

Abteilung Arbeitsrecht

Professor Dr. Volker Rieble und Dr. Steffen Klumpp, ZAAR München

Arbeitsrecht zwischen Markt und gesellschaftspolitischen Herausforderungen

I. Alte und neue Probleme

1. Themenwahl

Die arbeitsrechtliche Abteilung des DJT nimmt sich unter der Überschrift „Arbeitsrecht zwischen Markt und gesellschaftspolitischen Herausforderungen“ zweier Themen an, die lange schon diskutiert werden, aber nichts an Aktualität eingebüßt haben. Wie die besonderen Gegebenheiten kleiner und mittelständischer Unternehmen im Arbeitsrecht Berücksichtigung finden können, wurde bereits 1978 von *Zöllner*¹ und 2000 von *Peter Hanau*² begutachtet. Die arbeitsrechtlichen Aspekte der Vereinbarkeit von Familie und Beruf wurden bereits 1974³ und zuletzt 1994⁴ besprochen.

Allein es ist kein Schaden, sich wiederum mit den Themen zu befassen. Die kleineren und mittleren Unternehmen (KMU) werden als das wirtschaftliche Rückgrat der Bundesrepublik angesehen und ein Blick auf die Beschäftigungszahlen belegt dies⁵. Dabei tritt gerade in der Diskussion um die Schwellenwerte – wie nicht zuletzt die Diskussion um § 23 KSchG n.F. gezeigt hat⁶ – die Frage in den Vordergrund, wieviel Regulierung die kleineren Unternehmen verkraften.

1 Sind im Interesse einer gerechteren Verteilung der Arbeitsplätze Begründung und Beendigung der Arbeitsverhältnisse neu zu regeln?, Gutachten D für den 52. DJT 1978.

2 Welche arbeits- und ergänzenden sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit? Gutachten C für den 63. DJT 2000.

3 *Löwisch/Gitter/Mennel*, Welche Maßnahmen sind vordringlich, um die tatsächliche Gleichstellung der Frau mit den Männern im Arbeitsleben zu gewährleisten?, Gutachten D zum 50. DJT 1974; Kurzzusammenfassung NJW 1974, 1987.

4 *Birk*, Welche Maßnahmen empfehlen sich, um die Vereinbarkeit von Berufstätigkeit und Familie zu verbessern?, Gutachten zum 60. DJT 1994; Kurzzusammenfassung NJW 1994, 3009.

5 Nach einer Studie des Institutes für Mittelstandsforschung Bonn waren im Jahre 2003 in den mittelständischen Unternehmen (d.h. in Unternehmen mit weniger als 500 Arbeitnehmern und einem Umsatz von weniger als 50 Millionen Euro) 19,98 Mio Beschäftigte angestellt, hinzu kamen 1,25 Millionen Auszubildende. Das sind 70,2% aller Beschäftigten und 82,7% aller Auszubildenden. Veröffentlicht unter <http://www.ifm-bonn.org/dienste/daten.htm> (Stand: 19. 7. 2004).

6 Siehe nur *Löwisch NZA* 2003, 689, 692; *Bauer/Preis/Schunder NZA* 2003, 704, 706.

Dies gilt umso mehr, als gerade im Bereich der KMU ein erhebliches Beschäftigungspotential gesehen wird⁷.

Schließlich: Gerade für Kleinunternehmer ist die unternehmerische Betätigung echter Beruf, weswegen in Ermangelung spezieller Rücksichtnahmegebote im deutschen Recht⁸ deren Berufsfreiheit gegen übermäßige Gängelung zu aktivieren ist. Mit Blick auf uferlose Verhältnismäßigkeitswägungen lassen sich hieraus zwar wenig konkrete Folgerungen ableiten. Dennoch gilt: der Schutz der kleinen Unternehmen dient nicht nur dem Gemeininteresse an mehr Beschäftigung. Er gilt gerade auch dem Unternehmer als Person. Eine „Materialisierung“ des Arbeitsrechts in Abkehr von der typisierenden Gleichbehandlung nimmt deshalb auf diese „Einzelschicksale“ mehr Rücksicht.

Freilich gilt aus der Sicht der Arbeitnehmer, daß ein Schwellenwert oder jede andere Differenzierung nach der Unternehmensgröße zu einer Trennung von „vollgeschützten“ Arbeitnehmern bei größeren Unternehmen, die das gesamte arbeitsrechtliche Schutzarsenal zu berücksichtigen haben, und solchen Arbeitnehmern, die – weil bei einem kleineren Unternehmer beschäftigt – nur eingeschränkt geschützt werden, führt. Die Frage nach der Rechtfertigung dieser Trennung und vor allem danach, welcher Bereich des Arbeitnehmerschutzes „schwellerwertfest“, also auch von kleinen, wirtschaftlich weniger belastbaren Arbeitgebern unbedingt einzuhalten ist, ist noch nicht zufriedenstellend beantwortet.

7 Siehe nur Informationen zur Mittelstandsoffensive „pro Mittelstand“ des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit, abzurufen unter <http://www.bmwa.bund.de/Navigation/Wirtschaft/Mittelstandspolitik/mittelstandsoffensive.html> (Stand: 19. 7. 2004).

8 Art. 164 WRV: „Der selbständige Mittelstand ... ist in Gesetzgebung und Verwaltung zu fördern und gegen jede Überlastung und Aufsaugung zu schützen.“ Art. 153 BayVerf: „Schutz der Klein- und Mittelstandsbetriebe. Die selbständigen Kleinbetriebe und Mittelstandsbetriebe in Landwirtschaft, Handwerk, Handel, Gewerbe und Industrie sind in der Gesetzgebung und Verwaltung zu fördern und gegen Überlastung und Aufsaugung zu schützen. Sie sind in ihren Bestrebungen, ihre wirtschaftliche Freiheit und Unabhängigkeit sowie ihre Entwicklung durch genossenschaftliche Selbsthilfe zu sichern, vom Staat zu unterstützen. Der Aufstieg tüchtiger Kräfte aus nichtselbständiger Arbeit zu selbständigen Existenzen ist zu fördern.“ Art. 137 Abs. 2 Satz 2 EGV: „Diese Richtlinien sollen keine verwaltungsmäßigen, finanziellen oder rechtlichen Auflagen vorschreiben, die der Gründung und Entwicklung von kleinen und mittleren Unternehmen entgegenstehen.“

Die Vereinbarkeit von Berufstätigkeit und Familie ist ein drängendes Problem. Dies belegen nicht nur die Zahlen der demographischen Entwicklung und die daraus resultierenden Folgen für die Sozialsysteme, sondern auch die wachsende Anzahl von weiblichen Hochschulabsolventen⁹: Lassen sich Familie und Beruf nicht vereinbaren, so kann der Arbeitsmarkt auf einen großen Teil der Absolventinnen, die sich für die Familie entscheiden, nicht oder nur in eingeschränktem Rahmen zurückgreifen. Dies ist ein Verlust an Potential von Wissen und Ideen, den sich, wie landläufig und zu Recht behauptet wird¹⁰, die Bundesrepublik nicht erlauben kann.

Sind beide Themen gleichermaßen aktuell, so unterscheiden sie sich doch in einem maßgeblichen Punkt: Differenzierungsparameter wie insbesondere Schwellenwerte schützen kleinere Unternehmen vor allzu großer Belastung durch arbeitsrechtliche Regelungen. Sie sind eine Marke, an der der Gesetzgeber die Interessen des (leistungsschwachen) Arbeitgebers denen des Arbeitnehmers vorzieht. Abzuwägen und in die zukünftigen gesetzlichen Regelungen einzubeziehen sind also primär die Interessen der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber.

Anders bei der Frage einer familiengerechten Gestaltung der Arbeitsbeziehungen. Hier hat zwar zuerst der Arbeitnehmer ein maßgebliches Interesse, aber auch und gerade der Staat und damit die Allgemeinheit (man denke nur an die Sozialversicherungssysteme). Dies anerkennt das Grundgesetz in Art. 6 Abs. 4. Ob der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin eine Familie gründen kann oder ob die berufliche Belastung dies nicht zulässt, ist nicht zuerst das Problem des Arbeitgebers. Setzt nun der Gesetzgeber familienfreundliche Regelungen durch, wie etwa den Anspruch auf Teilzeitarbeit, § 8 TzBfG, so ermöglicht dies die gesellschaftlich hocherwünschte Betreuung der Kinder durch die Eltern, belastet aber den Arbeitgeber – der für die Allgemeinheit zahlt. Die rechtliche Betrachtung muß insbesondere dieses Dreieck von Allgemeinheit, Arbeitnehmer und Arbeitgeber aufgreifen, um die Interessen in eine verfassungsfeste Auflösung zu bringen.

Auch und gerade dieser Befund belegt letztlich die Brisanz des gewählten Themas: Wie dürfen die Arbeitsvertragsparteien mit gesellschaftspolitischen Aufgaben belastet werden? Für diese Frage ist ein Deutscher Juristentag höchstwahrscheinlich nicht ausreichend.

2. Berührungspunkte

Beide Unterthemen berühren sich: zum einen auf einer höheren Ebene dort, wo es darum geht, gesellschaftliche Aufgaben durch privatrechtliche Regelungsmechanismen zu lösen. Dieser Aspekt betrifft eher den Themenkomplex Familie und Erwerbstätigkeit¹¹, aber auch die Frage, wie insbesondere vor dem Hintergrund der aktuellen Beschäftigungssituation das Beschäftigungspotential der kleineren und mittleren Unternehmen besser genutzt werden kann. Hierbei handelt es sich um einen Ausschnitt des Großthemas: Privatrecht und öffentliche Aufgaben.

Man kann es auf das Arbeitsrecht bezogen auch anders sagen: Arbeitnehmerschutz (im weitesten Sinne) kostet Geld – als Beispiel genannt seien nur die Kosten, die aus der Betriebsverfassung entstehen¹². Das Geld zahlen die Arbeitgeber. Ist es nun gerechtfertigt, diese mit weiteren Kosten zu belasten, die vielleicht eher die Allgemeinheit tragen sollte? Diese Frage stellt sich bei der Vereinbarkeit von Familie und Beruf. Oder ist es gerade gerechtfertigt, kleineren, leistungsschwachen Unternehmen nicht das Gesamtprogramm des Arbeitsschutzes aufzubürden: Diese Frage betrifft das erste Unterthema. Immer aber geht es um die Grenzen der finanziellen und organisatorischen Belastbarkeit.

Zum anderen berühren sich die Unterthemen auch ganz konkret, wenn etwa der Anspruch auf Elternteilzeitbeschäftigung nach § 15 Abs. 7 BErzGG nur dann gegeben ist, wenn der Arbeitgeber mehr als 15 Arbeitnehmer beschäftigt, § 15 Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 BErzGG. Hier zieht der Gesetzgeber die Konsequenz daraus, daß die Pflicht zur teilweisen Freistellung eines Elternteilzeit beanspruchenden Arbeitnehmers ein kleines Unternehmen in der Regel härter trifft als ein großes.

II. Differenzierung nach der „Unternehmensgröße“

1. Worum geht es?

Differenzierung nach der Unternehmensgröße erfolgt deshalb, weil kleine und mittelständische Unternehmen unterstützt werden sollen. Diese sollen ob ihrer regelmäßig geringeren wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nicht übermäßig mit Lasten beladen werden, die aus den arbeitsrechtlichen Schutzregelungen folgen.

Dabei wird – und so auch im Gutachten von *Juncker* – besonders auf die Belastungen hingewiesen, die sich aus der Anwendung des KSchG auf kleine und mittelständische Unternehmen ergeben, die über dem Schwellenwert des § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG liegen¹³. Den Arbeitgeber trifft hier bei betriebsbedingten Kündigungen nicht nur die Pflicht der Sozialauswahl, sondern ebenso das faktisch sehr hohe Risiko, sich wegen des starken Kündigungsschutzes von dem gekündigten Arbeitnehmer durch eine Abfindung gleichsam freikaufen zu müssen – auch wenn die Kündigung rechtmäßig war¹⁴. Die Folge ist zwangsläufig: Kleinere Unternehmen stellen nur mäßig begeistert neue Mitarbeiter ein¹⁵.

Auf der kollektivrechtlichen Seite wird die Frage der betriebsverfassungsrechtlichen Kosten genannt. So belaufen sich die Kosten für den Betriebsrat pro Arbeitnehmer und Jahr mittlerweile auf 650,12 €¹⁶. Diese Kosten kann ein Milliardenunternehmen sicher einfacher tragen als ein Mittelständler. Außerdem verläuft die Kostenbelastung in der Betriebsverfassung degressiv: Je mehr Mitarbeiter ein Unternehmen hat, desto geringer fällt die Betreuungsquote (Anzahl Betriebsräte je 100 Mitarbeiter) aus und desto billiger

⁹ Im Wintersemester 2002/2003 waren an den deutschen Universitäten 1.362.763 Studenten eingeschrieben, davon waren 680.640 weiblich, Statistisches Jahrbuch 2003, S. 386.

¹⁰ Siehe nur den Beschluß der Hochschulrektorenkonferenz zur familienfreundlichen Gestaltung der Hochschule, abzurufen unter <http://www.hrk.de/3364.htm> (Stand: 19. 7. 2004).

¹¹ Siehe unten unter III.

¹² Siehe dazu insgesamt *Niederhoff*, Die administrativen Kosten der Anwendung des Betriebsverfassungsgesetzes, 2004.

¹³ *Bauer/Krieger*, Kündigungsrecht Reformen 2004, S. 123.

¹⁴ Im Jahre 2002 wurden von 610.000 erledigten Verfahren, von denen rund 310.000 Bestandstreitigkeiten waren, nur 40.000 durch Urteil erledigt, *Juncker*, Gutachten zum 65. DJT 2004, S. B 53 f., Zahlenangaben nach *Grotmann-Äpfel* AuR 2003, 416.

¹⁵ Dazu *Bauer/Krieger* (Fn. 13).

¹⁶ *Niederhoff* (Fn. 12), S. 56.

wird die Betriebsverfassung – umgelegt auf das einzelne Arbeitsverhältnis.

Dabei ist man sich einig, daß „der Mittelstand“, sowohl was die aktuellen Beschäftigtenzahlen als auch was das Beschäftigungspotential betrifft, von großer Bedeutung für den Arbeitsmarkt ist. 70,2% aller Arbeitnehmer verdienen ihren Lohn bei Unternehmen, die weniger als 500 Mitarbeiter beschäftigen und so gemeinhin zum Mittelstand gerechnet werden¹⁷. Aber auch jenseits dieser rein beschäftigungspolitischen Betrachtungsweise ist die Bedeutung der kleineren und mittleren Unternehmen nicht hoch genug einzuschätzen: so trugen sie 1999 48,8% zur Bruttowertschöpfung aller Unternehmen bei¹⁸ und spielen auch eine wichtige soziale Rolle, nicht zuletzt deshalb, weil der einzelne Arbeitnehmer sich mit „seinem“ mittelständischen Unternehmen eher identifiziert als mit einem großindustriellen Unternehmen. Die kleineren und mittleren Unternehmen sind so in der Tat eine wichtige Stütze der Gesellschaft.

2. Aussagen des Gutachtens

Das Gutachten von *Junker* geht ebenfalls von der großen Bedeutung der mittelständischen Unternehmen aus. Es sieht in den arbeitsrechtlichen Schwellenwerten das wichtigste Mittel zur Abstufung arbeitsrechtlicher Schutzniveaus – konstatiert aber auch, daß zu viele unterschiedliche Schwellenwerte zu einem Wildwuchs geführt haben, den es zu lichten gelte.

Vorgeschlagen wird insbesondere für das Kündigungsschutzrecht ein Schwellenwert von zwanzig Arbeitnehmern dann, wenn die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens maßgeblich sein soll. Dann wären ungefähr 30% aller versicherungspflichtigen Arbeitnehmer unterhalb dieser Marge.

Bei der Berechnung des Schwellenwertes sollten Auszubildende überhaupt nicht, Teilzeitarbeitskräfte nur entsprechend ihrer anteiligen Arbeitszeit berücksichtigt werden – um deren Einstellung zu fördern.

Der Kündigungsschutz betreffe kleine und mittlere Unternehmen stark, was nicht zuletzt aus dem fast „normalen“ Abschluß des Kündigungsschutzprozesses durch Abfindung folge. Daneben hätten größere Unternehmen weit mehr Möglichkeiten, Kündigungen durch Umsetzung oder Auslagerung zu verhindern – diese Möglichkeit stehe kleinen Unternehmen häufig nicht zur Verfügung.

Arbeitnehmer, die nicht unter den Schutz des KSchG fallen, seien durch die Überprüfung der Kündigung über § 242 BGB vor willkürlicher Entscheidung ausreichend geschützt. Dabei kämen den KMU auch eine Verlängerung der Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG und ein überzeugendes Abfindungskonzept entgegen. Die Abfindungslösung in § 1a KSchG wird abgelehnt.

Kein Handlungsbedarf wird für den Schwellenwert des § 1 BetrVG gesehen. Vorgeschlagen wird aber ein stärker nach der Unternehmensgröße abgestuftes Beteiligungsrecht des Betriebsrates.

3. Grund des besonderen Schutzes für KMU

Kleinere Unternehmen sind besonders zu schützen und diese besondere Schutzwürdigkeit rechtfertigt auch einen (etwas) schwächeren Arbeitnehmerschutz. Das *BVerfG* sagt in

der grundlegenden Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG a. F. auch, warum dies so ist¹⁹.

Von zentraler Bedeutung ist das Argument, daß kleinere Unternehmen wirtschaftlich nicht so leistungsfähig sind²⁰ wie große – sie können sich einen starken Arbeitnehmerschutz nicht leisten, etwa bei Kündigungen nicht so großzügig mit Abfindungen sein. Zwar mögen mitunter auch kleine und kleinste Unternehmen wirtschaftlich durchaus eine beträchtliche Leistungsfähigkeit haben, aber durchschnittlich ist von einer geringeren auszugehen. Gerade die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, die im Urteil des *BVerfG* eher beiläufig erwähnt wird²¹, ist in der jetzigen Diskussion um den Standort Deutschland und die Lage auf dem Arbeitsmarkt das wesentliche Argument dafür, daß man überhaupt verstärkt über einen Schutz der kleineren Unternehmen durch Lockerung des Arbeitnehmerschutzes nachdenkt.

Dabei kommt gerade vor dem Hintergrund der Erweiterung der Europäischen Union weiteres hinzu: Auch mittelständische Unternehmen sind mittlerweile „global players“; sind die Kosten in Deutschland zu hoch, so haben auch sie die realistische Möglichkeit, den Standort zu wechseln und zukünftig billiger etwa in den angrenzenden östlichen Ländern EU-Europas zu produzieren. Das rechtfertigt alleine freilich keine bevorzugte Behandlung, zeigt aber, daß das Ziel, das Beschäftigungspotential des Mittelstandes auszu-schöpfen, nicht nur mit Blick auf Deutschland zu lösen ist.

Die schwächere wirtschaftliche Position ist der Grund dafür, den Arbeitnehmerschutz bei kleineren Unternehmen generell zu kürzen. Nur auf den Kündigungsschutz bezogen ist zu beachten, daß ein kleineres Unternehmen organisatorisch oft nicht in der Lage ist, etwa einen eigentlich zu kündigenden Arbeitnehmer auf einem anderen Arbeitsplatz weiterzubeschäftigen: Diese Forderung des KSchG ist hier meist nicht umsetzbar. Gleiches gilt für den Anspruch auf Teilzeit nach § 8 TzBfG oder auch auf Elternteilzeit nach § 15 Abs. 7 BÉrzGG: auch hier fällt es kleinen Unternehmen schwerer, die Betriebsorganisation bei einem Teilzeitverlangen so zu gestalten, daß weiterhin ein reibungsloser Arbeitsablauf gewährleistet ist. Ist die geforderte Teilzeitarbeit eine auf Zeit, so hilft hier immerhin das TzBfG – die „Vertretung“ etwa eines „Elternteilzeiters“ ist ein sachlicher Grund für die befristete Einstellung eines Ersatzarbeitnehmers nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG²².

Hinzu kommt das personale Element nicht nur auf Arbeitgeberseite, sondern auch in der Wechselbeziehung zu den Arbeitnehmern: kleinere Unternehmen brauchen ein gesundes Betriebsklima, sie sind von der Zusammenarbeit aller geprägt. Die schlechte Leistung eines Arbeitnehmers wirkt sich sofort sowohl auf den Zusammenhalt aller aus, als auch auf die wirtschaftliche Situation, denn der Arbeitgeber muß für schlechte Leistung haften. Deshalb, so das *BVerfG*, ist das Vertrauensverhältnis besonders wichtig²³ – wo es fehlt, muß der Arbeitgeber handeln können.

4. Grenzen des Schutzes

a) Unternehmensseite: Ungerechtfertigte Wettbewerbsvorteile?

Schützt man die Kleinen, aber nicht die Großen, so bestehen unterschiedliche Wettbewerbsvoraussetzungen: Kleinere

¹⁹ *BVerfGE* 97, 169 = JZ 1998, 848 m. Anm. *Hansjörg Otto*.

²⁰ *BVerfGE* 97, 169, 177 = JZ 1998, 848, 849.

²¹ *BVerfGE* 97, 169, 178 = JZ 1998, 848, 849.

²² Dazu *Dörner*, Der befristete Arbeitsvertrag, 2004, S. 108 ff.

²³ *BVerfGE* 97, 169, 177 = JZ 1998, 848, 849.

¹⁷ So das Institut für Mittelstandsforschung Bonn, oben Fn. 5.

¹⁸ Siehe die Schlüsselzahlen zum Mittelstand des Instituts für Mittelstandsforschung Bonn, abzurufen unter <http://www.ifm-bonn.org/dienste/daten.htm>, Stand: 19. 7. 2004.

Unternehmen werden weniger durch Kosten etwa für Abfindungen, Umorganisationen in Folge von Teilzeitverlangern oder arbeitsschutzrechtliche Maßnahmen betroffen – und müssen diese Kosten dann auch nicht an ihre Kunden weitergeben.

Zumindest europarechtlich verstößt eine bevorzugte Behandlung der kleineren und weniger leistungsfähigen Unternehmen nicht gegen wettbewerbsrechtliche Normen²⁴: Die den kleinen Unternehmen dadurch entstehenden Vorteile sind keine Beihilfe im Sinne des EGV, denn es geht hier um die Voraussetzungen einer Marktordnung, wie etwa auch bei der Vertragsrechtsordnung, bei der gleichsam notgedrungen die einen besser gestellt werden als die anderen. Es geht aber nicht um ein direktes Eingreifen des Staates in den Wettbewerb durch Zuwendungen an einzelne²⁵.

Darüber hinaus bleibt es bei der Feststellung, daß ein allgemeiner Wettbewerbsbegriff fehlt: Geht man davon aus, daß zunächst alle gleich sind und dann jeder, der aufgrund geringerer wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit nicht mit anderen mithalten kann, eben „vom Markt verschluckt“ wird, so ist eine Differenzierung, wie sie praktiziert und noch erweitert vorgeschlagen wird, nicht wettbewerbskonform. Ebenso läßt sich aber der Weg der materiellen Marktgerechtigkeit gehen, wo einem Wettbewerber vom Staat nur das abverlangt werden darf, was dieser auch zu leisten imstande ist²⁶. Da aber eine Vorstellung davon fehlt, was genau eine Wettbewerbsverzerrung durch den Gesetzgeber ist – sieht man von gezielten Eingriffen zugunsten Einzelner ab – ist der besondere Schutz von kleineren Unternehmen durch die Rechtsordnung nicht zu beanstanden.

b) Arbeitnehmerseite:

Der „schwellenwertfeste“ Kern

Auch wirtschaftlich weniger leistungsfähige Unternehmen dürfen durch Verringerung des arbeitsrechtlichen Schutzes nicht privilegiert werden, wenn absolut schutzwürdige Interessen der Arbeitnehmer betroffen sind. Dieser „schwellenwertfeste“ Kern des Arbeitsschutzrechts beginnt insbesondere da, wo die körperliche Integrität der Arbeitnehmer gefährdet ist. So hat jeder Arbeitgeber unabhängig von seiner Leistungsfähigkeit die Grundpflichten des § 3 ArbSchG einzuhalten. Der Arbeitsplatz muß sicher sein – und die Kosten dafür dürfen ausdrücklich nicht an den Arbeitnehmer weitergegeben werden, § 3 Abs. 3 ArbSchG.

Ein weiteres Beispiel ist der Mutterschutz: Die Beschäftigungsverbote der MuSchVO sind nicht verhandelbar – auch nicht vor dem Hintergrund einer wirtschaftlichen Notlage.

Jenseits dieses elementaren Arbeitnehmerschutzes kann eine Erleichterung für kleinere Unternehmen gerechtfertigt sein. Hier mag Beispiel § 11 ASiG sein: Arbeitgeber mit nicht mehr als 20 Beschäftigten müssen keinen Arbeitsschutzausschuß einrichten. Das ist nicht zu beanstanden, denn der Arbeitsschutzausschuß ist keine Voraussetzung für die dennoch geschuldete Sicherheit am Arbeitsplatz.

Eine andere Grenze für den Schutz kleinerer Unternehmen zieht das allgemeine Zivilrecht. Auch kleine Unternehmen nehmen am Rechtsverkehr teil und sind die Vertragspartner für ihre Arbeitnehmer. Auch sie haben deshalb die allgemeinen Vorschriften einzuhalten. Ist für Arbeitgeber mit weniger als 10 Arbeitnehmern das KSchG nach § 23

Abs. 1 Satz 2 KSchG nicht anwendbar, so ist die Kündigung selbstredend dennoch an den allgemeinen schuldrechtlichen Regelungen zu überprüfen. Und hier insbesondere an §§ 138, 242 BGB, die eine willkürliche oder gar sittenwidrige Kündigung hindern²⁷.

Freilich hat die starke Prägung des Arbeitsrechts als reines Arbeitnehmerschutzrecht dazu geführt, daß auch die allgemeinen Regelungen eine Modifikation durch die Berücksichtigung der „Besonderheiten des Arbeitsrechts“ erfahren haben – dies gilt vor allem für die AGB-Kontrolle, nunmehr in § 310 Abs. 4 BGB geregelt²⁸. Dennoch gibt es auch im allgemeinen Vertragsrecht einen Regelungsbereich, der einer modifizierten Anwendung wegen verminderter Leistungsfähigkeit leistungsschwacher Arbeitgeber nicht zugänglich ist. Der einmal ausgehandelte Lohn etwa ist geschuldet und Lohnabreden sehen sich jenseits der Leistungsfähigkeit des Arbeitgebers der Sittenwidrigkeitsprüfung nach § 138 BGB ausgesetzt.

Festzuhalten bleibt: Jedenfalls dort, wo das Arbeitsrecht als Arbeitsschutzrecht Gesundheit und Leben des Arbeitnehmers schützt, ist kein Raum für eine Erleichterung der gesetzlichen Lasten wegen verminderter Leistungsfähigkeit des Arbeitgebers.

5. Was ist „der Mittelstand“?

Wenn zwischen leistungsstarken und leistungsschwachen Unternehmen differenziert werden soll und dadurch kleine und mittelständische Unternehmen unterstützt werden sollen, so ist damit noch nicht gesagt, wo diese Unterstützung einsetzen soll. Anders gewendet muß die Abgrenzungsfrage beantwortet werden: Wo beginnt das kleine, leistungsschwächere Unternehmen, und wo ist einem Arbeitgeber der volle Arbeitnehmerschutz zuzumuten?

a) Abgrenzungsmerkmal: Leistungsfähigkeit?

Der Schutz der mittelständischen Unternehmen ist nach landläufiger Meinung unter anderem deshalb gerechtfertigt, weil diese Unternehmen wirtschaftlich weniger leistungsfähig sind als Großunternehmen. Deshalb liegt es nahe, bei der Frage der Geltung von arbeitsschutzrechtlichen Normen auf wirtschaftliche Kriterien²⁹ wie Umsatz, Bilanzsumme oder gar Stammkapital abzustellen. Diese Vorschläge sind aber mit *Junker* deshalb abzulehnen, weil sie unpraktikabel sind: der Umsatz ist ein instabiler Parameter ebenso wie die Bilanzsumme, es darf aber bereits aus Gründen der Rechtssicherheit für Arbeitnehmer und Arbeitgeber nicht zu einem jährlich wechselnden Schutzniveau in einem Unternehmen kommen. Das Stammkapital indes ist auch für die Frage der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nicht aussagekräftig.

b) Formales Kriterium: Schwellenwert

Als formales Abgrenzungskriterium hat der Gesetzgeber die Anzahl der beschäftigten Arbeitnehmer herangezogen. Die einzelnen Gesetze sehen gewisse Schwellenwerte vor, ab deren Überschreitung arbeitsrechtliche Regelungen anzuwenden sind. Dabei hat sich nicht ein Schwellenwert etabliert, sondern es gelten verschiedene Werte: In einer tabellarischen Aufzählung von *Junker* umfassen die „wichtigsten“ Schwel-

²⁴ *EuGH* v. 30. 11. 1993 – Rs. C 189/91, *EzA* § 23 KSchG Nr. 13 = AP Nr. 3 zu Art. 92 EWG-Vertrag.

²⁵ *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 278.

²⁶ Zum Ganzen *Rieble* (Fn. 25), Rn. 276.

²⁷ *BAG* v. 16. 2. 1989–2 *AZR* 347/88, *EzA* § 138 BGB Nr. 23 = *NJW* 1990, 141; *BAG* *NZA* 2001, 890; *BAG* v. 23. 9. 1976–2 *AZR* 309/75, *EzA* § 1 KSchG Nr. 35; zum Ganzen auch *Urban*, Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, 2001, passim.

²⁸ Dazu *Thüsing* *NZA* 2002, 591.

²⁹ *Ramm* *AuR* 1991, 257.

lenwerte im Arbeitsrecht sechs Seiten. Zu Recht bezeichnet er dies als Wildwuchs, den es zu lichten gelte³⁰.

Die Schwellenwerte reichen von fünf Arbeitnehmern, etwa in § 1 Abs. 1 BetrVG³¹ bis zu 2000 in § 1 MitbestG und für diese bestehen wiederum verschiedene Anknüpfungspunkte. So werden der Betrieb (§ 11 Satz 1 ASiG), das Unternehmen, der Arbeitgeber (§ 8 Abs. 7 TzBfG, § 3 Abs. 1 Nr. 2b ATG), die Arbeitsstätte (§ 29 Abs. 1 Satz 1 ArbStVO) oder die Baustelle (§ 49 Abs. 1 Satz 1 ArbStVO) genannt. Die Rechtsprechung kompliziert das Gesetz noch mehr, wenn etwa bei dem gemeinhin als bedeutend angesehenen Schwellenwert von § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG im Gesetzestext von Betrieb die Rede ist, die teleologische und verfassungskonforme Auslegung des *BVerfG* aber ergibt, daß letztlich das Unternehmen gemeint ist³².

6. De lege ferenda: Einheitlicher Schwellenwert?

a) Aber: Funktionaler Schwellenwert

Bei der Frage, welcher Wert für die jeweiligen arbeitsschutzrechtlichen Regelungen maßgeblich sein soll, kann nicht von „dem“ Schwellenwert ausgegangen werden. Zu Recht geht auch das Gutachten von *Junker* von einem funktionsbezogenen Schwellenwert aus. *Junker* nimmt auf der individualrechtlichen Seite mit § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG den umstrittensten, weil wichtigsten Schwellenwert heraus und zeigt dessen „Entwicklungspotential“. Im Ergebnis plädiert er für einen Wert von 20 Arbeitnehmern und für das Bezugsobjekt Unternehmen, das gleichbedeutend mit Arbeitgeber ist³³.

Für das Betriebsverfassungsrecht soll insbesondere der Wert des § 1 Abs. 1 BetrVG bestehen bleiben – mit dem Bezugspunkt Betrieb. Dies ist nicht ernsthaft in Frage zu stellen. Denn bei aller Diskussion um Abgrenzungsmerkmale in Form von Zahlenwerten muß letztlich jeder Wert in die jeweilige Regelungssystematik eingepaßt werden. Für die Schwellenwerte etwa aus der Betriebsverfassung gilt dann zwanglos, daß diese sich, da die Betriebsverfassung die betrieblichen Belange und deren Mitbestimmung durch die Arbeitnehmer regelt, auch auf den Betrieb und nicht etwa auf das Unternehmen beziehen muß. Insofern ist in der Tat der funktionale Schwellenwert zu postulieren. Dies geschieht aber bereits in Rechtsprechung und Gesetz. Für das schon erwähnte KSchG kommt es nach dem *BVerfG* auf das Unternehmen an – eben wegen der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, die sich letztlich auf Unternehmensebene ausdrückt. Verhindert werden so „Splitterunternehmen“, die eine Vielzahl kleiner Betriebe gründen und sich so aus dem KSchG herausstrukturieren können. Daß der Unternehmer dann qua KSchG gehalten sein könnte, etwa einen unrentablen Betrieb zu erhalten, weil Kündigungen erschwert werden, trifft nicht zu: Denn auch das KSchG schließt etwa eine Betriebsstillegung nicht aus, im Gegenteil³⁴.

b) Wie zählt der Arbeitnehmer?

Bei der Einteilung der Schwellenwerte ist auf die Anzahl der

Arbeitnehmer abzustellen, weil dies der einzig nachvollziehbare und rechtssichere Ansatzpunkt ist. Von dieser Erkenntnis ausgehend ist die Frage zu beantworten, welche Arbeitnehmer dann „zählen“ und welche nicht – eine Frage, der sich das *BAG*³⁵ jüngst im Zusammenhang mit der betriebsverfassungsrechtlichen Einordnung von Leiharbeitnehmern ausgesetzt sah. Das Gericht entschied, daß Leiharbeiter, die länger als drei Monate im Betrieb des Entleihers arbeiten, zwar nach § 7 Satz 2 BetrVG den Betriebsrat wählen dürfen, also das aktive Wahlrecht haben, daß sie aber bei den maßgeblichen Schwellenwerten, wie etwa dem des § 9 BetrVG, nicht zu berücksichtigen sind.

Daß Arbeitnehmer, die in Teilzeit arbeiten, nur entsprechend ihrem Zeitanteil an der Arbeitszeit nach dem pro-rata-temporis-Grundsatz gezählt werden, wie *Junker* vorschlägt und wie es für den Kündigungsschutz bereits in § 23 Abs. 1 Satz 4 KSchG normiert ist (wie in § 622 Abs. 5 Nr. 2 BGB und § 6 Abs. 1 Satz 4 ArbSchG), bedarf für die Schwellenwerte des BetrVG einer besonderen Rechtfertigung: Denn die Teilhabe an den betrieblichen Entscheidungsabläufen betrifft die Gesamtheit der Arbeitnehmer, also die Belegschaft als Ganzes. Inwiefern der Teilzeitmitarbeiter hier weniger zählen soll, als der Vollzeitbeschäftigte, ist bislang nicht belegt.

Auf der anderen Seite werden dann (vor allem Handels-)Unternehmen mit hoher Teilzeitquote im Verhältnis zu Unternehmen mit niedriger Teilzeitquote deutlich stärker belastet³⁶ – denn es zählt ja jeder Arbeitnehmer bei der Feststellung der Schwellenwertüberschreitung voll, auch wenn er nur teilzeitig arbeitet. Dies wirkt sich etwa auf die Größe des Betriebsrates aus. Dann aber kommt es darauf an, inwiefern dies dadurch gerechtfertigt ist, daß zwei Halbzeiter (dem Betriebsrat) mehr Arbeit machen, als ein Vollzeitler³⁷. Insofern ist für ein Gebot anteiliger Zählung der Teilzeiter entweder rechtswissenschaftlich mehr Nachforschung geboten oder aber ein bloß rechtspolitisches Postulat zu erheben: Anteilige Zählung als Förderung der Teilzeitarbeit und der Ausbildungsbereitschaft. Hier wäre dann aber eine Abkehr vom funktionalen Schwellenwert zu konstatieren.

Junker schlägt als „goldene Zahl“ im Kündigungsschutzrecht zwanzig Arbeitnehmer vor. Der Schwellenwert des KSchG ist zentral, weshalb es auch richtig ist, an diesem Wert die Überlegungen soweit möglich pars pro toto vorzunehmen. Geht man von diesem – wesentlichen – Wert aus, so sollte man de lege ferenda versuchen, andere Schwellenwerte ebenfalls auf diesen Wert zu bringen – wenn dies die Funktion der Abgrenzung zuläßt.

Wichtig erscheint uns vor allem, für alle Schwellenwerte eine klare Berechnungsmethode einzuführen (nach dem Vorbild § 267 HGB oder § 1 Publg), um Streit um die Anzahl der „in der Regel“ beschäftigten Arbeitnehmer von vornherein zu vermeiden. Das begrenzt einerseits Streitigkeiten, nimmt aber andererseits der Arbeitgeberseite die Möglichkeit, Personalabbau prognostisch zu antezipieren.

7. Tarifregelungen

Bislang bleibt außer Betracht, daß auch Tarifverträge kleine und mittlere Unternehmen belasten. Eine generelle Vorgabe

30 Gutachten, Zweiter Teil A.I.

31 Der von *Junker/Dietrich* in NZA 2003, 1057 dargestellte Schwellenwert von drei Arbeitnehmern bei Rechten aus dem BetrVG, etwa zur Wahl-anfechtung nach § 19 Abs. 3 BetrVG, ist kein eigentlicher Schwellenwert. Denn eine Betriebsratswahl kann nur dann angefochten werden, wenn auch ein Betriebsrat gewählt werden kann – und dafür sind fünf Arbeitnehmer vorausgesetzt.

32 *BVerfGE* 97, 169 = JZ 1998, 848 = EzA § 23 KSchG Nr. 17.

33 *Junker*, Gutachten, S. B 70f.

34 Siehe zur Betriebsstillegung *Stahlhacker/Preis/Vossen*, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 8. Aufl., 2002, S. 371 ff.

35 *BAG* vom 16. 4. 2003–7 ABR 53/02, AP Nr. 1 zu § 9 BetrVG 2002 = EzA § 9 BetrVG 2001 Nr. 1 = NZA 2003, 1345.

36 Bundesarbeitsgemeinschaft der Mittel- und Großbetriebe des Einzelhandels (BAG), Schriftliche Stellungnahme, Ausschußdrucks. 14/1512 S. 75, 76, 77.

37 *Löwisch* RdA 1984, 197, 206f.

für Tarifverträge wäre ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in die Tarifautonomie. Vielfach fügen schon die Tarifparteien selbst Differenzierungen nach *Betriebsgröße* oder *Unternehmensgröße* ein, wobei wiederum typischerweise auf die Beschäftigtenzahl abgestellt wird. Insbesondere Kleinbetriebe sollen so vor belastenden Tarifverträgen bewahrt werden – wie vor zusätzlichen Mitbestimmungsrechten oder den finanziellen Lasten aus Rationalisierungs-schutzabkommen³⁸.

Dabei kann mit Blick auf die Kleinbetriebsklauselentscheidung des *BVerfG* zu § 23 KSchG (Fn. 19) das Abstellen auf den Betriebsbegriff als sachwidrige Ungleichbehandlung gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen, wenn die Geltungsreichsausnahme allein die Rücksicht auf die *wirtschaftliche Belastbarkeit* bezweckt. Denn die wirtschaftliche Kraft bemißt sich nach den Unternehmensverhältnissen und nicht nach der Größe einzelner von mehreren Betrieben.

Geht es hingegen um *arbeits- oder betriebsorganisatorische Regeln*, wie insbesondere bei Mitbestimmungs-erweiterungen, tariflichen Schlichtungsstellen oder betrieblichen Einrichtungen, so ist der Betrieb als arbeitsorganisatorische Größe – zu Recht – angesprochen. Daß der BetrVG-Reformgesetzgeber bei §§ 99, 111 BetrVG inzwischen auf das Unternehmen statt auf den Betrieb abstellt, bindet die Tarifparteien nicht.

Die Gleichbehandlung auf Arbeitgeberseite kann in diesem Zusammenhang schließlich auch hier die nur *anteilige Zählung von Teilzeitkräften* gebieten – weil die Leistungsfähigkeit eines Unternehmens nicht steigt, wenn es zwei Teilzeitkräfte anstelle eines Vollzeiters beschäftigt. Das *BAG* läßt es sogar zu, daß für die Betriebsgröße (für einen Sonderkündigungsschutz älterer Arbeitnehmer) pauschalierend überhaupt nur die Vollbeschäftigten gezählt werden³⁹. Uns erscheint das gerade für den Einzelhandel mit seiner Teilzeitquote fragwürdig. Auch die Befugnis der Tarifvertragsparteien zur Typisierung hat dort ein Ende, wo sie zur Ungleichbehandlung der Arbeitgeber führt. Etwas anderes gilt nur, wenn die Regelung spezifische Fragen der Teilzeitarbeit ordnet.

8. Andere Schutzmöglichkeiten?

Auch jenseits der Diskussion, welche Schwellenwerte in den arbeitsrechtlichen Gesetzen angemessen sind, gibt es Unterstützungspotential für die kleineren und mittleren Unternehmen.

a) „Weiches“ Arbeitsrecht

Die Interessen der kleinen und mittleren Unternehmen können nicht nur über die Anwendbarkeit von Gesetzen und also über die Festsetzung von Schwellenwerten berücksichtigt werden. Dies gelingt ebenso – und da die Interessen von Arbeitnehmer und Arbeitgeber einzelfallbezogen berücksichtigt werden können, sogar besser – auch über die Interpretation unbestimmter Rechtsbegriffe. Dieses „weiche“ Gesetzesrecht ermöglicht letztlich eine flexible Anwendung bestimmter Regelungen – und damit billige Entscheidungen.

Als Beispiel herausgegriffen sei wiederum der Anspruch des Arbeitnehmers auf Teilzeit nach § 8 TzBfG. Dieser Anspruch entsteht nicht, wenn der Arbeitgeber betriebliche Gründe hat, den Arbeitnehmer gerade nicht in Teilzeit ein-

zusetzen – und dazu zählen auch organisatorische Entscheidungen und finanzielle Belastungen⁴⁰.

Möglichkeiten, die besonderen Interessen der kleinen und mittleren Unternehmen bei der Auslegung aufzunehmen, gibt es viele. Genannt seien nur die höchst praxisrelevanten berechtigten betrieblichen Interessen des § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG. Allein sie haben im Gegensatz zur harten Schwellenwertregelung einen Nachteil: sie sind nicht von vornherein rechtsicher. Während der Arbeitgeber – läßt man einmal Schwankungen und die Auslegung des Rechtsbegriffes „in der Regel“ außer Acht – sich bei den Schwellenwerten sicher sein kann, ob ihn ein arbeitsrechtliches Schutzgesetz trifft oder nicht, so kann er dies bei der Angabe von „betrieblichen Gründen“ im Sinne von § 8 TzBfG nicht. Dort entscheidet der Richter, und zwar im Nachhinein. Deshalb ist die Berücksichtigung der Interessen der Kleinunternehmen über das weiche Gesetzesrecht und dessen unbestimmte Rechtsbegriffe zwar letztlich sachnäher, aber auch rechtsunsicherer. Freilich hat der Gesetzgeber – und das Teilzeitrecht ist hier wiederum ein gutes Zeugnis – dies gesehen und gleichsam einen absoluten und einen relativen Kleinunternehmensschutz veranlaßt: Der Anspruch und damit die Überprüfung etwa entgegenstehender betrieblicher Gründe kann nur dann entstehen, wenn der Arbeitgeber mehr als 15 Arbeitnehmer beschäftigt. Kleinere Unternehmen werden so per se ausgenommen.

b) Kollektives Arbeitsrecht

Wenn effektive Lösungen immer dort gefunden werden, wo die Handelnden direkt mit einem Problem befaßt sind und der Flächentarifvertrag gerade eine Tendenz zur pauschalen Betrachtung hat, so liegt es nahe, gerade für kleinere und mittlere Unternehmen ein Modell zu entwickeln, wie diese auch bei Tarifgebundenheit spezifische Vor-Ort-Lösungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat vereinbaren können.

Dieser Vorschlag ist nicht neu und er ist unter dem Stichwort Öffnungsklausel hinreichend diskutiert worden. Gerade der DJT hat 1996 den Gesetzgeber aufgefordert, § 77 Abs. 3 BetrVG so zu gestalten, daß die Betriebsparteien zumindest in Notsituationen tarifliche Leistungen herabsetzen können⁴¹. Geschehen ist auf der gesetzgeberischen Ebene aber nichts. Insbesondere der umstrittene § 77 Abs. 3 BetrVG ist immer noch eine rechtliche Bremse für Lösungen vor Ort – vorausgesetzt, die Betriebsparteien verhalten sich gesetzestreu.

9. Zusammenfassung

Die kleineren und mittleren Unternehmen sollen geschützt werden, denn sie sind wirtschaftlich nicht so leistungsfähig wie Großunternehmen, bergen aber doch ein enormes Beschäftigungspotential und beschäftigen schon jetzt über zwei Drittel aller Arbeitnehmer.

Der Gesetzgeber schützt die kleinen Unternehmen bislang durch einen verminderten Schutz der Arbeitnehmer. Schwellenwerte sorgen dafür, daß kleine Unternehmen einen niedrigeren Arbeitnehmerschutz einhalten müssen. Dabei wird auf der einen Seite der „Wildwuchs“ der Schwellenwerte beklagt, auf der anderen Seite aber muß jede Abgrenzung und jeder Schwellenwert in Höhe und Bezugsobjekt funk-

³⁸ Dazu *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Aufl. (2004), § 4 Rn. 83 ff.

³⁹ *BAG* v. 14. 3. 2001–4 AZR 161/00, AP Nr. 4 zu § 620 BGB Schuldrechtliche Kündigungbeschränkung.

⁴⁰ Siehe *BAG* v. 30. 9. 2003–9 AZR 665/02, EzA § 8 TzBfG Nr. 5; *LAG Düsseldorf* v. 19. 4. 2002–9 Sa 11/02, EzA-SD 2002 Nr. 6, 9–11.

⁴¹ Beschlüsse des 61. DJT Karlsruhe 1996 – Abteilung Arbeitsrecht; abgedruckt in NZA 1996, 1277.

tionsbezogen sein – womit sich ein „goldener Wert“ im Arbeitsrecht verbietet.

Jenseits des durch die Schwellenwerte aufgezeigten „Alles-oder-Nichts-Systems“ des Arbeitnehmerschutzes können die berechtigten Interessen der kleineren und leistungsschwächeren Unternehmen durch die Interpretation unbestimmter Rechtsbegriffe geschützt werden. Auf der kollektivrechtlichen Ebene ist eine Verlagerung der Regelungskompetenz hin zu den eigentlich Betroffenen angezeigt: de lege ferenda über eine Änderung des § 77 Abs. 3 BetrVG, de lege lata über Öffnungsklauseln in den Tarifverträgen.

III. Familie und Beschäftigung

1. Ein (immer noch) aktuelles Thema

Auch die Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit beschäftigte die arbeitsrechtliche Abteilung des Juristentages schon mehrfach. Bereits 1974 befaßten sich *Löwisch/Gitter/Mennel*⁴², 1978 *Zöllner*⁴³ und zuletzt 1994 *Birk*⁴⁴ und *Fuchs*⁴⁵ ausschließlich oder doch zu einem bedeutenden Teil ihres Gutachtens mit diesem Thema. Daß es nun wiederholt auf die Tagesordnung gesetzt wird, ist aber gerechtfertigt. Dies belegen vor allem jüngere, in dem Gutachten von *Junker* dargelegte Zahlen eindrucksvoll. Dabei steht nicht nur die Tatsache im Vordergrund, daß sich ohne eine insgesamt familienfreundlichere Gestaltung aller Lebensbereiche die demographische Schiefelage aller Voraussicht nach noch verschlimmern wird – was (verheerende) Auswirkungen auf die Sozialversicherungssysteme hätte. Viel grundsätzlicher wird immer wieder und richtig festgestellt, daß die Familie das Rückgrat der Gesellschaft sei⁴⁶. Dieses Rückgrat trägt aber nicht mehr, wenn sich Beruf und Familie nicht mehr vereinbaren lassen – in diesem Fall werden eben weniger Familien gegründet, sprich: Kinder geboren. Nur wenige können sich den Mut leisten, den existenzsichernden Arbeitsplatz zugunsten einer Familiengründung aufzugeben.

Hinzu kommt aber weiteres und wird im Gutachten belegt: zukünftig wird rund die Hälfte der Hochschulabsolventen weiblich sein⁴⁷. Daß sich für Frauen die Frage, ob Beruf und Familie in Einklang zu bringen sind, besonders eindringlich stellt, bedarf keiner näheren Erläuterung. Je (familien-)attraktiver aber gerade das Arbeitsverhältnis ausgestaltet wird, desto mehr kann es gelingen, diese menschlichen Ressourcen für Wirtschaft und Gesellschaft auch wirklich auszuschöpfen.

Spannend ist das gewählte (Unter-)thema aber auch und vor allem wegen des Beschlusses des *BVerfG* vom 18. 11. 2003 zur Umlage beim Mutterschaftsgeld⁴⁸: § 14 Abs. 1 Satz 1 MuSchG wurde für verfassungswidrig erklärt – und dem Gesetzgeber eine Frist bis zum 31. 12. 2005 für eine Neu-

regelung gesetzt. In der Diskussion um die Neuregelung wird es um nichts anderes gehen als darum, wer die Belastungen, die sich aus einem familienfreundlicheren Recht insgesamt ergeben, zu tragen hat: nur und vor allem die (staatliche) Gemeinschaft oder aber im Bereich der Arbeitsbeziehungen die Arbeitgeber. Denn es muß gesehen werden, daß Familienförderung kostet – auch wenn diese Erkenntnis gerne unter dem Mantel der Wohltäterschaft verdeckt wird. Der Juristentag hat hier die Möglichkeit, klare Forderungen zu formulieren.

2. Vorschläge des Gutachtens

Junker hebt hervor, daß der Arbeitgeber schon aus personalpolitischen Gründen die familienfreundliche Unternehmenskultur von sich aus fördern wird: Die Unternehmen stellten teilweise bereits Kinderbetreuungsplätze zur Verfügung.

Jenseits dieses freiwilligen Familienschutzes freilich sieht das Gutachten die zukünftige Belastung durch das Gesetz nicht bei den Arbeitgebern sondern bei der Allgemeinheit: der Spielraum für Ausgleichs- und Umlagesysteme sei gering, die Entgeltfortzahlung während der Mutterschutzfristen sei gänzlich von der öffentlichen Hand zu tragen. Abzulehnen sei auch eine etwaige gesetzliche Rückkehrgarantie in den Beruf bei kindbedingten Berufsunterbrechungen, die über die Regelungen des Elternurlaubs nach dem BErzGG hinausgingen. Auch bei einer sehr wichtigen Frage der Vereinbarkeit von Beruf und Familie, nämlich der flexiblen Gestaltung der Arbeitszeit, wird kein Handlungsbedarf des Gesetzgebers gesehen.

3. Arbeitsrecht und Familie – eine Bestandsaufnahme

a) Konfliktpunkte

Familienchutz ist Mutterschutz, steht häufig zu lesen⁴⁹. Das ist richtig, aber nicht vollständig. Zwar trägt die Mutter gerade in der Zeit unmittelbar vor und nach der Geburt des Kindes schon aus biologischen Gründen die Hauptlast, geht es aber um die Betreuung des Kindes, so sind beide Elternteile in der Pflicht. Dabei ist klarzustellen, daß – auch entsprechend der Kategorisierung des GG in Art. 6 Abs. 1 und Abs. 4 – eine Familie aus Kindern und einem Elternteil besteht – sie setzt keine Ehe und auch keine funktionierende Gemeinschaft beider Elternteile voraus. Deshalb ist Familienschutz gerade auch Kinderschutz⁵⁰.

Will man das Arbeitsverhältnis eltern-, kind- und damit familiengerecht gestalten – und so Anreize zur Familiengründung setzen, denn nichts anderes bezweckt die Forderung nach einer familiengerechten Arbeitswelt – so ist idealiter zunächst zu beachten, daß es die Begründung eines Arbeitsverhältnisses nicht hindert, wenn man Kinder will. Es geht hier also um Gründungsschutz.

Daneben soll während des Arbeitsverhältnisses sichergestellt sein, daß sich familiäre und arbeitsvertragliche Pflichten möglichst vereinbaren lassen. Dies heißt vor allem, daß eine ausreichende Betreuung des Kindes durch die Eltern oder durch Dritte auch während der Arbeitszeit gewährleistet ist – es geht um Betreuungsschutz. Weiter darf die Elternschaft und die sich daraus ergebenden Pflichten nicht zu existenzgefährdenden finanziellen Einbußen führen. Der Bestandsschutz soll die Existenzgrundlage der Familie si-

42 Welche rechtlichen Maßnahmen sind vordringlich, um die tatsächliche Gleichstellung der Frau mit den Männern im Arbeitsleben zu gewährleisten? Gutachten D zum 50. DJT 1974; Kurzzusammenfassung NJW 1974, 1987.

43 Sind im Interesse einer gerechteren Verteilung der Arbeitsplätze Begründung und Beendigung der Arbeitsverhältnisse neu zu regeln? Gutachten D zum 52. DJT 1978, Kurzzusammenfassung NJW 1978, 2185.

44 Siehe oben Fn. 4.

45 Welche Maßnahmen empfehlen sich, um die Vereinbarkeit von Berufstätigkeit und Familie zu verbessern? Gutachten F zum 60. DJT 1994; Kurzzusammenfassung NJW 1994, 3009.

46 Zum Familienbegriff insgesamt s. *Schmitt-Kammler*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2002, Art. 6 Rn. 15 f.

47 *Junker*, Gutachten, S. B 98 f.

48 *BVerfGE* 109, 64 = JZ 2004, 354 m. Anm. *Kube* = NJW 2004, 146.

49 Siehe das Gutachten von *Birk* (Fn. 4), S. E 21.

50 Dazu auch *BVerfGE* 80, 81, 90 = JZ 1989, 587.

chern. Die letzte – und ursprünglichste⁵¹ – Forderung ist der Gesundheitsschutz. Die Erwerbstätigkeit darf die Gesundheit von Eltern und (werdendem) Kind nicht schädigen.

Dies sind idealiter die Anforderungen, um Beruf und Familie in Einklang zu bringen, die bisweilen zu einer Optimierungsforderung an den Arbeitgeber führen: Möge dieser doch seine Arbeitsorganisation an den familiären Interessen der Arbeitnehmer ausrichten. Freilich kollidieren hier die Interessen der Eltern mit denen der Arbeitgeber, denn der geschaffene Freiraum des einen engt den des anderen ein. Es kommt zu Konfliktpunkten. Viele dieser Konfliktpunkte sind im gesetzten und Richterrecht bereits umgesetzt oder auf anderer Ebene von den Tarif-, Betriebs- oder Arbeitsvertragspartnern geregelt.

(1) Bestehende gesetzliche Regelungen

Der Schutz der Familie durch das Arbeitsrecht setzt bereits vor der Geburt des Kindes ein. Durch die Schwanger- und Elternschaft einer Arbeitnehmerin kommen auf den Arbeitgeber finanzielle und organisatorische Lasten zu: Er muß einen „Zuschuß“, der diesen Namen freilich nicht mehr verdient⁵², zum Mutterschaftsgeld bezahlen und auch gegebenenfalls seine Betriebsorganisation ändern, etwa eine Vertretung für die Arbeitnehmerin einstellen. Dies macht es für Arbeitgeber wenig attraktiv, eine schwangere Arbeitnehmerin einzustellen. Denn bereits bei Vertragsschluß steht die Belastung für den Arbeitgeber unmittelbar bevor, er hat die Aussicht, eine Arbeitnehmerin einzustellen, die er nicht wie erwartet wird einsetzen können. Gleichwohl darf er im Bewerbungsgespräch nicht nach der Schwangerschaft fragen – oder anders gewendet: Er darf aus einer falschen Antwort der Schwangeren keine für diese nachteiligen Folgen herleiten. Eine Anfechtbarkeit nach § 123 BGB wegen arglistiger Täuschung etwa scheidet aus. Dies sieht das BAG in ständiger Rechtsprechung so⁵³ und der *EuGH* hat diesen Schutz noch ausgeweitet: Entgegen der landläufigen Meinung ist eine Frage nach der Schwangerschaft selbst dann nicht erlaubt, wenn der Schwangeren oder dem werdenden Kind durch die in Aussicht genommene Tätigkeit gesundheitliche Gefahren drohen könnten und sie eigentlich nicht beschäftigt werden dürfte⁵⁴. Hier wird also bereits vor der Familiengründung geschützt.

Während der Zeit der Geburt besteht ein absolutes Beschäftigungsverbot – die Mutter darf nicht arbeiten, sie erhält aber gleichwohl eine finanzielle Unterstützung, das Mutterschaftsgeld, das der ursprünglich der Staat bezahlen sollte, das nunmehr aber der Arbeitgeber zu weit überwiegendem Teil bezuschußt.

Durch das BErzGG wird die Betreuung des Kindes auch nach der Phase des Mutterschutzes gewährleistet. Hier gibt das Gesetz folgerichtig, da eine geschlechtsspezifische Belastung nicht mehr gegeben ist, dem Vater und der Mutter, § 15

Abs. 3 Satz 1 BErzGG⁵⁵, den Anspruch auf gänzliche Freistellung bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes, § 15 Abs. 2 BErzGG, oder aber auf Teilzeitarbeit bis zu 30 Stunden, § 15 Abs. 4 BErzGG. Auf einen Vorschlag von *Birk*⁵⁶ geht die Rahmenfrist des § 15 Abs. 2 Satz 4 BErzGG zurück: Nach Vereinbarung mit dem Arbeitgeber sind bis zu zwölf Monate der Elternzeit während der ersten acht Lebensjahre des Kindes übertragbar. Während der Elternzeit bezahlt der Staat das Erziehungsgeld.

Nach der Eltern(teil)zeit gibt es den allgemeinen Anspruch auf Teilzeitarbeit nach § 8 TzBfG. Ab einer Unternehmensgröße von 15 Arbeitnehmern und wenn betriebliche Gründe nicht entgegenstehen, hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Absenkung seiner Arbeitszeit. Der Antrag auf Teilzeit ist nicht zu begründen. Auch hier gibt es folglich die Möglichkeit, zur Betreuung der Kinder – und zwar unabhängig von deren Alter – kürzer zu arbeiten. Durch diese flexible Möglichkeit, die Arbeitszeit festzusetzen, leistet das Recht einen Betreuungsschutz für die Familie – die Eltern(teile) können sich dem Kind widmen, sie haben einen Anspruch darauf, daß sich die zeitliche Arbeitsbelastung ihren Betreuungspflichten grundsätzlich unterordnet. Dies gilt auch für die Freistellungsmöglichkeiten nach § 616 BGB bei kurzfristigen und unaufschiebbaren familiären Notsituationen und für § 45 Abs. 3 und 5 SGB V für die Betreuung eines erkrankten Kindes.

Die Regelungen des Mutterschutzes und der Eltern(teil)zeit werden flankiert von Bestandsschutzgarantien: Während der Schwangerschaft und bis zu vier Monate nach der Entbindung ist eine Kündigung durch den Arbeitgeber grundsätzlich unzulässig – vorausgesetzt, bei der Kündigungserklärung war die Schwangerschaft bekannt, § 9 Abs. 1 MuSchG. Nur mit Zustimmung der zuständigen Arbeitsbehörde ist dann eine Kündigung möglich. Daß die Zielsetzung des Gesetzes, die Mutter in der sensiblen Phase kurz vor und nach der Geburt zu schützen⁵⁷, hier durchgehalten wurde, zeigt sich darin, daß auch die außerordentliche Kündigung unter das Kündigungsverbot des § 9 Abs. 1 MuSchG fällt – zivilrechtlich der stärkste Kündigungsschutz überhaupt.

Dem Bestandsschutzinteresse aus Gründen des Familienschutzes folgt die Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG: Einer der grundsätzlich zu berücksichtigenden Parameter bei der Frage, wer sozial schwächer ist, ist der Bestand von Unterhaltspflichten des in die Vergleichsgruppe aufgenommenen Arbeitnehmers. Hier wird durch die Sicherung des Unterhalts die Existenzgrundlage der Familie gesichert.

Der elementaren Aufgabe des Mutterschutzes, dem Schutz der körperlichen Unversehrtheit von Mutter und Kind, trägt die Verordnung zum Schutze der Mütter am Arbeitsplatz Rechnung: werdende oder stillende Mütter dürfen nicht an gefährlichen Orten beschäftigt werden, § 5 MuSchuVO.

Das Arbeitsrecht kennt also eine Reihe von Regelungen, die die Vereinbarkeit von Familie und Beruf an den entscheidenden, konfliktträchtigen Stellen zwingend normieren. Es gibt bereits eine weitgehende Flexibilität des Arbeitsverhältnisses für Eltern, insbesondere der allgemeine Teilzeitananspruch kommt den Flexibilitätswünschen der Eltern entgegen.

51 Hierzu *Buchner/Becker*, MuSchG/BErzGG, 7. Aufl. 2003, Einl. Rn. 64.

52 Da das Mutterschaftsgeld, das der Staat bezahlt, sich seit 40 Jahren nicht erhöhte, „schießt“ der Arbeitgeber nunmehr unter Berücksichtigung des Arbeitgeberanteils zur gesetzlichen Krankenversicherung über 85% zu, im Ergebnis zahlt also der Arbeitgeber das Mutterschaftsgeld, dazu auch *Leisner* DB 2004, 598, 599.

53 Nur BAG v. 5. 10. 2002–2 AZR 621/01, AP Nr. 61 zu § 123 BGB = EzA § 611a BGB 2002 Nr. 1; BAG v. 15. 1. 1991–2 AZR 227/92, EzA § 123 BGB Nr. 37 = BB 1993, 433.

54 *EuGH* v. 27. 2. 2003 – Rs. C-320/01, AP Nr. 62 zu § 123 BGB; v. 3. 2. 2000 – Rs. C-207/98, EzA § 611a BGB Nr. 15 = NZA 2000, 255; dem ist das BAG nunmehr auch gefolgt, BAG v. 6. 2. 2003–2 AZR 621/01 – SAE 2004, 125 mit Anm. *Löwisch/Fischer*.

55 Dazu *Buchner/Becker* (Fn. 51), § 15 BErzGG Rn. 15.

56 Gutachten *Birk* (Fn. 4), S. E 71, 72.

57 *Buchner/Becker* (Fn. 51), § 9 MuSchG Rn. 2; *Gröninger/Thomas*, Mutterschutzgesetz, § 9 Rn. 2.

(2) Familienschutz und Tarifvertrag

Für die Tarifvertragsparteien gibt es keine Regelungspflicht – für die „klassischen“ Arbeitsbedingungen ebensowenig wie für eher Randständiges, wie familiengerechte Vereinbarungen. Sie können regeln, aber sie müssen nicht⁵⁸. Deshalb besteht keine Möglichkeit für den Gesetzgeber, den Tarifvertragsparteien eine bestimmte Rechtsmaterie gleichsam zur Erledigung zu diktieren. Dies verhindert die in Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete Tarifautonomie.

Gleichwohl sind Regelungen, die eine erleichterte Vereinbarkeit von Familie und Beruf zum Zweck haben, in Tarifverträgen nicht ungewöhnlich – und aus dem Blickwinkel der Arbeitnehmermotivation auch für den Arbeitgeber gewinnbringend. Dabei werden vor allem die bestehenden gesetzlichen Regelungen ausgebaut – so etwa durch Verlängerung des Erziehungsurlaubs oder Festsetzung besonderen Urlaubs zur Kinderbetreuung⁵⁹. Weitere Stichworte sind Wiedereinstellungsklauseln⁶⁰, Kündigungsschutzklauseln⁶¹ und eine übergesetzliche Entgeltfortzahlung⁶². Daneben werden Kindergärten als gemeinsame Einrichtungen nach § 4 Abs. 2 TVG eingerichtet, um so die einzelnen Arbeitgeber, die eine betriebliche Kinderbetreuung nicht finanzieren können, auf der überbetrieblichen Ebene zu entlasten⁶³.

Rechtlich sind den Tarifvertragsparteien beim Abschluß von „familienfreundlichen Tarifverträgen“ keine besonderen Vorgaben gemacht. Freilich müssen die Grenzen der Tarifautonomie beachtet werden: Die Tarifparteien können den Arbeitnehmern nicht vorschreiben, wie diese etwa die Kinderbetreuung zu vollziehen haben, insofern kann die Kinderbetreuung angeboten werden.

(3) Familienschutz im Betrieb

Durch das BetrV-ReformG⁶⁴ hat der Gesetzgeber in den Kanon des § 80 Abs. 1 BetrVG eine neue Nr. 2b aufgenommen: danach hat der Betriebsrat die Aufgabe, die Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit zu fördern. Bereits *Birk* hatte in seinem Gutachten 1994 eine solche Erweiterung des § 80 BetrVG gefordert⁶⁵. Diese Zielvorgabe des Gesetzgebers kann vor allem mit Hilfe der zwingenden Mitbestimmungsrechte bei der Arbeitszeit (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG) und der Aufstellung von Urlaubsgrundsätzen, durch die besonders auf die Belange von Arbeitnehmern mit schulpflichtigen Kindern eingegangen werden kann (§ 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG), durchgesetzt werden. Mitzubestimmen hat der Betriebsrat auch, wenn sich der Arbeitgeber entschlossen hat, einen Betriebskindergarten einzurichten⁶⁶ – dann besteht ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG.

Dabei ist wichtig und entscheidend, daß der Betriebsrat in allen Fragen der zwingenden Mitbestimmung ein Initiativrecht hat – er kann also den Arbeitgeber durchaus zu einer familienfreundlicheren Politik „anhalten“.

b) Arbeitsvertragsparteien

Die Arbeitsvertragsparteien selbst sind flexibel: Sie können in der arbeitsvertraglichen Gestaltung die Möglichkeit der Kinderbetreuung berücksichtigen und hier unbürokratische Regelungen schaffen.

Hier und auch auf der Ebene der kollektiven Regelung der Arbeitsbedingungen gibt es eine Vielzahl von „familienfreundlichen“ Konstruktionen, deren Darstellung den gegebenen Rahmen sprengte: Sie reichen von Gleitzeitregelungen bis hin zu Arbeitszeitkonten, deren Auflösung auch zur Betreuung von Kindern genutzt werden kann.

Dabei stellt sich die grundsätzliche Frage, ob der Familienschutz nicht durch das Schaffen von Anreizsystemen für den Arbeitgeber verbessert werden kann. Zu denken ist neben Zuschüssen – etwa für Betriebskindergärten – auch an weitere steuerliche Vergünstigungen.

4. Ausbau des Familienschutzes – aber wie?

Weitergehende Regelungen als die bereits bestehenden sehen sich berechtigterweise der Frage ausgesetzt, ob das Arbeitsverhältnis der Bereich der Rechtswirklichkeit ist, in dem weitere Reformen durchgeführt werden sollten. Anders gewendet: Soll das Arbeitsverhältnis – und damit die Arbeitsvertragsparteien – mit weiteren Regeln vom Gesetzgeber ausgestaltet werden oder ist die Frage der Vereinbarkeit von Beruf und Familie zuerst von der Allgemeinheit und hier durch die Träger der öffentlichen Fürsorge zu lösen. Der Gesetzgeber sieht sich dieser Frage seit dem Beschluß des *BVerfG* vom 18. 11. 2003⁶⁷ besonders dringend ausgesetzt.

a) Gesetzliche Grundlagen

Die Grundlagen für den besonderen Schutz der Familie finden sich sowohl im supranationalen Recht als auch im Verfassungsrecht. Dort begreift man die Familie als Keimzelle der Demokratie und damit als wesentlich für die Stabilität der Gesellschaft⁶⁸. Dabei ist das konservative Familienbild einem modernen gewichen: Familie ist nicht mehr an die bestehende Ehe gekoppelt. Schutzwürdig ist auch die Patchworkfamilie oder aber der alleinerziehende Elternteil und sein Kind.

Dazu kommt nunmehr die Einsicht, daß die Wertschätzung für die Familie Voraussetzung für die Verbesserung der bestehenden demographischen Schieflage ist: Für ein Kind entscheidet man sich leichter, wenn dessen Betreuung gesichert und die finanzielle Absicherung gewährleistet ist.

(1) Die Familie unter dem Schutz des Grundgesetzes

Nach Art. 6 Abs. 1 und 4 GG steht die Familie unter besonderem Schutz der staatlichen Ordnung; jede Mutter hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft. Der Staat hat folglich einen Schutzauftrag für Familie und Mutterschaft, denn Art. 6 GG enthält keine bloßen Programmsätze, sondern einen bindenden Auftrag an den Gesetzgeber⁶⁸, was auch von Art. 31 Abs. 2 des Einigungsvertrages unterstützt wird: Dort wird der gesamtdeutsche Gesetzgeber ausdrücklich aufgefordert, die Rechtslage so zu gestalten, daß Beruf und Familie vereinbar sind.

Dabei ist nach der Rechtsprechung des *BVerfG* die Gemeinschaft nicht nur der Staat. Die Lasten aus dem Schutz der Mutter und damit der Familie können auch durch Dritte – als Teil der Allgemeinheit – getragen werden: Dritte sind, neben der Solidargemeinschaft der Sozialversicherten, die Arbeitgeber⁷⁰. Arbeitsrechtlicher Schutz für die Familie ist

58 *Löwisch/Rieble* (Fn. 38), Grundl. Rn. 48.

59 *Löwisch/Rieble* (Fn. 38), § 1 Rn. 970.

60 *Löwisch/Rieble* (Fn. 38), § 1 Rn. 997.

61 *Löwisch/Rieble* (Fn. 38), § 1 Rn. 865.

62 *Löwisch/Rieble* (Fn. 38), § 1 Rn. 834.

63 *Löwisch/Rieble* (Fn. 38), § 4 Rn. 164.

64 BGBl. I 2001, S. 1852.

65 Gutachten *Birk* (Fn. 4), S. E 86.

66 *Richardi*, BetrVG, 9. Aufl. 2004, § 87 Rn. 619.

67 *BVerfGE* 109, 64 = JZ 2004, 354 m. Anm. *Kube* = NJW 2004, 146.

68 *Schmitt-Kammler* (Fn. 46), Art. 6 Rn. 15f.

69 *Schmitt-Kammler* (Fn. 46), Art. 6 Rn. 17f; *Buchner/Becker* (Fn. 51), Einf. Rn. 63.

70 Dazu bereits *Meilicke* DB 1978, 2481, 2482.

aber gleichbedeutend mit einer Belastung für den Arbeitgeber. Dies ist eine Einsicht, die so eindeutig wie unpopulär ist. Der Arbeitgeber muß auf eine Arbeitnehmerin verzichten, er muß während der Teilzeit neue Arbeitnehmer einstellen, er muß vielleicht seine Betriebsorganisation umstellen. Er hat jedenfalls eine erhöhte Organisationslast – und trägt auch noch in vielen Fällen einen erheblichen Teil der Kosten.

(2) Gerechtfertigte weitere Belastung der Arbeitgeber?

Mutterschutz und Familienschutz sind Gemeindefragen. Dabei sind Familienförderung und Mutterschutz zwar nicht deckungsgleich⁷¹, aber beides sind Aufgaben, die aus der besonderen Schutzpflicht des Staates erwachsen. Für die Familie steht dies explizit in Art. 6 Abs. 1 GG. Zuerst also ist die Gemeinschaft und damit der Staat angesprochen, wenn es um den Schutz der Mutter und den der Familie geht. Daß auch und gerade der Arbeitgeber herangezogen werden soll und wird, leuchtet deshalb nicht unmittelbar ein. Wenn das *BVerfG* die Arbeitgeber als Teil der Gemeinschaft sieht⁷² und sie deshalb auch für belastbar hält, so ist dies ein Scheinargument: Zur Gemeinschaft gehören wir alle.

Das zeigt sich auch daran, daß der Mutter- und Familienschutz nicht auf Arbeitnehmer beschränkt sein kann: Betreuungangebote für Kinder benötigt ebenso die selbständige Kioskbesitzerin, einen Vorbehalt des Arbeitsverhältnisses gibt es nicht.

Familienschutz als Gemeinschaftsaufgabe kann also nur dann in verfassungsgemäßer Weise auf eine Gruppe der Gemeinschaft abgewälzt werden, wenn diese für diesen Schutz durch Interessennähe eine besondere Verantwortung hat⁷³. Für den Bereich des Arbeitsverhältnisses darf nichts anderes gelten als etwa für die verfassungsrechtliche Prüfung der Kohlenabgabe⁷⁴.

Die besondere Verantwortung kann aber nur teilweise daraus gefolgert werden, daß der Arbeitgeber die (werdende) Mutter einem Gefahrenpotential aussetzt und Mutter wie werdendes Leben in gesundheitliche Gefahren bringt. In der Tat muß der Arbeitgeber den Arbeitnehmer vor Gesundheitsgefahren am Arbeitsplatz schützen. Das folgt zunächst aus den (vielen) Arbeitsschutzvorschriften, individualrechtlich aber aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers⁷⁵. Dies mag stimmen und ein tragfähiges Argument sein, wenn man – wie die *MuSchuVO* – eine Beschäftigung der Mutter während der Gefährdungszeit untersagt. Damit ist der Arbeitgeber bereits belastet – er bekommt, zivilrechtlich gesehen, keine Leistung, kann sich aber von dem nichtleistenden Schuldner nicht trennen.

Dieser Punkt des Gesundheitsschutzes ist aber auch der einzige, der explizit die Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer betrifft: ansonsten ist die Förderung von Familie und der Schutz von Müttern eine Aufgabe aller. Anders als bei der Pflicht, den Arbeitnehmer vor Gesundheitsgefahren zu schützen, gibt es keine Arbeitgeberpflicht, für familiengerechte Verhältnisse zu sorgen – weder aus dem Arbeitsvertrag noch aus dem Gesetzesrecht. Anderes zu behaupten heißt, den Arbeitgeber letztlich beliebig und für alles heranziehen zu können. Denn das Arbeitsverhältnis ist die existentielle Grundlage für den weit überwiegenden Teil

der Bevölkerung. Nur aus dem Umstand aber, daß es Vereinbarkeitsprobleme zwischen Lebensbereichen gibt, folgt nicht, daß genau dort auch die staatliche Belastung ansetzen muß und darf.

Im arbeitsrechtlichen Schrifttum wird noch ein anderer Aspekt genannt, der nicht vergessen werden sollte: Bei der Belastung der Arbeitgeber hat eine Gesamtbetrachtung des Belastungspotentials zu erfolgen⁷⁶: Wird eine gesellschaftliche Gruppe immer wieder herangezogen, um gesamtgesellschaftliche Aufgaben zu lösen, so gibt es zwangsläufig eine Überbelastung und eine solche ist verfassungswidrig⁷⁷. Diese Gesamtbetrachtung zu berücksichtigen heißt, der Verlagerung gesellschaftspolitischer Aufgaben in das Arbeitsverhältnis Grenzen zu setzen.

(3) Der Markt hilft sich selbst:

Die faktische Diskriminierung

Aber auch hier gibt es Reparaturmechanismen, die eine durch den Gesetzgeber im Falle der Mutterschaftsgeld-Umlage nicht gewollte Folge zeitigen: Wer belastet wird, sucht einen Weg, dieser Belastung zu entgehen. Wenn der Arbeitgeber durch den Mutter- und Familienschutz zu stark beeinträchtigt wird, so wird er keine Frauen mehr einstellen. Das kann man anprangern, es ist aber nicht zu verhindern – und in einem freien Markt, der zudem noch mit einem Überhang an Arbeitskräften zu kämpfen hat, die logische Folge. Dies hat auch das *BVerfG* erkannt und nennt es zu Recht die faktische Diskriminierung von Frauen⁷⁸, die letztlich zur Verfassungswidrigkeit des § 14 Abs. 1 *MuSchG* führt. Man kann anzweifeln, ob dies verfassungsrechtlich der richtige Weg ist – oder ob man nicht vielmehr die Frage hätte wirklich beantworten sollen, ob Art. 6 GG die Berufsfreiheit des Arbeitgebers nicht unverhältnismäßig einschränkt. Denn diese Einschränkung durch Belastung führt ja zu der Reaktion des Arbeitgebers. Diesen Weg wollte das Gericht aber nicht gehen.

b) Umlagesysteme als Heilsbringer?

Neben der Belastung durch Organisationsumbau sind es vor allem die Kosten der Familienförderung, die geschultert werden müssen. Dabei bringen auch Umlagesysteme kein Heil: Und zwar nicht nur wegen der faktischen Diskriminierung der Frau, sondern vielmehr wegen der rechtlichen und tatsächlichen Belastung des Arbeitgebers, die mit dessen Berufsfreiheit nicht vereinbar ist. Die vom *BVerfG* vertretene Meinung, daß Zahlungspflichten in die Berufsfreiheit nicht unmittelbar eingreifen⁷⁹, weil sie die Ausübung des Berufes nicht beeinträchtigen, ist nicht nachvollziehbar: Es ist gerade heute leicht zu vermitteln, daß jede finanzielle Beschränkung Auswirkungen auf die geschäftliche Situation und damit auf die Berufsausübung des Arbeitgebers hat. Insofern ist ein weiterer Ausbau des Familienschutzes zu Lasten der Arbeitgeber eine Frage, die sich an Art. 12 GG messen muß – es ist dann unter Berücksichtigung der Gesamtbelastung eine praktische Konkordanz zwischen Berufsausübungsfreiheit und Familienschutz herzustellen.

71 *Leisner* DB 2004, 598, 601.

72 *BVerfGE* 109, 64 = JZ 2004, 354 = NJW 2004, 146.

73 *BVerfGE* 91, 186 = NJW 1995, 381 = DB 1994, 2619.

74 *BVerfGE* 91, 186 = NJW 1995, 381 = DB 1994, 2619.

75 Dazu *Preis* in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 4. Aufl. 2004, § 611 BGB Rn. 760 ff.

76 *Buchner/Becker* (Fn. 51), § 11 *MuSchG* Rn. 10; *Kressel*, Anm. zu *BAG* v. 1. 11. 1995–5 *AZR* 273/94, AP Nr. 13 zu § 14 *MuSchG* 1968.

77 Ebenso *Buchner/Becker* (Fn. 51), § 11 Rn. 10; ansatzweise auch *BAG* v. 1. 11. 1995–5 *AZR* 273/94, AP Nr. 13 zu § 14 *MuSchG* 1968.

78 *BVerfGE* 109, 64 = NJW 2004, 146 = JZ 2004, 354 m. Anm. *Kube*.

79 *BVerfG*, aaO.

5. Was bleibt?

Abbo Junker hat Recht: Eine weitere Regulierung des Arbeitsrechts und eine weitere Belastung der Arbeitgeber ist nicht anzuraten. Dabei haben die Tarif-, Betriebs- und Arbeitsvertragspartner bei der Gestaltung eines familiengerechten Arbeitsverhältnisses breiten Raum. Allein eine gesetzgeberische Zwangsregulation hilft nichts: Im Gegenteil würde sie gerade vor dem Hintergrund der momentanen wirtschaftlichen Lage eher dazu führen, daß Arbeitgeber in Befürchtung einer hohen Kostenlast darauf verzichten werden, die maßgeblich betroffenen Frauen einzustellen. Diese Folge wurde vom *BVerfG* zu Recht als diskriminierend beurteilt.

Auf der anderen Seite hat an einer familiengerechten Gestaltung des Arbeitsverhältnisses nicht nur die Allgemeinheit ein Interesse sondern auch der Arbeitgeber. Zum einen motiviert es die bereits eingestellten Arbeitnehmer, zum anderen hat der familienfreundliche Arbeitgeber einen Wettbewerbsvorteil bei der Rekrutierung von qualifizierten Arbeitskräften.

Aber es bleibt dabei: Familienschutz ist zuerst eine Aufgabe aller – und damit des Staates. Die Last der Allgemeinheit aber kann der Staat nicht auf die Arbeitgeber abwälzen, er muß sie durch kluge Politik selbst tragen.

IV. Zum Schluß

Wie und ob gesellschaftliche Aufgaben durch das Privatrecht gelöst werden können, ist eine spannende Frage. Ihre Lösung ist eine der Aufgaben von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Wissenschaft für die nächsten Jahre. Deshalb ist es zu unterstützen, daß sich die arbeitsrechtliche Abteilung des DJT der Frage annimmt, wie kleinere Unternehmen besser geschützt werden und wie Erwerbstätigkeit und Familie besser vereinbart werden können.

Allein beim letzten Thema sind nicht die Arbeitsvertragsparteien und hier besonders der Arbeitgeber in der Pflicht, sondern der Staat – und das ist die Allgemeinheit. Das Gutachten von *Junker* kommt zu dem richtigen Schluß, daß weitere Belastungen des Arbeitgebers zu unterlassen sind.

Daß zwischen kleineren, leistungsschwächeren und größeren, leistungsstärkeren Unternehmen zu unterscheiden ist, wenn es um die Umsetzung der arbeitsschutzrechtlichen Regelungen geht, dürfte nicht erst seit der aktuellen Beschäftigungsdebatte anerkannt sein. Dabei helfen aber nicht nur harte Schwellenwerte, sondern auch die Erkenntnis, daß die Interessen der kleinen Unternehmen über die Abwägung im Einzelfall und damit über unbestimmte Rechtsbegriffe, wie etwa den des betrieblichen Interesses, durchzusetzen sind.

Eines sollte bewußt sein: Schutz des einen heißt meist Belastung des anderen. Die Sinne für die interessengerechte Balance zu schärfen, ist erste Pflicht.