

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*

<b>Einführung</b>	23
<b>I. Problemstellung</b>	23
<b>II. Entstehungsgeschichte des § 9 TzBfG</b>	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
<b>III. Gesetzgeberischer Zweck von § 9 TzBfG</b>	30

## *2. Kapitel*

<b>Vereinbarkeit von § 9 TzBfG mit vorrangigem Europäischem Gemeinschaftsrecht</b>	33
<b>I. Umsetzung der Richtlinie</b>	33
1. Umsetzungspflicht und Regelungsgehalt von § 5 RV	33
2. Differenzen zwischen § 5 Nr. 3 lit.b RV und § 9 TzBfG	34
<b>II. Das Verbot der mittelbaren positiven Geschlechterdiskriminierung</b>	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
<b>III. Ergebnis .....</b>	<b>54</b>

### *3. Kapitel*

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

<b>II. § 9 TzBfG und die Grundrechte des Arbeitgebers</b> .....	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
<b>III. § 9 TzBfG und die Grundrechte der übrigen Bewerber</b> .....	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
<b>IV. Ergebnis</b> .....	74

## 4. Kapitel

<b>Die gesetzliche Regelung zur Verlängerung der Arbeitszeit</b>	75
<b>I. Tatbestandsmerkmale des § 9 TzBfG</b>	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

(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
<b>II. Gesetzliche Ausschlüsse des Vorliegens eines freien Arbeitsplatzes .....</b>	<b>141</b>
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> 	
<b>Durchsetzung und Vollzug des § 9 TzBfG</b>	154
<b>I. Art des Anspruchs gemäß § 9 TzBfG .....</b>	<b>154</b>
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
<b>II. Gerichtliche Sicherung und Durchsetzung des Verlängerungsbegehrens .....</b>	<b>158</b>
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
<b>III. Primäransprüche des Arbeitnehmers bei Verlängerung der Arbeitszeit .....</b>	<b>171</b>
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
<b>IV. Sekundäransprüche und ihre gerichtliche Geltendmachung .....</b>	<b>176</b>
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
<b>V. Ergebnis .....</b>	<b>184</b>

## *6. Kapitel*

### **Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats** 186

<b>I. Mitbestimmung bei der Arbeitszeitverlängerung eines Teilzeitbeschäftigten ..</b>	<b>186</b>
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
<b>II. Mitbestimmung bei der Einstellung Dritter .....</b>	<b>196</b>
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
<b>III. Ergebnis .....</b>	<b>198</b>

*7. Kapitel*

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

<b>I. Volkswirtschaftliche Betrachtung der gesetzgeberischen Zielvorstellungen ....</b>	<b>200</b>
1. Beschäftigungspolitische Bedeutung der §§ 8, 9 TzBfG .....	200
2. Bedeutung der §§ 8, 9 TzBfG für geschlechtliche Gleichstellung .....	204
3. Ergebnis .....	206
<b>II. Modell einer beiderseitigen Arbeitszeitflexibilisierung .....</b>	<b>206</b>
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*

<b>Abschlußüberlegungen</b> .....	221
<b>I. Zusammenfassung</b> .....	221
<b>II. Vorschlag einer Neufassung des § 9 TzBfG</b> .....	224
<b>Anhang: Graphische Übersichten</b> .....	226
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	231
<b>Sachwortverzeichnis</b> .....	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	Bundespersönlichkeitsvertretungsgesetz
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
DGleilG	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 wurde<sup>1</sup>, regte sich kaum Widerstand gegen die Bevorzugungspflicht bei einer Arbeitszeitverlängerung<sup>2</sup>. Dabei hatte noch 1994 der 60. Deutsche Juristentag eine „Rückkehroption“ auf einen Vollzeitarbeitsplatz mit deutlicher Mehrheit abgelehnt, während er mehrheitlich die Einführung eines Teilzeitanpruchs befürwortete<sup>3</sup>.

§ 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 birgt<sup>4</sup>: 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.

---

<sup>1</sup> Vgl. Nachweise bei *Langmaack*, Teilzeitarbeit, Rn. 248.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> *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 an<sup>5</sup>. 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 werden<sup>6</sup>.

Schon in der Entschließung des Europaparlamentes von 1981 taucht der Gedanke auf, daß der Übergang von einer Teilzeit- zu einer Vollzeitbeschäftigung erleichtert werden müsse<sup>7</sup>. Diesen Gesichtspunkt griff die Kommission auf, als sie eine Richtlinie zur Regelung der freiwilligen Teilzeitarbeit vorschlug<sup>8</sup>. 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 beibehalten<sup>9</sup>.

Zur Verabschiedung des auf Art. 94 EG<sup>10</sup> beruhenden Richtlinienvorschlags kam es jedoch nicht, da die im Rat notwendige Einstimmigkeit nicht erreicht werden konnte<sup>11</sup>. 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 einzusetzen<sup>12</sup>. Eine solche Regelung sei der Flexibilität des Arbeitsmarktes hinderlich.

---

<sup>5</sup> 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.

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

<sup>7</sup> ABl. 1981, C 260, S. 60.

<sup>8</sup> ABl. 1982, C 62, S. 7.

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> = Art. 100 EGV.

<sup>11</sup> *Ma. Schmidt*, Teilzeitarbeit in der EG, S. 283 f.