

Flexible Beschäftigung in Deutschland und Europa auf dem Prüfstand

Erster Tübinger Arbeitsrechtstag am 7. April 2006

Bilder von der Tagung finden sich unter: <http://www.jura.uni-tuebingen.de/reichold/arbeitsrechtstag/arbeitsrechtstag2006/images.html>

Der erste Tübinger Arbeitsrechtstag begann nach Begrüßung und einleitenden Worten von Prof. *Dr. Hermann Reichold* mit einem Referat von *Hans-Jürgen Dörner*, Vizepräsident des BAG, das dem Thema "Aktuelle Rechtsfragen flexibler Beschäftigung am Beispiel von Befristung und Zeitarbeit" gewidmet war. Es folgte ein Referat von Prof. *Dr. Maximilian Fuchs* (Kath. Universität Eichstätt) zum Thema: "Rechtsvergleichende Betrachtung der italienischen Regelungen zu Befristung und Zeitarbeit im europäischen Kontext". Nach der Mittagspause folgten zwei Impulsreferate von Doktoranden des Lehrstuhls von Prof. *Reichold*: Zunächst sprach *Daniel Prieto* "zum Befristungsrecht in Spanien". Das von *Claudia Däuble* gehaltene Abschlussreferat war dem "Zusammenhang von flexibler Beschäftigung und Familienförderung - Anfragen an die Rechtspolitik" gewidmet.

Gegen 10.15 Uhr begrüßte **Prof. Dr. Hermann Reichold** die Referenten und die rund 70 erschienenen Gäste im Großen Senat der Universität in der Neuen Aula und brachte dabei seine Freude darüber zum Ausdruck, dass die Einladung zum ersten Tübinger Arbeitsrechtstag auf so gute Resonanz gestoßen sei. Dies zeige, dass das mit dem Arbeitsrechtstag verfolgte Anliegen, aktuelle und streitige Themen des Arbeitsrechts einem wissenschaftlichen Diskurs zuzuführen und dabei einen qualifizierten Dialog zwischen universitärer Forschung und der juristischen Praxis des Arbeits- und Sozialrechts zu ermöglichen, auch einem Bedürfnis der Praxis entspreche. Sodann wies Prof. *Reichold* darauf hin, dass er nicht nur bestrebt sei, der Praxis eine "Brücke" zurück zur Universität zu bauen. Darüber hinaus wolle er auch Studenten auf ihrem Weg von der Universität in die Praxis künftig noch stärker unterstützen. In diesem Zusammenhang bedankte sich Prof. *Reichold* besonders bei den Gästen, die im Rahmen einer kurz zuvor durchgeführten Praktikumswoche einer Gruppe von Studenten jeweils einen halben Tag lang vermittelt hatten, wie sich die Tätigkeit eines Unternehmensjuristen gestaltet und welche besonderen Anforderungen an diese Juristen gestellt werden. Anschließend gab Prof. *Reichold* einen Überblick über das Programm des Arbeitsrechtstages. Er wies darauf hin, dass der Ruf nach Flexibilität jede Reform im deutschen und europäischen Arbeitsrecht als beständiger Grundton - warnend oder fordernd - begleite. Flexible Beschäftigung meine dabei die heikle Balance zwischen Wettbewerbsfähigkeit für Arbeitgeber und Sicherheit für Arbeitnehmer ("flexicurity"). Bevor er in diesem Zusammenhang den Stab an den ersten Referenten weiterreichte, bedankte sich Prof. *Reichold* noch beim AGV Chemie Baden-Württemberg, dem Verband Südwestmetall, der Kanzlei Gleiss Lutz und der Luther Rechtsanwaltsengesellschaft mbH für die freundliche Unterstützung des Tübinger Arbeitsrechtstages.

Gegen 10.25 Uhr begann **Hans-Jürgen Dörner** sein "aktuellen Rechtsfragen flexibler Beschäftigung am Beispiel von Befristung und Zeitarbeit" gewidmetes Referat mit Bemerkungen zum aktuellen politischen Geschehen, insbesondere zur Koalitionsvereinbarung bezüglich der Verlängerung der fälschlich als solche bezeichneten "Probezeit", und ging dann auf die Regelungen des Teilzeit- und Befristungsgesetzes ein. Im Rahmen einer vorangestellten grundsätzlichen Bewertung vertrat der Vizepräsident des BAG die Auffassung, die Kodifizierung des Rechts der Befristung von Arbeitsverträgen durch das TzBfG sei sowohl aus verfassungs- als auch aus einfachrechtlichen Gründen zu begrüßen, da sie im Wesentlichen bekanntes festgeschrieben und damit zur Rechtssicherheit und Rechtsklarheit beigetragen habe. Bezug nehmend auf das aktuelle politische Geschehen in Deutschland sei daher festzuhalten, dass kein Reformbedarf bestehe. Im Rahmen der Beschreibung des neuen, nach der Schaffung des TzBfG geltenden Prüfungsmaßstabs vertrat *Dörner* die Auffassung, dass im Rahmen der arbeitsgerichtlichen Befristungskontrolle nicht mehr die objektive Umgehung von Kündigungsschutz zu untersuchen sei. Die Prüfung folge nun vielmehr den neuen gesetzlich festgelegten Bestimmungen. Die Befristungskontrolle sei gesetzlich geregelte Inhaltskontrolle von Vertragsbestimmungen, bei der die früheren Wertungsmaßstäbe fortwirkten. Sie seien unbeschadet neuer und abweichend formulierter Tatbestände unverändert geblieben. Sodann ging *Dörner* auf die sachgrundlose Befristung nach § 14 II TzBfG ein und sprach dabei die Punkte "Neueinstellungen", "Zeitvorgaben" und "Verlängerung" an. Zu den Tatbestandsmerkmalen "Verlängerung" und "derselbe Arbeitgeber" könne auf die Rechtsprechung zum BeschFG 1996 zurückgegriffen werden - die zwischenzeitlich ergangene Rechtsprechung sei gefestigt und könne als ständige Rechtsprechung bezeichnet werden. Das vom BeschFG abweichende Anschlussverbot hindere die sachgrundlose Befristung, wenn der Arbeitnehmer jemals zuvor bei dem einstellenden Arbeitgeber beschäftigt gewesen sei. Zur "Schriftform" erklärte *Dörner*, dass die nur für die Befristung des Vertrags, nicht für die Rechtfertigung der Befristung gesetzlich vorgeschriebene Schriftform, unbedingt zu beachten sei. Ihre Verletzung führe regelmäßig zur Begründung eines Dauerarbeitsverhältnisses, dessen Ende nur durch Kündigung herbeigeführt werden könne. Abschließend führte er zu diesem Punkt aus, dass die Möglichkeit, mit einem Arbeitnehmer die Befristung des Arbeitsvertrags nach § 14 II TzBfG zu vereinbaren, für Arbeitgeber ein einfaches, überschaubares und flexibles Instrument darstelle, um auf Schwankungen am Gütermarkt zu reagieren. Die Vorschrift solle daher nach einer Änderung zum Tatbestandsmerkmal der Vorbeschäftigung beibehalten werden. Die geplante Streichung des § 14 II TzBfG und damit verbunden die Verlängerung der richtig als solche zu bezeichnenden "Wartezeit" in § 1 KSchG auf bis zu 24 Monate, dazu in einer Optionsregelung, biete demgegenüber weder für Arbeitnehmer noch für Arbeitgeber Vorteile. Zur sachgrundlosen Befristung nach § 14 III TzBfG vertrat *Dörner* sodann die Auffassung, dass auch diese sich künftig als sinnvolles Flexibilisierungsinstrument erweisen könne, wenn die Norm nicht nur im Hinblick auf die Mangold-Entscheidung des EuGH reformiert werde, sondern die

Reform auch Vorgaben der Befristungsrichtlinie umsetze. Damit würden auch verfassungsrechtliche Bedenken ausgeräumt. Im Rahmen seiner Ausführungen zur Sachgrundbefristung ging *Dörner* sodann näher auf die Punkte "Vorübergehender Mehrbedarf" (Nr. 1), "Unmittelbare und mittelbare Vertretung" (Nr. 3), "Probe" (Nr. 5), "Haushalt" (Nr. 7) und "Sonstige Sachgründe" ein. Hierzu erklärte er, die erstmalige Regelung der Sachgrundbefristungen im TzBfG habe keine Veränderungen zur bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gebracht. Auf die bisherigen Erkenntnisse könne daher zurückgegriffen werden. Wie bisher sei zu fragen, ob der Arbeitgeber einen aner kennenswerten Grund habe, dem Arbeitnehmer an Stelle des befristeten Vertrags keinen Dauerarbeitsplatz anzubieten. Dabei sei allerdings zu beachten, dass die Rechtsprechung in der Vergangenheit nicht statisch gewesen sei, sondern stets Veränderungen unterlag, z.B. im Recht der Vertretungen, der Probebefristung und tariflicher Altersgrenzen und Erwerbsminderungsregelungen. Soweit im Schrifttum dem Siebten Senat attestiert werde, dass er bei der Anerkennung der Sachgründe „großzügig“ verfare, könne dem aus der Sicht des Senats i.E. zugestimmt werden. Er verstehe die Möglichkeit, mehrfach, langjährig und stets anschließend befristete Arbeitsverträge abzuschließen, als ein vom Gesetzgeber gewolltes und nicht verbotenes, also rechtlich statthaftes Instrumentarium. Dieser verlange - in Ausübung seiner Pflichten aus dem Grundgesetz zur Herstellung der praktischen Konkordanz konkurrierender Grundrechte - vom Arbeitgeber eine nachvollziehbare Begründung für den Abschluss eines befristeten an Stelle eines unbefristeten Arbeitsvertrags. Abschließend ging *Dörner* noch auf den Punkt "Flexibilisierung und Arbeitnehmerüberlassungsgesetz" ein und erklärte in diesem Zusammenhang, dass die Möglichkeiten des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes nicht ungenutzt bleiben sollten. Sie würden nicht nur Entleiherunternehmen die Senkung der Personalkosten, flexiblen Einsatz von Arbeitskräften und die Erprobung von Arbeitnehmern ohne arbeitsvertragliche Bindung erlauben. Vielmehr biete sie auch Arbeitslosen eine Beschäftigungsperspektive und ermögliche so den Übergang in ein reguläres Arbeitsverhältnis.

Im Rahmen der von Prof. Reichold moderierten **Diskussion** ergriff zunächst Prof. *Dr. Eduard Picker* (Tübingen) das Wort und kritisierte die Befristungs-Rechtsprechung des BAG, die zu einer richterrechtlichen Überreglementierung führe. Diese führe zu einem immensen Aufwand für die Arbeitgeber und damit gerade zum Gegenteil dessen, was mit der Befristung erreicht werden solle. Prof. *Picker* belegte dies mit zahlreichen Beispielen. So sei fraglich, warum eine sachgrundlose Befristung nicht möglich sein solle, wenn der Arbeitnehmer zuletzt 6 Jahre zuvor im Betrieb beschäftigt war, warum eine Heilung eines Schriftformverstößes nicht möglich sein solle und das Prognoseprinzip in befristete Arbeitsverhältnisse transferiert werde. Im Hinblick auf das bevorstehende Antidiskriminierungsgesetz merkte Prof. *Picker* an, man gehe "schlimmen Zeiten entgegen". Mitleid erhalte die Ökonomie nicht am Leben. *Jens Herbst* (IG Metall Stuttgart) erklärte dazu, das "Statement". Prof. *Pickers* sei erschreckend. Es gebe mehrere Untersuchungen zu den negativen Folgen befristeter Arbeitsverhältnisse. Es sei zu fragen, wessen Interessen hinter dem Ruf nach einer "funktionierenden Wirtschaft" steckten. An Prof. *Picker* gewandt, erklärte *Dörner*, er könne nicht auf alle von diesem angeführten 7-8 Punkte eingehen. Zusammenfassend könne er aber erklären, dass er es aufgegeben habe, das unausrottbare Vorurteil zu bekämpfen, dass Arbeitsrichter Mitleid mit einer Seite hätten. Ein Günstigkeitsvergleich wäre für die Gerichte mit großen Schwierigkeiten verbunden. Der Appell "heilen sie doch einfach alles", sei vor dem Hintergrund des insoweit eindeutigen Gesetzes nicht förderlich. Im Hinblick auf das bevorstehende Antidiskriminierungsgesetz teile er die Bedenken Prof. *Pickers*. Zusammenfassend erklärte er schließlich, dass eine Deregulierung wünschenswert sei, die Erfahrung zeige aber, dass eingestellt werde, wenn Arbeit da sei. Zu den Ausführungen von *Herbst* merkte er an, dass dieser die Zusammenhänge unvollständig dargestellt habe. Es gehe bei der Befristung nicht nur um Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberinteressen, sondern um mehr. Gewünscht sei - auch vor dem Hintergrund des Europarechts - das unbefristete Arbeitsverhältnis. Prof. *Dr. Thomas Lobinger* (Heidelberg) warf *Dörner* vor, er mache es sich zu einfach. Das Gesetz lasse durchaus Spielraum für Interpretationen. Arbeitgeber nutzten die Möglichkeit auf Leiharbeit und Überstunden auszuweichen, weil das Befristungsrecht unattraktiv ausgestaltet sei, bzw. von der Rechtsprechung arbeitgeberunfreundlich interpretiert werde. Statt den Obersatz zu bilden, dass das unbefristete Arbeitsverhältnis der Normalfall sei, solle der Grundsatz der Privatautonomie an oberster Stelle stehen. Ändere sich der Markt, müsse sich das Recht anpassen. *Dörner* führte hierzu aus, dass er die Kritik Prof. *Lobingers* durchaus nachvollziehen könne. Die aufgeworfenen Fragen "trieben auch den Senat um". Er sehe bei der Auslegung des Begriffes "zuvor" § 14 II TzBfG jedoch keinen Interpretationsspielraum. § 14 III TzBfG enthalte einen guten politischen Ansatz, die Umsetzung sei jedoch missglückt, was sich mit einem Federstrich hätte ändern lassen. Die Privatautonomie "heile nicht alles". Arbeitnehmer hätten in der Praxis oftmals keine Chance etwas auszuhandeln. Was die Folgen veränderter Märkte für das Recht angehe, trennten ihn von Prof. *Lobinger* Welten. Rechtsanwalt *Detlef Ernst* (Tübingen) kritisierte die Ausführungen Prof. *Lobingers*. Auch Normalarbeitsverhältnisse seien beendbar. Nach seiner Erfahrung würden sich Betriebsräte, die mit befristeten Arbeitsverhältnissen ausgestattet seien, "nichts trauen". Die Verfassung verlange menschenwürdige Arbeitsverhältnisse, Arbeitnehmer, die mit der Perspektive des bevorstehenden sozialen Abstiegs konfrontiert seien, wären verunsichert und demotiviert; dies senke die Produktivität des Unternehmens. Die Erfahrung zeige auch, dass Leiharbeitnehmer "Ballast" für die sonstigen Arbeitnehmer seien, da diese wechselnde Arbeitnehmer einarbeiten müssten. Prof. *Michel Ph. Mattoug* (Strasbourg) erklärte, das geltende Recht verleite zu einer Risikoverlagerung auf Leiharbeitgeber. *Dörner* erklärte hierzu, als Staatsbürger sei er kein hundertprozentiger Freund der Arbeitnehmerüberlassung.

Gegen 11.45 Uhr begann Prof. *Dr. Maximilian Fuchs* sein dem Thema "Rechtsvergleichende Betrachtung der italienischen Regelungen zu Befristung und Zeitarbeit im europäischen Kontext" gewidmetes Referat. Einleitend führte er aus, die Arbeitsrechtsreformen in Italien hätten in den letzten zehn Jahren primär das Ziel verfolgt, einen Beitrag zur Flexibilisierung der Arbeitsbeziehungen zu leisten. Dabei sei bemerkenswert, dass nahezu alle arbeitsrechtlichen Neuerungen nicht durch ein Gesetz des Parlamentes, sondern durch ein Dekret der Regierung erfolgt seien. In Umsetzung der Richtlinie 1999/70/EG über befristete Arbeitsverträge habe der italienische Gesetzgeber in Abkehr vom früheren Recht,

das eine abschließende Liste von Befristungsgründen vorsah, eine Generalklausel eingeführt. Diese Tendenz einer Erleichterung des Abschlusses befristeter Arbeitsverträge sei noch dadurch unterstrichen worden, dass einige Wirtschaftsbereiche im Abschluss solcher Arbeitsverträge völlig frei seien: In einigen Branchen bzw. für bestimmte Arbeitnehmergruppen sei unter bestimmten Voraussetzungen das Vorliegen eines Sachgrundes nicht erforderlich. Im Hinblick auf die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer mit befristeten und unbefristeten Arbeitsverträgen folge der Gesetzgeber der Zielrichtung der Richtlinie. Auch bei der Verlängerung befristeter Arbeitsverhältnisse und dem Neuabschluss eines weiteren befristeten Arbeitsvertrages stelle die rechtliche Regelung den Schutz des Arbeitnehmers ganz in den Vordergrund. Eine Reihe bedeutender Regelungsgegenstände sei den Kollektivvertragsparteien überantwortet. Historische Erfahrungen hätten den italienischen Gesetzgeber im Jahre 1962 veranlasst, ein völliges Verbot jeder Art von Arbeitsvermittlung durch Private zu statuieren. Damit sei auch dem Instrument der Zeitarbeit der Weg versperrt worden. Diese Haltung sei bis in die Mitte der 90er Jahre aufrechterhalten und erst 1997 in einem eigenen Gesetz eine vorsichtige Öffnung gegenüber der Zeitarbeit vorgenommen worden. Mit der großen Arbeitsrechtsreform von 2003 sei schließlich für die Zeitarbeit eine weitgehend neue Konzeption zugrunde gelegt worden, was schon äußerlich durch die Änderung der Terminologie (Arbeitnehmerüberlassung) zum Ausdruck gebracht worden sei. Es sei der Versuch, der Zeitarbeit positiv gegenüberzustehen und ihr Entwicklungsmöglichkeiten zu geben. Das komme insbesondere darin zum Ausdruck, dass eine unbefristete Arbeitnehmerüberlassung für bestimmte Branchen zulässig sei, was bis vor einigen Jahren in Italien völlig undenkbar gewesen wäre. Andererseits enthalte die Neuregelung aber zahlreiche, sehr stark den Arbeitnehmerschutz betonende Regelungen. Insbesondere sei das Gleichbehandlungsgebot festgeschrieben. Insgesamt betrachtet füge sich die italienische Lösung ein zwischen einerseits die Zeitarbeit eher restriktiv handhabenden Rechtsordnungen (z.B. Frankreich) und einem „Laissez-faire“-Kurs, wie er das englische Recht kennzeichne.

Prof. *Mattoug* leitete die **Diskussion** mit der Frage nach der italienischen Regelung der Allgemeinverbindlichkeit der Tarifverträge ein. Prof. *Fuchs* antwortete darauf, dass es in Italien kein Tarifvertragsgesetz gebe. Daher gestalte sich die Regelung kompliziert und unübersichtlich. Zur Darstellung der Problematik sei ein eigener Vortrag erforderlich. Folge dessen, dass kein Gesetz sage, was gelte, sei das Problem der Dezentralisierung. Sodann wurden zur aufgetauchten Frage der Zahl der Leiharbeitsverhältnisse in Großbritannien, Frankreich und Deutschland unterschiedliche Daten diskutiert, die allerdings allesamt angezweifelt wurden. Gleiches galt für den sog. Klebeeffekt, d.h. die Zahl der Arbeitnehmer die im Anschluss an ein Leiharbeitsverhältnis vom Entleiher angestellt würden. Prof. *Picker* stellte die Frage, ob die Leiharbeit europaweit im kommen, mithin eine Tendenz zur Liberalisierung ersichtlich sei. Prof. *Fuchs* erklärte, diese Frage sei eindeutig zu bejahen. Die Tendenz dürfe zudem nicht aufzuhalten sein. Er wies weiter darauf hin, dass es in Italien, auch im Rahmen des gegenwärtigen Wahlkampfes eine große Diskussion um prekäre Arbeitsverhältnisse gebe. So würden junge Menschen keine Kredite erhalten, wenn sie nur befristet beschäftigt seien. Prof. *Lobinger* zeigte sich darüber verwundert, dass sich die Zeitarbeit trotz eines liberalen Befristungsrechts großer Beliebtheit erfreue und äußerte die Vermutung dass die "Arbeitsvermittlung" hierfür die Ursache sein könnte. *Herbst* wies auf die Rechtsprechung des BVerfG aus dem Jahr 1979 hin, wonach die Leiharbeit gemessen am Sozialstaatsprinzip nur "gerade noch zulässig" sei. Das BVerfG habe die Bundesregierung verpflichtet, die Entwicklung der Leiharbeit zu beobachten und über die Ergebnisse zu berichten. *Herbst* stellte die Frage, ob es eine solche Pflicht auch in Italien gebe. Prof. *Dr. Johannes Peter Francken* vertrat die Auffassung der Wegfall der Beschränkung sachgrundloser Befristungen sei beschäftigungspolitisch sinnvoll, wenn sich ein Vermittlungscharakter dieser Beschäftigungsverhältnisse zeige. Prof. *Fuchs* erklärte an Prof. *Lobinger* gewandt, er sei mit ihm "D'accord" was die Verwunderung angehe. Das Bedürfnis in Großbritannien nach Zeitarbeit sei evident, der EuGH gebe diesem Bedürfnis auch nach, die Europäische Kommission überlege daher, der Zeitarbeit einen "Riegel vorzuschieben". Auf Nachfrage von Prof. *Lobinger* nach dem Grund der Beliebtheit der Zeitarbeit, erklärte Prof. *Fuchs*, dass es bei Zeitarbeit kein Problem mit dem Diskriminierungsverbot für den Arbeitgeber gebe. Prof. *Mattoug* erklärte, dass es in Großbritannien kein Integrationsgebot gebe. An *Herbst* gewandt erklärte Prof. *Fuchs*, dass es keine Berichtspflicht in Italien gebe. Er sei kein Verfassungsrechtler und könne Fragen nach der Verfassungsmäßigkeit der Zeitarbeit daher nur schwer beantworten. Ihm missfalle jedoch die Rechtsprechung des BAGs, dass mit der Sittenwidrigkeit argumentiere und daher von einer Hungerlohngrenze ausgehe. An Prof. *Francken* gewandt, erklärte Prof. *Fuchs*, Man könne den Zahlen das eine oder andere entnehmen. Auch die Gegenseite habe Argumente. So bedeute Flexicurity etwa, dass gerade junge Leute keine Sicherheit hätten.

Nach der sich an das Referat von Prof. *Fuchs* anschließenden Mittagspause, in der sich die Gelegenheit bot, die aufgeworfenen Fragen während eines im Kleinen Senat eingenommenen Imbisses weiter zu diskutieren, begann **Daniel Prieto** gegen 14.15 Uhr sein Impulsreferat zum spanischen Befristungsrecht. Als wichtige Daten nannte er zunächst einen Anteil der befristeten Arbeitsverträge an der Gesamtzahl der zu einem Stichtag bestehenden Arbeitsverträge (absolute Befristungsquote, 12/2005) von 33,8%. Der Anteil der befristeten Arbeitsverträge an der Gesamtzahl der in einem Jahr geschlossenen Arbeitsverträge (relative Befristungsquote) habe 2004 etwa 92% betragen. 2004 seien auf 100 Arbeitnehmer 105 geschlossene Arbeitsverträge gekommen. Dies belege eine hohe Rotation auf dem Arbeitsmarkt bzw. die kurze Dauer der befristeten Verträge. Zum spanischen Kündigungsschutzrecht erklärte Prieto, das Maß der Kontrolldichte für Arbeitgeberkündigungen nach OECD-Employment Outlook 2004 habe für Spanien auf einer Skala von 0 (keine Einschränkung) bis 3 (höchste Einschränkung) 2 betragen. Deutschland habe die gleiche Bewertung erhalten. Dies spiegele einen relativ hohen Bestandsschutz unbefristeter Arbeitsverhältnisse wider. Allerdings ergebe sich erst aufgrund einer gemeinsamen Betrachtung von Befristung und Kündigungsschutz, wie hoch der Bestandsschutz in Spanien insgesamt sei. Das spanische Kündigungsschutzrecht (art.51 ff. ET) kenne keine Wartezeit nach dem Vorbild des KSchG. Im Fall der im Prozess für unzulässig erklärten (nicht nichtigen) disziplinarischen Kündigung normiere art.56 ET eine Abfindungslösung zugunsten des Arbeitgebers. Zusammenfassend führte Prieto zu den Regelungen des spanischen Befristungsrechts aus, jede

Befristung bedürfe nach art.15 ET eines sachlichen Grundes, ansonsten sei sie unzulässig. Aus dem Erlaubnischarakter lasse sich ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen unbefristetem und befristetem Arbeitsvertrages ableiten. Problematisch sei, dass das wirkliche Verhältnis hierzu offenbar nicht ganz passe. Die ihrer Zahl nach wichtigsten Sachgründe seien in art.15.1 a).- c). ET geregelt. Die Befristung nach art. 15.1 a) (por obra y servicio determinado - entspricht der Projektbefristung) und gemäß art. 15.1 b). ET (por circunstancias de la producción - entspricht der Befristung wegen vorübergehenden Bedarfs) machten zusammen ca. 90% der Befristungen aus (nach Daten des INEM). Auf dieser Grundlage zog **Prieto** die Schlussfolgerung, dass die tatbestandliche Weite der Sachgründe der primäre Grund für die hohe Befristungsquote sei. Die „Lösung vom Sachgrunderfordernis“ (descausalización) im spanischen Befristungsrecht sei also nicht zuletzt im Gesetz selbst angelegt. Die Rechtsprechung sei jedoch für eine gewisse zusätzliche Ausweitung der Befristung verantwortlich. Das postulierte Regel-Ausnahme-Verhältnis werde somit anscheinend implizit wieder aufgehoben. Die Sachgrundbefristung sei insofern nicht lediglich ein Instrument zur schnellen Reaktion auf einen auf „äußeren Gründen“ beruhenden, befristeten Arbeitskräftebedarf, sondern übe eine Flexibilisierungsfunktion aus. Die sonst für bestimmte Umstände bestehende Risikoverteilung werde über die Befristung modifiziert. Aus diesem Grund spreche man von auch von einer „Verselbständigung“ der Befristung. Der Akkumulation der Risiken auf Seiten der befristeten Beschäftigten stehe die privilegierte Stellung der unbefristet Beschäftigten gegenüber. Die intendierte Beschäftigungszunahme durch Flexibilisierung mittels Befristung werde mit der ungleichen Verteilung des Risikos zu Lasten der befristet Beschäftigten erkaufte. Hieraus folge zweifellos eine gewisse persönliche Unsicherheit der befristet Beschäftigten, insbesondere bei geringer Aussicht auf einen unbefristeten Vertrag. Das Problem sei also die Teilung der Arbeitnehmerschaft in befristet und unbefristet Beschäftigte, die neben die bereits bestehende Teilung in Arbeitslose und Beschäftigte trete. Es sei eine ökonomische "Insider-Outsider-Konstellation" mit allen Folgen entstanden.

Prof. *Reichold* stellte zu Beginn der **Diskussion** die Frage, weshalb spanische Richter nicht beim EuGH vorlegen würden. In allgemeiner Diskussion wurden die Ursachen hierfür in der unterschiedlichen Rechtskultur gesehen. *Prieto* wies darauf hin, dass die Spanier seiner Erfahrung nach weniger Zukunftsangst als die Deutschen hätten. Sie würden sich trotz befristeter Arbeitsverhältnisse Häuser kaufen und hätten auch sonst weniger Probleme damit, Geld auszugeben. Junge Menschen würden es als normal empfinden nur befristete Arbeitsverträge zu erhalten, da alle Altersgenossen ebenfalls keine unbefristeten Verträge erhalten würden. Prof. *Mattoug* stellte die Frage, ob Arbeitsverträge in Spanien zeitlich oder projektbezogen befristet würden und ob es in Spanien eine Wartezeit, eine Probezeit, oder - wie in Frankreich - eine Konsolidierungs- bzw. Anlernzeit gebe. *Prieto* erklärte dazu, die Verträge seien objekt- oder strukturgebunden und in Spanien gebe es keine Warte-, sondern eine Probezeit. Prof. *Fuchs* stellte die Frage warum zwei Rechtsordnungen bei gleichem Begriff so sehr divergieren könnten und stellte die Vermutung in den Raum, dies könne daran liegen, dass das Befristungsrecht in Spanien anders als in Deutschland nicht durch die Rechtsprechung "vorbereitet" worden sei. Weiter stellte er die Frage, ob versucht werde, durch Kollektivverträge Befristungen einzudämmen. Hierzu erklärte *Prieto*, in Kollektivverträgen werde mit quantitativen Grenzen gearbeitet (z.B. dass etwa 40% der Beschäftigten befristet beschäftigt werden dürfen). Prof. *Lobinger* stellte die Frage, ob die Sorglosigkeit junger Spanier darin begründet sei, dass sie wüssten, dass es aufgrund der insgesamt sehr hohen Fluktuation "ohnehin irgendwie weiter gehen werde". *Prieto* erklärte dazu, dass er hierzu keine Statistiken vorliegen habe. Aus persönlicher Erfahrung aus seinem Freundeskreis könne er jedoch berichten, dass diese häufig in Arbeitsverhältnissen mit Kettenbefristungen beschäftigt seien. Befristung und Fluktuation seien somit voneinander zu trennen.

Gegen 14.45 begann **Claudia Däuble** ihr Referat mit der Bemerkung, dass das Thema ihres Referats, nämlich der Zusammenhang von befristeter Beschäftigung und Familienpolitik, sehr aktuell sei. Dies liege daran, dass insbesondere im letzten Jahr verschiedene volkswirtschaftliche aber auch soziologische Studien zum demographischen Wandel erschienen seien, die sich sehr kritisch zur befristeten Beschäftigung geäußert hätten. Das Interesse der Volkswirtschaft an diesem Thema beruhe auf dem negativen Einfluss des demographischen Wandels auf das Wirtschaftswachstum, der letztlich zu sinkendem Wohlstand führe. Die Ergebnisse der Studien ließen sich wie folgt zusammenfassen: Befristete Beschäftigungsverhältnisse übten einen signifikant negativen Einfluss auf die Geburtenquote aus, weil sie regelmäßig verlängert werden müssten. Arbeitgeber würden die Verträge von schwangeren Arbeitnehmerinnen in der Regel aber nicht verlängern, weil ihnen dadurch Kosten entstünden. So „belohne“ die befristete Beschäftigung Frauen, die auf Kinder verzichten, mit dem Erhalt des Arbeitsplatzes und „bestrafe“ Frauen, die sich für Kinder entscheiden, mit dessen Verlust. Die befristete Beschäftigung schaffe somit einen Anreiz, keine Kinder zu bekommen. Die Studien könnten nachweisen, dass Frauen sich tatsächlich gemäß diesen Anreizen verhalten würden: Frauen in befristeten Beschäftigungsverhältnissen bekämen keine Kinder. Zudem würden sich auch befristet beschäftigte Männer gegen Kinder entscheiden, da sie Angst vor Arbeitsplatzverlust und keine finanzielle Sicherheit hätten. Befristete Arbeitsverhältnisse seien in der modernen Arbeitswelt somit zunehmend Ursache für die "hohe Kinderlosigkeit". Verschlimmert werde diese Entwicklung dadurch, dass sich in den letzten Jahren der Berufseinstieg immer weiter nach hinten verschoben habe und heute bei Akademikern bei ca. 28 Jahren liege. Zudem hätten sich die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen verschlechtert, so dass Berufseinsteiger deutlich länger benötigten, um in der Arbeitswelt Tritt zu fassen. So werde eine gesicherte berufliche Position in der Regel erst Anfang bis Mitte dreißig erreicht, so dass dann erstmalig eine Familiengründung überhaupt möglich werde. Die meisten Frauen hätten mit 34 Jahren aber keinen Kinderwunsch mehr, wie man spätestens seit der Allensbach-Umfrage wisse. Befristete Arbeitsverhältnisse belasteten somit einseitig junge Arbeitnehmer. Besonders belastend wirkten sie in Rechtsordnungen mit hohem Bestandsschutz. Rechtsordnungen, die ein hohes Maß an Arbeitsplatzsicherheit bieten, seien familienpolitisch besonders erfolgreich, wobei die Arbeitsplatzsicherheit auf unterschiedlichen Wegen erreicht werden könne. Demgegenüber seien Rechtsordnungen mit hohem Bestandsschutz für ältere Arbeitnehmer, die gleichzeitig alle Lasten der Globalisierung auf junge Arbeitnehmer abwälzten familienpolitisch besonders erfolglos. Aus diesen Gründen

seien gerade Volkswirtschaftler, die ursprünglich zu den stärksten Befürwortern der befristeten Beschäftigung gehörten, zu deren stärksten Kritikern geworden und forderten nun, dass hier Abhilfe geschaffen werde. Plädiert würde für eine Senkung der Opportunitätskosten (durch die Geburt eines Kindes dürften keine Nachteile mehr entstehen), Flexibilisierung des Arbeitsmarkts und gleichmäßige Verteilung der Arbeitsmarktrisiken auf Beschäftigte aller Altersgruppen. Ausgehend von diesen Forderungen stelle sich die Frage, ob und wenn ja, wie diese Forderungen im deutschen Arbeitsrecht umgesetzt werden könnten. Grundsätzlich gebe es drei Möglichkeiten, wie man ansetzen könnte: Einführung einer Mindestbefristungsdauer, Automatische Verlängerung des befristeten Beschäftigungsverhältnisses bei Schwangerschaft und Umschwenken von sachgrundloser Befristung auf gelockerten Kündigungsschutz. Letztere sei vorzugswürdig, weil sie das Problem der ungerechten Verteilung des Arbeitsplatzrisikos auf jung und alt zurückdränge.

Prof. *Reichold* leitete die Diskussion mit der Frage ein, wie der von der Koalition vereinbarte "Schwenk auf die Wartezeit" vor dem Hintergrund der demographischen Entwicklung zu bewerten sei. *Däuble* erklärte, diese Lösung sei zwar für Mütter mit Vorteilen verbunden, benachteilige aber weiter jüngere Arbeitnehmer. Insgesamt betrachtet handle es sich aber um einen "Schwenk zum Guten". Prof. *Francken* stellte die Frage, wie § 23 KSchG (Kleinbetriebsklausel) geändert werden solle. *Däuble* wies darauf hin, dass ein Vergleich mit Spanien zeige, dass Deutschland auf eine ungerechte Zweiklassengesellschaft (Jung und Alt) zusteure, statt das Arbeitsplatzrisiko gerecht auf jung und alt zu verteilen. *Dörner* erklärte, *Däubles* Ausführungen seien sehr interessant, sie beträfen aber nur einen kleinen Ausschnitt aus der arbeitenden Bevölkerung. Das Befristungsrecht dürfe nicht nur familienpolitisch gesehen werden. Der Austausch von Flexibilisierungsinstrumenten sei eine Mogelpackung. Er plädiere für eine Beibehaltung des bisherigen Systems, weil dieses unter beschäftigungspolitischen Gesichtspunkten vorzugswürdig sei. Prof. *Lobinger* wies darauf hin, dass *Däuble* an die Statistiken zu den Reproduktionszahlen anknüpfe. In diesem Zusammenhang müsse die Frage nach der Verantwortlichkeit der Arbeitgeber für die Geburtenquote gestellt werden. Der Wiedereinstieg nach der Babypause müsse wirtschaftspolitisch angegangen werden und dürfe nicht das Arbeitsverhältnis belasten. Prof. *Mattoug* erklärte, er vermisse europapolitische Überlegungen im Ansatz *Däubles* und erklärte spaßhaft, man könne auch Eltern und Kinder exportieren. Prof. *Fuchs* wies darauf hin, dass er schon in seinem zum Juristentag 1994 erstellten Gutachten die Auffassung vertreten habe, dass der Mutterschutz falsch alloziert sei. Das Arbeitsrecht dürfe nicht mit Zwecken belastet werden. Schwangerschaft und damit verbunden Mutterschutz und Elternzeit würden zwar unmittelbar den Arbeitgeber, mittelbar aber die Frauen treffen. Richtigerweise habe die Allgemeinheit die Lasten zu tragen. Durch die Schaffung von Kinderbetreuungsmöglichkeiten müsse Frauen die Möglichkeit zur Rückkehr an den Arbeitsplatz gegeben werden. *Däuble* erklärte auf einen konkreten Beispielsfall bezug nehmend, dass keine befristet beschäftigte Frau mehr schwanger werden wolle. Prof. *Lobinger* erklärte, *Däuble* sehe das Problem zwar richtig. Dieses sei rechtlich aber nicht zu lösen, da Schutzrecht auf die Frauen zurückschlage. Eine mögliche Lösung wäre die rechtliche Gleichstellung von Männern und Frauen, die das Risiko für Arbeitgeber unberechenbar mache. *Däuble* wies darauf hin, dass sich auch hierdurch das Problem der ungerechten Verteilung des Arbeitsplatzrisikos auf jung und alt nicht gelöst würde.

Zum Abschluss des Programms bedankte sich Prof. *Reichold* gegen 15.45 Uhr bei den Referenten sowie bei den Gästen. Der Tag habe deutlich gemacht, dass Flexibilität und Prekarität zwei Seiten einer Medaille seien. Die sich daraus ergebenden Fragen hätten natürlich auch heute nicht abschließend beantwortet werden können. Dennoch glaube er, neue Erkenntnisse gewonnen zu haben. Möglicherweise sei das Ziel der Flexibilität ohne Prekarität durch eine Lockerung des "allgemeinen" Kündigungsschutzes zu erreichen. Mit einer Protestbewegung hiergegen müsse aber gerechnet werden. Das Arbeitsrecht lebe vom Bewusstsein der sozialen Verantwortung. Er hoffe, alle Teilnehmer beim zweiten Arbeitsrechtstag im kommenden Jahr erneut in Tübingen begrüßen zu dürfen.