

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 216

**Die Verlängerung der Arbeitszeit
gemäß § 9 TzBfG**

Von

Klaus Rudolf



Duncker & Humblot · Berlin

KLAUS RUDOLF

Die Verlängerung der Arbeitszeit gemäß § 9 TzBfG

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 216

Die Verlängerung der Arbeitszeit gemäß § 9 TzBfG

Von
Klaus Rudolf



Duncker & Humblot · Berlin

**Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Universität Mannheim hat diese Arbeit im Jahre 2002
als Dissertation angenommen.**

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

**Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.**

**Alle Rechte vorbehalten
© 2003 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme und Druck:
Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany**

**ISSN 0582-0227
ISBN 3-428-11035-8**

**Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺**

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2002 von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Mannheim als Dissertation angenommen. Die Arbeit wurde im Mai 2002 abgeschlossen; Literatur und Rechtsprechung konnten noch bis Januar 2003 eingearbeitet werden.

Meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Volker Rieble, danke ich herzlich für die Aufnahme in sein Doktorandenseminar, für seine wertvollen Anregungen und die vorzügliche Betreuung der Arbeit. Mein Dank gilt auch Herrn Prof. Dr. Thomas Puhl für die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens.

Ebenfalls sehr herzlich zu danken habe ich meinem Vater, Prof. Dr. Walter Rudolf, und meinem Passauer Lehrer Prof. Dr. Herbert Bethge sowie Prof. Dr. Hans Heinrich Rupp, die mir den Wert einer wissenschaftlichen Arbeit vermitteln und mich bei meinem Entschluß zu promovieren bestärkten. Die Anregung zum Thema erhielt ich während meiner Wahlstation in der Kanzlei Gleiss Lutz Hootz Hirsch; Dank gebührt daher auch Herrn Rechtsanwalt FAArbR Dr. Jobst-Hubertus Bauer.

Besonderen Dank schulde ich auch meiner Mutter, Rechtsanwältin FAArbR Dr. Inge Rudolf, die die Arbeit nicht nur finanziell unterstützt, sondern mir auch gute und praktische Anregungen zum Thema gegeben hat.

Nicht unerwähnt bleiben sollen schließlich auch die übrigen, die mir bei der Entstehung geholfen haben: So hat Dr. Eva Rudolf die Arbeit dankenswerterweise korrektur gelesen. Dr. Hans und Dr. Luisa Rudolf haben mich bei Computerfragen unterstützt. Nicht zuletzt gilt mein Dank aber auch Katrin Sihler, die mehr als nur beim Erstellen des Schlagwortverzeichnisses die Entstehung der Arbeit durch Geduld, Verständnis und mit Rat und Tat unterstützt hat.

Meinen Eltern, denen ich in meinem Leben am meisten verdanke, ist diese Arbeit gewidmet.

Baden-Baden, im März 2003

Klaus Rudolf

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel

Einführung	23
I. Problemstellung	23
II. Entstehungsgeschichte des § 9 TzBfG	25
1. Aktivitäten auf Gemeinschaftsebene	25
a) Die Richtlinienvorschläge der Kommission	25
b) Die Rahmenvereinbarung über Teilzeit und die Richtlinie 97/81/EG	26
aa) Das Rechtssetzungsverfahren nach dem Abkommen über Sozialpolitik	26
bb) Inhalt der Rahmenvereinbarung	27
2. Deutsche Gesetzgebung zur Teilzeitarbeit	27
a) Die Vorgängerregelung: das Beschäftigungsförderungsgesetz 1985	27
b) Gesetzliche und tarifvertragliche Regelungen einer Arbeitszeitverlängerung	28
3. Das deutsche Gesetzgebungsverfahren zum TzBfG	29
III. Gesetzgeberischer Zweck von § 9 TzBfG	30

2. Kapitel

Vereinbarkeit von § 9 TzBfG mit vorrangigem Europäischem Gemeinschaftsrecht	33
I. Umsetzung der Richtlinie	33
1. Umsetzungspflicht und Regelungsgehalt von § 5 RV	33
2. Differenzen zwischen § 5 Nr. 3 lit.b RV und § 9 TzBfG	34
II. Das Verbot der mittelbaren positiven Geschlechterdiskriminierung	35
1. Der europäische Gleichbehandlungsgrundsatz von Frauen und Männern	35
a) Die mittelbare Diskriminierung	35

b) Die positive Diskriminierung	36
aa) Rechtsnormen auf europäischer Ebene	36
bb) Die positive Diskriminierung in der Rechtsprechung	37
(1) Rechtssache „Kalanke“	37
(2) Rechtssache „Marschall“	38
(3) Rechtssache „Abrahamsson“	39
(4) Rechtssache „Schnorbus“	39
2. Gleichbehandlungsgrundsatz im Teilzeitrecht und Teilzeitrichtlinie	40
3. Die positive mittelbare Diskriminierung	40
4. Anwendung des europäischen Gleichbehandlungsgrundsatzes auf § 9 TzBfG ..	41
a) Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung	41
aa) Bildung von Vergleichsgruppen	41
bb) Stärkere Betroffenheit eines Geschlechts	42
(1) Untersuchung der Verteilung der Geschlechter in den Vergleichs-	42
gruppen	
(2) Ungleichbehandlung durch positive Maßnahmen	43
b) Rechtfertigung der Ungleichbehandlung	44
aa) Rechtfertigung der Ungleichbehandlung nach Art. 2 Abs. 2 RL 76/	44
207/EWG	
bb) Rechtfertigung nach Art. 2 Abs. 4 a. F. RL 76/207/EWG	46
cc) Rechtfertigung nach Art. 2 Abs. 8 n. F. RL 76/207/EWG, Art. 141	48
Abs. 4 EG	
(1) These vom Verbot von Regelungen ohne Öffnungsklausel	48
(2) These von der Zulässigkeit von Regelungen ohne Öffnungsklausel	49
(3) Art. 2 Abs. 8 n. F. RL 76/207/EWG, Art. 141 Abs. 4 EG und § 9	51
TzBfG	
5. Rechtsfolgen des Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz	53
III. Ergebnis	54

3. Kapitel

Vereinbarkeit von § 9 TzBfG mit deutschem Verfassungsrecht	56
I. Problemstellung	56
1. Verfassungsrechtliche Überprüfung privatrechtlicher Normen	56
2. Bisheriger Meinungsstand zu § 9 TzBfG	57

II. § 9 TzBfG und die Grundrechte des Arbeitgebers	58
1. Die Berufsfreiheit des Arbeitgebers	58
a) Der Schutzbereich der Berufsfreiheit	58
b) Eingriff in die Berufsfreiheit des Arbeitgebers	60
aa) Eingriff und Grundrechtsausgestaltung	60
bb) Abschlußgebot als Eingriff	61
c) Die verfassungsrechtliche Rechtmäßigkeit des Eingriffs	61
aa) Verhältnismäßigkeit der Gründe des Gemeinwohls	62
(1) Ziel der Arbeitsumverteilung	62
(2) Ziel der Gleichstellung	63
bb) Konkordanz der Grundrechte von Arbeitgeber und Arbeitnehmer	64
(1) Grundrechtliche Schutzpflichten	64
(a) Schutzgehalt der arbeitnehmerischen Berufsfreiheit	64
(b) Schutzgehalt des Eltern- und Familienrechtes	65
(2) Abwägung der Schutzgehalte mit den Grundrechten des Arbeitgebers	66
2. Weitere Freiheitsrechte des Arbeitgebers	66
3. Ergebnis	67
III. § 9 TzBfG und die Grundrechte der übrigen Bewerber	67
1. Die Berufsfreiheit der übrigen Bewerber	67
a) Schutzbereich der Berufsfreiheit	67
b) Marktzutrittsschranken als Eingriff in die Berufsfreiheit	68
c) § 9 TzBfG als Rechtfertigung des Eingriffs	69
aa) Verhältnismäßigkeit der Gründe des Gemeinwohls	69
(1) Ziel der Arbeitsumverteilung	69
(2) Ziel der Gleichstellung	70
bb) Eingriffsrechtfertigung durch Grundrechtskollision	70
cc) Unterschied zu den kündigungsschutzrechtlichen Marktzutrittsschranken	70
2. Der Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 3 GG	71
a) Verfassungsrechtliche Grundlagen	71
b) Ungleichbehandlung und Rechtfertigung	72
3. Gleicher Zugang zum öffentlichen Dienst, Art. 33 Abs. 2 GG	73
4. Ergebnis	74
IV. Ergebnis	74

4. Kapitel

Die gesetzliche Regelung zur Verlängerung der Arbeitszeit	75
I. Tatbestandsmerkmale des § 9 TzBfG	75
1. Begünstigter Personenkreis	75
a) Das Tatbestandsmerkmal „Arbeitnehmer“	75
aa) Arbeitnehmer, Arbeitnehmerähnliche und Selbständige	75
bb) Beamte und Personen im sog. besonderen Gewaltverhältnis	76
cc) Personen im Lehrverhältnis	77
dd) Personen im Ein- und Wiedereingliederungsverhältnis und sonstige Beschäftigte	78
b) Das Tatbestandsmerkmal der Teilzeitbeschäftigung	79
aa) Definition des teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmers	79
bb) Der Arbeitnehmer mit ursprünglich höherem Stundenkontingent	80
cc) Der Arbeitnehmer ohne ursprünglich höheres Stundenkontingent	81
dd) Der Arbeitnehmer im ruhenden Arbeitsverhältnis	81
ee) Veränderung der betriebsüblichen Vollzeitarbeit	82
2. Das Tatbestandsmerkmal „Entsprechender Arbeitsplatz“	84
a) Definition des Arbeitsplatzes	84
b) Arbeitgeberische Bereitstellung eines Arbeitsplatzes	84
aa) Versagung eines Anspruchs auf zusätzliches Arbeitsvolumen	85
(1) Unmittelbarer Anspruch aus § 9 TzBfG	85
(2) Anspruch aus der Fürsorgepflicht	85
bb) Versagung eines Anspruchs bei freiem Arbeitsvolumen	86
c) Bestimmung des „entsprechenden“ Arbeitsplatzes	87
aa) Bisheriger Meinungsstand	87
bb) Eigene Auffassung	88
(1) Verlängerungsbegehren bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsausweitung	89
(2) Verlängerungsbegehren bei einem anderen betrieblichen Arbeitsplatz	90
(a) Austauschbarkeit der Arbeitsplätze	90
(b) Insbesondere: Wechsel der Art des Arbeitsverhältnisses	92
(c) Insbesondere: Wechsel in der Elternzeit	98
(d) Direktionsrechtliche Austauschbarkeit des Arbeitnehmers	103
(3) Verlängerungsbegehren bei einem Arbeitsplatz außerhalb des Betriebes	105
(a) Andere Betriebe des Unternehmens	105

Inhaltsverzeichnis	11
(b) Gemeinsamer Betrieb	106
(c) Änderung der Betriebs- und Unternehmensstruktur	107
(4) Ausweitung des Kreises der entsprechenden Arbeitsplätze	107
(a) Ausweitung durch räumliche Versetzbarkeit	107
(b) Ausweitung durch vertikale Versetzbarkeit	109
cc) Ergebnis	109
3. Das Tatbestandsmerkmal der Anzeige des Verlängerungswunsches	110
4. Das Tatbestandsmerkmal „Gleiche Eignung“	112
a) Bindungsumfang des Arbeitgebers bei Auswahlentscheidungen	112
aa) Der außerhalb des Teilzeitrechts bestehende Bindungsumfang der Auswahlfreiheit	112
(1) These spezieller Bindungen der Auswahlfreiheit	112
(2) These einer umfassenden Bindung der Auswahlfreiheit	113
bb) Bindungsumfang des Arbeitgebers im bestehenden Arbeitsverhältnis ...	114
cc) Veränderungen beim arbeitgeberischen Bindungsumfang durch § 9 TzBfG	115
(1) Problemstellung und Herkunft der Norm	115
(2) Übertragbarkeit des Eignungsbegriffs	116
(a) Die Eignungsfeststellung nach Art. 33 Abs. 2 GG	116
(b) These der Unmöglichkeit der Übertragbarkeit	117
(c) These einer eingeschränkten Übertragbarkeit	117
b) Darlegungs- und Beweislast	119
c) Ergebnis	120
5. Die entgegenstehenden dringenden betrieblichen Gründe	120
a) Das Verhältnis von betrieblichen zu dringenden betrieblichen Gründen	120
b) Konkrete Abwägung im Einzelfall	123
aa) Rückgriff auf § 1 Abs. 2 KSchG und § 6 Abs. 4 ArbZG	123
bb) Rückgriff auf § 7 Abs. 1 BUrIG	123
cc) Beispiele dringender betrieblicher Gründe	125
c) Dringende betriebliche Gründe als Leistungsverweigerungsrecht	126
6. Die Arbeitszeitwünsche anderer Teilzeitbeschäftigter	127
a) Der Kreis der berücksichtigungsfähigen Arbeitnehmer	127
b) Auswahlmaßstab zwischen internen Bewerbern	129
aa) Art des Auswahlmaßstabes	129
bb) Kriterien der billigen Ermessensentscheidung	131
7. Ungeschriebene Tatbestandsmerkmale des § 9 TzBfG	135
a) Vergleich der §§ 8 und 9 TzBfG	135

b) Übertragbarkeit einzelner Voraussetzungen des Teilzeitanspruchs auf § 9 TzBfG	136
aa) Die dreimonatige Ankündigungsfrist gemäß § 8 Abs. 2 TzBfG	136
bb) Die Wartefrist gemäß § 8 Abs. 1 TzBfG	137
cc) Die Kleinarbeitgeberklausel gemäß § 8 Abs. 7 TzBfG	138
dd) Die Zwei-Jahres-Sperre gemäß § 8 Abs. 6 TzBfG	139
c) Ergebnis	140
II. Gesetzliche Ausschlüsse des Vorliegens eines freien Arbeitsplatzes	141
1. Unterscheidung zwischen unbesetzten und freien Arbeitsplätzen	141
2. Untersuchung kollidierender Regelungen auf individualrechtlicher Ebene	141
a) Vorrang des bestehenden Arbeitsverhältnisses vor § 9 TzBfG	141
aa) Rückkehrrecht nach ruhendem Arbeitsverhältnis	141
bb) Kündigung von Arbeitnehmern	142
cc) Weiterbeschäftigungsanspruch	142
b) Einstellungsanspruch und § 9 TzBfG	143
aa) Einstellungsanspruch von Auszubildenden	143
bb) Einstellungsanspruch von Leiharbeitnehmern	144
cc) Wiedereinstellungsanspruch nach Kündigung	145
dd) Beschäftigungspflicht schwerbehinderter Menschen	145
ee) Weiterbeschäftigung befristeter Arbeitnehmer	147
ff) Untergesetzliche Einstellungsansprüche	148
c) Arbeitszeitwünsche anderer Arbeitnehmer und § 9 TzBfG	148
aa) Tagesarbeitsplatzanspruch	148
bb) Teilzeitanspruch	149
cc) Verlängerungsansprüche kraft öffentlich-rechtlicher Vorschriften	150
dd) Teilzeit- und Verlängerungsansprüche kraft tariflicher Vorschriften	152
d) Übertragung der Arbeit auf außenstehende Dritte	152
 <i>5. Kapitel</i> 	
Durchsetzung und Vollzug des § 9 TzBfG	154
I. Art des Anspruchs gemäß § 9 TzBfG	154
1. Der Anspruch des Arbeitnehmers bei vorhandenem freien Arbeitsplatz	154
a) These eines Erfüllungsanspruchs auf Vertragsänderung	154

Inhaltsverzeichnis	13
b) These eines Anspruchs auf fehlerfreie Entscheidung	154
c) Vermittelnde These	155
2. § 9 TzBfG als Abschlußverbot und Abschlußgebot	156
a) Abschlußverbot und arbeitsvertragliche Unterlassungspflicht	156
b) Abschlußgebot und Kontrahierungszwang	157
II. Gerichtliche Sicherung und Durchsetzung des Verlängerungsbegehrens	158
1. Klageart	158
a) These einer Leistungsklage auf Annahme einer Willenserklärung	158
aa) Die Entscheidung des BAG vom 25. 10. 1994	158
bb) Problematik des Lösungsweges des BAG	159
b) These einer Übertragbarkeit der Grundsätze der arbeitsrechtlichen Konkurrentenklage	160
aa) Verrechtlichung der Auswahlentscheidung	160
bb) Ausgangspunkt: Die arbeitsrechtliche Konkurrentenklage im öffentlichen Dienst	160
cc) Übertragbarkeit der arbeitsrechtlichen Konkurrentenklage im öffentlichen Dienst auf § 9 TzBfG	162
(1) Wirksamkeit des Arbeitsvertrags bei Verletzung des Bevorzugungsgebots	162
(2) Unmöglichkeit der Übertragung des ehemals freien Arbeitsplatzes	163
(3) Notwendigkeit und Arten einer Rechtsschutzmöglichkeit	164
2. Rechtsschutz des teilzeitbeschäftigten Bewerbers vor Einstellung von Konkurrenten	164
a) Leistungsklage auf Auskunft	164
b) Leistungsklage auf bevorzugte Berücksichtigung des Teilzeitbeschäftigten	166
c) Leistungsklage auf erneute Durchführung der Auswahlentscheidung	167
d) Unterlassungsklage des Teilzeitbeschäftigten	168
e) Vorläufiger Rechtsschutz	168
aa) Einstweilige Verfügung auf vorläufige Beschäftigung	169
bb) Einstweilige Verfügung auf Unterlassen einer Arbeitsplatzbesetzung ...	170
3. Rechtsschutz des teilzeitbeschäftigten Bewerbers nach Einstellung des Konkurrenten	170
III. Primäransprüche des Arbeitnehmers bei Verlängerung der Arbeitszeit	171
1. Höhe des Entgeltanspruchs des Arbeitnehmers	171
a) Anspruch auf erhöhte Vergütung	171

b) Bindung der Entgelthöhe an §§ 4 Abs. 1, 5 TzBfG	171
c) Bindung der Entgelthöhe an den europäischen Gleichbehandlungsgrundsatz	172
d) Bindung der Entgelthöhe an den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz	173
e) Sonderfragen zur Vergütung	174
2. Verteilung der erweiterten Arbeitszeit	175
3. Neufassung des Arbeitsvertrages	175
IV. Sekundäransprüche und ihre gerichtliche Geltendmachung	176
1. Sekundäransprüche des teilzeitbeschäftigten Bewerbers	176
a) Schadensersatzanspruch kraft Vertrags	176
aa) §§ 280 Abs. 1, 275, 283 BGB als Anspruchsgrundlage	176
bb) Berechnung der Schadenshöhe	177
(1) Anwendbarkeit der Differenzhypothese	177
(2) Mitverschulden gemäß § 254 BGB	177
(3) Begrenzung des Schadensersatzes	178
cc) Ersatz des vergangenen Schadens	181
dd) Ersatz des künftigen Schadens	181
(1) These des Schadensersatzes durch Naturalrestitution	181
(2) These des Schadensersatzes in Geld	182
b) Schadensersatz aus § 823 Abs. 1 BGB i. V. m. dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht	182
c) Schadensersatz aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 9 TzBfG	183
d) Schadensersatz aus § 826 BGB	184
2. Geltendmachung des Schadensersatzes	184
V. Ergebnis	184

6. Kapitel

Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats 186

I. Mitbestimmung bei der Arbeitszeitverlängerung eines Teilzeitbeschäftigten ..	186
1. Mitbestimmung bei unveränderter Arbeitsaufgabe	186
a) Traditioneller Meinungsstand bei Arbeitszeitverlängerung	186

aa) Versetzung	186
bb) Einstellung	187
b) Das Mitbestimmungsrecht im Rahmen des § 9 TzBfG	188
aa) Bisherige Ansichten zum Mitbestimmungsrecht bei § 9 TzBfG	188
bb) These einer Übertragbarkeit der Grundsätze aus dem öffentlichen Dienstrecht	189
cc) Zustimmungsverweigerungsrechte des Betriebsrates	192
(1) Zustimmungsverweigerung zugunsten externer Bewerber	192
(2) Zustimmungsverweigerung zugunsten interner Bewerber	192
(a) Interne, nicht gleich geeignete Teilzeitbeschäftigte	193
(b) Interne, gleich geeignete Teilzeitbeschäftigte	193
(c) Interne, gleich geeignete befristete Beschäftigte	193
(d) Vorrangig zu berücksichtigende Arbeitnehmer	195
2. Mitbestimmung bei veränderter Arbeitsaufgabe	196
II. Mitbestimmung bei der Einstellung Dritter	196
1. Zustimmungsverweigerungsrechte bei der Einstellung externer Dritter	196
a) Bedeutung und einzelne Zustimmungsverweigerungsgründe	196
b) Insbesondere: Überprüfbarkeit der gleichen Eignung	197
2. Zustimmungsverweigerungsrechte bei der Einstellung interner Dritter	198
III. Ergebnis	198

7. Kapitel

Volks- und betriebswirtschaftliche Betrachtung der gesetzlichen Arbeitszeitflexibilisierung gemäß §§ 8, 9 TzBfG 200

I. Volkswirtschaftliche Betrachtung der gesetzgeberischen Zielvorstellungen	200
1. Beschäftigungspolitische Bedeutung der §§ 8, 9 TzBfG	200
2. Bedeutung der §§ 8, 9 TzBfG für geschlechtliche Gleichstellung	204
3. Ergebnis	206
II. Modell einer beiderseitigen Arbeitszeitflexibilisierung	206
1. Interessenslage	206
2. Befristete Arbeitszeitverkürzung	207

3. Langfristiges Arbeitszeitkonto	210
a) Das Modell langfristiger Arbeitszeitkonten	210
aa) Das Ansparmodell langfristiger Arbeitszeitkonten	210
bb) Das Modell und typische Arbeitszeitwünsche	214
cc) Rechtlicher Rahmen des Modells	215
dd) Das Modell bei vorzeitiger Beendigung des Vertragsverhältnisses	216
b) Das Modell aus Sicht der Arbeitgeber	216
aa) Arbeitgeberische Vorteile	216
bb) Arbeitgeberische Nachteile	218
c) Das Modell aus Sicht der Arbeitnehmer	218
aa) Arbeitnehmerische Vorteile	218
bb) Arbeitnehmerische Nachteile	219
4. Eigengruppen („Job Pairing“)	219

8. Kapitel

Abschlußüberlegungen	221
I. Zusammenfassung	221
II. Vorschlag einer Neufassung des § 9 TzBfG	224
Anhang: Graphische Übersichten	226
Literaturverzeichnis	231
Sachwortverzeichnis	243

Abkürzungsverzeichnis

A. A.	Andere Ansicht
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. F.	alte Fassung
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung (AO 1977)
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
AR-Blattei, SD	Arbeitsrecht-Blattei, Systematische Darstellungen
ArbG	Arbeitsgericht
ArbPlSchG	Gesetz über den Schutz des Arbeitsplatzes bei Einberufung zum Wehrdienst (Arbeitsplatzschutzgesetz)
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
Art.	Artikel
ASP	Abkommen über die Sozialpolitik (ABl. 1992, C 191, S. 91)
ATG	Altersteilzeitgesetz
Aufl.	Auflage
AÜG	Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz)
AuR	Arbeit und Recht
AVE	Erklärung der Allgemeinverbindlichkeit eines Tarifvertrags
BAG	Bundesarbeitsgericht
BArbBl.	Bundesarbeitsblatt
BAT	Bundesangestelltentarifvertrag
BB	Betriebs-Berater
BBG	Bundesbeamtengesetz
BBiG	Berufsbildungsgesetz
Beil.	Beilage
Begr.	Begründet
BERzGG	Gesetz zum Erziehungsurlaub und zur Elternzeit (Bundeserziehungsgeldgesetz)

BeschFG	Gesetz über arbeitsrechtliche Vorschriften zur Beschäftigungsförderung (Beschäftigungsförderungsgesetz 1985)
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BPersVG	Bundspersonalvertretungsgesetz
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksachen
BR-Stenogr. Ber.	Bundesrat-Stenographische Berichte
BRRG	Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts (Beamtenrechtsrahmengesetz)
BT-Ausschuß-Drs.	Drucksachen des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung
BT-Drs.	Bundestags-Drucksachen
BT-Stenogr. Ber.	Bundestag-Stenographische Berichte
BUrlG	Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer (Bundesurlaubsgesetz)
BV	Betriebsvereinbarung
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
CEEP	Europäischer Zentralverband der öffentlichen Wirtschaft
DB	Der Betrieb
DGleiG	Gesetz zur Durchsetzung der Gleichstellung von Frauen und Männern (Gleichstellungsdurchsetzungsgesetz)
DIW	Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung
DJT	Deutscher Juristentag
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRdA	Das Recht der Arbeit
DVBl.	Deutsche Verwaltungsblätter
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
E	Entscheidungssammlung des BVerfG bzw. des BVerwG
EAS	Europäisches Arbeits- und Sozialrecht
EG	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft i.d.F. des Amsterdamer Vertrages
EGB	Europäischer Gewerkschaftsbund
EG-GRC	Grundrechtscharta der Europäischen Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft i.d.F. des Maastrichter Vertrages
Einf.	Einführung
ErfK	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht

ESTG	Einkommenssteuergesetz 1997
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuroAS	Informationsdienst Europäisches Arbeits- und Sozialrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
f. / ff.	folgende
FAArbR	Fachanwalt für Arbeitsrecht
FFG	Gesetz zur Förderung von Frauen und die Vereinbarkeit von Familie und Beruf in der Bundesverwaltung und den Gerichten des Bundes (Frauenförderungsgesetz)
FS	Festschrift
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GK-BetrVG	Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz
GK-BUrlG	Gemeinschaftskommentar zum Bundesurlaubsgesetz
GK-Schwbg	Gemeinschaftskommentar zum Schwerbehindertengesetz
GK-TzA	Gemeinschaftskommentar zum Teilzeitarbeitsrecht
Großkom	Großkommentar zum Kündigungsrecht
GrS	Großer Senat
GS	Gedächtnisschrift
Habil.	Habilitation
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HZA	Handbuch zum Arbeitsrecht
i. E.	im Ergebnis
i. S.	im Sinne
i. S. d.	im Sinne des
i. V. m.	in Verbindung mit
JAG BW	Gesetz über die juristische Staatsprüfungen und den juristischen Vorbereitungsdienst (Juristenausbildungsgesetz) [Baden-Württemberg]
JAG RIP	Landesgesetz über die juristische Ausbildung [Rheinland-Pfalz]
JArbSchG	Gesetz zum Schutze der arbeitenden Jugend (Jugendarbeitsschutzgesetz)
Kap.	Kapitel
KOM	Europäische Kommission
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KSchR	Kündigungsschutzrecht
KR	Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzrecht
LAG	Landesarbeitsgericht

LAGE	Entscheidungssammlung der Landesarbeitsgerichte
LGG	Landesgleichstellungsgesetz
lit.	Buchstabe
m. E.	meines Erachtens
MittAB	Mitteilungen aus der Arbeitsmarkt und Berufsforschung
MüHdbArbR	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht
MüHdbArbR-Erg.	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht- Ergänzungsband
MüKomBGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MuSchG	Gesetz zum Schutze der erwerbstätigen Mutter (Mutterschutzgesetz)
MTV	Manteltarifvertrag
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NachwG	Gesetz über den Nachweis der für ein Arbeitsverhältnis geltenden wesentlichen Bestimmungen (Nachweisgesetz)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW- Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
Nr.	Nummer
n. rkr.	nicht rechtskräftig
n. v.	nicht veröffentlicht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	NZA- Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht
PersV	Die Personalvertretung
PP	Personalprofi
RdA	Recht der Arbeit
RefE-GewO	Referentenentwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung der Gewerbeordnung und sonstiger Vorschriften
RefE-TzBfG	Referentenentwurf eines Gesetzes über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (Teilzeit- und Befristungsgesetz)
RegE-GewO	Regierungsentwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung der Gewerbeordnung und sonstiger Vorschriften
RegE-TzBfG	Regierungsentwurf eines Gesetzes über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (Teilzeit- und Befristungsgesetz)
RL	Richtlinie
RLV	Richtlinienvorschlag
RLV 1982	Vorschlag einer Richtlinie des Rates zur Regelung der freiwilligen Teilzeitarbeit (ABl. 1982, C 62, S. 7)
RLV ArbBed 1990	Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über bestimmte Arbeitsverhältnisse hinsichtlich der Arbeitsbedingungen (ABl. 1990, C 224/04, S. 4)
Rn.	Randnummer

Rs.	Rechtssache
RV	Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit (ABl. 1998, L 14 S. 12)
S.	Seite
Schwbg	Gesetz zur Sicherung der Eingliederung Schwerbehinderter in Arbeit, Beruf und Gesellschaft (Schwerbehindertengesetz)
SGB III	Sozialgesetzbuch (SGB) Drittes Buch (III) – Arbeitsförderung
SGB IV	Sozialgesetzbuch (SGB) Viertes Buch (IV) – Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung
SGB IX	Sozialgesetzbuch (SGB) Neuntes Buch (IX) – Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen
Slg.	Entscheidungssammlung des EuGH
Std.	Stunden
str.	streitig
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
TVG	Tarifvertragsgesetz
TzBfG	Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (Teilzeit- und Befristungsgesetz)
UNICE	Union der Industrie- und Arbeitgeberverbände Europas
unstr.	unstreitig
v.	vom
vgl.	vergleiche
Wo.	Wochenstunden
WSI	Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut des Deutschen Gewerkschaftsbundes
Z	Entscheidungssammlung des BGH bzw. des RG in Zivilsachen
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
z. T.	zum Teil
ZTR	Zeitschrift für Tarif-, Arbeits- und Sozialrecht des öffentlichen Dienstes

1. Kapitel

Einführung

I. Problemstellung

Seit dem 01. 01. 2001 muß der Arbeitgeber einen Teilzeitbeschäftigten, der die Verlängerung seiner Arbeitszeit begehrt, bei der Besetzung eines freien Arbeitsplatzes bevorzugt berücksichtigen. Obwohl das Teilzeit- und Befristungsgesetz sowohl vor als auch nach seiner Verabschiedung heftig kritisiert wurde¹, regte sich kaum Widerstand gegen die Bevorzugungspflicht bei einer Arbeitszeitverlängerung². Dabei hatte noch 1994 der 60. Deutsche Juristentag eine „Rückkehroption“ auf einen Vollzeitarbeitsplatz mit deutlicher Mehrheit abgelehnt, während er mehrheitlich die Einführung eines Teilzeitanpruchs befürwortete³.

§ 9 TzBfG steht bislang im Schatten des Teilzeitanpruchs nach § 8 TzBfG. Dies verwundert auf den ersten Blick nicht, da der Teilzeitanpruch in die betriebliche Organisationshoheit des Arbeitgebers eingreift, während als Voraussetzung für eine bevorzugten Berücksichtigungspflicht ein entsprechender freier Arbeitsplatz vorhanden sein muß. Auf den zweiten Blick erkennt man jedoch, daß § 9 TzBfG für den Arbeitgeber schwieriger zu handhaben ist und ein höheres finanzielles Risiko als der Teilzeitanpruch birgt⁴: Bei § 8 TzBfG trägt der Arbeitgeber meist nur das Prozeßrisiko, da selten Schadensersatzansprüche bestehen; durch die längere Arbeitszeit verdient der Arbeitnehmer mehr, als er nach der Arbeitszeitverringerung erhalten würde, so daß ihm hierdurch kein Schaden entsteht. Dagegen kann ein zu Unrecht nicht berücksichtigter Teilzeitbeschäftigter grundsätzlich die Gehaltsdifferenz zwischen dem Entgelt, das er auf dem freien Arbeitsplatz verdient hätte, und dem Entgelt für seine bestehende Teilzeittätigkeit als Schaden beziffern.

¹ Vgl. Nachweise bei *Langmaack*, Teilzeitarbeit, Rn. 248.

² Im Gesetzgebungsverfahren: BR-Drs. 591/3/00; BR-Drs. 783/1/00; nach Inkrafttreten: *Link/Fink*, AuA 2001, 155; „Entwurf eines Gesetzes zur Flexibilisierung des Arbeitsrechtes“ der *bayerische Staatsregierung*, BR-Drs. 863/02, S. 5, 19; – die *Bundesvereinigung der Arbeitgeber* hält diesen Vorschlag mit den europäischen Vorgaben für unvereinbar.

³ Beschlußfassung des 60. DJT, O 88 = NJW 1994, 3075, 3082. In den Niederlanden, deren Teilzeitarbeitsrecht Modellcharakter für den deutschen Gesetzgeber hatte, bestand erheblicher Widerstand gegen einen Verlängerungsanspruch. Die dortige Regelung enthält nunmehr zwar einen solchen gesetzlichen Anspruch, dieser ist allerdings dispositiv. – Vgl. hierzu: *Burri*, EuroAS 2001, 208, 212.

⁴ *Schüren*, AuR 2001, 321; anders die Einschätzung von *Rolfs*, RdA 2001, 129, 139.

Der Arbeitgeber ist diesen Schadensersatzansprüchen weitgehend schutzlos ausgesetzt, da § 9 TzBfG viele ungeklärte Rechtsfragen aufwirft. Die Norm bricht mit wesentlichen Grundelementen des bisherigen Arbeitsvertragsrechts zwischen Privaten. Sie übernimmt mit dem Tatbestandsmerkmal der gleichen Eignung erstmalig das dem öffentlichen Dienstrecht entstammende Leistungsprinzip ins private Arbeitsrecht. Die Zahl der Rechtsstreitigkeiten im öffentlichen Dienst um die Frage der gleichen Eignung nimmt in letzter Zeit zu. Entsprechende Unsicherheiten sind auch im Rahmen des § 9 TzBfG zu erwarten, denn die Auswahlentscheidung der privaten Arbeitgeber ist nicht durch eine umfassende Grundrechtsbindung determiniert, vielmehr ist sie als freie Unternehmerentscheidung Ausfluß eines Freiheitsrechtes. Neben dem Tatbestandsmerkmal der gleichen Eignung wirft das Verlängerungsbegehren weitere Fragen auf: Kann die Arbeitszeit nur befristet verlängert werden? Müssen die einschränkenden Voraussetzungen des § 8 TzBfG entsprechend beim Verlängerungsbegehren berücksichtigt werden? Wie verhalten sich die Regelbeispiele des § 8 Abs. 4 TzBfG zu den dringenden betrieblichen Gründen?

Die Regelung des § 9 TzBfG muß ferner am europäischen Recht und deutschen Verfassungsrecht gemessen werden. § 9 TzBfG diene nach der Vorstellung des Gesetzgebers der Umsetzung der Teilzeitrichtlinie 97/81/EG. Durch die Bevorzugungspflicht von Teilzeitkräften könnte allerdings der Gleichbehandlungsgrundsatz zwischen Frauen und Männern verletzt sein, da Teilzeitarbeit überwiegend Frauenarbeit ist. Die Pflicht zur bevorzugten Berücksichtigung oktroyiert dem Arbeitgeber einen Arbeitsvertrag auf und berührt damit dessen Vertragsfreiheit. Als Rechtsreflex wirkt sie sich auf die Berufsfreiheit der externen Bewerber aus.

Der Gesetzgeber regelt mit § 9 TzBfG nur die primärrechtlichen Rechte und Pflichten der Vertragsparteien. Welche Konsequenzen eine Verletzung dieser Rechte durch den Arbeitgeber hat, läßt sich dem Gesetzestext nicht entnehmen. Die vorliegende Arbeit versucht, durch Rückgriff auf die allgemein geltenden Regelungen und unter Beachtung der aus § 9 TzBfG resultierenden Besonderheiten ein für die Praxis brauchbares System zu entwickeln. Hierbei stellt sich als Hauptproblem, welche Konsequenzen sich aus einer fehlerhaften Vergabe des Arbeitsplatzes ergeben. Der Gesetzgeber hat auch keine Regelungen darüber getroffen, wie sich das Verlängerungsbegehren zu den betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungsbeständen verhält.

Abschließend untersucht die Arbeit die Chancen einer Realisierung der gesetzgeberischen Ziele. Dabei wird zu der arbeitnehmerischen Arbeitszeitflexibilisierung nach §§ 8, 9 TzBfG ein für die Praxis taugliches Alternativmodell entwickelt, das den Interessen beider Vertragsparteien besser gerecht wird.

II. Entstehungsgeschichte des § 9 TzBfG

1. Aktivitäten auf Gemeinschaftsebene

a) Die Richtlinienvorschläge der Kommission

Unter dem Eindruck einer sich verfestigenden Massenarbeitslosigkeit nahmen sich die Organe der Europäischen Gemeinschaften seit Ende der 1970er Jahre der Teilzeitarbeit an⁵. Das nach dem Wirtschaftswunder der Nachkriegszeit nur noch gemäßigte Wirtschaftswachstum ließ keine deutliche Zunahme des Arbeitskräftebedarfs mehr erwarten. Durch eine Umverteilung der Arbeit sollten daher das Beschäftigungsproblem gelöst und zugleich die unternehmerischen Produktionsabläufe flexibler ausgestaltet werden⁶.

Schon in der Entschließung des Europaparlamentes von 1981 taucht der Gedanke auf, daß der Übergang von einer Teilzeit- zu einer Vollzeitbeschäftigung erleichtert werden müsse⁷. Diesen Gesichtspunkt griff die Kommission auf, als sie eine Richtlinie zur Regelung der freiwilligen Teilzeitarbeit vorschlug⁸. Gemäß Art. 6 RLV 1982 sollten Teilzeitbeschäftigte bei der Besetzung von Vollzeitstellen vorrangig berücksichtigt werden. Diese Bevorzugung galt nicht nur für Teilzeitbeschäftigte, die eine Vollzeitstelle wiederaufnehmen wollten, sondern auch für Arbeitnehmer, die von Anfang an kein höheres Arbeitsvolumen vereinbart hatten. Darüber hinaus sollte die bevorzugte Einstellung auf Arbeitsplätzen sowohl im Betrieb als auch im Unternehmen gelten. Die Regelung wurde im überarbeiteten Richtlinienvorschlag von 1983 beibehalten⁹.

Zur Verabschiedung des auf Art. 94 EG¹⁰ beruhenden Richtlinienvorschlags kam es jedoch nicht, da die im Rat notwendige Einstimmigkeit nicht erreicht werden konnte¹¹. Auf der deutschen Seite begrüßte zwar der Bundesrat den Richtlinienvorschlag, soweit er ein Diskriminierungsverbot enthielt. Er bat aber die Bundesregierung, sich für die Streichung einer bevorzugten Berücksichtigung von Teilzeitbeschäftigten bei der Besetzung von Vollzeit Arbeitsplätzen einzusetzen¹². Eine solche Regelung sei der Flexibilität des Arbeitsmarktes hinderlich.

⁵ Mitteilung der Kommission zur Umverteilung der Arbeitszeit, KOM (79) 188 endg., S. 10; Entschließung des Rates vom 18. 12. 1979 über die Anpassung der Arbeitszeit, ABl. 1980, C 2, S. 2; Entschließung des Europaparlamentes vom 17. 09. 1981 zur Beschäftigung und zur Neugestaltung der Arbeitszeit, ABl. 1981, C 260, S. 54 ff.

⁶ Vgl. Entschließung des Rates vom 18. 12. 1979 über die Anpassung der Arbeitszeit, ABl. 1980, C 2.

⁷ ABl. 1981, C 260, S. 60.

⁸ ABl. 1982, C 62, S. 7.

⁹ ABl. 1983, C 18, S. 5; vgl. zu den RLV 1982 und RLV 1983: *Ma. Schmidt*, Teilzeitarbeit in der EG, S. 275 ff.; *Mi. Schmidt*, Richtlinienvorschläge, S. 135, 140 ff.

¹⁰ = Art. 100 EGV.

¹¹ *Ma. Schmidt*, Teilzeitarbeit in der EG, S. 283 f.