

Véronique Demarne

***Was heißt Berufstätigkeit heute ?
Ausübung einer Berufstätigkeit
und Zugang zum 2. Bildungsweg***

§

**Was heißt Berufstätigkeit heute ?
Ausübung einer Berufstätigkeit und Zugang zum 2. Bildungsweg**

Rechtsgutachten für die Hans-Böckler-Stiftung

Véronique Demarne

Impressum:

Herausgeber:

Hans-Böckler-Stiftung
Mitbestimmungs-, Forschungs- und Studienförderungswerk des DGB
Bertha-von-Suttner-Platz 1
40227 Düsseldorf
Telefon: 0211 7778 - 133
Telefax: 0211 7778 - 210
E-Mail: Dieter-Lankes@boeckler.de

Redaktion: Dieter Lankes

Best.-Nr.: 11002

Gestaltung: Horst F. Neumann Kommunikationsdesign, Wuppertal

Produktion: Der Setzkasten GmbH, Düsseldorf

Düsseldorf, März 1999

DM 15,00

Inhalt

I. Das Ausgangsproblem im 2. Bildungsweg	7
A. Die bisherige Situation im 2. Bildungsweg	7
B. Die aktuellen Änderungen	8
II. Flexibilisierung der Arbeitszeit am Beispiel der Teilzeitarbeit	11
A. Teilzeitarbeit und Gleichbehandlungsprinzip im deutschen Recht	13
1. Verbot der direkten Ungleichbehandlung wegen der Teilzeitarbeit	13
a. Der allgemeine Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG: „Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich“	13
b. § 2 Abs. 1 BeschFG	14
2. Verbot der mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts	15
a. Art. 119 EGV (gleiches Entgelt für Männer und Frauen)	15
b. Art. 3 Abs. 2 GG: „Männer und Frauen sind gleichberechtigt“	16
c. § 611 a BGB: Benachteiligungsverbot aufgrund des Geschlechts	16
3. Stellung der Teilzeitarbeitskräfte im deutschen Sozialrecht	16
B. Teilzeitarbeit und europäisches Recht	18
1. Richtlinienvorschläge und Richtlinien	18
a. Erste Richtlinienentwürfe zur Teilzeitarbeit	18
b. Richtlinien und Entwürfe über atypische Arbeitsverhältnisse	19
c. Die Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit und die darauffolgende Richtlinie	19
2. Europäisches Sozialrecht und Teilzeitarbeit	20
a. Richtlinie 79/7/EWG über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit	21
b. Richtlinie 92/85/EWG zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen	21
C. Ergebnis für den 2. Bildungsweg	22
III. Die selbständige Arbeit	23
A. Arbeitnehmer und Selbständige	23
B. Selbständige und 2. Bildungsweg	24
IV. Erweiterung des Begriffs der „Nichterwerbstätigkeit“ ?	25
A. Aktuelle Miterfassung Nichterwerbstätiger bei den Zugangsvoraussetzungen zum 2. Bildungsweg	25
1. Die Führung eines Haushalts	25

2.	Das freiwillige soziale Jahr und ähnliche freiwillige Dienste	25
a.	Das freiwillige soziale Jahr	25
b.	Das freiwillige ökologische Jahr	26
c.	Der Europäische Freiwilligendienst	26
3.	Die Anrechnung von einem Jahr Arbeitslosigkeit	27
B.	Erweiterung auf andere Formen der Nichterwerbstätigkeit ?	27
1.	Die ehrenamtliche Tätigkeit	27
a.	Recht der Beschäftigung ehrenamtlicher Mitarbeiter	28
b.	Soziale Sicherung ehrenamtlicher Mitarbeiter	29
c.	Qualifizierung ehrenamtlicher Mitarbeiter	29
2.	Praktika	30
C.	Ergebnis	30
V.	Zuweisung in unterstützten Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen	31
A.	Rechtliche Natur der ABM	31
B.	Folge für die Aufnahme in den 2. Bildungsweg	32
C.	Die aktuelle Diskussion über die Einführung eines Kombi-Lohns	32
VI.	Die Verfolgung des Zulassungsanspruches auf dem Rechtsweg	33
A.	Die Geltendmachung eines konkreten Zulassungsanspruches	33
1.	Zuständiges Gericht	33
a.	Rechtsweg	33
a.a.	Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten	34
a.b.	Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten	34
b.	Örtliche Zuständigkeit	34
c.	Sachliche Zuständigkeit	35
d.	Instanzielle Zuständigkeit	35
2.	Statthafte Klageart	35
3.	Klagebefugnis	35
4.	Erfolgloses Vorverfahren	35
5.	Klagefrist	35
B.	Die Normenkontrollklage	36
VII.	Zusammenfassung der Ergebnisse und Fazit	37
Literaturverzeichnis		39
Abkürzungsverzeichnis		40

I. Das Ausgangsproblem im 2. Bildungsweg

Von seiner Konzeption her ist der 2. Bildungsweg als allgemeiner, berufsbezogener Bildungsgang konzipiert worden: das Bestehen praktischer Berufserfahrung war von Anfang an Zugangsvoraussetzung. Die Idee war, die Erfahrungen, Erkenntnisse und Kenntnisse beruflicher Bildung und Praxis für eine theoretische und allgemeine Bildung pädagogisch wirksam werden zu lassen¹.

Hierzu kommt seit etwa 20 Jahren aber auch der Wille, eine Zielgruppenarbeit zu leisten, um die Benachteiligung bestimmter Erwachsenenengruppen, wie z.B. ausländischer Mitbürger, Schichtarbeiter, Alleinerziehender und Familienfrauen, zu reduzieren. Durch Flexibilisierung der Organisation und der Kursangebote wird diesen Gruppen die Teilnahme an Weiterbildungsangeboten ermöglicht². Diese Integrationsfunktion des 2. Bildungswegs ist angesichts der aktuellen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Entwicklungen immer wichtiger geworden.

Auch auf europäischer Ebene wird dieses Problem erkannt und bekämpft. So erklärt die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer von 1989 in ihrem Art. 15: „Jeder Arbeitnehmer muß Zugang zur Berufsausbildung haben...“. Eine gemeinsame Stellungnahme der Sozialpartner über „die Möglichkeit eines möglichst breiten und wirksamen Zugangs zur beruflichen Weiterbildung“ vom Dezember 1991 stellte fest, daß „ein hoher Anteil der erwachsenen Bevölkerung die Schule ohne geeignete Qualifikationen für die heutigen Anforderungen verläßt oder noch nie an einer systematischen weiterführenden Ausbildung teilgenommen hat.“ Der Rat verabschiedete am 30.6.1993 eine Empfehlung über den Zugang zur beruflichen Weiterbildung³, die die Weiterentwicklung der beruflichen Bildung erreichen will, wobei die Weiterbildung aufbauend auf einer soliden Grundausbildung lebenslang erfolgen muß.

Das Weißbuch der Kommission zur allgemeinen und beruflichen Bildung vom 29.11.1995⁴ hat als allgemeines Ziel Nr. 3 die Bekämpfung der Ausgrenzung u.a. von Jugendlichen, die vom Bildungssystem ausgeschlossen wurden oder zu werden bedroht sind.

A. Die bisherige Situation im 2. Bildungsweg

Für die Aufnahme von Studierenden im 2. Bildungsweg wurde bisher von den Antragstellern (in Abendgymnasien und Kollegs als Alternative zu einer abgeschlossenen Berufsausbildung) der Nachweis einer sogenannten „**geregelten Berufstätigkeit**“ verlangt.

So verlangt der Runderlaß des Kultusministeriums von Nordrhein-Westfalen vom 19.12.1972 i.d.F. vom 7.3.1973, daß für den Zugang zu einer **Abendrealschule**, die sich als Einrichtung für berufstätige Erwachsene versteht und auf das Erlangen der Sekundarstufe 1 abzielt, eine „geregelte Berufstätigkeit“ nachzuweisen ist⁵.

1) Jüttemann, S. 36 m.w.N.

2) s. Der Zweite Bildungsweg in Nordrhein-Westfalen, S. 13.

3) 93/404/EWG, ABI. Nr. L 181/37.

4) KOM(95) 590 endg.

5) GABI. NW. 1973, S. 61, S. 378 / BASS 19-12 Nr.1.

In den einschlägigen Verordnungen für den Zugang zum **Abendgymnasium** (Ziel: Abitur) und zum **Kolleg** (Ziel: Hochschulreife)⁶, die sich als Einrichtungen für berufserfahrene Erwachsene verstehen, wird ebenfalls neben anderen Bedingungen auch eine „mindestens dreijährige geregelte Berufstätigkeit“ verlangt.

Zu dieser Berufstätigkeit zählt auch die Führung eines Haushalts oder eine entsprechende Dienstzeit bei der Bundeswehr oder dem Bundesgrenzschutz; auf ihre Dauer wird abgeleisteter Wehr- oder Zivildienst, ein abgeleistetes freiwilliges soziales Jahr sowie eine bis zur Dauer von einem Jahr nachgewiesene Arbeitslosigkeit angerechnet.

Es stellt sich die Frage, wie diese Vorgaben auszulegen sind. Die Auslegung erfolgt in der Praxis durch die Schulleiter und gegebenenfalls die Schulaufsichtsbehörde (Bezirksregierung).

So soll unter einer dreijährigen geregelten Berufstätigkeit eine ununterbrochen **über drei Jahre wahrnehmene sozialversicherungspflichtige Berufspraxis in einem Berufsfeld** zu verstehen sein⁷. Sie läge vor, wenn der Nachweis einer mindestens fünfzigprozentigen Teilzeittätigkeit und/oder von Rentenversicherungspflichtzeiten vom künftigen Studierenden vorgelegt werden kann.

B. Die aktuellen Änderungen

Eine solche enge Auslegung des Begriffs und überhaupt die Forderung an eine **geregelte** Berufstätigkeit ist nicht mehr im Einklang mit der heutigen gesellschaftlichen Realität.

So hat die ständige Kultusministerkonferenz Ende 1997 die Vereinbarungen zur Gestaltung des Kollegs und der Abendgymnasien geändert⁸. Das Wort „geregelte“ als Zugangsvoraussetzung wurde gestrichen. Die Bewerberinnen und Bewerber dieser Einrichtungen werden also, sobald diese Änderungen in Länderrecht umgesetzt worden sind, lediglich eine **mindestens dreijährige Berufstätigkeit** nachweisen müssen. Die Umsetzung in Landesrecht soll in den nächsten Monaten erfolgen.

Die Frage stellt sich, ob und inwieweit diese Änderungen etwas an der Praxis der Aufnahme von Studierenden zu Einrichtungen des 2. Bildungswegs ändern werden.

Die aktuelle Situation auf dem Arbeitsmarkt und die darauffolgenden Neuerungen der letzten Jahre im EU-Recht haben diese begrüßenswerte Änderung erzwungen.

Die klassische Form der Erwerbsarbeit, also die unbegrenzte, abhängige Vollzeitbeschäftigung, nimmt immer mehr ab, und dies geschieht im Rahmen der „Flexibilisierung“ der Arbeit zugunsten der sogenannten „atypischen“ Formen der Arbeit (s. hier Punkt II).

6) Verordnung über den Bildungsgang und die Abiturprüfung am Abendgymnasium (APO-AG) vom 23.3.1982 i.d.F. vom 27.2.1997, SGV. NW. 223 / BASS 19-13 Nr. 1, § 2, Abs. 1 b.; Verordnung über den Bildungsgang und die Abiturprüfung am Kolleg (APO-Kolleg) vom 23.3.1982 i.d.F. v. 27.2.1997, SGV. NW. 223 / BASS 19-14 Nr. 1, § 2, b.

7) Verfügung der Bezirksregierung Arnsberg v. 29.7.1997.

8) Vereinbarung zur Gestaltung des Kollegs, Beschuß der Kultusministerkonferenz vom 21.06.1979 i.d.F. vom 05.12.1997 und Vereinbarung zur Gestaltung der Abendgymnasien, Beschuß der Kultusministerkonferenz vom 21.06.1979 i.d.F. vom 30.01.1998.

Außerdem bemerkt man seit dem Ende der 70er Jahre ein Wiederaufleben der Selbständigkeit⁹. Dieses Phänomen findet im wesentlichen im Bereich der Dienstleistungen statt. Es sind vor allem Kleinstunternehmen (0-9 Beschäftigte) und Einpersonen-Selbständige. Speziell bei gewerblicher Individualselbständigkeit liegt es nahe, das wissenschaftliche Augenmerk in besonderer Weise auf Anzeichen der organisatorischen, funktionalen und ökonomischen Nähe zum Arbeitnehmerstatus und auf eventuelle rechtliche Folgerungen zu richten (Punkt III).

Als mögliche Ausnahme zu der Ausübung einer geregelten Berufstätigkeit werden lediglich die Führung eines Haushalts, das Ableisten eines freiwilligen sozialen Jahres und ein Jahr Arbeitslosigkeit anerkannt. Hier gilt es sich zu fragen, ob man den Begriff der Nichterwerbsarbeit nicht auch auf andere Tätigkeiten erweitern kann, wie die ehrenamtliche Arbeit oder Praktika (Punkt IV).

Immer mehr Menschen werden arbeitslos. Ein Jahr Arbeitslosigkeit wird beim Zugang zu einer Einrichtung des 2. Bildungswegs auf die geforderten drei Jahre Berufstätigkeit angerechnet. Wie ist es aber, wenn der Arbeitslose während seiner (ggf. mehrjährigen) Arbeitslosigkeit einer staatlichen Beschäftigungsmaßnahme zugewiesen wurde ? (Punkt V)

Schließlich stellt sich die Frage, wie der Anspruch auf Zugang zu einer Einrichtung des 2. Bildungswegs gerichtlich geltend gemacht werden kann (Punkt VI).

9) Dazu s. Döse, Holland, Schallhöfer, Roethe, Neue Formen und Bedingungen der Erwerbsarbeit in Europa, S. 26 ff. und S.47 ff.

II. Flexibilisierung der Arbeit am Beispiel der Teilzeitarbeit

Im Rahmen der derzeitigen wirtschaftlichen Krise entwickeln sich immer mehr sogenannte atypische Formen der Arbeit (Stichwort „Flexibilisierung“). Es wird von einer „Flucht aus dem Normalarbeitsverhältnis“ gesprochen¹⁰. Unser Arbeitsrecht orientiert sich aber immer noch grundlegend am Normalarbeitsverhältnis. Es nimmt damit nur wenig Rücksicht auf die immer vielfältiger und quantitativ bedeuterwerdenden, davon abweichenden Formen der Arbeit.

Auf der Grundlage einer bundesweiten repräsentativen Erhebung ist die Gesellschaft für Sozialforschung und statistische Analysen mbH¹¹ bereits 1987 zu folgender Einschätzung gelangt:

„In der Bundesrepublik arbeitet mittlerweile fast jeder vierte Arbeitnehmer nicht mehr in einem Normalarbeitsverhältnis, das ihm eine unbefristete Vollzeitbeschäftigung zusichert. 24 Prozent verdienen ihr Einkommen in ungeschützten und statusgeminderten Arbeitsverhältnissen, wenn man hierzu Arbeitnehmer mit befristeten Verträgen sowie Teilzeitbeschäftigte mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von weniger als 35 Stunden zählt, und deren Anteil an den abhängig Beschäftigten - ohne Auszubildende, Wehrpflichtige und Ersatzdienstleistende - berechnet.“

Rund ein Drittel dieser Arbeitnehmer in atypischen Arbeitsverhältnissen ist befristet beschäftigt - nämlich 8 Prozent –, zwei Drittel sind teilzeitbeschäftigt – 16 Prozent.“

Als Beispiele für atypische Beschäftigung kann man vor allem die in befristeten Arbeitsverhältnissen Beschäftigten, die Leiharbeitnehmer, die sogenannten freien Mitarbeiter und die Teilzeitarbeitnehmer zitieren. Diese Formen der Arbeit sind Ausnahmen der Regel, die das „Normalarbeitsverhältnis“ bildet. Darunter ist das für unbestimmte Dauer vereinbarte Vollzeitarbeitsverhältnis zu verstehen¹². Auf diesen Normalfall stellt das kollektive und individuelle Arbeitsrecht sowie das Sozialrecht in vieler Hinsicht ab. Es stellt sich somit das Problem der Gleichbehandlung von Arbeitnehmern in solchen atypischen Arbeitsverhältnissen gegenüber den in „Normalarbeitsverhältnissen“ Beschäftigten.

Bei der Aufnahme zu einer Einrichtung des 2. Bildungswegs stellt sich dieses Problem insbesondere für Teilzeitbeschäftigte, die mit einer Arbeitszeit von weniger als 50 % der regulären Arbeitszeit arbeiten bzw. gearbeitet haben (s. Einführung, A.). Die Teilzeitarbeit hat in den letzten Jahren weiter zugenommen. Allein zwischen 1991 und 1995 hat sich die Zahl der Teilzeitbeschäftigte um 525 660 auf 5,3 Millionen vergrößert; betroffen sind vor allem Frauen, die fast 90 % der Teilzeitbeschäftigte stellen¹³. Das Phänomen ist vor allem im Einzelhandel akut, wo fast jede zweite Beschäftigung eine Teilzeitbeschäftigung ist (46,2 % in 1995)¹⁴.

Das Problem der Gleichbehandlung der Teilzeitarbeitskräfte bei den Arbeitsbedingungen sowie bei der Sozialversicherung ist also vor allem ein Problem der Frauen, da fast alle Teilzeitstellen von Frauen

10) s. insbesondere und m.w.N. das Buch von Harro Plander, Flucht aus dem Normalarbeitsverhältnis (Literaturverzeichnis).

11) FORSA-Analysen, „Ungeschützte und statusgeminderte Arbeitsverhältnisse“, 1987, zitiert nach Harro Plander, S. 49.

12) s. Plander, S. 19 ff.

13) Statistisches Bundesamt, Mitteilung für die Presse vom 15.5.1996.

14) Statistisches Bundesamt, Mitteilung für die Presse vom 19.3.1997.

besetzt werden. So könnte die Anforderung an eine mindestens halbtägige Beschäftigung zu einer mittelbaren Diskriminierung der Frauen bei der Aufnahme an eine Bildungsstätte des 2. Bildungswegs führen.

Es wird im folgenden untersucht werden, inwieweit die Teilzeitarbeitnehmer im deutschen (A.) und auch im europäischen (B.) Arbeits- und Sozialrecht gleich behandelt werden müssen.

Vorab ist das **Übereinkommen der internationalen Arbeitsorganisation von 1994 über Teilzeitarbeit**¹⁵ zu zitieren, das jedoch noch nicht von der Bundesrepublik Deutschland ratifiziert worden¹⁶ und dort damit nicht in Kraft getreten ist.

Dort wird der Begriff „Teilzeitkraft“ als eine erwerbstätige Person definiert, deren normale Arbeitszeit unter der einer vergleichbaren Vollzeitkraft liegt¹⁷. Nach Artikel 4 des Übereinkommens müssen von den betroffenen Staaten Maßnahmen getroffen werden, um sicherzustellen, daß Teilzeitkräfte den gleichen Schutz wie vergleichbare Vollzeitkräfte erhalten, und zwar in Bezug auf:

- a. das Recht auf Vereinigungsfreiheit, auf Tarifverhandlungen und das Recht, als Arbeitnehmervertreter zu handeln,
- b. Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz,
- c. **Diskriminierung in Erwerbstätigkeit und Beruf.**

Jedoch erlaubt das Übereinkommen, daß Teilzeitkräfte, deren Arbeitszeit oder Verdienste unter angegebenen Schwellenwerten liegen, aus der gesetzlichen Sozialversicherung oder den Arbeitsbedingungen (außer Mutterschutz) herausgenommen werden (Art. 8). Diese Schwellenwerte müssen aber so niedrig wie möglich gehalten, regelmäßig geprüft und unter Anhörung der Sozialpartner festgelegt bzw. geändert werden.

Als Ergänzung zum Übereinkommen wurde weiterhin eine IAO-Empfehlung betreffend der Teilzeitarbeit am 7.6.1994 unterzeichnet¹⁸, die (Nr. 3) für alle Teilzeitarbeitnehmer gilt, also ohne Unterscheidung nach der Arbeitsdauer, und deren Nr. 15 lautet: „Gegebenenfalls sollten Maßnahmen getroffen werden, um konkrete Hindernisse zu beseitigen, die Teilzeitarbeitnehmern den Zugang zur Ausbildung, zu beruflichen Aufstiegsmöglichkeiten und zur beruflichen Mobilität erschweren“. Außerdem sieht die Nr. 6 vor, daß die im Einklang mit Art. 6 des Übereinkommens vorzunehmenden Anpassungen der gesetzlichen Systeme der sozialen Sicherheit darauf abzielen sollten, die Verdienst- oder Arbeitsschwellen, die die Voraussetzungen für den Schutz durch diese Systeme bilden, gegebenenfalls schrittweise herabzusetzen (a.), den Teilzeitarbeitnehmern insbesondere die Leistungen bei Alter, bei Invalidität und bei Mutterschaft sowie die Familienleistungen zu gewähren (b.), arbeitslosen Teilzeitarbeitnehmern, die eine Teilzeitbeschäftigung suchen, Arbeitslosengeld zu gewähren (c.), und das Risiko zu mindern, daß Teilzeitarbeitnehmer durch Systeme benachteiligt werden, die den Anspruch auf Leistungen von einer Wartezeit abhängig machen oder die Höhe der Leistung unter Berücksichtigung sowohl des Durchschnitts des

15) Nr. 175; Abgedruckt in Buschmann, Dieball, Stevens-Bartol, Teilzeitarbeit, S. 25 ff.; ArbU R 8/1997, S. 318 ff.

16) Telefonische Auskunft der IAO vom 3.6.1998.

17) Artikel 1 (a) des Übereinkommens.

18) Abgedruckt in Buschmann, Dieball, Stevens-Bartol, S. 30 ff.

früheren Verdienstes als auch der Dauer der Beitrags-, Versicherungs- oder Beschäftigungszeiten festsetzen. Auch die Schwellenwerte, die die Voraussetzung für den Schutz durch private berufliche Systeme bilden, die die gesetzlichen Systeme der sozialen Sicherheit ergänzen oder ersetzen, sollten schrittweise herabgesetzt werden, damit Teilzeitarbeitnehmer so umfassend wie möglich geschützt werden können (Nr 7 1.). Wenn Teilzeitarbeitnehmer außerdem mehr als eine Tätigkeit ausüben, sollten ihre Gesamtarbeitszeit, ihre Gesamtbeiträge oder ihr Gesamtverdienst berücksichtigt werden, um zu bestimmen, ob die Schwellenvoraussetzungen der auf einer Beschäftigung beruhenden gesetzlichen Systeme der sozialen Sicherheit erfüllt sind (Nr. 9).

Nach Ratifizierung ist der Staat verpflichtet, das Übereinkommen (durch Gesetz oder Bestimmungen oder auch durch Tarifverhandlungen oder andere Methoden je nach nationalen Praktiken) in nationales Recht umzusetzen.

A. Teilzeitarbeit und Gleichbehandlungsprinzip im deutschen Recht

Nach deutschem Recht ist es untersagt, Teilzeitarbeitskräfte anders als Vollzeitbeschäftigte zu behandeln. Dies betrifft die direkte Differenzierung aufgrund der Teilzeitarbeit selbst sowie die mittelbare Differenzierung aufgrund des Geschlechts.

1. Verbot der direkten Ungleichbehandlung wegen der Teilzeitarbeit

a. Der allgemeine Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG: „Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich“

Dieser allgemeine Gleichheitssatz bindet nicht nur Verwaltung und Rechtsprechung¹⁹, sondern auch die gesetzgebende Gewalt und Träger kollektiver Ordnungen wie z.B. die Tarifvertragsparteien²⁰, die Gesetze im materiellen Sinne, also objektives Recht, setzen. Ein Verstoß führt zur Unwirksamkeit der Regelung. Jede unterschiedliche Behandlung von Arbeitnehmern muß sich an diesem allgemeinen Gleichheitssatz und dem darauf gestützten allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz messen lassen. Der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet eine sachfremde Schlechterstellung gegenüber anderen Arbeitskräften, die sich in vergleichbarer Lage befinden²¹.

So entschied das BAG, daß § 2 des Versorgungstarifvertrages wegen Verstoßes gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG jedenfalls unwirksam ist, wenn alle unterhälftig beschäftigten Teilzeitkräfte von Leistungen der betrieblichen Altersversorgung ausgeschlossen worden sind²². Diese Regelung ist jedenfalls insoweit unwirksam, als sie die mehr als geringfügig beschäftigten Teilzeitkräfte von Leistungen der betrieblichen Altersversorgung ausschließt. Nach dem BAG liegt ein Verstoß gegen

19) Die Grundrechte sind in erster Linie als Abwehrrechte gegen den Staat konzipiert: nach Art. 1 Abs. 3 GG binden sie Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung.

20) Buschmann, Dieball, Stevens-Bartol, Teilzeitarbeit, S. 177, Rn. 3; BAG v. 7.3.1995, EzA § 1 BetrAVG Gleichbehandlung, Nr. 9.

21) dazu Buschmann, Dieball, Stevens-Bartol, Teilzeitarbeit, S. 177.

22) BAG v. 7.3.1995, EzA § 1 BetrAVG Gleichbehandlung Nr. 9; bestätigt durch Urteil BAG v. 16.1.1996, EzA Art. 3 Nr. 50 (§ 3 des Versorgungstarifvertrags für die Arbeitnehmer der deutschen Bundespost).

den Gleichheitssatz vor, wenn im wesentlichen gleichliegende Sachverhalte ohne einleuchtende Gründe unterschiedlich behandelt werden. Für den generellen Ausschluß unterhälftig beschäftigter Teilzeitkräfte aus der betrieblichen Altersversorgung gibt es keine sachlich vertretbaren Gründe. Auch bei unterhälftig beschäftigten Teilzeitkräften besteht ein Versorgungsbedarf. Eine unterschiedliche Behandlung lässt sich nicht damit rechtfertigen, daß unterhälftig beschäftigte Arbeitnehmer typischerweise anderweitig versorgt und nicht auf eine anteilige Zusatzversorgung angewiesen sind.

Dieses gilt auch für den Ausschluß von Teilzeitkräften, die erst aufgrund der Zusammenrechnung mehrerer geringfügiger Beschäftigungen der gesetzlichen Rentenversicherungspflicht unterliegen²³.

Soweit Tarifvertragsparteien jedoch Teilzeitarbeitnehmer, die nur geringfügig beschäftigt werden und deshalb nicht der gesetzlichen Rentenversicherungspflicht unterliegen, von der Zusatzversorgung im öffentlichen Dienst ausgenommen haben, gibt es hierfür einleuchtende Gründe: dieser Ausschluß trägt ja der Ergänzungsfunktion der Zusatzversorgung Rechnung: es kommt hier auf die Rentenversicherungspflicht an.

Eine Bestimmung des Tarifvertrags für Arbeiter der Deutschen Bundespost verstieß auch gegen den Gleichheitssatz durch eine Differenzierung im Zeitpunkt der Unkündbarkeit: Teilzeitbeschäftigte, die über 40 waren, waren nach 20 Jahren Postdienstzeit unkündbar, während dies schon nach 15 Jahren Postdienstzeit für gleichaltrige Vollzeitkräfte der Fall war. Sachliche Gründe, die eine solchen Differenzierung rechtfertigten, gab es laut BAG nicht²⁴. Auch Arbeitnehmer, die weniger als eine halbe Teilzeitstelle haben, genießen die im Tarifvertrag festgelegte Unkündbarkeit nach langjähriger Beschäftigung. So verstieß nach dem BAG eine Vorschrift des Bundesangestelltentarifvertrags für den öffentlichen Dienst gegen den Gleichheitssatz, die als Voraussetzung für die Unkündbarkeit mindestens eine Halbzeitbeschäftigung verlangt²⁵.

b. § 2 Abs. 1 BeschFG

Die Gleichbehandlungspflicht des Arbeitgebers dem Teilzeitarbeitnehmer gegenüber ergibt sich heute gesetzlich aus § 2 Abs.1 BeschFG, der dem Arbeitgeber ausdrücklich die unterschiedliche Behandlung von teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmern wegen der Teilzeitarbeit gegenüber vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmern untersagt, es sei denn, daß sachliche Gründe eine solche unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. Das BAG setzt dabei strenge Maßstäbe. Es untersucht, welcher Zweck mit der Leistung verfolgt wird, von der Teilzeitarbeitnehmer ausgeschlossen werden. Eine sachliche Begründung für eine unterschiedliche Behandlung liegt dann nur vor, wenn sich aus dem Leistungszweck Gründe herleiten lassen, die es unter Berücksichtigung aller Umstände rechtfertigen, dem Teilzeitarbeitnehmer die Leistung auch nicht anteilig zu gewähren²⁶.

So hat der BAG bisher nur in wenigen Fällen das Vorliegen eines solchen sachlichen Grundes bejaht²⁷.

23) u.a. BAG v. 16.3.1982, AP Nr.6 zu § 1 BetrAVG.

24) BAG v. 13.3.1997 – 2 AZR 175/96.

25) BAG 2 AZR 592/96.

26) BAG v. 15.11.1990, AP Nr. 11 zu § 2 BeschFG; Bestätigung BAG v. 7.11.1991, AP Nr. 14 zu § 62 BAT.

27) s. BAG v. 9.2.1989 AP Nr. 4 zu § 2 BeschFG; BAG v. 21.11.1991, AP Nr. 2 zu § 34 BAT; BAG 11.3.1992, BB 1992, 1356 u.a.; für mehr Details s. Schmidt, Teilzeit in Europa, S. 85 ff.

Seit dem Urteil des BAG vom 1.11.1995 muß außerdem auch bei nebenberuflich ausgeübter Tätigkeit gleiches Entgelt an den Teilzeitarbeitnehmer bezahlt werden wie an den hauptberuflich Tätigen²⁸.

2. Verbot der mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts

Teilzeitarbeitnehmer sind in der Bundesrepublik überwiegend Frauen. Wenn ein Verstoß gegen § 2 Abs. 1 BeschFG nicht gegeben ist, kann demnach meistens ein Verstoß gegen das Verbot der mittelbaren Diskriminierung von Frauen geprüft werden. Dafür ergeben sich mehrere Rechtsgrundlagen:

a. Art. 119 EGV (gleiches Entgelt für Männer und Frauen)

Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH ist die Frage der Anforderung an potentielle Rechtfertigungsgründe für eine unterschiedliche Behandlung von Frauen und Männern allein vom inländischen Gericht zu beantworten²⁹. Das BAG setzt seinerseits hohe Maßstäbe an eine Rechtfertigung einer mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts. Seine Anforderungen sind sogar höher als beim allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz oder bei § 2 Abs.1 BeschFG. So ist ein die unterschiedliche Behandlung der Geschlechter rechtfertigender Grund nach seiner ständigen Rechtsprechung nur dann gegeben, wenn die unterschiedliche Behandlung einem wirklichen Bedürfnis des Unternehmens dient, für die Erreichung der unternehmerischen Ziele geeignet und nach den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit erforderlich ist.

So hat das BAG den Ausschluß der Teilzeitarbeitnehmer aus *der betrieblichen Altersversorgung* wegen mittelbarer Diskriminierung der Frauen für rechtswidrig erklärt³⁰: nicht jeder noch so geringfügige finanzielle Vor- oder Nachteil stelle ein wirkliches Bedürfnis für eine diskriminierende Regelung dar; vielmehr müssen erheblich Kostenvorteile oder -nachteile die differenzierende Regelung erfordern; Kostenfaktoren könnten nicht isoliert betrachtet werden, sondern seien im Gegenteil mit den Vorteilen einer Teilzeitbeschäftigung zu verrechnen.

Bei der *Lohnfortzahlung im Krankheitsfall* sah der frühere § 1 Abs.3 Nr.2 LohnFG vor, daß keine Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei Teilzeitarbeit von weniger als 10 Stunden pro Woche oder weniger als 45 Stunden pro Monat bestand. Das BAG sah diese Differenzierung als nicht gerechtfertigt an, da die betroffenen Arbeitnehmer ebenso der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers bedürften³¹. Demnach konnte diese Bestimmung keine Anwendung finden. Sie wurde 1994 geändert.

Bei der Frage der *Anrechnung von Beschäftigungszeiten* sah der EuGH in der früheren Fassung von § 23a BAT eine Benachteiligung i.S.v. Art. 119 EGV. Nach dieser Bestimmung wurden Bewährungszeiten, in denen der Arbeitnehmer weniger als die Hälfte der normalen Arbeitszeit gearbeitet hatte, nur zur Hälfte angerechnet³². Das BAG mußte dann seine frühere Auffassung aufgeben und diese übernehmen. Zudem hat das BAG mittlerweile entschieden, daß eine solche Regelung auch gegen Art. 3 Abs. 1 GG³³ verstößt³⁴.

28) BAG v. 1.11.1995, AP Nr. 45 zu § 2 BeschFG 1985; hiermit gab das BAG seine bisherige Rechtsprechung, auf, die sich von der Rechtsprechung des EuGH v. 13.12.1994, AP Nr. 60 zu Art. 119 EWG-Vertrag sowie des BVerfG v. 18.2.1993, AP Nr. 25 zu § 2 BeschFG 1985 bestätigt sah; dazu s. Beduhn, ArbuR 1996, S. 48529 u.a. EuGH v. 27.10.1993, EuZW 1994, 505; weitere Hinweise s. Schmidt, Teilzeitarbeit in Europa, S.89 Fn. 195.

29) u.a. EuGH v. 27.10.1993, EuZW 1994, 505; weitere Hinweise s. Schmidt, Teilzeitarbeit in Europa, S.89 Fn. 195.

30) BAG v. 20.11.1990, AP Nr. 8 zu § 1 BetrAVG Gleichberechtigung.

31) BAG v. 9.10.1991, AP Nr. 95 zu § 1 LohnFG.

32) EuGH v. 7.2.1991, Rs. C-184/89, Slg. 1991, 297.

33) s. oben unter A. 1. a.

34) BAG v. 9.3.1994, BB 1994, 650.

b. Art. 3 Abs. 2 GG: „Männer und Frauen sind gleichberechtigt“

Seit einer Entscheidung des großen Senats des BAG v. 27.2.1985³⁵ hat sich auch in der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung weitgehend die Lehre von der mittelbaren Drittirkung der Grundrechte im Privatrecht durchgesetzt. Dadurch wird die Vertragsfreiheit beim Abschluß von Teilzeitarbeitsverträgen mittelbar durch Art. 3 Abs. 2GG beschränkt. Das BAG begründet jedoch seine Entscheidungen in dieser Problematik überwiegend mit einem Verstoß gegen Art. 119 EGV. Allerdings findet in einigen Fällen eine Bezugnahme auf Art. 3 Abs. 2GG statt. Das BAG erkannte auch darin einen Verstoß, daß eine Maßnahme nicht unmittelbar zwischen Frauen und Männern unterschied, sondern lediglich Teilzeitarbeitnehmer von einem Vorteil ausschloß³⁶. Es wird jedoch keine mittelbare Diskriminierung anerkannt, wenn die Ungleichbehandlung durch objektive Faktoren gerechtfertigt sei, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben³⁷.

c. § 611 a BGB: Benachteiligungsverbot aufgrund des Geschlechts

Diese Bestimmung verbietet dem Arbeitgeber, einen Arbeitnehmer aufgrund seines Geschlechtes zu benachteiligen. Das Verbot umfaßt alle Aspekte des Arbeitsverhältnisses. Die Bestimmung umfaßt auch eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes. Eine unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts ist nur zulässig, soweit eine Vereinbarung oder eine Maßnahme die Art der vom Arbeitnehmer auszuübenden Tätigkeit zum Gegenstand hat und ein bestimmtes Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für diese Tätigkeit ist.

Zu erwähnen ist § 612 Abs. 3 BGB, der die Lohngleichheit für Frauen und Männer enthält und bereits im § 611 a sachlich enthalten ist.

3. Stellung der Teilzeitarbeitskräfte im deutschen Sozialrecht

Die medizinische Versorgung wird durch die gesetzliche Krankenversicherung geleistet und setzt also das Vorliegen einer Krankenversicherungspflicht voraus. Es muß sich also um ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis handeln. Ein solches liegt dann vor, wenn eine persönliche Abhängigkeit dem Arbeitgeber gegenüber vorliegt und die Arbeit gegen Entgelt erbracht wird. Eine Versicherungsfreiheit gibt es im Sozialgesetzbuch bei geringfügiger Beschäftigung (§ 8 SGB IV). Eine geringfügige Beschäftigung liegt in folgenden Fällen vor:

- ▶ wenn die Beschäftigung weniger als 15 Stunden pro Woche und das monatliche Arbeitsentgelt ein Siebtel der monatlichen Bezugsgröße (§ 18 SGB IV: durchschnittliches Arbeitsentgelt, aller Versicherten der Rentenversicherung der Arbeiter und der Angestellten ohne Auszubildende im vorvergangenen Kalenderjahr, aufgerundet auf den nächsthöheren, durch 48 teilbaren Betrag: sogenannte „630 DM Jobs“), bei höherem Arbeitsentgelt ein Sechstel des Gesamteinkommens nicht übersteigt;
- ▶ die Beschäftigung innerhalb eines Jahres auf längstens 2 Monate oder 50 Arbeitstage begrenzt ist.

Hiermit sind Teilzeitarbeitnehmer nicht krankenversicherungspflichtig, wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind. Sie müssen sich in solchen Fällen anders versichern. Meistens sind es aber Menschen, die

35) BAG GS v. 27.2.1985, AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht.

36) Ständige Rechtsprechung des BAG, s. schon BAG 6.4.1982, AP Nr. 1 zu § 1 BetrAVG Gleichberechtigung; Bestätigung durch BVerfG, Beschuß v. 28.9.1982, AP Nr. 32 zu Art. 119 EWGV.

37) BAG v. 26.5.1993, DB 1994, 99.

schon anderweitig versichert sind (Studenten, Familienversicherung...). Frauen sind wiederum vor allem betroffen: Drei Viertel aller geringfügig Beschäftigten sind Frauen. Damit sind etwa 8 % aller erwerbstätigen Frauen nicht sozialversicherungspflichtig beschäftigt³⁸.

Geringfügig Beschäftigte werden auf diese Art und Weise neben der Krankenversicherung auch von den Renten- und Arbeitslosenversicherungen sowie von dem Anspruch auf Mutterschaftsgeld ausgenommen.

Bestritten ist, ob diese Ausnahmen für geringfügig Beschäftigte aus der Versicherungspflicht gegen das Gemeinschaftsrecht (Art.4 Abs.1 Richtlinie 79/7/EWG des Rates v. 19.12.1978 zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit) verstößt. Diese Frage wurde dem EuGH vorgelegt³⁹. Am 14.12.1995 entschied es, daß „die deutsche Regelung, die Beschäftigungen mit weniger als 15 Stunden in der Woche und einem Arbeitsentgelt, das regelmäßig 1/7 der monatlichen Bezugsgröße nicht übersteigt, von der Versicherungspflicht in den Systemen der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung ausnimmt sowie eine nationale Regelung, die Beschäftigungen, die der Natur der Sache nach auf regelmäßig weniger als 18 Stunden in der Woche beschränkt zu sein pflegen oder im voraus in einem Arbeitsvertrag beschränkt sind, von der Beitragspflicht in der gesetzlichen Arbeitslosenversicherung ausnimmt⁴⁰, keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts i.S.v. Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 79/7/EWG darstellen, selbst wenn sie erheblich mehr Frauen als Männer betreffen, da der nationale Gesetzgeber in vertretbarer Weise davon ausgehen konnte, daß die fraglichen Rechtsvorschriften erforderlich waren, um ein sozialpolitisches Ziel zu erreichen, das mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nichts zu tun hat“⁴¹. Hiermit wird die Normierung einer Geringfügigkeitsgrenze vom EuGH als zulässig bestätigt. Das Urteil übernahm dabei die Argumentation der Bundesregierung. Die vom DGB vertretenen Kläger hatten vor dem EuGH gerügt, daß die Obergrenze in § 8 SGB IV in der Praxis jeden Übergang in sozial gesicherte Teilzeit verhindere, da die Arbeitgeber alles daran setzten, die Überschreitung der maßgeblichen Einkommensgrenze zu verhindern: einmal geringfügig – immer geringfügig. Entgegen dem Antrag des Generalanwalts⁴² wurde die objektive Rechtfertigung der Ungleichbehandlung gar nicht überprüft, sondern mit der Formel von dem „weiten Entscheidungsspielraum“ in das Ermessen der Mitgliedstaaten gestellt. Damit zog sich das Gericht von seiner Aufgabe der „Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung dieses Vertrags“ (Art. 164 EVG) weitgehend zurück. Die von der Bundesregierung und Arbeitgebervertretern entfachte Kampagne gegen den EuGH und seine angeblich zu arbeitnehmerfreundliche Haltung scheint somit Früchte zu tragen⁴³.

Heute besteht in Deutschland das Bestreben, die sozialversicherungsfreien 630-Marks-Jobs zu kippen. Die bisherigen Bestrebungen der neuen Regierung, die Sozialversicherungspflicht auch bei geringfügigen Beschäftigungen u.U. einzuführen, sehen sich jedoch heute durch die Ergebnisse der Wahlen in Hessen in Frage gestellt, da die Mehrheit im Bundesrat sich dadurch geändert hat.

38) Statistisches Bundesamt, Mitteilung für die Presse vom 12.11.1997.

39) s. Vorlagebeschlüsse SG Speyer v. 18.11.1993, EuZW 1994, S. 192 und SG Hannover v. 25.5.1993, EuZW 1993, S. 648.

40) frühere kurzzeitige Beschäftigung, Art. 102 AFG, heute durch AFRG v. 24.3.1997 aufgehoben (Neuregelung der Arbeitsförderung im SGB III).

41) EuGH v. 14.12.1995, abgedruckt in ArbuR 1996, S. 39 ff.

42) ArbuR 1995, S. 265.

43) s. Hinweise in Buschmann, Anmerkung zum Urteil, ArbuR 1996, S. 40.

Lediglich bei der gesetzlichen Unfallversicherung gibt es keine Besonderheiten bei den geringfügig Beschäftigten. Bei der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall müssen auch geringfügig Beschäftigte berücksichtigt werden (im Gegenteil zum Krankengeld).

B. Teilzeitarbeit und europäisches Recht

1979 stellte der Rat erstmals mit der Entschließung vom 18.12.1979 über die Anpassung der Arbeitszeit Grundsätze zur Behandlung des Problems der Teilzeitarbeit auf. Dabei sollte der Grundsatz der gleichen Rechte für Voll- und Teilzeitbeschäftigte festgelegt werden. Unter Teilzeitarbeit wurde hierin jede Arbeit mit einem zeitlich geringerem Umfang als Vollzeitarbeit ohne jegliche Untergrenze verstanden. Es ging vor allem darum, daß die Diskriminierungen von Teilzeitarbeitnehmern im Vergleich zu Vollzeitkräften beseitigt werden und die nationalen Unterschiede reduziert werden. Auch das europäische Parlament forderte in einer Entschließung vom 11.2.1981 die Kommission auf, einen Richtlinienvorschlag zu erarbeiten, der die Benachteiligungen von Teilzeitarbeit im Verhältnis zu Vollzeitarbeit beseitigt und den Teilzeitarbeitnehmern die gleichen Rechte einräumt⁴⁴.

In der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer vom 9.12.1989, die jedoch rechtlich nicht verbindlich ist und nur eine politische Verpflichtung der Unterzeichner beinhaltet, auf die in der Charta genannten Ziele hinzuarbeiten, wird ebenfalls im Abschnitt über die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer in der Gemeinschaft festgestellt, daß die Verwirklichung des Binnenmarktes zu einer Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer führen soll; dieser Prozeß betreffe auch andere Arbeitsformen wie die Teilzeitarbeit.

1. Richtlinienvorschläge und Richtlinien

a. Erste Richtlinienentwürfe zur Teilzeitarbeit

Die Kommission legte am 4.1.1982 einen Vorschlag für eine Richtlinie zur Regelung der freiwilligen Teilzeitarbeit vor⁴⁵, die der Stellungnahme des EGB⁴⁶ weitgehend entsprach und sehr fortschrittlich war. Teilzeit wurde definiert als eine regelmäßig zu leistende Arbeit, bei der sich Arbeitnehmer und Arbeitgeber auf eine kürzere als die normale Arbeitszeit einigen (Art.1). Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung von Teilzeitarbeitnehmern gegenüber Vollzeitarbeitnehmern wurde hinsichtlich der Arbeitsbedingungen, der Entlassungsbedingungen, der aktiven und passiven Beteiligungen an den Organen der Arbeitnehmervertretung, **beim Zugang zur Berufsbildung**, beim beruflichen Aufstieg und beim Zugang zu den sozialen und arbeitsmedizinischen Einrichtungen festgelegt (Art. 2) und bezog sich auf gesetzliche und betriebliche Systeme der sozialen Sicherheit (Art. 3 Abs. 1) sowie auf das Arbeitsentgelt, das Urlaubsgeld und Abfindungen bei Entlassungen (Art. 4 Abs. 1)⁴⁷. Dieser Vorschlag wurde mangels einer Einigung im Ministerrat nicht angenommen.

44) ABI. C 50 v. 9.3.1981.

45) ABI. C 62/7 v. 12.3.1982.

46) Europäischer Gewerkschaftsbund, Synthese des vom EGB anlässlich der Anhörung durch die Kommission am 22.4.1980 formulierten Standpunkts zum Problem der Teilzeitarbeit.

47) Für eine detailliertere Darstellung s. Buschmann, Dieball, Stevens-Bartol, Teilzeitarbeit, Rn. 21 (Europäisches Recht).

Am 5.1.1983 folgte der geänderte Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Regelung der freiwilligen Teilzeitarbeit⁴⁸. Dieser Vorschlag enthielt auch keine Norm, die den gleichberechtigten Zugang der Teilzeitkräfte zu den Systemen der sozialen Sicherheit vorschreibt, was der wichtigste Streitpunkt war. Zu dem Streitpunkt, ab welcher Stundenzahl ein Arbeitnehmer sozialversicherungspflichtig ist, wurde nichts gesagt.

Das Einstimmigkeitserfordernis (Art. 100 EGV) verhinderte jedoch wegen der Ablehnung Großbritanniens, daß die Richtlinie verabschiedet wurde. Auch der Vorschlag einer Richtlinie über die Zeitarbeit und die Befristung von Arbeitsverhältnissen konnte nicht angenommen werden.

b. Richtlinien und Entwürfe über atypische Arbeitsverhältnisse

ba. Die *Richtlinie zur Ergänzung der Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von Arbeitnehmern mit befristetem Arbeitsverhältnis oder Leiharbeitsverhältnis vom 25.6.1991*⁴⁹ bezieht sich nicht explizit auf Teilzeitarbeit.

bb. Die *Vorschläge für eine Richtlinie über bestimmte Arbeitsverhältnisse hinsichtlich der Arbeitsbedingungen*⁵⁰ und *für eine Richtlinie über bestimmte Arbeitsverhältnisse im Hinblick auf Wettbewerbsverzerrungen*⁵¹ wurden trotz Änderungen nicht vom Rat angenommen. Es wurde ihnen vorgeworfen, daß sie sich nicht mit strukturellen Diskriminierungsproblemen auseinandersetzen, so daß sie u.a. beide die geringfügig Beschäftigten (hier: Arbeitnehmer mit weniger als 8 Stunden pro Woche) aus ihrem Geltungsbereich nehmen (jeweils Art. 1 Abs. 3). Trotz wiederholten Versuchen konnten vor allem wegen des Widerstandes Großbritanniens diese Entwürfe nicht angenommen werden.

c. Die Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit und die darauffolgende Richtlinie

Anfang Juni 1997 einigten sich die Sozialpartner auf europäischer Ebene (UNICE, CEEP und EGB) auf eine Europäische Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit⁵².

Diese Rahmenvereinbarung bezeichnet sich als ein Beitrag zur allgemeinen europäischen Beschäftigungsstrategie. Sie legt die allgemeinen Grundsätze und Mindestvorschriften für die Teilzeitarbeit nieder. Sie betrifft die Beschäftigungsbedingungen von Teilzeitarbeitnehmern, erkennt jedoch an, daß Fragen der gesetzlichen Regelung der sozialen Sicherheit der Entscheidung der Mitgliedstaaten unterliegen.

Gegenstand der Vereinbarung ist es, die Beseitigung der Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigte sicherzustellen, deren Arbeitsbedingungen zu verbessern und die Teilzeitarbeit sowie ihre flexible Organisation zu fördern (Bestimmung 1). Sie gilt für Teilzeitbeschäftigte mit einem Arbeitsvertrag oder einem Beschäftigungsverhältnis nach der im Mitgliedstaat geltenden Definition. Nach dem Grundsatz der Nicht-diskriminierung dürfen Teilzeitbeschäftigte in ihren Beschäftigungsbedingungen nicht deswegen schlechter behandelt werden als vergleichbare Vollzeitbeschäftigte, nur weil sie teilzeitbeschäftigt sind, es sei denn, die unterschiedliche Behandlung ist aus objektiven Gründen gerechtfertigt (Best. 4 Nr. 1).

48) ABI.C 18/5 v. 22.1.1983.

49) 91/383/EWG, ABI. L 209/19 v. 29.7.1991.

50) ABI. C 224/4 v. 8.9.1990.

51) ABI. C 224/6 v. 8.9.1990.

52) Europäische Vereinbarung über Teilzeitarbeit, am 7.6.1997 von den Sozialpartnern verabschiedet, abgedruckt in Buschmann, Dieball, Stevens-Bartol, Teilzeitarbeit, S. 399 ff.

Die Vereinbarung sieht aber mehrere Ausnahmen vor:

- ▶ Teilzeitbeschäftigte, die nur auf sporadischer Basis arbeiten, können von den Mitgliedstaaten von den Bestimmungen der Vereinbarung ausgeschlossen werden (Best.2 Abs. 2); diese müssen vorher lediglich die Sozialpartner anhören (Anhörungsrecht bedeutet nicht Mitbestimmungsrecht !);
- ▶ Die Mitgliedstaaten können, wenn dieses aus objektiven Gründen gerechtfertigt ist, den Zugang zu besonderen Beschäftigungsbedingungen von einer bestimmten Betriebszugehörigkeitsdauer, Arbeitszeit oder Lohn- und Gehaltsbedingungen abhängig machen (Best. 4 Nr. 4); lediglich eine Anhörung der Sozialpartner ist dafür notwendig;
- ▶ Die Vereinbarung erstreckt sich nicht auf Fragen der sozialen Sicherheit, die gesetzlichen Regelungen unterliegen (Präambel, Abs. 3).

Die anderen Bestimmungen sind außerdem lediglich „Soll-Bestimmungen“: Beschränkungen beim Zugang zur Teilzeitarbeit *sollen* von den Mitgliedstaaten und den Sozialpartnern geprüft und eventuell beseitigt werden (Best. 5, Nr. 1), die Weigerung eines Arbeitnehmers, von einer Vollzeit- in eine Teilzeitbeschäftigung bzw. umgekehrt umgestuft zu werden *soll* keinen Kündigungsgrund darstellen (Best. 5, Nr. 2), die Arbeitgeber sollen, soweit dies möglich ist, Anträge der Arbeitnehmer diesbezüglich berücksichtigen und den Zugang erleichtern (Best. 5, Nr. 3)...usw. Die Mitgliedstaaten sowie die Sozialpartner *sollten* außerdem alle Hindernisse, die die Teilzeitarbeitsmöglichkeiten beschränken, beseitigen und die Arbeitgeber Anträge von Arbeitnehmern diesbezüglich berücksichtigen (Best. 5).

Diese Rahmenvereinbarung ist am 15.12.1997 trotz erheblicher Kritik seitens des Parlaments⁵³ und auch des deutschen Bundesrats als Richtlinie durch die Arbeitsminister der EU verabschiedet worden. Sie ist als Anhang Bestandteil der Richtlinie. Zugleich wurde die Kommission dringend aufgefordert, zu den von der Teilzeitvereinbarung ausgeklammerten Fragen wie der Sozialversicherung und zu den ebenfalls außen vor gelassenen übrigen atypischen Arbeitsformen schnellstens Richtlinienvorschläge zu unterbreiten.

2. Europäisches Sozialrecht und Teilzeitarbeit

Die Kompetenzen der EU im Bereich der Angleichung der nationalen Systeme der sozialen Sicherheit sind sehr beschränkt: eine vollständige Harmonisierung ist in diesem Bereich aufgrund der erheblichen Unterschiede der verschiedenen Systeme aus geschichtlichen und kulturellen Gründen schwer vorstellbar und nicht gewünscht.

In einer Erklärung des europäischen Rates von Dublin im Dezember 1996 zur Beschäftigung wird jedoch unter anderem betont, daß die Systeme der sozialen Sicherheit beschäftigungsfreundlicher gestaltet werden sollten, indem Systeme der sozialen Sicherheit entwickelt werden, die sich an neue Arbeitsstrukturen anpassen lassen und die jedem, der im Rahmen solcher Strukturen arbeitet, auch einen angemessenen sozialen Schutz bietet.

Schon heute existieren jedoch auf Gemeinschaftsebene Bestimmungen, die in die nationalen Systeme der sozialen Sicherheit auch im Interesse der Teilzeitarbeitnehmer greifen. Dies sind aber Regelungen, die den Schutz von Arbeitnehmerinnen bezwecken: Teilzeitarbeitnehmer werden somit nur indirekt durch das Verbot mittelbarer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts erfaßt.

53) s. EuZW 1998, S. 68; auch die Bundesratsstellungnahme, EuZW 1998, S. 135.

a. Es handelt sich zum einen um die

Richtlinie 79/7/EWG vom 19.12.1978 über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit

Sie erfaßt die gesamte Erwerbsbevölkerung inklusive der Selbständigen, deren Erwerbstätigkeit durch Krankheit, Unfall oder unverschuldet Arbeitslosigkeit unterbrochen ist, der Arbeitsuchenden und der sich in Ruhestand befindlichen oder arbeitsunfähigen Arbeitnehmer und Selbständigen; die Dauer und die Qualität der Arbeitsleistung sind irrelevant, so daß auch Teilzeitarbeitnehmer mit ganz geringen Einkünften erfaßt werden. Der Geltungsbereich der Richtlinie erstreckt sich nicht nur auf die gesetzlichen Systeme, die Schutz gegen Krankheit, Invalidität, Alter, Arbeitsunfall und Berufskrankheit sowie Arbeitslosigkeit bieten, sondern auch auf Sozialhilferegelungen, die die genannten Systeme ergänzen oder ersetzen⁵⁴. Maßgeblich ist dabei, ob die Leistung unmittelbar und in effektiver Weise mit einem der genannten Risiken zusammenhängt. Vom Geltungsbereich nicht erfaßt sind dagegen gesetzliche Regelungen, wonach Personen, deren Mittel unter einem gesetzlich festgelegten Betrag liegen, unter bestimmten Voraussetzungen zur Deckung ihrer Bedürfnisse eine besondere Leistung erhalten. Explizit ausgenommen sind Regelungen, die Leistungen für Hinterbliebene oder Familienangehörige betreffen, sowie auch andere Leistungen in Bereichen, die im Ergebnis meistens Frauen begünstigen.

Die Rechtsprechung des EuGH zu den Voraussetzungen eines Verstoßes gegen das Verbot der mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts im Art. 4 Abs.1 der Richtlinie zeigt eine relative Zurückhaltung seinerseits, die sich vermutlich dadurch erklären läßt, daß die Gemeinschaft im Vergleich zum Bereich der Löhne (Art.119 EGV) im Bereich der sozialen Sicherung eine begrenzte Kompetenz hat⁵⁵. Der EuGH hat seine zu Art.119 entwickelten Grundsätze auf Art. 4 Abs.1 der Richtlinie 79/7/EWG übertragen: ein Verstoß ist zu bejahen, wenn eine geschlechtsneutrale Regelung wesentlich größere Auswirkungen für ein Geschlecht bewirkt und diese benachteiligenden Auswirkungen nicht durch objektive Faktoren gerechtfertigt sind, die nichts mit einer Diskriminierung wegen des Geschlechts zu tun haben. Das Vorliegen eines objektiven Faktors, der nichts mit einer Geschlechterdiskriminierung zu tun hat, ist zu bejahen, wenn die Regelung, die benachteiligende Auswirkungen für ein Geschlecht hat, einem notwendigen Ziel der nationalstaatlichen Sozialpolitik dient und zur Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich ist⁵⁶.

b. Zum anderen ist ebenfalls die

Richtlinie 92/85/EWG zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen vom 19.10.1992 zu erwähnen.

Während des Mutterschaftsurlaubs (mind. 14 Wochen) muß demnach (Art.11 Abs.2b) die Frau Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts und/oder auf eine angemessene Sozialleistung haben. Die Sozialleistung ist angemessen (Abs.3), wenn sie mindestens den Bezügen entspricht, die die betreffende Arbeitnehmerin im Falle einer Unterbrechung ihrer Erwerbstätigkeit aus gesundheitlichen Gründen erhalten würde.

Es handelt sich bei diesen beiden Richtlinien um Regelungen, die ausschließlich den Schutz von Arbeitnehmerinnen bezeichnen. Sie erfassen die Teilzeitarbeitskräfte nur indirekt.

54) EuGH v. 4.2.1992, Rs. C-243/90, Slg. 1992, 467 (489).

55) s. Schmidt, Teilzeitarbeit in Europa, S. 179.

56) Ständige Rechtsprechung des EuGH; zur ausführlichen Darlegung s. Schmidt, Teilzeitarbeit in Europa, S. 173 ff.

C. Ergebnis für den 2. Bildungsweg

Die Beobachtung der neueren Entwicklungen in der Rechtssetzung sowie in der Rechtsprechung betreffend der Teilzeitarbeit zeigt das **Bestreben, bestehende Schwellenwerte für den Genuß von gesetzlichen oder tariflichen Vorteilen von Teilzeitkräften in Zweifel zu ziehen bzw. abzubauen**. Dies zeigt das Übereinkommen der IAO sowie die dazugehörige Empfehlung von 1994, die solche Schwellenwerte zwar erlauben, jedoch begrenzen bzw. herabsetzen wollen. Die Rechtsprechung des BAG hat sich gegen den Ausschluß unterhälftig beschäftigter Teilzeitarbeitnehmer aus der betrieblichen Altersversorgung (BAG v. 7.3.1995) bzw. gegen deren unterschiedliche Behandlung bei der tariflichen Unkündbarkeit nach langjähriger Betriebszugehörigkeit (BAG 13.3.1997) sowie auch bei der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, was zu einer Änderung des LohnFG führte, ausgesprochen. Die Kurzzeitigkeitsgrenze ist in der neuen Regelung der Arbeitsförderung im SGB III aufgehoben worden. Von vielen Seiten wird die Abschaffung sozialversicherungsfreier Tätigkeiten gefordert (Literatur und Bundesratsinitiative des Landes Hessen für eine grundsätzliche Versicherungspflicht), auch wenn der EuGH sowie die neue Richtlinie zur Teilzeitarbeit dies nicht fordern.

Dieses Bestreben macht das Fortbestehen der Forderung einer mehr als 50 %igen Berufstätigkeit für die Aufnahme in eine Einrichtung des 2. Bildungsweges nicht mehr haltbar. Wenn überhaupt eine Schwelle angebracht ist, so dürfte sie sich auch auf höchstens 15 Wochenstunden (Geringfügigkeitsgrenze) begrenzen, wobei auch diese Schwelle heute in Frage gestellt wird. Die Ausübung einer beruflichen Tätigkeit sollte eigentlich nicht von einer wöchentlichen Mindeststundenzahl abhängen.

III. Die selbständige Arbeit

Aktuelle Studien zeigen, daß in den letzten 20 Jahren immer mehr Menschen als Selbständige arbeiten (s. Einführung). Viele Menschen, die Arbeitslose sind, versuchen über den Weg der Selbständigkeit aus der Arbeitslosigkeit zu kommen. Der Staat zahlt Überbrückungsgeld als Unterstützung für den Lebensunterhalt während der ersten Phase der Existenzgründung von früheren Arbeitslosen oder von Arbeitslosigkeit bedrohten Personen (§ 57 SGB III).

Anderen wird von ihrem Arbeitgeber formell gekündigt und sie arbeiten dann weiter für ihn als Selbständige.

A. Arbeitnehmer und Selbständige

Auf den ersten Blick erscheint der Unterschied zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen ganz klar und einfach zu sein. Arbeitnehmer in „normalen“, typischen Arbeitsverhältnissen erzielen ein regelmäßiges Einkommen, dessen Höhe von ihrer Qualifikation und der Dauer der Beschäftigung abhängt, haben einen gewissen Schutz vor einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses, erhalten im Falle von Krankheit oder Mutterschaft weiterhin Bezüge, sind in der Rentenversicherung, erhalten betriebliche Sozialleistungen, sind ggf. in ein System kollektiver betrieblicher Interessenvertretung eingebunden...etc. Dagegen muß sich der Selbständige selbst um Arbeit kümmern, von deren Umfang das Beziehen eines Einkommens abhängt, und muß sich selbst gegen Krankheit und Alter versichern.

Wenn man jedoch die sozialen Rechte der Selbständigen mit den Rechten von Arbeitnehmern, deren Arbeitsverhältnis in irgendeiner Weise vom sog. „Normalarbeitsverhältnis“ abweicht (so u.a. die Teilzeitarbeit) vergleicht, so erscheint die Diskrepanz nicht mehr so groß. Besonders gering ist der Unterschied zu den sogenannten geringfügig Beschäftigten (weniger als 15 Stunden pro Woche und geringes Einkommen, Definition s. unter II. A. 3.), die nicht der Sozialversicherungspflicht unterliegen. Auch diese sind nicht oder kaum gegen Krankheit und Alter abgesichert.

Andererseits stellt das Gesetz vereinzelt Selbständige wegen ihrer vergleichbaren Schutzwürdigkeit den Arbeitnehmern in der Versicherungspflicht gleich, wenn sie nicht zugleich Arbeitgeber sind⁵⁷. Dies gilt in der Unfall- und Rentenversicherung etwa für die Hausgewerbetreibenden, Küstenfischer, Küsten- und Binnenschiffer... (s. § 2 SGB VI). Die Definitionen von der geringfügigen Beschäftigung (§ 8 SGB IV) sowie vom Beschäftigungsstandort (§ 9 SGB IV) gelten ebenfalls entsprechend bei der selbständigen Tätigkeit (§ 8 Abs. 3 und § 11 SGB IV).

Eine klare Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen ist um so wichtiger, da viele Arbeitnehmer aus Kostengründen vom Unternehmer sozusagen „ausgelagert“ werden, indem sie nunmehr als Selbständige für ihn arbeiten. Neue Formen der Arbeit entwickeln sich wo diese Abgrenzung nicht klar ist: atypische Arbeitsverträge, Auslagerung, Telearbeit ...

57) Nach einem neuen Gesetz, das z.T. am 1.1.1999 in Kraft getreten ist, bezieht der Gesetzgeber nunmehr Scheinselbständige verstärkt in die gesetzliche Pflichtversicherung ein. Es wird zwischen „scheinselbständigen Arbeitnehmern“ und „arbeitnehmerähnlichen Selbständigen“ unterschieden. Sie werden, je nach Grad der Abhängigkeit, in alle Sozialversicherungszweige oder nur in die Rentenversicherung mit einbezogen. Dazu s. u.a. Dr. Thomas Ebert, Bundesarbeitsblatt 1/1999, S.10ff.

So droht die Grenze zwischen abhängiger und selbständiger Beschäftigung zu verwischen, wodurch der Anwendungsbereich des Arbeitsrechts unklar und seine Effizienz in bestimmten Bereichen reduziert wird⁵⁸.

Heute ist in der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte die sog. „persönliche Abhängigkeit“ das entscheidende Kriterium für die Abgrenzung zum Selbständigen. Hinzu kommen weitere Kriterien wie die Weisungsfreiheit, die Freiheit beim Einsatz der Arbeitskraft, die Verteilung des Unternehmerrisikos.

Als weitere Kategorie besteht die der sog. „arbeitnehmerähnlichen Personen“ (Heimarbeiter, z.T. Handelsvertreter, Mitarbeiter im Medienbereich...). Sie unterliegen je nach Berufsgruppe unterschiedlichen arbeitsrechtlichen, arbeitsrechtsähnlichen und sozialrechtlichen Schutznormen. Hierauf kann im Rahmen dieser Arbeit nicht näher eingegangen werden⁵⁹.

Die üblichen Selbständigen hingegen unterliegen dem „Selbständigenrecht“, das vor allem durch Vertrags- und Gewerbefreiheit sowie Selbstvorsorge geprägt ist.

B. Selbständige und 2. Bildungsweg

Die Anforderung an eine versicherungspflichtige Beschäftigung für den Zugang zum 2. Bildungsweg⁶⁰ führt zu dem Ausschluß der meisten selbständig beruflich Tätigen.

Zwischen Selbständigen und Abhängigen wird von der Rechtsprechung anhand von Kriterien in deren Statut (Kriterium der persönlichen Abhängigkeit, Freiheit...) unterschieden, nicht aber nach deren Tätigkeit. Durch die Arbeit als Selbständiger wird außerdem in gleichem Maße berufliche Erfahrung gesammelt wie in einer abhängigen Beschäftigung, auch wenn eine etwas andere. Eine Einrichtung des 2. Bildungsweges, die sich als Einrichtung für berufserfahrene Erwachsene versteht, wie dies der Fall bei Abendgymnasien und Kollegs⁶¹ ist, sollte deshalb nicht darauf abstellen, ob es sich um eine berufliche Erfahrung als Arbeitnehmer oder als Selbständiger handelt.

Die Unterscheidung zwischen einer versicherungspflichtigen und einer nicht versicherungspflichtigen Tätigkeit ist deshalb unbegründet.

Praktisch stellt sich das Problem, die Ausübung einer selbständigen Tätigkeit nachzuweisen. Hier könnte man einen Nachweis durch eidesstattliche Versicherung zulassen. Im Übrigen wird die Ausübung einer selbständigen Tätigkeit aber in der Regel durch die Vorlage von Dokumenten aus der Tätigkeit selber (Steuerbescheide, Versicherungsverträge, Aufträge z.B.) nachweisbar sein.

58) so auch Grünbuch der Kommission vom 24.7.1996, KOM(96) 389 endg.: „Leben und arbeiten in der Informationsgesellschaft: im Vordergrund der Mensch“, S. 11.

59) Eingehend zu diesen Problemen s. Wank, Arbeitnehmer und Selbständige, 1988

60) s. Einführung A. und Fn. 7

61) s. BASS 19-13 (Abendgymnasium) und 14 (Kolleg), jeweils § 1, Abs. 1

IV. Erweiterung des Begriffs der „Nichterwerbstätigkeit“?

A. Aktuelle Miterfassung Nichterwerbstätiger bei den Zugangsvoraussetzungen zum 2. Bildungsweg

Bisher werden bei der Zulassung zum 2. Bildungsweg nur in begrenztem Umfang Ausnahmen von dem Prinzip gemacht, nach dem eine Berufstätigkeit vorliegen muß.

Folgende Tätigkeiten zählen demnach ausnahmsweise auch als berufliche Tätigkeit:

- ▶ Führung eines Haushalts (erläutert unter 1.),
- ▶ entsprechende Dienstzeit bei der Bundeswehr oder dem Bundesgrenzschutz.

Außerdem werden auf die Dauer der Berufstätigkeit folgende Tätigkeiten angerechnet:

- ▶ abgeleisteter Wehrdienst oder Zivildienst,
- ▶ abgeleistetes freiwilliges Jahr (erläutert unter 2.),
- ▶ bis zur Dauer von einem Jahr nachgewiesene Arbeitslosigkeit (erläutert unter 3).

1. Die Führung eines Haushalts

Eine Haushaltsführung ist einer beruflichen Tätigkeit gleichzustellen, wenn im Haushalt nachweislich mindestens ein minderjähriges Kind oder ein pflegebedürftiger Angehöriger zu versorgen ist.

Kindererziehung wird als gesellschaftlich bedeutsam für die Aufrechterhaltung des demographischen Bestandes angesehen. So werden bestimmte Zeiträume der kindererziehenden Tätigkeit in der Rentenversicherung wie Zeiträume eines Beschäftigungsverhältnisses behandelt (§ 56 SGB VI). Auch das Sozialversicherungsrecht behandelt somit kindererziehende Personen wie Erwerbstätige⁶².

2. Das freiwillige soziale Jahr und ähnliche freiwillige Dienste

Die aktuellen Fassungen der APO-AG und des APO-Kollegs enthalten als Ausnahme nur das freiwillige soziale Jahr (a.), obwohl es andere, ähnliche freiwillige Dienste gibt, die, was den Zugang zum 2. Bildungsweg betrifft, gleichzustellen sind: das freiwillige ökologische Jahr (b.) und den europäischen Freiwilligendienst (c.).

a. Das freiwillige soziale Jahr

ist im Gesetz zur Förderung eines freiwilligen sozialen Jahres (FSJG) vom 17.8.1964 geregelt⁶³.

Das freiwillige soziale Jahr ist ein Angebot der außerschulischen Jugendbildung für junge Menschen zwischen 17 und 27 Jahren, die bereit sind, an der Bewältigung sozialer Probleme in der Gesellschaft mitzuwirken. Es wird ganzjährig als pflegerische, erzieherische und hauswirtschaftliche Hilfstätigkeit geleistet (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 FSJG) bis zur Dauer von 12 zusammenhängenden Monaten und für minde-

62) was die soziale Versicherung bei der Pflege eines Angehörigen trifft s. unten, B.1.b.

63) BGBI. 1964 I S. 640, zuletzt geändert durch Art. 18 Gesetz zur Reform der Arbeitsförderung (AFRG) v. 24.3.1997 (BGBI. I S. 594).

stens sechs Monate. Beschäftigte nach diesem Gesetz sind krankenversichert, wobei die Versicherungspflicht auch bei Vorliegen einer geringfügigen Beschäftigung gegeben ist (§ 27 Abs. 2 Satz 1 SGB III); der Arbeitgeber trägt den Beitrag alleine.

Beschäftigte Personen im Rahmen dieses Gesetzes haben Anspruch auf Qualifikationsmaßnahmen: im Gesetz wird die „pädagogische Begleitung von einer zentralen Stelle (...) mit dem Ziel, soziale Erfahrung zu vermitteln und das Verantwortungsbewußtsein für das Gemeinwohl zu stärken“ als Voraussetzung für die Förderung aufgestellt; diese pädagogische Begleitung umfaßt „die fachliche Anleitung der Helferinnen und Helfer durch die Einsatzstelle, die individuelle Betreuung durch pädagogische Kräfte der Zentralstelle des Trägers mit Unterstützung durch die Einsatzstelle sowie die Seminararbeit“ (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 FSJG).

Das freiwillige soziale Jahr wird in Einrichtungen der Wohlfahrtspflege einschließlich der Kinder- und Jugendhilfe oder in Einrichtungen der Gesundheitshilfe geleistet (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 FSJG).

Den Helfern und Helferinnen dürfen nur Unterkunft, Verpflegung, Arbeitskleidung und ein angemessenes Taschengeld gewährt sowie Aufwendungen für Beiträge zum Zweck der Höherversicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung ersetzt werden (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 FSJG). Sie bekommen also keinen Lohn, sondern lediglich Aufwandsentschädigungen.

Auf eine Tätigkeit im Rahmen eines freiwilligen sozialen Jahres finden die Arbeitsschutzbestimmungen und das Bundesurlaubsgesetz Anwendung (§ 15 FSJG).

Das freiwillige soziale Jahr kann auch im europäischen Ausland geleistet werden, wenn der Träger seinen Hauptsitz im Inland hat (§ 1 Abs. 2 FSJG).

b. Das freiwillige ökologische Jahr

Zu nennen ist weiterhin das Gesetz zur Förderung eines freiwilligen ökologischen Jahres (FÖJG) vom 17.12.1993⁶⁴, das die Möglichkeit bietet, Persönlichkeit sowie Umweltbewußtsein zu entwickeln und für Natur und Umwelt zu handeln (§ 1 FÖJG). Es enthält die gleichen Bestimmungen wie das eben besprochene Gesetz zur Förderung eines freiwilligen sozialen Jahres und sieht ebenfalls die Anwendung der Arbeitsschutzbestimmungen und des Bundesurlaubsgesetzes vor (§ 4 FÖJG). Insofern muß es wie ein freiwilliges soziales Jahr auf die Dauer der Berufstätigkeit bei der Aufnahme in eine Einrichtung des 2. Bildungswegs angerechnet werden.

c. Der „Europäische Freiwilligendienst“

Unabhängig vom freiwilligen Sozialdienst existiert seit dem 1.1.1998 für junge Leute zwischen 18 und 25 Jahren die Möglichkeit, für eine Zeit lang in ein anderes Land der EU zu gehen und in Krankenhäusern, Altenheimen, im Umweltschutz oder im Kultursektor zu arbeiten. Die Europäische Kommission übernimmt die Reisekosten und zahlt ein monatliches Taschengeld von knapp 400 DM⁶⁵. Dieses nennt sich „Europäischer Freiwilligendienst“. Dabei geht es darum, „jungen Europäern eine Bildungserfahrung zu vermitteln, die ihnen sowohl den Erwerb von Fähigkeiten und Fertigkeiten als auch die Ausübung einer verantwortungsbewußten Unionsbürgerschaft ermöglicht“⁶⁶.

64) BGBl. 1993 I S. 2118.

65) Information aus der Zeitung „Ruhr Nachrichten Dortmund“ v. 23.10.1997.

66) KOM(96) 610 endg., Vorschlag für einen Beschuß des europäischen Parlaments und des Rates zur Einführung des gemeinschaftlichen Aktionsprogramms „Europäischer Freiwilligendienst für Jugendliche“.

Ein solcher abgeleisteter europäischer Freiwilligendienst ist sicherlich wie das freiwillige soziale Jahr bei der Aufnahme in den 2. Bildungsweg auf die Dauer einer beruflichen Tätigkeit anzurechnen.

3. Die Anrechnung von einem Jahr Arbeitslosigkeit

Auf die Dauer der Berufstätigkeit wird für die Aufnahme in den 2. Bildungsweg bis zu einem Jahr Arbeitslosigkeit angerechnet. Dieses ist Ausdruck der Integrationsfunktion des 2. Bildungsweg, die schon in der Einführung kurz erörtert worden ist⁶⁷: Auch Menschen, die aus welchen Gründen auch immer keine Berufstätigkeit ausüben bzw. ausgeübt haben, d.h. oft Menschen, die in der heutigen Gesellschaft keinen richtigen Platz haben, sollen über den 2. Bildungsweg die Möglichkeit erhalten, sich fortzubilden und so eine Integrationschance zu bekommen.

Gerade diese Funktion des 2. Bildungswegs ist heute besonders wichtig, da immer mehr Menschen am Rande der Gesellschaft stehen und immer weniger Chancen haben, wieder einen Platz zu finden.

Deshalb ist zu fragen, ob diesen Menschen nicht ein breiterer Zugang zu solchen Einrichtungen durch eine Öffnung der Aufnahmeverbedingungen ermöglicht werden müßte. Wenn ein Jahr Arbeitslosigkeit angerechnet wird, so wäre es vom Regelungskonzept her nur konsequent, wenn auch anderen Menschen, die zwar nicht arbeitslos gemeldet waren, aber z.B. von anderen unterhalten wurden, von Sozialhilfe oder sog. „kleinen Jobs“ gelebt haben, eine Chance gegeben würde, ihrem Leben einen sinnvollen weiteren Verlauf zu geben, indem man ihnen den Erwerb fehlender Qualifikationen auf dem 2. Bildungsweg ermöglichte.

B. Erweiterung auf andere Formen der Nichterwerbstätigkeit

Es stellt sich die Frage, ob nicht auch andere Formen der Nichterwerbstätigkeit für die Zulassung zum 2. Bildungsweg anerkannt bzw. angerechnet werden sollten. Die Frage stellt sich in unserem Zusammenhang vor allem für ehrenamtlich Tätige sowie für Praktikanten.

1. Die ehrenamtliche Tätigkeit

Ehrenamtliche Tätigkeit wird im sozialen Bereich als eine „freiwillige, nicht auf Entgelt ausgerichtete Tätigkeit im sozialen Bereich (verstanden). Um ehrenamtliche, d.h. unentgeltliche Mitarbeit handelt es sich auch dann, wenn nur Aufwandsentschädigung oder Auslagenersatz gewährt wird“⁶⁸.

Zwei Drittel bis drei Viertel der ehrenamtlich Tätigen sind Frauen⁶⁹. Die durchschnittlich aufgewendete Arbeitszeit variiert zwischen 12 und 18 Stunden monatlich.

Nur ein geringer Teil der ehrenamtlichen Mitarbeiter wird im eigenen Berufsfeld tätig. Allgemein anerkannt ist, daß ehrenamtliche Tätigkeit Qualifizierungsmaßnahmen erfordert. Bildungsmaßnahmen, die seitens der Träger sozialer Dienste und Einrichtungen angeboten werden, sind nicht in das staatliche

67) s. unter I.

68) Igl, S. 8 m.w.N.

69) Igl, S. 11.

Bildungssystem integriert und vermitteln daher keine anerkannten Abschlüsse⁷⁰. Die fehlende gesellschaftliche Anerkennung der ehrenamtlichen Arbeit wird vielfach beklagt⁷¹.

Merkmale der ehrenamtlichen Tätigkeit sind in erster Linie regelmäßige Unentgeltlichkeit, die Tätigkeit auf einem nicht als vollwertig anerkannten Arbeitsmarkt und die teilweise fehlende soziale Sicherung, insbesondere in der Rentenversicherung.

Die Struktur des freiwilligen sozialen Engagements weist drei Grundformen auf⁷²:

- ▶ Selbstrelationelle Strukturen: Personen mit einem Interesse finden sich zusammen und bewältigen gemeinsame Probleme (Selbsthilfe);
- ▶ Zweiseitige Beziehungen: diese Form unterteilt sich in zwei Kategorien: die uneigennützige, einem Dritten direkt zugesetzte Tätigkeit („direkte soziale Arbeit“) und die Tätigkeit für eine Institution, die selbst in der Regel wiederum in einem gesellschaftlichen Feld tätig ist, in dem das unentgeltliche, aber gesellschaftlich anerkannte Wirken dominiert;
- ▶ Dreiseitige Beziehungen, wo eine Person im Rahmen einer Institution für Dritte tätig wird. Es ist der klassische Fall bei Tätigkeiten, die im Rahmen eines Trägers der freien Wohlfahrtspflege stattfinden.

Bei den zweiseitigen Beziehungen mit einer Institution und den dreiseitigen Beziehungen ist die Nähe zu einem herkömmlichen Arbeitsverhältnis bereits sehr stark ausgeprägt.

Jedoch besteht der wesentliche Unterschied, daß ehrenamtliche Tätigkeit grundsätzlich unentgeltlich ist. Wenn die Rechtsordnung den Einsatz von Arbeitskraft stets als Einsatz von Arbeitskraft zum Zweck der Einkommenserzielung versteht, sind in der Regel alle Rechtsnormen, die direkt oder indirekt mit dem Einsatz von Arbeitskraft zu tun haben, nicht auf den Einsatz von Arbeitskraft ohne den Zweck der Einkommenserzielung anwendbar⁷³.

a. Recht der Beschäftigung ehrenamtlicher Mitarbeiter

Das Arbeitsrecht ist für ehrenamtliche Mitarbeiter grundsätzlich nicht einschlägig. Liegt jedoch eine Honorierung der ehrenamtlichen Arbeit vor und sind die anderen Voraussetzungen für das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses gegeben (privatrechtlicher Vertrag, Verpflichtung zur Arbeit, persönliche Abhängigkeit und Weisungsabhängigkeit dem Arbeitgeber gegenüber), ist das Arbeitsrecht maßgeblich.

Keine Honorierung stellt aber die **Aufwandsentschädigung** dar, die eine der häufigsten Forderungen ehrenamtlich Tätiger darstellt, und die teilweise gezahlt wird. Liegt ein Geschäftsbesorgungsvertrag gem. § 662 BGB zwischen einem Träger und einem Helfer vor, so hat der Helfer einen Anspruch auf Aufwandsentschädigung (§ 670 BGB). Sonst können sich Institutionen durch Vertrag oder Statuten zu der Auszahlung von Aufwandsentschädigungen verpflichten. Bei der direkten sozialen Arbeit kann dies nur durch Vertrag geschehen.

Problematisch ist auch die Frage der **Haftung**; Haftungsprobleme können im Verhältnis zur Institution und deren Mitarbeiter, aber auch im Verhältnis zum Empfänger der Leistung oder bei eigenen Schäden

70) zitiert in Igl, S. 13.

71) s. u.a. VdK Zeitung 52 (4) April 1998.

72) s. Igl, S. 23 ff.

73) Igl, S. 26.

aufzutreten. Institutionen oder Träger verfügen oft über Haftpflichtversicherungen und anderweitigen Versicherungsschutz im Rahmen von Gruppenversicherungsverträgen. Problematischer ist es bei der direkten sozialen Hilfe oder in selbstrelationellen Beziehungen.

Die Ehrenamtlichen werden von der **Vertretung** der Mitarbeiter im Betrieb ausgeschlossen (§ 5 Abs. 2 BetrVG).

b. Soziale Sicherung ehrenamtlicher Mitarbeiter

Ehrenamtliche Tätigkeit ist laut Gesetz (§ 2 Abs. 2 SGB IV) keine versicherungspflichtige Tätigkeit. Es sind grundsätzlich nur abhängige Beschäftigungsverhältnisse erfaßt. Geringfügige Beschäftigungen sind aus der Kranken- und Rentenversicherung ausgeschlossen (s. oben unter II). Der wohl überwiegende Teil der ehrenamtlich Tätigen würde unter die Geringfügigkeitsgrenze fallen. Die Schaffung einer Versicherungspflicht für ehrenamtlich Tätige würde also voraussetzen, daß für sie die Geringfügigkeitsgrenze nicht gälte (wie es bereits der Fall ist für das freiwillige soziale Jahr, s. oben A. 1.)⁷⁴.

Eine Ausnahme stellt das **Pflegeversicherungsgesetz** dar. Dabei gilt als „Pflegeperson“, wer mindestens 14 Stunden in der Woche einen Pflegebedürftigen betreut. Dies können Familienangehörige, Freunde, Nachbarn oder auch ehrenamtliche Helfer sein. Die Tätigkeit muß unentgeltlich sein. Für solche Pflegepersonen zahlt die Pflegekasse Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung. Zusätzlich werden die Pflegepersonen während ihrer Tätigkeit in den Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung gestellt. Die Pflegekasse zahlt auch die Beiträge zur gesetzlichen Unfallversicherung.

Zu der **Krankenversicherung** haben sonstige ehrenamtlich Tätige auch über die freiwillige Versicherung keinen Zugang (§§ 5 und 9 SGB V). Es wird übereinstimmend angenommen, daß sie in der Regel anderweitig versichert seien.

Der Schutz der **Unfallversicherung** ist auf viele Personen ausgedehnt worden, die nicht in einem Arbeitsverhältnis stehen; einige dieser Ausweitungen betreffen ehrenamtlich Tätige, u.a. auch Personen, die in den Berufsverbänden der Landwirtschaft, im Gesundheitswesen und in der Wohlfahrtspflege usw. tätig sind (s. § 2 Abs. 5e, Abs. 9, Abs. 10, Abs. 12 SGB VII).

Was die **Rentenversicherung** betrifft, sind ehrenamtlich Tätige nicht versicherungspflichtig (§ 1 SGB VI: nur Arbeit gegen Entgelt oder zur Berufsausbildung). Jedoch haben sie, anders als in der Krankenversicherung, Zugang zur freiwilligen Versicherung (§ 7 SGB VI).

c. Qualifizierung ehrenamtlicher Mitarbeiter

Allgemein anerkannt, ist, daß Ehrenamtliche entweder ihre eigene Qualifikation mitbringen oder daß sie mit bestimmten Qualifikationen versehen werden müssen⁷⁵. Bei vielen Trägern sind Anleitungen, Schulung usw. vorgesehen. Ein Rechtsanspruch der ehrenamtlich Tätigen auf Qualifizierung besteht allerdings nicht. Ein Bedarf an mehr Regelung in der Qualifikation bei der ehrenamtlichen Arbeit wird unterzeichnet⁷⁶.

74) Dazu s. Igl, S. 51 ff.

75) Igl, S. 90.

76) So Igl, S. 96 und „Freiwilliges soziales Engagement und Weiterbildung: Umfang und Unterstützung ehrenamtlicher Mitarbeit und Selbsthilfe – Weiterbildungsangebote für ehrenamtlich Tätige“, Bundesminister für Bildung und Wissenschaft, Bonn 1986.

2. Praktika

Während eines Praktikums genießt der Praktikant den Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung des für den Ausbildungsbetrieb zuständigen Versicherungsträgers (Berufsgenossenschaft). Der Schutz schließt den Weg zu und von der Arbeitsstätte ein.

Der Praktikant unterliegt weiterhin der Krankenversicherungspflicht, d.h. er muß entweder als Familienangehöriger über einen Elternteil/Ehepartner oder selbst versichert sein. Der Praktikant ist außerdem in der Regel renten- und arbeitslosenversicherungspflichtig.

Praktika dienen dem Sammeln von Berufserfahrung wie der beruflichen Orientierung. Es besteht kein Grund, die Zeiten als Praktikant bei der Aufnahme in den 2. Bildungsweg nicht anzurechnen. Vorzulegen wäre allerdings eine Bescheinigung über das Praktikum, die jedoch in der Regel ausgestellt wird.

C. Ergebnis

„Berufliche Tätigkeit“ im Sinne der Aufnahmebedingungen zum 2. Bildungsweg darf nicht nur als eine Tätigkeit verstanden werden, die das Erzielen eines Einkommens zum Zweck hat bzw. hatte.

Einerseits müssen die Ausnahmen, die schon im Gesetzestext enthalten sind, weit ausgelegt werden: wenn man ein abgeleistetes freiwilliges soziales Jahr auf die drei Jahre Berufstätigkeit anrechnet, dann muß auch ein abgeleistetes ökologisches Jahr bzw. der Europäische Freiwilligendienst angerechnet werden. Und wenn ein Jahr Arbeitslosigkeit angerechnet wird, warum sollen dann nicht auch Zeiten, in denen der Bildungswillige z.B. von anderen unterhalten wurde, Sozialhilfe bezogen hat oder von gelegentlichen Jobs gelebt hat, anerkennungsfähig sein?

Eine berufliche Tätigkeit in diesem Sinne sollte ebenfalls auch bei einer Tätigkeit vorliegen, die das unentgeltliche Helfen anderer Menschen, wie dies meistens bei ehrenamtlichen Tätigkeiten der Fall ist, oder *a fortiori* das Sammeln beruflicher Erfahrungen bzw. Kenntnisse (Praktika) zum Zweck hat.

V. Zuweisung in unterstützte Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen

In Zeiten zunehmender Arbeitslosigkeit übt der Staat eine aktive Arbeitsmarktpolitik aus (§ 7 SGB III). Staatliche Beschäftigungspolitik ist überall in Europa eine Realität geworden. Diese Maßnahmen haben in der aktuellen Krisensituation ein erhebliches Ausmaß erreicht und stellen somit „einen neuartigen Aspekt krisenbestimmter Normalität von Erwerbsarbeit dar“⁷⁷.

Die beschäftigungspolitischen Leitlinien, die die EU-Staaten beim EU-Sondergipfel in Luxemburg am 21.11.1997 beschlossen haben, fordern von den Mitgliedstaaten, innerhalb von spätestens fünf Jahren allen Jugendlichen einen Neuanfang in Form eines Arbeitsplatzes, einer Ausbildung, einer Umschulung oder ähnlicher Maßnahmen zu ermöglichen, bevor sie 6 Monate arbeitslos sind.

Das Recht (Arbeits- und Sozialrecht) versucht, die existierenden Beschäftigungsformen zu normalisieren und spielt für die Integration der Betroffenen eine entscheidende Rolle.

Die aktive Arbeitsmarktpolitik wird durch Arbeitsförderungsmaßnahmen (§ 3 Abs. 3 SGB III) verwirklicht. Nach dem Prinzip der ortsnahen Leistungserbringung im neuen Recht der Arbeitsförderung im SGB III steht den Arbeitsämtern ein eigener Spielraum für arbeitsmarktpolitische Maßnahmen zu. Diese Maßnahmen sind die Förderung der beruflichen Bildung (hier nicht relevant), die Maßnahmen der Eingliederung (hier ebenfalls nicht relevant, da es sich lediglich um Zuschüsse handelt) und die Arbeitsbeschaffung.

Bei der Arbeitsbeschaffung kann die Bundesanstalt für Arbeit die „Schaffung von Arbeitsplätzen“ in Gestalt von „Lohnkostensubventionen“ an die Arbeitgeber fördern, falls die Arbeit im öffentlichen Interesse liegt, ohne Förderung nicht oder erst später getan würde und die Förderung arbeitspolitisch zweckmäßig ist (§ 260 SGB III). Arbeitslose werden dabei in der Regel für ein Jahr, bei Aussicht auf Übernahme in eine feste Anstellung ein zweites Jahr und ausnahmsweise bis zu 3 Jahren einer Maßnahme zugewiesen. Die Lohnzuschüsse betragen 30 bis 75 %, ausnahmsweise bis zu 90 % (§ 264 SGB III).

A. Rechtliche Natur der ABM

Die Ausstattung der durch ABM Beschäftigten mit Arbeitsverträgen statt mit einfachen sozialrechtlichen Aufgabenzuweisungen zeigt die „Ver-Arbeitsrechtlichung“⁷⁸, die die Bemühungen um eine Integration Langzeitarbeitsloser begleitet.

Das ABM-Arbeitsverhältnis besteht aus einer Mischung aus privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Komponenten. In der Regel handelt es sich um ein Vertragsverhältnis in einer Dreiecksbeziehung. Im Vordergrund steht das ABM-Arbeitsverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und dem ABM-Träger als

77) Döse/Höland/Schallhöfer/Roethe, S. 185.

78) so Döse/Höland/Schallhöfer/Roethe, S. 186.

regulär befristetes Arbeitsverhältnis, das dem Arbeitsrecht unterliegt. Im Hintergrund hat man die beiden rechtlichen Beziehungen zwischen der Bundesanstalt für Arbeit und dem Arbeitnehmer einerseits und dem Träger andererseits. Das sind sozialrechtliche Leistungsverhältnisse, die dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind. Durch deren Bestehen wird das privatrechtliche Arbeitsverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und dem Träger beeinflußt, so daß dieses aus einer Mischung von vertraglichen und statusähnlichen Elementen besteht (Handeln der Verwaltung durch die Zuweisung der ABM, Begrenzung der Dauer der Förderung...).

B. Folge für die Aufnahme in den 2. Bildungsweg

Der Status des ABM-Beschäftigten wird durch die Bemühung nach Normalisierung gekennzeichnet, die sich, was das Recht betrifft, in einer weitgehenden Anwendung des Arbeitsrechts zeigt. Man versucht, die ABM-Beschäftigten so weit wie möglich wie „normale“ Arbeitnehmer zu behandeln. Dies spricht gegen eine Sonderbehandlung eines ABM-Beschäftigten beim Zugang zum 2. Bildungsweg. Eine Diskriminierung solcher Arbeitnehmer durch die Verweigerung des Zugangs zum 2. Bildungsweg würde gegen den erklärten Willen des Gesetzgebers, Menschen in sozialen Notlagen wieder in die Erwerbsgesellschaft zu integrieren, sprechen. Eine Beschäftigung im Rahmen einer ABM-Maßnahme ist demnach bei der Aufnahme in eine Einrichtung des zweiten Bildungsweges jeder anderen beruflichen Tätigkeit gleichzustellen.

C. Die aktuelle Diskussion über die Einführung eines Kombi-Lohns

Der Kombi-Lohn wird als Mittel zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit angesehen. Niedrigere Entgelte sollen neue Beschäftigungsfelder erschließen. Zugleich sollen höhere Anrechnungsfreibeträge bei den Sozialleistungen diese Niedriglöhne erträglich machen. Der Bundesgesundheitsminister hat einen Verordnungsentwurf vorgelegt, wonach bei arbeitenden Sozialhilfeempfängern ein Sockelbetrag und darüber hinaus höchstens 10 % des Einkommens anrechnungsfrei bleiben; der Sockelbetrag soll 15 % des Eckregelsatzes des Haushaltsvorstands (ca. 80 DM) betragen und sich je Kind um 4 Prozentpunkte (ca. 20 DM) erhöhen. Bei Aufnahme einer Tätigkeit oberhalb der Sozialversicherungspflichtgrenze soll es einen zweiten Sockelbetrag von 15 % des Eckregelsatzes geben (weitere ca. 80 DM). Die BDA wertet diesen Vorschlag als einen ersten Schritt in die richtige Richtung, jedoch noch unzureichend: die Freibeträge müßten höher liegen⁷⁹.

Entsprechende Vorschläge für eine Kombination mit Arbeitslosengeld oder Arbeitslosenhilfe werden auch gemacht⁸⁰.

Es besteht kein Anlaß, beim Zugang zum 2. Bildungsweg Arbeitnehmer, die im Rahmen einer solchen Maßnahme gearbeitet haben bzw. arbeiten, anders zu behandeln als andere Arbeitnehmer.

79) s. Gunker, Köllmann, Küpper, Peren, Arbeit und Arbeitsrecht 4/1998, S. 117 ff.

80) s. Löwisch, Arbeit und Arbeitsrecht 4/1998, S. 119 f.

VI. Die Verfolgung des Zulassungsanspruches auf dem Rechtsweg

Es gibt grundsätzlich zwei Möglichkeiten, die Vereinbarkeit untergesetzlicher Rechtsnormen, wie z.B. der Normen des nordrhein-westfälischen Rechts, die den Zugang zu Einrichtungen des 2. Bildungswegs regeln, mit höherrangigem Recht⁸¹ gerichtlich überprüfen zu lassen.

Es kann der Individualanspruch auf Zulassung zu einer Einrichtung des 2. Bildungswegs vor Gericht geltend gemacht werden, das hierbei auch inzident die Rechtmäßigkeit derjenigen Rechtsvorschriften prüft, die die Zulassung regeln und die keine Parlamentsgesetze sind⁸² (A.).

Darüber hinaus besteht in einigen Bundesländern die Möglichkeit, die Rechtmäßigkeit untergesetzlicher Normen, die den Zugang zum 2. Bildungsweg regeln, unabhängig von einem konkreten Begehr auf Zulassung, im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle durch ein Gericht überprüfen zu lassen (B.).

A. Die Geltendmachung eines konkreten Zulassungsanspruches

Die ablehnende Entscheidung über einen Zulassungsantrag zum 2. Bildungsweg ist aufgrund der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG gerichtlich überprüfbar. Nachfolgend soll dargestellt werden, wo und wie der Anspruch auf Zulassung geltend gemacht werden kann.

1. Zuständiges Gericht

Bei der Bestimmung des für die Geltendmachung eines Zulassungsanspruches zu einer Einrichtung des 2. Bildungswegs zuständigen Gerichts ist zwischen dem richtigen Rechtsweg, der örtlichen, sachlichen und instanziellen Zuständigkeit zu unterscheiden.

a. Rechtsweg

Die Frage, welcher Rechtsweg für eine Rechtsstreitigkeit gegeben ist, ist u.a. in den §§ 13 GVG, 40 Abs. 1 VwGO, 2 ArbGG geregelt.

Gemäß § 13 GVG ist der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten⁸³ gegeben, wenn keine Sonderzuweisung in einem Bundesgesetz vorliegt und nicht die Zuständigkeit eines Verwaltungsgerichts gegeben ist.

81) Dieses können Parlamentsgesetze, Bundesrecht und das EG-Recht sein.

82) In NRW ist die Zulassung zu den Einrichtungen des 2. Bildungswegs in solchen untergesetzlichen Normen geregelt. Regelt jedoch ein Parlamentsgesetz den Zugang zum 2. Bildungsweg und kommt das entscheidende Gericht zu der Auffassung, dieses Gesetz verstieße gegen höherrangiges Recht, so hat es die Frage der Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht entweder gem. Art. 100 Abs. 1 GG dem Bundesverfassungsgericht (Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz oder von Landesrecht mit Bundesrecht fraglich) oder gem. Art. 177 EGV dem Europäischen Gerichtshof (Vereinbarkeit mit EG-Recht fraglich) vorzulegen.

83) d.h. zu den Gerichten der normalen Zivilgerichtsbarkeit (Amtsgericht, Landgericht, Oberlandesgericht, Bundesgerichtshof).

a.a. Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten

Eine Sonderzuweisung in einem Bundesgesetz stellt § 2 ArbGG dar. Fraglich ist jedoch, ob dieser hier Anwendung finden kann.

Gem. § 2 ArbGG sind die Arbeitsgerichte für Streitigkeiten zuständig zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern oder Arbeitgebern und Arbeitnehmern gleichgestellten Personen⁸⁴. Hinzu kommt, daß sich die Streitigkeit auf ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien oder ein dem Arbeitsverhältnis gleichgestelltes Verhältnis beziehen muß. Ein solches gleichgestelltes Verhältnis ist z.B. das Verhältnis zwischen Arbeitgeberverband einer Branche und der Gewerkschaft der gleichen Branche. Handelt es sich um Verbände verschiedener Branchen fehlt es an diesem Erfordernis.

In der vorliegenden Konstellation sind diese Erfordernisse nicht erfüllt, weil der den Zugang begehrende Bürger dies nicht in seiner Eigenschaft als Arbeitnehmer tut und auch kein Arbeitsverhältnis oder diesem gleichzustellendes Verhältnis zu der zum 2. Bildungsweg zulassenden Stelle besteht.

a.b. Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten

Hier kommt jedoch die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte gem. § 40 Abs. 1 VwGO in Betracht. Hierfür müßte es sich bei der vorliegenden Streitigkeit um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handeln. Eine solche liegt vor, wenn die streitentscheidende Norm dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist. Nach nordrhein-westfälischem Recht sind dies § 2 der Verordnung über den Bildungsgang und die Abiturprüfung am Abendgymnasium v. 23.03.1982⁸⁵ für das Abendgymnasium, § 2 der Verordnung über den Bildungsgang und die Abiturprüfung am Kolleg v. 23.3.1982⁸⁶ für das Kolleg. Der Zugang zur Abendrealsschule ist lediglich im Runderlaß d. Kultusministeriums v. 19.12.1972 zur Abendrealsschule⁸⁷ geregelt. Diese Normen sind streitentscheidend, weil sich aus diesen Normen der streitgegenständliche Anspruch auf Aufnahme zu der Einrichtung des 2. Bildungswegs ergibt.

Hierin liegen Normen des öffentlichen Rechts, da der Zugang des Bürgers zu staatlichen Bildungseinrichtungen hoheitlich, also im Über- / Unterordnungsverhältnis, geregelt wird. Es liegt mithin eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor. Es ist keine spezielle Zuweisung zu einem anderen Gericht erkenntlich, so daß hier der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten gegeben ist.

b. Örtliche Zuständigkeit

Nach § 52 Abs. 1 Nr. 3 Satz 5 i.V.m. Satz 1 VwGO ist für die zu erhebende Verpflichtungsklage auf Zulassung das Verwaltungsgericht örtlich zuständig, in dessen Bezirk die Zulassung bei begründetem Begehr zu erteilen wäre⁸⁸.

84) Solche gleichgestellten Personen sind z.B. einerseits Arbeitgeberverbände, die Insolvenzversicherung, Sozialeinrichtungen der Arbeitgeber und andererseits die Gewerkschaften, die Hinterbliebenen von Arbeitnehmern, Teilnehmer am freiwilligen sozialen / ökologischen Jahr.

85) APO-AG, zuletzt geändert durch VO vom 27.02.1997 (SGV. NW. 223 / BASS 19-13 Nr. 1).

86) APO-Kolleg, zuletzt geändert durch VO vom 27.02.1997 (SGV. NW. 223 / BASS 19-14 Nr. 1).

87) zuletzt geändert durch Runderlaß vom 7.3.1973 (GABI. NW. 1973, S. 378 / BASS 19-12 Nr. 1).

88) s. Kopp, VwGO, § 52 Rz. 12.

c. Sachliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit ist die Frage danach, welches Gericht für eine Streitigkeit einer solchen Art dem Inhalt nach zuständig ist. Die Verwaltungsgerichte entscheiden gem. § 45 VwGO über alle Streitigkeiten, für die der Verwaltungsrechtsweg offensteht, sofern nicht die sachliche Zuständigkeit des Oberverwaltungsgerichtes nach den §§ 47f. und des Bundesverwaltungsgerichtes nach § 50 VwGO vorliegt. Dieses ist für die Klage eines die Zulassung begehrenden Bürgers nicht der Fall, so daß die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes gegeben ist.

d. Instanzielle Zuständigkeit

In erster Instanz ist ausschließlich das Verwaltungsgericht zuständig. Die Berufung zum Oberverwaltungsgericht ist zulässig, wenn sie von diesem aus den Gründen des § 124 Abs. 2 VwGO zugelassen wird. Bei Zulassung durch das Oberverwaltungsgericht oder auf Nichtzulassungsbeschwerde durch das Bundesverwaltungsgericht ist eine Revision zum Bundesverwaltungsgericht gem. § 131 VwGO möglich. Die Revision kann sich aber nach § 137 VwGO nicht auf die Verletzung von Landesrecht, sondern nur auf die Verletzung von Bundes- oder Verfahrensrecht stützen.

2. Statthafte Klageart

Statthafte Klageart ist die Verpflichtungsklage nach § 42 Abs. 1 Satz 1 2.Hs. VwGO, da es sich bei der Zulassung zu der Einrichtung des zweiten Bildungsweges um einen Verwaltungsakt im Sinne des § 35 Abs. 1 VwVfG handelt und die Behörde mit der Klage zum Erlaß eines solchen Verwaltungsaktes gezwungen werden soll.

3. Klagebefugnis

Die Klagebefugnis des § 42 Abs. 2 VwGO ergibt sich aus der Ablehnung des gestellten Antrags auf Zulassung im Zusammenhang mit der möglichen Existenz eines subjektiven Rechtes auf Zulassung aus den Normen, die die Zulassung regeln.

4. Erfolgloses Vorverfahren

Nach § 68 VwGO ist die Verpflichtungsklage erst dann zulässig, wenn zuvor ein Vorverfahren erfolglos durchgeführt wurde. Der die Zulassung begehrende Bürger hat daher zunächst gegen den ablehnenden Bescheid innerhalb von einem Monat (§ 70 Abs. 1 VwGO), bei fehlender oder unrichtiger Rechtsbehelfsbelehrung innerhalb eines Jahres (§ 70 Abs. 2 i.V.m. § 58 VwGO) schriftlich Widerspruch bei der Behörde einzulegen, die den ablehnenden Bescheid erlassen hat.

5. Klagefrist

Die Klage ist innerhalb von einem Monat (§ 74 VwGO), bei fehlender oder unrichtiger Rechtsbehelfsbelehrung innerhalb eines Jahres (§ 58 VwGO) nach Bekanntgabe des Widerspruchsbescheides bei dem zuständigen Gerichte zu erheben.

B. Die Normenkontrollklage

Gegen untergesetzliche Normen, wie z.B. die Verordnungen, durch die der Zugang zu den Einrichtungen des zweiten Bildungsweges in Nordrhein-Westfalen geregelt ist, kann der Landesgesetzgeber gemäß § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO die abstrakte Normenkontrolle vor dem Oberverwaltungsgericht eröffnen. Hierdurch können die Normen auf Antrag von Personen, die durch die Norm möglicherweise in ihren Rechten verletzt sind oder sein werden, einer vom Einzelfall unabhängigen (abstrakten) Überprüfung zugeführt werden.

Der Landesgesetzgeber in Nordrhein-Westfalen hat jedoch von dieser Möglichkeit bislang keinen Gebrauch gemacht. Die Länder Baden-Württemberg, Bayern, Brandenburg, Bremen, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Saarland, Sachsen und Thüringen haben dieses jedoch uneingeschränkt, die Länder Rheinland-Pfalz und Sachsen-Anhalt eingeschränkt ermöglicht⁸⁹.

89) s. Pietzner / Ronellenfitsch, § 12 Rz. 8.

VII. Zusammenfassung der Ergebnisse und Fazit

An die Ausübung einer beruflichen Tätigkeit als Aufnahmeveraussetzung für den 2. Bildungsweg sind heute angesichts der gewandelten arbeitssoziologischen Gegebenheiten geringere Anforderungen zu stellen als dies bisher der Fall war.

Die Beobachtung der neueren Entwicklungen in der Rechtssetzung sowie in der Rechtsprechung betreffend der Teilzeitarbeit zeigt das aktuelle Bestreben, bestehende Schwellenwerte für die Begünstigung von Teilzeitkräften mit gesetzlichen oder tariflichen Vorteilen zu bestreiten bzw. abzubauen. Dieses Bestreben macht die bisherige Anforderung einer mehr als 50 % igen Berufstätigkeit bei der Aufnahme in eine Einrichtung des 2. Bildungsweg nicht mehr haltbar. Die Erfüllung des Kriteriums der Ausübung einer beruflichen Tätigkeit im Sinne der Aufnahmebedingungen zum 2. Bildungsweg sollte demnach nicht mehr von einer wöchentlichen Mindeststundenzahl abhängen.

Ebenfalls dürfte das Fehlen der Versicherungspflicht bei einer selbständigen Tätigkeit oder einer ehrenamtlichen Arbeit bzw. der Ausführung eines Praktikums nicht zu dem Ausschluß aus dem 2. Bildungsweg führen, da auch diese Tätigkeiten Berufserfahrung einbringen und hiermit einer Berufstätigkeit gleichzustellen sind.

Die im Gesetz schon enthaltenen Ausnahmen, die es erlauben, ein abgeleistetes freiwilliges soziales Jahr sowie ein Jahr Arbeitslosigkeit auf die verlangten drei Jahre Berufstätigkeit anzurechnen, sind unter Berücksichtigung des allgemeinen Gleichheitssatzes aus Art. 3 I GG dahingehend auszulegen, daß darunter auch gleichzusetzende Lebenssituationen wie freiwilliges ökologisches Jahr, Europäischer Freiwilligendienst / Bezug von Sozialhilfe o.ä. zu verstehen sind.

Auch eine Tätigkeit im Rahmen einer Arbeitsbeschaffungsmaßnahme der Bundesanstalt für Arbeit ist einer beruflichen Tätigkeit gleichzustellen.

Die Aufnahmeveraussetzungen für Einrichtungen des 2. Bildungswegs und insbesondere der Begriff der beruflichen Tätigkeit sind hiermit breiter zu verstehen als es bisher der Fall war. In Zeiten der zunehmenden sozialen Ausgrenzung von Menschen, die in ihrem Berufsleben keiner „geraden Linie“ gefolgt sind, ist die integrative Rolle des 2. Bildungswegs zu verstärken, indem ein breiterer Zugang zu dessen Einrichtungen geschaffen wird.

Literaturverzeichnis

Beduhn, Elke

Neues zur Gleichbehandlung von Teilzeitbeschäftigen, ArbuR 1996, S. 485

Bundesminister für Bildung und Wissenschaft

Freiwilliges soziales Engagement und Weiterbildung: Umfang und Unterstützung ehrenamtlicher

Mitarbeit und Selbsthilfe – Weiterbildungsangebote für ehrenamtlich Tätige, Bonn 1986

Buschmann, Rudolf; Dieball, Heike; Stevens-Bartol, Eckart

Teilzeitarbeit – Das Recht der Teilzeitarbeit; Kommentar für die Praxis, 1997

Döse, Annegret; Höland, Armin; Schallhöfer, Petra; Roethe, Thomas

Neue Formen und Bedingungen der Erwerbsarbeit in Europa, 1994

Eichenhofer, Eberhard

Sozialrecht, 3. Auflage 1998

Europäische Stiftung zur Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen

Teilzeitarbeit in der Europäischen Gemeinschaft: Gesetze und Vorschriften, Dublin 1991

Gunkel, Alexander; Köllmann, Jens; Küpper, Stefan; Peren, Klaus, Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände

Kombi-Einkommen erschließt neue Bereiche des Arbeitsmarktes, Arbeit und Arbeitsrecht 4/1998, S. 117

Hammer, Hans-Dieter; Leittretter, Siegfried

Für eine Reform des Hochschulzugangs für Berufserfahrene, Hrsg. Hans-Böckler-Stiftung, 1991

Henninger, Wolfgang (Hrsg.)

Das Praktikantenbuch – Ein Wegweiser für Studenten und Abiturienten, 1986

Igl, G.

Rechtsfragen des freiwilligen sozialen Engagements - Rahmenbedingungen und Handlungsbedarf; Schriftenreihe des BM für Familie und Senioren, Band 26, Bonn 1994

Jüttemann, Sigrid

Die gegenwärtige Bedeutung des zweiten Bildungswegs vor dem Hintergrund seiner Geschichte, 1991

Klein, Martina (Hrsg.)

Nicht immer, aber immer öfters: flexible Beschäftigung und ungeschützte Arbeitsverhältnisse

Kommission der Europäischen Gemeinschaften

Grünbuch vom 24.7.1996: „Leben und arbeiten in der Informationsgesellschaft: im Vordergrund der Mensch“,

KOM(96) 389 endg.

Kopp, Ferdinand O.

VwGO, 9. Auflage, München 1992

Kreimer-de Fries, Joachim

EU-Teilzeitvereinbarung – kein gutes Omen für die Zukunft der europäischen Verhandlungsebenen, ArbuR 8/1997, S. 314 ff.

Landesinstitut für Schule und Weiterbildung

Der Zweite Bildungsweg in Nordrhein-Westfalen, 1997

Löwisch, Manfred

Durchaus einen Versuch wert – Kombi-Lohn mit Arbeitslosengeld-/hilfe, Arbeit und Arbeitsrecht 4/1998, S. 119

Pietzner, Rainer und Ronellenfitsch, Michael

Das Assessorexamen im öffentlichen Recht, 9. Auflage, Düsseldorf 1996

Plander, Harro

Flucht aus dem Normalarbeitsverhältnis: An den Betriebs- und Personalräte vorbei?

Rechtsgutachten für die Hans-Böckler-Stiftung, 1990

Riester, Martin

Pflegebedürftig!? Was nun? Ein Ratgeber für Pflegebedürftige, Angehörige und Helfer, 1998

Schmidt, Marlene

Teilzeitarbeit in Europa, 1995

Supiot, Alain

Les notions de contrat de travail et de relation de travail en Europe, Rapport pour la Commission des Communautés Européennes, 1992

Wank, Rolf

Arbeitnehmer und Selbständige, 1988

Abkürzungsverzeichnis

ABI	Amtsblatt
ABM	Arbeitsbeschaffungsmaßnahme
Abs.	Absatz
AFRG	Gesetz zur Reform der Arbeitsförderung
AP	arbeitsrechtliche Praxis (Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts) APO-AG Verordnung über den Bildungsgang und die Abiturprüfung am Abendgymnasium
APO-Kolleg	Verordnung über den Bildungsgang und die Abiturprüfung am Kolleg (Institut zur Erlangung der Hochschulreife)
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbuR	Zeitschrift „Arbeit und Recht“
Art.	Artikel
BAG	Bundesarbeitsgericht
BASS	bereinigte amtliche Sammlung der Schulvorschriften des Landes Nordrhein-Westfalen
BAT	Bundesangestellten Tarifvertrag
BB	Betriebsberater (Zeitschrift)
BeschFG	Beschäftigungsförderungsgesetz
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
d.h.	das heißt
CEEP	Europäisches Zentrum für öffentliche Arbeitgeber
EGB	Europäischer Gewerkschaftsbund
EGV	Europäischer Gemeinschaftsvertrag
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Vertrag über die europäische Wirtschaftsgemeinschaft (heute EGV)
EzA	Entscheidungen zum Arbeitsrecht (Sammlung)
FÖJG	Gesetz zur Förderung eines freiwilligen ökologischen Jahres
GABI.NW.	Gemeinsames Amtsblatt des Kultusministeriums und des Ministeriums für Wissenschaft und Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen
GG	Grundgesetz
GS	großer Senat (des BAG)
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
IAO	Internationale Arbeitsorganisation
i.d.F.	in der Fassung
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
LFG	Lohnfortzahlungsgesetz
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
RVO	Reichsversicherungsordnung
Rz.	Randziffer
S.	Seite
s.	siehe
SG	Sozialgericht
SGB	Sozialgesetzbuch
SGV-NW	Sammlung des bereinigten Gesetz- und Verordnungsblattes für das Land Nordrhein-Westfalen
UNICE	Union der Industrie- und Arbeitgeberverbände in Europa
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VO	Verordnung
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil

Hans-Böckler-Stiftung

Die Hans-Böckler-Stiftung des Deutschen Gewerkschaftsbundes (DGB) wirbt für die Mitbestimmung als Gestaltungsprinzip einer demokratischen Gesellschaft. Sie tritt dafür ein, Mitbestimmungsrechte und -möglichkeiten zu erweitern.

Beratung und Schulung

Die Stiftung berät und qualifiziert Betriebs- und Personalräte und Arbeitnehmervertreter in Aufsichtsräten, Männer und Frauen, in wirtschaftlichen und rechtlichen Angelegenheiten, in Fragen des Personal- und Sozialwesens, der beruflichen Aus- und Weiterbildung, der Gestaltung neuer Techniken, des betrieblichen Arbeits- und Umweltschutzes.

Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut (WSI)

Das Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliche Institut in der Hans-Böckler-Stiftung forscht zu den Themen »Wirtschaftswandel und Beschäftigung im Globalisierungsprozeß«, »Soziale Polarisierungen, kollektive Sicherung und Individualisierung« und »Arbeitsbeziehungen und Tarifpolitik«. Das WSI-Tarifarchiv dokumentiert das Tarifgeschehen umfassend und wertet es aus.

Forschungsförderung

Die Abteilung Forschungsförderung der Stiftung vergibt Forschungsaufträge zu den Themen Strukturpolitik, Mitbestimmung, Arbeitsgesellschaft, Öffentlicher Sektor und Sozialstaat. Die Forschungsergebnisse werden in der Regel nicht nur publiziert, sondern auf Veranstaltungen zur Diskussion gestellt und zur Weiterqualifizierung von Mitbestimmungsakteuren genutzt.

Studienförderung

Ziel der Stiftung ist es, einen Beitrag zur Überwindung sozialer Ungleichheit im Bildungswesen zu leisten. Gewerkschaftlich oder gesellschaftspolitisch engagierte Studierende unterstützt sie mit Stipendien, mit eigenen Bildungsangeboten und der Vermittlung von Praktikantenstellen. Bevorzugt fördert die Stiftung Absolventinnen und Absolventen des zweiten Bildungsweges.

Öffentlichkeitsarbeit

Ihre Arbeitsergebnisse und Dienstleistungen veröffentlicht die Stiftung über Veranstaltungen, Publikationen, mit PR- und Pressearbeit. Sie gibt zwei Monatszeitschriften heraus: »Die Mitbestimmung« und die »WSI-Mitteilungen«, außerdem die Vierteljahresschrift »South East Europe Review for Labour and Social Affairs (SEER)«, das »Wirtschaftsbulletin Ostdeutschland« und »Network, EDV-Informationen für Betriebs- und Personalräte«.

Senden Sie mir bitte kostenfrei

- ▶ Informationen über die Hans-Böckler-Stiftung
- ▶ Ein Probeexemplar der Zeitschrift
- ▶ Ein Verzeichnis der lieferbaren Veröffentlichungen
- ▶ Informationen über die Studienförderung der Stiftung

Hans-Böckler-Stiftung
Abteilung Öffentlichkeitsarbeit
Bertha-von-Suttner-Platz 1
40227 Düsseldorf
Telefax: 0211 7778 - 225
www.boeckler.de

Mitbestimmungs- Forschungs-
und Studienförderungswerk
des DGB

**Hans Böckler
Stiftung** ■■■