

Prof. Dr. Dr. h.c. Franz-Joseph Peine
Prof. Dr. Heinrich Amadeus Wolff (Hrsg.)

Nachdenken über Eigentum

Festschrift für Alexander v. Brünneck
zur Vollendung seines siebzigsten Lebensjahres

2011

 Nomos

Recht am Arbeitsplatz und Recht an der Beschäftigungsfähigkeit – Zum Schutz der materiellen Basis der Existenzsicherung¹

Eva Kocher

I. Autonomie, Existenzsicherung und Erwerbsarbeit

Das Eigentum steht im Mittelpunkt der Idee von der Privatrechtsgesellschaft – in der sich eine bestimmte Vorstellung der richtigen Trennung des Öffentlichen vom Privaten ausdrückt. Der Gedanke, dass Privatautonomie und Selbstgestaltung davon abhängig sei, dass eine Person aus eigener Kraft und eigenen Ressourcen heraus ihre Existenz sichern könne, wirkt zum Teil sogar noch bis in Demokratietheorien hinein.² Moderne Gesellschaften müssen allerdings den Staat in vielfacher Weise als Problemlöser nutzen. Für das Verhältnis von öffentlich und privat, wie es sich im Verhältnis von Sozialrecht und Zivil-/Arbeitsrecht spiegelt, ist jedoch der Leitgedanke der Subsidiarität des Sozialrechts nach wie vor von großer Bedeutung – und zwar nicht nur in Hinblick auf eine Schonung staatlicher Ressourcen, sondern gerade auch in Hinblick auf eine Schonung der Autonomie der Bürgerinnen und Bürger.

Vor allem in der Zivilrechtstheorie wird die Grundlage des Konzepts der »Privatrechtsgesellschaft« – die Privatrechtssubjekte benötigen zur freien Verwirklichung ihrer Zielvorstellungen und Wertpräferenzen die erforderlichen materiellen Grundlagen – in der Regel jedoch nicht zu Ende gedacht.³ Vertragsfreiheit und Privateigentum allein reichen nicht aus, wo Menschen allein durch ihr Eigentum keine staatsunabhängige Handlungsfreiheit erlangen. Weil Sozialleistungen aber nur auffangnetz sein sollen, wenn eine Person ihre Existenz nicht aus eigener Kraft zu sichern in der Lage ist, tritt z. B. *Waltermann*, Gutachter der Arbeits- und Sozialrechtlichen Abteilung des 68. Deutschen Juristentags im Jahre 2010, dafür ein, die abhängige Erwerbsarbeit durch einen einheitlichen, branchenunabhängigen Min-

¹ Der Beitrag wurde inspiriert vom Projekt SozRA (»Arbeits- und sozialrechtliche Regulierung für Übergänge im Lebenslauf«), das von der Hans-Böckler-Stiftung gefördert wird. Vielen Dank an Christian Paschke für Vorarbeiten!

² Kritisches z. B. *Demirovic*, Demokratie in der Wirtschaft, 2007, S. 101 ff.

³ Sehr deutlich bei *Herresthal*, Die Folgen der Europäischen Integration für die Privatrechtsgesellschaft, in: FS Canaris Bd. II, 2007, S. 1107 (1109).

destlohn zu sichern.⁴ Dem Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Willen des Einzelnen sei ein Kennzeichen unserer Gesellschaftsordnung, das es nicht gestatte, dass ein Niedriglohnsektor die staatlichen Transferleistungen zum »Kombilohn« mache. Denn die »Erwerbsarbeitsgesellschaft« ist noch lange nicht an ihrem »Ende« – im Gegenteil: Gerade die Erosion des Normalarbeitsverhältnisses und die Verbreiterung der Erwerbsgesellschaft haben zu einem Erstarken der normativen Kraft des Konzeptes der Erwerbsarbeit beigetragen.⁵

II. Recht auf Arbeit: Arbeitsplatzsicherheit und Beschäftigungsfähigkeit

Bedarf die materielle Basis der Existenzsicherung aber nicht des rechtlichen Schutzes – wie auch die materielle Basis des Eigentums als Grundlage der Existenzsicherung geschützt ist?

Die materielle Basis der Existenzsicherung, das ist konkret immer ein bestimmtes Arbeitsverhältnis mit einem bestimmten Arbeitgeber. Ob sich die Existenzsicherung verwirklichen lässt, hängt insofern vom Arbeitsmarkt und davon ab, ob ein geeignetes Unternehmen als Vertragspartner gefunden wird. Das BVerfG meint deshalb zu Recht, dass das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG keinen Anspruch auf Bereitstellung eines Arbeitsplatzes eigener Wahl oder eine »Bestandsgarantie« für den einmal gewählten Arbeitsplatz garantiere. Dies heißt aber nicht, dass »der Arbeitsplatz« nicht rechtlich geschützt wäre. Art. 12 Abs. 1 GG schützt über die freie Wahl des Arbeitsplatzes hinaus auch das Interesse des Arbeitnehmers an einer Erhaltung seines Arbeitsplatzes; insofern verwirklicht der Gesetzgeber mit dem Kündigungsschutz grundrechtliche Schutzpflichten.⁶ Der »Arbeitsplatz« erfasst in diesem Zusammenhang also die Rechte aus einem konkreten Arbeitsverhältnis mit einem bestimmten Arbeitgeber.

Im internationalen Recht gibt es ebenfalls eine Reihe von Normen, die ein »Recht auf Arbeit« regeln und darunter zwar kein subjektives Recht des/der Einzelnen auf einen konkreten Arbeitsplatz verstehen, von den Staaten aber eine wirksame Beschäftigungs- und Arbeitsmarktpolitik, Bestandschutz für das Arbeitsverhältnis, Schutz bei Arbeitslosigkeit sowie Diskriminierungsschutz verlangen.⁷ Die EU-

GrCh enthält in Art. 30 ausdrücklich zumindest ein Recht auf Schutz vor ungerechtfertiger Entlassung.⁸ Entsprechende Vorgaben für den Schutz eines Arbeitsplatzes enthalten auch die Länderverfassungen,⁹ nur die Hamburger Verfassung beschränkt sich darauf, lediglich in der Präambel die »Arbeitskraft dem Schutz des Staates« zu unterstellen. Die Verfassung des Landes Brandenburg bezeichnet es sogar explizit als Gegenstand des »Rechts auf Arbeit«, »seinen Lebensunterhalt durch frei gewählte Arbeit zu verdienen«.¹⁰

Gerade diese Normen machen deutlich, in welchem Zusammenspiel sich die ökonomische Existenzsicherung im abhängiger Erwerbsfähigkeit verwirklicht: Der ökonomische Wert der Arbeitskraft des/der Beschäftigten wird in einem konkreten Beschäftigungsverhältnis verwirklicht. Die genannten Normen schützen deshalb einerseits die Arbeitskraft als solche und andererseits ihre konkrete Verwirklichung auf dem Arbeitsmarkt und in einem konkreten Beschäftigungsverhältnis.

1. Das Recht am Arbeitsplatz

Der deliktsrechtliche Schutz hat diesen Schutz noch nicht endgültig nachvollzogen. Zwar meinte das BAG im Jahr 1970 noch obiter dictum, es spreche einiges dafür, dass das Recht des Arbeitnehmers auf den Arbeitsplatz ein absolutes Recht i. S. von § 823 Abs. 1 BGB sei.¹¹ Ungeachtet der grundrechtlichen Prägung »neigte« das Gericht im Jahr 1998 dann jedoch »der Auffassung zu, weder das ‚Recht am Arbeitsplatz‘ i. S. eines räumlich-gegenständlichen Bereichs noch das ‚Recht am Arbeitsverhältnis‘ als absolutes Recht [...] anzuerkennen«.¹² Es hatte sich mit einem engen Verständnis des »Rechts am Arbeitsverhältnis« im Sinne eines alleinigen Verfügungssrechts des Arbeitnehmers dabei allerdings selbst präjudiziert – eine derartige Ausschlussfunktion kann dem »Recht am Arbeitsplatz« als der Bündelung schuldrechtlicher Beziehungen der Arbeitsvertragsparteien natürlich nicht beigemessen werden.

Darum geht es allerdings auch nicht. Die Frage nach einem möglichen deliktischen Schutz des Arbeitsplatzes stellt sich außerhalb des Kündigungsschutzes (das die

⁸ Diese Norm ist insofern spezifischer als Art. 15: »Berufsfreiheit und Recht zu arbeiten«: Abs. 1: Jede Person hat das Recht, zu arbeiten und einen frei gewählten oder angenommenen Beruf auszuüben. Abs. 2: Alle Unionsbürgerinnen und Unionsbürger haben die Freiheit, in jedem Mitgliedstaat Arbeit zu suchen, zu arbeiten, sich niederzulassen oder Dienstleistungen zu erbringen. Vgl. auch EuGH, Sig. 2006, I-6057 – *Adeneler* (Grundsatz unbefristeter Arbeitsverträge).

⁹ Art. 13 Abs. 1 Berliner Verfassung; Art. 45 Abs. 1 der Verfassung des Landes Brandenburg; Art. 8 Abs. 1 und Art. 49 Abs. 2 Bremer Verfassung; Art. 24 Abs. 1 NRW-Verfassung; Art. 28 Abs. 2 Verfassung Hessen; Art. 166 Verfassung Bayern; Art. 36 Verfassung Thüringen; Art. 17 Abs. 1 Verfassung Rheinland-Pfalz; Art. 39 Abs. 1 Verfassung Sachsen-Anhalt.

¹⁰ Art. 48 Abs. 1 der Verfassung des Landes Brandenburg; ähnlich Art. 49 Abs. 2 Bremer Verfassung und Art. 36 Thüringische Verfassung.

¹¹ BAG, AP Nr. 2 zu § 70 BAT.

¹² BAGE 89, 80 ff.

Zulässigkeit der einseitigen Beendigung durch den Arbeitgeber regelt) meist, wenn Dritte durch Ausübung von Druck oder andere Einflussnahme eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu verantworten haben. Um einen solchen Fall ging es dem BAG auch 1998, und es ließ die Streitfrage um den deliktischen Schutz des Arbeitsplatzes dann letztlich doch unentschieden: Selbst wenn man ein solches Recht anerkennen wolle, wäre es ähnlich dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb oder ähnlich dem allgemeinen Persönlichkeitsschutz tatbestandsmäßig offen; die Rechtswidrigkeit bedürfte also der besonderen Begründung einer zu missbilligenden Verletzungshandlung. Vor dem Hintergrund der Meinungssäufungsfreiheit des Art. 5 GG hält das BAG aber eine Aufforderung an den Arbeitgeber, das Arbeitsverhältnis zu beenden, erst dann für rechtswidrig, wenn nicht mehr aus objektiv begründeten berechtigten Interessen gehandelt wird. Solange letztlich der Arbeitgeber die Verantwortung für die Kündigung trägt und die Kündigung selbst nur gerechtfertigt ist, wenn die allgemeinen Voraussetzungen erfüllt sind,¹³ erscheint die Interessenabwägung jedenfalls im Ergebnis angemessen.

Die Behandlung des Schutzbereichs überzeugt jedoch deliktsrechtlich nicht. Denn entgegen der Kritik aus der rechtswissenschaftlichen Literatur¹⁴ kann der Druck durch Dritte nach der Rechtsprechung des BAG allerdings einen eigenständigen betriebsbedingten Grund für die Kündigung darstellen, selbst wenn dem Arbeitnehmer selbst objektiv nichts zur Last gelegt werden kann.¹⁵ Bei solchen Rahmenbedingungen wäre die deliktsrechtliche Anerkennung des »Rechts am Arbeitsplatz« angesichts der grundrechtlichen Bedeutung des Rechts nicht nur dogmatisch folgerichtig, sondern auch sachnotwendig gewesen.

2. Das Recht an der Arbeitskraft und der Beschäftigungsfähigkeit

Ähnlich prekär erscheint der zivilrechtliche Schutz der Arbeitskraft als solcher. Anders als im Fall des Arbeitsplatzes kann man dem BAG wohl noch weitestgehend zustimmen, als Arbeitskraft und Erwerbsfähigkeit Eigenschaften der Person sind. Dies macht ja gerade eine der Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses aus: Mit der Arbeitskraft bringt sich die Person als solche in einem Arbeitsverhältnis ein. Die Arbeitskraft ist deshalb nicht als eigenständiges absolutes Recht, sondern in den Rechtsgütern der körperlichen Unversehrtheit und der Gesundheit geschützt.¹⁶

Die Verletzung dieser Rechtsgüter als solche berechtigt allerdings auch zur Erstattung immaterieller Schäden (§ 253 Abs. 2). Für die Arbeitskraft als Basis der wirtschaftlichen Existenzsicherung fragt sich jedoch, ob ihre Beeinträchtigung nicht als materieller Schaden auszugleichen ist. Der BGH verneint dies: Die »Fähigkeit zum Erwerb sei nicht schon »für sich selbst« ein Vermögenswert.¹⁷ Eine entsprechende normative Schadensbetrachtung lehnt er ab. Nach §§ 249 ff., 252, 842 ff. BGB seien nur die wirtschaftlichen Folgen zu ersetzen, die der Geschädigte dadurch erleidet, dass er seine Arbeitskraft verletzungsbedingt nicht (vollständig) verwerten kann. Ersatzfähig sind die Schäden infolge der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses wegen der rechtswidrigen Beeinträchtigung der Arbeitskraft.¹⁸ Ersatzfähig sind auch Schäden, die einem Arbeitslosen dadurch entstehen, dass er infolge der Schädigung nicht mehr dem Arbeitsmarkt zur Verfügung steht »und er diesen der Existenzsicherung zugrunde gelegten Status und die damit verbundenen sozialen Leistungsansprüche verliert, wenn er unfallbedingt arbeitsunfähig wird«.¹⁹ In all diesen Fällen ergibt sich der Schaden daraus, dass die Arbeitskraft auf dem Arbeitsmarkt nicht mehr in der Weise verwertet werden kann wie vor der rechtswidrigen Schädigung.

Daraus ergibt sich zunächst zutreffend: Wer seine Arbeitskraft gar nicht zur Existenzsicherung einsetzen möchte, wer also »nur von seinem Vermögen oder seiner Rente lebt, arbeitsunwillig oder arbeitslos ist, ohne Arbeitslosengeld oder Arbeitslosenhilfe beanspruchen zu können« (und – so muss man ergänzen – ohne künftig Erwerbsarbeit anstreben zu wollen), kann beim Verlust seiner Arbeitsfähigkeit keinen ersatzpflichtigen Schaden geltend machen.²⁰ Aber wie ist es, wenn die Arbeitskraft zwar zur Existenzsicherung, jedoch nicht auf dem Arbeitsmarkt, sondern in anderer Art und Weise wirtschaftlich verwertet werden sollte? Der BGH hält jedenfalls solche Kosten für ersatzfähig, die dadurch anfallen, dass Eigenarbeiten (z. B. beim privaten Hausbau) nicht gemacht werden können, die Aufwendungen ersparen bzw. zu einem erhöhten Wert führen sollten.²¹

Anders soll es aber sein, wenn ein Unternehmer aufgrund der Verletzung nicht mehr in seinem eigenen Unternehmen tätig sein kann. Mit seiner Ablehnung des normalen Schadensbegriffs behauptet der BGH für diesen Fall, nicht der Ausfall der Arbeitskraft als solcher, sondern nur »der dadurch entstandene Ausfall der Arbeitsleistung« sei ein Schaden im haftungsrechtlichen Sinne.²² Richtig ist daran, dass Arbeitsleistung und Arbeitskraft grundsätzlich voneinander zu unterscheiden sind; die Arbeitskraft bezeichnet nur die Leistungsfähigkeit, nicht aber die Leistung als solche.

¹³ BAGE 82, 124; BAG, AP Nr. 33 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, Vgl. nur Ascheide, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 10. Aufl. 2010, § 1 KSchG, Rn. 276 ff.; Stahlhacker/Preis/Vossen (Hrsg.), Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 10. Aufl. 2010, Rn. 747, Rn. 985.

¹⁴ BAG, AP Nr. 33 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG, AP Nr. 12 zu § 626 BGB Druckkündigung; BAG, AP Nr. 41 zu Art. 140 GG.

¹⁵ So im Ergebnis schon BGHZ 54, 45.

¹⁶ BGHZ 54, 45. S. auch BGH, NJW 1995, 1023 zur Ermittlung des Erwerbsschadens bei einem Verletzten, der im Unfallzeitpunkt nicht in einem festen Arbeitsverhältnis stand und dessen Erwerbslebens »noch wenig strukturiert war.«

¹⁷ BGHZ 90, 334.

¹⁸ BGHZ 90, 334.

¹⁹ BGHZ 90, 334.

²⁰ BGHZ 90, 334.

²¹ BGHZ 54, 45.

Dennoch ist die Konsequenz, der Unternehmer könne seinen Schaden nicht in Höhe des Gehalts einer gleichwertigen Ersatzkraft bestimmen, unrichtig.²³ Die Orientierung am erlangten Gewinn missversteht das komplexe Wechselspiel zwischen Arbeitskraft, konkreter Arbeitsleistung und den erzielten Arbeitsergebnissen. Für die Bestimmung des Werts der eingesetzten Arbeitskraft haben wir keinen anderen Bewertungsmaßstab als den auf dem Arbeitsmarkt erzielbaren Wert²⁴. Mit ethlichen Verrenkungen geht nun die Praxis im Ergebnis ebenfalls so vor. Der BGH akzeptiert eine Berechnung anhand der Aufwendungen für Ersatzarbeitskräfte – wobei einerseits darzulegen ist, dass das Betriebsergebnis dadurch nicht höher lag als bei Eigenarbeit des Unternehmers, und andererseits aber davon auszugehen ist, dass das Betriebsergebnis bei eigener Mitarbeit des Unternehmers nicht schlechter ausgefallen wäre als das, was ohne diese erreicht wurde.²⁵

III. Der Schutz der Beschäftigungsfähigkeit im Arbeitsverhältnis

Im Verhältnis zum Arbeitgeber wird der Erwerb des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin durch den Kündigungsschutz geschützt, also durch Schutz des Arbeitsplatzes. In den letzten Jahrzehnten ist allerdings der Arbeitsmarktbezug der Existenzsicherung unerselbstständig Beschäftigter immer deutlicher worden. Mit der Lissabon-Strategie der Europäischen Union 2000 wurde die Förderung der »Beschäftigungsfähigkeit« zu einem zentralen Bestandteil der europäischen Beschäftigungsstrategie.²⁶

Hinter dieser Fokussierung auf die »Arbeitskraft« im engeren Sinn stehen tiefgreifende Veränderungen der Arbeitswelt. Die Grenzen zwischen internen und externen Arbeitsmärkten, zwischen Arbeitszeit und Freizeit, zwischen Arbeitsort und Wohnort stehen zunehmend zur Disposition. Die »psychologischen« Verträge, die der Erwerbsarbeit zugrunde liegen, sind in einem Änderungsprozess begriffen;²⁷ immer mehr Beschäftigungsverhältnisse können insofern als »prekär« bezeichnet werden, als sie nicht mehr von einer impliziten Annahme von Arbeitsplatz- und Beschäftigungssicherheit getragen sind.²⁸ Unternehmen der entgrenzten »digitalen« Produktionsweise verzichten auf Loyalität ihrer Beschäftigten und erwarten starker Einsatz für die Organisation (»commitment«) und eine affektive Motivation der Beschäfti-

²³ So auch die h. M. in der Literatur (*Heinrichs*, in: *Palandt*, 69. Aufl. 2010, § 252 BGB, Rn. 16).
²⁴ S. schon *Kocher*, Neue Sozialplaninhalte bei EDV-Einführung, Diss. 1994, S. 259 ff.
²⁵ BGH, AP Nr. 3 zu § 842 BGB.

²⁶ Zum Konzept s. z. B. *Rojot* in: *Blanpain* (Hrsg.) Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies, 9. Aufl. 2007, S. 458 ff. Für eine kritische Weiterentwicklung z. B. *Otto/Schneider*, From Employability Towards Capability, 2009.
²⁷ Der »psychologische Vertrag« ist ein aus der Organisationswissenschaft entnommener Begriff, der die geistige/soziale Erwartungen von Beschäftigten und Unternehmen, gesellschaftliche Verständigungen über Beschäftigung sowie die dadurch entstehenden impliziten Austauschverhältnisse auf den Arbeitsmärkten erfasst (*Stone*, From Widgets to Digits, 2004, S. 88 ff.).
²⁸ *Stone* (Fn. 25), S. 72.

tigten.²⁹ Auf der anderen Seite werden Beschäftigte in solchen Produktionsweisen implizit erwarten, neue Fähigkeiten und individuelle Entwicklungsmöglichkeiten erwerben zu können.³⁰

Der Marktbezug und die ökonomische Bedeutung der Arbeitskraft und damit dessen, was in der Ökonomie nüchtern »Humankapital« genannt wird, rückt immer mehr in den Vordergrund – und wirft die Frage nach dem rechtlichen Schutz auf. Indem der Arbeitsmarkt und seine Anforderungen sich ständig verändern, sind die Arbeitskraft und ihre Beschäftigungsfähigkeit ständig durch Entwertung gefährdet – und diese Entwertung verwirklicht sich mittlerweile nicht erst bei Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses auf dem Arbeitsmarkt, sondern aufgrund von Anpassungen der Unternehmen an den jeweils neuesten Stand zunehmend bereits im laufenden Beschäftigungsverhältnis. Der Schutz der Beschäftigungsfähigkeit ist schon deshalb keine Alternative zur Arbeitsplatzsicherheit, sondern ihre notwendige Ergänzung.

Art. 36 der Thüringischen Verfassung stellt diesen Zusammenhang sogar explizit her: »Es ist ständige Aufgabe des Freistaats, jedem die Möglichkeit zu schaffen, seinen Lebensunterhalt durch frei gewählte und dauerhafte Arbeit zu verdienen. Zur Verwirklichung dieses Staatsziels ergreifen das Land und seine Gebietskörperschaften insbesondere Maßnahmen der Wirtschafts- und Arbeitsförderung, der beruflichen Weiterbildung und der Umschulung«. Und nach Art. 15 der Europäischen Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer vom 9.12.1989 muss jeder Arbeitnehmer der Europäischen Gemeinschaften Zugang zur Berufsausbildung haben und ihn während seines ganzen Erwerbslebens behalten. »Die zuständigen öffentlichen Gebietskörperschaften, die Unternehmen oder die Sozialpartner müßten in ihrem jeweiligen Zuständigkeitsbereich die Voraussetzungen für eine Fort- und Weiterbildung schaffen, die es jedem ermöglichen, sich insbesondere durch einen Bildungsurlaub umzuschulen, sich weiterzubilden und vor allem im Zuge der technischen Entwicklungen neue Kenntnisse zu erwerben«.³¹

Der Bundesgesetzgeber ist seiner insoweit bestehenden Schutzwilf aus Art. 12 Abs. 1 GG u. a. damit nachgekommen, dass er in § 2 Abs. 2 und 4 SGB III den Arbeitsvertragsparteien die Verantwortung dafür übertragen hat, dass Arbeitnehmer/innen im Lauf eines Arbeitsverhältnisses ihre Beschäftigungsfähigkeit durch Qualifikation erhalten und anpassen.³² Die Norm erfasst nach ihrem Wortlaut die Erhaltungs- und Anpassungsqualifizierung, nicht aber die Erweiterungsqualifizierung: Die Arbeitgeber sollen insbesondere »für die Entwicklung der beruflichen Leistungsfähigkeit der Arbeitnehmer zur Anpassung an sich ändernde Anforderungen«.³³ Die Arbeitgeber sollen insbesondere »für die Entwicklung der beruflichen Leistungsfähigkeit der Arbeitnehmer zur Anpassung an sich ändernde Anforderungen«.³³

²⁹ *Stone* (Fn. 25), S. 99 ff.
³⁰ *Stone* (Fn. 25), S. 112 f.
³¹ S. auch Empfehlung des Rates v. 30.6.1993 über den Zugang zur Weiterbildung (93/404/EWG), ABl. 1993, Nr. L 181, S. 37.
³² *Natzel*, BB 2010, 697.

b) Schutz vor Versetzung

Eine weitere Frage des statischen Schutzes der Beschäftigungsfähigkeit stellt sich, wenn von Arbeitnehmer/innen erwartet wird, dass sie nicht auf dem bisher immer gehabten, sondern auf einem anderen (niedriger qualifizierten) Arbeitsplatz weiter arbeiten. Hier stellt sich die Frage nach der Reichweite der Verpflichtung des Arbeitnehmers. Die Grenze stellt der Arbeitsvertrag dar.⁴³ Aber Versetzungs- und Flexibilitätsklauseln sind im Formulararbeitsverträgen nach § 307 BGB nur begrenzt zulässig. So verlangt das BAG, dass sie gewährleisten, dass die Zuweisung einer mindestens gleichwertige Tätigkeit zum Gegenstand haben muss.⁴⁴ Damit ist die Beschäftigungsfähigkeit im bestehenden Arbeitsverhältnis besser geschützt als im Arbeitsförderungsrecht (§ 121 SGB III, insbesondere Abs. 3 und Abs. 5, 3. Alt.).⁴⁵

c) Direktionsrecht

Gefahren für die Beschäftigungsfähigkeit ergeben sich schon durch eine längerfristige Bindung an eine konkrete Tätigkeit. Der ökonomische Wert der Eingliederungsleistung eines Arbeitnehmers in den Betrieb besteht nicht zuletzt darin, dass die Arbeitnehmerin ihre Kenntnisse und Fähigkeiten immer stärker an den betrieblichen Anforderungen des konkreten Arbeitsplatzes ausrichtet⁴⁶. Zur Schaffung eines entsprechenden Problembewusstseins sah ein Referentenentwurf bei der Änderung der GewO im Jahre 2002 vor, § 106 Satz 3 GewO wie folgt zu fassen: »Bei der Ausübung des Ermessens hat der Arbeitgeber insbesondere [...] die Möglichkeit zu prüfen, ob dem Arbeitnehmer ein Bereich eigener Verantwortung übertragen werden kann und darauf zu achten, dass der Arbeitnehmer entsprechend seinen Fähigkeiten eingesetzt wird. Nachdem dies scheiterte,⁴⁷ bleibt die Weiterentwicklung dieser Fragen der rechtswissenschaftlichen Praxis überlassen – die hierfür an denjenigen Regelungen anknüpfen kann, die die Rechtsfolgen einer Entwertung der Beschäftigungsfähigkeit bereits regeln.

2. Rechtsfolgen einer Veränderung der Beschäftigungsfähigkeit

a) Das Arbeitnehmerrisiko einer Entwertung der Arbeitskraft

Die Gefährdung der Beschäftigungsfähigkeit im bestehenden Arbeitsverhältnis wird offenbar, wenn der Arbeitgeber/die Arbeitgeberin der Meinung ist, einen

⁴³ S. z. B. BAG, NZA 1996, 440.

⁴⁴ BAGE 118, 184; s. auch BAGE 118, 22; BAG AP Nr. 26 zu § 307 BGB.

⁴⁵ Köhl, in: FS Birk, 2008, S. 390 ff. (402 ff.) ausführlich zum Abbau des Berufsschutzes bei sozialrechtlichen Lohnersatzleistungen.

⁴⁶ Simitsis, DJT 1978, M 50; Dornstorff, Sozialplan im Konkurs, 1978, S. 12; Koehler, Diss. 1994, S. 270 f.

⁴⁷ Dagegen Schöne, NZA 2002, 829, 831; Köhl, in: FS Birk 2008, S. 394.

Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehmerin nicht mehr einsetzen zu können, weil die Qualifikation »veraltert« (also entwertet) sei.

Eine personenbedingte Kündigung kommt zwar nur in Betracht, wenn der Arbeitnehmer nicht mehr die persönlichen Voraussetzungen mitbringt, um die arbeitsvertraglich vereinbarten Pflichten zu erfüllen. Und der Arbeitgeber kann auch im Rahmen seines Weisungsrechts nach § 106 GewO nur eine Leistung verlangen, die arbeitsvertraglich vereinbart ist. Dem BAG ist aber darin Recht zu geben, dass der Arbeitsvertrag als Dauerschuldverhältnis noch dieses von Veränderungen der Geschäftsgrundlage (vgl. § 313 BGB) insofern unvollständig und veränderungsopen ist, als es die vertragliche Hauptpflicht der Arbeitnehmer nicht auf die ursprünglich vertraglich vereinbarte Arbeitsleistung beschränkt, sondern sie auf Veränderungen im Rahmen eines »normalen Schwankungsbereich« erstreckt. Der Arbeitnehmer muss auch die hierfür erforderliche Eignung oder Fähigkeit aufweisen, wenn er nicht eine personenbedingte Kündigung befürchten will.⁴⁸

Ein neuerer Fall, den das BAG zu entscheiden hatte, zeigt auf, welche arbeitsrechtlichen Fragen eine schleichende Entwertung von Qualifikation aufwirfen kann; die Entscheidung enthält auch zutreffende Hinweise für eine angemessene Verteilung dieses Risikos zwischen den Arbeitsvertragsparteien. Der 1948 in Spanien geborene und seit 1978 bei einem Unternehmen der Automobilzulieferer-Industrie beschäftigte Arbeitnehmer arbeite in der Spritzgussabteilung. Er hatte die automatische Behälterfüllung zu überwachen, Teile einzupacken sowie die Produktion zu kontrollieren und Fehler und Störungen zu erkennen und zu melden. Nach einer ISO-Zertifizierung verlangte die Arbeitgeberin nun, dass der Arbeitnehmer schriftliche Arbeits- und Prüfanweisungen nicht nur lesen, sondern auch verstehen konnte. 2003 besuchte er daraufhin einen Deutschkurs; aufgrund seines geringen Kenntnisstandes sollte er einen Folgekurs besuchen. Dies lehnte er ab, genauso wie die Teilnahme an einem als Firmenseminar angebotenen Deutschkurs. Eine Praxisveranstaltung zur Prüfung der Arbeitsergebnisse schloss der Kläger mit dem Gesamtergebnis »ungenügend« ab. Die 2006 folgende personenbedingte Kündigung nach erfolgter Abmahnung hielt das BAG für rechtmäßig; Auch wenn der Arbeitsvertrag ursprünglich nicht die Anforderung enthalten hatte, schriftliche Texte aus deutsch zu verstehen, habe sich der Gegenstand des Vertrags mittlerweile verändert.

Das Gericht kommt auf frühere Rechtsprechung zurückgreifen, wonach sich der Inhalt der geschuldeten Leistungen nicht ändere, solange diese sich in einem »normalen Schwankungsbereich« halte.⁴⁹ Danach kann im Einzelfall nicht nur die veränderte Arbeitsleistung als solche, sondern sogar die Teilnahme an einer Schulung vom Direktionsrecht erfasst sein.⁵⁰

⁴⁸ BAG, NZA 1984, 233 (zum Versetzungsbegriff nach § 95 Abs. 3 BetrVG); ArbG Bonn, NZA 1991, 512; BAG, DB 2010, 1071; s. auch *Wissenskochen/Schmidt*, NZA 2008, 1386.

⁴⁹ BAG AP Nr. 4 zu § 95 BetrVG 1972 (Umstellung von Schreibmaschinen auf Computer als Versetzung i. S. von § 95 Abs. 3 BetrVG).

⁵⁰ BAG, AP Nr. 42 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe; so schon ArbG Bonn, NZA 1991, 512.

b) Das Arbeitgeberrisiko einer Entwertung der Arbeitskraft

Wo von einer solchen Pflicht nicht ausgegangen werden kann, wird die Teilnahme an entsprechenden Qualifizierungsmaßnahmen aber jedenfalls eine Obliegenheit des Arbeitnehmers, mit deren Erfüllung eine Kündigung verhindert werden kann.

Denn die Kündigung durch den Arbeitgeber ist nur zulässig, wenn sie das letzte Mittel zur Lösung der aufgetretenen Probleme ist – und § 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG begründet in den Grenzen der Zumutbarkeit Obliegenheiten des Arbeitgebers zum Angebot von Fort- und Weiterbildung.⁵¹ Danach ist eine Kündigung sozial ungerechtfertigt, wenn die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auf dem bisherigen oder einem anderen freien Arbeitsplatz nach zumutbaren Umschulungs- und Fortbildungsmöglichkeiten möglich ist und der Arbeitnehmer sein Einverständnis erklärt hat. Als Auslegungshilfe für die Obliegenheiten des Arbeitgebers im Rahmen des Kündigungsschutzrechtlichen ultima-ratio- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes kann § 2 Abs. 2 SGB III dienen. In der Interessenabwägung sind die individuelle Arbeitsmarktsituation und die Beschäftigungschancen der Arbeitnehmer/innen zu berücksichtigen.⁵²

Die Weiterbildungsobliegenheit des Arbeitgebers spielt dann eine besondere Rolle, wenn nicht nur Anpassungsqualifizierung im Rahmen der »normalen Bandbreite« erforderlich ist, sondern der bisherige Arbeitsplatz gar nicht mehr in der ursprünglichen Form vorhanden sein sollte und deshalb nicht eine personenbedingte, sondern eine betriebsbedingte Kündigung droht.⁵³

Der Arbeitgeber darf aufgrund seiner unternehmerischen Entscheidungsfreiheit zwar die Anforderungen verändern. Je stärker er damit aber die Beschäftigungsfähigkeit seiner Arbeitnehmer/innen im Betrieb gefährdet, desto stärker muss er die Legitimität der Veränderungen begründen. Ändert er das Anforderungsprofil für Arbeitsplätze, die mit langjährig beschäftigten Arbeitnehmern besetzt sind, »muss der Arbeitgeber darlegen, dass es sich bei der zusätzlich geforderten Qualifikation nicht nur um eine ‚wünschenswerte Voraussetzung‘, sondern um ein nachvollziehbares, arbeitsplatzbezogenes Kriterium für eine Stellenprofilierung handelt«.⁵⁴ Und selbstverständlich hat der Arbeitgeber auch bei einer betrieblich erforderlichen Anhebung des Stellenprofils, die seiner Sphäre entstammt, konkret darzulegen, dass die Kündigung nicht durch mildernde Mittel, insbesondere Umschulung und Fortbildung des Arbeitnehmers zu vermeiden war.

c) Chancen der Aufwertung der Arbeitskraft

Nun dienen Qualifizierungen einerseits der Entwertung von Qualifikationen, bewirken andererseits aber gleichzeitig eine Aufwertung. Unabhängig von der Frage, wer und wie diese von Rechts wegen zu finanzieren hat,⁵⁵ stellt sich die Frage, wie die Vorteile solcherart erworbbener Qualifikationen zu verteilen sind – wem sie »gehören« (sollen). Problematisch ist dies insbesondere, wenn Arbeitnehmer/innen sie auf den externen Arbeitsmarkt mitnehmen.

Häufig wird eine Rückzahlung von Aus- und Weiterbildungskosten durch den Arbeitnehmer durch Allgemeine Arbeitsbedingungen geregelt, und in diesem Kontext wurde die Frage auch bislang arbeitsrechtlich abgehandelt. Über die Zulässigkeit einer Pflicht von Arbeitnehmern zur Entschädigung des qualifizierenden Arbeitgebers entschied vor kurzem auch die Große Kammer des EuGH.⁵⁶ Im Ausgangsfall ging es um die Fortsetzung der Bosman-Rechtsprechung über Ablösezahlungen im Profifußball. Diese Zahlungen werden wegen der EuGH-Rechtsprechung seit einigen Jahren als Ausbildungsentschädigung gezahlt. Denn der EuGH sieht das Interesse, die Anwerbung und Ausbildung von Nachwuchsspielern zu fördern, grundsätzlich als legitimen Grund zur Beschränkung der Freizeitigkeit an. Allerdings dürfe die verlangte Entschädigung in der Höhe nicht unabhängig von den tatsächlichen Ausbildungskosten sein. Er argumentierte vor allem damit, dass die Erträge aus diesen Investitionen aleatorischen Charakter hätten, da die ausgebildeten Nachwuchsspieler später nur zum Teil eine Karriere als Berufsspieler entweder bei dem Verein, der sie ausgebildet hat, oder bei einem anderen Verein einschlagen. Jedenfalls würden die Ausbildungskosten im Allgemeinen nur teilweise durch den Gewinn ausgeglichen, den der ausbildende Verein aus diesen Spielern während der Ausbildungszeit ziehen könne.

Das BAG ist dagegen strenger, wenn es um die Zulässigkeit von AGB-Klauseln geht, die Arbeitnehmer zur Rückzahlung von Ausbildungskosten zu verpflichten. Es akzeptiert solche Klauseln bislang nur unter im Wesentlichen zwei Voraussetzungen. Zunächst darf der Arbeitgeber/die Arbeitgeberin nicht die Verantwortung für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses tragen. Da die Rückzahlungsverpflichtung das Interesse des Arbeitgebers schützt, die vom Arbeitnehmer erworbene Qualifikation möglichst langfristig zu nutzen, kommt eine Rückzahlung von Ausbildungskosten nur in Betracht, wenn der Arbeitgeber selbst ein Interesse an der weiteren Nutzung der Qualifikation zeige, also nur im Fall von Eigenkündigungen des Arbeitnehmers oder berechtigter verhaltensbedingter Kündigungen des Arbeitgebers.

Man könnte auch formulieren: Wenn der Arbeitgeber das Risiko der Nutzbarkeit der Qualifikation auf dem Arbeitsmarkt auf den Arbeitnehmer verlagert, kann er nicht

⁵¹ S. z. B. BAGE 67, 198. Vgl. Preis, Alternde Arbeitswelt, Gutachten zum 67. DJT 2008, B 81 (»mehr zu regeln ist schwierig«).

⁵² Bieback, AuR 1999, 209; s. auch Natzel, BB 2010, 698.

⁵³ Wisskirchen/Schmidt, NZA 2008, 1386.

⁵⁴ BAG, AP Nr. 138 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

⁵⁵ S. dazu z. B. Kocher, 2010 (demnächst).

⁵⁶ EuGH, NZA 2010, 346 – Olympique Lyonnais; EuGH, Slg. 1995, I-4921 – Bosman.

noch darüber hinaus die Kosten ersetzt verlangen. Diesen Aspekt berücksichtigte der EuGH in seinem Urteil nicht; denn er hatte einen Fall zu entscheiden, in dem eine Entschädigung nach Auslaufen eines befristeten Beschäftigungsverhältnisses zu zahlen war. Hier war also die Unsicherheit über den Ertrag der Ausbildungsinvestition bereits mit Hilfe der Befristung auf den Spieler verlagert. Ob es wirklich noch eine angemessene Interessenabwägung darstellt, wenn zusätzlich das Finanzierungsrisiko beim Spieler bleibt, ist äußerst fraglich. Diese ließe sich allenfalls mit den besonderen Bedingungen im Profisport rechtfertigen, die es (bei Nutzbarkeit der Qualifizierung) ermöglichen, dass faktisch der spätere Verein die Kosten übernimmt. Entgegen der ursprünglichen Einschätzung der Generalanwältin⁵⁷ hätten sich die Übertragbarkeit der entwickelten Grundsätze auf andere Arbeitsverhältnisse daher in Grenzen.

Als zweite Voraussetzung verlangt das BAG die Durchführung einer Abwägung zwischen den Vorteilen der Ausbildung für den Arbeitnehmer und den Kosten der Qualifizierungsmaßnahme für den Arbeitgeber.⁵⁸ Dabei ist einerseits zu berücksichtigen, inwiefern der Arbeitnehmer die Qualifikation nicht nutzen will, sondern auch tatsächlich nutzen kann. Der Arbeitnehmer müsse einen »geldwerten Vorteil« haben, »sei es, dass bei seinem bisherigen Arbeitgeber die Voraussetzungen einer höheren Vergütung erfüllt sind oder sich die erworbenen Kenntnisse auch anderweitig nutzbar machen lassen«.⁵⁹ Auf der anderen Seite wird berücksichtigt, welche Mittel der Arbeitgeber für die Schulung aufgewandt hat. Je höher diese sind, desto länger darf der Arbeitnehmer mit Hilfe der Rückzahlungsverpflichtung mittelbar an das Unternehmen gebunden werden. Hier schlagen in erster Linie die Kosten der Fehltage zu Buche, die der Arbeitnehmer konkret wegen der Schultagung nicht arbeitet. Nur bei besonders kostenintensiven Schulungen können auch die Schulungsgebühren bei der Länge der Bindungsdauer berücksichtigt werden. So lässt sich die Abwägung dahingehend zusammenfassen, dass die Dauer der Ausbildung gegen die Dauer der Bindung abgewogen werde. Eine verhältnismäßig lange Bindung könnte auch bei kürzerer Ausbildung gerechtfertigt sein, wenn der Arbeitgeber ganz erhebliche Mittel aufwendet oder die Teilnahme an der Fortbildung dem Arbeitnehmer überdurchschnittlich große Vorteile bringt.

Der EuGH beschränkte sich demgegenüber auf die Feststellung, die verlangte Entschädigung dürfe in der Höhe nicht unabhängig von den tatsächlichen Ausbildungskosten sein.

3. Dynamischer Schutz der Beschäftigungsfähigkeit: Rechte auf Qualifizierung?

Wie dargestellt dient also im Regelfall einerseits die Beschäftigungspflicht dem Erhalt und der Fortbildung der beruflichen Fähigkeiten; andererseits obliegt es dem Arbeitgeber aus dem Kündigungsschutzrecht, zur Vermeidung von Kündigungen fort- und weiterzubilden. Aber ist er darüber hinaus auch dazu verpflichtet, die Beschäftigungsfähigkeit zu fördern und zu erhalten?

Aus § 2 SGB III lassen sich entsprechende Ansprüche jedenfalls nicht ableiten. Auch § 81 Abs. 4 Satz 2 BetrVG verpflichtet den Arbeitgeber nur dazu, »mit dem Arbeitnehmer zu erörtern, wie dessen berufliche Kenntnisse und Fähigkeiten im Rahmen der betrieblichen Möglichkeiten den künftigen Anforderungen angepasst werden können« – »sobald feststeht, dass sich die Tätigkeit des Arbeitnehmers ändern wird und seine beruflichen Kenntnisse und Fähigkeiten zur Erfüllung seiner Aufgaben nicht ausreichen«.

§ 97 Abs. 2 BetrVG enthält zwar ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats, falls der Arbeitgeber Weiterbildungsmaßnahmen plant; auch der Betriebsrat hat jedoch kein entsprechendes Initiativrecht.⁶⁰ Allerdings existieren immer häufiger tarifliche Verpflichtungen und Verfahren.⁶¹ Ergebnis der tarifpolitischen Diskussionen über individuelle Qualifizierungs- und Weiterbildungsansprüche, wie sie Ende der 1990er Jahre stattfanden, waren insbesondere einige Freistellungsansprüche. Aber auch der weitgehende Tarifvertrag zur Qualifizierung in der Metall- und Elektroindustrie Baden-Württemberg aus dem Jahre 2001 gewährt nur einen individuellen Anspruch von Beschäftigten auf ein regelmäßiges Gespräch über den Qualifizierungsbedarf.⁶² Solche tariflichen Regelungen hat sich der Entwurf für ein Arbeitsvertragsgesetz von *Preis/Hessler* in seinem § 72 zum Vorbild genommen, der sich einen jährlicher Mindestanspruch auf Freistellung zur beruflichen Weiterbildung gewünscht hätte (Abs. 3).

Einen Ausweg bietet insofern noch der Teilzeitan spruch aus § 8 TzBfG. Ihm nutzte z. B. der Co-Pilot, der ein Medizinstudium aufnehmen wollte und deshalb nur in den Semesterferien arbeiten sowie in den Semestermonaten freigestellt werden sollte.⁶³ Dieser Anspruch zeigt auch die Probleme auf, denen solche Freistellungsansprüche begegnen: Sie müssen betrieblich umsetzbar sein, und hier ist die gerichtliche Interpretation nicht notwendig der effektivste Weg. Einen Weg weist das Regelungsvorbi ld des § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG, wonach bei der zeitlichen Festlegung des Urlaubs die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen sind, »es sei

⁵⁷ Generalanwältin *Sharpston*, Schlussanträge v. 16.7.2009 – C-325/08, Rn. 30 f.

⁵⁸ BAG, AP Nr. 41 zu § 611 BGB Ausbildungsbhilfe; BAG, AP Nr. 42 zu § 611 BGB Ausbildungsbhilfe.

⁵⁹ BAG, AP Nr. 41 zu § 611 BGB Ausbildungsbhilfe.

⁶⁰ *Kania*, in: *ErfK* (En. 14), § 98 BetrVG, Rn. 1.

⁶¹ *Salm/Stielau*, Umsetzungsprobleme qualitativer Tarifverträge, WSI-Mitteilungen 2007, 403 ff.; *Seifert/Busse/WSI-Tarifarchiv*, Tarifliche und betriebliche Regelungen zur beruflichen Weiterbildung – Eine explorative Studie, 2008; s. auch schon *Bispinck*, *WSI-Tarifarchiv*, Qualifizierung und Weiterbildung in Tarifverträgen – Bisherige Entwicklung und Perspektiven, 2000.

⁶² S. genauer *Kocher*, WSI-Mitt. 2007, 434.

⁶³ LAG Düsseldorf, LAGE § 8 TeilzBfG Nr. 5.

denn, daß ihrer Berücksichtigung dringende betriebliche Belange oder Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer, die unter sozialen Gesichtspunkten den Vortrang verdienen, entgegenstehen.« Diese Ausfüllung dieses Beurteilungsspielraums unterliegt sachgerecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG der Mitbestimmung: Der Betriebsrat hat danach auch mitzubestimmen bei der »Festsetzung der zeitlichen Lage des Urlaubs für einzelne Arbeitnehmer, wenn zwischen dem Arbeitgeber und den beteiligten Arbeitnehmern kein Einverständnis erzielt wird mitzubestimmen. Ob dieses Regelungsvorbild auch in anderen Fällen von »Zeitansprüchen« Effektivität verspricht, ist eine der Fragen, die im Projekt »Soziales Recht der Arbeit«⁶⁴ untersucht werden.