG den Maßstab des sachlichen Grundes, den die Rechtsprechung bis dahin auf die Figur der Gesetzesumgehung gegründet hatte.²³ Über diesen Rechtsbegriff können auch die Wertungen des Art. 12 Abs. 1 GG zur Geltung gebracht werden. Seit 2006 sind auch die Bestimmungen des AGG (insbesondere §§ 1, 7, 8, 10 AGG) einschlägig.

2. Status quo

a) Bundesarbeitsgericht

Das BAG hält *allgemeine Altersgrenzenregelungen*, die auf das Renteneintrittsalter abstellen (nicht die auf spezielle Tätigkeiten oder Berufe ausgerichteten Altersgrenzen wie etwa Altersgrenzen für Flugzeugpiloten, dazu sogleich) für gemäß § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG sachlich gerechtfertigt und im Hinblick auf die Differenzierung nach dem Alter für gemäß § 10 Nr. 5 AGG verhältnismäßig. Auf die im Schrifttum geäußerten Bedenken, auch im Hinblick auf eine Vereinbarkeit mit den Wertungen von Art. 12 Abs. 1 GG²⁴, lässt

14 Ganz herrschende Meinung, stellvertretend Erk-Rolfs (Fn. 10), § 41 SGB VI Rn. 14 ff.; HWK-Ricken (Fn. 10), § 41 SGB VI Rn. 15. Im Übrigen muss ein Zusammenhang zwischen der Altersgrenze und dem Anspruch auf eine Rente vor Erreichen der Regelaltersgrenze gegeben sein (aA. HWK-Ricken (Fn. 10), § 41 SGB VI Rn. 10, was jedoch vermutet werden kann, vgl. Löwisch (Fn. 10), 80. Zu allem Gürtner, in: Kasseler Kommentar, 79. EL, 2013, § 41 SGB VI Rn. 13 m. Nachw. auf die Rspr.; Fichte, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), Sozialgesetzbuch Kommentar, Stand 08/07, § 41 SGB VI Rn. 17.

15 Ebenso, nur für den Tarifvertrag anders Löwisch (Fn. 10), 80.

16 EuGH, 22.1.2005 – C-144/04 – Slg. 2005, I-9981-10042 (*Mangold*).

17 EuGH, 19.1.2010 – C-555/07 – Slg. 2010, I-365-416 (*Küçükdeveci*).

18 EuGH, 12.10.2010 – C-45/09 – Slg. 2010, I-9391-9482 (*Rosenblatt*).

19 EuGH, 5.7.2012 – C-141/11 – NZA 2012, 785 ff (*Hörnfeldt*).

20 Siehe stellv. Boecken, Verhandlungen 62. DJT 1998, Bd. I, S. B 19 ff.; Boerner, Altersgrenzen für die Beendigung von Arbeitsverhältnissen in Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen, Pfaffenweiler 1992; Vollstädt, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch Vereinbarung einer Altersgrenze, Köln 1997; Waltermann, Berufsfreiheit im Alter. Verfassungsrechtliche und arbeitsrechtliche Schranken tarifvertraglicher Altersgrenzenregelungen, Berlin 1989.

21 Siehe Temming, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, München 2008, insb. S. 303 ff.

22 Siehe stellvertretend mwN. Preis, NZA 2010, 1323 ff.; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2. Aufl., München 2013, Rn. 431 ff.; Waltermann, EuZA 2010, 541 ff.

23 Die Entwicklung der Rechtsprechung des BAG ist nachgezeichnet bei Waltermann, in: GS Blomeyer, 2003, S. 495, 499 ff.

24 Kritisch zB. Boecken (Fn. 20), S. B 42 ff.; Simitis, NJW 1994, 1453, 1454; Nusberger, JZ 2002, 524, 529 f.; Preis (Fn. 24), S. B 39 f.; Waltermann, NJW 2008, 2529, 2531 f.

sich das BAG nicht ein. Es gewichtet das Interesse der Unternehmen an einer sachgerechten und berechenbaren Personal- und Nachwuchsplanung und für eine Rotation am Arbeitsplatz sprechende arbeitsmarkt- und beschäftigungspolitische Gründe höher als das Interesse der älteren Arbeitnehmer an der Beibehaltung des Arbeitsplatzes, wenn die rentenversicherungsrechtliche Altersgrenze erreicht ist. Das BAG bejaht die sachliche Rechtfertigung allgemeiner starrer Altersgrenzenregelungen dabei auch dann, wenn im einzelnen Fall die mit Anwartschaften abgedeckte Altersversorgung unzureichend ist.²⁵

Neben den allgemeinen Altersgrenzen, die auf den rentenversicherungsrechtlichen Anspruch auf Regelaltersrente abstellen, begegnen in der Praxis Altersgrenzenregelungen, die den *besonderen Anforderungen einer bestimmten Berufstätigkeit* (etwa der Berufstätigkeit des Flugzeugführers) Rechnung tragen sollen. In dieser Konstellation kommt die Rechtfertigung unter dem besonderen Gesichtspunkt der Gefahrenabwehr in Betracht (siehe auch § 8 Abs. 1 AGG). Vielfach haben die diesem Belang dienenden tarifvertraglichen oder arbeitsvertraglichen Altersgrenzen für Flugzeugführer auf das 60. Lebensjahr abgestellt.²⁶ Das hat der EuGH 2011 mit überzeugenden Gründen auf Vorlage des BAG in der Sache *Prigge* beanstandet, weil die nationalen und internationalen staatlichen Bestimmungen (seit einigen Jahren) der Pilotentätigkeit erst mit 65 Jahren die Grenze setzen.²⁷

b) Europäischer Gerichtshof

Der EuGH hatte inzwischen mehrfach über allgemeine starre Altersgrenzenregelungen zu entscheiden.²⁸ Der EuGH billigt allgemeine starre Altersgrenzenregelungen. Dies gilt ohne Berücksichtigung der Frage, ob im Einzelfall oder in einer Branche typischerweise eine unzureichende Alterssicherung erreicht wird. Nach der nun gefestigten Rechtsprechung des EuGH erlaubt Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG die automatische Beendigung des Arbeitsverhältnisses (mit 65 oder 67 Jahren) auch bei niedriger Rente. Im einzelnen weist der EuGH darauf hin²⁹, dass die automatische Beendigung der Arbeitsverhältnisse von Beschäftigten, die das Alter und die weiteren Voraussetzungen für den Bezug einer Altersrente erfüllen, seit langem Teil des Arbeitsrechts zahlreicher Mitgliedstaaten und in den Beziehungen des Arbeitslebens weithin üblich sei. Dieser Mechanismus beruhe auf einem Ausgleich zwischen politischen, wirtschaftlichen, sozialen, demographischen und/oder haushaltsbezogenen Erwägungen

und hänge von der Entscheidung ab, die Lebensarbeitszeit der Arbeitnehmer zu verlängern oder, im Gegenteil, deren früheren Eintritt in den Ruhestand vorzusehen.³⁰ Die Förderung von Einstellungen sei legitimes Ziel der Sozial- oder Beschäftigungspolitik der Mitgliedstaaten, zumal wenn es darum gehe, den Zugang jüngerer Personen zur Ausübung eines Berufs zu fördern, sodass eine Differenzierung wegen des Alters im Sinn von Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG gerechtfertigt sein könne. Das gewählte Mittel zur Erreichung dieses Ziels erscheine angesichts des weiten Ermessensspielraums, der den Mitgliedstaaten und gegebenenfalls den Sozialpartnern auf nationaler Ebene zustehe, nicht unvernünftig.³¹ Im gesamten Regelungskontext betrachtet, stehe die Richtlinie einer Altersgrenzenregelung (wie der dem EuGH vorgelegten) nicht entgegen.³²

Unter dem Strich harmonisiert die Rechtsprechung von EuGH und BAG zu allgemeinen Altersgrenzen für den Eintritt in den Ruhestand. Der EuGH respektiert im Hinblick auf Altersgrenzen ausdrücklich den Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten³³, der sich auch in der Interpretation des Rechts durch die Gerichte manifestiert. Mit dem Gleichklang der nun gefestigten Rechtsprechung des EuGH und der ständigen Rechtsprechung des BAG ist die Zulässigkeit allgemeiner arbeitsrechtlicher Altersgrenzen für die Praxis geklärt.

c) Kritische Stimmen

Den doch recht zahlreichen kritischen Stimmen im deutschen Arbeitsrecht nimmt das aber nicht die Argumente. Der EuGH beurteilt Altersgrenzenregelungen unter dem Aspekt der Differenzierung und prüft, ob es sich bei diesen Gestaltungen um rechtswidrige Diskriminierung handelt.

²⁵ BAG, 18.6.2008 – 7 AZR 116/07 – AP TzBfG zu § 14 TzBfG Nr. 48; BAG, 8.12.2010 – 7 AZR 438/09 – AP TzBfG zu § 14 TzBfG Nr. 77; BAG, 21.9.2011 – 7 AZR 134/10 – AP TzBfG zu § 14 TzBfG Nr. 84.

²⁶ Gebilligt von BVerfG, 25.11.2004 – 1 BvR 2459/04 – BB 2005, 1231 ff.; BVerfG, 26.1.2007 – 2 BvR 2408/06 – GewArch 2007, 149 f.

²⁷ EuGH, 13.9.2011 – C-447/09 – Slg. 2011, I-8003-8064 (*Prigge*); Nachfolgend BAG, 18.1.2012 – 7 AZR 211/09 – AP TzBfG zu § 14 TzBfG Nr. 92.

²⁸ EuGH, 16.10.2007 – C-411/05 – Slg. 2007, I-8531-8596 (*Palacios de la Villa*); EuGH, 12.10.2010 – C-45/09 – Slg. 2010, I-9391-9482 (*Rosenbladt*); EuGH, 5.7.2012 – C-141/11 – NZA 2012, 785 ff. (*Hörnfeldt*).

²⁹ Siehe zuletzt EuGH, 5.7.2012 – C-141/11 – NZA 2012, 785 ff. (*Hörnfeldt*).

³⁰ EuGH, 5.7.2012 – C-141/11 – NZA 2012, 785 ff. (*Hörnfeldt*), Rn. 28; EuGH, 12.10.2010 – C-45/09 – Slg. 2010, I-9391-9482 (*Rosenbladt*), Rn. 44.

³¹ EuGH, 5.7.2012 – C-141/11 – NZA 2012, 785 ff. (*Hörnfeldt*), Rn. 29 ff.; EuGH, 12.10.2010 – C-45/09 – Slg. 2010, I-9391-9482 (*Rosenbladt*).

³² EuGH 5.7.2012 – C-141/11 – NZA 2012, 785 ff. (*Hörnfeldt*), Rn. 38 ff.

³³ Siehe nur EuGH, 5.7.2012 – C-141/11 – NZA 2012, 785 (*Hörnfeldt*), Rn. 28–32.

Dies wird verneint. In Deutschland bezog sich die Diskussion um Altersgrenzen, bevor sie durch die Richtlinie 2000/78/EG beeinflusst wurde, allerdings weniger auf den Gesichtspunkt der Differenzierung (und eventuellen Diskriminierung). Die Frage wurde vielmehr unter dem Aspekt der Freiheit des Berufs und der Freiheit der Arbeitsplatzwahl diskutiert. Im Zentrum stand die Wertung des Art. 12 Abs. 1 GG. Danach sind Berufsfreiheit und freie Arbeitsplatzwahl unabhängig vom Alter gewährleistet. Mit dem Inkrafttreten der Grundrechtecharta (GRCh) ist im Anwendungsbereich des Unionsrechts insoweit nun Art. 15 Abs. 1 GRCh einschlägig. In der Sache *Hörnfeldt* hat der EuGH das in der Richtlinie 2000/78/EG aufgestellte Verbot der Diskriminierung wegen des Alters im Licht von Art. 15 Abs. 1 GRCh ausgelegt. Aus Art. 15 Abs. 1 GRCh folge, dass auf die Teilnahme älterer Arbeitnehmer am Berufsleben und damit am wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Leben besonderes Augenmerk zu richten sei. Ihr Verbleiben im Berufsleben fördere die Vielfalt im Bereich der Beschäftigung, die ein im 25. Erwägungsgrund der Richtlinie 2000/78/EG anerkanntes Ziel ist. Das Verbot der Diskriminierung trage außerdem entsprechend dem in den Erwägungsgründen 8, 9 und 11 zum Ausdruck gebrachten Anliegen des Unionsgesetzgebers zu ihrer persönlichen Entfaltung und Lebensqualität bei.³⁴ Mehr als diese der Entscheidung in der Rechtssache *Fuchs* und *Köhler*³⁵ entsprechenden Darlegungen finden sich nicht. Es erscheint die subjektive Rechtsposition der von der Altersgrenze Betroffenen etwas stärker gewichtet, im Ergebnis beeinflusst dies die auf Willkürkontrolle hinauslaufende Prüfung nicht.

Setzt man bei Art. 12 Abs. 1 GG an, bleibt jedoch die Frage, ob der Belang einer sachgerechten und berechenbaren Personal- und Nachwuchsplanung sowie allgemeine arbeitsmarkt- und beschäftigungspolitische Ziele (im Sinn einer besseren Verteilung der Arbeitsplätze) gewichtiger sind als die zur Existenzsicherung und Selbstverwirklichung unabhängig vom Alter gewährleistete Berufs- und Arbeitsplatzwahl. Man kann weiterhin die Frage stellen, ob nicht Personalplanung und Arbeitsrotation auch ohne starre Altersgrenze in Kollektivverträgen und Arbeitsverträgen funktionieren würden, so dass durch starre Altersgrenzen die Verhältnismäßigkeit der Mittel nicht gewahrt ist. Die Weiterarbeit über das Erreichen der sozialversicherungsrechtlichen Regelaltersgrenze ist, zumal die Regelaltersgrenze nunmehr kontinuierlich angehoben wird, kein Massenphänomen.³⁶

III. Arbeitsrechtliche Altersgrenze in Betriebsvereinbarungen

1. Urteil vom 5.3.2013

Das BAG hat mit Urteil vom 5.3.2013³⁷ seine ständige Rechtsprechung bestätigt, nach der auch in Betriebsvereinbarungen Altersgrenzen vereinbart werden können, nach denen das Arbeitsverhältnis mit dem Erreichen der Regelaltersgrenze endet. Dies entspricht langjähriger ständiger Rechtsprechung. Dahinter steht eine weitere ständige Rechtsprechung des BAG. Danach haben Betriebsrat und Arbeitgeber die Befugnis, alle betrieblichen und betriebsverfassungsrechtlichen Fragen sowie Inhalt, Abschluss und Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch Betriebsvereinbarung zu ordnen.³⁸ Das BAG billigt Betriebsrat und Arbeitgeber eine »umfassende Regelungskompetenz« zu normativer Gestaltung durch Betriebsvereinbarung zu. Unter dem Strich haben nach der die Praxis bestimmenden höchstrichterlichen Rechtsprechung Tarifvertrag, Arbeitsvertrag und Betriebsvereinbarung dieselbe Reichweite. Die Begründung für die umfassende Regelungsbefugnis der Betriebsparteien entnimmt das BAG insbesondere den §§ 77 Abs. 3 und 88 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG).³⁹ Im Schrifttum werden gegen die Rechtsprechung des BAG von der umfassenden Regelungsbefugnis der Betriebsparteien zu Gestaltungen durch Betriebsvereinbarung seit langem grundsätzliche Einwände erhoben.⁴⁰

34 EuGH, 5.7.2012 – C-141/11 – NZA 2012, 785 ff. (*Hörnfeldt*), Rn. 37.

35 EuGH, 21.7.2011 – C-159/10 ua. – Slg. 2011, I-6919-6956, Rn. 62 f.

36 Näher zum hier vertretenen Standpunkt *Waltermann*, in: Maschmann (Hrsg.), *Rigidität und Flexibilität im Arbeitsrecht*, Baden-Baden 2012, S. 105, 113 ff. mwN. Kritisch gegenüber allgemeinen Altersgrenzen ferner *Preis* (Fn. 22), 1325; *ders.* *Arbeitsrecht – Kollektivarbeitsrecht*, 3. Aufl., Köln 2012, S. 304 ff.; *Temming* (Fn. 21).

37 BAG, 5.3.2013 – 1 AZR 417/12 – NZA 2013, 916 ff. Dazu *Preis/D. Ulber*, NZA 2014, 6 ff.; *Waltermann*, SAE 2013, 94 ff.; *Hromádka*, NZA 2013, 1061 ff.; *Säcker*, BB 2013, 2677 ff.

38 BAG, 5.3.2013 – 1 AZR 417/12 – NZA 2013, 916, Rn. 21 ff. Grundlegend BAG, 7.11.1989 – GS 3/85 – AP BetrVG zu § 77 BetrVG 1972 Nr. 46. Siehe ferner BAG, 12.12.2006 – 1 AZR 96/06 – AP BetrVG zu § 77 BetrVG 1972 Nr. 94.

39 Zuletzt BAG, 5.3.2013 – 1 AZR 417/12 – NZA 2013, 916, Rn. 23 f.

40 Siehe stellvertretend aus dem neueren arbeitsrechtlichen Schrifttum *Franzen*, NZA-Beilage 3/2006, 107 ff.; *Herrmann*, NZA-Sonderbeilage zu NZA 3/2000, 14 ff.; *Loebinger*, RdA 2011, 76 (85 ff.); *ders.*, Anm. AP BetrVG zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt Nr. 19; *May*, Die Zulässigkeit der Regelung von Lohn und Arbeitszeit in Betriebsvereinbarungen, Bern 2001, insbes. S. 299; *Merten*, Die Regelungsbefugnis der Betriebspartner erörtert am Beispiel der ablösenden Betriebsvereinbarung, Lohmar – Köln 2000, insbes. S. 106 ff., 188 ff.; *Chr. Picker*, in: Bieder/Hartmann (Hrsg.), *Individuelle Freiheit und kollektive Interessenwahrnehmung im deutschen und europäischen Arbeitsrecht*, Tübingen 2012, S. 103, 115 ff.; *Preis/D. Ulber*, RdA 2013, 211, 216; *Reichold*, in: FS Kreuzt, 2010, S. 349, 353 ff.; *Waltermann*, RdA 2007, 257 ff.

Gerade Altersgrenzenregelungen machen das Problem deutlich.⁴¹ Es bestehen verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Annahme einer umfassenden Regelungsbefugnis der Betriebsparteien zur Regelung aller Gegenstände durch Betriebsvereinbarung, die mit den Gestaltungsmitteln des Tarifvertrags oder des Arbeitsvertrags geregelt werden können.⁴²

Ausgehend von der umfassenden Regelungsbefugnis der Betriebsparteien zu Gestaltungen mit der Betriebsvereinbarung, unterzieht das BAG die betreffende Betriebsvereinbarung inhaltlich einer eingehenden Rechtskontrolle. Betriebsvereinbarungen dürfen im Hinblick auf den gestalteten Inhalt nicht gegen höherrangiges Recht verstoßen. Die in dem Fall geprüfte Altersgrenzenregelung war nach Auffassung des Ersten Senats mit § 75 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 BetrVG vereinbar, die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Erreichen des Regelrentenalters sei im Sinn von § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG sachlich gerechtfertigt. Die auf § 75 Abs. 1, Abs. 2 BetrVG und § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG ausgerichtete Rechtskontrolle der Betriebsvereinbarung erfolgt der Sache nach in derselben Weise wie die Prüfung von Altersgrenzenregelungen zum Ruhestand in Tarifverträgen und Arbeitsverträgen. Das BAG gewichtet das Bedürfnis des Arbeitgebers nach einer sachgerechten und berechenbaren Personal- und Nachwuchsplanung höher als das Bestandsschutzinteresse der Arbeitnehmer. Im Einklang mit seiner Rechtsprechung zu tarifvertraglichen und arbeitsvertraglichen Altersgrenzenregelungen hält das BAG die Altersgrenzenregelung auch für mit dem Verbot der Altersdiskriminierung gemäß § 75 Abs. 1 BetrVG, § 7 Abs. 1, § 1 AGG vereinbar, weil die in der Altersgrenzenregelung liegende unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters gemäß § 10 S. 3 Nr. 5, S. 1 und S. 2 AGG zulässig sei.

Für diese Auslegung kann das BAG auch bei der Betriebsvereinbarung die Rechtsprechung des EuGH in Anspruch nehmen.⁴³ Unter Berufung auf die Urteile des EuGH in den Rechtssachen *Odar* und *Hlozek*⁴⁴ geht das BAG dabei in seinem Urteil vom 5.3.2013 davon aus, dass Betriebsrat und Arbeitgeber als Sozialpartner anzusehen sind; auch eine durch Betriebsvereinbarung gestaltete Differenzierung nach dem Alter kann danach im Sinn von Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 2 Richtlinie 2000/78/EG gerechtfertigt sein.

2. »Betriebsvereinbarungsoffenheit des Arbeitsvertrags«

Das Urteil des ersten Senats vom 5.3.2013 bestätigt nicht nur in zweifacher Hinsicht (zur Zulässigkeit von Altersgrenzen und zur umfassenden Regelungsbefugnis) eine ständige Rechtsprechung. Es enthält darüber hinaus einen interessanten zweiten Leitsatz, der nicht unerwähnt bleiben soll: »Die Arbeitsvertragsparteien können ihre Absprachen betriebsvereinbarungsoffen gestalten. Dies ist regelmäßig anzunehmen, wenn der Vertragsgegenstand in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten ist und einen kollektiven Bezug hat«. Dieser Leitsatz, der mit dem Thema Altersgrenzen und Altersrenten an sich nichts zu tun hat, verdient einige Beachtung.⁴⁵ Denn eine Auslegungsmaxime dahin, dass die Betriebsvereinbarungsoffenheit von Arbeitsverträgen regelmäßig anzunehmen wäre, wenn der Vertragsgegenstand in Allgemeinen Geschäftsbedingungen gestaltet ist und einen kollektiven Bezug aufweist, wäre in dieser Eindeutigkeit und Allgemeinheit neu. Die Regel würde in der Praxis etwa auch für Ansprüche auf Sonderleistungen oder für Ansprüche auf Ruhegeld gelten. Der Zehnte Senat hat in Bezug auf Sonderleistungen mit Urteil vom 5.8.2009⁴⁶ anders entschieden. Nach seiner Ansicht stehen Vergütungsansprüche, in dem Fall aus betrieblicher Übung, nicht unter dem stillschweigenden Vorbehalt einer ablösenden Betriebsvereinbarung. Im Verhältnis von vertraglichen Vergütungsansprüchen und Betriebsvereinbarungen gilt das Günstigkeitsprinzip.

Nimmt man den Leitsatz und die knappen Gründe⁴⁷ beim Wort, wäre das Günstigkeitsprinzip weit zurückgedrängt, *pacta sunt servanda* wäre relativiert. Die knappe Begründung des Senats trägt die gewissermaßen radikale Auslegungsmaxime nicht, in der Allgemeinheit des Leit-

41 *Preis/D. Ulber* (Fn. 40), 216.

42 Näher zuletzt *Waltermann* (Fn. 37), 95 ff. mwN. Aus der Perspektive des Verfassungsrechts ebenso *Höfling/Burkiczak*, NJW 2005, 469, 471.

43 EuGH, 12.10.2010 – C-45/09 – Slg. 2010, I-9391-9482 (*Rosenblatt*); EuGH, 5.7.2012 – C-141/11 – NZA 2012, 785 ff. (*Hörnfeldt*).

44 EuGH, 6.12.2012 – C-152/11 – NZA 2012, 1435 ff. (*Odar*); EuGH, 9.12.2004 – C-19/02 – Slg 2004, I-11491-11546 (*Hlozek*).

45 Siehe dazu *Hromadka* (Fn. 37), 1061 ff.; *Preis/D. Ulber* (Fn. 37), 6 ff.; *Säcker* (Fn. 37); *Waltermann* (Fn. 37), 99 ff.

46 BAG, 5.8.2009 – 10 AZR 483/08 – AP BGB zu § 242 BGB Betriebliche Übung Nr. 85.

47 BAG, 5.3.2013 – 1 AZR 417/12 – NZA 2013, 916, Rn. 58-62.

satzes ist sie Fiktion. Dass gerade die Gestaltung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen die Tür zur abändernden Betriebsvereinbarung öffnen soll, möchte man nicht meinen. Da werden auf der einen Seite AGB im Hinblick auf die mit ihnen verbundenen Möglichkeiten der Benachteiligung der Arbeitnehmer durch die Rechtsprechung penibel kontrolliert, und auf der anderen Seite sollen die Arbeitnehmer damit rechnen, dass ausgerechnet der ihnen vorgegebene Formularvertrag den Vertragsinhalt Dritten zur Disposition stellt.⁴⁸

Der angesprochene Gesichtspunkt hat von dieser allgemeineren Frage abgesehen auch einen Bezug dazu, ob den Betriebsparteien eine umfassende Regelungsbefugnis zusteht, sodass sie auch Altersgrenzen zum Ruhestand gestalten können: In dem entschiedenen Fall enthielt der Arbeitsvertrag keine nach dem Günstigkeitsprinzip vorrangige Regelung. Der Arbeitsvertrag sah jedoch auch eine Altersgrenze nicht vor. Man könnte deshalb fragen, ob der Arbeitsvertrag, weil er, ohne die Regelung einer Altersgrenze, abschließend ist, der Betriebsvereinbarung mit ihrer Altersgrenze entgegensteht – wenn er nicht betriebsvereinbarungsoffen ist. Diese Frage stellt sich jedoch nicht. Hier begegnet vielmehr in Wahrheit in anderem Gewand nochmals das Bedenken, ob Betriebsrat und Arbeitgeber ohne weitere gesetzliche Vorgabe die umfassende Regelungsbefugnis haben. Sollte aber, wie es das BAG ja annimmt, die Befugnis zur Gestaltung durch Betriebsvereinbarung bestehen, dann *gilt* die Betriebsvereinbarung normativ (§ 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG). Der günstige Gehalt eines Vertrags, der zwar keine nach dem Günstigkeitsprinzip vorrangige Regelung enthält, aber eben auch eine Grenze nicht zieht, tritt gegenüber der Betriebsvereinbarung zurück. Soweit die Befugnis zur Regelung durch Betriebsvereinbarung reicht und soweit die Betriebsvereinbarung inhaltlich rechtmäßig ist, ist die Rechtslage durch sie gestaltet. Um Betriebsvereinbarungsoffenheit geht es nicht. Auch beim Tarifvertrag stellt man nicht die Frage, ob seiner unmittelbaren und zwingenden Wirkung ein für Änderungen tarifvertragsoffener Arbeitsvertrag gegenübersteht. Es kommt auf den Vertrag erst an, wenn er eine kollidierende günstigere Regelung enthält. Dann gilt das Günstigkeitsprinzip.⁴⁹

IV. Rentenniveau im Niedriglohnsektor

Besondere Herausforderungen auch im Themenzusammenhang von »Altersgrenzen und Altersrenten« liegen im

Niedriglohnsektor. Der Niedriglohnsektor verdient in einer alternden und schrumpfenden Gesellschaft größere Beachtung als bisher.⁵⁰

1. Niedriglohnsektor

Unter dem Niedriglohnsektor versteht man (international) den Bereich mit Verdienst der Beschäftigten unterhalb von zwei Dritteln des sogenannten Medianverdienstes. Das ist der mittlere Verdienst aller Beschäftigten. Die Grenze zum Niedriglohn lag danach im Jahr 2010 bei 10,36 Euro brutto je Stunde, bei Annahme einer 40-Stunden-Woche also bei ca. 1.800 Euro brutto im Monat.⁵¹

Nach der alle vier Jahre vom Statistischen Bundesamt vorgelegten und im September 2012 auszugswise veröffentlichten Verdienststrukturerhebung⁵² arbeiteten im Jahr 2010 20,6 Prozent der Beschäftigten für einen Niedriglohn. Bei der Verdienststrukturerhebung 2006 lag der Anteil noch bei 18,7 Prozent. Bei der Bewertung der Prozentzahl von 20,6 ist zu bedenken, dass die Erhebung nur Betriebe mit 10 und mehr Beschäftigten erfasst und dass sie Betriebe der Landwirtschaft, der Forstwirtschaft, der Fischerei sowie Hauspersonal nicht berücksichtigt. Der Niedriglohnsektor ist also größer als 20,6 Prozent, er liegt zwischen einem Fünftel und einem Viertel der Arbeitsverhältnisse, eher bei einem Viertel. Selbständigkeit mit niedrigen Erträgen (in vergleichbarer Dimension) ist dabei nicht berücksichtigt. Die gegenüber 2006 festzustellende Veränderung folgt unstrittig einem längerfristigen Trend.

2. Sinkendes Rentenniveau

Das Rentenniveau liegt vor Steuern gegenwärtig bei knapp 50 Prozent. Als sogenanntes steuerbereinigtes Nettorenten-

⁴⁸ Vgl. *Preis/D. Ulber* (Fn. 37), 8.

⁴⁹ Näher *Waltermann*, SAE 2013, 94, 99 f.; grundsätzlicher *ders.*, RdA 1993, 209, 212.

⁵⁰ Aufschlussreich zuletzt *Chr. Picker*, RdA 2014, 25 ff.; ferner *Waltermann*, NZA 2013, 1041 ff.; *ders.*, SGB 2013, 433 ff.

⁵¹ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), *Niedriglohn und Beschäftigung 2010*, Begleitmaterial zur Pressekonferenz am 10.9.2012, S. 17; Pressemitteilung vom 10.9.2012 – 308/12, Anteil der Beschäftigten mit Niedriglohn ist gestiegen, S. 1. Jew. abrufbar unter <https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressekonferenzen/Pressekonferenzen.html> (8.4.2014).

⁵² Statistisches Bundesamt (Hrsg.), *Niedriglohn und Beschäftigung 2010*, Begleitmaterial zur Pressekonferenz am 10.9.2012. Die Erhebung insgesamt wurde am 2.8.2013 veröffentlicht: Statistisches Bundesamt, *Verdienste und Arbeitskosten – Verdienststrukturen*, Fachserie 16 – 2010, 2013.

niveau darf nach Maßgabe von § 154 Abs. 3, Abs. 4 SGB VI im Jahr 2030 ein Verhältniswert der Standardrente (Regelaltersrente mit 45 Entgeltpunkten vor Steuern, gemindert um die Beiträge für Kranken- und Pflegeversicherung, vgl. § 154 Abs. 3 S. 1 Nr. 2, Hs. 2 SGB VI) gegenüber dem verfügbaren Durchschnittsentgelt (vor Steuern, gemindert um Arbeitnehmersozialbeitrag und durchschnittlichen Aufwand zur zusätzlichen Altersvorsorge, vgl. § 154 Abs. 3 S. 1 Nr. 2, Hs. 3 SGB VI) von 43 Prozent nicht unterschritten werden.

3. Rentenerwartung im Niedriglohnbereich

Dass sich mit einem Niedriglohnbereich von zwischen 20 und 25 Prozent Zukunftsprobleme, zumal im Hinblick auf die Altersvorsorge verbinden, machen die folgenden Zahlen (Zahlen und Rechtslage 1. Halbjahr 2013, Westdeutschland) deutlich. Um eine Rente aus der gesetzlichen Rentenversicherung in der Höhe der sozialrechtlichen Grundsicherung (also in Höhe von »Hartz IV«, das sind bei Alleinstehenden bei Annahme gemittelter Wohnkosten von 317 Euro derzeit monatlich rund 700 Euro) zu erreichen, müsste ein Arbeitnehmer einen Stundenlohn von über 9 Euro bekommen, in einer 40-Stunden-Woche beschäftigt sein und das – in der Praxis völlig unrealistische – 45 Versicherungsjahre lang ohne jede Unterbrechung (etwa durch Arbeitslosigkeit) durchhalten.⁵³ Diese Einnahmen werden im Niedriglohnbereich – und auch im Bereich der Kleinen Selbständigkeit – verbreitet nicht erreicht. Es ist offenkundig, dass sich mit diesem Befund eine Verschiebung von Gegenwartsproblemen in die Gestaltungsspielräume der Zukunft verbindet. Deutlich wird durch die Zahlen ferner, in welchem Maß im Arbeitsverhältnis verdient werden muss, wenn Arbeit – im Arbeitsverhältnis und in Kleiner Selbständigkeit – die Existenz nachhaltig sichern, also auch die Existenzsicherung nach der Arbeitsphase des Lebens erfassen soll.

V. Wovon werden wir im Alter leben? – Alterssicherung und Niedriglohnbereich

Im Niedriglohnbereich stellt sich somit die im Thema der Tagung aufgeworfene Frage, wovon die zu geringen Entgelten Beschäftigten im Alter leben werden. Diese Frage

wird von Ökonomen im Zusammenhang mit ihren Überlegungen zu Wirkungen von gesetzlichen Mindestlöhnen üblicherweise nicht angesprochen.⁵⁴

1. Altersvorsorge durch Versicherung

In Deutschland beruht die Altersvorsorge der abhängig Beschäftigten und also des Großteils der Bevölkerung, wie in vielen anderen Ländern⁵⁵, auf der Versicherung. Im Zentrum steht die gesetzliche Rentenversicherung. Mehr als 80 % der aus dem Erwerbsleben Ausgeschiedenen beziehen Einnahmen aus der gesetzlichen Rentenversicherung, mit denen sie in erster Linie oder ausschließlich ihren Lebensunterhalt bestreiten. Die private kapitalgedeckte Vorsorge durch Riester-Renten und durch betriebliche Altersvorsorge oder durch Zusatzversicherungen des öffentlichen Dienstes kommt hinzu. Im Niedriglohnbereich spielt das allerdings (von Familienkontexten abgesehen) so gut wie keine Rolle.

Die Vorsorge durch Versicherung in Deutschland ist nicht nur historisch begründet. Sie entspricht vielmehr der Konzeption der Rechtsordnung im Bürgerlichen Recht, im Arbeitsrecht und im Sozialrecht gleichermaßen. Privatrecht und Sozialrecht spielen hier zusammen. Kurz zusammengefasst⁵⁶ beruht die Existenzsicherung nach der Konzeption der deutschen Rechtsordnung im Normalfall auf der Grundlage geeigneter Arbeitsbeziehungen mit hinreichendem Ertrag. Die Voraussetzungen dafür schaffen das Bürgerliche Recht und das Arbeitsrecht. Vor dem Hintergrund des der Rechtsordnung zugrunde liegenden zentralen Werts der mündigen und starken Person, der auch in der Verfassung angelegt ist, ist ordnungspolitisch ein geeigneter Rechtsrahmen hierfür bereitzuhalten. An diese privatrechtlich zu sichernde Ausgangslage knüpft das Sozialrecht mit seiner auf der Versicherung beruhenden Konzeption an. Aus dem Ertrag der Arbeit, der als existenzsichernd gedacht wird, muss im geltenden System nicht nur der Lebensunterhalt bestritten werden. In der Arbeits-

53 Zu dieser eigenen Berechnung siehe im Zeitverlauf Waltermann, Verhandlungen des 68. DJT, Bd. I, S. B 11; ders. (Fn. 50), 1042. Siehe auch die Berechnung der Bundesregierung, BReg., BT-Drs. 17/5815, S. 26 f.

54 Aufschlussreich zuletzt Chr. Picker (Fn. 50), 29 f. Siehe auch Waltermann (Fn. 50), 433 ff.

55 Für die Europäische Union siehe EUROSTAT, Europäisches System der Integrierten Sozialschutzstatistik (ESSOSS), »Qualitative Informationen« zu den einzelnen Mitgliedsstaaten, abrufbar unter http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/social_protection/data/qualitative_information (8.4.2014).

56 Ausführlicher Waltermann, FS E. Picker, 2010, S. 1177, 1181 ff.

phase werden zugleich die Beiträge zur Sozialversicherung entrichtet, deren Höhe dem Arbeitsentgelt folgt und aus denen sich nach Grundsätzen der Versicherung später in Abbildung der Lebenseinkünfte die Rentenhöhe bemisst. Den gedanklichen Bezugspunkt bildet dabei eine Erwerbsbiographie, die in einem existenzsichernden Arbeitsverhältnis zurückgelegt wird. Es kommt dann in der Arbeitsphase ein finanzieller Ertrag zusammen, der zugleich die Vorsorge für das Rentenalter erlaubt. Die Sache ist im Prinzip nicht anders als bei einer nachhaltig angelegten freiberuflichen Existenz. Dass diese Rechnung im Niedriglohnsektor nicht aufgeht, ist offenkundig. Im Niedriglohnsektor ist auf Eigenverantwortung aufgebaute Vorsorge durch Versicherung (wenn man nicht einen günstigen Haushaltskontext von vornherein spekulativ addiert) vielfach nicht realistisch.

2. Zukunftsprobleme im Niedriglohnsektor und Antworten der Politik

Wenn man vor diesem Hintergrund nochmals die Größenordnung betrachtet, in der verdient werden muss, damit Arbeit auch für die Zeit des Ruhestands existenzsichernd ist, wird die an die Politik gerichtete Frage ohne weiteres deutlich. Mit den im Niedriglohnsektor erzielten Entgelten wird eine existenzsichernde Altersvorsorge durch Versicherung vielfach nicht erreicht. Mit niedrigen Entgelten in etwa einem ein Viertel der Arbeitsverhältnisse umfassenden Niedriglohnsektor geht das Konzept der Rechtsordnung nicht auf. Das führt zu der Frage, wie man auf die mit niedrigen Entgelten verbundenen absehbaren Auswirkungen auf die Alterssicherung bei langjähriger Beschäftigung im Niedriglohnsektor reagieren sollte. Es gibt im Grundsatz zwei Wege, die man auch kombinieren kann, einen arbeitsrechtlichen und einen sozialrechtlichen.

a) Arbeitsrecht: Gesetzlicher Mindestlohn

Der arbeitsrechtliche Weg besteht in der Einführung eines (allgemeinen gesetzlichen) Mindestlohns. Alle politischen Parteien halten inzwischen den Mindestlohn für nötig. Die Bundesregierung plant, zum 1.1. 2015 einen flächendeckenden gesetzlichen Mindestlohn von 8,50 Euro brutto je Stunde für das ganze Bundesgebiet gesetzlich einzuführen.⁵⁷ Aus der Perspektive des Rechts betrachtet ist das richtig und notwendig,⁵⁸ und ein gesetzlicher Mindestlohn, der den Schutz der sozialrechtlichen Sicherungssys-

teme und die Eindämmung von Marktverwerfungen und Mitnahmeeffekte bezweckt⁵⁹, ist verfassungsgemäß.⁶⁰ Durch die Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns würde bei ordnungsgemäßer Kontrolle eine Stabilisierung des Entgeltniveaus am unteren Rand mit Auswirkung auf die Rentenanwartschaften eines beträchtlichen Personenkreises erreicht. Es würde sozusagen eine Decke zum Kellergeschoss eingezogen, die zur Begrenzung der Belastung der nächsten Generation durch das Weiterreichen von Gegenwartsproblemen beitragen würde. Es geht konkret um den Differenzbetrag zwischen den derzeit existierenden niedrigen Stundenentgelten (von zum Teil unter 5 Euro) und dem eingeführten Mindestlohn (angenommen: 8,50 Euro). Dieser Differenzbetrag hat eine zu wenig beachtete Brisanz. Diese liegt darin, dass die Differenz derzeit nicht selten durch sozialrechtliche Aufstockungsleistungen zum Existenzminimum (Grundsicherung, steuerfinanzierter Kinderzuschlag gemäß § 6a Bundeskindergeldgesetz – BKGG) aufgefangen wird.⁶¹ Zugleich werden um den Differenzbetrag geringere Beiträge zur Altersvorsorge mit der Folge entsprechend geringerer Rentenanwartschaften entrichtet. Wenn insbesondere Ökonomen gern darauf hinweisen, dass die Aufstockung durch steuerfinanzierte Grundsicherungsleistungen keineswegs nur an den niedrigen Löhnen, sondern auch an geringem Arbeitsumfang und an Haushaltskontexten (Kindern) liegt und einen überschaubaren Umfang habe,⁶² ist das richtig. Das lässt jedoch die Auswirkungen bei der Altersvorsorge und damit das Wesentliche außer Betracht, obwohl sich dieser Gesichtspunkt aufdrängt.⁶³

Die Probleme liegen also nicht darin, dass gegenwärtig in bestimmten Fällen die Aufstockung niedriger Entgelte zum Existenzminimum nötig wird. Niedriges Arbeitsentgelt bildet auch nur einen von mehreren Gründen, die in der Arbeits-

57 Siehe Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 18. Legislaturperiode, 2013, S. 67 f. und den Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Tarifautonomie, BR-Drs. 14/147.

58 Ebenso zuletzt *Chr. Picker* (Fn. 50), 29 ff. mwN. Zum hier vertretenen Standpunkt *Waltermann*, NJW 2010, 801 ff.; *ders.* (Fn. 50), 1045 ff.

59 Dazu *Waltermann* (Fn. 53), S. B 85 ff.

60 Ebenso zB. *Chr. Picker* (Fn. 50), 30. Ausführlich *Waltermann* (Fn. 53), S. B 96 ff.

61 Siehe näher *Waltermann* (Fn. 58), 802 ff.; *dens.* (Fn. 50), 1043 ff.

62 Siehe nur Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2013/2014, 2013, S. 286. Dieselbe Sichtweise findet sich auch in früheren Jahresgutachten.

63 Vielleicht ist dieser Gesichtspunkt in ökonomischen Modellen noch zu wenig abgebildet.

phase zu Hilfebedürftigkeit und also zu Transferleistungen führen können. Andere Ursachen sind ein zu niedriger Arbeitsumfang und der Haushaltskontext. Das eigentliche Problem liegt bei den Renten von morgen. Der Einwand, Altersvorsorge habe für Geringverdiener keinen Sinn, liegt auf der Hand und betrifft breiter werdende Bevölkerungskreise. Dieser Einwand untergräbt die Dignität des auf Versicherung beruhenden Altersvorsorgesystems, und er führt zu einer plausiblen Verringerung der Arbeitsmotivation und der Bereitschaft zu Ausbildung und Weiterbildung. Zugleich ist unwahrscheinlich, dass demnächst in der alternden Gesellschaft das für die Aufstockung niedriger Renten zum Existenzminimum auf viel breiterer Fläche als heute nötige Finanzvolumen vorhanden sein wird, während wir uns heute die existenzsichernde Vergütung von nachgefragter, ordnungsgemäß erbrachter und meist ortsgebundener und nicht durch Technik ersetzbarer benötigter Arbeit nicht zutrauen.

Der gesetzliche Mindestlohn kann vor diesem Hintergrund dafür sorgen, dass sozialrechtliche Aufstockung – vor allem durch in Zukunft nötige Aufstockung niedriger Renten in beträchtlicher Zahl – durch die Weitergabe des Preises für benötigte und ordnungsgemäß erbrachte Arbeit über den Markt eingedämmt wird. Die Einführung eines allgemeinen Mindestlohns ist gewissermaßen das unverzichtbare Gegengewicht zur marktverzerrenden Kombilohnwirkung der sozialrechtlichen Sicherungsleistungen. Der Arbeitsmarkt im Niedriglohnsektor bekommt durch den Mindestlohn eine bessere Struktur. Kombilöhne setzen einen Mindestlohn voraus. Von 28 EU-Staaten haben 20 den Mindestlohn. Ein gut kontrollierter gesetzlicher Mindestlohn kann dazu beitragen, das Weiterschieben von Gegenwartsproblemen an die nächste Generation zu verringern.

Gegenüber der von Ökonomen immer wieder vorgebrachten (inzwischen aber doch leiser gewordenen) Befürchtung, Mindestlöhne seien ein Vorhaben zur Förderung von Arbeitslosigkeit, ist zu bedenken, dass die niedrigen Löhne wesentlich auf einem Funktionsdefizit der Tarifautonomie im Niedriglohnsektor beruhen.⁶⁴ Durch dieses Funktionsdefizit der Tarifautonomie ist die (in Deutschland noch nicht alte) Diskussion um gesetzliche Mindestlöhne entstanden. Würde es im Niedriglohnsektor eine funktionierende Tarifautonomie geben, würde diese zu niedrigen Löhnen entgegenwirken. Die Befürchtungen zu negativen Beschäftigungswirkungen des Arbeitsrechts würden sich auf die Tarifautonomie zurückverlagern. Der insoweit gegen Mindestlöhne vorgebrachte Einwand ist so alt wie das

Arbeitsrecht selbst. Die von Ökonomen vorgelegten disparaten Expertisen geben im Übrigen allen Anlass zu Zweifeln, dass negative Arbeitsmarktwirkungen ein Ausmaß erreichen könnten, welches den Mindestlohn in Abwägung mit den für ihn sprechenden Gründen ungeeignet erscheinen lässt.⁶⁵ Kurz zusammengefasst ist der gesetzliche Mindestlohn in gewisser Weise Ausdruck der Notwendigkeit, dass in einer Gesellschaft, die Wohlstand auf breiter Fläche anstrebt, Arbeit Ertrag und Perspektive haben muss.

b) Sozialrecht: »Lebensleistungsrente«

Der sozialrechtliche Weg liegt in einer Aufstockung niedriger Renten, finanziert aus Steuermitteln oder durch Umverteilung von Beitragsmitteln der gesetzlichen Rentenversicherung oder in einer Kombination von beiden Finanzierungswegen. Die dazu gegenwärtig diskutierten Modelle sind nur im Detail verschieden. Der Koalitionsvertrag der Bundesregierung sieht eine »solidarische Lebensleistungsrente« vor.⁶⁶ In der vergangenen Legislaturperiode hat die Bundesregierung das von der Bundesministerin für Arbeit und Soziales vorgelegte ähnliche Modell einer sog. »Zuschussrente« nicht weiter verfolgt. Mit der Zuschussrente sollten niedrige Renten unter bestimmten Voraussetzungen bis zum Betrag von 850 Euro im Monat aufgestockt werden. Damit sollte auch dem Einwand begegnet werden, Altersvorsorge habe für Geringverdiener keinen Sinn. Was die Finanzierung betrifft, sollte die Zuschussrente zunächst steuerfinanziert sein, später wurde eine Finanzierung aus Steuern und aus Rentenversicherungsbeiträgen diskutiert. Die kalkulierten Kosten der Zuschussrente lagen für das Jahr 2013 bei (nicht ins Gewicht fallenden) rund 50 Millionen Euro jährlich, für das Jahr 2035 ging man von einem aufzubringenden Finanzvolumen in Höhe von etwa drei Milliarden Euro jährlich aus.⁶⁷

Die (nicht weiter verfolgte) Zuschussrente beruht auf einem Konzept, das auch anderen Modellen, namentlich der im Programm der SPD vorgesehenen Solidarrente⁶⁸

⁶⁴ Dazu zuletzt *Chr. Picker* (Fn. 50), 27 f. mwN. Siehe ferner 18. Hauptgutachten der Monopolkommission 2008/2009, BT-Drs. 17/2600, S. 321 ff.

⁶⁵ Näher *Waltermann* (Fn. 58), 805 f. mwN.

⁶⁶ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 18. Legislaturperiode, 2013, S. 73.

⁶⁷ Die Rahmenbedingungen können im Internet nicht mehr nachgesehen werden, siehe aber den Bericht bei *Dünn/Stosberg*, RVaktuell 2013, 119 ff.

⁶⁸ SPD, Das wir entscheidet. Das Regierungsprogramm 2013–2017, 2013, S. 80 f.; speziell zum Rentenkonzept siehe Pressemitteilung der SPD vom 24.11.2012, Nr. 429/12 sowie SPD-Rentenkonzept, abrufbar unter http://www.spd.de/themen/SPD_Rentenkonzept (8.4.2014).

und der nun im Koalitionsvertrag der Bundesregierung⁶⁹ vorgesehenen *solidarischen Lebensleistungsrente*, zugrunde liegt. Die Lebensleistungsrente soll voraussichtlich bis 2017 eingeführt werden. Das Modell ist im Koalitionsvertrag folgendermaßen beschrieben:

»Grundsatz dabei ist: Wer langjährig in der gesetzlichen Rentenversicherung versichert war, Beiträge gezahlt hat (40 Jahre) und dennoch im Alter weniger als 30 Rentenentgeltpunkte Alterseinkommen (Einkommensprüfung) erreicht, soll durch eine Aufwertung der erworbenen Rentenentgeltpunkte bessergestellt werden. Dies kommt vor allem Geringverdienern zugute und Menschen, die Angehörige gepflegt oder Kinder erzogen haben. Durch eine Übergangsregelung bis 2023 (in dieser Zeit reichen 35 Beitragsjahre) stellen wir sicher, dass insbesondere die Erwerbsbiografien der Menschen in den neuen Ländern berücksichtigt werden. In allen Fällen werden bis zu fünf Jahre Arbeitslosigkeit wie Beitragsjahre behandelt. Danach soll zusätzliche Altersvorsorge als Zugangsvoraussetzung erforderlich sein. In einer zweiten Stufe sollen jene Menschen, die trotz dieser Aufwertung nicht auf eine Rente von 30 Entgeltpunkten kommen, jedoch bedürftig sind (Bedürftigkeitsprüfung), einen weiteren Zuschlag bis zu einer Gesamtsumme von 30 Entgeltpunkten erhalten. Die Finanzierung erfolgt aus Steuermitteln, u. a. dadurch, dass Minderausgaben in der Grundsicherung im Alter als Steuerzuschuss der Rentenversicherung zufließen, und durch die Abschmelzung des Wanderungsausgleichs.«⁷⁰

Reformvorhaben wie die Lebensleistungsrente oder die in der vergangenen Legislatur diskutierte Zuschussrente schaffen, das muss man bedenken, konzeptionell ein versorgungsstaatliches Parallelsystem, welches zu dem Grundmodell der Sozialversicherung in einem offenkundigen Spannungsverhältnis steht. Denn ein Modell wie die Lebensleistungsrente oder die Zuschussrente setzt nicht auf Erträge aus Arbeit und auf damit verbundene Vorsorge. Diese politischen Vorhaben finden sich vielmehr mit niedrigen Erträgen aus Arbeit ab und versprechen die spätere Nachfinanzierung der Vorsorgelücken durch die nächste Generation. Man schiebt also Gegenwartprobleme des Arbeitsmarkts in das Finanzaufkommen der nächsten Generation weiter. Es handelt sich um eine versorgungsstaatliche Lösung auf Pump zu Lasten Dritter, die man soweit wie eben möglich vermeiden müsste.⁷¹ Man müsste sich vor dem Hintergrund der Konzeption der Rechtsordnung zuerst und mit Erfolg auf die Gestaltung der Arbeitsphase konzentrieren. Anzusprechen sind hier über den gesetzlichen Mindestlohn (oben a) hinaus der niedrige

Erträge aus Arbeit begünstigende Rechtsrahmen der Leiharbeit, der niedrige Erträge aus Arbeit begünstigende Rechtsrahmen bei Mini-Jobs und die fehlende Altersvorsorge in Teilen der Kleinen Selbständigkeit.⁷² Das Problem zu niedriger Erträge mit zu wenig Altersvorsorge durch Versicherung in zu vielen Arbeitsbeziehungen und darüber hinaus in nicht rentenversicherungspflichtigen Bereichen der Kleinen Selbständigkeit kann eine Lebensleistungs-, Zuschuss- oder Solidarrente nicht lösen. Wohl können solche Modelle den Blick auf die eigentlich zu lösende Frage verstellen und das Problem an die nächste Generation weiterreichen.

c) Fazit

Die vor allem anderen zu stellende Frage lautet also, ob nicht die Rechtsordnung niedrigen Erträgen aus Arbeit in mehr als einem Fünftel des Arbeitsmarkts und in einem gewachsenen Bereich Kleiner Selbständigkeit entgegenwirken müsste und könnte. Je mehr das geschieht, desto weniger müsste man darüber nachdenken, ob und inwieweit man, auch um die Dignität des auf Versicherung beruhenden primären sozialrechtlichen Systems der Vorsorge zu schützen, eine steuerfinanzierte Lebensleistungsrente oder vielleicht besser Freibeträge für nachgewiesene Altersvorsorge im Recht der Grundsicherung gestalten sollte, um langjährige Erwerbsbiografien einigermaßen gerecht abzubilden.⁷³

3. Folgerungen für Arbeitsrecht und Sozialrecht

Die Altersvorsorge durch Versicherung stellt also, wenn man sie konsequent verfolgt, konkrete Anforderungen nicht nur an das Sozialrecht, sondern auch an die Ausgestaltung des Arbeitsrechts. Altersrenten bilden bei einer Altersvorsorge durch Versicherungen Erwerbsbiografien ab. In meiner Bewertung müssten von diesem Ausgangspunkt zwei arbeitsrechtliche und zwei sozialrechtliche Bereiche in den Blick genommen werden. In diesen vier

69 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 18. Legislaturperiode, 2013, S. 52.

70 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 18. Legislaturperiode, 2013, S. 52.

71 Zur hier angedeuteten Kritik ausführlicher Waltermann, JZ 2012, 553 ff.; siehe insbesondere die überzeugenden Gegenargumente bei Ruland, SDS-RV 63 (2013), 93, 107 ff.

72 Siehe zum hier vertretenen Standpunkt zusammenfassend Waltermann (Fn. 50), 1043 ff. Ausführlich ders. (Fn. 53), S. B 23 ff., B 43 ff., B 70 ff., B 101 ff. (mit RdA 2010, 162 ff.).

73 Ruland (Fn. 72), 111 f.

Bereichen liegen Fehlentwicklungen, die durch Gesetzgebung entstanden sind, welche die Konzeption der Rechtsordnung zu wenig beachtet hat.⁷⁴

Es handelt sich arbeitsrechtlich um die Bereiche der Leiharbeit und der niedrig entlohnten Vollzeitbeschäftigung. Hier müsste man den Rechtsrahmen so gestalten, dass zu niedrige Entgelte zum Schutz auch des Finanzaufkommens der nächsten Generation verhindert werden. Durch das mit der Aufstockung niedriger Löhne durch Grundsicherungsleistungen zwangsläufig verbundene Kombilohnmodell entstehen ungünstige ökonomische Auswirkungen am Arbeitsmarkt, die Mitnahmeeffekte provozieren.⁷⁵ In der Leiharbeit haben sich die Dinge zuletzt verbessert, der Substitution regulärer Arbeit durch Leiharbeit wird aber noch nicht ausreichend entgegen gewirkt.

Es geht aber nicht nur darum, Teile der Arbeitsmarktreformen der *Agenda 2010* angesichts der inzwischen offensiblen ungünstigen Wirkungen kritisch zu hinterfragen und zu niedrigen Entgelten durch einen flächendeckenden gesetzlichen Mindestlohn zu begegnen. Es bestehen darüber hinaus strukturelle Probleme, die man vielleicht auch durch Arbeitsrecht verringern könnte. Eine wesentliche Frage geht dahin, ob man (und wenn ja wie) das Funktionsdefizit der Tarifautonomie im Niedriglohnssektor verringern oder beheben könnte. In den Bereichen, in denen die niedrigen Löhne liegen, hat die deutsche Tarifautonomie nicht die Kraft, um strukturelles Ungleichgewicht tarifautonom auszugleichen. Diese Frage wird im Herbst den 70. Deutschen Juristentag beschäftigen.⁷⁶

Die sozialrechtlichen Bereiche, die man in den Blick nehmen müsste, sind zum einen die Mini-Jobs⁷⁷, zum anderen die Kleine Selbständigkeit.⁷⁸ Die Sonderbehandlung der Mini-Jobs sollte man aus mehreren Gründen aufgeben; das könnte mittelbar auf die Dauer auch zu höheren Altersrenten führen, weil Marktverzerrungen und Mitnahmeeffekten mit ihren ungünstigen Auswirkungen auf die Entgelthöhe entgegengewirkt würde. Die Kleine Selbständigkeit sollte, wie es die Bundesregierung in der 17. Legislaturperiode zunächst plante, lückenlos in der gesetzlichen Rentenversicherung pflichtversichert sein. Der Koalitionsvertrag der großen Koalition für die 18. Legislaturperiode enthält dazu nichts (siehe auch sogleich 5.).

4. Altersvorsorge durch Versicherung – oder Steuerfinanzierung?

Vielleicht wird man fragen, ob denn eine in der Zukunft ansteigende steuerfinanzierte Bezuschussung niedriger Renten nach Maßgabe der im Koalitionsvertrag vorgesehenen »solidarischen Lebensleistungsrente« so kritikwürdig ist, wie dies nach dem Dargelegten scheint. Denn die gesetzliche Rentenversicherung ist bekanntlich umlagefinanziert. Das bedeutet: Was an Beiträgen eingeht, wird an die Leistungsberechtigten weitergereicht. Die Beitragszahler von heute verlassen sich im Generationenvertrag darauf, dass auch ihnen morgen Leistungen aus der Versicherung erbracht werden. Beide Wege, sowohl die umlagefinanzierte Versicherung als auch die steuerfinanzierte Versorgung, wie sie die Lebensleistungsrente vorsieht, müssen also in der Zukunft valutiert werden.

Die Unterschiede zwischen einer umlagefinanzierten Versicherung, wie sie die gesetzliche Rentenversicherung in Deutschland verkörpert, und einer steuerfinanzierten Aufstockung niedriger Renten ist, was die Rechtskonzeption und ihre Wirkungen angeht, jedoch beträchtlich. Kurz zusammengefasst⁷⁹ vermittelt auch die umlagefinanzierte Versicherung durch Beitragszahlung erworbene und verfassungsrechtlich geschützte⁸⁰ Anwartschaften und Ansprüche, die aus Rechtsgründen nach allen Kräften zu erfüllen sind. Steuerfinanzierung begründet dagegen lediglich Erwartungen, um deren Valutierung es in der Zukunft in einer alternden Gesellschaft schlecht bestellt sein kann. Dabei liegt ein sozusagen springender Punkt darin, dass die Ansprüche und Anwartschaften der umlagefinanzierten Versicherung

74 Ausführlicher Waltermann (Fn. 53), S. B 23 ff., B 43 ff., B 70 ff., B 101 ff. Siehe auch *dens.*, SGB 2011, 305 ff.

75 Zu diesen Mitnahmeeffekten bei niedriger Entlohnung und bei abgabenprivilegierten Mini-Jobs (Fn. 72), 554 ff.

76 Siehe insbes. *Bepler*, Stärkung der Tarifautonomie – Welche Änderungen des Tarifvertragsrechts empfehlen sich?, Gutachten B zum 70. DJT, 2014 (im Erscheinen); ferner zB. *Dieterich*, NZA-Beil. 2/2011, 34 ff.; *Hanau*, in: FS Kempen, 2013, S. 235 ff.; *ders.*, SR 2011, 3 ff.; *Preis/D. Ulber*, in: FS Kempen, 2013, S. 15 ff.; *Richardi*, NZA 2013, 408 ff.; *Waltermann*, RdA 2014, 86, 90 ff., Rechtsvergleichend *Rebhahn*, EuZA 2010, 62 ff.

77 Dazu zuletzt *Griese/Preis/Kruchen*, NZA 2013, 113 ff.; *Knospe*, VSSR 2011, 233 ff.; *Waltermann*, NJW 2013, 118 ff.

78 Siehe zu beidem auch Verhandlungen des 68. DJT (Fn. 53), Bd. 2/1, 2010, Beschlüsse I. 1. a.; I. 2.; IV.

79 Ausführlicher *Waltermann* (Fn. 50), 435 ff.

80 Siehe grundlegend BVerfG, 28.2.1980 – 1 BvL 17/77 ua. – BVerfGE 53, 257, 291 f.; siehe ferner BVerfG, 1.7.1981 – 1 BvR 874/77 ua. – BVerfGE 58, 81 ff.; BVerfG, 13.6.2006 – 1 BvL 9/00 – BVerfGE 116, 96 ff.

der konzeptionellen Idee nach durch die Produktivität der Wirtschaft und die Produktivität der Arbeit gedeckt sind. Die umlagefinanzierte Versicherung setzt nur auf eine andere Weise auf Kontinuität als kapitalgedeckte Vorsorge. Beide Systeme sind indessen gleichermaßen auf Prosperität angewiesen, um ihre Kontinuität im Wohlstand zu erreichen. Die Versicherung, auch wenn sie umlagefinanziert ist, bildet damit einen Anreiz, im Interesse der Einzelnen und der Gesellschaft unbedingt darauf zu achten, dass möglichst breit gefächert und dauerhaft Arbeit (im Arbeitsverhältnis und in der Selbständigkeit) mit Ertrag verbunden ist. Die Versicherung, auch wenn sie umlagefinanziert ist, verdeutlicht, dass es ein Niveau gibt, unter welches man nicht absinken darf. Die Versicherung, gleichgültig ob sie öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich verfasst ist, denkt stets in die Zukunft, während Steuerlasten in die Zukunft weitergeschoben werden. Versicherungsmodelle setzen Leistungskraft in Wirtschaft und Gesellschaft voraus, und sie können dazu beitragen, mit Solidarität verbundene Leistungskraft zu erhalten. Das bildet einen nicht zu unterschätzenden Anreiz.

5. Alterssicherung und Kleine Selbständigkeit

Ein beträchtliches Vorsorgeproblem, das im Zusammenhang mit dem Thema noch etwas näher beleuchtet werden sollte, besteht im Bereich der Kleinen Selbständigkeit. Die Zahl der sog. Solo-Selbständigen, also derjenigen Selbständigen, die regelmäßig keine Mitarbeiter beschäftigen, sondern nur sich selbst sozusagen »vermarkten«, ist in Deutschland von 1991 bis 2005 um etwa 66 % auf 2,29 Millionen angestiegen.⁸¹ Von 2005 bis 2012 stieg die Zahl dann nochmals um 9 %.⁸² 2012 betrug die Gesamtzahl der Solo-Selbständigen 2,5 Millionen.⁸³ Ein guter Teil der Solo-Selbständigen ist nicht marktorientiert, das heißt, er hat keinen eigenen Kundenkreis, sondern einen oder zwei Auftraggeber. Kleine Selbständigkeit findet man überwiegend im Dienstleistungssektor. Sie ist typischerweise mit geringem Ertrag verbunden. Unter allen Selbständigen ist der Anteil Selbständiger mit monatlichen Nettoeinkünften unter 1.100 € im Zeitraum von 1995 bis 2012 von 24 % auf 35 % angestiegen.⁸⁴ Es kann davon ausgegangen werden, dass hinreichende Altersvorsorge in sehr vielen Fällen unterbleibt. Den Kleinen Selbständigen fehlen oft die für die selbständige Altersvorsorge notwendigen finanziellen Mittel. Derzeit ist nur etwa ein Viertel der Selbständigen in einem obligatorischen Altersvorsorgesystem (also in der gesetzlichen Rentenversicherung, s. § 2 SGB VI, in der Alters-

sicherung der Landwirte, der Künstlersozialversicherung und in berufsständischen Versorgungswerken der verkommenen freien Berufe) abgesichert. Rund 3,3 Millionen Selbständige sind nicht in einem obligatorischen Alterssicherungssystem versichert.⁸⁵

Die Bundesregierung hat in der 17. Legislaturperiode Lücken in der Pflichtaltersvorsorge Kleiner Selbständiger eigentlich schließen wollen, dies wurde aber am Ende nicht verwirklicht. Wenn sich im Koalitionsvertrag der neuen Bundesregierung zur Altersvorsorge der Kleinen Selbständigkeit keine Vereinbarung findet, obwohl weitgehend unstrittig ist, dass ein geeigneter Rechtsrahmen für eine die ganze Fläche der Selbständigkeit abdeckende armutsfeste Altersvorsorge der Kleinen Selbständigkeit fehlt und geschaffen werden müsste⁸⁶, muss das nicht bedeuten, dass es weitere vier Jahre lang nicht zu einer Erledigung des dringend zu lösenden Problems kommen wird. Angesichts der zum Teil rückwärts gewandten rentenpolitischen Vorhaben der großen Koalition ist das Fehlen einer Vereinbarung aber doch bemerkenswert. Existenzsichernde Altersvorsorge liegt hier nicht nur im Interesse der Einzelnen, deren Entscheidungsfreiheit bei der Altersvorsorge manche reklamieren, sondern wesentlich im Interesse der Allgemeinheit, die, vor allem zukünftigen, Aufstockungsbedarf vermeiden muss. Und es ist auch nicht einzusehen, weshalb die versicherungspflichtigen Arbeitnehmer während ihres gesamten Erwerbslebens entgeltabhängige Beiträge zur Altersvorsorge entrichten, während nicht versicherte Selbständige, falls sie eines Tages bedürftig im Sinn der Sozialhilfe werden, eine steuerfinanzierte Mindestsicherung ohne Eigenleistung durch die Grundsicherung

81 Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2006/2007, 2006, S. 265; EUROSTAT (Hrsg.), Statistik kurz gefasst. Bevölkerung und soziale Bedingungen, 30/2007.

82 Vgl. Statistisches Bundesamt, Mikrozensus 2005, Fachserie 1 Reihe 4.1.2, 2007, Tab. 3.10 S. 3; dass., Mikrozensus 2012, Fachserie 1 Reihe 4.1.2, 2013, Tab. 3.7 S. 3.

83 Statistisches Bundesamt, Mikrozensus 2012, Fachserie 1 Reihe 4.1.2, 2013, Tab. 3.7 S. 3. Vgl. zur Entwicklung seit 2002 *Mai/Marder-Puch*, Wirtschaft und Statistik (=WiSta; Statistisches Bundesamt, Hrsg.) 2013, 482 ff.

84 Vgl. für den Stand 1995 Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2006/2007, 2006, S. 265; für den Stand 2012 *Mai/Marder-Puch* (Fn. 84), 482 ff.

85 Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2011/2012, 2011, S. 318.

86 Siehe nur *Ruland*, ZRP 2009, 165 ff.; *Rische*, R+V Aktuell 2008, 2 ff.; *Neumann*, SGB 2010, 463 ff.

erhalten. Dem Gleichbehandlungsgebot dürfte das nicht entsprechen. Unter dem Strich bleibt nur Selbständigkeit, die sich für die Selbständigen dauerhaft rechnet, ohne nachteilige Folgen für die Gesellschaft.

Ein zu wenig beachteter Gesichtspunkt liegt vielleicht auch darin, dass die Einführung einer Pflichtaltersvorsorge für diejenigen Kleinen Selbständigen, die nicht »markt-orientiert« sind, sondern sich mit ihrer Arbeitskraft einem oder zwei Auftraggebern zur Verfügung halten (nur eben nicht weisungsgebunden und also nicht Arbeitnehmer sind), in ihrer ökonomischen Auswirkung die Preise verändern könnte, zu denen Arbeit in Kleiner Selbständigkeit angeboten werden kann. Denn alle Kleinen Selbständigen müssten dann mit den Kosten ihrer Altersvorsorge kalkulieren. Das könnte in einigen Bereichen Rückwirkung auf die Konkurrenzfähigkeit des Arbeitsverhältnisses bekommen. Damit wäre auch einem Teil der gegenwärtig diskutierten Werkvertragsgestaltungen die Spitze genommen, nämlich den Gestaltungen, in denen Arbeit zur Kostensenkung an Kleine Selbständige ausgelagert wird, die sonst von Arbeitnehmern erledigt werden würde. In meiner Bewertung würden sich die in der Debatte um Werkverträge kritisch zu bewertenden Anreize verringern, wenn (1) kleine Solo-Werkunternehmer lückenlos mit den Kosten ihrer Altersvorsorge kalkulieren müssten und wenn (2) größere Werkunternehmer ihren Arbeitnehmern einen Mindestlohn zu zahlen hätten.

VI. Wäre eine Freigabe der arbeitsrechtlichen Altersgrenzen sinnvoll und praxistauglich möglich?

Kommen wir von den Altersrenten zurück zu den Altersgrenzen. Die Rechtsprechung des BAG zu allgemeinen arbeitsrechtlichen Altersgrenzen ist, wie gesagt, gefestigt und wird vom EuGH gebilligt. Diese Rechtsprechung ist im Schrifttum jedoch nicht unumstritten.

1. Altersgrenze bei niedriger Rente

Sowohl das BAG als auch der EuGH tragen gegenüber Altersgrenzenregelungen, nach denen das Arbeitsverhältnis mit dem Erreichen der Regelaltersgrenze endet, auch dann keine Bedenken, wenn vor dem Hintergrund einer geringen Rente um den Arbeitsplatz als Existenzgrundlage gekämpft

wird. Es geht dann nicht nur um die (ebenfalls durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistetete) Selbstverwirklichung durch berufliche Arbeit, die bei Älteren mit höherer Berufsqualifikation und höherem Einkommen wesentliches Motiv für Arbeit jenseits der Altersgrenze sein dürfte. In dem vom BAG 2008 entschiedenen Fall erhielt die Klägerin eine Altersrente in Höhe von 599,47 €⁸⁷, und Frau *Rosenblatt* konnte in dem vom EuGH 2010 entschiedenen Fall eine Altersrente von 253,19 € beanspruchen.⁸⁸ Die Fälle, in denen bei Erreichen der Altersgrenze (aus unterschiedlichen Gründen) eine nicht existenzsichernde oder eine nicht annähernd den Lebensstandard tragende Altersrente beansprucht werden kann, werden, auch aus den oben dargelegten Gründen, zunehmen. Wenn dann zugleich grundsicherungsrechtlich Bedürftigkeit vorliegt, spitzt sich das auf die Frage zu: Darf oder sollte vor dem Hintergrund von Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 15 Abs. 1 GRCh und trotz der Subsidiarität der aus Steuermitteln aufzubringenden Grundsicherung das Arbeitsverhältnis mit Erreichen der Regelaltersgrenze automatisch enden, sodass die Betroffenen auf die Grundsicherung verwiesen werden? So sehen es das BAG und der EuGH. Dabei ist einzuräumen, dass die typisierenden kollektivvertraglichen und arbeitsvertraglichen Altersgrenzenregelungen, wenn sie erlassen werden, die spätere Rentenhöhe im konkreten Einzelfall nicht in den Blick nehmen können. Auf der anderen Seite weiß man aber heute, dass jedenfalls in bestimmten Bereichen niedrige Renten unterhalb der Grundsicherung immer häufiger auftreten werden (oben IV.3.). Der EuGH hat in der schwedischen Sache *Hörnfeldt*⁸⁹ ausgeführt:

»Viertens geht aus den beim Gerichtshof eingereichten Erklärungen hervor, dass, wer keine einkommensbezogene Altersrente oder nur eine niedrige Rente beanspruchen kann, ab Vollendung des 65. Lebensjahres eine Rente in Form einer Grundversorgung beziehen kann, die in einer Garantierente, Wohngeld und/oder einer Unterhaltsbeihilfe für ältere Menschen besteht. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass der Gerichtshof in Randnummer 47 des Urteils *Rosenblatt* zu dem Schluss gelangt ist, dass keine übermäßige Beeinträchtigung der berechtigten Interessen der betroffenen Arbeitnehmer vorlag, obwohl in der Rechtssache, in der dieses Urteil ergangen ist, das Rentenalter

⁸⁷ BAG, 18.6.2008 – 7 AZR 116/07 – AP TzBfG zu § 14 TzBfG Nr. 48.

⁸⁸ EuGH, 12.10.2010 – C-45/09 – Slg. 2010, I-9391-9482 (*Rosenblatt*).

⁸⁹ EuGH, 5.7.2012 – C-141/11 – NZA 2012, 785 ff. (*Hörnfeldt*), Rn. 44 f.

niedriger als das nach § 33 LAS war [Altersgrenze 67, d. Verf.] und Frau *Rosenblatt* eine Rente bezog, die deutlich niedriger war als die, auf die Herr *Hörnfeldt* Anspruch hat«.

Danach besteht für die Einzelnen nicht die Freiheit, für sich selbst zu sorgen und die Situation aus eigener Kraft zu verbessern, wenn sie es im Alter können und nicht auf die Inanspruchnahme der versorgungsstaatlichen Mindestsicherung angewiesen sein möchten.

2. Politische Gestaltung

Geht man mit der die Praxis bestimmenden Rechtsprechung davon aus, dass Altersgrenzen, nach denen das Arbeitsverhältnis mit dem Erreichen der Regelaltersgrenze endet, rechtmäßig sind, kann man die Frage stellen, ob nicht angesichts der Alterung der Gesellschaft mit einem erwarteten Fachkräftemangel, einem steigenden Interesse an der Weiterarbeit von Arbeitskräften mit spezieller Qualifikation und einem zunehmenden Interesse von Arbeitskräften mit geringen Rentenanwartschaften an längerer Lebensarbeitszeit eine Aufweichung der starren arbeitsrechtlichen Altersgrenzen angebracht wäre.

Die demografische Entwicklung legt es nahe, bessere rechtliche und tatsächliche Bedingungen für die Beschäftigung Älterer zu schaffen.⁹⁰ Es ist dann aber ein Bewusstseinswandel nötig, den Politik und gesellschaftliche Kräfte aktiver unterstützen sollten. Notwendig wird sein, bei den Beschäftigten eine Motivation zu beflügeln, die über die Einsicht in die Notwendigkeit einer längeren Lebensarbeitszeit hinausgeht. Das führt zu der Frage, ob dann nicht starre Altersgrenzen kontraproduktiv sind. Dabei ist zu berücksichtigen, dass durch die Anhebung der rentenversicherungsrechtlichen Altersgrenzen (oben I.1.) und die damit verbundene Anhebung der arbeitsrechtlichen Altersgrenzen (oben I.2.,3) die praktische Bedeutung der starren Altersgrenzen zurückgehen wird. Es verringern sich die Auswirkungen der starren Altersgrenzenregelungen in der von BAG und EuGH gebilligten Form, weil der Wunsch nach längerem Arbeiten mit dem stufenweisen Ansteigen der rentenversicherungsrechtlichen Altersgrenzen seltener werden dürfte. Diesen Umstand kann man dafür anführen, dass die starre Altersgrenze weniger häufig von Arbeitnehmern als Beschränkung empfunden wird, aber auch dafür, dass ihre – in anzupassende Rahmenbedingungen eingebettete (dazu sogleich 3.) – Liberalisierung weniger problematisch wäre. Wollte man allerdings, wie es zum Teil gewünscht wird, das Ansteigen der renten-

versicherungsrechtlichen Altersgrenze rückgängig machen, würde das Alter der Zwangspensionierung wieder sinken.

In meiner Bewertung könnte man die starren Altersgrenzen in Kollektivverträgen und Arbeitsverträgen (flankiert durch eine Anpassung des arbeitsrechtlichen Rechtsrahmens) aufgeben. Wahrscheinlich würde das ohne Verwerfungen bleiben, weil eher Wenige von der Möglichkeit, länger zu arbeiten, Gebrauch machen werden. Ein Bewusstseinswandel zu einer Kultur des längeren Arbeitens, auch in Teilzeit und mit Teilrente, würde am meisten gefördert, wenn es nicht zu einer »Rentnerbeschäftigung zweiter Klasse« kommt. Man könnte die arbeitsrechtlichen Altersgrenzen, ausgerichtet an der stufenweise ansteigenden rentenversicherungsrechtlichen Altersgrenze, statt als starre Altersgrenze als »arbeitsrechtliche Regelaltersgrenze« gestalten.⁹¹ Dies könnte in der Weise geschehen, dass Arbeitnehmern abverlangt wird, sich einen bestimmten Zeitpunkt vor dem Erreichen der mit der rentenversicherungsrechtlichen Altersgrenze korrespondierenden »arbeitsrechtlichen Regelaltersgrenze« zu äußern, sofern sie über die Regelaltersgrenze hinaus weiter arbeiten möchten. Äußern sie sich nicht, endet das Arbeitsverhältnis mit dem Erreichen der Regelaltersgrenze automatisch (was in der Praxis der Normalfall sein dürfte). Für den Fall, dass Arbeitnehmer den Wunsch äußern, weiter zu arbeiten, werden dann unterschiedliche Gestaltungen des Rechtsrahmens vorgeschlagen⁹², die hier nicht verfolgt werden können.

3. Notwendige Anpassungen

Wollte man die starre Altersgrenze aufgeben, müssten Anpassungen des Rechtsrahmens erfolgen: Soweit Tarifverträge Vorschriften über die Unkündbarkeit oder einen Sonderkündigungsschutz älterer Arbeitnehmer enthalten, müssten diese Bestimmungen angepasst werden; Unkündbarkeitsklauseln sollten ältere Arbeitnehmer nicht mehr schützen, wenn sie die Regelaltersgrenze überschritten haben. Bedenken müsste man ferner, dass einem eventuellen strategischen »Kleben am Sessel« zur Verhandlung einer Abfindung entgegengewirkt werden müsste. Die

⁹⁰ Siehe näher *Preis* (Fn. 20), S. B 12 ff., B 72 ff.

⁹¹ Siehe zu diesem Vorschlag *Maschmann-Waltermann*, Rigidität und Flexibilität im Arbeitsrecht (Fn. 36), S. 105, 116 ff. *ders.*, NZA 1994, 822, 828 ff.

⁹² Siehe nur *Preis* (Fn. 20), S. B 12 ff., B 72 ff., B 89 f; *Temming*, (Fn. 21), S. 611 ff.; *Waltermann* (Fn. 92), 828 ff.; *Maschmann-Waltermann*, Rigidität und Flexibilität im Arbeitsrecht (Fn. 36), S. 105, 116 ff.

gesetzliche, tarifvertragliche oder arbeitsvertragliche Hinderung, einen Anspruch auf eine Abfindung jenseits der Regelaltersgrenze zum Gegenstand von Verhandlungen zu machen, erscheint, auch nach den vom EuGH in den Rechtssachen *Andersen*⁹³ und *Odar*⁹⁴ dargelegten Grundsätzen, möglich, wenn Arbeitnehmer in den Ruhestand gehen und nicht trotz erreichten Rentenalters ihre Arbeitskraft am Arbeitsmarkt weiter anbieten; nur in dem letzteren Fall kann eine Abfindung, wenn sie den Übergang in eine neue Beschäftigung erleichtern soll, Älteren möglicherweise nicht diskriminierungsfrei vorenthalten werden.⁹⁵ Dass dies im Verhalten eines älteren Arbeitnehmers Ausdruck findet, dürfte selten vorkommen.

VII. Befristung des Arbeitsverhältnisses nach Erreichen der Altersgrenze

Das zunehmende Interesse an einer Beschäftigung von Älteren jenseits der Regelaltersgrenze in Arbeitsverhältnissen hat zu der Frage geführt, welche Möglichkeiten der Befristung von Arbeitsverhältnissen mit Rentnern bestehen.⁹⁶ Diese Frage spielt eine Rolle, wenn oder solange man an starren Altersgrenzenregelungen festhält.

1. Befristung mit Sachgrund

Im Ausgangspunkt ist festzuhalten, dass sowohl nach dem Europäischen Unionsrecht als auch nach nationalem Arbeitsrecht das unbefristete Arbeitsverhältnis die übliche Form des Beschäftigungsverhältnisses ist, befristete Arbeitsverhältnisse bilden die Ausnahme.⁹⁷ Die Befristung ist nur im Rahmen der gesetzlich eröffneten Möglichkeiten zulässig. Das gilt auch für die Beschäftigung nach dem Erreichen der Regelaltersgrenze.

a) Mit Sachgrund ist die Beschäftigung nach dem Erreichen der Regelaltersgrenze bei vorübergehendem betrieblichen Bedarf an der Arbeitsleistung gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG (namentlich wegen einer besonderen Aufgabe, zur Einarbeitung der Nachfolge) möglich, ferner zur Vertretung gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG sowie gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 TzBfG aus Gründen, die in der Person des Arbeitnehmers liegen. Zu Letzterem gehört die Beschäftigung auf ausdrücklichen Wunsch des Arbeitnehmers. Der Wunsch muss dann aber gerade auf die Befristung des Arbeitsverhältnisses gerichtet sein.⁹⁸ Kurz zusammenge-

fasst, bietet die Rechtslage einen überschaubaren Raum für Gestaltungen.

b) Im Schrifttum hat sich die Auffassung gebildet, ein Sachgrund für die Befristung des Arbeitsverhältnisses könne in dem »Rentnerstatus« an sich bestehen.⁹⁹ Man bildet einen Erst-Recht-Schluss: Wenn schon eine auf das Renteneintrittsalter bezogene Altersgrenze vereinbart werden kann, dann müsse umso mehr eine Befristungsabrede möglich sein, die eine erneute Beendigung bei Erreichen eines höheren Alters als des gesetzlichen Rentenalters vorsieht.¹⁰⁰ In meiner Bewertung überzeugt das nicht.¹⁰¹ Es ist zu bedenken, dass den gesetzlichen Sachgründen des § 14 Abs. 1 TzBfG eine vorübergehende Natur gemeinsam ist oder diese einen zumindest bestimmbareren Endpunkt aufweisen. Der gebildete Erst-Recht-Schluss steht insofern auf wackeligen Beinen, als der angenommene Sachgrund des Rentnerstatus im Unterschied zu Altersgrenzenregelungen die Möglichkeit für eine unbestimmte Zahl von Befristungsabreden bis zum Tod böte.¹⁰² Zu bedenken ist auch, dass bei dieser Auslegung die Altersgrenze und (eventuell mehrere) Befristungen zusammenkommen. Schließlich ist bei der inhaltlichen Bewertung der Differenzierung zu berücksichtigen, dass die bei der Altersgrenzenregelung für die milde Beurteilung durch die Rechtsprechung angeführten typisierenden Gesichtspunkte bei der Beurteilung des Sachgrunds für die Befristung nicht gelten könnten, denn es geht hier um die Befristungsabrede im konkreten Fall.¹⁰³

93 EuGH, 12.10.2010 – C-499/08 – Slg. 2010, I-9343 ff. (*Andersen*).

94 EuGH, 6.12.2012 – C-152/11 – NZA 2012, 1435 ff. (*Odar*); dazu *Seiwerth*, ZESAR 2013, 319 ff.

95 Grundsätzlich zu Altersdiskriminierung und Abfindung *Grünberger*, EuZA 2011, 171 ff.

96 Siehe *Bauer/v. Medem*, NZA 2012, 945, 951 ff.; *Bauer/Gottschalk*, BB 2013, 501 ff.; *Gräf*, in: Latzel/Chr. Picker (Hrsg.), *Neue Arbeitswelt*, Tübingen 2014, S. 55 ff.; *Sediq*, NZA 2009, 524 ff.; *Stoffels*, in: Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), *Arbeiten im Alter [von 55 bis 75]*, München 2013, 53 ff. Siehe ferner die Beiträge in dem Band von *Gasche/Dahm/Kolbe* und *Hebeler*.

97 Siehe EuGH, 4.7.2006 – C-212/04 – Slg. I 2006, 6091 (*Adeneler*), Rn. 61 f.; EuGH, 10.3.2011 – C-109/09 – Slg. 2011, I-1309 (*Deutsche Lufthansa*), Rn. 30 mwN. der unionsrechtlichen Rechtsgrundlage; BT-Drs. 14/4374, S. 12.

98 Siehe BAG, 19.1.2005 – 7 AZR 115/04 – juris Rn. 38; *Gräf* (Fn. 98), S. 55, 68 f.

99 Siehe *Bauer/v. Medem* (Fn. 98), 951; *Bauer/Gottschalk* (Fn. 98), 502 ff.; *Bayreuther*, NJW 2012, 2758, 2760; *Sediq* (Fn. 98), 526 f.; Rieble ua. *Stoffels*, *Arbeiten im Alter [von 55 bis 75]* (Fn. 98), 66.

100 In diesem Sinn namentlich *Sediq* (Fn. 98), 526; *Stoffels* (Fn. 98), S. 53, 66.

101 Überzeugend dargelegt von *Gräf* (Fn. 98), S. 55, 70 ff.

102 Näher *Gräf* (Fn. 98), S. 55, 81.

103 Näher *Gräf* (Fn. 98), S. 55, 82 f., 87 ff.

Unionsrechtliche Bedenken und Bedenken hinsichtlich der diskriminierungsrechtlichen Zulässigkeit kommen hinzu.¹⁰⁴ Im Grunde bildet der angenommene Sachgrund des »Rentnerstatus« einen Ansatzpunkt, wie ihn die gesetzlichen Bestimmungen für die sachgrundlose Befristung formulieren.

2. Sachgrundlose Befristung

Geht man davon aus, dass die Befristung mit Sachgrund nicht möglich ist, bleibt die Frage der sachgrundlosen Befristung. Die sachgrundlose Befristung gemäß § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG scheidet, auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BAG¹⁰⁵, am Vorbeschäftigungsverbot. Die sachgrundlose Befristung wäre frühestens nach drei Jahren möglich. Das ist nicht Sinn der Sache. Möglich wäre die Weiterbeschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber im Weg der Leiharbeit oder des Werkvertrags. Diese Möglichkeiten sind wegen der Missbrauchsanfälligkeit derartiger Gestaltungen nicht ohne Risiko und hier nicht zu thematisieren. Die sachgrundlose Befristung gemäß § 14 Abs. 3 TzBfG hat tatbestandliche Voraussetzungen, die in den typischen Fallgestaltungen nicht erfüllt sind¹⁰⁶, und Zweifel an der Vereinbarkeit von § 14 Abs. 3 TzBfG mit dem Unionsrecht sind noch nicht ausgeräumt.

3. Fazit

Folgt man dem Dargelegten, ist *de lege lata* die befristete Weiterbeschäftigung von Altersrentnern nur möglich, wenn eine besondere Sachlage die befristete Weiterbeschäftigung bedingt. Gegenüber Forderungen *de lege ferenda*, die befristete Rentnerbeschäftigung zu erleichtern, ist vom hier vertretenen Standpunkt aus¹⁰⁷ große Zurückhaltung angebracht. Im Angesicht der demografischen Entwicklung sollte man sich gut überlegen, ob man wirklich eine »Rentnerbeschäftigung zweiter Klasse« durch Gesetzgebung ermöglichen möchte. Will man eine Rentnerbeschäftigung mit Qualität und Produktivität wirklich fördern, muss man nach dem Erreichen der Regelaltersgrenze Arbeitsbedingungen mit Perspektive bieten. Im Niedriglohnssektor ist gegenüber Forderungen nach einer Rentnerbeschäftigung zweiter Klasse zu bedenken, dass sich in der ökonomischen Wirkung am Arbeitsmarkt Verdrängungseffekte ergeben können, weil dann Junge mit einem Personenkreis konkurrieren, der wegen einer vorhandenen und zumindest

Teile der Existenz absichernden Rente gegenüber niedriger Bezahlung weniger empfindlich ist. Hinzu kommt, soweit nicht die sozialrechtlichen Rahmenbedingungen angepasst werden, dass die (Teilzeit-)Beschäftigung von Rentnern für Arbeitgeber betriebswirtschaftlich Kostenvorteile aufweisen kann, soweit nicht die vollen Sozialversicherungsabgaben anfallen. Ein ähnliches Phänomen begegnet bereits im Bereich der geringfügigen Beschäftigung.¹⁰⁸

Die zeitgemäße Lösung könnte am Ende darin bestehen, diejenigen Älteren, die den Wunsch nach einer weiteren Beschäftigung an der Schwelle zum Ruhestand signalisieren, zu den bestehenden vertraglichen Bedingungen weiter zu beschäftigen. Zu prüfen wäre, ob *de lege lata*¹⁰⁹ durch die Rechtsprechung oder *de lege ferenda* durch eine vorsichtige¹¹⁰ Nachjustierung des Kündigungsschutzes bei personenbedingter Kündigung wegen Leistungsabfalls oder zur Aufrechterhaltung einer ausgewogenen Personalstruktur unter Beachtung der unionsrechtlichen Rahmenbedingungen berechtigten Interessen der Arbeitgeber an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses diskriminierungsfrei Rechnung getragen werden kann und muss.¹¹¹

VIII. Thesen

1. Nach der gefestigten Rechtsprechung von BAG und EuGH sind Altersgrenzenregelungen, die auf das Rentenalter abstellen, rechtmäßig, so dass die Rechtsfrage für die Praxis geklärt ist. Bedenken in Bezug auf die Verhältnismäßigkeit lassen sich jedoch aufrechterhalten; da die Weiterarbeit über das Erreichen der Regelaltersgrenze hinaus kein Massenphänomen ist, lassen sich eine sachgerechte und berechenbare Personal- und Nachwuchsplanung und eine gerechte »Arbeitsplatzrotation« auch ohne starre Altersgrenze durch mildere Mittel verwirklichen.

104 Siehe nochmals Gräf (Fn. 98), S. 55, 84 ff., 87 ff.

105 BAG, 6.4.2011 – 7 AZR 716/09 – AP TzBfG zu § 14 TzBfG Nr. 82; BAG, 21.9.2011 – 7 AZR 375/10 – AP TzBfG zu § 14 TzBfG Nr. 86.

106 Näher Gräf (Fn. 98), S. 55, 62 ff.

107 Siehe Waltermann (Fn. 92), 828 f.; Maschmann-Waltermann, Rigidität und Flexibilität im Arbeitsrecht (Fn. 36), S. 105, 116 ff.

108 Siehe dazu Waltermann (Fn. 53), Bd. I, 2010, S. B 38 f.

109 Siehe Bayreuther (Fn. 101), 2758 ff.

110 Siehe Gräf (Fn. 98), S. 55, 93 ff.

111 Strenger Preis (Fn. 20), S. B 90.

2. Mit dem Instrument der Betriebsvereinbarung können Altersgrenzen entgegen der ständigen Rechtsprechung des BAG nicht gestaltet werden.
3. Besondere Herausforderungen auch im Themenzusammenhang von »Altersgrenzen und Altersrenten« liegen im Niedriglohnsektor. Anders als heute wird es morgen eine beträchtliche Zahl von nicht hinreichend abgesicherten Altersrentnern geben.
4. Altersvorsorge durch Versicherung setzt Arbeit mit einem Ertragsvolumen voraus, welches eine durch Beitragszahlung abgebildete ausreichende Altersvorsorge sicherstellt. Der von der Bundesregierung zum 1.1.2015 geplante flächendeckende gesetzliche Mindestlohn von 8,50 € wird zu einer Stabilisierung der Erträge aus abhängiger Beschäftigung beitragen.
5. Die im Koalitionsvertrag vorgesehene »solidarische Lebensleistungsrente« folgt einem mit der Versicherungskonzeption des deutschen Sozialrechts nicht in Einklang stehenden versorgungsstaatlichen Modell. Darin liegt eine von der nächsten Generation zu finanzierende Notlösung. In erster Linie müsste in der Gegenwart niedrigen Erträgen aus Arbeit (und aus Kleiner Selbstständigkeit) entgegengewirkt werden.
6. Die Vorsorge durch eine umlagefinanzierte Versicherung, wie sie die gesetzliche Rentenversicherung in Deutschland verkörpert, hat gegenüber einer steuerfinanzierten Aufstockung niedriger Renten, wie sie die Lebensleistungsrente des Koalitionsvertrags vorsieht, beträchtliche Vorteile.
7. Für alle Bereiche der Kleinen Selbstständigkeit muss Altersvorsorge zur Pflicht werden; der Koalitionsvertrag enthält hierzu (anders als der Koalitionsvertrag der 17. Legislaturperiode) keine Vereinbarung.
8. Eine Freigabe der arbeitsrechtlichen Altersgrenzen (durch Änderung des gesetzlichen Rechtsrahmens oder Änderung namentlich der Tarifverträge) wäre sinnvoll und praxistauglich möglich. Die demographische Entwicklung legt es nahe, bessere rechtliche und tatsächliche Bedingungen für die Beschäftigung Älterer zu schaffen.
9. Die Möglichkeiten der Beschäftigung Älterer nach dem Erreichen der Altersgrenze in einem befristeten Arbeitsverhältnis sind begrenzt.

Auslegung und Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht

Monographie von Rolf Wank, 2013, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 406 S. (ISBN 978-3-8329-6826-7), 98 €, erschienen als Band 130 der Schriftenreihe »Arbeits- und Sozialrecht«

Fragen der juristischen Methode und Dogmatik haben Konjunktur. Pars pro toto sei nur an die Tagung der Zivilrechtslehrervereinigung »Methoden des Privatrechts« 2013 in Würzburg und das Eröffnungssymposium des Instituts für Bürgerliches Recht der Universität Heidelberg »Zur Integrationskraft zivilrechtlicher Dogmatik« am 3.5.2013¹ erinnert. Gerade für das Arbeitsrecht als Sonderprivatrecht ist eine ständige Rückbesinnung auf das gemeinsame Fundament mit dem Bürgerlichen Recht, übergeordnete Wertungen und Prinzipien des Privatrechts und allgemeine Grundsätze der Methodenlehre unverzichtbar, um die Entwicklung einer sowohl für den nicht spezifisch arbeitsrechtlich geschulten Juristen als auch den rechtsunterwor-

fenen Bürger nicht mehr verständlichen Spezialistendogmatik und die Entstehung juristischer Insellösungen zu verhindern, die Wertungswidersprüche und Systembrüche innerhalb der Gesamtrechtsordnung begünstigen. Einen gewichtigen Beitrag zu der wiederbelebten Debatte liefert das im letzten Jahr erschienene Werk von *Rolf Wank* zur »Auslegung und Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht«.

Der Titel der Schrift zeugt von Understatement. Natürlich steht das Verhältnis zwischen der Auslegung und Anwendung von Rechtsquellen und ihrer Fortbildung im Zentrum der Überlegungen des Autors und tatsächlich greift er zur Illustration fast ausschließlich auf arbeitsrechtliche Beispiele zurück. Allein diese Kernfrage ist von so immenser praktischer Bedeutung und wissenschaftlicher Tiefe, dass sie eine monographische Behandlung rechtfertigt. Was genau noch die der Ermittlung und zulässigen Ergänzung des Inhalts einer Rechtsquelle dienende, dem Rechtsanwender zugewiesene Auslegung und was schon eine die Auslegung überstei-

¹ Dazu *Bieder*, NZA 2013, 998 ff.

gende, grundsätzlich dem Gesetzgeber vorbehaltene Rechtsneuschöpfung darstellt, ist häufig nicht nur im Einzelfall schwer zu entscheiden, sondern berührt grundsätzliche Probleme der Gewaltenteilung im demokratischen Rechtsstaat und der Kompetenzabgrenzung insbesondere zwischen Judikative und Legislative. Wie eine solche Auslegung de lege artis zu betreiben ist, welche zusätzlichen Anforderungen an eine darüber hinausgreifende Rechtsfortbildung zu stellen sind und welche Kontrollbefugnisse das BVerfG gegenüber den Fachgerichten besitzt – all dies behandelt *Wank* ebenso umfassend wie fundiert. Dass sich sein Blick insoweit auf das Arbeitsrecht fokussiert, leuchtet unmittelbar ein. Hier existiert, wie *Wank* selbst konstatiert², vor allem, aber nicht nur im kollektiven Bereich, eine für die Privatrechtsordnung atypische Dichotomie von Spezialgesetzen wie dem Bundesurlaubs- oder Arbeitszeitgesetz mit einer hohen sachlichen Regelungsintensität einerseits und durch den Gesetzgeber gar nicht, nur ausschnittsweise oder lediglich durch Generalklauseln determinierte Materien wie das Arbeitskampf-, Tarifvertrags- oder Kündigungsschutzrecht andererseits. Insbesondere im letztgenannten Bereich, aber auch aufgrund der immer wieder gescheiterten Kodifikation eines Arbeitsvertragsgesetzes, ist angesichts eines traditionell politisch uneinigen Gesetzgebers das Bedürfnis für eine gesetzvertretende Rechtsfortbildung durch den Richter ebenso unabweisbar wie die Gefahr virulent, dass ein demokratisch nicht legitimer Regelschöpfer gesamtgesellschaftlich nicht konsensfähige Konfliktlösungen vorgibt.

Die Ausführungen von *Wank* greifen über diese Probleme jedoch weit hinaus. Über das Verhältnis von der Auslegung zur Rechtsfortbildung lassen sich naturgemäß nur dann verlässliche Angaben machen, wenn Klarheit über die für die Auslegung geltenden Methoden herrscht. Insoweit sind im arbeitsrechtlichen Kontext Besonderheiten zu bedenken. Dort existieren neben den im Privatrecht geläufigen verfassungsrechtlichen, einfachgesetzlichen und vertraglichen Vorgaben auch rechtsgebietspezifische Gestaltungsfaktoren wie Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen, deren Sinnermittlung nicht notwendig denselben Regeln folgen muss, wie denjenigen für Gesetze oder Verträge. Zudem unterscheidet sich das Arbeitsrecht in seiner traditionellen Wahrnehmung als Arbeitnehmerschutzrecht, das durch eine unterlegene Rolle des Beschäftigten, die daraus resultierende Notwendigkeit einer Gegenmachtbildung durch Kollektive als Ausgleich für individuelle Störungen des Verhandlungsgleichgewichts und allgegenwärtige, durch

die Grundrechte der Vertragsparteien determinierte Abwägungsentscheidungen geprägt wird, scheinbar deutlich von anderen Bereichen des Privatrechts. Auf all diese und viele weitere Gesichtspunkte sowie deren Konsequenzen geht *Wank* im Grundlagenteil bei der Frage ein, ob es »eine besondere arbeitsrechtliche Methode« gibt.³ Dabei pendelt sein Blick ständig zwischen den allgemeinen Lehren, etwa zur Wirkungsweise der Grundrechte zwischen Privatrechtssubjekten, der Feststellung von Regelungslücken oder dem Kanon anerkannter Auslegungskriterien, und den Besonderheiten des Arbeitsrechts. Eine vergleichbar umfassende Einführung findet sich zur Rechtsfortbildung⁴, so dass das vorliegende Werk die arbeitsrechtliche Methodenlehre in voller Breite entfaltet. Es ersetzt dem Studierenden wie dem interessierten Praktiker daher sehr weitgehend einen Grundriss zur Methodenlehre. Trotz der beschriebenen Besonderheiten treten viele der detailliert erörterten Konflikte aus dem Arbeitsleben, etwa soweit es die Grenzen der Meinungsäußerungsfreiheit, das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen oder den Vertrauensschutz bei der Rückwirkung von Rechtsquellen betrifft, in gleicher oder ähnlicher Weise im Gewande herkömmlicher Zivilrechtsfälle auf. Viele der gewonnenen Erkenntnisse lassen sich daher, obgleich *Wank* diesen Anspruch gar nicht formuliert, für das allgemeine Privatrecht fruchtbar machen.

Die insgesamt kritische Grundhaltung, die *Wank* gegenüber einer Beeinflussung der herkömmlichen Methodik durch die Besonderheiten des Arbeitsrechts erkennen lässt, ist ebenso überzeugend wie die meisten Einzelthesen. Dass auch im arbeitsrechtlichen Kontext bei der Auslegung »die gleiche Distanz zu beiden Vertragsparteien« zu wahren⁵, für das Eingriffsverhältnis zwischen Staat und Bürger entwickelte Vorstellungen über Grundrechtswirkungen nicht unbesehen auf das Gleichordnungsverhältnis zwischen Privatrechtssubjekten übertragbar seien⁶ und im kollektiven Arbeitsrecht Auslegung und Rechtsfortbildung auch dem Schutz des Einzelnen vor dem Kollektiv dienen⁷, lässt sich ohne Weiteres unterschreiben. Andere Aussagen fordern Widerspruch heraus: So mag man zB. bezweifeln, ob die von

2 *Wank*, S. 31.

3 *Wank*, S. 31-102.

4 *Wank*, S. 102-137.

5 *Wank*, S. 65.

6 *Wank*, S. 39 ff.

7 *Wank*, S. 51, 58 f.

Wank propagierte »rangkonforme Auslegung« arbeitsrechtlicher Rechtsquellen⁸ für das Problem, wie und mit welchem Gewicht verfassungsrechtliche Wertungen in das Rechtsverhältnis zwischen Privaten transportiert werden können, tatsächlich gegenüber den herkömmlichen Lehren der Grundrechtsdogmatik einen Zugewinn an inhaltlicher Trennschärfe bietet. Jedenfalls nivelliert die unter diesem Stichwort vorgeschlagene Unterscheidung zwischen »rangkonformer Auslegung als Inhaltskontrolle« und »rangkonformer Auslegung als Inhaltsbestimmung«⁹ den fundamentalen Gegensatz zwischen Auslegung und Inhaltskontrolle. Bei der Auslegung insbesondere, aber nicht nur der Individualverträge wird damit naturgemäß das Risiko erhöht, dass der Rechtsanwender mit Fiktionen eines rechtspolitisch erwünschten Parteiwillens arbeitet, statt – dem Gebot der Methodenehrlichkeit entsprechend – einen höherrangigen Rechtsquellen widersprechenden Willen offen im Wege der Inhaltskontrolle zu korrigieren. In der Theorie nachvollziehbar, in der Rechtsanwendung indes nur bedingt praktikabel erscheinen auch die Forderungen, im Rahmen der Auslegung auf die »mögliche Wortbedeutung als Kriterium ganz zu verzichten« und stattdessen auf die »juristisch-teleologische Wortbedeutung« abzustellen¹⁰, dem Zweck des Gesetzes den Vorrang gegenüber den übrigen Auslegungskriterien zuzuweisen¹¹ und für die Abgrenzung zwischen Interpretation und Fortbildung des Rechts auch auf den im Entscheidungszeitpunkt erreichten Meinungsstand zur Bedeutung der in Rede stehenden Vorschrift zurückzugreifen.¹² Ersteres birgt die Gefahr, die Auslegung bereits durch das Vorverständnis des Interpreten zu belasten. Letzteres ist angesichts der ständig anschwellenden Flut veröffentlichter Entscheidungen und Publikationen immer schwerer zu leisten. Die These, dass der Gesetzeszweck das vorrangige Auslegungskriterium sei, wenn die einzelnen Kriterien für unterschiedliche Deutungen in Anspruch genommen werden können, täuscht schließlich – dies illustriert die von *Wank* präsentierte Rechtsprechungsanalyse – darüber hinweg, dass das Gewicht der einzelnen Aspekte im konkreten Konflikt je nachdem, wie eindeutig zB. Gesetzeswortlaut oder Materialien formuliert sind, höchst verschieden sein kann. Dass divergierende Deutungsvarianten gleichberechtigt nebeneinander stehen und es eines Rangverhältnisses der einzelnen Auslegungskriterien bedarf, ist deshalb idR. ein rein akademischer Fall. Letztlich erscheint es zu eng, eine richterliche Rechtsfortbildung dann pauschal für unzulässig zu erklären, wenn »ein Konsens in der Rechtsgemeinschaft im Hinblick auf die zu regelnde

Frage fehlt.«¹³ Denn dies ist – jedenfalls im kollektiven Arbeitsrecht – die Regel und häufig der Grund, warum der Gesetzgeber untätig bleibt.

Das Herzstück der Monographie bildet eine breit angelegte Fallanalyse, in der *Wank* fast fünfzig Entscheidungen des BVerfG unter methodischen Gesichtspunkten mit den zuvor von den Instanzgerichten oder dem BAG gefällten Sach- oder Vorlageentscheidungen vergleicht.¹⁴ Das ausgewertete Material ist sowohl mit Blick auf die Fülle der behandelten Sachfragen – trotz einer klar erkennbaren Schwerpunktsetzung im kollektiven Arbeitsrecht ist nahezu jede andere Spezialmaterie vertreten – als auch die von der Untersuchung umfasste Zeitspanne, die von 1964 bis heute reicht, beeindruckend. Die Einzelbetrachtungen sind chronologisch geordnet und jeweils zu Beginn mit prägnanten, in der Gliederung des Buchs wiedergegebenen Stichworten zu den Schwerpunkten der Entscheidungen versehen. Sie bieten Zusammenfassungen der jeweiligen Entscheidungssachverhalte und tragenden Erwägungen der Gerichte, umfassende Stellungnahmen zu den methodischen Fragen und nötigenfalls weiterführende Hinweise zur materiellen Rechtslage, den prozessualen Besonderheiten des verfassungsgerichtlichen Verfahrens oder einer späteren Rechtsentwicklung. All dies ermöglicht eine schnelle Einordnung der Beispiele in den Gesamtkontext und erlaubt auch dem Leser, der lediglich Einzelfragen vertiefen und das umfangreiche Werk nicht vollständig zu Rate ziehen kann, einen zielgenauen Zugriff. Insbesondere für die juristische Ausbildung kann dieser Part, in dem *Wank* die zuvor allgemein entfalteten Methoden musterergütig anhand der einzelnen Fallbeispiele durchexerziert, nicht nur die Funktion eines »Casebooks Arbeitsrecht« übernehmen, da unzählige Klassiker der BAG-Rechtsprechung Erwähnung finden, sondern durch den Vergleich der eigenen Überlegungen mit den Ausführungen des Autors eine hervorragende Schule der juristischen Argumentation bieten.

Angesichts all dieser Vorzüge und der Größe der Aufgabe, die sich *Wank* gestellt hat, fällt es schwer, überhaupt Kritik zu formulieren. Bei der Herangehensweise an das

⁸ *Wank*, S. 48 ff. und 78 ff.

⁹ *Wank*, S. 49.

¹⁰ *Wank*, S. 74.

¹¹ *Wank*, S. 86.

¹² *Wank*, S. 67 ff.

¹³ *Wank*, S. 135, für Einzelbeispiele auch S. 149, 178.

¹⁴ *Wank*, S. 138–363.

Thema und der Systematisierung des Fallmaterials könnte man etwa ergebnislos darüber diskutieren, ob eine nach Teilgebieten des Arbeitsrechts, bestimmten Sachproblemen (wie der Rückwirkung von Rechtsquellen) oder einzelnen Grundrechten geordnete Darstellung der gewählten chronologischen Aufarbeitung überlegen wäre. Da *Wank* zu Recht für einzelne Grundrechte, wie die Meinungsfreiheit oder das Selbstbestimmungsrecht kirchlicher Arbeitgeber, eine Sonderstellung in der Rechtsprechung des BVerfG konstatiert¹⁵, ließen sich solche Gemeinsamkeiten im direkten Vergleich einschlägiger Urteile sicher leichter erkennen und für den Leser einfacher nachvollziehen. Der Preis hierfür wäre freilich, dass die klar herausgearbeiteten Entwicklungslinien in der Rechtsprechung, etwa zur »Kernbereichslehre« im Kontext der Koalitionsfreiheit oder dem arbeitskampfrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip, aus dem Blick gerieten, obwohl diese nach den Prämissen des Autors entscheidendes Gewicht für die Grenzziehung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung besitzen.

Möglicherweise wird auch der eine oder andere Leser Ausführungen zu dem immer bedeutenderen europäischen Arbeitsrecht und dessen Methodik vermissen. Das Werk beschränkt sich insoweit auf einige kurze Anmerkungen¹⁶, obwohl im Schrifttum zur Methodenlehre die europäische Perspektive immer größeren Raum einnimmt.¹⁷ Es wäre sicher sehr fruchtbar gewesen, zu untersuchen, ob es für die Auslegung und Fortbildung der zahlreichen arbeitsrechtlichen Sekundärrechtsakte bereits Ansätze einer eigenständigen Methode gibt, welche speziellen methodischen Anforderungen bei der notwendigen Transformation europäischer Vorgaben in das nationale Recht zu beachten sind und welche Rolle der EuGH nach seinem Selbstverständnis im Vergleich zu den nationalen Fach- und Verfassungsgerichten spielt. In das didaktische Konzept, das *Wank* seiner Arbeit zugrunde legt, wären diese Gesichtspunkte kaum zu integrieren gewesen. Den besonderen Wert des Buchs macht gerade die Gegenüberstellung des fach- und des häufig abweichenden verfassungsgerichtlichen Blickwinkels auf denselben Sachverhalt aus. Passende Fälle, in denen sowohl die Fachgerichte als auch das BVerfG entschieden haben, sind bereits im nationalen Recht selten. Sachverhalte, zu denen neben den nationalen Akteuren noch der EuGH zu Wort kam, sind hingegen naturgemäß singulär und damit keine taugliche Basis für die von *Wank* verwendete Untersuchungsmethode. Dies beruht zunächst darauf, dass in der Rechtspraxis nach einer Vorlage zum EuGH fast nie das

BVerfG angerufen wird und die Erfolgsaussichten eines solchen Verfahrens angesichts der Selbstbeschränkung der Prüfungskompetenz des BVerfG eher theoretischer Natur wären. Das Fehlen passender Parallelfälle ist zugleich die Folge der pointillistischen Rechtssetzung auf dem Gebiet des europäischen Arbeitsrechts, die nur punktuell ein ungebremster Motor für die Entwicklung der nationalen Jurisdiktionen ist, etwa beim Betriebsübergang, dem Antidiskriminierungs-, Befristungs- und Urlaubsrecht, in anderen Bereichen, zB. dem Kündigungsschutz, der Vertragsinhaltskontrolle oder weiten Teilen des kollektiven Arbeitsrechts, hingegen kaum in Erscheinung tritt. Ebenso wie im Einführungspart sind es auch hier Details, die zu Anmerkungen und Ergänzungen anregen. Wenn *Wank* etwa dem Selbstbestimmungsrecht kirchlicher Arbeitgeber bei der Verfassungsauslegung und -fortbildung eine Sonderstellung zuweist, da dort der Geltungsbereich des Grundrechts durch seinen Träger weitgehend autonom definiert werde¹⁸, ist das sicher ebenso richtig wie die hiergegen gerichtete Kritik treffend. Gleiches gilt aber in der Sache auch für zentrale Bereiche des Arbeitskampfrechts, da dort den Koalitionen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitskontrolle ganz weitgehend Beurteilungsspielräume und Einschätzungsprärogativen in Bezug auf die Auswahl und die zu prognostizierende Effektivität einzelner Kampfmittel zugestanden werden.¹⁹

Die abschließende »Systematische Auswertung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Richterrecht im Arbeitsrecht« fällt in Relation zum breiten methodischen Einführungsteil und den umfangreichen Fallstudien kurz aus und liefert ein vergleichsweise buntes Bild.²⁰ *Wank* gliedert diesen Teil in drei Schritte zur Auslegung, zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit und zur Kernfrage der Arbeit, der Rechtsfortbildung. Zum ersten Aspekt hebt er nochmals hervor, dass die Auslegung arbeitsrechtlicher Gesetze sowohl der Inhaltsbestimmung als auch, wenn Zweifel an ihrer Verfassungsgemäßheit bestehen, der Inhaltskontrolle dienen kann. Bei der Überprüfung dieser Auslegung durch das

15 *Wank*, S. 223 ff., 367.

16 *Wank*, S. 80 f., 354 f.

17 Statt vieler *Hager*, Rechtsmethoden in Europa, 2009; *Höpfner/Rüthers*, Grundlagen einer europäischen Methodenlehre, AcP 209 (2009), 1 ff.; *Langenbucher*, Europarechtliche Methodenlehre, in: dies. (Hrsg.), Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2. Aufl., Baden-Baden 2008.

18 *Wank*, S. 223 ff.

19 Vgl. *Bieder*, NZA 2008, 799 ff.

20 *Wank*, S. 363 - 377.

BVerfG sei zwischen drei Bereichen zu differenzieren: Bei der Auslegung der Grundrechte und der Anwendung verfassungsrechtlicher Prinzipien – den insoweit geläufigen Begriff des »spezifischen Verfassungsrechts« hält *Wank* für wenig hilfreich – unterliege die Auslegungstätigkeit des Fachrichters einer vollständigen Kontrolle durch das BVerfG. Bei der Ermittlung des Sinns von »spezifischem Arbeitsrecht« scheidet eine solche Überprüfung hingegen aus, da das BVerfG nach seinem, durch die Fallanalyse eindrucksvoll untermauertem Selbstverständnis keine Superrevisionsinstanz sei. Diffizil sei die Abstimmung der fach- und verfassungsgerichtlichen Tätigkeit im Bereich zwischen diesen Extremen, in dem – vor allem bei der Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe und der Anwendung von Generalklauseln – das Risiko bestehe, dass der Rechtsanwender die Grenzen legitimer Auslegung überschreite und in der Sache Rechtsfortbildung betreibe. Insoweit sieht sich *Wank* durch die Fallanalyse in seiner These bestätigt, dass dieselben Erkenntnisse für die Überprüfung von Urteilen und Gesetzen gelten. Dabei sei die verfassungsrechtliche Kontrolldichte und der Kontrollmaßstab unterschiedlich je nachdem, ob ein Eingriff oder eine Ausgestaltung eines Grundrechts in Rede steht und ob Grundrechte bei der Auslegung von Individualabreden, Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen zu beachten sind. Zum zweiten Gesichtspunkt, der Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Urteilen und Gesetzen, stellt *Wank* die Bedeutung der Unterscheidung zwischen vor- und nachkonstitutionellem Recht bei der Prüfung, Befugnisse der Grundrechtsträger wie zB. der Kirchen zur autonomen Definition des Schutzbereichs von Grundrechten sowie den Umstand heraus, dass die Verfassungsverstöße von Gesetzen ganz unterschiedliche Rechtsfolgen – Nichtigkeit, Verfassungswidrigkeit und Verfassungsgemäßheit mit einer Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers – haben können. Zum Dritten, der Zulässigkeit einer Rechtsfortbildung und ihrer Abgrenzung von der Auslegung, unterstreicht *Wank* schließlich den Wert einer klaren, vor allem zwischen der Frage nach der Kompetenz zur Rechtsfortbildung und dem »Ob« und dem »Wie« der Fortbildung differenzierenden Strukturierung der Gedankenarbeit. Für den praktisch bedeutsamen Bereich der Fortbildung des Arbeitskampfrechts sei zwischen der originär dem BVerfG zugewiesenen Auslegung der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG), den vom BAG entwickelten Grundsätzen und systemtragenden Überlegungen zum Arbeitskampfrecht, etwa zur Zulässigkeit von

Aussperrungen oder der Verhältnismäßigkeitskontrolle von Kampfmaßnahmen im Allgemeinen, und schließlich der Lösung von Einzelfragen aufgrund dieser Systemerwägungen zu unterscheiden, zB. ob ein Betriebsratsmitglied ausgesperrt oder Beamte zur Streikarbeit herangezogen werden dürfen. Auf der zweiten Stufe handle es sich um Akte der Rechtsfortbildung, auf der dritten Ebene um solche der Auslegung.

Von der Warte des Verfassungsrechts betrachtet, sind die meisten dieser Erkenntnisse nicht neu. Einen Erkenntnisfortschritt bietet das Werk *Wanks* jedoch durch den Nachweis, dass derartige Wertungen auch für die Konfliktlösung im Arbeitsrecht nachweisbar sind. Dabei lassen die Überlegungen ehrlicherweise deutlich anklagen, dass sich die Erkenntnisse idR. nur auf wenige oder vereinzelte Judikate stützen lassen. Dass sie nicht in der Breite abgesichert sind, bei der Systematisierung des Fallmaterials gewisse Brüche auftreten und auch die Grenze zwischen Auslegung und Fortbildung des Rechts nicht in verallgemeinerungsfähiger Form punktgenau beschrieben wird, kann *Wank* kaum angelastet werden. Gleiches gilt mit Blick darauf, dass die einleitend beschriebenen – vermeintlichen und tatsächlichen – Besonderheiten des Arbeitsrechts in der Gesamtbewertung allenfalls punktuell wieder aufgegriffen²¹ und nicht daraufhin untersucht werden, ob sie die Methodik des Arbeitsrechts wirklich nennenswert beeinflussen. Beides ist schlicht der Natur des Themas und dem zur Verfügung stehenden Fallmaterial geschuldet: Zu klein ist der Kreis von Parallelentscheidungen der Fachgerichte und des BVerfG, zu kurz und zu wenig dezidiert sind die Ausführungen der Judikative zu methodischen Fragen.

Insgesamt handelt es sich – gerade weil bei der Abgrenzung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht noch so vieles im Dunkeln liegt – bei dem besprochenen Werk um ein ebenso lesenswertes wie leicht lesbares Buch, das Brüche und Fehlentwicklungen in der arbeitsrechtlichen Methodik klar aufzeigt, das einschlägige Fallmaterial akribisch zusammenträgt, es übersichtlich ordnet und eine Vielzahl von Denkanstößen liefert. Ihm ist eine große Resonanz, eine breite Leserschaft vom Studierenden bis hin zum versierten Praktiker und ein Platz unter den Standardwerken der Methodenlehre im Arbeitsrecht zu wünschen.

Privatdozent Dr. Marcus Bieder,
Universität Heidelberg

21 Vgl. *Wank*, S. 54 f.; für die Fortbildung einer Betriebsvereinbarung auch S. 275.

Zusammenfassungen

Däubler: Entgrenzung der Arbeit – ein Problem des Arbeitsrechts

SR SR 2/2014, S. 45–65

Der Verfasser befasst sich mit dem Verhältnis von Arbeit und Freizeit im deutschen Arbeitsrecht. Dazu nimmt er das Recht der Arbeitszeit und das Recht des Arbeitsortes in den Blick und untersucht, inwieweit Freizeitverhalten Relevanz für die vertragsrechtliche Lage hat. Er beschreibt Trends zur Grenzverschiebung und erörtert Möglichkeiten, dem entgegenzuwirken.

Waltermann: Altersgrenzen und Altersrenten

SR SR 2/2014, S. 66–83

Der Autor betont, dass die Altersversorgung durch die gesetzliche Rentenversicherung den Ertrag aus privater Beschäftigung bildet. Künftigen Versorgungslücken soll durch hinreichenden Ertrag der Arbeit begegnet werden, statt durch steuerfinanzierte Rentenaufstockungen. Der Mindestlohn sei daher erforderlich, arbeitsrechtliche Altersgrenzen wüssten ebenso infrage gestellt werden wie die sozialversicherungsrechtliche Sonderstellung von »Minijobs«.

Abstracts

Däubler: Work without frontiers – a labour law problem

SR SR 2/2014, p. 45–65

The author deals with questions regarding work and leisure in German labour law. He focuses on the laws regarding working hours and the work place and discusses the relevance of leisure activities for the contractual relationship with the employer. He describes the trend of breaking the barriers between work and leisure and makes suggestions on how to avoid this.

Waltermann: Age limits and old age pensions

SR SR 2/2014, p. 66–83

The author emphasises that the social security system results from the institution of private employment. Shortcomings should be met with the returns gained through private employment and not with pension increases financed by tax. A minimum wage is therefore a necessity. Age limits according to labour law and the anomalous status of so called »minijobs« in social security law must be re-evaluated.

Vorschau | In der nächsten Ausgabe »Soziales Recht« lesen Sie:

Abhandlungen

- *Wolfgang Spellbrink: Das Recht der Berufskrankheiten – Bilanz, Probleme, Perspektiven*
- *Wolfgang Koberski: Geplante Reformen der EU-Kommission und deren mögliche Auswirkungen auf Betriebsrenten*
- *Christine Trampusch: Strukturen der tariflichen Altersvorsorge im internationalen Vergleich*

Rezensionsaufsätze

- *Kolbe, Sebastian, Mitbestimmung und Demokratieprinzip (Hans Hanau)*
- *Bieback, Karl-Jürgen, Sozial- und verfassungsrechtliche Aspekte der Bürgerversicherung (Felix Welti)*