

# DOKUMENTATION

## Demokratisierung von Gesellschaft und Arbeitswelt

Impulse für  
eine soziale Rechtspolitik



**RECHTSPOLITISCHER KONGRESS**  
25. UND 26. MÄRZ 2014 IN BERLIN

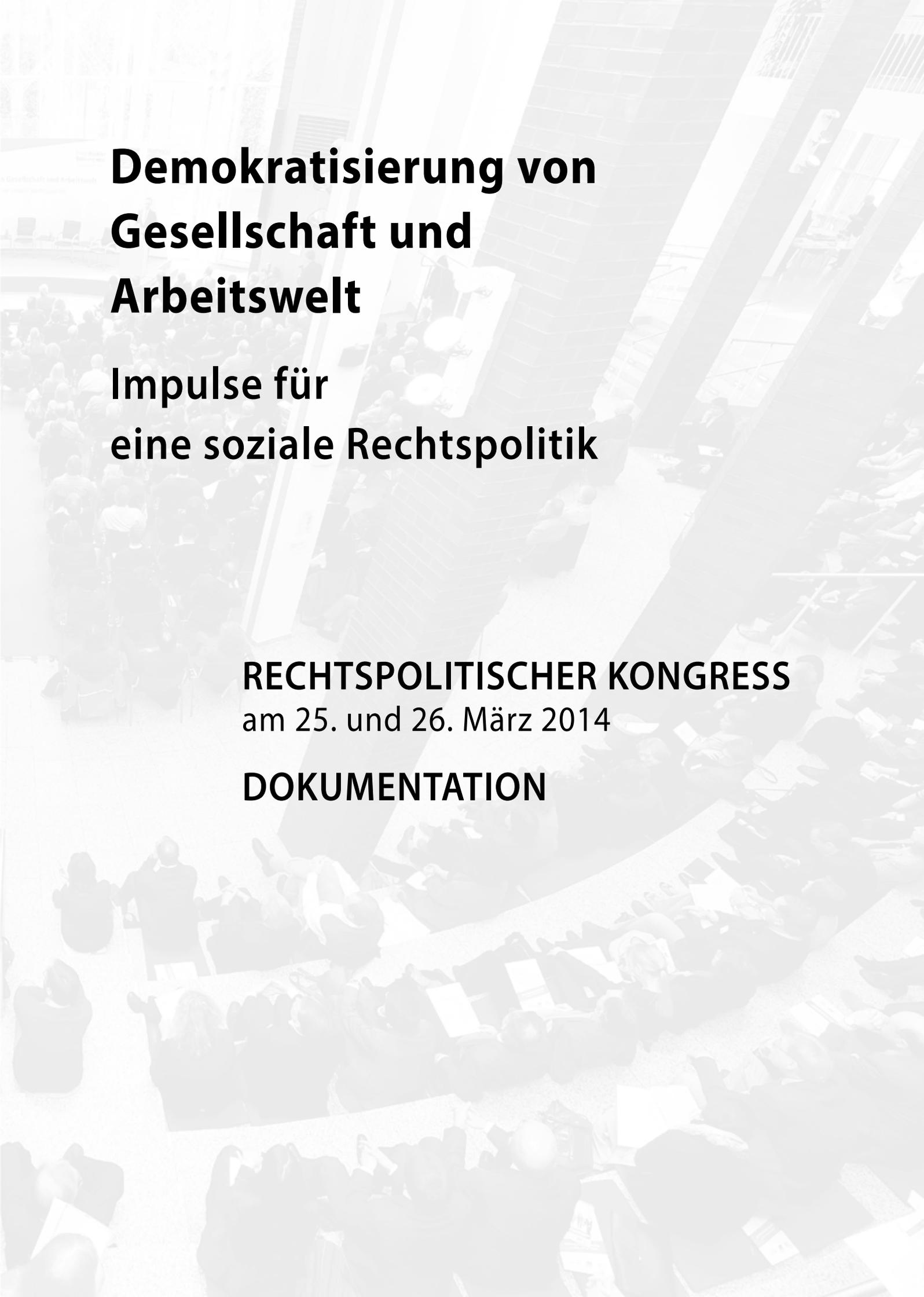
Hans **Böckler**  
**Stiftung** 

Fakten für eine faire Arbeitswelt.

**DGB**

**FRIEDRICH  
EBERT**   
**STIFTUNG**  
Forum Berlin





# **Demokratisierung von Gesellschaft und Arbeitswelt**

**Impulse für  
eine soziale Rechtspolitik**

**RECHTSPOLITISCHER KONGRESS**  
am 25. und 26. März 2014

**DOKUMENTATION**

# INHALT

<b>Editorial</b>	7
<b>Begrüßung</b> Dr. Roland Schmidt	9
<b>Grußwort</b> Heiko Maas	13
<b>Wo Europa neue Kraft braucht und woher sie kommen kann</b> Prof. Dr. Heribert Prantl	21
<b>Eingriffe in Tarifvertragssysteme in Europa</b> Prof. Dr. Bernd Waas Prof. Dr. José João Abrantes	31 39
<b>Rechtliche Rahmenbedingungen einer funktionsfähigen Tarifautonomie in Deutschland</b> Prof. Dr. Achim Seifert	43
<b>Arbeitszeitsoeveränität im Erwerbsverlauf</b> Dr. Bertram Zwanziger	57
<b>Arbeitskampf und Versammlungsrecht als konkurrierende und konfligierende Grundrechte?</b> RA Dr. Jürgen Kühling	69
<b>Rechtswirklichkeit – Leitschnur für eine neue Politik?</b> Michael Guggemos	79
<b>Sozialleistungen in Europa – Chance oder Abschottung nationaler Sicherungssysteme?</b> Prof. Dr. Eberhard Eichenhofer	83



<b>Flexibel in die Rente – Vermeidung von Armut im Alter und bei Erwerbsminderung</b>	<b>97</b>
Prof. Dr. Felix Welti	
<b>Arbeitgeberseitige Pflichten zur Offenlegung von Beschäftigungsbedingungen – Verfassungsrechtliche Grenzen</b>	<b>107</b>
Prof. Dr. Alexander Roßnagel	
<b>Bessere Rechtsdurchsetzung durch Verbandsklagerechte und Hemmung von Ausschlussfristen?</b>	<b>117</b>
Prof. Dr. Armin Höland	
<b>Digitalisierung und Datenschutz in der Lebenswelt</b>	<b>133</b>
RAin Prof. Dr. Herta Däubler-Gmelin	
<b>Digitalisierung der Arbeitswelt</b>	<b>143</b>
Prof. Dr. Peter Wedde	
<b>Beamte, Kirchen und Daseinsvorsorge – arbeitskampffreie Zonen?</b>	<b>153</b>
Prof. Dr. Jens Schubert	
<b>Neue Ordnung der Arbeit in Deutschland und Europa – Notwendigkeit und Ausgestaltung</b>	<b>169</b>
Michael Sommer	
<b>Rechtspolitischer Ausblick</b>	<b>177</b>
Reiner Hoffmann	
<b>Programm des Rechtspolitischen Kongresses 2014</b>	<b>184</b>
<b>Fotos und Impressionen</b>	<b>186</b>





## EDITORIAL

Sehr geehrte Damen und Herren,  
Liebe Kolleginnen und Kollegen,

der Rechtspolitische Kongress der Friedrich-Ebert-Stiftung, des Deutschen Gewerkschaftsbunds und der Hans-Böckler-Stiftung am 25. und 26. März 2014 in Berlin trug den Titel „Demokratisierung von Gesellschaft und Arbeitswelt – Impulse für eine soziale Rechtspolitik“.

Rund achthundert Teilnehmerinnen und Teilnehmer befassten sich mit elementaren Fragen zur Zukunft Europas, zur Realisierung von Grundrechten und zu den notwendigen Weichenstellungen für gute Lebens- und Arbeitsbedingungen.

Die perfekte Demokratie gibt es nicht. Wir müssen immer wieder an ihr arbeiten und sie weiterentwickeln. Zur Demokratie gehören neben der politischen Teilhabe in Wahlen, Parteien und Parlament die sozialen Teilhabemöglichkeiten aller Menschen. Soziale Grundrechte, Koalitionsfreiheit, Tarifautonomie und Streikrecht sind hier unverzichtbar, ebenso wie Mitbestimmungs- und Versammlungsrechte.

In einer lebendigen demokratischen Gesellschaft sind Offenheit und Debattenkultur Vorausset-

zungen, um aktuelle Entwicklungen zu erkennen und zu benennen, sie in demokratischer Art und Weise zu diskutieren und zu Lösungen zu gelangen. Dies entsprechend den verfassungsrechtlich verbrieften Rechten zu gestalten, Verwerfungen und Rechtsverluste aufzuzeigen und sozialen Ausgleich möglich werden zu lassen, war eines der Ziele des Kongresses.

Die gemeinsame Wahrnehmung von Interessen kann und muss gesellschaftliche Veränderungen beachten. Diese Veränderungen und ihr notwendiger Regelungsbedarf wurden auf dem Kongress in verschiedenen Fragestellungen diskutiert: von neuen Kommunikationsmitteln, ihren Chancen und Risiken bis zu Lebenslaufperspektiven, Übergängen in die Rente und last but not least: Wie lassen sich moderne Formen der Mitbestimmung und eine bessere Rechtsdurchsetzung finden?

### **Demokratie in Deutschland und Europa**

Auch Europa muss demokratischer werden, das steht im Ergebnis der Beratungen beim Rechtspolitischen Kongress außer Zweifel. Wege und Ansätze dazu wurden intensiv diskutiert.

Die Grundrechte der Bürgerinnen und Bürger müssen verbessert, aber vor allem besser beachtet werden. Der grundsätzliche Vorrang der sozialen Grundrechte gegenüber den wirtschaftlichen Freiheiten muss das Prinzip sein. Eine Politik sozialer Mindeststandards kann Europa ein soziales Gesicht geben – ohne dies wird es nicht gehen. Die sozialen Verwerfungen infolge der Austeritätspolitik, insbesondere am Beispiel der Tarifautonomie, standen hier in der Kritik.

Das Verhältnis von nationaler Souveränität und europäischer Kompetenz muss neu justiert werden, denn es ist in eine Schiefelage geraten. Deshalb muss es eine offensive Debatte darüber geben, wie Europa reformiert werden kann. Wir müssen uns darüber unterhalten, welche Aufgaben europäisch sind und was besser den Mitgliedsstaaten überlassen bleibt. Eine solche Diskussion ist auf dem Kongress geführt worden.

### Demokratisierung der Arbeitswelt

Zu einer demokratischen Gesellschaft gehört ganz maßgeblich die ständige Demokratisierung der Arbeitswelt.

Die Arbeitswelt fußt auf der Privatautonomie der Arbeitsvertragsparteien, die inhaltlich weitge-

hend von einer Vertragsseite bestimmt wird – der Kapitalseite. Deshalb brauchen die abhängig Beschäftigten einen besonderen Schutz. Ihre Freiheits- und Gleichheitsrechte müssen geschützt und durchgesetzt werden. Und ein elementares Recht der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ist die Koalitionsfreiheit, das Recht, sich zusammenzuschließen und gemeinsam seine Interessen wahrzunehmen, wo der oder die Einzelne alleine nicht weiterkommt. Das gilt zum Beispiel für die wirtschaftliche Teilhabe, die Durchsetzung von sozialen und persönlichen Rechten und den Schutz vor Ungleichbehandlung und Willkür.

Zahlreiche auf dem Rechtspolitischen Kongress gehaltene Beiträge werden in diesem Tagungsband veröffentlicht; weitere sind in juristischen Fachzeitschriften zu finden. Wir möchten mit dieser Dokumentation die auf dem Kongress gegebenen Impulse für eine soziale Rechtspolitik allen Interessierten, Juristinnen und Juristen, Gewerkschafterinnen und Gewerkschaftern zugänglich machen und Anregungen für die weitere Diskussion zur Demokratisierung von Gesellschaft und Arbeitswelt geben.

Wir danken den zahlreichen Referentinnen und Referenten für ihre Beiträge und Unterstützung sowie unserem Kooperationspartner, dem Hugo Sinzheimer Institut, für die gute Zusammenarbeit.



**Dr. Roland Schmidt**

Geschäftsführendes Vorstandsmitglied  
der Friedrich-Ebert-Stiftung



**Michael Sommer**

Vorsitzender des Deutschen  
Gewerkschaftsbundes



**Michael Guggemos**

Geschäftsführer der  
Hans-Böckler-Stiftung

## BEGRÜSSUNG<sup>1</sup>

### Dr. Roland Schmidt

Geschäftsführendes Vorstandsmitglied  
der Friedrich-Ebert-Stiftung



Sehr geehrter Herr Bundesminister, lieber Heiko Maas,  
lieber Michael Sommer,  
lieber Michael Guggemos,  
meine sehr verehrten Damen und Herren,

ich darf Sie alle sehr herzlich hier in der FES begrüßen. Ich freue mich, heute den Rechtspolitischen Kongress zu eröffnen, den drei Institutionen gemeinsam durchführen: der Deutsche Gewerkschaftsbund, die Hans-Böckler-Stiftung und die Friedrich-Ebert-Stiftung.

In diesen Gruß schließe ich auch unsere Gäste ein, die uns per Videoübertragung in unserem Haus 2 zugeschaltet sind und diejenigen, die diesen Kongress im Internet mitverfolgen.

Wir freuen uns über das außerordentlich große Interesse – über 800 Gäste und Teilnehmer haben sich angemeldet, um über die „Demokratisierung von Gesellschaft und Arbeitswelt – (und) Impulse für eine soziale Rechtspolitik“ zu diskutieren.

Mit dem heutigen Kongress setzen wir eine Tradition fort, die bereits 1965 begann, als der erste Rechtspolitische Kongress der Sozialen Demokratie in Heidelberg unter dem Thema „Der Bürger und das Recht“ eröffnet wurde.

Ich sage bewusst: Rechtspolitischer Kongress der Sozialen Demokratie – denn dieser Begriff umfasst die beiden zentralen Pfeiler der deutschen Arbeiterbewegung: Die Gewerkschaften und die Sozialdemokratie. Und deshalb ist es richtig und gut, dass wir auch diesen Kongress gemeinsam mit den Gewerkschaften ausrichten.

Und wenn es eine Persönlichkeit gibt, die die jahrzehntelange – ich darf sagen phantastische – Zusammenarbeit zwischen den Gewerkschaften und der FES im Inland und in der internationalen Arbeit geradezu persönlich verkörpert, dann ist dies Michael Sommer.

Er ist in Personalunion Vorsitzender des Deutschen Gewerkschaftsbundes, Vorstandsvorsitzender der Hans-Böckler-Stiftung und stellvertretender Vorsitzender der Friedrich-Ebert-Stiftung – und von

<sup>1</sup> Es gilt das gesprochene Wort!



ihm ging auch die Initiative zu diesem Kongress aus.

Für all das, lieber Michael, möchte ich Dir ausdrücklich danken und Dich noch einmal sehr herzlich begrüßen!

Die Soziale Demokratie ließ sich stets von der Idee eines starken Rechts leiten, dessen Aufgabe auch und gerade darin besteht, die Schwachen zu schützen.

Gleichzeitig haben wir die sozialen Grundrechte schon immer als Grundlage und Voraussetzung demokratischen Handelns betrachtet. Deshalb gehören für uns Demokratie und soziale Gerechtigkeit untrennbar zusammen.

Genau dies hat Willy Brandt beim Rechtspolitischen Kongress in Saarbrücken im Jahre 1980 zum Ausdruck gebracht, als er von der notwendigen

„Verschmelzung des Demokratischen mit dem Sozialen“ gesprochen hat.

Meines Wissens hat sich ein Rechtspolitischer Kongress noch nie so intensiv mit der Verklammerung von Demokratie, Gesellschaft und Arbeitswelt als Schwerpunkt befasst. Ich wünsche mir, dass von diesem Kongress rechtspolitische Impulse ausgehen werden, wie das auch bei den vergangenen Kongressen der Fall war.

Adolf Arndt, der große sozialdemokratische Rechtspolitiker, hat diesen Anspruch bereits auf dem Heidelberger Kongress formuliert, indem er sich mit einem Appell an die Juristen wandte und sie aufforderte :

*„für die Wirklichkeit offen zu sein und auf die Fragen des Lebens rechtsschöpferische Antworten zu geben, um die Welt zu verändern.“*

Ich glaube, die Schwerpunkte dieses Kongresses deuten in die Richtung, wo heute die dringendsten gesellschaftlichen Probleme zu verorten sind, und für die es gilt, rechtsschöpferisch Antworten zu finden.

In der jüngsten empirischen Studie der Friedrich-Ebert-Stiftung zu „Politische Partizipation und Einstellungen gegenüber Europa“, die wir im Vorfeld der Europawahl durchführten, zeigt sich ein enger Zusammenhang zwischen sozialen Problemen und Demokratieverdrossenheit:

Vor allem diejenigen, die als drängendste Probleme sichere Arbeitsplätze und Altersversorgung, soziale Gerechtigkeit sowie gerechte und angemessene Löhne nennen, scheinen äußerst zögerlich, was die Teilnahme an den kommenden Europawahlen anbelangt.

Dieser Befund muss uns beunruhigen, denn er verweist deutlich auf nicht eingelöste Erwartungen an die soziale Seite heutiger Politik. Wenn wir also die Beteiligung der Bürgerinnen und Bürger an der Demokratie wollen, müssen wir über Arbeit und Sozialpolitik sprechen und hier auch Lösungen anbieten.

Und das wollen wir heute und morgen tun.

Meine Damen und Herren,  
zu den wichtigen Traditionen der Rechtspolitischen Kongresse zählen die Reden sozialdemokratischer Bundesjustizminister, die zu diesen Anlässen immer auch grundlegende rechtspolitische Überlegungen aus Sicht der Sozialen Demokratie entwickelt haben. Das gilt für alle: Gustav Heinemann, Gerhard Jahn, Horst Ehmke, Hans-Jochen Vogel, Herta Däubler-Gmelin.

Deshalb freue ich mich, den Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz herzlich begrüßen zu dürfen. Sehr geehrter Herr Bundesminister,

lieber Heiko Maas, seien Sie, sei Du uns ganz herzlich willkommen!

Ebenso herzlich möchte ich Prof. Dr. Heribert Prantl, Mitglied der Chefredaktion der SZ, begrüßen, dessen Kommentare und Leitartikel für viele von uns zur regelmäßigen, anregenden Lektüre zählen.

Er wird nachher zu uns sprechen und sich der Frage widmen, wo Europa neue Kraft braucht und woher sie (denn) kommen kann.

Auch Ihnen ein ganz herzliches Willkommen!

Für die erste Podiumsdiskussion, die sich um das Aufzeigen eben jener Konturen eines sozialen Europa bemühen wird, darf ich die Podiumsgäste – auch stellvertretend für alle Mitwirkenden an unserem Kongress – herzlich begrüßen.

Wir haben uns an diesen beiden Tagen mit insgesamt 8 parallel tagenden Foren viel vorgenommen. Ich wünsche den Beratungen viel Erfolg und möglichst große Wirkung.

Vielen Dank.



## ERÖFFNUNGSREDE<sup>1</sup>

### Heiko Maas

Bundesminister der Justiz und für  
Verbraucherschutz



Lieber Roland Schmidt,  
lieber Michael Sommer,  
lieber Michael Guggemos,  
sehr geehrter Herr Professor Prantl,  
liebe Kolleginnen und Kollegen,  
meine sehr geehrten Damen und Herren!

Rechtspolitische Kongresse haben in der Familie der Sozialdemokratie eine große Tradition – Roland Schmidt hat gerade darauf hingewiesen. Als 1965 der erste Kongress stattfand, hatte die Rechtspolitik den Anspruch, mehr zu sein als bloß Justizpolitik. „Recht und Gesellschaft – so sagte Gustav Heinemann damals – stehen miteinander in Wechselwirkung. Das Recht ist eine Funktion des Soziallebens, das Recht ist aber auch ein Instrument, den Ablauf des Soziallebens zu beeinflussen.“

Mit Reformen an Recht und Gesetz sollten in den 60er und 70er Jahren die Lebensbedingungen der Menschen anders und besser werden – und das wurden sie auch: Ein liberaleres Strafrecht, ein faires Scheidungsrecht, eine moderne Betriebsverfassung, das erste Datenschutzgesetz, die Reform

<sup>1</sup> Es gilt das gesprochene Wort!

des § 218 – mit alledem hat eine fortschrittliche Rechtspolitik aus Untertanen Bürger, aus Arbeitern Sozialpartner, aus Käufern Verbraucher und aus Frauen gleichberechtigte Bürgerinnen gemacht.

All dies waren wichtige Erfolge einer Rechtspolitik, die sich immer auch als Gesellschaftspolitik verstand, und vieles davon wurde im Bündnis von Sozialdemokratie und Gewerkschaften durchgesetzt.

Allerdings schreiben wir heute das Jahr 2014.

Einen rechtspolitischen Kongress wie diesen hier hat es schon lange nicht mehr gegeben – nicht von meiner Partei und auch nicht von der Ebert-Stiftung. Der Stellenwert der Rechtspolitik hat sich offenbar verändert.

Gerade in den letzten Jahren fiel die Rechtspolitik der Bundesregierung weniger durch Gestaltungswillen, sondern mehr durch Blockade auf. Weil sie das größte Risiko für die Freiheit im Staat sah, hat sie sich immer wieder in Streitigkeiten mit der Innenpolitik verkämpft. Dabei kam völlig zu kurz, dass Freiheit sich nicht in der Abwehr von staat-

licher Bevormundung erschöpft. Der Staat muss auch positiv etwas dafür tun, um Berufsfreiheit und Gleichberechtigung zu verwirklichen.

Außerdem muss die Rechtspolitik auf der Höhe der Zeit bleiben. Globalisierung und digitale Revolution haben unsere Welt verändert. Die Finanzmärkte und Big Data sind noch immer ungezähmte Mächte, von denen erhebliche Risiken für die soziale Gerechtigkeit und die Freiheit des Einzelnen ausgehen. Im 21. Jahrhundert trägt der Leviathan eben nicht nur Uniform, sondern er trägt auch Nadelstreifen und den Stil des Silicon Valley.

In der Forschungsabteilung der Deutschen Bank arbeiten vermutlich keine staatsgläubigen Regulierungsfanatiker. Trotzdem haben gerade deren Experten in einer aktuellen Studie neue Regeln für die digitale Welt angemahnt<sup>2</sup>. Die Forscher fordern zeitgemäße Gesetze und Vorschriften für den Datenschutz, weil sie die Risiken für die Freiheit fürchten, weil sie den Vertrauensverlust der Menschen gegenüber der modernen IT spüren und weil sie genau wissen, welche verheerenden Folgen dies für die digitalen Märkte haben kann.

Dieser Ruf nach Regeln ist der Ruf nach einer modernen Rechtspolitik. Nach einer Politik, die nicht nur das Falsche verhindert, sondern auch das Richtige tut. Nach einer Politik, die sich nicht im Klein-Klein der Justizverwaltung verzettelt, sondern die wieder den Anspruch hat, das Leben der Menschen zu gestalten.

Ich habe den Ehrgeiz, diese Rechtspolitik zu machen. Ich möchte ihr den hohen Stellenwert zurückgeben, den sie in Deutschland einmal hatte. Und deshalb freue ich mich sehr, dass die Ebert-Stiftung zusammen mit den Gewerkschaften die gute Tradition der Rechtspolitischen Kongress wieder aufgenommen und heute nach Berlin eingeladen hat.

<sup>2</sup> Deutsche Bank Research: „Big Data – Die ungezähmte Macht“, 4. März 2014.

Meine Damen und Herren, die ersten 100 Tage meiner Amtszeit sind am Donnerstag vorüber und ich meine, die erste Zwischenbilanz zeigt, dass es uns an Tatkraft und Gestaltungswillen nicht fehlt:

- Mein Gesetzentwurf für eine Mietpreisbremse und das Bestellerprinzip bei den Maklerkosten liegt auf dem Tisch. Wir wollen verhindern, dass Wohnen ein Luxusgut wird und dass es in bestimmten Lagen zur Verdrängung der angestammten Mieterinnen und Mieter kommt. Das ist ein Gebot der Gerechtigkeit und des sozialen Rechtsstaates.

Außerdem sorgen wir dafür, dass die Gesetze der Marktwirtschaft nicht nur dann gelten, wenn dies zu Lasten der Verbraucher geht. Wer eine Leistung bestellt, muss sie auch bezahlen. Das gilt überall und das soll in Zukunft auch dann gelten, wenn jemand einen Makler beauftragt.

- Ebenfalls auf dem Tisch liegt der Gesetzentwurf für die Frauenquote in Aufsichtsräten. Mit dem formalen Bekenntnis, dass Männer und Frauen gleichberechtigt sind, ist es nicht getan. Gerade in der Wirtschaft sind Frauen in Führungspositionen noch immer drastisch unterrepräsentiert. Wer das ändern will, der darf nicht länger auf warme Worte und lose Versprechen setzen!

Wir müssen das Recht als Steuerungsinstrument einsetzen und das tun wir jetzt auch: Ab 2016 wird es für alle börsennotierten und voll mitbestimmte Unternehmen eine 30-Prozent-Quote für die Aufsichtsräte geben. Klare Regeln wird es auch für die Unternehmen geben, die nur eins von beiden sind – also börsennotiert oder mitbestimmt: Ab 2015 haben sie die Pflicht, sich eine klare Zielgröße zu setzen, wie viele Frauen künftig in Vorstand, Aufsichtsrat und Management arbeiten sollen.

Wenn es um die Gleichberechtigung von Männern und Frauen geht, dann stehen die Gewerkschaften seit jeher an der Spitze der Bewegung. Ein Großteil der Frauen, die schon heute den Aufsichtsräten der Unternehmen angehören, sitzt auf der Arbeitnehmerbank. Die Gewerkschaften können mit berechtigtem Stolz für sich in Anspruch nehmen, Motor der Entwicklung zu sein, und deshalb habe ich die herzliche Bitte, dass jetzt niemand aus den Reihen der Gewerkschaften auf die Bremse tritt, wenn wir die Teilhabe von Frauen durch eine gesetzliche Quote festschreiben wollen.

- Als eine der ersten Maßnahmen haben wir auch die Abgeordnetenbestechung geregelt. Das ist ein Projekt, an dem jahrelang ergebnislos herumgedoktert wurde. Deutschland war am Ende eines der letzten Länder der Welt, das die internationalen Vorgaben zur Korruptionsbekämpfung noch nicht umgesetzt hat. Das wird jetzt anders und damit machen wir deutlich, dass es auch für politische Amtsträger keine Privilegien gibt, wenn es um Korruption geht.
- Zur 100 Tage-Bilanz gehört auch, dass wir bei der Gleichstellung der homosexuellen Lebenspartnerschaften wichtige Fortschritte gemacht haben. Am Donnerstag habe ich den Gesetzentwurf zur Sukzessiv-Adoption in den Bundestag eingebracht. Damit stellen wir sicher, dass auch schwule und lesbische Paare ein Kind adoptieren und einem Kind eine gute Familie geben können.
- Der letzte Punkt dieser kleinen Bilanz ist mir besonders wichtig. Es geht um die Konsequenzen aus der Mordserie des NSU. Ich meine, diese Verbrechen müssen uns mit einer doppelten Scham erfüllen. Scham darüber, dass Menschen wegen ihres Glaubens und ihrer Herkunft planvoll ermordet wurden, und Scham deshalb, weil unsere Behörden fast 14 Jahre nicht in der Lage waren, diese Taten zu erkennen, aufzuklären und zu verhindern.

Dieses Ermittlungsdesaster war auch möglich, weil Zuständigkeiten unklar waren, weil Experten außen vor blieben und weil niemand die Ermittlungen zentral geleitet hat. Um all dies zu ändern, werden wir den Generalbundesanwalt stärken und dafür sorgen, dass er künftig früher eingeschaltet wird. Auch hierzu liegt mein Gesetzentwurf jetzt im Bundestag, denn ich meine, wir müssen alles dafür tun, damit in Deutschland alle Menschen sicher leben können, egal welche Hautfarbe sie haben, egal woher sie stammen oder egal woran sie glauben.

Meine Damen und Herren, Mietpreisbremse und Sukzessiv-Adoption, Abgeordnetenbestechung, Frauenquote und NSU-Konsequenzen – all diese Projekte zeigen die neue Entschlossenheit unserer Rechtspolitik.

Die Leitlinien meiner Politik sind dabei ganz klar:

Wir brauchen ein modernes Recht für eine moderne Gesellschaft. Ein Recht, das der Vielfalt der Lebensentwürfe ebenso gerecht wird wie dem rasanten Wandel unseres Lebens, etwa durch die Digitalisierung.

Wir brauchen ein Recht, das aus Verbrauchern souveräne Wirtschaftsbürger macht. Nötig ist ein Recht, das niemanden bevormundet, das aber dort Schutz und Vorsorge schafft, wo der einzelne allein überfordert wäre.

Wir brauchen auch ein Recht der Freiheit. Ein Recht, das Bürgerrechte schützt und die Selbstbestimmung der Menschen stärkt, und zwar ganz gleich, ob die Gefahren von big business oder big government ausgehen.

Und schließlich brauchen wir ein Recht, das für Fairness in unserer Gesellschaft sorgt. Ein Recht, das für Gleichheit und Gerechtigkeit sorgt.



Meine Damen und Herren,  
Fairness, das bedeutet zum Beispiel, dass in einer Gesellschaft die Lasten von allen Bürgerinnen und Bürgern ihren Kräften entsprechend getragen werden. Wenn man allerdings in den letzten Wochen und Monaten gelesen hat, welche prominenten Zeitgenossen ihr Geld in die Schweiz, nach Panama oder auf die Bahamas geschafft haben, dann verfestigt sich der Eindruck, dass es beim Steuerzahlen um die Fairness in Deutschland nicht gut bestellt ist.

Wenn aber der Eindruck entsteht, dass eigentlich nur noch die Durchschnittsverdiener ehrlich ihre Steuern zahlen, dann ist das verheerend für das Rechtsbewusstsein in unserem Land. Wenn die Menschen nicht mehr darauf vertrauen können, dass vor dem Gesetz tatsächlich alle Menschen gleich sind, dann wird die Rechtstreue in unserem Land auf eine schwere Probe gestellt.

Mir ist es deshalb sehr wichtig, dass wir Steuerhinterziehung wirksam bekämpfen. Das ist nicht nur ein Gebot der Gerechtigkeit, sondern es geht

dabei auch um den Zusammenhalt unserer Gesellschaft.

In den letzten Wochen ist viel über die strafbefreiende Selbstanzeige diskutiert worden. Ich meine, wir sollten diese Regeln reformieren und einschränken. Steuerbetrug ist das einzige Delikt, bei dem es die Möglichkeit gibt, auch nach Vollendung einer Tat per Selbstanzeige straffrei auszugehen.

Steuerbetrug ist eine typische Form der Oberschichten-Kriminalität. Unser Rechtsstaat beruht aber auf der Gleichheit seiner Bürger, und deshalb darf es auch im Strafrecht keine Privilegien für Reiche geben.

Über die Gründe für eine Selbstanzeige sollten wir uns keine Illusionen machen. Dass in den letzten Jahren so viele Steuerbetrüger diese Möglichkeit genutzt haben, lag doch nicht daran, dass eine Welle der Reue und der besseren Einsicht über unser Land geschwappt ist. Der Grund für die Selbstanzeigen ist die wachsende Furcht, mit dem

Schwarzgeldkonto aufzufliegen und dort zu landen, wo Uli Hoeneß bald sitzt.

Der Ankauf von Steuer-CDs, das verdiente Scheitern des Steuerabkommens mit der Schweiz und das Münchner Urteil gegen Hoeneß – all dies trägt zehnmal mehr zur Steuerehrlichkeit bei als die straflose Selbstanzeige.

Es kommt also ganz entscheidend auf das Entdeckungsrisiko an. Dieses Risiko darf aber nicht davon abhängen, ob jemand den Behörden eine Steuer-CD anbietet oder ob deutsche Journalisten in der Schweiz recherchieren. Wir brauchen eine gute Ausstattung der Justiz und der Steuerfahndungen, damit es nicht vom Zufall abhängt, ob Schwarzgeldkonten auffliegen oder nicht. Ich weiß, dass Personalfragen vor allem Sache der Länder sind. Aber hier sollte niemand an der falschen Stelle sparen: Das Geld, das hier investiert wird, macht sich durch höhere Steuereinnahmen schnell wieder bezahlt.

Ob der Staat gegen gemeinschädliche Kriminalität wirksam vorgehen kann, hängt allerdings nicht nur davon ab, ob wir genug Steuerfahnder oder Wirtschaftsstaatsanwälte haben. Es kommt auch auf die richtigen Gesetze an. Ein Bereich, in dem es daran noch immer fehlt, ist das Gesundheitswesen. Experten gehen davon aus, dass den gesetzlichen Krankenkassen durch Betrug und Korruption jährlich Schäden von rund 9 Milliarden Euro entstehen. Das sind 9 Milliarden Euro, die Arbeitgeber und Arbeitnehmer unnötig belasten und die für wirksame medizinische Behandlungen fehlen. Trotz dieser enormen wirtschaftlichen Schäden fehlt es bislang an der gesetzlichen Handhabe. Weil die Akteure im Gesundheitswesen keine Amtsträger sind, laufen die heutigen Strafvorschriften leer. Ich meine, wir sollten das ändern!

Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen müssen künftig unter Strafe stehen, und das haben wir uns für diese Legislaturperiode vorgenommen. Ein faires Recht, das bedeutet eben,

gegen alle Formen der Kriminalität vorzugehen, und zwar auch solche, die in weißen Kragen oder weißen Kitteln begangen wird.

Meine Damen und Herren, in den vergangenen Wochen hat ein Thema für viel Aufsehen gesorgt. Ich meine das Thema Kinderpornographie.

Bilder, die den sexuellen Missbrauch von Kindern zeigen, vervielfältigen ein furchtbares Verbrechen. Auch Nacktbilder von Kindern ohne sexuellen Bezug können die Rechte eines Kindes schwer verletzen. Wir prüfen deshalb, ob wir hier im Recht nachbessern und Lücken in der Strafbarkeit schließen müssen.

Allerdings hat es mich erstaunt, welche schrillen Töne von mancher Seite angeschlagen werden, wenn es um Kinderpornographie und Pädophilie geht.

Es ist sehr einfach, sich selbst in ein strahlendes Licht zu setzen, indem man ein so düsteres Verbrechen wie den Kindesmissbrauch lautstark verurteilt. Die Abscheu über die möglichen Täter sollte aber niemals größer sein als die Anstrengungen, Kinder wirksam zu schützen. Denen ist nämlich mit Empörung wenig geholfen.

Kluge Köpfe sagen uns, dass Pädophilie eine Veranlagung ist, die sich niemand selbst ausgesucht hat. Pädophile Neigungen kann man auch nicht heilen. Man kann aber den betroffenen Männern dabei helfen, dass aus ihren sexuellen Phantasien keine Straftaten werden – und genau das muss eine verantwortliche Rechtspolitik tun!

Unter meiner Amtsvorgängerin Brigitte Zypries hat das Bundesjustizministerium damit begonnen, ein Projekt der Berliner Charité zu unterstützen. Es bietet Männern, die merken, dass sie eine sexuelle Präferenz für Kinder haben, anonyme Hilfe an, damit sie nicht straffällig werden und sich an Kindern vergehen.

Die Nachfrage nach dem Projekt „Kein Täter werden“ war weit größer als zunächst gedacht. Inzwischen gibt es Ableger in sieben weiteren deutschen Städten, und europaweit gilt es mittlerweile als Musterbeispiel für erfolgreiche Präventionsarbeit.

Allerdings sehe ich den Erfolg dieses Projekts in Gefahr. Ich frage mich: Welcher Mann mit pädophilen Neigungen soll eigentlich nach dem Fall Edathy noch den Mut aufbringen, Hilfe zu suchen? Wer soll diesen Mut haben, wenn er gerade erlebt hat, wie schon der bloße Verdacht, etwas Illegales getan zu haben, quasi zum bürgerlichen Tod eines Menschen geführt hat?

Ich meine, eine gute Rechtspolitik muss vor allem dem Schutz potentieller Opfer verpflichtet sein. Wenn es um die Verhinderung von pädophilen Taten geht, dann ist Hilfe der bessere Opferschutz als Hysterie.

Wir werden deshalb das Projekt „Kein Täter werden“ in den kommenden Jahren mit mehr Geld fördern als je zuvor, wir verdoppeln nahezu die Unterstützung.

Ich wünsche mir bei diesem Thema weniger Tabus und mehr Aufklärung, weniger lautstarke Empörung, sondern mehr kritische Nachdenklichkeit, mehr Hilfe und weniger Hysterie. Denn eines ist doch klar: Eine gute Rechtspolitik macht man nicht mit dem Bauch, sondern allein mit dem Kopf!

Meine Damen und Herren,  
liebe Kolleginnen und Kollegen,

ein modernes Recht, das die Freiheit schützt, das brauchen wir heute vor allem dort, wo es um den Umgang mit unseren persönlichen Daten geht. Big Data und das Internet der Dinge bieten faszinierende Möglichkeiten, aber sie bergen auch Risiken.

Wenn Autos rollende Computer werden und Unfälle verhindern, dann ist das ein Gewinn für die Sicherheit. Aber wenn dafür unsere Mobilität dauerhaft überwacht wird, dann ist das auch ein Risiko für die Freiheit.

Wenn Suchmaschinen oder Internet-Händler uns nur noch das anbieten, was vermeintlich zu uns passt, dann kann das bequem und entlastend sein. Aber es drohen auch die Beschränktheit auf den status quo und der Verlust an Offenheit für Neues.

Wenn Unternehmen ihre Entscheidungen von Vorhersagen über unser künftiges Verhalten abhängig machen, dann mag das die geschäftlichen Risiken mancher Unternehmen vermindern. Aber wenn Algorithmen darüber entscheiden, ob wir einen Kredit, einen Job oder eine Versicherung bekommen, dann droht die Diskriminierung all derer, die nicht die vermeintlich richtigen Daten haben.

Meine Damen und Herren,  
Datenströme machen nicht an nationalen Grenzen halt, und deshalb müssen wir den Datenschutz endlich europäisch regeln. Konkret bedeutet das: Wir brauchen endlich die Datenschutz-Grundverordnung der EU.

Das EU-Recht wird für alle Unternehmen gelten, die in Europa Produkte und Dienstleistungen anbieten – und zwar unabhängig davon, ob sie eine Niederlassung oder überhaupt einen Server in Europa haben. Datenschutzoasen wird es dann in der EU nicht mehr geben. Dies stärkt auch die Wettbewerbsfähigkeit europäischer Unternehmen.

Wir müssen in der Verordnung der Erstellung von Persönlichkeitsprofilen klare rechtliche Grenzen setzen, und wir sollten die Anbieter von online-Diensten auch zu datenschutzfreundlichen Voreinstellungen verpflichten. Es ist nicht in Ordnung, dass in Sozialen Netzwerken die größtmögliche Verbreitung von Postings der Normalfall und der Datenschutz nur die Ausnahme ist. Dieses Verhältnis wollen wir umkehren.

Leider hat die vergangene Bundesregierung die Arbeit an der Datenschutz-Grundverordnung alles andere als voran gebracht. Deutschland gilt hier europaweit als Bremser. Natürlich dürfen wir für eine europäische Vereinheitlichung unser hohes deutsches Datenschutzniveau nicht leichtfertig preisgeben. Aber was nützen unsere schönen Gesetze, wenn die gar nicht gelten, weil ein Unternehmen seinen Sitz in einer Datenschutzoase wie Irland hat? Damit ist niemandem gedient.

Das Europäische Parlament hat jetzt seinen Vorschlag für die Verordnung vorgelegt und wird seine Arbeit erst nach der Neuwahl und der Sommerpause aufnehmen. Ich meine, der EU-Ministerrat muss diese Zeit nutzen und jetzt seine Hausaufgaben machen. Ich werde mich deshalb mit meinem Kollegen de Maizière noch einmal zusammensetzen und alles dafür tun, dass wir dieses Projekt endlich voranbringen.

Meine Damen und Herren,  
der Fortschritt ist bekanntlich eine Schnecke, aber national ist er denn doch etwas schneller als in Europa. In wenigen Wochen werde ich einen Gesetzentwurf vorlegen, mit dem wir das Verbandsklagerecht bei Datenschutzverstößen ausweiten wollen.

Künftig sollen Verbraucherorganisationen das Recht bekommen, bei Verstößen gegen den Datenschutz zu klagen. Wenn ein Anbieter die Daten seiner Kunden missbraucht, wenn er sie unzulässig nutzt oder gar weiterverkauft, dann ist das für den einzelnen Verbraucher zwar ärgerlich, aber nur wenige nehmen bisher die Mühe und die Kosten auf sich, einen Internet-Giganten zu verklagen. In solchen Situationen braucht der Einzelne die Hilfe einer starken Gemeinschaft und deshalb werden wir hier das Verbandsklagerecht erweitern.

Meine Damen und Herren,  
dies waren nur einige Aspekte meines rechtspolitischen Programms.

Ich bin überzeugt, dass Gerechtigkeit eine starke Justiz braucht. Und mein großer Dank gilt all denjenigen von Ihnen, die unsere Justiz dadurch stark machen, dass Sie als ehrenamtliche Richterinnen und Richter an den Arbeits- und Sozialgerichten aktiv sind. Wir können zwar unsere Augen nicht davor verschließen, dass sich die Belastung der einzelnen Fachgerichtsbarkeiten sehr unterschiedlich entwickelt, trotzdem dürfen wir unsere spezialisierte Justiz nicht leichtfertig preisgeben. Sie bürgt dafür, dass die Menschen kompetent, rasch und vor allem lebensnah zu ihrem guten Recht kommen. Dies zeigt, dass Justizpolitik eben auch gute Rechtspolitik ist, nämlich dann, wenn sie den Menschen dient und nicht dem Fiskus!

Herzlichen Dank!



## Wo Europa neue Kraft braucht und woher sie kommen kann

### Prof. Dr. Heribert Prantl

Mitglied der Chefredaktion der Süddeutschen Zeitung und Leiter des Ressorts Innenpolitik



Es gab einmal eine Verfassung, die ihren Glanz im Namen trug; sie hieß »Goldene Bulle« und stammt aus dem Jahr 1356. »Bulle« ist ein alter Name für Urkunde, und die Goldene Bulle war die Verfassung des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation. Golden hieß sie, weil ihr Wachssiegel in einer goldenen Kapsel steckte.

Das Grundgesetz, bald wird es 65 Jahre alt, hat noch niemand als »goldenes Grundgesetz« bezeichnet, obwohl es diesen Namen verdient hätte – wegen seines Inhalts. Wenn man für das Schwarz-Rot-Gold in den deutschen Farben jeweils ein Bezugsobjekt sucht, dann steht das Grundgesetz, zumal in seinem ersten Teil, für Gold. Die Grundrechte, das Demokratieprinzip, das Rechtsstaatsprinzip, das Sozialstaatsprinzip, auch das der Bundesstaatlichkeit – es sind die Goldbarren des Grundgesetzes. Mit diesen Goldbarren ist nun seit Jahrzehnten gearbeitet worden. Sie wurden gewalzt und gehämmert, das Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe war daran wesentlich beteiligt.

Ein Gramm Gold ergibt, zu Blattgold verarbeitet,

einen halben Quadratmeter Fläche. So ähnlich war es mit den Garantien und Prinzipien des Grundgesetzes: Sie haben die ganze Bundesrepublik vergoldet. Nun hat Blattgold zwar die Eigenschaft, dass man es fast unendlich dünn machen kann – aber für ganz Europa reicht es nicht. Es reicht nicht mehr aus, um immer höhere Milliardenbürgschaften für den Euro und für die Nachbarländer zu gewähren. Es reicht nicht mehr aus, um damit die europäische Zukunft zu sichern. Das Grundgesetz ist zwar sehr europafreundlich; aber es ist für Deutschland gemacht, nicht für Europa. Es konstituiert die Staatlichkeit der Bundesrepublik, nicht die der Europäischen Union. Es ist die Lebensordnung der Deutschen, nicht die der Europäer. Es bindet die deutschen Gewalten, nicht die in Europa. Es sichert die Gewaltenteilung in der Bundesrepublik, nicht die in der EU. Die Grundrechte, die in der Bundesrepublik – vor allem vom Bundesverfassungsgericht – so grandios entwickelt wurden, müssen europäisch gestärkt werden: Sie haben ja auf europäischer Ebene schon eine Art Ableger in der Grundrechte-Charta gefunden; sie fußt auf vielem aus dem Grundgesetz und hat auch sozia-

le Grundrechte aufgenommen. Es gilt, sie endlich ernst zu nehmen.

Das sage ich an die Adresse der Politik, aber auch an die Adresse des Europäischen Gerichtshofs in Luxemburg.

Das Grundgesetz war als Basis für die deutsche Demokratie konzipiert, nicht als Grundlage für eine europäische. Weil aber das Grundgesetz ein weises Gesetz ist, hat es den Weg nach Europa gewiesen. Die deutsche Politik ist dieser Weisung gefolgt, nicht immer auf geradem Weg. Sie hat Vertrag um Vertrag unterschrieben, Verträge, die den Namen verschiedener europäischer Städte tragen – Rom, Brüssel, Luxemburg, Den Haag, Maastricht, Amsterdam, Nizza, Lissabon – und schon damit lässt sich zeigen, wie weit man gekommen ist. Ein Wegweiser kann zum Ziel weisen. Eine Landkarte für den Ort, zu dem er gewiesen hat, ist er nicht. Die muss noch gezeichnet und geschrieben werden.

»Das Gesetz ist klüger als der Gesetzgeber«, sagt ein geflügeltes Wort; es stammt von Gustav Radbruch, dem großen Rechtsphilosophen des 20. Jahrhunderts. Das Wort soll sagen, dass mit einem Gesetz auch Dinge geregelt werden können, an die der Gesetzgeber noch gar nicht gedacht hatte. Das Grundgesetz, die deutsche Verfassung also, ist ein ganz besonders kluges Gesetz. Es hat die Bundesrepublik seit nun bald 65 Jahren wunderbar begleitet; es hat das Land stark und friedlich gemacht, den Weg zum Wiederaufbau und zur Wiedervereinigung bereitet; es hat die Eingliederung Deutschlands in das westliche Bündnis und die europäische Integration ermöglicht, den Euro auch. Als das Grundgesetz entstand, lag das Land in Trümmern; es gab keine Nato, keine Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, keine Europäische Gemeinschaft, und eine Europäische Union war allenfalls ein Traum, ein Gespinnst ferner Hoffnung. Die Deutschen haben die juristische Kraft für all dies aus dem Grundgesetz schöpfen können – auch deswegen, weil es dort den feierlichen Wunsch

der Präambel gibt: »Als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen«. Dieser Wunsch muss nun verfassungsrechtlich verstärkt und ausgebaut werden. Geld ist nicht alles.

Man mag sich das Grundgesetz wie einen großen, tiefen Brunnen vorstellen. Daraus ist nun lange und viel geschöpft worden, um das europäische Haus zu bauen. Die Urteile des Bundesverfassungsgerichts zur Hilfe für Griechenland und zum Euro-Rettungsschirm haben die letzten Reste geschöpft. Man spürt die Anstrengung der Richter: Der Mechanismus des Brunnens quietscht, der Eimer scheppert und kratzt am Boden. Wer nun mehr Europa will, muss mehr Europa in die Verfassung schreiben. Es muss ein neuer Brunnen gebohrt, eine neue Quelle erschlossen werden.

Noch mehr Europa gibt es nur mit einer neuen verfassungsrechtlichen Grundlage und der Zustimmung des Volkes. So will es Artikel 146 Grundgesetz. Die Euro-Rettungsaktionen haben diesen Artikel, diese letzte Seite des Grundgesetzes, aufgeschlagen. Diese Erkenntnis ist in den Milliardengebirgen der Bürgschaften untergegangen; aber es ist so. Wir erleben historische Tage, Wochen, Monate. Früher wurden historische Tage von Kanonaden eingeleitet; sie hatten stets mit Krieg und Sieg und Niederlage zu tun. Weil das so im kollektiven Gedächtnis gespeichert ist, hat man den vergangenen Monaten ihre Historizität nicht unbedingt angemerkt. Es kracht nichts – nur der Euro knarrt. Griechenland ächzt, Italien stöhnt, Spanien klagt, Zypern seufzt. Heute werden historische Tage nicht, wie einst, von Kanonaden, sondern von Bürgschaften begleitet.

Der Weg nach Europa ist mit diesen Bürgschaften gepflastert. Es ist dies aber ein Weg, der den Boden des Grundgesetzes in seiner gegenwärtigen Fassung verlässt, der also insofern eine neue verfassungsrechtliche Grundlegung und eine Abstimmung, die Zustimmung des Souveräns, braucht. Ist das schlecht? Nein, im Gegenteil. Es ist gewiss

nicht das Schlechteste, was man über Deutschland sagen kann, wenn auf diese Weise die europäische Solidarität den Vorrang vor nationaler Selbstbehauptung erhält

Der Verleger Hans Dieter Beck, in dessen Verlag bekanntlich fast alles erscheint, was in Deutschland Recht ist, hat einmal seine Meinung über das Europarecht drastisch dargelegt: Es komme ihm vor wie eine Horde Wildsäue, die in den Garten des deutschen Rechts eingefallen sei und dort den Boden zerwühlt, ja regelrecht umgeackert habe. Das klingt sehr negativ, ist es aber nicht unbedingt – auf einem umgepflügten Boden kann Neues wachsen. Und es ist in der Tat viel gewachsen. Das EU-Recht hat die nationalen Rechtsordnungen verändert, durchdrungen, überwölbt. Das Verbraucherrecht zum Beispiel ist ganz stark europarechtlich geprägt. Dieses Europarecht ist zwar furchtbar fruchtbar, es ist unübersichtlich, aber es ist da, es wächst und gedeiht (manchmal wie Unkraut), entwickelt sich zum »29. Regime« für die Wirtschaftsbürger – also zu einer Rechtsordnung, die sich neben den bestehenden achtundzwanzig nationalen Rechtsordnungen etabliert. Diese Rechtsentwicklung ruft nach Hege, Pflege und Kontrolle; aber es ist immerhin eine Rechtsentwicklung. Das lässt sich leider nicht von allen Verträgen und Rechtsakten in Europa sagen.

Im Bereich des Großen, Ganzen und Grundlegenden entwickelt sich ein gefährliches Prinzip: Je mehr Geld im Spiel ist, umso weniger gelten rechtliche Regeln. Die ganze Euro-Rettung basiert auf Entrechtlichung. Im Verhältnis der Mitglieder der Währungsunion zueinander und zum Finanzmarkt sind Verträge und Gesetze immer weniger verbindlich. Gestern formuliert, sind sie heute angeblich für effektive Rettungsmaßnahmen schon zu schwerfällig. Regeln, die aus der Not geboren wurden, sind angeblich für die nächste Not und die nächste Euro-Rettungsaktion schon nicht mehr geeignet, müssen angeblich der Not gehorchend gebrochen, oder, wie man beschwichtigend formuliert, großzügig ausgelegt werden.

Es gibt einen »Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union«. Er ist kompliziert, aber geltendes Recht. In der Staaten- und EU-Praxis ist es freilich so, dass nicht die Arbeitsweise dem Vertrag, sondern der Vertrag der Arbeitsweise angepasst wird. Aus der Europäischen Union wird so eine Art Notverordnungs-Union: Jede Rettungsaktion schafft sich ihr Recht. Das ist nicht recht. Der Euro ist wichtig; aber das Wichtigste sind Recht und Demokratie.

Was sind die Kennzeichen Europas? Sind das die gewaltigen Rettungsschirme für die Banken, für die Nationalwirtschaften und für den Euro? Müssen die zwölf goldenen fünfzackigen Sterne in der Europaflagge durch zwölf goldene schön aufge-spannte Rettungsschirme ersetzt werden?

Die Rettungsschirme sind unvorstellbare Milliardensummen groß. Aber die Größe allein bringt es nicht. Die Europäische Union braucht das Vertrauen ihrer Bürger, und dieses Vertrauen tropft nicht einfach von den Rettungsschirmen herunter. Ohne dieses Vertrauen bleibt jeder Schutzschirm instabil; er flattert, reißt alles mit oder geht kaputt. Wie sehr das Vertrauen bereits geschädigt ist, konnte und kann man in jeder Diskussion zu fast jedem Thema hören: Ob es um die verschimmelten Wände im Klo des Kindergartens geht oder darum, dass Lehrer fehlen und Unterrichtsstunden ausfallen – immer und überall gab und gibt es wilden Beifall, wenn einer dann nur »500 Milliarden« sagt: »500 Milliarden für Banken, aber nur ein paar Knöpfe Sozialgeld pro Monat für Kinder von Langzeitarbeitslosen.«

Die deutsche Wiedervereinigung, die europäische Einheit: Vereinigung wurzelt im tiefen Wunsch nach einem friedlichen Miteinander, nach Freiheit ohne Angst, nach Entfaltungsmöglichkeiten und Teilhabe. So war das jedenfalls bei der deutschen Wiedervereinigung. Die deutsche Einheit, die lange so weit weg zu sein schien, ist heute viel weiter als die europäische. Es ist ja auch viel leichter, zwei Teile zusammenzufügen als die achtundzwanzig,

die es mittlerweile sind. Bemerkenswert ist immerhin, wie wichtig die Währung in beiden Fällen war und ist. Mit dem Staatsvertrag über die Währungsunion vom 18. Mai/1. Juli 1990 kam die Westmark in den Osten, Monate vor dem Vollzug der Vereinigung und zu einem Umtauschkurs (gestaffelt, aber überwiegend 1:1), der ein politischer Kurs war; marktgerecht wäre ein Umtauschkurs von 4:1 gewesen. Ähnlich politisch bestimmt war die Einführung des Euro, für den der Maastricht-Vertrag 1992 die Grundlage legte.

Gewiss: Man muss nicht lange darüber nachdenken, was die deutsche und die europäische Vereinigung voneinander unterscheidet – fast alles. Und trotzdem ist die deutsche Einheit Erkenntnisquelle und Perspektive für Europa. Der Beitritt zur Westrepublik BRD war für die Menschen in der Ostrepublik DDR verlockend, weil Wohlstand, Freiheit und Demokratie auf sie warteten. Die Menschen im Osten wollten und konnten es besser haben; und im Westen war die Bereitschaft zur Solidarität da und zum Teilen.

In Europa ist das derzeit anders: Im Süden und auch im Westen der EU sind die Zweifel der Menschen daran, dass sie es in Europa besser haben werden, massiv. Ihre Ängste wachsen, dass in und mit Europa ihre schon erworbenen Rechte und Lebenschancen verloren gehen könnten. Wenn die Bürgerinnen und Bürger in Athen oder Madrid sich genau deswegen demokratisch erheben, wenn sie protestieren und Solidarität einfordern, weckt das in Deutschland (anders als einst bei den Montagsdemonstrationen in Leipzig) nicht Hoffnung, sondern Angst – Angst vor einem Abstieg im eigenen Land. Das könnte dazu führen, sich in den eigenen und gewohnten staatlichen Strukturen einzuigeln und dann zu überwintern.

Das sind Gefahren, die seit Jahren an Europa fresen. Die Menschen in ganz Europa müssen daher wieder neu lernen, was sie schon einmal gewusst haben: Dass Europa ihre Zukunft ist. Helmut Kohl hat es 1996 so gesagt: »Europa ist für uns kein Lu-

xus, sondern ein Stück Existenzsicherung für die Zukunft.« Das werden die Bürger Europas dann glauben, wenn sie spüren, dass Europa nicht nur den Banken und dem Euro, sondern auch ihnen Sicherheit gibt. Soziale Sicherheit schafft Heimat. Und wenn Europa Heimat geworden ist, dann werden die Deutschen und Italiener, die Spanier, Belgier, Österreicher, die Ungarn und Griechen, dann werden die Völker Europas das europäische Sternenbanner nicht mehr nur neben ihren nationalen Fahnen flattern lassen; dann werden sie sich die europäischen Sterne auf ihre Fahnen stecken. Das wird dann der Tag der Europäischen Einheit sein. Wem das Glück wohl will, dem kälbert der Ochs – so sagt es das alte Bauernsprichwort. Deutschland hat in den Jahren 1989/90 dieses Glück gehabt. Europa kann es noch brauchen.

Europa ist die Verwirklichung so vieler alter Friedensschlüsse, die den Frieden dann doch nicht gebracht hatten. Die Europäische Union ist das Ende eines fast tausendjährigen Krieges, den fast alle gegen fast alle geführt haben. Sie ist ein unverdientes Paradies für die Menschen eines ganzen Kontinents. EU ist das Kürzel für das goldene Zeitalter der europäischen Historie. Das stimmt, ganz sicher – und doch werden solche feierlichen Sätze zu Wortgeklingel, wenn und solange die meisten Menschen diese EU nur als Nutzgemeinschaft für die Wirtschaft, aber nicht als Schutzgemeinschaft für die Bürger erleben.

Wer seinen Nationalstaat als Heimat erlebt hat, der will daraus nicht vertrieben werden. Er will, wenn die Heimat Nationalstaat zu schwach wird, Europa als zweite Heimat. Wenn also in europaweiten Protesten Demonstranten immer wieder von ihren Regierungen fordern, in einer globalisierten Welt für ein gewisses Maß an ökonomischem Anstand zu sorgen, dann ist das nicht unbillig. Regeln für ein sozialverträgliches Wirtschaften gehören zum inneren Frieden. Der Sorge um diesen inneren Frieden Rechnung zu tragen – das gehört zu den Grundaufgaben der Europäischen Union.



Sozialpolitik ist nicht einfach ein Annex des Ökonomischen, sie darf es nicht sein; Sozialpolitik ist eine Politik, die Heimat schafft, sie erst macht aus einem Staatsgebilde, aus einer Union eine Heimat für die Menschen, die darin leben. Das bedeutet: Die demokratischen und sozialen Rechte in Europa dürfen nicht unter dem Diktat der Schulden dezimiert, minimiert und abgeschafft werden – so wenig wie die Persönlichkeitsrechte und der Datenschutz unter dem Diktat der Sicherheit dezimiert, minimiert und abgeschafft werden dürfen. Wenn es in der Europäischen Union faktisch zum obersten Prinzip wird, die Bedienung der Schulden, also die Befriedigung der Großgläubiger, sicher zu stellen, dann werden die Grundrechte zu Bettlern.

Mit Geld kann man Europa gestalten, man kann es auch verunstalten und zerstören. Es gibt ein eklatantes Missverhältnis zwischen der Hektik der Spardiktate, die über die Südländer der EU verhängt werden und der Apathie, wenn es um die Zählung des Finanzkapitalismus geht. Europa

erleidet die Folgen der Alters- und Anti-Aging-Exzesse des Kapitalismus. Die Bankenkrise wurde bewältigt und gelöst, indem sie zu einer »Staatschuldenkrise« umdefiniert wurde: Neunzig Prozent der griechischen Schuldtitel lagen vor 2010 bei Banken, Hedgefonds und anderen privaten Gläubigern. Ab 2010 bekam Griechenland Hilfskredite in Höhe von 188 Milliarden Euro vom EU-Rettungsschirm und dem Internationalen Währungsfonds ausgezahlt. Und währenddessen kam es im Jahr 2012 zu einer großen Umwandlung: Es befinden sich nur noch zehn Prozent der Gesamtschulden in den Händen von privaten Gläubigern. Für 90 Prozent der ehemals privaten Schuldtitel garantieren oder haften jetzt – direkt oder indirekt – die europäischen Steuerzahler. Europa wurde missbraucht, um die Finanzkapitalisten zu bedienen.

Die Griechen als Schuldner. Shakespeare hat in seinem »Kaufmann von Venedig« die archaische Vorstellung aufgegriffen, dass man Schulden auch mit einem Teil seines Körpers begleichen könne.

Generationen von Interpreten, auch aus der Jurisprudenten, haben sich mit dem Fall befasst. Der Geldverleiher Shylock besteht auf seinem ihm vertraglich eingeräumten Recht, aus seinem säumigen Schuldner, dem Kaufmann Antonio, ein Pfund Fleisch heraus zu schneiden. Die Zunft der Juristen hat viele Jahrzehnte über die Wirksamkeit des Geschäfts und den Urteilsspruch gestritten. Rudolf von Ihering vertrat in seiner berühmten Schrift »Der Kampf ums Recht« die Auffassung, dass der Anspruch des Shylock wegen Sittenwidrigkeit nicht bestünde. Wenn das Schuldversprechen des Antonio aber wirksam sein sollte, wie es der weise Daniel (Portia) entschied, so habe Shylock auch das Recht, ein Pfund Fleisch aus Antonio herauszuschneiden. Wenn das Rechtsgeschäft aber nicht sittenwidrig, sondern wirksam war, so Ihering, »so war es ein elender Winkelzug, ein kläglicher Rabulistengriff, dem Manne, dem er (Daniel) bereits das Recht zugesprochen hatte, vom lebenden Körper ein Pfund Fleisch auszuschneiden, das damit notwendig verbundene Vergießen des Blutes zu versagen«. Es habe sich beim abschließenden Spruch der Portia um Rechtsbeugung gehandelt.

Dieser Meinung setzte Josef Kohler, ein anderer der großen alten Rechtsgelehrten, seine These entgegen: »Es ist ein gutes Urteil, aber mit schlechten Entscheidungsgründen, aber immer noch besser ein solches, als ein schlechtes Urteil mit guten Entscheidungsgründen«. Nach Kohler verlangte die Rechtsentwicklung zur Zeit des »Kaufmanns von Venedig«, dass ein Fleischpfand nicht mehr einklagbar sein kann.

Ob sittenwidrig, ob nicht einklagbar: das sind juristische Feinheiten. Es wird jedenfalls als intolerabel beschrieben, dass Schulden mit »Fleisch« bezahlt werden. Und der Spruch von Daniel alias Portia, der das unmöglich macht, wird vom Juristen Josef Kohler in seinem Shakespeare-Buch als »Sieg des geläuterten Rechtsbewusstseins über die finstere Nacht« beschrieben.

Wenn es also archaisch und sittenwidrig ist, dass

Schulden mit Fleisch bezahlt werden – was ist dann von den Lasten, den Einschnitten und den scharfen Sparmaßnahmen zu halten, die Griechenland und den anderen EU-Südländern auferlegt worden sind?

Die massiven Sparmaßnahmen hatten und haben besorgniserregende Folgen für die Gesundheit. Viele Menschen können nicht mehr ordentlich medizinisch versorgt werden, die Selbstmordraten steigen. Ist das eine Art neues Fleischpfand, das für die Schulden bezahlt werden muss?

Die EU-Troika hat bestimmt, dass öffentliche Ausgaben für Gesundheit nicht mehr als sechs Prozent des Bruttosozialprodukts betragen sollen – mit der Folge, dass die Ausgaben für Medikamente und Gesundheitsleistungen um 25 Prozent zurückgefahren wurden. Die Zahl der Krankenhausbetten wurde reduziert. Es wurden keine neuen Ärzte mehr eingestellt. Krankheiten breiten sich wieder stärker aus. In Griechenland kam es zu besorgniserregenden Anstiegen von HIV-Neuinfektionen, Tuberkulose und Malaria. Die Säuglingssterblichkeit nahm um 43 Prozent zu. Die Versorgung von Patienten, die nach einem Unfall oder einer Operation auf Blutkonserven angewiesen sind, war in Griechenland ohnehin seit Jahren schwierig; nun ist sie desaströs.

Die Bevölkerung büßte für die Schulden des griechischen Staates – mit Fleisch und Blut. Wo bleibt da der »Sieg des geläuterten Rechtsbewusstseins«? Kaum ein Krankenhaus in Griechenland kann die europäischen Mindeststandards einhalten. Regelmäßig zeigt das griechische Fernsehen Bilder bettelnder und flehender alter Menschen vor Kliniken oder Apotheken in Athen oder Thessaloniki. Das waren und sind Warnbilder. Die Botschaft: Wehe dem, der in Griechenland ernsthaft krank wird. Wo bleibt da der weise Daniel, wo bleibt die Portia, die hier eingreift?

Jeder, der den »Kaufmann von Venedig« sieht, sagt, es sei intolerabel, dass Schulden mit Fleisch

bezahlt werden? Wo bleibt dieses Rechtsbewusstsein, wenn es um die Euro-Schulden geht? Sollen sie mit Leben und Gesundheit bezahlt werden? Schutzschirme sind für Banken und Euro aufgespannt worden. Aber: Gerettet wurden und werden nicht Menschen. Gerettet werden Schuldverhältnisse, Finanzbeziehungen, Machtgefüge, Wirtschaftssysteme; sie sollen überleben. Ist es nur sekundär, ob und wie Menschen dabei überleben?

Die Gesellschaften etlicher EU-Staaten sehen sich in einem Spiel, das so ähnlich funktioniert wie die »Reise nach Jerusalem«. Die Teilnehmer stellen sich dabei neben Stühlen auf, die im Kreis angeordnet sind. Sobald die Musik ertönt, laufen alle im Kreis um die Stühle herum. Wenn die Musik abbricht, muss jeder versuchen, sich möglichst schnell auf einen freien Stuhl zu setzen. Im Spiel scheidet stets einer aus, weil immer eine Sitzgelegenheit zu wenig aufgestellt ist. Im wahren Leben ist es viel schlimmer: In Spanien, Großbritannien, Italien, oder Deutschland gibt es große Unterschiede darin, wie viele Stühle aufgestellt und wie viele zu wenig sind. Und weil die Musik zu selten spielt, bleiben die sitzen, die schon sitzen und die stehen, die schon stehen. Eine mobile Gesellschaft ist das nicht. Es ist eine, in der Junge kaum Chancen haben.

Viele Bürgerinnen und Bürger haben das beklemmende Gefühl, dass die EU zwar für die klassische äußere und innere Sicherheit steht, dass sie für Handel und Wandel von Vorteil ist, dass jedoch die sozialen Belange bei ihr nicht gut aufgehoben sind. Ja, es besteht die Furcht, dass im grenzüberschreitenden freien Wettbewerb, den die EU propagiert, das Soziale immer mehr unter die Räder gerät, weil das unterschiedliche Sozialniveau in den einzelnen Mitgliedsstaaten bei offenen Grenzen erstens zum Sozialdumping einlädt und zweitens zur Nivellierung der nationalen sozialen Absicherung (Tendenz nach unten) führt. Wenn es dieses Gefühl gibt, und es gibt dieses Gefühl, dann reicht es nicht, von den Bürgern Dankbarkeit zu verlangen dafür, dass es die Europäische

Union gibt. Europa braucht nicht nur Verträge, es braucht auch das Vertrauen seiner Bürger. Zu diesem Vertrauen kann und muss aber auch die Änderung von Verträgen beitragen – vor allem die Änderung des Lissaboner Vertrages, der dem Wettbewerbsprinzip quasi Verfassungsrang verleiht und die Konkurrenz unter den Mitgliedsstaaten festschreibt.

Die sozialstaatlichen Ordnungen bröckeln und brechen, und die EU tut viel zu wenig, um sie zu stabilisieren. Die EU gründet sich, allem anderen Gerede zum Trotz, nicht auf drei starke Säulen, sondern nur auf eine einzige: die Wirtschafts- und Währungsunion. Wäre die Union ein Staat, sie wäre nach der Bevölkerungszahl der drittgrößte Staat der Welt – 500 Millionen Menschen. Die meisten Menschen in Europa spüren die potenzielle Stärke dieses großen Europa nicht: Sie wollen eine Union, die ihnen hilft, die ihnen die Angst vor Arbeitslosigkeit und vor Billigkonkurrenz nimmt. Sie wollen eine Union, die eine Schutzgemeinschaft ist.

Auf solche Forderungen wird in der politischen Diskussion üblicherweise so geantwortet: Die EU sei für Freiheit und Wettbewerb da, die Nationalstaaten hätten für das Soziale zu sorgen. Die Sozialpolitik, so heißt es, gehöre nun einmal im Lichte des Subsidiaritätsgrundsatzes auf die mitgliederschaftliche Ebene. Dafür spricht in der Tat einiges. Aber eine solche Aufgabenteilung kann nicht funktionieren, wenn die EU vor allem die Vorfahrt für die Wirtschafts- und Wettbewerbsfreiheit propagiert. Dann wird nämlich die Sozialpolitik der Mitgliedsstaaten, dann werden die nationalen Sozialpolitiken als Hindernisse betrachtet, die beiseite geräumt werden müssen nach dem Motto: freie Bahn der Freizügigkeit, freie Bahn der Dienstleistungsfreiheit, freie Bahn dem Waren- und Kapitalverkehr und weg mit allem, was dabei stört.

Auf dem Papier zumindest ist die EU schon ein wenig sozial geworden: Im Artikel 3 des Lissabon-Vertrages ist nicht mehr nur von einem Europa die Rede, das auf ausgewogenes Wirtschaftswachs-

tum und auf Preisstabilität setzt; in diesem Artikel 3 des Lissabon-Vertrages heißt es auch, dass auf eine wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft hingewirkt werden soll, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt. In der Grundrechte-Charta der EU sind ja sogar soziale Grundrechte aufgeführt, die im Grundgesetz nicht genannt werden. Es reicht nicht, dass sie dort aufgeführt sind. Die Politik muss die Europäischen Verträge entsprechend anreichern; und der Europäische Gerichtshof muss seine Wirtschaftsausgerichtetheit ablegen und sich als Hüter der europäischen Verfassung mit allen in ihr enthaltenen Rechten verstehen, insbesondere auch der sozialen.

Man weiß noch nicht so recht, ob man dem sozialen Bekenntnis der EU trauen kann. Man kann einige Anhaltspunkte finden, die ein soziales Bekenntnis bekräftigen – aber auch viele Anhaltspunkte, die es entkräften. Der Lissabon-Vertrag schreibt einerseits von Vollbeschäftigung und vom sozialen Fortschritt; an anderer Stelle aber hat er wieder blinde Flecken, etwa dort, wo von den Werten der EU die Rede ist; da werden unter anderem die Demokratie und die Rechtsstaatlichkeit genannt – aber die Sozialstaatlichkeit und die soziale Gerechtigkeit sucht man vergebens.

Wie kriegt Europa Kraft? Die sozialen Grundrechte brauchen einen Hüter. Das höchste EU-Gericht muss ein solcher Hüter sein oder besser – werden. Es muss der juristische Olymp einer Union der Bürgerinnen und Bürger sein, es darf sich nicht als der juristische Olymp der weiland EWG, einer Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft betrachten. Die Europäische Union und ihr Gerichtshof in Luxemburg dürfen aus Europa keine Europäische Unsozial-Union machen. Das wäre fatal, das wäre zerstörerisch.

Warum? Weil der Sozialstaat, weil die Sozialstaaten in Europa eine Erfolgsgeschichte hinter sich haben. Diese Erfolgsgeschichte hat in den verschiedenen EU-Staaten verschiedene Wegmarken. In Deutschland hat der Sozialstaat zunächst dafür gesorgt,

dass Kriegsinvalide und Flüchtlinge einigermaßen leben konnten. Dann hat er dafür gesorgt, dass auch ein Kind aus kärglichen Verhältnissen studieren konnte und später sogar Bundeskanzler werden konnte. Ohne den Sozialstaat hätte es nicht nur einmal gekracht in dieser Republik; der Sozialstaat hat soziale Gegensätze entschärft. Ohne ihn hätte es wohl auch keine deutsche Einheit gegeben. Und ohne eine gute Fortsetzung dieser Erfolgsgeschichte wird es keine europäische Einheit geben.

Es geht darum, die Essentialia dessen zu bestimmen, was der »soziale Fortschritt«, wie er im Lissabon-Vertrag beschrieben wird, umfassen soll. Sie wären dann der Ausdruck der sozialen Gerechtigkeit.

Die Menschen in Europa wollen spüren, dass diese Europäische Union für sie da ist und nicht vor allem für Banken und den internationalen Handel. Sie wollen unter Sicherheit nicht nur die innere, sondern auch die soziale Sicherheit verstehen. Dann kriegt Europa neue Kraft.

Die Privatisierung von sozialer Verantwortung ist kein guter Weg für Europa. Diesen Weg sollte die EU so nicht weitergehen. Sie sieht noch immer viel zu viel durch die Brille der Wettbewerbsfreiheit. Deshalb kommen soziale Belange, deshalb kommt das Gemeinwohl zu kurz. Deshalb gingen die Anstöße für eine Privatisierung der Post, der Telekommunikation und der Bahn von Brüssel aus. Deshalb ist Brüssel stolz auf diese Privatisierungen, nicht aber der Verbraucher. Deshalb betrachtet die EU die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, die öffentlichen Versorgungseinrichtungen oder auch die Krankenversicherungssysteme mit Skepsis, der Bürger aber mit Wohlgefallen.

Wenn der Staat seine Aufgaben abwirft wie der Baum die Blätter im Herbst, wenn sich der Staat immer kleiner macht, dann wird auch der Bereich, den die Wähler mitbestimmen können, immer kleiner. Zu viel Entstaatlichung wird so zur Gefahr für

die Demokratie. In dem Maß zum Beispiel, in dem kommunale Versorgungsbetriebe entkommunalisiert werden, verliert die Kommune die Funktion, die sie hatte: Sie ist dann nicht mehr Schule der Demokratie, sondern Zwergschule. Gott sei Dank ist in den Kommunen die Zeit der Privatisierung der Daseinsvorsorge wieder vorbei.

Europa freilich muss noch lernen, dass nicht alle öffentlichen Güter dem privaten Wettbewerb zum Fraß vorgeworfen werden dürfen. Und die Rechtsangleichung in Europa darf nicht unter das Motto gestellt werden, wie der Mensch noch fungibler für Wirtschaft und Wettbewerbsfähigkeit wird. Der Mensch ist nicht nur ein Homo oeconomicus, auch der Europäer nicht.

Zu den merkwürdigsten Abschnitten meines Lebens gehört der, den ich in Alfred Wunsiedels Fabrik zubrachte. Ich hatte mich der Arbeitsvermittlung anvertraut und wurde mit sieben anderen Leidensgenossen in Wunsiedels Fabrik geschickt, wo wir einer Eignungsprüfung unterzogen werden sollten. Ich wurde als erster in den Prüfungsraum geschickt, wo auf reizenden Tischen die Fragebögen bereitlagen.

Erste Frage: »Halten Sie es für richtig, dass der Mensch nur zwei Arme, zwei Beine, Augen und Ohren hat?« Hier erntete ich erstmals die Früchte meiner mir eigenen Nachdenklichkeit und ich schrieb ohne zu Zögern hin: »Selbst vier Arme, Beine und Ohren würden meinem Tatendrang nicht genügen. Die Ausstattung des Menschen ist kümmerlich.«

Zweite Frage: »Wie viele Telefone können Sie gleichzeitig bedienen?« Auch hier war die Antwort so leicht wie die Lösung einer Gleichung ersten Grades: »Wenn es nur sieben Telefone sind«, schrieb ich, »werde ich ungeduldig, erst bei neun fühle ich mich völlig ausgelastet.«

Dritte Frage: »Was machen Sie nach Feierabend?« Meine Antwort: »Ich kenne das Wort Feierabend

nicht mehr – in meinem fünfzehnten Lebensjahr strich ich es aus meinem Vokabular, denn am Anfang war die Tat!« Ich bekam die Stelle.

Es handelt sich um eine Geschichte, die Heinrich Böll schon vor Jahrzehnten geschrieben hat. Verlangt wird der grenzenlos flexible, unbeschränkt belastbare Arbeitnehmer, unglaublich gesund, unglaublich robust und unglaublich leistungsfähig. Die Frage: Wollen wir eine solche Gesellschaft? Wollen wir ein Europa, in dem es überall so zugehen soll wie in Wunsiedels Fabrik – ein Europa, in dem die unbegrenzte Leistungsfähigkeit zählt und sonst nichts, in dem es nur um den Marktwert geht, in dem der Wert des Menschen und der Nationen nur am Lineal der Ökonomie gemessen wird?

Das Menschenbild der modernen Ökonomie ist der Homo faber mobilis. Der bloße Homo faber ist Vergangenheit. Er war der Mensch der Moderne. In der Postmoderne reicht es angeblich nicht mehr, wenn der schaffende Mensch einfach arbeitet. Er muss ein Homo faber mobilis sein, in höchstem Maß flexibel, mobil und anpassungsfähig. An der Arbeitslosigkeit ist danach angeblich nicht zuletzt derjenige selbst schuld, der keine Arbeit hat – wäre er genügend mobil, flexibel und anpassungsfähig, wäre er also nicht zu bequem, dann hätte er ja Arbeit. Viele Wirtschaftsinstitute und Politiker verlangen daher bereits nach einem neuen Menschen, dem Homo faber novus mobilis, dem Menschen also, der über seine Grenzen und Beschränkungen hinauswächst. Verlangt wird der perfekte Mensch.

Die Realität, im Nationalstaat wie in Europa, kennt da freilich gewisse Grenzen: Im Gegensatz zu den Schnecken trägt der Mensch seine Behausung nicht mit sich herum. Und er hat, auch deshalb, weil er im Gegensatz zu den Schalenweichtieren kein Zwitter ist, andere soziale Bedürfnisse, die sich unter anderem darin äußern, dass er einen Lebenspartner sucht, eine Familie gründet, im Sport- oder Gesangsverein aktiv ist, dass seine Kinder zur Schule gehen und Freunde haben. Das setzt der ganz großen und unentwegten Mobilität,

das setzt der unbegrenzten Verfügbarkeit gewisse Schranken. Der »Wunsiedel-Mensch« ist offenbar anders: Er ist ein Mensch ohne Kinder, ohne Familie und ohne soziale Beziehungen. Der Idealtypus des europäischen Bürgers ist das gewiss nicht, er darf es nicht sein – und auch die EU darf nicht von so einem Menschenbild ausgehen.

Was würde aus der europäischen Gesellschaft, wenn der Homo faber novus mobilis das gesellschaftliche Leitbild wäre? Ein Europäisches Sozialmodell mit einem solchen Menschenbild wäre ein Unsozialmodell.

Europäisches Sozialmodell: das heißt nicht, dass es europaweit gleich hohe Mindestlöhne geben soll oder europaweit das gleiche Arbeitslosengeld oder die gleichen Renten oder die gleichen Schulsysteme. Europäisches Sozialmodell: Das heißt auch nicht, dass das Gesundheitswesen in ganz Europa auf die gleiche Art und Weise finanziert sein muss. Ein gesamteuropäischer, glattgehobelt dünner Sozialstaat mit stromlinienförmigen Vorgaben aus Brüssel – das ist kein europäisches Sozialmodell, sondern eher eine Horrorvorstellung.

Europäisches Sozialmodell: das ist etwas ganz anderes. Das ist die gemeinsame Vorstellung davon, dass soziale Ungleichheit nicht gottgegeben ist. Europäisches Sozialmodell: Das ist guter Schutz und kluge Hilfe bei den großen Lebensrisiken, bei Krankheit, Arbeitslosigkeit und Pflegebedürftigkeit. Diese großen Lebensrisiken können nur wenige allein meistern, ohne in Not zu fallen.

Europäisches Sozialmodell: das ist ein gemeinsames Koordinatensystem, in dem die Achsen Solidarität und Gerechtigkeit heißen – und in dem dann die einzelnen Staaten ihre jeweiligen Koordinaten finden und von Brüssel, Straßburg und Luxemburg dabei nicht behindert, sondern unterstützt werden. Ein solches Koordinatensystem braucht Europa. Es ist das System für neue europäische Kraft.

Europa funktioniert ja nicht schon dann, wenn das Räderwerk in Brüssel funktioniert, wenn eine Elite sich in Brüssel und Straßburg zu Hause fühlt. Gewiss: man braucht eine solche Elite. Aber Europa braucht nicht nur Kommissare und EU-Beamte, Europa braucht mehr als nur Richtlinien. Europa braucht das Vertrauen seiner Bürgerinnen und Bürger. Und dieses Vertrauen wird wachsen mit der rechtlichen und der sozialen Sicherheit, die Europa den Bürgerinnen und Bürgern gibt. Es wäre also auch nicht schlecht, wenn die Europäer einen Gerichtshof hätten, dem sie so vertrauen können, wie die Deutschen dem Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe vertrauen.

Es ist nicht ganz falsch, wenn die Kanzlerin sagt, »der Euro ist Europa«. Aber:

Europa ist sehr viel mehr als der Euro. Die EU nennt sich den Raum des Rechts, der Sicherheit und der Freiheit. Die Menschen spüren doch, wenn das eine bloße Behauptung, wenn das ein Schwafelwort, wenn das eine Lüge ist.

Europa muss ein anderes Wort sein für Demokratie. Gewiss: Der Euro ist wichtig. Aber noch viel wichtiger als der Euro sind Sozialstaatlichkeit, Rechtsstaatlichkeit und Demokratie. Nur so und nur damit wird Europa zur Heimat der Menschen.

Also: Woher kann Europas neue Kraft kommen? Die neue Kraft kommt aus den Grundrechten, die auch in Europa Geltung erhalten. Die neue Kraft kommt aus einer sozialen Politik, die den Menschen Heimat gibt. Die neue Kraft kommt aus der Stärkung des Europäischen Parlaments – als dem demokratischen Repräsentanten der Europäer. Dieses Parlament muss die Kompetenz haben, Europa ein soziales Gesicht zu geben.

Auf so ein Europa freuen wir uns.

## FORUM 1

# Eingriffe in Tarifvertragssysteme in Europa

### Prof. Dr. Bernd Waas

Ordinarius für Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht an  
der Goethe Universität in Frankfurt/Main



## I. EINLEITUNG

In nicht wenigen Mitgliedstaaten der Europäischen Union haben sich die Tarifvertragssysteme im Zeichen der Wirtschafts- und Finanzkrise spürbar – um nicht zu sagen dramatisch – verändert. In meinem Vortrag möchte ich zunächst kurz die Mechanismen beschreiben, welche diese Veränderungen bewirkt haben (II.). Sodann gilt es, einen Eindruck vom Ausmaß des Umbruchs zu vermitteln, zu dem es in der Tat vielfach gekommen ist (III.). Dies soll hier beispielhaft – mit Blick auf Griechenland, Irland, Portugal und Spanien – geschehen. Der Vortrag schließt mit einer kurzen Bewertung (IV.).

## II. MECHANISMEN

Beginnen wir also mit einem Blick auf die zu Grunde liegenden Mechanismen.

Eine Einflussnahme auf die nationalen Tarifordnungen erfolgt im Kontext der gegenwärtigen Finanz- und Wirtschaftskrise v. a. auf zwei Wegen: Zum einen durch die „Länderspezifischen Emp-

fehlungen“ des Rates der Europäischen Union im Kontext des sog. „europäischen Semesters“, zum anderen auf der Grundlage sog. „Memoranda of Understanding“ wie sie von manchen Krisenstaaten mit der sog. Troika, bestehend aus Vertretern von Europäischer Kommission, Europäischer Zentralbank (EZB) und Internationalem Währungsfonds (IWF), abgeschlossen werden und wurden.

### 1. Länderspezifische Empfehlungen

Lassen Sie mich beide Mechanismen kurz erläutern. Zunächst zu den „Länderspezifischen Empfehlungen“. Den Hintergrund hierfür bildet das so genannte „Europäische Semester für die Koordinierung der Wirtschaftspolitik“. Dieses wurde im Jahr 2011 auf Vorschlag der Europäischen Kommission eingeführt und soll ihr die frühzeitige Überprüfung der nationalen Haushalts- und Reformentwürfe ermöglichen. Das Europäische Semester enthält eine klar definierte Abfolge von Schritten. Zu diesen zählt, dass die Mitgliedstaaten alljährlich ihre Haushalts- und Reformprogramme vorlegen müssen. Diese dienen dann als Grundlage für die „Länderspezifischen Empfehlungen“,

welche von der Kommission für jeden einzelnen Mitgliedstaat erarbeitet und vorgestellt werden. Diese Empfehlungen haben eine Vielzahl von Themen zum Gegenstand. So geht es etwa um die öffentlichen Finanzen und Strukturereuerungen im Bereich der Besteuerung. Auch arbeitsmarktrelevante Fragen werden angesprochen. Die Empfehlungen sind genau dies: Empfehlungen. Sie sind also nicht bindend. Allerdings besteht die Erwartung, dass sie von den Mitgliedstaaten bei der Verabschiedung der nationalen Haushaltspläne und Politikmaßnahmen berücksichtigt werden. Ob und inwiefern sie von den Mitgliedstaaten tatsächlich einbezogen wurden, wird im jeweiligen Folgejahr evaluiert. Insofern entsteht also ein nicht zu unterschätzender Druck auf die nationalen Parlamente.

### 2. Memoranda of Understanding

Der zweite Mechanismus steht im Zusammenhang mit dem Vertrag zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM-Vertrag). Nach Art. 13 dieses Vertrags kann ein ESM-Mitglied an den Vorsitzenden des Gouverneursrats ein sog. Stabilitätshilfersuchen richten. Auf der Grundlage dieses Ersuchens mag dann eine sog. „Finanzhilfefazilität“ gewährt werden. Geschieht dies, so überträgt der Gouverneursrat der Europäischen Kommission die Aufgabe, – im Benehmen mit der Europäischen Zentralbank (EZB) und nach Möglichkeit zusammen mit dem Internationalen Währungsfonds (IWF) – mit dem betreffenden ESM-Mitglied ein Memorandum of Understanding auszuhandeln, in dem die mit der Finanzhilfefazilität verbundenen Auflagen im Einzelnen aufgeführt werden.

Sowohl über Länderspezifische Empfehlungen als auch über Memoranda of Understanding wird in beträchtlichem Umfang Einfluss auf die nationalen Tarifrechtssysteme genommen. Dies soll im Folgenden exemplarisch verdeutlicht werden.

## III. EINGRIFFE IN EINZELNEN STAATEN

### 1. Griechenland

Lassen Sie mich mit Griechenland beginnen. Will man die Umgestaltung des Tarifvertragssystems in diesem Land schildern, so lautet ein erstes Stichwort „Dezentralisierung von Tarifverhandlungen“. Dazu muss man wissen, dass in Griechenland nach herkömmlichem Verständnis bei einer Konkurrenz von Tarifverträgen das Günstigkeitsprinzip zur Anwendung kam. Von diesem Verständnis ist nach den Reformen der letzten Jahre fast nichts mehr übrig geblieben. Dabei hat sich die Entwicklung in mehreren Schritten vollzogen. Zunächst sah ein Gesetz aus dem Jahre 2010 vor, dass bei der Konkurrenz eines Firmentarifvertrags mit landesweiten Tarifverträgen oder Branchentarifverträgen der erstgenannte Tarifvertrag den Vorrang haben sollte. Dieser Vorrang sollte ihm unabhängig von seinem Inhalt gebühren, also insbesondere auch dann, wenn er aus Arbeitnehmersicht weniger günstige Arbeitsbedingungen enthielt. In einem nächsten Schritt führte der Gesetzgeber, ebenfalls noch im Jahre 2010, eine neue Kategorie von Tarifverträgen, die so genannten „speziellen Firmentarifverträge“ ein. Diese sollten abgeschlossen werden können, um, so heißt es im Gesetz, Arbeitsplätze zu retten und die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen zu erhöhen. In der Praxis erwies sich der „spezielle Firmentarifvertrag“ weitgehend als Fehlschlag, was erneut den Gesetzgeber auf den Plan rief: In einer gesetzlichen Regelung aus dem Jahre 2011 wurden die „speziellen Firmentarifverträge“ wieder abgeschafft. Doch hat der Gesetzgeber im Verhältnis von Firmentarif- und Branchentarifverträgen nunmehr klipp und klar den Vorrang der erstgenannten Tarifverträge festgeschrieben und nur nationale Tarifverträge in gewissem Umfang von diesem Vorrang ausgenommen. Bemerkenswert ist aber nicht allein die weit gehende Vorzugsstellung, die sich nach geltendem griechischem Tarifrecht für Firmentarif-



Forum 1: Prof. Dr. José João Abrantes, Helga Nielebock, Prof. Dr. Ulrike Wendeling-Schröder und Prof. Dr. Bernd Waas (v.l.n.r.)

verträge ergibt. Bemerkenswert ist vielmehr auch, dass der Gesetzgeber die zuvor bestehenden Hürden für den Abschluss derartiger Tarifverträge weitgehend abgeräumt hat. So galt in der Vergangenheit, dass Firmentarifverträge nur in Unternehmen mit wenigstens 50 Beschäftigten abgeschlossen werden konnten. Diese Schranke ist gefallen, so dass Firmentarifverträge heute auch in kleinen Unternehmen, die in Griechenland übrigens klar dominieren, vereinbart werden können. Auch waren in der Vergangenheit mit Blick auf Firmentarifverträge nur Gewerkschaften tariffähig. Heute kann grundsätzlich jeder Zusammenschluss von Arbeitnehmern in einem Unternehmen einen Firmentarifvertrag abschließen und mit dem Arbeitgeber Abweichungen von einem geltenden Branchentarifvertrag vereinbaren. Seit der Neuregelung gilt insoweit nur noch die Voraussetzung, dass derartige Vereinbarungen von mindestens

3/5 der Belegschaft getragen sein müssen.

Weit gehende Folgen haben sich in Griechenland auch hinsichtlich der Möglichkeit zur Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen ergeben. Wie in Deutschland, so ist auch in Griechenland die Geltung des Tarifvertrages an die Mitgliedschaft im tariffschließenden Verband geknüpft. Vor diesem Hintergrund und angesichts eines hier wie dort verhältnismäßig überschaubaren Organisationsgrads ist verständlich, dass die Möglichkeit der Allgemeinverbindlicherklärung große Bedeutung hatte. Mit ihr konnten Tarifverträge – durch eine Entscheidung des Arbeitsministeriums – für allgemeinverbindlich erklärt und somit auf nicht tarifgebundene Arbeitnehmer und nicht tarifgebundene Arbeitgeber erstreckt werden. Doch muss man insoweit in der Tat die Vergangenheitsform bemühen. Denn die Möglichkeit der

Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags wurde im Jahre 2012 ersatzlos gestrichen.

Auch mit Blick auf die zeitliche Geltung von Tarifverträgen hat es im griechischen Tarifrecht weitreichende Änderungen gegeben: So sieht eine Neuregelung aus dem Jahre 2012 vor, dass Tarifverträge nicht mehr, wie zuvor der Fall, zeitlich unbefristet abgeschlossen werden dürfen. Stattdessen gilt eine Maximaldauer von drei Jahren. Noch einschneidender dürften indes Neuregelungen zur Fortgeltung und Nachwirkung von Tarifverträgen sein. In der Vergangenheit wirkte ein Tarifvertrag nach seiner Beendigung weitere sechs Monate fort. Alle Arbeitnehmer, die von einem tarifgebundenen Arbeitgeber während dieses Zeitraums eingestellt wurden, konnten sich somit tariflicher Arbeitsbedingungen erfreuen. Nach Ablauf von sechs Monaten trat der Tarifvertrag in eine Phase der Nachwirkung ein. Ebenso wie in Deutschland konnten die Arbeitsvertragsparteien in diesem Zeitraum abweichende und – insbesondere auch aus Arbeitnehmersicht weniger günstige – Vereinbarungen treffen. Erklärte sich der Arbeitnehmer dazu nicht bereit, blieb es bei den Regelungen des Tarifvertrages. Nach geltendem Recht ergibt sich eine völlig andere Rechtslage: Zum einen wurde der Zeitraum der Fortgeltung des Tarifvertrags von sechs Monaten auf drei Monate verkürzt. Zum anderen wurde die Nachwirkung des Tarifvertrages, ihrem sachlichen Umfang nach, erheblich eingeschränkt. Diese erfasst nämlich neuerdings nicht mehr den Tarifvertrag im Ganzen, sondern nur noch einen Teil des tariflich geregelten Gehalts. Dies bedeutet, dass der Arbeitnehmer seine tariflichen Ansprüche in weitem Umfang verliert, wenn ein Tarifvertrag nicht durch einen anderen Tarifvertrag ersetzt wird.

Wie haben sich diese Reformen ausgewirkt? Angaben der griechischen Arbeitsinspektion zufolge hat insbesondere die Privilegierung von Firmentarifverträgen gegenüber anderen Tarifverträgen den gewünschten Effekt nicht verfehlt. Wie kaum anders zu erwarten, ist es nämlich in der Tat in

beträchtlichem Umfang zum Abschluss derartiger Verträge gekommen, wobei auffällig ist, dass diese in vielen Fällen, wie vom Gesetz vorgesehen, nicht von Gewerkschaften, sondern von informellen Zusammenschlüssen von Arbeitnehmern abgeschlossen wurden. Nach denselben Angaben haben sich auf der Grundlage entsprechender Bestimmungen der Firmentarifverträge für die betreffenden Arbeitnehmer Lohnneinbußen in der Größenordnung von 20% eingestellt.

## 2. Irland

Auch in Irland wurde das Tarifvertragssystem zuletzt nicht unerheblich umgestaltet, wobei man allerdings gleich zu Beginn sagen muss, dass hierbei neben Troika-induzierten Reformprogrammen auch verfassungsrechtliche Erwägungen eine Rolle gespielt haben. In jedem Fall gilt in Irland seit einer Neuregelung aus dem Jahre 2012, was man eine gesetzliche Härteklausele nennen könnte. Diese bestimmt, in Gestalt der neugefassten section 48A des Industrial Relations Act, dass ein Gericht einen Arbeitgeber auf Antrag für einen Zeitraum von bis zu 24 Monaten von der Verpflichtung zur Zahlung des Mindestlohns befreien kann. Dieser Mindestlohn wird für bestimmte Branchen in sog. Gemeinsamen Ausschüssen (joint labour committees) festgesetzt, die mit Vertretern der Arbeitgeber- und der Arbeitnehmerseite besetzt sind. Die Beschlüsse dieser Ausschüsse erlangen über entsprechende Verordnungen Gesetzeskraft. Von diesen Verordnungen kann nun seit der Neuregelung ein Gericht Ausnahmen zulassen. Dabei hat der Arbeitgeber darzulegen und ggf. durch Vorlage entsprechender Dokumente zu beweisen, dass die Voraussetzungen eines Härtefalls vorliegen. In materieller Hinsicht setzt die Befreiung grundsätzlich voraus, dass der Arbeitgeber auf eine Vereinbarung mit der Mehrheit der Belegschaft oder (gewerkschaftlichen oder anderweitigen) Vertretern der Mehrheit der Belegschaft verweisen kann. Diese muss die Antragstellung unterstützen. Kann der Arbeitgeber nicht auf eine derartige Vereinba-

nung verweisen, wird es für ihn schwieriger, eine Befreiung von der Verpflichtung zur Zahlung des Mindestlohns zu erlangen. Ausgeschlossen ist dies aber nicht. Allerdings müssen zusätzliche Voraussetzungen erfüllt sein. So muss in diesem Fall z. B. zur Überzeugung des Gerichts feststehen, dass im Fall der Nichtbefreiung eine erhebliche Zahl von Arbeitnehmern ihren Arbeitsplatz verlieren würde oder die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs auf längere Sicht gefährdet wäre. Auch muss der Arbeitgeber zuvor einen Einigungsversuch mit der Arbeitnehmerseite unternommen haben. Der geschilderte Mechanismus gilt übrigens nicht nur für Mindestlohnregelungen Gemeinsamer Ausschüsse, sondern auch für entsprechende Regelungen in sog. registrierten Kollektivverträgen (registered employment agreements). Auch für diese sieht das Gesetz neuerdings – unter denselben Voraussetzungen, wie sie soeben skizziert wurden – die Möglichkeit einer Befreiung des Arbeitgebers vor.

Unabhängig von diesen konkreten rechtlichen Änderungen verzeichnen Beobachter als Folge der Krise weit reichende Veränderungen der Arbeitsbeziehungen in Irland. Diese waren über mehr als 20 Jahre von einer Sozialpartnerschaft auf nationaler Ebene geprägt. Diese Sozialpartnerschaft besteht heute nicht mehr. Stattdessen haben Tarifverträge auf der Firmenebene an Bedeutung gewonnen und zwar insbesondere im Bereich der exportorientierten Branchen wie Pharmazie, medizinische Geräte und Nahrungsmittel.

### 3. Portugal

Auch in Portugal zielten die Reformbemühungen von Anfang an auf eine Dezentralisierung der Tarifverhandlungen. Schon das Memorandum of Understanding aus dem Jahre 2011 schrieb das Ziel einer sog. „organisierten Dezentralisierung“ der Kollektivverhandlungen fest. Danach sollte die verbreitete Allgemeinverbindlicherklärung durch Schärfung ihrer Voraussetzungen eingedämmt, die Fortgeltung von Tarifverträgen beschränkt

und die Vereinbarungsbefugnis von Betriebsräten mit Blick auf mögliche Regelungsgegenstände gestärkt werden. Regelungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat sollten auch in kleineren Unternehmen möglich werden. Zugleich sah das Memorandum of Understanding vor, kraft Gesetzes Bedingungen festzuschreiben, unter denen Regelungen unter Beteiligung der Betriebsräte von Branchentarifverträgen abweichen können, ohne dass es einer Zulassung derartiger Regelungen durch die Gewerkschaften bedarf. Entsprechend diesen Vorgaben wurde der Gesetzgeber bereits im Jahre 2012 tätig und bestimmte u. a., dass Branchentarifverträge – etwa mit Blick auf Fragen der Entlohnung, aber auch der Arbeitszeit – die Möglichkeit von Abweichungen durch betriebliche Vereinbarungen vorsehen können.

Im November 2013 wurde das bislang letzte Memorandum of Understanding vereinbart. Dieses legt dem zuständigen Arbeitsministerium größte Zurückhaltung bei der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen auf. Insbesondere ist das Ministerium gehalten, nachteilige Wirkungen der Allgemeinverbindlicherklärung für die Wettbewerbsfähigkeit nicht tarifgebundener Arbeitgeber bedenken. Auch wird die portugiesische Regierung aufgefordert, eine unabhängige Studie darüber vorzulegen, ob die Fortgeltung beendeter Tarifverträge nicht begrenzt werden sollte. In diesem Zusammenhang hat sich die Regierung verpflichtet, anhand von Daten Klarheit darüber zu schaffen, wie viele Tarifverträge zuletzt geändert wurden, wie viele Tarifverträge sich im Stadium der Fortgeltung befinden und wie viele Schiedsgerichtsverfahren bezüglich beendeter Tarifverträge derzeit anhängig sind. Aus einem Bericht des IWF vom Februar dieses Jahres geht hervor, dass die portugiesische Regierung – im Einvernehmen mit Europäischer Kommission, EZB und IWF – eine weitere Dezentralisierung des Tarifvertragswesens sowie eine stärkere Flexibilisierung der Löhne als eine ihrer dringlichsten Aufgaben betrachtet. Als weitere Priorität wird insoweit übrigens die Beseitigung von Anreizen zur Erhebung von Kündi-

gungsschutzklagen ausdrücklich angesprochen. Die Regierung hat im Dezember letzten Jahres einen Bericht über weitere Schritte zur Dezentralisierung von Tarifverhandlungen und zur Flexibilisierung von Löhnen vorgelegt, der derzeit vom IWF noch evaluiert wird.

Wie hat sich die portugiesische Tariflandschaft unter dem Eindruck der Reformen entwickelt? Folgt man Angaben der Gewerkschaften, dann hat die Zahl von Tarifverträgen stark abgenommen und zwar bemerkenswerterweise sowohl die von Branchen- als auch die von Firmentarifverträgen. Geradezu eingebrochen ist die Zahl von Allgemeinverbindlicherklärungen. Insbesondere auf diesen letztgenannten Umstand dürfte zurückzuführen sein, dass sich die Zahl der tarifgebundenen Arbeitnehmer von 1.9 Mio im Jahre 2008 auf 330.000 im Jahre 2012 verringert hat. Sogar auf Arbeitgeberseite wird in diesem Zusammenhang zuweilen die Befürchtung geäußert, dass das Tarifvertragssystem durch eine zunehmende Flucht aus den Arbeitgeberverbänden seine Stabilität verlieren könnte.

#### 4. Spanien

Auch in Spanien hat es in den letzten Jahren weitreichende Änderungen des Tarifvertragsrechts gegeben. Durch Reformen in den 2011 und 2012 wurden Firmentarifverträge deutlich aufgewertet. Für diese gilt das Günstigkeitsprinzip in weitem Umfang nicht, so dass auch schlechtere als die etwa nach dem Branchentarifvertrag geltenden Regelungen vereinbart werden können. U. a. in Bezug auf Fragen des Entgelts und der Arbeitszeit gehen seitdem Firmentarifverträge Verbandstarifverträgen vor. Überdies können sich Unternehmen seit der Reform der Geltung von Tarifverträgen entziehen, wenn sie über einen Zeitraum von sechs Monaten sinkende Gewinne oder Umsätze zu verzeichnen haben. Auch die Fortgeltung von Tarifverträgen (*ultraactividad*) wurde (auf ein bzw. zwei Jahre nach Beendigung des Tarifvertrags) be-

schränkt; letzteres hat Schätzungen zufolge dazu geführt, dass gegen Ende des Jahre 2013 ca. 1 Mio Arbeitnehmer ihren tarifvertraglichen Schutz verloren haben. Die Beschränkung der Fortgeltung geht auf die Länderspezifischen Empfehlungen aus dem Jahre 2011 zurück. Dort heißt es, ich zitiere in Auszügen: „Die laufende Reform des Arbeitsmarkts in Spanien muss durch eine Überarbeitung des aktuellen schwerfälligen Tarifvertragssystems ergänzt werden. Die Dominanz der regionalen und sektorweiten Verträge lässt wenig Spielraum für Verhandlungen auf Unternehmensebene. Die automatische Verlängerung von Tarifverträgen (und) die Gültigkeit nicht erneuerter Verträge tragen zur Lohnträgeit bei, wodurch die für die Beschleunigung der wirtschaftlichen Anpassung und die Wiederherstellung der Wettbewerbsfähigkeit nötige Lohnflexibilität verhindert wird.“ Dass weit reichende Änderungen des Tarifvertragssystems in Spanien durch königliche Dekrete und nicht etwa durch Parlamentsgesetze bewirkt wurden, gibt manchen Beobachtern Anlass zu zusätzlicher Kritik und wirft überdies ein Licht auf den Stellenwert der Tarifautonomie in Spanien.

Reflektiert wird dies etwa in einem Papier vom August 2013, in dem es der IWF ausdrücklich als wünschenswert bezeichnet, dass die Arbeitsbedingungen und insbesondere die Entgelte stärker an die wirtschaftlichen Bedingungen gekoppelt werden. In dem Papier heißt es (in meiner Übersetzung): „Wenn es im Sommer – in einer Phase, in der viele Tarifverträge neu verhandelt werden – zu keiner deutlichen Verbesserung der Situation kommt, sollte man dem Gedanken an eine umfassende Reform des Tarifvertragssystems näher treten; diese könnte darin bestehen, dass man entweder stärkere Abweichungsmöglichkeiten vorsieht oder insgesamt zu einem dezentralen Kollektivvertragssystem kommt.“ Gleichzeitig wird in dem Papier angeregt, die Fortgeltung von Tarifverträgen ganz zu beseitigen.

#### IV. SCHLUSS

Ich hoffe, es ist mir gelungen, einen Eindruck vom Ausmaß der Veränderungen in den nationalen Tarifsystemen zu vermitteln. Mancher Eingriff mag, im nationalen Kontext betrachtet, etwas für sich haben. So gibt es Stimmen, wonach das Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen auch zur Ausschaltung unliebsamer Wettbewerber genutzt wurde. Mancher Eingriff mag aus deutscher Sicht nicht weiter aufregend sein. So hat etwa die Verschärfung der Voraussetzungen für die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen in Portugal das portugiesische Recht nur näher an das deutsche Recht herangeführt. Dies kann allerdings nur den beruhigen, der für die Bewertung von Reformen im Ausland allein das deutsche Recht zugrunde legt. Das aber sollte man von vornherein nicht tun.

Ganz abgesehen davon ist festzuhalten, dass die meisten der geschilderten Änderungen nach jedem denkbaren Maßstab als außerordentlich weit reichend bezeichnet werden müssen. Das gilt für die Regelungen zur Tarifkollision ebenso wie für die Aufweichung der zwingenden Wirkung von Tarifverträgen, die Beschränkung ihrer zeitlichen Geltung und die Limitierung der Fortgeltung und Nachwirkung von Tarifverträgen.

Dementsprechend knüpfen sich an die Reformen zahlreiche rechtliche Fragen. Diese betreffen nicht nur das jeweilige nationale Verfassungsrecht, sondern insbesondere auch die EU-Grundrechtecharta. Fragen ließe sich beispielsweise, ob Unionsorgane durch ihre Beteiligung an der Aushandlung, dem Abschluss und der Durchsetzung der Memoranda of Understanding das in Art. 28 der EU-Grundrechtecharta verbürgte Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektiv-



Forum 1: Prof. Dr. José João Abrantes, Prof. Dr. Bernd Waas, Moderatorin Helga Nielebock und Prof. Dr. Ulrike Wendeling-Schröder (v.l.n.r.)

maßnahmen verletzen. Zu bedenken ist insoweit auch, dass Art. 153 Abs. 5 AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union) eine Kompetenz der Unionsorgane im Bereich von Arbeitsentgelt, Koalitionsrecht, Streikrecht und Ausspernungsrecht gerade ausschließt. Auch Fragen des internationalen Rechts stehen im Raum, wenn man etwa das ILO-Übereinkommen über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes aus dem Jahre 1948 bedenkt.

Neben diesen rechtlichen Bedenken steht indes ein weiteres Bedenken. Und dieses ist grundsätzlicher Natur. Die skizzierten Veränderungen in den Tarifvertragssystemen der entsprechenden Mitgliedstaaten sind samt und sonders von wirtschaftlichen Erwägungen induziert. Sie folgen, so könnte man sagen, einer rein ökonomischen Logik. Diese soll hier als solche gar nicht hinterfragt werden. Noch viel weniger soll behauptet werden, dass eine wirtschaftliche Betrachtungsweise ohne Berechtigung wäre. Nicht unterdrückt werden sollen aber umgekehrt Bedenken, die sich an die Exklusivität dieser rein ökonomischen Logik knüpfen. Diese Exklusivität und die damit verbundene Beschränkung der Sichtweise geben zu massiven Sorgen Anlass. Die Entscheidung über die Ebene, auf der Kollektivverhandlungen geführt werden sollen, die Entscheidung über die Möglichkeit der Abweichungen von Tarifverträgen, die Entscheidung über ihre Erstreckung von Tarifverträgen auf Außenseiter und die Entscheidung über die Frage ihrer Laufzeit, Fortgeltung und Nachwirkung haben, wie sich in den betreffenden Staaten gut beobachten lässt, ökonomisch messbare Folgen. Dies bedeutet aber nicht, dass sie sich auf rein quantitative Größen reduzieren ließen. Vielmehr handelt es sich um Stellschrauben eines komplizierten rechtlichen Systems. Die Frage, wie weit man diese dreht, entscheidet nicht allein über das Gleichgewicht der in diesem Rahmen geführten Verhandlungen und damit mittelbar über die „Richtigkeit“ der dabei erzielten Ergebnisse, sondern über die Stabilität des Systems insgesamt. Angesichts der rein ökonomisch induzierten Vorgaben erscheint

es aber, vorsichtig ausgedrückt, äußerst zweifelhaft, ob diese Zusammenhänge gesehen werden. Manches, was man etwa in den Memoranda of Understanding lesen kann, ist nicht geeignet, die Bedenken zu zerstreuen. So wird, um nur ein Beispiel – und zwar eines außerhalb des Tarifrechts – zu nennen, der griechischen Regierung in einem der zahlreichen Memoranda of Understanding fast beiläufig die Verpflichtung auferlegt, im Interesse der Rechtsklarheit alsbald für eine Zusammenfassung aller arbeitsrechtlichen Bestimmungen in einem einheitlichen Arbeitsgesetzbuch zu sorgen. Wenn es nur so einfach wäre! Leider liegen die Dinge, wie man gerade in Deutschland erleben konnte, wesentlich komplizierter, als sich dies mancher Ökonom erträumen mag. Die ökonomische Analyse des Rechts, also die Überprüfung des Rechts auf seine wirtschaftlichen Auswirkungen, hat in den 1960er Jahren ihren Siegeszug angetreten. Sie inspiriert heute auch viele Juristen. Die Beobachtung der Entwicklung der Tarifvertragssysteme in den Krisenstaaten gibt indes Anlass, darüber nachzudenken, ob heute nicht auch etwas anderes geboten ist: Eine vertiefte rechtliche Analyse der Ökonomie.

## FORUM 1

## Eingriffe in die Tarifvertragssysteme durch die Austeritäts- politik in Europa – Das Beispiel Portugal<sup>1</sup>

**Prof. Dr. José João Abrantes**

Juristische Fakultät der NOVA Universität Lissabon



1. Die Frage, die hier untersucht werden soll, lautet: Welche Auswirkungen hat die gegenwärtige Wirtschafts- und Finanzkrise auf die „Gesundheit“ (oder fehlende Gesundheit) der Tarifrechtsordnungen in den unter externer Finanzhilfe stehenden EU-Mitgliedsstaaten?

Ich beziehe mich natürlich auf das Beispiel Portugal.

Zuvor möchte ich daran erinnern, dass das Arbeitsrecht als Ergebnis bestimmter historischer Entwicklungen schon immer das Machtungleichgewicht zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer als der schwächeren Partei als Besonderheit hatte, ein Prinzip das sich seit der Festlegung der kollektiven Arbeitsbedingungen beobachten lässt. In diesem Rechtszweig sind das Individuelle und das Kollektiv nicht voneinander zu trennen, so dass das kollektive Handeln und seine Beziehungen zum Gesetz die Grundlage der Tarifautonomie

bilden, wobei das Kollektiv wieder Gleichgewicht in eine Beziehung bringt, die zugunsten des Arbeitgebers zutiefst unausgewogen ist.

2. Das portugiesische Arbeitsgesetzbuch von 2003 hatte diese Eigenschaften des Arbeitsverhältnisses als eine Beziehung, in der die Rechte einer der Parteien durch eine größere wirtschaftliche und soziale Machtstellung der anderen gefährdet werden können, nicht ausreichend berücksichtigt. Stattdessen ist es für eine Individualisierung dieser Beziehung und für die Vertragsfreiheit (individuelle Vertragsfreiheit) eingetreten, was zweifellos bedeutet, dass es auf eine größere Machtstellung des Arbeitgebers gesetzt hat.

Dies führt dazu, dass es in wichtigen Bereichen wie zum Beispiel der Mobilität, in welchen es wichtig wäre, dass das Gesetz Mindestanforderungen zum Schutz des Arbeitnehmers durchsetzt, bestimmte Situationen gibt, in denen das Gesetz durch individuelle Vereinbarungen verdrängt werden kann.

Das Arbeitsgesetzbuch hat zudem die kollektive Dimension dadurch geschwächt, dass es unter bestimmten Umständen das Außerkrafttreten der

<sup>1</sup> Dieser Text basiert auf einem Vortrag, den der Autor auf dem Rechtspolitischen Kongress, der am 25. März 2014 in Berlin stattfand, gehalten hat.

Der Verfasser dankt der Friedrich-Ebert-Stiftung (FES), dem Deutschen Gewerkschaftsbund (DGB) und der Hans-Böckler-Stiftung (HBS) für die Einladung zum Kongress.

Tarifverträge bestimmt. In der Tat hat das Arbeitsgesetzbuch die Regelung aus dem Gesetz über die Tarifordnung von 1979 beseitigt, gemäß welcher ein Tarifvertrag solange in Kraft geblieben ist, bis er durch einen anderen Tarifvertrag ersetzt wurde. Stattdessen kann nun jede Partei den Tarifvertrag kündigen, sodass es zum Außerkrafttreten dieses Tarifvertrages kommen kann<sup>2</sup>.

Auch Artikel 3 des Arbeitsgesetzbuchs verleiht dem Recht der Arbeitnehmer auf Tarifverhandlungen einen anderen Charakter, obwohl es sich dabei um ein Grundrecht der Arbeitnehmer handelt, welches den Fortschritt der Arbeitsbedingungen fördert und zum Prinzip des Sozialstaates gehört. Dieser Artikel 3 hat das Günstigkeitsprinzip (favor laboratoris-Prinzip) beseitigt und kollidiert, so glauben wir, mit der sich aus dem Grundgesetz ergebenden sozialen Funktion des Arbeitsrechts.

3. Dieser Prozess der „Delegitimierung“ der kollektiven Rechte der Arbeitnehmer wurde eindeutig durch das externe Eingreifen der Troika (Europäische Kommission/Internationaler Währungsfond/Europäische Zentralbank) verschärft.

Wir werden uns auf einen entscheidenden Punkt konzentrieren: Die Einführung von restriktiven Maßnahmen im Hinblick auf den Erlass von Allgemeinverbindlicherklärungen<sup>3</sup>.

Es sollte daran erinnert werden, dass diese Allgemeinverbindlichkeit für die europäischen Tarifsysteme von besonderer Bedeutung ist, da sie

seit Jahrzehnten in vielen Ländern eine hohe und stabile vertragliche Bindung sichert und die Tarifverhandlungen als zentrale Einrichtung für die Regelung der Arbeitsbedingungen und als eine der Säulen des „europäischen Sozialmodells“ unterstützt.

Wie bekannt ist, gelten die Tarifverträge unmittelbar nur für gewerkschaftlich organisierte Arbeitnehmer und Arbeitgeber, die diese unterzeichnet haben (es handelt sich um das Prinzip der Mitgliedschaft, Art. 496.º des Arbeitsgesetzbuchs). Die Allgemeinverbindlicherklärungen dienen der Harmonisierung der Lohn- und Arbeitsregeln zwischen Unternehmen des gleichen Tätigkeitsbereichs und weiten die zwischen einer Gruppe von Unternehmen und Gewerkschaften ausgehandelten Löhne und Arbeitsbedingungen auf den gesamten Sektor aus (Art. 514.º).

Aus der Sicht der Gewerkschaften gibt es oft die Sorge, dass die Allgemeinverbindlicherklärung einen Abbau der Macht der Gewerkschaften zur Folge hat, wodurch der Anreiz zum Beitritt zur gewerkschaftlichen Organisation reduziert wird. Allerdings sind die Gewerkschaften in vielen Fällen nicht in der Lage, eine umfassende vertragliche Bindung nur auf der Basis ihrer organisatorischen Macht zu sichern. Unter dieser Prämisse ermöglicht die Allgemeinverbindlicherklärung die erhebliche Ausweitung des Einflusses der Gewerkschaften über ihren organisatorischen Rahmen hinaus und die Herausbildung einer regulierenden öffentlichen Gewalt.

Aus der Sicht des Staates stellt die Allgemeinverbindlicherklärung die Möglichkeit dar, Tarifverhandlungen zu unterstützen, ohne in die Autonomie der Tarifvertragsparteien einzugreifen. Es handelt sich dabei um einen Akt, der den Regeln des Tarifvertrags den Charakter von sozialen Rechten allgemeiner Art („erga omnes“) verleiht. Mit ihr kann der Staat seine Kontrollbefugnis verstärken, ohne Verantwortung für den wesentlichen Inhalt der Regulierung übernehmen zu müssen.

2 Die Zeit zwischen der Kündigung und der wirksamen Beendigung des Tarifvertrages wird „sobrevigência“ genannt

3 Natürlich gibt es andere sehr wichtige Aspekte: Eine weitere Maßnahme, die aufgrund einer Forderung der Troika verabschiedet wurde und welche, unserer Ansicht nach, ebenfalls die Macht der Gewerkschaften schwächt, ist die neue Fassung des Artikels 491/3 des Arbeitsgesetzbuchs vom Jahr 2012, gemäß welcher die Möglichkeit der Gewerkschaften, den Abschluss von Tarifverträgen an Betriebsräte zu delegieren, nun auch von Unternehmen mit über 150 Arbeitnehmern wahrgenommen werden kann, während es bis dahin nur von Unternehmen mit mehr als 500 Arbeitnehmern ausgeübt werden konnte. Das ist auch die „Dezentralisierung“ der Tarifautonomie, über die Prof. Waas schon gesprochen hat.



Forum 1: Prof. Dr. Bernd Waas, Helga Nielebock, Prof. Dr. Ulrike Wendeling-Schröder und Prof. Dr. José João Abrantes (v.l.n.r.)

Besonders in Südeuropa hat der Erlass dieser Rechtsverordnungen dazu beigetragen, dass die Tarifunterworfenheit relativ stabil geblieben ist, obwohl es einen Rückgang der Zahl gewerkschaftlich organisierter Arbeitnehmer gibt. Allerdings kann ein Rückgang (oder sogar eine Abschaffung) zu einem deutlichen Rückgang der Tarifunterworfenheit führen.

4. Vor dem Hintergrund der gegenwärtigen Krise gibt es in vielen europäischen Staaten strukturelle Veränderungen auf Druck der Troika, die die Funktion dieser Rechtsverordnungen in Frage stellen. So war die Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) der Vorreiter bei der Befürwortung einer Politik, die für die Abschaffung dieser Rechtsverordnungen im Namen der Werte der Flexibilität und Anpassungsfähigkeit der Unternehmen eingetreten ist.

Portugal hat die Regeln über den Erlass dieser Rechtsverordnungen unter dem Vorwand der Einhaltung einer Forderung der Troika geändert.

In der Tat hat die Troika von Anfang an den Erlass von restriktiven Maßnahmen in der Verwendung der Allgemeinverbindlicherklärung als Priorität

(„structural benchmark“) gesetzt. Das Ziel war: Auferlegung der Lohnzurückhaltung, da die Lohnerhöhungen eines der größten Themen im Rahmen der Tarifverhandlungen ist.

Ein Beschluss des Ministerrats (Nr. 90/2012, 10-10, veröffentlicht am 31. Oktober) legte (sehr) restriktive Kriterien für die Ausdehnung des Geltungsbereichs von Tarifverträgen fest. Insbesondere wurde ein Quorum eingeführt, das die Bindung von mindestens 50% der Arbeitnehmer an den Tarifvertrag vor dem Erlass der Rechtsverordnung erforderte. Das bedeutet, dass Tarifverträge seitdem nur für allgemeinverbindlich erklärt werden können, wenn sie von den Arbeitgebern, die mehr als die Hälfte der Arbeitnehmer in einem Sektor vertreten, unterzeichnet wurden; in den Sektoren, in welchen die Unternehmer weniger als 50% der Arbeitnehmer vertreten, können die Tarifverträge nicht auf alle Unternehmen des Sektors ausgeweitet werden.

Dieses Kriterium gilt nur dann nicht, wenn der Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung lediglich die großen Unternehmen betrifft, d.h. „wenn der Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung die kleinen und mittleren Unternehmen

ausschließt“. Es gilt zu beachten, dass dieser Ausschluss von kleinen und mittleren Unternehmen dem Ausschluss der großen Mehrheit der nationalen Unternehmen entspricht.

5. Die neuen Kriterien werden von den Arbeitgeber- und Gewerkschaftsverbänden abgelehnt.

Die Arbeitgeberverbände argumentieren z.B. mit der Bedeutung der Allgemeinverbindlicherklärungen für die „Stabilität und den sozialen Frieden“ und für die Entwicklung der Wirtschaft und warnen vor den negativen Auswirkungen des Nichterlasses dieser Allgemeinverbindlicherklärungen insbesondere für den unlauteren Wettbewerb zwischen Unternehmen der gleichen Branche, die somit nicht die gleichen arbeitsrechtlichen Verpflichtungen haben (d.h. Sozialdumping). Ferner argumentieren sie, dass der Nichterlass von Allgemeinverbindlicherklärungen Tarifverhandlungen durch die Begrenzung des Einflusses von Gewerkschaften und Wirtschaftsverbänden hemmen kann.

Man sagt, dass die Allgemeinverbindlicherklärungen eine stabilisierende Rolle haben und von grundlegender Bedeutung sind, um unfairen Wettbewerb zwischen Unternehmen der gleichen Branche zu vermeiden. Sie „sind ein wichtiges Instrument für eine größere Nivellierung der Arbeitsbedingungen“ und tragen dazu bei, einen „gesunden Wettbewerb zwischen den Unternehmen“ zu sichern, so sagt der Handelsverband.

Der Industrieverband bringt vor, dass die Unternehmen ohne Allgemeinverbindlicherklärungen dazu neigen, aus den Verbänden, welche die Abkommen unterzeichnet haben, auszutreten, um nicht von Vereinbarungen betroffen zu werden, die weniger vorteilhafte Bedingungen für den Arbeitgeber enthalten als die im Arbeitsgesetzbuch vorgesehenen. Aus diesem Grund argumentiert der Verband, dass die Beseitigung der Allgemeinverbindlicherklärungen „zum beinahe Verschwinden der Tarifverhandlungen“ führen kann.

Der Handelsverband ist ebenfalls der Ansicht, dass Tarifverhandlungen aufgrund der „Strenge“ der neuen Kriterien für den Erlass von Allgemeinverbindlicherklärungen „gefährdet sind“: eine solche Strenge „werde zu einer Lähmung der Tarifverhandlungen in Portugal mit Auswirkungen auf verschiedenen Ebenen führen“.

Darüber hinaus warnt er davor, dass der aktuelle Verhandlungsrahmen und die in vielen Tarifverträgen noch existierenden Probleme dazu beitragen, dass der Nicht-Erlass von Allgemeinverbindlicherklärungen zu einer „Aushöhlung der Tarifverträge“ (mit sehr negativen Folgen für die Verbandslandschaft auf der Arbeitgeberseite und die Regulierung des Arbeitsmarktes) führt<sup>4</sup>.

6. Aus unserer Sicht entspricht die aktuelle neoliberale Politik einer falschen Option, die die wichtige Rolle dieser Verordnungen mit dem Ziel, die Senkung der Löhne zu erreichen, gefährdet.

Zu beachten ist, dass es in einigen europäischen Ländern (z.B. Norwegen, Schweiz) gegensätzliche Tendenzen gibt, die in den letzten Jahren zu einer Aufwertung der Verordnungen in Bezug auf die in den Tarifverträgen festgelegten Mindestlöhne geführt haben. In Deutschland zeichnet sich eine Aufwertung der Allgemeinverbindlicherklärung ab.

Wenn man beabsichtigt, dass in Zukunft der Tarifvertrag als zentrales Instrument für die Regulierung der Arbeitsbedingungen erhalten bleibt, ist es nicht die Abschaffung, sondern die Verbesserung und die Ausweitung dieser Rechtsverordnungen, die auf der Tagesordnung der Sozialpolitik stehen sollten.

<sup>4</sup> Es gilt zu beachten, dass es laut Internationalem Währungsfonds keinen Sinn macht, den Geltungsbereich der Lohnerhöhungen staatlicherseits auf Unternehmen auszuweiten, die nicht in der Lage sind, diese zu tragen. Auch einige Juristen behaupten, dass man an den Auswirkungen der Allgemeinverbindlicherklärungen Kritik üben kann, nicht zuletzt, weil es Unternehmen gibt, die sich selbst auch als Opfer des unlauteren Wettbewerbs betrachten, weil sie dadurch Vereinbarungen unterworfen werden, die sie nicht ausgehandelt haben und nicht erfüllen können.

## FORUM 1

## Zur Reform des Rechts der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen

**Prof. Dr. jur. Achim Seifert**

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Arbeitsrecht und Rechtsvergleichung, Friedrich-Schiller-Universität Jena



### A. Reformbedürftigkeit des Rechts der AVE

Die Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) von Tarifverträgen (§ 5 TVG) zeichnet sich dadurch aus, dass sie Außenseiterwettbewerb innerhalb des Geltungsbereiches des Tarifvertrages insoweit vollständig ausschaltet, als sie die arbeitsvertragliche Vereinbarung untertariflicher Arbeitsbedingungen verbietet. Diese Verallgemeinerung der Geltung der Rechtsnormen eines Tarifvertrages schützt einmal die tarifgebundenen Arbeitnehmer vor einem Unterbietungswettbewerb durch nicht tarifgebundene Arbeitnehmer und damit vor „Schmutzkonzurrenz“.<sup>1</sup> Mit der Erstreckung der Rechtsnormen eines Tarifvertrages auf Außenseiter garantiert die AVE aber zugleich auch den Schutz der von den Tarifvertragsparteien geschaffenen „autonome Ordnung des Arbeitslebens“ vor einer Aushöhlung durch Unterbietungswettbewerb der Außenseiter.<sup>2</sup> In engem Zusammenhang mit dieser Funktion steht die mit einer AVE der Rechtsnormen über eine gemeinsame Einrich-

tung der Tarifvertragsparteien (§ 4 Abs. 2 TVG) verbundene Sicherung der Funktionsfähigkeit von Gemeinsamen Einrichtungen.<sup>3</sup> Die immer wieder ins Feld geführte Funktion einer Sicherung angemessener Arbeitsbedingungen für Außenseiter besitzt demgegenüber lediglich eine nachrangige Bedeutung.<sup>4</sup>

Dieses zentrale Rechtsinstitut des Tarifvertragsrechts, das letztlich auf die grundlegenden Arbeiten von Hugo Sinzheimer zum Tarifvertragsrecht aus der Zeit vor dem Ersten Weltkrieg zurückgeht<sup>5</sup> und erstmals in § 2 Tarifvertragsverordnung (TVVO) von 1918 anerkannt wurde, hat in den vergangenen Jahren erheblich an praktischer Bedeutung verloren. Waren zum 1. Januar 2011 von ca. 67.000 ins Tarifregister eingetragenen Tarifverträgen noch 489 für allgemeinverbindlich erklärt (1,7%), bestand Anfang 1991 Allgemein-

<sup>1</sup> Statt vieler BVerfG v. 24. 5. 1977 (2 BvL 11/74), BVerfGE 44, 322 ff.

<sup>2</sup> Vgl. BVerfG v. 24. 5. 1977 (2 BvL 11/74), BVerfGE 44, 322, Rn. 61.

<sup>3</sup> BVerfG v. 15. 7. 1980 (1 BvR 24/74 u.a.), AP Nr. 17 zu § 5 TVG; BVerwG v. 3. 11. 1988 (7 C 115/86), NJW 1989, 1495, 1498; Wank, in: Wiedemann, TVG, 7. Auflage (2007), § 5, Rn. 3a.

<sup>4</sup> Dazu Seifert, in: Kempen/Zachert, TVG, 5. Auflage (2013), § 5, Rn. 6.

<sup>5</sup> Vgl. insbesondere Sinzheimer, Der korporative Arbeitsnormenvertrag, Band II, 297; ders., Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Auflage (1928), 271.

verbindlichkeit noch für 622 Tarifverträge (5,4%).<sup>6</sup> Die Gründe für diesen langfristigen Bedeutungsverlust sind mit Händen zu greifen. Sie liegen vor allem in der schon seit Jahren abnehmenden Bindenkraft der Tarifautonomie; auf immer weniger Arbeitsverhältnisse finden Tarifverträge Anwendung.<sup>7</sup> Diese schleichende „Erosion“ der Tarifautonomie schlägt auch auf die Praxis der AVE durch: Denn die 50-Prozent-Klausel des § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG führt dazu, dass für immer mehr Tarifverträge die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Erstreckung von Tarifverträgen auf Außenseiter von vornherein nicht mehr erfüllt sind. Hinzu tritt aber noch eine weitere institutionelle Ursache für den Bedeutungsverlust der AVE: Eine Erstreckung der Rechtsnormen eines Tarifvertrages kann nach § 5 Abs. 1 Satz 1 TVG nur „im Einvernehmen“ mit dem Tarifausschuss beim Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung (BMAS) erfolgen. Eine inzwischen äußerst restriktive AVE-Politik der Bundesvereinigung Deutscher Arbeitgeberverbände (BDA) hat es in den vergangenen Jahren erheblich erschwert, innerhalb des Tarifausschusses die erforderliche Mehrheit für eine AVE zu erlangen:<sup>8</sup> Sie dürfte nicht zuletzt durch die Strategie vieler Arbeitgeberverbände zu erklären sein, die „Verbandsflucht“ der vergangenen Jahre durch das Angebot von OT-Mitgliedschaften in den Verbänden zu stoppen; denn eine großzügige AVE-Politik der Arbeitgeberverbände würde den Anreiz für OT-Mitgliedschaften erheblich schmälern und die ohnehin in ihnen bestehenden organisationspolitischen Probleme noch verstärken.

Es ist vor dem Hintergrund dieser rechtstatsäch-

lichen Veränderungen nicht verwunderlich, dass in den vergangenen Jahren immer wieder eine grundlegende Reform des Rechts der AVE gefordert worden ist. Die Diskussion hierzu ist seit einigen Jahren in vollem Gange.<sup>9</sup> Einzelne Vorstöße zu einer Reform gab es bereits in der vergangenen Legislaturperiode.<sup>10</sup> Der Bundesvorstand des DGB hat am 15. November 2012 hierzu ein „Positionspapier“ vorgelegt.<sup>11</sup> Auch der Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD enthält in seinem Kapitel „Gute Arbeit“ (Ziffer 2.2.) die Absichtserklärung, „Allgemeinverbindlicherklärungen nach dem TVG anpassen und erleichtern“ zu wollen.<sup>12</sup> In Ausführung dieser Koalitionsvereinbarung hat die Bundesregierung am 2. April 2014 einen Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Tarifautonomie beschlossen, dessen Art. 5 eine weitreichende Reform des Rechts der AVE vorsieht und der in Art. 2 darüber hinaus neue Regeln über die arbeitsgerichtliche Überprüfung der Wirksamkeit einer AVE enthält. Die folgenden Überlegungen greifen diese Bestimmungen des Regierungsentwurfes zum Recht der AVE auf und unterziehen sie einer kritischen Prüfung.

## B. Die materiellen Voraussetzungen der AVE

### I. Zur geplanten Abschaffung der 50-Prozent-Klausel

Es ist bereits darauf hingewiesen worden, dass sich die in § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG verankerte Schwelle von mindestens der Hälfte der unter den

6 Zu dieser rechtstatsächlichen Entwicklung der AVE im Überblick Bispinck, Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen – vom Niedergang zur Reform?, in: WSI-Mitteilungen 2012, 496, 499 ff. m. w. N.

7 Zu Einzelheiten siehe insbesondere Ellguth/Kohaut, Tarifbindung und betriebliche Interessenvertretung: Aktuelle Ergebnisse aus dem IAB-Betriebspanel 2011, in: WSI-Mitteilungen 2012, 297 ff. m. w. N.

8 Das Präsidium der BDA hat am 20. 4. 2007 beschlossen, dass „allgemeinverbindliche Tarifverträge ... im Rahmen der Tarifautonomie die Ausnahme bleiben“ (Ziffer 3 des Beschlusses) und bringt damit zum Ausdruck, entsprechenden Anträgen nach § 5 TVG im Tarifausschuss nur ausnahmsweise zustimmen zu wollen.

9 Zu den groben Linien der Reformdiskussion statt vieler Seifert, in: Kempen/Zachert, TVG, § 5, Rn. 32 ff. m. w. N.

10 So insbesondere der Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN „Tarifvertragssystem stärken – Allgemeinverbindliche Tariflöhne und branchenspezifische Mindestlöhne erleichtern“, BT-Drucks. 17/4437, sowie der Antrag der SPD-Fraktion „Erosion des Tarifvertragssystems stoppen – Sicherung der Allgemeinverbindlichkeitsregelung von Tarifverträgen“, BT-Drucks. 17/8459.

11 Positionspapier des DGB Bundesvorstandes: Gewerkschaftliche Anforderungen an eine Reform der Allgemeinverbindlicherklärung, Berlin 15. 11. 2012.

12 Deutschlands Zukunft gestalten – Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und SPD, Dezember 2013, 48.

Geltungsbereich des künftig allgemeinverbindlichen Vertrages fallenden Arbeitnehmer bei tarifgebundenen Arbeitgebern in den vergangenen Jahren zunehmend zum Hemmnis für eine AVE von Tarifverträgen entwickelt hat. Der Kreis der danach AVE-fähigen Tarifverträge schrumpft infolge einer erodierenden Tarifautonomie, da in zahlreichen Tarifbereichen diese gesetzliche Schwelle gar nicht mehr erreicht wird. Zwar erlaubt § 5 Abs. 1 Satz 2 TVG, von der Erfüllung dieses quantitativen Erfordernisses abzusehen, wenn die AVE zur Behebung eines sozialen Notstandes erforderlich erscheint. Die Vorschrift, die im Rahmen einer Novellierung des TVG 1952 eingeführt wurde,<sup>13</sup> sollte vor allem die AVE in der Landwirtschaft erleichtern, um Niedriglöhne in diesem Wirtschaftszweig zu bekämpfen und damit mittelbar die damals starke Landflucht in die städtischen Ballungszentren einzudämmen;<sup>14</sup> bislang ist die Vorschrift jedoch kein einziges Mal zur Anwendung gekommen. Ein sozialer Notstand soll nach überwiegender Ansicht erst dann vorliegen, wenn ein erheblicher Teil der Beschäftigten eines Wirtschaftszweiges lediglich ein Arbeitsentgelt bezieht, das nahe oder unter den Regelsätzen der Sozialhilfe liegt.<sup>15</sup> Die Vorschrift kann somit allenfalls in Extremfällen die Rechtsgrundlage für eine Erstreckung von Tarifverträgen sein, deren faktische Geltung nicht die Schwelle des § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG erreicht und ist infolgedessen nicht geeignet, den Bedeutungsschwund der AVE aufzuhalten. Hinzu treten auch verfahrensrechtliche Probleme, die sich bei der Anwendung der 50-Prozent-Klausel ergeben können: Auch wenn von Amts wegen zu ermitteln ist, ob die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG vorliegen,<sup>16</sup> ist es zuweilen schwierig, aussagekräftiges Zahlenmaterial zu bekommen, um die Erfüllung des 50-Prozent-Quorums konkret darzulegen.

<sup>13</sup> Gesetz vom 11. 1. 1952 (BGBl. I S. 19).

<sup>14</sup> Vgl. BT-Drucks. 1/2396.

<sup>15</sup> Statt vieler Erfk/Franzen, 14. Auflage, TVG § 5, Rn. 14 sowie Seifert, in: Kempen/Zachert, TVG § 5, Rn. 52, jew. m. w. N.

<sup>16</sup> Statt vieler Seifert, in: Kempen/Zachert, TVG, § 5, Rn. 50 m. w. N.

Es ist deshalb in den vergangenen Jahren immer wieder gefordert worden, das 50-Prozent-Quorum des § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG zu streichen.<sup>17</sup> Auch der Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD erhebt die Streichung der Regelung zum rechtspolitischen Ziel.<sup>18</sup> In Vollzug dieses Programmes der Großen Koalition sieht Art. 5 Nr. 1 a) des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Stärkung der Tarifautonomie die Aufhebung des 50-Prozent-Quorums vor.<sup>19</sup> Die „Repräsentativität“ des Tarifvertrages, dessen AVE beantragt worden ist, soll nur noch im Rahmen der Ermittlung des öffentlichen Interesses zu berücksichtigen sein (dazu näher unten II.).

Die Streichung des derzeitigen § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG ist auch verfassungsrechtlich zulässig. Vereinzelt wird das in der Vorschrift enthaltene Repräsentativitätserfordernis zwar verfassungsrechtlich für geboten erachtet, da es einen verhältnismäßigen Ausgleich zwischen der Tarifautonomie und der Vertrags- und Berufsausübungsfreiheit der nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sicherstelle.<sup>20</sup> Unterstellt wird damit, dass der Tarifvertrag einen beträchtlichen „auto-

<sup>17</sup> So namentlich Däubler, WSI-Mitteilungen 2012, 508, 512; Zachert, WSI-Mitteilungen 2003, 413 ff.; ders., NZA 2003, 132, 134 f.

Ebenso auch der Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN „Tarifvertragssystem stärken – Allgemeinverbindliche Tariflöhne und branchenspezifische Mindestlöhne erleichtern“, BT-Drucks. 17/4437, 3 sowie Ziffer 1 des Antrages der SPD-Fraktion „Erosion des Tarifvertragssystems stoppen – Sicherung der Allgemeinverbindlichkeitsregelung von Tarifverträgen“, BT-Drucks. 17/8459, 3.

<sup>18</sup> Deutschlands Zukunft gestalten – Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, Ziffer 2.2. („Allgemeinverbindlicherklärungen nach dem Tarifvertragsgesetz anpassen und erleichtern“).

<sup>19</sup> Nur am Rande sei bemerkt, dass in einzelnen Mitgliedstaaten der EU derzeit eine gegenläufige Entwicklung zu beobachten ist: So sehen nämlich die Memoranda of Understanding, die zwischen der „Troika“ und einzelnen Krisenstaaten abgeschlossen worden sind und weitreichende Reformprogramme enthalten, u.a. auch die Einführung einer 50-Prozent-Klausel nach dem Modell des § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG für eine AVE von Kollektivverträgen vor, um die in einigen Ländern bestehende Erstreckungspraxis stark zu beschränken. Zu entsprechenden Reformen des portugiesischen Arbeitsrechts, die auf das zwischen der Portugiesischen Regierung und der „Troika“ abgeschlossene Memorandum of Understanding vom 11. 5. 2011 zurückgehen, siehe Seifert, SR 2014, 14, 22 f. m. w. N.

<sup>20</sup> So insbesondere Löwisch/Rieble, TVG, 3. Auflage (2012), § 5, Rn. 120; in diesem Sinne wohl auch Sittard, Voraussetzungen und Wirkungen der Tarifnormerstreckung nach § 5 TVG und dem AEntG, 152 f.

nomen Geltungserfolg“ besitzen müsse, um für allgemeinverbindlich erklärt werden zu können. Daran ist sicherlich zutreffend, dass ein Wegfall des 50-Prozent-Quorums nicht dazu führen darf, dass Tarifverträge, die in ihrem Geltungsbereich nur einen sehr geringen „Geltungserfolg“ besitzen, auf Außenseiter erstreckt werden; man denke etwa an die Tarifverträge, welche die Christlichen Gewerkschaften abgeschlossen haben, sofern sie überhaupt Tariffähigkeit i. S. v. § 2 Abs. 1 TVG besitzen. Die starre 50-Prozent-Grenze hat jedoch zur Folge, dass die AVE gerade dann nicht mehr die ihr zugemessenen Funktionen erfüllen kann, wenn die Tarifbindung auf der Arbeitgeberseite schwindet und eine Abstützung der tariflichen Ordnung durch eine Geltungserstreckung von Tarifverträgen unter Umständen besonders dringlich erscheint.<sup>21</sup> Diese Konsequenz ist auch und gerade mit der in Art. 9 Abs. 3 GG enthaltenen staatlichen Pflicht zur Sicherung einer funktionsfähigen Tarifautonomie nur schwer zu vereinbaren: Soll die AVE noch ihre Abstützungsfunktion erfüllen können, darf die Geltungserstreckung von Tarifverträgen nicht von der Erfüllung des 50-Prozent-Quorums abhängig sein; die Vorschrift des § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG ist deshalb verfassungsrechtlich nicht geboten.<sup>22</sup> Damit ist indessen nicht gesagt, dass das Erfordernis der Repräsentativität des Tarifvertrages vollständig verschwindet: Vielmehr wird es in das Tatbestandsmerkmal des öffentlichen Interesses (§ 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 TVG-E) verlagert und ist in diesem Rahmen zu berücksichtigen.

Auch die Rechtsprechung des BVerfG zur Erstreckung von Tarifverträgen auf Außenseiter stützt nicht die Rechtsauffassung, die 50-Prozent-Klausel des § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG sei verfassungsrechtlich geboten.<sup>23</sup> Im Kammerbeschluss vom 18. Juli

2000<sup>24</sup> zur Verfassungsmäßigkeit von § 1 Abs. 1a AEntG a.F. (= § 7 AEntG n.F.) spricht das BVerfG die Frage eines Repräsentativitätserfordernisses sogar ausdrücklich an, lässt aber offen, ob auch die Erstreckung der Tarifverträge „von im konkreten Bereich völlig unbedeutenden Koalitionen“ durch Rechtsverordnung verfassungsrechtlich zulässig wäre, und bringt damit zum Ausdruck, dass jedenfalls das Erfordernis eines Quorums von 50% von Verfassungen wegen nicht erfüllt sein muss.

## II. Konkretisierung des öffentlichen Interesses

Mit dem Wegfall der 50-Prozent-Klausel würde das Vorliegen eines öffentlichen Interesses, das eine AVE erforderlich erscheinen lässt, zur einzigen materiellen Tatbestandsvoraussetzung für eine AVE werden. Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Tarifautonomie sieht insoweit zwei Regelbeispiele eines öffentlichen Interesses vor, bei deren Vorliegen eine AVE geboten erscheint.

### 1. Überwiegende Bedeutung des Tarifvertrages

Nach § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TVG-E soll ein öffentliches Interesse gegeben sein, wenn der Tarifvertrag in seinem Geltungsbereich für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen überwiegende Bedeutung erlangt hat. Der Wortlaut des Entwurfes knüpft mit dem Merkmal der „überwiegenden Bedeutung“ des Tarifvertrages wortwörtlich an § 2 Satz 1 TVVO 1918 an und kehrt somit zum Tarifvertragsrecht der Weimarer Republik zurück.

Geht man von den zu § 2 Satz 1 TVVO 1918 anerkannten Grundsätzen aus, kommt es für die überwiegende Bedeutung eines Tarifvertrages darauf an, dass „eine gewisse Mehrheit“ der Arbeitsverhältnisse im Tarifgebiet bereits tarifgemäß gestal-

21 Ausführlich zu diesem Aspekt Greiner/Hanau/Preis, Die Sicherung der Allgemeinverbindlichkeit bei gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, SR Sonderausgabe 2014, 1, 23 ff.

22 In diesem Sinne auch Greiner/Hanau/Preis, SR Sonderausgabe 2014, 1, 23 ff.

23 Eingehender zur Rechtsprechung des BVerfG Greiner/Hanau/Preis, SR Sonderausgabe 2014, 1, 21 ff.

24 NZA 2000, 948.

tet ist.<sup>25</sup> Im Unterschied zum derzeitigen § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG käme es bei der Ermittlung dieser tatsächlichen Geltung des Tarifvertrages nicht nur auf die Arbeitsverhältnisse der tarifgebundenen Arbeitnehmer an. Vielmehr sind hierfür ausweislich der Entwurfsbegründung neben der mitgliedschaftlichen Tarifbindung „sämtliche Arbeitsverhältnisse, die tarifgemäß ausgestaltet seien, heranzuziehen“, wobei auch „inhaltsgleiche Anschlusstarifverträge, vertragliche Bezugnahmen sowie die anderweitige Orientierung des Arbeitsverhältnisses an den tariflichen Regelungen“ zu berücksichtigen seien. Die Schwelle zur überwiegenden Bedeutung ist somit leichter zu erreichen als das 50-Prozent-Quorum des noch geltenden § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG.

Nicht nachvollziehbar erscheint jedoch an der Entwurfsvorschrift, dass die überwiegende Bedeutung eines Tarifvertrages für sich genommen ein öffentliches Interesse an einer AVE des Tarifvertrages und an einer Ausschaltung von Außenseiterwettbewerb rechtfertigen soll. Der Umstand, dass sich ein Tarifvertrag in seinem Geltungsbereich durchgesetzt hat und von der Mehrheit der betroffenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer praktiziert wird, rechtfertigt noch nicht seine Erstreckung auf die Arbeitsverhältnisse der Außenseiter, für die der Tarifvertrag nicht gilt. Es müssen noch weitere Umstände hinzukommen, die das öffentliche Interesse an einer AVE dieses Tarifvertrages begründen können: Zu denken ist etwa an das Nachvollziehen eines anerkannten Interesses des Gesetzgebers durch die Tarifvertragsparteien (z.B. Schaffung einer tarifvertraglichen Zusatzversorgung oder der tarifvertraglichen Vermögensbildung nach dem 5. VermBG).<sup>26</sup>

## 2. Absicherung der Wirksamkeit tarifvertraglicher Normsetzung

Nach dem Regelbeispiel des § 5 Abs. 1 Satz 2

<sup>25</sup> Statt vieler Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Zweiter Band, 3.-5. Auflage (1932), 321 m. w. N.

<sup>26</sup> Vgl. z.B. BAG v. 28. 3. 1990 (4 AZR 536/89), AP Nr. 25 zu § 5 TVG.

Nr. 2 TVG-E soll eine AVE auch bei Fehlen einer überwiegenden Bedeutung des Tarifvertrages im öffentlichen Interesse geboten sein, wenn die Tarifvertragsparteien darlegen, dass die Absicherung der Wirksamkeit der tarifvertraglichen Normsetzung gegen die Folgen wirtschaftlicher Fehlentwicklung eine AVE verlangt. So können auch weiterhin die Aushöhlung einer tarifvertraglichen Ordnung durch einen Unterbietungswettbewerb von Außenseitern oder auch die Schaffung eines angemessenen Schutzes für Außenseiter bei der Konkretisierung des öffentlichen Interesses berücksichtigt werden.

Zu Recht weist die Entwurfsbegründung allerdings darauf hin, dass auch die „Stützung der tariflichen Ordnung“ mit den Mitteln der AVE nur insoweit zulässig ist, als der Tarifvertrag, der für allgemeinverbindlich erklärt werden soll, eine gewisse Repräsentativität aufweist: Unter Bezugnahme auf den Beschluss des BVerfG vom 18. Juli 2000<sup>27</sup> zur Verfassungsmäßigkeit von § 1 Abs. 3a AEntG a.F. (= § 7 AEntG n.F.) macht die Begründung des Entwurfes zutreffend deutlich, dass eine AVE von Tarifverträgen „von im konkreten Bereich völlig unbedeutenden Koalitionen“ ausgeschlossen ist. Die Grenzziehung dürfte im Einzelfall zu Problemen führen. Mit Blick auf den Wegfall des 50-Prozent-Quorums kann aber ein Quorum von weniger als 50% ausreichen (dazu oben I), wobei neben der Tarifbindung auch andere Formen der Orientierung am Tarifvertrag zu berücksichtigen sein dürften.

## 3. Weitere Kriterien für das öffentliche Interesse

Das öffentliche Interesse an einer AVE ist nicht auf die Tatbestände von § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 TVG-E beschränkt. Es kann sich auch aus weiteren Umständen ergeben. Denn bei den Tatbeständen des § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 2 TVG-E handelt es sich lediglich um Regelbeispiele. Es kann deshalb

<sup>27</sup> 1 BvR 948/00, NZA 2000, 948.

auch an den bisher geltenden Grundsätzen zu § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 TVG angeknüpft werden um den Begriff des öffentlichen Interesses zu konkretisieren. So kann auch ein öffentliches Interesse an der Funktionsfähigkeit von gemeinsamen Einrichtungen bestehen, die nicht unter § 5 Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 bis 5 TVG-E fallen<sup>28</sup>. Namentlich gemeinsame Einrichtungen über die berufliche Weiterbildung, wie sie in einigen Branchen von den Tarifvertragsparteien geschaffen worden sind,<sup>29</sup> sind deshalb auch nach dem Gesetzesentwurf einer AVE zugänglich. Außerdem dürfte nach wie vor zulässig sein, ein öffentliches Interesse an einer AVE darauf zu stützen, dass die Tarifvertragsparteien mit ihrem Tarifvertrag ein anerkanntes Interesse des Gesetzgebers nachvollzogen haben: Zu denken ist hier etwa an die Schaffung einer tarifvertraglichen Zusatzversorgung nach den Regeln des BetrAVG oder an eine tarifvertragliche Vermögensbildung nach dem 5. VermBG.<sup>30</sup>

### III. Besonderheiten bei der AVE von Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen

Eine Sonderregelung für die AVE der Rechtsnormen von Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, die zur Sicherung von deren Funktionsfähigkeit erfolgt, enthält § 5 Abs. 1a TVG-E. Eine AVE von Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen ist durchaus bereits nach § 5 Abs. 1 TVG-E möglich: Denn die Sicherung der Funktionsfähigkeit einer gemeinsamen Einrichtung durch eine AVE kann auch nach der neuen Regelung im öffentlichen Interesse geboten erscheinen.<sup>31</sup> Die Besonderheit der Vorschrift des § 5 Abs. 1a TVG-E liegt darin, dass eine nach ihr erfolgende AVE in ihrer Verknüpfung mit § 5 Abs. 4 TVG-E Arbeitgeber dazu zwingt, den für

allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag über die gemeinsame Einrichtung auch dann einzuhalten, wenn sie nach § 3 TVG an einen anderen Tarifvertrag gebunden sind. Ist ein Arbeitgeber z.B. aufgrund seiner Mitgliedschaft in einem anderen Arbeitgeberverband nach § 3 Abs. 1 TVG an die Rechtsnormen eines anderen Tarifvertrages gebunden, verdrängt eine AVE nach § 5 Abs. 1a TVG-E ihn aus seiner mitgliederschäftlich gewollten Tarifbindung insoweit, wie die Rechtsnormen der beiden Tarifverträge miteinander kollidieren. Der AVE von Rechtsnormen eines Tarifvertrages über gemeinsame Einrichtungen soll somit eine mit § 8 Abs. 2 AEntG vergleichbare Verdrängungswirkung beigelegt werden. Die normalerweise bei einer solchen Tarifkonkurrenz zur Anwendung kommenden Grundsätze<sup>32</sup> würden bei einer AVE nach § 5 Abs. 1a TVG-E mithin nicht eingreifen.

Eine solche durchschlagende Wirkung der AVE ist allerdings auf Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen beschränkt, die einen vom Gesetzgeber als sozialpolitisch erwünscht angesehenen Kreis von Gegenständen regeln. Der Privilegierung unterliegen folgende, in § 5 Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 bis 5 TVG-E abschließend aufgezählte Gegenstände: Erholungsurlaub sowie ein (zusätzliches) Urlaubsgeld, eine betriebliche Altersversorgung nach dem BetrAVG, die Auszubildendenvergütung oder die Ausbildung in überbetrieblichen Bildungsstätten, eine zusätzliche betriebliche oder überbetriebliche Vermögensbildung sowie der Lohnausgleich bei Arbeitszeitausfall, Arbeitszeitverkürzung oder Arbeitszeitverlängerung. Der Entwurf räumt somit den in § 5 Abs. 1a Satz 1 TVG-E aufgelisteten gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien einen höheren sozialpolitischen Stellenwert als den Tarifverträgen der anders organisierten Arbeitgeber ein. Sicherlich weisen die in § 5 Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 bis 5 TVG-E aufgezählten Gegenstände eine besondere sozialpolitische Bedeutung auf und bilden einen großen Teil der in

28 Zu § 5 Abs. 1a TVG-E näher unten III.

29 Vgl. die Beispiele bei Seifert, in: Kempen/Zachert, TVG, 5. Auflage (2013), § 5, Rn. 301 m. w. N.

30 Für eine tarifvertragliche Zusatzrente siehe BAG v. 28. 3. 1990 (4 AZR 536/89), AP Nr. 25 zu § 5 TVG; vgl. auch Wank, in: Wiedemann, TVG, § 5, Rn. 73.

31 Vgl. oben B. II. 2.

32 Zur Auflösung von Tarifkonkurrenzen statt vieler Seifert, in: Kempen/Zachert, TVG § 5, Rn. 82 ff. m. w. N.

der Tarifpraxis verbreiteten gemeinsamen Einrichtungen ab. Wenig nachvollziehbar ist indessen, dass z.B. gemeinsame Einrichtungen über Fragen der beruflichen Weiterbildung, wie sie in einigen Branchen bestehen,<sup>33</sup> nicht zum Kreis der privilegierten Gegenstände gehören. Gerade weil der gesetzliche Rahmen für die berufliche Fort- und Weiterbildung immer noch unterentwickelt ist und insoweit großer Nachholbedarf besteht, sollte eine tarifvertragliche Förderung derselben durch Errichtung von gemeinsamen Einrichtungen bei der AVE nicht schlechter gestellt sein als die in § 5 Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 bis 5 TVG-E genannten gemeinsamen Einrichtungen.

Verfassungsrechtlich stellt die Verdrängung der anders organisierten Arbeitnehmer und Arbeitgeber aus ihrer mitgliedschaftlich gewollten Tarifbindung durch eine AVE nach § 5 Abs. 1a TVG-E einen Eingriff in deren positive Koalitionsfreiheit sowie in die kollektive Koalitionsfreiheit der Tarifvertragsparteien dar, deren Tarifvertrag nach § 5 Abs. 4 TVG-E verdrängt wird. Insoweit stellen sich vergleichbare verfassungsrechtliche Fragen wie bei der Verdrängungswirkung einer Rechtsverordnung nach § 8 Abs. 2 AEntG, deren Vereinbarkeit mit Art. 9 Abs. 3 GG immer wieder in Zweifel gezogen worden ist.<sup>34</sup> Zwar ist nicht zu verkennen, dass eine Verdrängung anderer Tarifverträge durch einen nach § 5 Abs. 1a TVG-E für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag die Tarifbindung anders organisierter Arbeitnehmer und Arbeitgeber jedenfalls partiell entwerten kann: Immerhin handelt es sich bei den in § 5 Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 bis 5 TVG-E aufgezählten Gegenständen um Bereiche, die Arbeitnehmern einen nicht unwesentlichen sozialen Schutz vermitteln; man denke nur an Fragen des Erholungsurlaubs und der Betriebsrenten. Gleichwohl führen die mit einer solchen AVE nach § 5 Abs. 1a und 4 TVG-E verbundenen

Eingriffe in Art. 9 Abs. 3 GG nicht zu einer Verletzung des Grundrechts auf individuelle positive und kollektive Koalitionsfreiheit. Dafür ausschlaggebend ist die Überlegung, dass ohne eine solche Erstreckungswirkung in Konstellationen der Tarifpluralität die Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit einer als sozialpolitisch erwünschten gemeinsamen Einrichtung unter Umständen nicht aufrecht erhalten werden kann;<sup>35</sup> in Ermangelung einer tarifvertraglichen gemeinsamen Einrichtung müsste der Gesetzgeber gegebenenfalls selbst eine Regelung der Frage treffen. Für die Lösung des § 5 Abs. 1a und 4 TVG-E spricht somit zentral der Auftrag des Art. 9 Abs. 3 GG, die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie zu sichern. Den Verfassungspositionen der betroffenen Außenseiter wird dabei in einer dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügenden Weise Rechnung getragen: Denn die Entwertung der Tarifbindung der anders organisierten Arbeitnehmer und Arbeitgeber erfolgt nur punktuell, nämlich für die in § 5 Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 bis 5 TVG-E genannten Gegenstände, und auch nur für die Dauer der AVE. Auch stellt der in § 5 Abs. 1a Satz 3 TVG-E enthaltene Verweis auf § 7 Abs. 2 AEntG sicher, dass der für allgemeinverbindlich zu erklärende Tarifvertrag die erforderliche Repräsentativität aufweist.

## C. Formelle Voraussetzungen

Bei den formellen Voraussetzungen der AVE wirft der Regierungsentwurf vor allem im Hinblick auf das Antragerfordernis (I.), die Beteiligung des Tarifausschusses (II.) sowie die Publizität der AVE (III.) Fragen auf.

### I. Antragerfordernis

Bislang reicht der Antrag einer Tarifvertragspartei aus, um das Verfahren nach § 5 TVG in Gang

<sup>33</sup> Zu gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien über die berufliche Aus- und Weiterbildung Seifert, in: Kempen/Zachert, TVG § 4, Rn. 301 m. w. N. aus der Tarifpraxis.

<sup>34</sup> So z.B. Thüsing, ZfA 2008, 590, 636 ff.; Willemsen/Sagan, NZA 2008, 1216, 1218 ff.; Sodann/Zimmermann, NJW 2009, 2001 ff.

<sup>35</sup> In diesem Sinne auch Greiner/Hanau/Preis, SR Sonderausgabe 4/2014, 1, 11 ff. m. w. N.

zu setzen. Auch § 3 TVVO 1918 machte die AVE vom Antrag zumindest einer der Tarifvertragsparteien abhängig. § 5 Abs. 1 Satz 1 TVG-E verlangt hingegen einen gemeinsamen Antrag der Tarifvertragsparteien, um einen Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklären zu lassen. Nach der Entwurfsbegründung soll mit dieser Erschwerung der Einleitung des AVE-Verfahrens gewährleistet sein, „dass die Abstützung der tariflichen Ordnung aus Sicht sämtlicher Parteien des Tarifvertrages erforderlich erscheint“.<sup>36</sup> Das Erfordernis eines gemeinsamen Antrages auf Erstreckung der Rechtsnormen eines Tarifvertrages besteht bereits für den Erlass von Rechtsverordnungen nach § 7 Abs. 1 AEntG sowie für die verbindliche Festsetzung von Lohnuntergrenzen nach § 3a Abs. 1 AÜG; insoweit würde also unabhängig von der Rechtsform der Tarifierstreckung ein einheitliches Antragserfordernis für die Ausweitung der Rechtsnormen von Tarifverträgen auf Außenseiter gelten.

Sicherlich wird diese Erschwerung der Verfahrenseröffnung nicht stets eine AVE verhindern. Denn nicht selten vereinbaren die Tarifvertragsparteien in den Tarifverträgen, deren AVE sie beabsichtigen, ausdrücklich die Pflicht, gemeinsam einen Antrag nach § 5 Abs. 1 Satz 1 TVG zu stellen, gerade auch, um die besondere Bedeutung einer AVE ihres Tarifvertrages zu unterstreichen.<sup>37</sup> Trotzdem kann die geplante Neuregelung des Antragserfordernisses nicht überzeugen. Es sind nämlich durchaus Fallgestaltungen denkbar, in denen die Tarifvertragsparteien über eine AVE ihres Tarifwerkes unterschiedliche Einschätzungen haben: Gerade die von Arbeitgeberverbänden in vielen Wirtschaftszweigen geschaffene OT-Mitgliedschaft als Bremse der Verbandsflucht kann dazu führen, dass Arbeitgeberverbände an einer AVE der von ihnen abgeschlossenen Tarifverträge aus organisationspolitischen Gründen ein geringeres Interesse als früher haben, da eine Erstreckung der Tarifverträge auf ihre OT-Mitglieder die Wirkungen

der OT-Mitgliedschaft praktisch verpuffen lassen würde. Mit Blick darauf, dass es bei der AVE um eine Abstützung der Tarifautonomie und damit letztlich um den Schutz des Grundrechts aus Art. 9 Abs. 3 GG geht, kann es aber für die Verfahrenseröffnung nicht darauf ankommen, dass die Tarifvertragsparteien gemeinsam den Antrag auf AVE stellen. Es muss auch gegen den Willen einer Tarifvertragspartei möglich sein, eine Erstreckung der Rechtsnormen des Tarifvertrages zu beantragen und das Verfahren nach § 5 TVG in Gang zu setzen. Das im Regierungsentwurf vorgesehene Erfordernis eines gemeinsamen Antrages der Tarifvertragsparteien dürfte somit die AVE eher schwächen und sollte deshalb noch einmal überdacht werden.

## II. Einschränkung der Beteiligung des Tarifausschusses

Eine AVE kann nach § 5 Abs. 1 Satz 1 TVG lediglich unter der Voraussetzung erfolgen, dass sie im Einvernehmen mit dem Tarifausschuss beim BMAS erfolgt. Auch der Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Tarifautonomie hält an dieser Regel fest. Somit würde es dabei bleiben, dass lediglich bei einer Tarifierstreckung nach § 7 AEntG und bei der verbindlichen Festsetzung von Lohnuntergrenzen nach § 3a AÜG der Tarifausschuss in abgeschwächter Weise zu beteiligen ist.<sup>38</sup>

Bei dem Tarifausschuss handelt es sich um einen aus je drei Vertretern der Spitzenorganisationen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer bestehenden Ausschuss (§§ 5 Abs. 1 Satz 1, 5 Abs. 5 Satz

<sup>36</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Tarifautonomie, 48.

<sup>37</sup> Siehe z.B. § 17 Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe (BRTV) v. 4. 7. 2002.

<sup>38</sup> Vor dem Erlass von Rechtsverordnungen nach § 7 AEntG ist der Tarifausschuss nur bei einem erstmaligen Antrag mit der Sache zu befassen und kann bei einem negativen Votum nicht verhindern, dass die Tarifierstreckung gleichwohl erfolgt, wenn die Rechtsverordnung durch die gesamte Bundesregierung erlassen wird (vgl. § 7 Abs. 5 AEntG). Nach § 3a Abs. 5 Satz 3 AÜG ist der Tarifausschuss mit einem Vorschlag auf verbindliche Festsetzung einer Lohnuntergrenze für Leiharbeiter nur zu befassen; dazu näher Seifert, in: Kempen/Zachert, TVG, Anhang 3 zu § 5 TVG, § 3a AÜG, Rn. 10.

1 TVG).<sup>39</sup> In das AVE-Verfahren sind somit auch Vertreter von Koalitionen einbezogen, die nicht Parteien des zu erstreckenden Tarifvertrages sind. Durch die Beteiligung des Tarifausschusses können mögliche Auswirkungen der beantragten AVE auf andere Wirtschaftszweige und die Gesamtwirtschaft in die Entscheidung des BMAS eingespeist werden: Denn schließlich bringen die Spitzenorganisationen der Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände die verschiedensten Interessen von Berufsgruppen und Branchen zum Ausgleich.<sup>40</sup> Allerdings ist das Erfordernis des Einvernehmens mit dem Tarifausschuss in den vergangenen Jahren wegen der äußerst restriktiven AVE-Politik der BDA zunehmend in die Kritik geraten, da es sich immer wieder als Hemmschuh für eine Erstreckung von Tarifverträgen erwiesen hat.<sup>41</sup>

Das derzeit bestehende Erfordernis eines Einvernehmens mit dem Tarifausschuss ist verfassungsrechtlich nicht geboten. Es wäre deshalb durchaus zulässig, de lege ferenda die Beteiligung des Ausschusses abzuschwächen. Praktische Bedeutung hat die Verfassungskonformität der Beteiligung des Tarifausschusses im Rahmen der Diskussion um die Einführung der Verordnungsbefugnis des § 1 Abs. 3a AEntG a. F. (= § 7 AEntG n. F.) im Jahre 1998 erlangt.<sup>42</sup> Namentlich Scholz und Löwisch haben die Auffassung vertreten, die derzeitige Ausgestaltung der Beteiligung des Tarifausschusses sei

verfassungsrechtlich zwingend vorgegeben.<sup>43</sup> Zur Begründung wird zum einen auf den Beschluss des BVerfG vom 24. Mai 1977 zur Verfassungsmäßigkeit der AVE verwiesen,<sup>44</sup> wonach Art. 9 Abs. 3 GG eine Beteiligung der Spitzenorganisationen beider Seiten am Verfahren verfassungsrechtlich gebiete.<sup>45</sup> Zum anderen wird die kollektive Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) ins Feld geführt,<sup>46</sup> die auch den Grundsatz der Koalitionsparität einschließe, welcher „auch im Verfahren der Tarifautonomie beiden tarifvertraglichen Seiten [...] ein gleichgewichtiges Beteiligungsrecht wie ein Maß gleichgewichtiger Chancengleichheit“<sup>47</sup> gewährleiste. Diese Argumentation vermag indessen eine verfassungsrechtliche Zementierung der derzeitigen Stellung des Tarifausschusses nicht zu stützen: Denn es ist nicht ersichtlich, warum der Art. 9 Abs. 3 GG immanente Gedanke einer chancengleichen kollektiven Aushandlung der Arbeitsbedingungen es gebieten soll, dass die im Tarifausschuss repräsentierten und an den Tarifverhandlungen nicht beteiligten Spitzenorganisationen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern ein Vetorecht gegen eine AVE besitzen, und warum die Abschwächung ihrer Position zu einer Störung der Koalitionsparität führen soll. Dass die Entscheidung des BVerfG vom 24. Mai 1977 für die Frage nichts hergibt, lässt sich bereits der Bemerkung des Gerichts entnehmen, offen lassen zu wollen, „ob gerade die heute geltende Regelung verfassungsrechtlich geboten [sei]“. Die 2. Kammer des Ersten Senats des BVerfG geht in ihrer

39 Zu Zusammensetzung und Arbeitsweise des Tarifausschusses näher Seifert, Der Tarifausschuss beim Bundesministerium für Arbeit und Soziales, in: Jens M. Schubert (Hrsg.), Anforderungen an ein modernes kollektives Arbeitsrecht – Festschrift für Otto Ernst Kempfen, Baden-Baden 2013, 196 ff. m. w. N.

40 Zu dieser zentralen Funktion des Tarifausschusses eingehend Seifert, FS Kempfen, 196, 207.

41 Dazu oben die Nachweise in Fußnote 9.

42 Für einen Überblick über diese verfassungsrechtliche Diskussion siehe Fritz Ossenbühl, Tarifautonomie und staatliche Gesetzgebung, 131-137 sowie Sittard, Voraussetzungen und Wirkungen der Tarifnormerstreckung nach § 5 TVG und dem AEntG, 461 ff., jeweils m. w. N.

43 Scholz, Anm. zu BVerfG 18. 7. 2000 – 1 BvR 948/00, SAE 2000, 266 (269); ders., FS Vogel (2000), 375 (381 f.); ders., RdA 2001, 193 (196). Ebenso von der Verfassungswidrigkeit ausgehend Löwisch, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung vom 26. 11. 1998, Ausschuss für Arbeit und Sozialordnung, Ausschuss-Drucks. 49, 51 (55); ähnlich v. Danwitz, RdA 1999, 322 (326).

44 2 BvL 11/74, AP Nr. 15 zu § 5 TVG.

45 So insbesondere Löwisch, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung vom 26. 11. 1998, Ausschuss für Arbeit und Sozialordnung, Ausschuss-Drucks. 49, 51 (55); v. Danwitz, RdA 1999, 322 (326); wohl auch Scholz, SAE 2000, 266 (268 f.).

46 Scholz, SAE 2000, 266 (269); ders., FS Vogel (2000), 375 (381 f.); ders., RdA 2001, 193 (196).

47 Vgl. Scholz, SAE 2000, 266 (269).

Nichtannahmeentscheidung vom 18. Juli 2000<sup>48</sup> sogar noch weiter, wenn sie die Vereinbarkeit der Verordnungsbefugnis des § 1 Abs. 3a AEntG a. F. (= § 7 AEntG n. F.) insbesondere mit dem Grundrecht der positiven und negativen Koalitionsfreiheit sowie mit Art. 80 GG erklärt und somit auch eine Geltungserstreckung ohne die Beteiligung des Tarifausschusses als verfassungsrechtlich zulässig ansieht. Im gleichen Sinne lässt sich das Urteil des BVerfG vom 11. Juli 2006 zur Verfassungsmäßigkeit des Berliner Tarifreuegesetzes lesen:<sup>49</sup> Denn das Gericht sah in der mit einer vergaberechtlichen Tarifreuepflicht verbundenen Erstreckung von Tarifverträgen ohne Einhaltung des in § 5 TVG ausgeformten Verfahrens und damit auch ohne Beteiligung des Tarifausschusses keinen Verstoß gegen das Grundrecht der Koalitionsfreiheit.

Die Beteiligung der Spitzenverbände innerhalb des AVE-Verfahrens sollte deswegen jedoch nicht bedeutungslos sein. Immerhin können sie abschätzen, wie sich die Erstreckung eines bestimmten Tarifvertrages auf Außenseiter auf andere Wirtschaftszweige und deren Märkte auswirken kann. Die Einbeziehung dieses gesamtwirtschaftlichen Sachverstandes der Spitzenorganisationen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern kann aber auch auf andere Weise als nach gegenwärtiger Rechtslage erfolgen. So ist beispielsweise denkbar, das Erfordernis eines Einvernehmens mit dem Tarifausschuss nach § 5 Abs. 1 Satz 1 TVG durch eine gesetzliche Pflicht zu dessen Anhörung zu ersetzen und dem Ausschuss oder den in ihm vertretenen Gruppen aufzugeben, eine schriftliche Stellungnahme zu dem AVE-Antrag zu verfassen, die anschließend zu veröffentlichen ist. Auf diese Weise würden die Argumente für und wider eine AVE im konkreten Verfahren stärker ins Licht der Öffentlichkeit gezogen und es könnte eine offenere Auseinandersetzung um die Sinnhaftigkeit einer AVE geführt werden. Auch würde die Verweigerungs-

haltung etwa der Arbeitgeberseite deutlicher zutage treten.

Eine Neuordnung der Beteiligung des Tarifausschusses sollte entgegen einer wiederholt geäußerten Ansicht<sup>50</sup> indessen nicht so weit gehen, die antragstellenden Tarifvertragsparteien einzubeziehen, etwa durch Einräumung eines Teilnahmerechts an den Beratungen des Tarifausschusses oder eines beratenden Stimmrechts.<sup>51</sup> Gegen eine solche Beteiligung spricht vor allem die Gefahr von Interessenkollisionen: Denn sie würde denjenigen ein Mitentscheidungsrecht bei der AVE einräumen, die diese aufgrund eines Antrages begehren und die von ihr zugleich auch den größten Nutzen ziehen würden. Überdies ist eine solche Einbindung der Tarifvertragsparteien in das Verfahren vor dem Tarifausschuss auch nicht notwendig, da deren Beteiligungsmöglichkeiten schon nach geltendem Recht ausreichend gesichert sind. So können diese in der vom BMAS nach § 4 Abs. 1 TVG-DVO zu bestimmenden Frist zu ihrem Antrag schriftlich Stellung nehmen. Darüber hinaus haben sie die Möglichkeit, im Rahmen der vom BMAS anzuberaumenden öffentlichen Verhandlung des Tarifausschusses (§ 6 Abs. 1 Satz 1 TVG-DVO), die nach Ablauf der Frist für die Stellungnahme stattzufinden hat (§ 6 Abs. 1 Satz 2 TVG-DVO), nochmals ihre wesentlichen Argumente für die beantragte AVE vor dem Tarifausschuss vorzubringen und dagegen vorgebrachte Gegenargumente zu entkräften. Weitergehender Rechte der antragstellenden Tarifvertragsparteien bedarf es nicht.

### III. Publizität der AVE

Reformbedarf besteht auch im Hinblick auf die Regeln über die Publizität der AVE. Nach § 5 Abs. 7

<sup>48</sup> Vgl. BVerfG 18.7.2000 (1 BvR 948/0), NZA 2000, 948.

<sup>49</sup> BVerfG v. 11.7.2006 (1 BvL 4/00), NZA 2007, 42 ff.; zu Inhalt und Wirkungsweise von vergaberechtlichen Tarifreuepflichten näher Seifert, ZfA 2001, 1 ff.

<sup>50</sup> Vgl. den Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN „Tarifvertragssystem stärken – Allgemeinverbindliche Tariflöhne und branchenspezifische Mindestlöhne erleichtern“, BT-Drucks. 17/4437, 3 und 6; ebenso Nr. 2a) des Antrages der SPD-Fraktion „Erosion des Tarifvertragssystems stoppen – Sicherung der Allgemeinverbindlichkeitsregelung von Tarifverträgen“, BT-Drucks. 17/8459, 3 und 4.

<sup>51</sup> Zum Folgenden ausführlicher Seifert, FS-Kempen, 196, 208 ff.

TVG und § 11 Satz 1 TVG-DVO ist die erfolgte AVE im Bundesanzeiger zu veröffentlichen. Allerdings erfolgt die Veröffentlichung ohne den Text des erstreckten Tarifvertrages, so dass die Publizitätswirkung erheblich eingeschränkt ist. Nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind darauf verwiesen, von einer der Tarifvertragsparteien die Anfertigung einer Abschrift des Tarifvertrages zu verlangen, worauf sie gegen Auslagenerstattung einen Anspruch aus § 9 Abs. 1 TVG-DVO haben; nicht tarifgebundene Arbeitnehmer, die im Betrieb eines tarifgebundenen Arbeitgebers beschäftigt sind, können vom Inhalt des Tarifvertrages auch im Betrieb Kenntnis nehmen, da der Arbeitgeber nach § 8 TVG verpflichtet ist, den Tarifvertrag an geeigneter Stelle auszulegen (z.B. am »schwarzen Brett« oder im Intranet des Unternehmens). Praktisch völlig ungeeignet und ohne jede Bedeutung ist die theoretisch bestehende Möglichkeit für Arbeitgeber und Arbeitnehmer, den Text des Tarifvertrages im Tarifregister des BMAS einzusehen (§ 16 Satz 1 TVG-DVO). Die von einer AVE betroffenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer können somit nur auf komplizierte Weise von den Rechtsnormen eines für ihre Arbeitsverhältnisse geltenden Tarifvertrages Kenntnis erlangen. Dasselbe gilt auch für die Arbeitsgerichte, die immerhin streiterhebliche Tarifnormen von Amts wegen zu berücksichtigen haben und nicht selten auf die Parteien angewiesen sind, um an den Text von Tarifverträgen zu gelangen.

Trotz dieser offenkundigen rechtsstaatlichen Defizite hat das BVerfG in seiner Entscheidung vom 24. Mai 1977 zur Verfassungsmäßigkeit der AVE die im TVG und der DVO-TVG vorgesehenen Publizitätsvorschriften als noch verfassungskonform angesehen, eine Überprüfung dieser Vorschriften durch den Gesetzgeber aber ausdrücklich angeregt, um „den berechtigten Bedürfnissen der Praxis mehr als bisher [zu entsprechen]“.<sup>52</sup> Dieser Anregung ist der Gesetzgeber seitdem jedoch nicht nachgekommen. Insbesondere durch die Verordnung zur

Änderung der Verordnung zur Durchführung des Tarifvertragsgesetzes vom 16. Januar 1989<sup>53</sup> sind die Vorschriften über die Bekanntmachung der AVE nicht novelliert worden. Es ist deshalb höchste Zeit, die bestehenden Publizitätsdefizite zu beseitigen.

Eine Verabschiedung von § 5 Abs. 7 TVG-E durch den Gesetzgeber würde insoweit einen gewissen Fortschritt mit sich bringen. Die Entwurfsbestimmung sieht nämlich vor, dass die Bekanntmachung der AVE auch die von ihr erfassten Rechtsnormen des Tarifvertrages umfasst. Damit würde sichergestellt, dass nicht nur die von der Erstreckungsecheidung betroffenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, sondern auch die Arbeitsgerichte vom Text des betroffenen Tarifvertrages durch den (elektronisch abrufbaren) Bundesanzeiger Kenntnis nehmen können.

Damit ist jedoch noch nicht die eigentlich erforderliche Publizität von allgemeinverbindlichen Tarifverträgen verwirklicht. Denn bei Änderungstarifverträgen erfolgt im Bundesanzeiger dann nur die Veröffentlichung des ändernden Textes, nicht aber ein Abdruck der aktuell geltenden Fassung des Tarifvertrages. In Wirtschaftszweigen wie dem Baugewerbe, in denen die AVE eine große Rolle spielt und es häufiger zum Abschluss von Änderungstarifverträgen kommt, ist damit für die von einer AVE erfassten nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber die Möglichkeit nach wie vor erschwert, von dem Text des für ihre Arbeitsverhältnisse maßgeblichen Tarifvertrages Kenntnis zu erlangen. Es sollte deshalb eine gesetzliche Pflicht vorgesehen werden, dass das Tarifregister jedenfalls die allgemeinverbindlichen Tarifverträge in ihrer jeweils geltenden Fassung veröffent-

<sup>52</sup> BVerfG v. 24. 5. 1977 (2 BvL 11/74), BVerfGE 44, 322 ff., Rn. 82.

<sup>53</sup> BGBl. I 1989 S. 76.

licht.<sup>54</sup> Das Tarifregister sollte dabei mit anderen öffentlichen Registern wie dem Handelsregister, dem Grundbuch oder dem Personenregister aufschließen, die ebenfalls einen Zugang zu den in ihnen registrierten Daten gewährleisten. Bedenkt man, dass sowohl das Handelsregister als auch das Grundbuch inzwischen weitgehend elektronisch geführt werden,<sup>55</sup> sollte man ebenfalls das Tarifregister um ein elektronisches Informationssystem ergänzen. Angeblich soll es in der vergangenen Legislaturperiode bereits einen Vorstoß des BMAS zur Schaffung eines solchen digitalisierten Tarifregisters gegeben haben.<sup>56</sup> Dieses stecken gebliebene Vorhaben sollte erneut aufgegriffen werden.

#### D. Verfahrensrechtliche Fragen

Das Recht der AVE ist auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht überholungs- und reformbedürftig. Dies ist in der Vergangenheit immer wieder kritisiert worden.<sup>57</sup> Zu begrüßen ist deshalb, dass der Regierungsentwurf eine grundlegende Neuregelung der verfahrensrechtlichen Seite der AVE in Angriff nimmt.

#### I. Konzentrierung bei den Arbeitsgerichten

Nach geltendem Recht besteht keine einheitliche Rechtswegzuständigkeit für Rechtsstreitigkeiten über die Rechtmäßigkeit einer AVE. Sie ist derzeit zwischen mehreren Gerichtszweigen aufgespalten. So ist für Streitigkeiten der Tarifvertragsparteien, konkurrierender Koalitionen oder der von der AVE erfassten nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer über die Rechtmäßigkeit einer AVE grundsätzlich der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten nach § 40 Abs. 1 VwGO eröffnet.<sup>58</sup> Rechtsstreitigkeiten zwischen einzelnen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, in deren Rahmen inzident zu prüfen ist, ob die durch eine AVE erfolgte Erstreckung der Rechtsnormen eines Tarifvertrages auf nicht tarifgebundene Arbeitgeber oder Arbeitnehmer rechtmäßig ist, gehen hingegen zu den Arbeitsgerichten und werden dort im Urteilsverfahren entschieden (§ 2 Abs. 1 ArbGG).<sup>59</sup> Denkbar ist aber auch, dass die Sozialgerichte die Wirksamkeit einer AVE inzident zu prüfen haben.<sup>60</sup> Es liegt auf der Hand, dass diese divergierende Rechtswegzuständigkeit zu unterschiedlichen Ergebnissen führen kann und nicht hinnehmbar ist.

Aus diesen Gründen erscheint die Schaffung einer einheitlichen Rechtswegzuständigkeit für Rechtsstreitigkeiten über die Rechtmäßigkeit einer AVE durchaus sinnvoll und ist auch immer wieder rechtspolitisch gefordert worden.<sup>61</sup> Mit dem Gesetz zur Stärkung der Tarifautonomie sollen Rechtsstreitigkeiten über die Wirksamkeit einer AVE bei der Arbeitsgerichtsbarkeit konzentriert werden. Ein neuer § 2a Abs. 1 Nr. 5 ArbGG weist nicht nur die Entscheidung über die Wirksam-

54 Das gegen eine Veröffentlichung von Tarifverträgen in einem elektronischen Tarifregister zuweilen geäußerte Bedenken, damit werde Gewerkschaften die Möglichkeit einer Mitgliederwerbung durch Zusendung des Tarifvertrages genommen (so vor allem Däubler/Reinecke, TVG, § 6, Rn. 10), verfängt jedenfalls nicht bei allgemeinverbindlichen Tarifverträgen: Es wäre überaus realitätsfern, zu glauben, dass Außenseiter, die den tarifvertraglichen Schutz durch die AVE „kostenlos“ erlangt haben und dadurch zu „Trittbrettfahrern“ geworden sind, einen Anreiz zum Gewerkschaftsbeitritt dadurch erlangen sollten, dass sie den Text des auch für ihr Arbeitsverhältnis geltenden Tarifvertrages bei der tarifabschließenden Gewerkschaft anfordern müssen.

55 Für das elektronische Handelsregister siehe § 9 Abs. 1 Satz 2 bis 5 HGB. Es ist abrufbar unter [www.handelsregister.de](http://www.handelsregister.de); dazu im Überblick Noack, NZG 2006, 801 ff. Auch die (meisten) Grundbücher bei den Amtsgerichten werden inzwischen elektronisch geführt: Die Rechtsgrundlage für die Umstellung der Grundbücher auf elektronische Datenbanken bilden die §§ 126-134 GBO sowie die §§ 61 ff. GBVfg.

56 Zu diesen Reformbestrebungen im Überblick Zeibig, in: Kempen/Zachert, TVG, § 6, Rn. 29 ff. m. w. N.

57 Statt vieler Treber, Gerichtliche Kontrolle von Allgemeinverbindlicherklärungen und Rechtsverordnungen nach dem AEntG, in: Arbeitsgerichtsbarkeit und Wissenschaft – Festschrift für Klaus Bepler zum 65. Geburtstag, München 2012, 557, 565 ff.

58 Vgl. statt vieler Seifert, in: Kempen/Zachert, TVG § 5, Rn. 90, 95 und 98, jew. m. w. N.

59 Vgl. z.B. BAG v. 22. 9. 1993 (10 AZR 371/92), NZA 1994, 323 f.

60 Siehe z.B. LSG Berlin-Brandenburg v. 25. 6. 2010 (L 1 KR 87/08), NZA 2011, 88.

61 So z.B. Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN „Tarifvertragssystem stärken – Allgemeinverbindliche Tariflöhne und branchenspezifische Mindestlöhne erleichtern“, BT-Drucks. 17/4437, 6 sowie der Antrag der SPD-Fraktion „Erosion des Tarifvertragssystems stoppen – Sicherung der Allgemeinverbindlichkeitsregelung von Tarifverträgen“, BT-Drucks. 17/8459, 3.

keit einer AVE nach § 5 TVG, sondern auch einer Rechtsverordnung nach den §§ 7, 7a AEntG und einer Rechtsverordnung nach § 3a AÜG der Arbeitsgerichtsbarkeit zu. Diese Entscheidung zugunsten der Arbeitsgerichtsbarkeit ist zu begrüßen, da die Arbeitsgerichte auch sonst mit Fragen des Tarifvertragsrechts befasst werden und somit eine umfassende Zuständigkeit auf diesem Gebiet erlangen.

Unklar ist, warum diese Regelung der Rechtswegzuständigkeit nicht auch für Verordnungen nach § 11 AEntG über Mindestarbeitsbedingungen im Pflegebereich gelten soll. Eine Erklärung hierfür sucht man vergeblich in der Entwurfsbegründung. Auch wenn die Sonderregeln der §§ 10-13 AEntG den Besonderheiten des Pflegebereichs und dem starken Einfluss der Kirchen Rechnung tragen sollen (Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 WRV),<sup>62</sup> rechtfertigt dies nicht, an der Rechtswegzuständigkeit der Verwaltungsgerichte festzuhalten.

## II. Beschlussverfahren als richtige Verfahrensart

Rechtsstreitigkeiten über die Wirksamkeit einer AVE sollen nach dem Entwurf im Beschlussverfahren auszutragen sein (vgl. § 2a Abs. 1 Nr. 5 ArbGG-E). Dem ist voll und ganz zuzustimmen, ist doch das Beschlussverfahren insbesondere wegen des für dieses geltenden Amtsermittlungsgrundsatzes (vgl. § 83 Abs. 1 Satz 1 ArbGG) diejenige Verfahrensart, in welcher vor allem Rechtsstreitigkeiten ausgetragen werden, deren Entscheidungen auf die Rechtsverhältnisse und die Rechtsstellung Dritter entfalten. Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Sicherung der Tarifautonomie sieht insoweit die Schaffung eines besonderen Beschlussverfahrens in einem neuen § 98 ArbGG vor. Dieses nicht nur von seiner Stellung im Gesetz, sondern auch rechtssystematisch dem Beschlussverfahren

nach § 97 ArbGG über die Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit angenäherte eigenständige Verfahren soll es ermöglichen, die Wirksamkeit einer AVE oder einer Rechtsverordnung nach § 7 AEntG mit Wirkung für und gegen jedermann verbindlich zu entscheiden.

Antragsberechtigt für die Einleitung eines solchen Beschlussverfahrens ist jede natürliche oder juristische Person sowie eine Gewerkschaft oder Arbeitgebervereinigung, die nach Bekanntmachung der AVE oder einer Rechtsverordnung nach § 7 AEntG geltend macht, durch die AVE oder deren Anwendung in ihren Rechten verletzt zu werden oder in absehbarer Zeit verletzt zu sein (§ 98 Abs. 1 ArbGG-E). Hängt die Entscheidung von der Wirksamkeit einer AVE ab, hat das Gericht das Verfahren in ein Beschlussverfahren nach § 2a Abs. 1 Nr. 5 ArbGG-E zu überführen und bis zu dessen Erledigung auszusetzen (§ 98 Abs. 6 Satz 1 ArbGG-E): Für diesen Fall räumt § 98 Abs. 6 Satz 2 ArbGG-E auch den Parteien des Ausgangsrechtsstreits die Antragsberechtigung zur Einleitung eines Beschlussverfahrens über die Wirksamkeit der streitgegenständlichen AVE ein, auch wenn es wegen des weiten Kreises der Antragsberechtigten nach § 98 Abs. 1 TVT-E nicht erforderlich gewesen wäre. In dem Beschlussverfahren nach § 2a Abs. 1 Nr. 5 und § 98 ArbGG-E ist auch das BMAS als oberste Arbeitsbehörde des Bundes parteifähig (§ 10 Satz 3 ArbGG-E).<sup>63</sup>

Das Verfahren ist stark an das Beschlussverfahren über die Entscheidung der Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit (§ 97 ArbGG) angelehnt. Für das Verfahren soll in erster Instanz dasjenige LAG zuständig sein, in dessen Bezirk die Behörde ihren Sitz hat, die den Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt hat (§ 98 Abs. 2 ArbGG-E); da die meisten AVE durch Entscheidung des BMAS erfolgen, dürfte das LAG Berlin-Brandenburg überwiegend in

<sup>62</sup> Zu diesem Hintergrund der Vorschrift siehe Seifert, in: Kempfen/Zachert, TVG, Anhang 1 zu § 5 (§ 10 AEntG), Rn. 2 m. w. N.

<sup>63</sup> Ist das Recht zur AVE oder deren Aufhebung nach § 5 Abs. 6 TVG ausnahmsweise auf die oberste Arbeitsbehörde eines Bundeslandes übertragen worden, ist auch diese im Beschlussverfahren parteifähig (vgl. § 10 Satz 3 ArbGG-E).

erster Instanz zuständig sein. Ein Novum ist, dass das LAG in erster Instanz zuständig sein soll: Die Entwurfsbegründung rechtfertigt dies mit der damit verbundenen Verfahrensbeschleunigung. Zu diskutieren wäre allerdings, ob die damit verbundene Verkürzung der Verfahrensdauer unter Umständen zu Lasten einer umfassenden Ermittlung der entscheidungsrelevanten Tatsachen gehen könnte.

Der rechtskräftige Beschluss im Verfahren nach § 2a Abs. 1 Nr. 5 ArbGG-E soll für und gegen jedermann wirken (§ 98 Abs. 4 Satz 1 ArbGG-E) und gilt entgegen dem allgemeinen verfahrensrechtlichen Grundsatz (§§ 80 Abs. 2, 46 Abs. 2 ArbGG i. V. m. § 325 ZPO) nicht nur inter partes, sondern erga omnes. Damit stellt der rechtskräftige Beschluss endgültig Rechtssicherheit über die Wirksamkeit einer streitgegenständlichen AVE her.

### E. Schluss

Mit dem Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Tarifautonomie nimmt die neue Regierungsmehrheit die seit langem überfällige Überholung und Reform des Rechts der AVE in Angriff. Insbesondere die Abschaffung des 50-Prozent-Quorums ist ein Schritt, der dazu beitragen kann, dass in Zukunft die AVE die Bedeutung, die sie in den vergangenen Jahrzehnten eingebüßt hat, zumindest teilweise wieder zurückerlangt. Auch die Konzentration von Rechtsstreitigkeiten über die Wirksamkeit einer AVE bei den Arbeitsgerichten und die Schaffung eines besonderen arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahrens in einem neuen § 98 ArbGG dürfte die AVE stärken. Ebenso ist die Steigerung der Publizität der AVE durch die Einführung einer Pflicht zur Veröffentlichung des Textes des für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages grundsätzlich zu begrüßen, wenn auch nicht weit genug gehend.

Der vorgesehene Neuregelung des Rechts der

AVE ist aber nur in Teilen geeignet, die Tarifautonomie tatsächlich zu stärken. So darf bezweifelt werden, ob dem immer wieder konstatierten Bedeutungsschwund der AVE in den vergangenen Jahren mit der Einführung des Erfordernisses eines gemeinsamen Antrages der Tarifvertragsparteien wirksam begegnet wird: Ein solches gesteigertes Antragserfordernis kann in Fällen der Uneinigkeit zwischen den Tarifvertragsparteien dazu führen, dass kein Antrag auf AVE gestellt wird und damit die der AVE zugemessene Funktion einer Abstützung der tariflichen Ordnung nicht verwirklicht werden kann. Auch ist zu befürchten, dass die mit der Abschaffung der 50-Prozent-Klausel verbundene Erleichterung der AVE verfahrensförmig dadurch wieder neutralisiert wird, dass auch in Zukunft das BMAS ein Einvernehmen mit dem Tarifausschuss herstellen muss, um einen Tarifvertrag für allgemeinverbindlich zu erklären: Gerade die sehr restriktive AVE-Politik der Arbeitgeberverbände dürfte sich dann auch in Zukunft in nicht wenigen Wirtschaftszweigen als Hemmnis für eine Erstreckung von Tarifverträgen im Wege des § 5 TVG erweisen.

Betrachtet man die Regeln zur AVE im Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Tarifautonomie im Zusammenhang, zeigt sich somit ein überaus widersprüchliches Bild. Soll die Reform des § 5 TVG tatsächlich der Stärkung der Tarifautonomie dienen, bedarf es jedenfalls hinsichtlich der vorstehend kritisierten Teile eines Überdenkens des Regierungsentwurfes.

## FORUM 2

### Arbeitszeitsouveränität im Erwerbsverlauf

**Dr. Bertram Zwanziger**  
Richter am Bundesarbeitsgericht



Forum 2 - Dr. Bertram Zwanziger im Hintergrund RAin Christina Ramb

#### I. Vorbemerkung

Arbeitsverhältnisse haben es so an sich, dass die Arbeitnehmer von ihnen zeitlich in Anspruch genommen werden, je höher die Stundenzahl, desto mehr. Das kann im Hinblick auf die damit verbundene Verdienstmöglichkeit ein erwünschter Effekt sein, es kann aber auch zu Kollisionen mit privaten Lebensplanungen führen. Das gilt insbesondere im Hinblick auf familiär bedingte Obliegenheiten oder Gestaltungswünsche. Da faktisch immer noch in erster Linie Frauen die Familienarbeit erledigen, gehen zeitliche Anforderungen der Berufstätigkeit besonders zu ihren Lasten. Regelungen zur Arbeitszeitsouveränität können dem entgegenwirken. Sie sind aber bei „Einseitigkeit“, also bei einer auf die Verringerung der Arbeitszeit beschränkte „Souveränität“ kontraproduktiv, weil sie zur dauerhaften und in dieser Hinsicht unerwünschten teilweisen Verdrängung aus dem Arbeitsleben führen – „Teilzeitfalle“.

Neben der Inanspruchnahme durch die Länge der Arbeitszeit kann auch deren Lage den

persönlichen Lebensplanungen entgegenstehen. Das klassische Beispiel dafür sind Erfordernisse der Kinderbetreuung, die von Angeboten oder Nicht-Angeboten der Betreuungseinrichtungen abhängen.

Nachfolgend sollen die bestehenden gesetzlichen Rahmenbedingungen daraufhin untersucht werden, inwieweit sie den Anforderungen an eine Arbeitszeitsouveränität des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin entsprechen<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Nicht Gegenstand der Darstellung sind die Sonderregeln im öffentlichen Dienst, wie sie sich für den Bund im Bundesgleichstellungsgesetz finden, und die auf akute Notsituationen ausgerichteten Ansprüche: § 616 BGB, § 2 Pflegezeitgesetz, § 45 Abs. 3 und 5 SGB V sowie die sich in derartigen Fällen u.U. aus § 275 Abs. 3 BGB ergebenden Rechte.

## II. Individualrechtliche Regeln

### 1. Ansprüche auf Änderung der vertraglichen Arbeitszeit

#### a) Allgemeine Ansprüche

- aa)** Ansprüche innerhalb des unveränderten Vertrages - § 106 GewO

Nach § 106 GewO iVm § 315 BGB hat der Arbeitgeber u.a. die Zeit der Arbeitsleistung im Rahmen des Arbeitsvertrages nach billigem Ermessen festzulegen. Das betrifft die Lage der Arbeitszeit. Dabei ist er verpflichtet, alle Umstände des Einzelfalls abzuwägen und die beiderseitigen Interessen angemessen zu berücksichtigen. Einzubeziehen in die Abwägung sind auch familiäre Belange, soweit betriebliche Interessen oder berechnete Belange anderer Arbeitnehmer nicht entgegenstehen<sup>2</sup>.

- bb)** Ansprüche auf Vertragsänderung- Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG)  
**(1)** Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit – § 8 TzBfG

§ 8 TzBfG gewährt bei Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen<sup>3</sup> einen Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit und verbunden damit<sup>4</sup> auch auf Festlegung von deren Verteilung. Rechtsfolge der Verringerung ist auch eine entsprechende Entgeltsenkung. Der Anspruch bezieht sich auf die vereinbarte Arbeitszeit und steht allen Arbeitnehmern, auch solchen die Teilzeit arbeiten, zu<sup>5</sup>. Der Arbeitgeber kann die Verringerung und die Neuverteilung ablehnen, wenn dem Wunsch des Arbeitnehmers betriebliche Gründe entgegenstehen (§ 8 Abs. 1 Satz 1 TzBfG). Dieser Ablehnungsgrund ist in einer nicht abschließenden

Aufzählung gesetzlich dahingehend konkretisiert, dass eine wesentliche Beeinträchtigung der Organisation, des Arbeitsablaufs oder Sicherheit im Betrieb oder unverhältnismäßige Kosten seine Voraussetzungen erfüllen. Das BAG geht dabei davon aus, dass rational nachvollziehbare Gründe des Arbeitgebers ausreichen. Dringende betriebliche Gründe sind nicht erforderlich, die Gründe müssen jedoch hinreichend gewichtig sein. Die höchstrichterliche Rechtsprechung wendet dabei ein dreistufiges Prüfungsschema an<sup>6</sup>:

In der ersten Stufe ist zu prüfen, ob und ggf. welches betriebliche Organisationskonzept der vom Arbeitgeber als erforderlich angesehenen Arbeitszeit zugrunde liegt. Organisationskonzept sind die vom Arbeitgeber festgelegte betriebliche Aufgabenstellung und die daraus folgenden Organisationsentscheidungen. Sie müssen die Arbeitszeitsvorstellungen des Arbeitgebers decken.

In einer zweiten Stufe ist zu prüfen, inwieweit der Arbeitszeitwunsch des Arbeitnehmers mit diesem Konzept und den daraus abgeleiteten Arbeitszeitsvorstellungen kollidiert. Zu prüfen ist auch, inwieweit durch eine zumutbare Änderung von betrieblichen Abläufen der betrieblich als erforderlich angesehene Arbeitszeitbedarf unter Wahrung des Organisationskonzepts mit dem Arbeitszeitwunsch des Arbeitnehmers in Einklang gebracht werden kann.

Schließlich ist – soweit dies nicht möglich ist – auf der dritten Stufe zu prüfen, ob die notwendige Abweichung die gesetzlich ausdrücklich genannten Belange oder das Organisationskonzept wesentlich beeinträchtigt.

Ist der Arbeitnehmer erfolgreich, werden die neue Dauer und Verteilung der Arbeitszeit Vertragsinhalt<sup>7</sup>. Hinsichtlich der Verteilung gilt jedoch das Korrekturrecht nach § 8 Abs. 5 Satz 4 TzBfG.

2 BAG 23.9.2004 – 6 AZR 567/03.

3 Sechs Monate Bestehen des Arbeitsverhältnisses, § 8 Abs. 1 TzBfG, Beschäftigung von in der Regel mehr als 15 Arbeitnehmern unabhängig von den zur Berufsbildung beschäftigten, § 8 Abs. 7 TzBfG; das Gesetz enthält zudem Verfahrensregelungen, auf die hier nicht eingegangen werden soll.

4 Eindrücklich dazu BAG 11.6.2013 – 9 AZR 786/11.

5 Vgl. BAG 13.11.2012 – 9 AZR 259/11.

6 Ständige Rechtsprechung seit BAG 18.2.2003 – 9 AZR 164/02..

7 BAG 18.8.2009 – 9 AZR 517/08.

Danach kann der Arbeitgeber die Verteilung wieder ändern, soweit das betriebliche Interesse daran das Interesse des Arbeitnehmers an der Beibehaltung erheblich überwiegt. Die Anforderungen bleiben hinter einem absoluten Schutz zurück, sind aber höher als die für die Ausübung des Weisungsrechts nach § 106 GewO iVm. § 315 BGB, die nur billiges Ermessen voraussetzt, und möglicherweise auch für eine Änderungskündigung nach § 2 KSchG.

Aus der Sicht der Arbeitszeitsouveränität ist zu betonen, dass keine Abwägung zwischen den Gründen des Arbeitnehmers für seinen Arbeitszeitwunsch und den Gegengründen vorzunehmen ist: Soweit betriebliche Gründe vorliegen, kann der Arbeitgeber den Arbeitszeitwunsch ablehnen, aber auch nur dann<sup>8</sup>. Von Bedeutung ist ferner, dass die Vorschrift<sup>9</sup> keinen Anspruch auf eine befristete Verringerung der Arbeitszeit vorsieht<sup>10</sup>. Der historische Gesetzgeber hat dazu auf den Aufstockungsanspruch nach § 9 TzBfG verwiesen<sup>11</sup>.

## (2) Anspruch auf Verlängerung der Arbeitszeit – § 9 TzBfG

Nach dieser Regelung hat ein Arbeitgeber einen teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer, soweit ein dahingehender Wunsch angezeigt wurde, bei der Besetzung eines entsprechenden freien Arbeitsplatzes bei gleicher Eignung bevorzugt zu berücksichtigen, es sei denn, dringende betriebliche Gründe oder Arbeitszeitwünsche anderer teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer stünden entgegen. Der Anspruchsteller muss danach teilzeitbeschäftigt sein<sup>12</sup>. Unerheblich ist, ob der Teilzeitbeschäftigung eine Verringerung der Arbeitszeit nach § 8 TzBfG zugrunde liegt, der Arbeitnehmer von vornherein als Teilzeitbeschäftigter eingestellt wurde<sup>13</sup>

oder die Arbeitszeit einvernehmlich während des laufenden Arbeitsverhältnisses als Teilzeitarbeit ausgestaltet wurde. Aus § 9 TzBfG kann höchstens ein Anspruch auf eine Vollzeitstelle, nicht jedoch auch eine darüber hinausgehende Stundenzahl abgeleitet werden<sup>14</sup>.

Der Anspruch richtet sich auf eine Vertragsänderung. Er setzt voraus, dass der Arbeitgeber einen „entsprechenden freien Arbeitsplatz“ bereits geschaffen hat. Die Regelung gibt keinen Anspruch darauf, dass ein solcher Arbeitsplatz geschaffen wird. Das BAG hat daraus abgeleitet, dass grundsätzlich auch kein Anspruch auf Zusammenziehung mehrerer Teilzeitarbeitsplätze zur vom Arbeitnehmer gewünschten Arbeitszeit besteht. Gleichwohl soll kein unbeschränktes Organisationsermessen bestehen; der Arbeitgeber soll nicht berechtigt sein, ohne Rücksicht auf arbeitsplatzbezogene Erfordernisse ausschließlich Teilzeitstellen zu schaffen<sup>15</sup>. Letztlich soll durch dadurch eine Umgehung von § 9 TzBfG verhindert werden<sup>16</sup>.

Ein Arbeitsplatz ist ein entsprechender, wenn die Tätigkeit dort der des Arbeitnehmers im Sinne von § 2 Abs. 1 Satz 3 TzBfG gleich oder zumindest ähnlich ist. Abgestellt wird dabei auf die vertraglich geschuldeten Tätigkeiten des Teilzeitbeschäftigten und die sich daraus ergebende persönliche und fachliche Eignung. Auf sonstige vom Arbeitgeber hinsichtlich des Arbeitsplatzes geplante Vertragsbedingungen, z.B. Entgelt, kommt es nicht an, diese sind bei einem Erfolg des Anspruchs aber auch nicht zu gewähren<sup>17</sup>. Ein Anhaltspunkt ist es, ob der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nach § 106 GewO auf dem anderen Arbeitsplatz einsetzen könnte<sup>18</sup>. Weitergehend ist der Begriff auszulegen, wenn der Arbeitnehmer früher seine Arbeitszeit verringert hat und aufgrund der Arbeitszeitvorgaben des Arbeitgebers aus diesem

8 BAG 9.12.2003 – 9 AZR 16/03.

9 Zu Ausnahmen unten.

10 BAG 12.9.2006 – 9 AZR 686/05.

11 BT-Drucks. 14/4374 S. 12.

12 BAG 21.6.2011 – 9 AZR 236/10.

13 BT-Drucks. 14/4374 S. 18.

14 BAG 12.9.2006 – 9 AZR 686/05.

15 Zum Ganzen: BAG 15.8.2006 – 9 AZR 8/06.

16 BAG 13.2.2007 – 9 AZR 575/05.

17 BAG 8.5.2007 – 9 AZR 874/06.

18 BAG 16.9.2008 – 9 AZR 781/07.

Anlass eine niedriger zu bewertende Tätigkeit angenommen hat. In einem derartigen Fall fordert es der Zweck des Teilzeit- und Befristungsgesetzes, den Wechsel von Vollzeit in Teilzeit und umgekehrt dahingehend zu erleichtern<sup>19</sup>, dass die frühere Tätigkeit als „entsprechend“ im Sinne des Gesetzes angesehen wird.

Der Begriff der dringenden betrieblichen Gründe bezieht sich auf die Auswahl des teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmers, ob er also persönlich in der Lage ist, den Arbeitsplatz auszufüllen<sup>20</sup>. Die Gründe müssen gleichsam zwingend sein<sup>21</sup>. Soweit mehrere Arbeitnehmer eine Verlängerung anstreben, folgt aus § 9 TzBfG keine Verpflichtung, das gestiegene Arbeitszeitvolumen auf alle Interessierten zu verteilen<sup>22</sup>. Vielmehr hat der Arbeitgeber eine Auswahl nach billigem Ermessen zu treffen<sup>23</sup>.

**b) Ansprüche in besonderen Lebenssituationen**

**aa) Ansprüche wegen Kindererziehung – Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG)**

Das Gesetz regelt<sup>24</sup> die Elternzeit, an die sich bestimmte Möglichkeiten der Arbeitszeitgestaltung anschließen. Anspruchsberechtigt sind in der Grundsituation die leiblichen Eltern (§ 15 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a) BEEG) und Adoptiveltern (dazu § 1 Abs. 3 Satz 2 BEEG) eines Kindes, soweit sie dieses Kind in ihren Haushalt aufgenommen haben und es selbst betreuen (§ 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BEEG). Der Anspruch steht jedem Elternteil für sich zu, und eine Inanspruchnahme ist auch anteilig und gemeinsam möglich (§ 15 Abs. 3 BEEG). Ferner besteht der Anspruch unter denselben

Voraussetzungen auch für Ehegatten und eingetragene<sup>25</sup> Lebenspartner (§ 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchst. b iVm. § 1 Abs. 3 Nr. 2 BEEG) eines Elternteils sowie für Personen im Vorfeld einer Adoption (§ 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchst. b iVm. § 1 Abs. 3 Nr. 1 BEEG) und im Vorfeld der Anerkennung einer Vaterschaft (§ 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchst. b iVm. § 1 Abs. 3 Nr. 3 BEEG). Verwandte bis zum dritten Grad und ihre Ehegatten bzw. Lebenspartner haben den Anspruch, wenn die Eltern wegen schwerer Gesundheitsprobleme oder Todes das Kind nicht betreuen und der Anspruch anderweitig nicht in Anspruch genommen wird (§ 15 Abs. 1 Satz 1 Buchst. b) iVm. § 1 Abs. 4 BEEG). Großeltern steht der Anspruch bereits dann zu, wenn sie das Kind im eigenen Haushalt betreuen, ein Elternteil minderjährig ist oder sich im letzten bzw. vorletzten Jahr einer vor dem achtzehnten Lebensjahr dieses Elternteils begonnenen Vollzeitausbildung befindet und kein Elternteil Elternzeit beansprucht (§ 15 Abs. 1a BEEG). Er steht schließlich auch solchen Personen zu, die ein Kind in Vollzeitpflege nach dem Kinder und Jugendhilferecht nehmen (§ 15 Abs. 1 Satz 1 Buchst. c) BEEG).

Der Anspruch auf Elternzeit besteht bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes, bei mehreren Kindern – auch soweit sich die Zeiträume überschneiden – für jedes Kind. Mit Zustimmung des Arbeitgebers, über die dieser nach billigem Ermessen im Sinne von § 315 BGB zu entscheiden hat<sup>26</sup>, können bis zu zwölf Monate der Elternzeit auf die Zeit bis zur Vollendung des achten Lebensjahres übertragen werden. Bei einem angenommenen Kind und bei einem Kind in Vollzeit oder Adoptionspflege kann die Elternzeit für insgesamt drei Jahre ab der Aufnahme verlangt werden, auch bis zu zwölf Monaten teilweise, jedoch nicht über das achte Lebensjahr hinaus. Dies alles folgt aus § 15 Abs. 2 BEEG. Bei der Neugeburt eines Kindes sowie gewissen existentiellen Vorkommnissen kann die Elternzeit vorzeitig beendet werden, so-

<sup>19</sup> BT-Drucks. 14/4374 S. 11.

<sup>20</sup> BAG 8.5.2007 – 9 AZR 874/06.

<sup>21</sup> BAG 16.9.2008 – 9 AZR 781/07.

<sup>22</sup> BAG 13.2.2007 – 9 AZR 575/05.

<sup>23</sup> BT-Drucks. 14/4625 S. 20.

<sup>24</sup> Neben den materiellen Regeln enthält das Gesetz auch eine Vielzahl von Verfahrens- und Fristregelungen, die hier nicht Gegenstand sind.

<sup>25</sup> BT-Drucks. 16/1889 S. 19.

<sup>26</sup> BAG 21.4.2009 – 9 AZR 391/08.

weit keine dringenden betrieblichen Gründe dagegen stehen (§ 16 Abs. 3 Satz 2 BEEG)<sup>27</sup>, ansonsten mit Zustimmung des Arbeitgebers. Soweit ein vorgesehener Wechsel der Anspruchsberechtigten – abwechselnde Inanspruchnahme zur Ermöglichung der Betreuung – aus wichtigem Grund nicht erfolgen kann, kann der Arbeitnehmer im Rahmen der Höchstfrist eine Verlängerung der Elternzeit verlangen (§ 16 Abs. 3 Satz 4 BEEG). Im Übrigen bedarf diese Verlängerung der Zustimmung des Arbeitgebers (§ 16 Abs. 3 Satz 1 BEEG), über die er nach billigem Ermessen im Sinne von § 315 BGB zu entscheiden hat<sup>28</sup>. Soweit das Gesetz den Anspruch nicht von einer Zustimmung des Arbeitgebers abhängig macht, wird Elternzeit durch ein einseitiges Gestaltungsrecht genommen<sup>29</sup>.

Im Zusammenspiel dieser Vorschriften ist es möglich, bei mehreren Kindern nur für ein Kind bis zu zwölf Monate der Elternzeit auf einen Zeitraum bis zum achten Lebensjahr dieses Kindes zu übertragen und trotzdem die Elternzeit für den Überschneidungszeitraum als Elternzeit für das andere Kind beizubehalten. Der Arbeitgeber muss dem zustimmen, soweit dies billigem Ermessen nach § 315 BGB entspricht<sup>30</sup>.

Die Inanspruchnahme von Elternzeit führt dazu, dass die gegenseitigen Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis, also auch die Arbeitspflicht, ruhen<sup>31</sup>. Jedoch darf während der Elternzeit der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin grundsätzlich bis zu 30 Wochenstunden im Monatsdurchschnitt arbeiten (§ 15 Abs. 4 Satz 1 BEEG). Das kann auf drei Wegen geschehen:

Der erste Weg ist die Aufrechterhaltung einer bereits bestehenden Teilzeitarbeit (§ 15 Abs. 5 Satz

4 Alt. 1 BEEG), Rechtsfolge der Elternzeit ist dann der damit verbundene Kündigungsschutz nach § 18 BEEG.

Als zweiten Weg gibt das Gesetz dem Arbeitnehmer oder der Arbeitnehmerin unter bestimmten allgemeinen Voraussetzungen<sup>32</sup> einen Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit für mindestens zwei Monate auf zwischen 15 und 30 Wochenstunden (§ 15 Abs. 5 Satz 1 iVm. § 15 Abs. 7 Satz 1 Nr. 3 BEEG) und auf Festlegung der Lage der Arbeitszeit nach den arbeitnehmerseitigen Wünschen<sup>33</sup>. Insoweit bleibt dann auch der Anspruch auf Arbeitsentgelt aufrecht erhalten. Dieses Recht besteht während der Gesamtdauer der Elternzeit bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen zweimal, wobei einvernehmliche Regelungen nicht mitgezählt werden sollen<sup>34</sup>. Voraussetzung ist, dass dem jeweils keine dringenden betrieblichen Gründe entgegenstehen (§ 15 Abs. 7 Nr. 4 BEEG). Die Prüfung solcher Gründe erfolgt nach demselben Prüfungsschema wie bei § 8 TzBfG (dazu oben II 1 a) bb) (1)), jedoch ist das für die Ablehnung erforderliche Gewicht der Gegengründe höher; es muss sich um zwingende Hindernisse handeln, die dem Arbeitszeitwunsch entgegenstehen<sup>35</sup>. Soweit der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin bereits Elternzeit ohne Arbeit in Anspruch genommen hat, ist Prüfmaßstab die Frage, ob durch die Arbeitsaufnahme – etwa wegen der Einstellung von neuem Personal oder zwischenzeitlichem Wegfall des Arbeitsplatzes – eine Überbeschäftigung eintritt<sup>36</sup>. Anspruchsinhalt ist eine entsprechende vertragliche Regelung<sup>37</sup>.

Schließlich kann zum Dritten der in Elternzeit be-

<sup>27</sup> Bei Tod des Kindes endet sie spätestens drei Wochen später (§ 16 Abs. 4 BEEG).

<sup>28</sup> BAG 18.10.2011 – 9 AZR 315/10.

<sup>29</sup> Vgl. BAG 15.4.2008 – 9 AZR 380/07.

<sup>30</sup> BAG 21.4.2009 – 9 AZR 391/08.

<sup>31</sup> BAG 15.4.2008 – 9 AZR 380/07.

<sup>32</sup> Der Arbeitgeber beschäftigt ohne Personen in Berufsbildung mehr als 15 Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (§ 15 Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 BEEG); das Arbeitsverhältnis besteht im selben Betrieb oder Unternehmen mehr als sechs Monate (§ 15 Abs. 7 Satz 1 Nr. 2 BEEG).

<sup>33</sup> Zur Gleichbehandlung von Verringerung und Festlegung der Lage: BAG 19.2.2013 – 9 AZR 461/11.

<sup>34</sup> BAG 19.2.2013 – 9 AZR 461/11.

<sup>35</sup> BAG 15.12.2009 – 9 AZR 72/09.

<sup>36</sup> BAG 15.4.2008 – 9 AZR 380/07.

<sup>37</sup> BAG 5.6.2007 – 9 AZR 82/07 – und 15.4.2008 – 9 AZR 380/07.

findliche Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin bis zur zulässigen Gesamtdauer der Elternzeit auch die Zustimmung des Arbeitgebers verlangen, selbstständig oder bei einem anderen Arbeitgeber tätig zu werden, soweit keine dringenden betrieblichen Gründe entgegenstehen (§ 15 Abs. 4 Sätze 3 und 4 TzBfG).

Mit dem Ende der Elternzeit darf (§ 15 Abs. 5 Satz 4 Alt. 2 BEEG) und muss der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin in allen Fällen zur alten Arbeitszeit zurückkehren. Die bisherigen Vertragsbedingungen gelten weiter.

### **bb)** Ansprüche bei Pflege – Pflegezeitgesetz (PflegeZG)

Das Gesetz regelt die Freistellung bei Pflege eines nahen Angehörigen (§ 1 PflegeZG). Es schafft neben Ansprüchen bei pflegebedingter kurzzeitiger Arbeitsverhinderung die Pflegezeit<sup>38</sup>.

Bei Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen<sup>39</sup> besteht danach ein Anspruch auf Pflegezeit von insgesamt längstens sechs Monaten (§ 3 Abs. 1 Satz 1 iVm § 4 Satz 1 PflegeZG). Eine Verlängerung gegenüber dem ursprünglichen Wunsch bis zur Höchstzeit kann der Arbeitnehmer verlangen, wenn ein vorgesehener Wechsel in der Person des Pflegenden aus einem wichtigen Grund nicht erfolgen kann (§ 4 Abs. 1 Satz 3 PflegeZG). Im Übrigen bedarf sie der Zustimmung des Arbeitgebers (§ 4 Abs. 1 Satz 2 PflegeZG). Die Pflegezeit endet vier Wochen, nachdem der Angehörige nicht mehr pflegebedürftig ist oder die häusliche Pflege unmöglich oder unzumutbar wird (§ 4 Abs. 2 Satz 1 PflegeZG). Im Übrigen bedarf die vorzeitige Beendigung der Zustimmung des Arbeitgebers (§ 4 Abs. 2 Satz 3 PflegeZG).

<sup>38</sup> Das Gesetz enthält Nachweis- und Verfahrensregelungen, auf die hier nicht eingegangen werden soll.

<sup>39</sup> Beim Arbeitgeber müssen mehr als 15 Personen einschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten als Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnlich tätig sein (§ 3 Abs. 1 Satz 2 iVm § 7 Abs. 1 PflegeZG). Anforderungen an die Dauer des Arbeitsverhältnisses werden nicht gestellt.

Der Anspruch richtet sich auf vollständige oder teilweise Freistellung von der Arbeitszeit (§ 1 Abs. 1 Satz 1 PflegeZG). Verlangt der Arbeitnehmer nur eine teilweise Freistellung, hat der Arbeitgeber eine den Wünschen des Arbeitnehmers hinsichtlich der Dauer und der Lage der Arbeitszeit entsprechende Vereinbarung zu treffen, soweit nicht dringende betriebliche Gründe entgegen stehen (§ 3 Abs. 4 PflegeZG). Der Anspruch richtet sich nicht auf bezahlte Freistellung, so dass sich entsprechend der Minderung der Arbeitsleistung auch das Arbeitsentgelt verringert. Mit dem Ende der Pflegezeit werden die alten Arbeitsbedingungen wieder wirksam.

### **cc)** Ansprüche bei Schwerbehinderung – SGB IX

Schwerbehinderte Menschen haben, soweit die kürzere Arbeitszeit wegen der Art und der Schwere der Behinderung notwendig ist, einen Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung, wenn nicht Arbeitsschutzvorschriften entgegenstehen oder dies für den Arbeitgeber unzumutbar ist oder mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden wäre (§ 81 Abs. 5 Satz 3 iVm § 81 Abs. 4 Satz 3 SGB IX). Bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen entsteht der Anspruch unmittelbar und kann so auch geltend gemacht werden; einer Vertragsänderung bedarf es nicht<sup>40</sup>. Unabhängig von einem Verringerungsverlangen kann der schwerbehinderte Mensch auch eine behindertengerechte Verteilung der Arbeitszeit unter den genannten Voraussetzungen verlangen (§ 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 iVm Abs. 4 Satz 3 SGB IX).

### **dd)** Ansprüche bei Nachtarbeit – Arbeitszeitgesetz (ArbZG)

Nachtarbeiter (zur Definition § 2 Abs. 4 iVm § 2 Abs. 3 ArbZG) haben einen Anspruch darauf, auf einen Tagesarbeitsplatz umgesetzt zu werden, wenn sie durch die weitere Verrichtung von Nacht-

<sup>40</sup> BAG 14.10.2003 – 9 AZR 100/03.



arbeit in ihrer Gesundheit gefährdet sind, in ihrem Haushalt ein Kind unter zwölf Jahren lebt, das nicht von anderen im Haushalt lebenden Personen betreut werden kann oder der Arbeitnehmer einen schwer pflegebedürftigen Angehörigen zu versorgen hat, der nicht von einem anderen im Haushalt lebenden Angehörigen versorgt werden kann (§ 6 Abs. 4 ArbZG).

## 2. „Angebotsgesetze“ – Arbeits- und sozial rechtliche Rahmenbedingungen vereinbarter Arbeitszeitanpassung

### a) Allgemeines

Neben Gesetzen, die den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern einen unbedingten oder einen bedingten Anspruch auf Arbeitszeitgestaltung geben, bestehen Gesetze, die es den Arbeitsvertragsparteien ermöglichen sollen, in bestimmtem Um-

fange einvernehmlich eine Arbeitszeitregelung zu finden. Dabei steht die Einbindung derartiger Regelungen in das Sozialrechtssystem im Vordergrund. Daneben gibt es arbeitsrechtliche Begleitregelungen, insbesondere zum Insolvenzschutz.

### b) Einzelne Gesetze

#### aa) Wertguthabenvereinbarung – §§ 7b ff. SGB IV

In § 7b SGB IV ist die Möglichkeit einer Wertguthabenvereinbarung geregelt<sup>41</sup>. Der Sache nach geht es um die Einstellung von Arbeitsentgelt in das Wertguthaben, um es für eine ganz oder teilweise Freistellung von der Arbeitsleistung zu entnehmen (§ 7b Nr. 3 SGB IV). Maßstab sind also Geldbeträge, nicht Stunden oder Minuten (§ 7d Abs. 1 SGB IV), was bedeutet, dass bei Ent-

<sup>41</sup> Die Darstellung beschränkt sich auf die Darlegung der Grundprinzipien der Regelung. Eine Übergangsregelung findet sich in § 116 SGB IV.

geltsteigerungen die Freistellung hinter der Zeit zurückbleiben kann, die für den Aufbau des Guthabens gearbeitet wurde. Die für den Aufbau notwendige Arbeitszeit kann vor oder nach der Freistellung erbracht werden (§ 7b Nr. 4 SGB IV). Das System darf nicht zur Flexibilisierung der Arbeitszeit genutzt werden (§ 7b Nr. 2 SGB IV). Die Zwecke der Entnahme können vertraglich geregelt werden. Besteht keine dem entgegenstehende Regelung, kann das Guthaben auch bei Vorliegen gesetzlicher Freistellungsansprüche der o.a. – II 1. - Art genutzt werden. In diesem Fall gibt es auch einen gesetzlichen Anspruch auf zeitliche Begrenzung des Verringerungsanspruches nach § 8 TzBfG (zu allem: § 7c SGB IV).

Der sozialrechtliche Kern der Regelung besteht darin, dass die Zeiten der Entnahme aus dem Wertguthaben grundsätzlich als Beschäftigung im Sinne des Sozialversicherungsrechts gelten (§ 7 Abs. 1a SGB IV), also der Schutz der Sozialversicherung in vollem Umfange besteht. Arbeitsrechtlich wichtig ist die Pflicht des Arbeitgebers zum Insolvenzschutz (§ 7e SGB IV).

## **bb) Familienpflegezeit – Familienpflegezeitgesetz (FPfZG)**

Hierbei handelt es sich um ein Subventionsgesetz, mit dem Wertguthabenvereinbarungen gefördert und abgesichert werden, wenn der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin die Arbeitszeit vertraglich für 24 Monate auf mindestens 15 Stunden verringert, um einen nahen Angehörigen in häuslicher Umgebung zu pflegen, und das dafür erforderliche Wertguthaben im Sinne von §§ 7b ff. SGB IV erst in der Nachpflegephase aufgebaut wird. Nach Ablauf der Pflegezeit muss eine Rückkehr zur vorher geltenden oder einer höheren Arbeitszeit vorgesehen sein (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a) FPfZG).

## **cc) Altersteilzeit – Altersteilzeitgesetz (AltTZG)**

Immer noch geltendes Recht ist das Altersteilzeitgesetz. Lediglich die Förderung durch die Bundesagentur für Arbeit entfällt, wenn die maßgebliche Vereinbarung nach dem 31. Dezember 2009 abgeschlossen wurde (§ 16 AltTZG). Im Übrigen wird es durch eine Einpassung in das Sozialversicherungssystem und Minimierung von Rentennachteilen belohnt, wenn der Arbeitnehmer im unmittelbaren Vorfeld der Altersrente seine Arbeitszeit im Durchschnitt der Altersteilzeit durch Vereinbarung halbiert (§ 2 AltTZG)<sup>42</sup>, bei nicht kontinuierlicher Verringerung für höchstens drei Jahre, bei kollektiven Regelungen sechs Jahre. Der Arbeitgeber ist dann steuer- und sozialversicherungsfrei berechtigt, das Arbeitsentgelt aufzustocken, soweit der Aufstockungssatz mindestens 20 Prozent beträgt (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a AltTZG), und in gewissen Grenzen zusätzliche Beiträge für die Rentenversicherung auf der Basis von mindestens 80 Prozent des Regeleinkommens zu entrichten (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b AltTZG), die bis zur Hälfte ebenfalls steuer- und sozialversicherungsfrei sind (§ 3 Nr. 28 EStG und § 1 Abs. 1 Nr. 1 Sozialversicherungsentgeltverordnung).

## **II. Kollektivrechtliche Einflussmöglichkeiten**

### **1. Tarifliche Regelungen**

Tarifliche Regelungen sind geeignet, die „Angebotsgesetze“ auszufüllen, auch indem sie Ansprüche gegen den Arbeitgeber gewähren. Der typische Fall ist Altersteilzeitarbeit<sup>43</sup>. Denkbar sind

<sup>42</sup> Die Arbeitszeit muss genau die Hälfte betragen: BAG 22.5.2012 – 9 AZR 453/10.

<sup>43</sup> Zum „Überforderungsschutz“ für Arbeitgeber vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 3 AltTZG; zur verfassungsrechtlichen Problematik: Heuschmid in Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 3. Aufl., § 1 TVG Rn. 731f.

aber auch insbesondere Vorschriften über Wertguthaben. Im Übrigen sind die gesetzlichen Regelungen nicht zu Lasten der Arbeitnehmer tariflich abdingbar<sup>44</sup>.

Eine Besonderheit gilt für das TzBfG: Grundsätzlich kann von diesem Gesetz auch durch Tarifvertrag nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden (§ 22 Abs. 1 TzBfG). Abweichungen zugunsten des Arbeitnehmers, etwa durch erleichterte Bedingungen für die Inanspruchnahme von Teilzeit oder die Gewährung eines befristeten Teilzeitanpruchs sind dagegen nach dieser Regelung ohne Weiteres zulässig<sup>45</sup>. Daneben erlaubt § 8 Abs. 4 Satz 3 TzBfG, die Ablehnungsgründe für den Teilzeitanpruch tariflich zu regeln, was nach § 8 Abs. 4 Satz 4 TzBfG bei vertraglicher Inbezugnahme der tariflichen Regeln auch für nicht tarifgebundene Arbeitsvertragsparteien verbindlich ist. Das schließt auch die Berechtigung der Tarifvertragsparteien ein, eine Teilzeitquote festzulegen<sup>46</sup>.

## 2. Betriebsverfassung

Auch hier gilt, dass – freiwillige (§ 88 BetrVG) – Betriebsvereinbarungen als Regelungsinstrument zur Ausfüllung der „Angebotsgesetze“ in Betracht kommen<sup>47</sup> und eine Abweichung von zwingenden gesetzlichen Regelungen zu Lasten der Arbeitnehmer nicht möglich ist. Auch gibt es keine gesetzlich vorgesehene Möglichkeit, Ablehnungsgründe im Sinne von § 8 Abs. 4 TzBfG durch Betriebsvereinbarung festzulegen. Die Vorschrift betrifft nur Tarifverträge.

Damit stellt sich die Frage, wie das Spannungsverhältnis zwischen dem Teilzeitanpruch nach

§ 8 TzBfG, der auch die Lage der Arbeitszeit betrifft, und dem Mitbestimmungsrecht über die Lage der Arbeitszeit nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG zu lösen ist. Das ist durchaus von Relevanz. Zum einen darf der Arbeitgeber nicht in die Lage versetzt werden, durch Erfüllung angeblicher Teilzeitanprüche sorgfältig verhandelte betriebliche Arbeitszeitmodelle zu unterminieren, zum anderen darf eine Übereinstimmung zwischen den kollektiven Akteuren nicht zur Unterminierung des gesetzlichen Flexibilitätsziels führen. Dazu hat das BAG folgenden Lösungsweg gefunden<sup>48</sup>: Weder verdrängt dieses Mitbestimmungsrecht den individualrechtlichen Anspruch noch ist der individualrechtliche Anspruch eine das Mitbestimmungsrecht ausschließende gesetzliche Regelung nach § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG. Soweit der Arbeitszeitwunsch des Arbeitnehmers andere Arbeitnehmer nicht betrifft und damit keinen kollektiven Bezug hat, wird das Mitbestimmungsrecht überhaupt nicht ausgelöst. Ist dies der Fall, stellt eine kollektive Regelung mit dem Betriebsrat, sei es eine Betriebsvereinbarung oder eine Regelungsabrede, einen Ablehnungsgrund dar. Das gilt, wenn der Arbeitszeitwunsch mit dem Arbeitszeitmodell einer Betriebsvereinbarung kollidiert – was seltener der Fall ist als man denkt – oder im Einzelfall eine Vereinbarung mit dem Betriebsrat zustande kommt, wonach der Wunsch nicht erfüllbar ist. Insoweit kommt allerdings wohl ein Mitbestimmungsrecht nur in Betracht, wenn das Mitbestimmungsrecht noch nicht abschließend durch den Abschluss einer Betriebsvereinbarung ausgeübt wurde<sup>49</sup>. Die zwischen den Betriebsparteien gefundene Regelung ist auf die Einhaltung der den Betriebsparteien gesetzten Grenzen zu untersuchen, etwa einen Verstoß gegen das Verbot der Diskriminierung wegen Teilzeitarbeit (§ 4 Abs. 1 TzBfG). Zu prüfen ist dabei auch ein Verstoß gegen das Gebot, die Vereinbarkeit von Familie und Erwerbsarbeit zu fördern (§ 80 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b) BetrVG). Hin-

<sup>44</sup> Dass das Verbot des vertraglichen Ausschlusses in § 15 Abs. 2 Satz 6 BEEG auch für Kollektivverträge gilt, ergibt sich aus dem gesellschaftlichen Zweck des Gesetzes; vgl. für den Anspruch von schwerbehinderten Menschen BAG 14.10.2003 – 9 AZR 100/03.

<sup>45</sup> BAG 18.3.2003 – 9 AZR 126/02.

<sup>46</sup> BA 21.11.2006 – 9 AZR 138/06.

<sup>47</sup> Auch insoweit gilt der „Überforderungsschutz“ des § 3 Abs. 1 Nr. 3 AltTZG.

<sup>48</sup> Zusammenfassend BAG 16.12.2008 – 9 AZR 893/07.

<sup>49</sup> Im Fall 16.12.2008 – 9 AZR 893/07 – bestand lediglich eine noch dazu vom Gesamtbetriebsrat abgeschlossene Rahmen-Betriebsvereinbarung.

sichtlich dessen haben die Betriebsparteien einen Beurteilungsspielraum und eine Einschätzungsprärogative<sup>50</sup>.

Inwieweit diese Überlegungen auf andere Teilzeitanprüche, insbesondere nach dem BEEG, zu übertragen sind, ist offen.

Bei Konflikten über den Wechsel von Nachtarbeit auf einen Tagesarbeitsplatz nach § 6 Abs. 4 Satz 1 ArbZG steht dem Betriebsrat ein Anhörungs- und

Vorschlagsrecht nach § 6 Abs. 4 Sätze 2 und 3 ArbZG zu.

### III. Rechtspolitische Erwägungen

#### 1. Defizite/Unionsrechtlicher Handlungsbedarf

Der Überblick zeigt, dass es durchaus rechtliche Instrumentarien zur Durchsetzung der Arbeitszeitsouveränität gibt, wobei allerdings grundsätzlich auch immer Gegenrechte der Arbeitgeberseite bestehen. Eine vollständige Zeitsouveränität der Arbeitnehmerseite gibt es grundsätzlich nicht, das ist aber auch schwer vorstellbar.

Bei den allgemeinen Ansprüchen ist insbesondere § 8 TzBfG defizitär, da die Gegenrechte der Arbeitgeberseite relativ stark ausgebaut sind und ein Anspruch auf befristete Teilzeit nicht besteht. Auch findet es keine Beachtung, wenn der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin besonders gute Gründe für den Teilzeitwunsch hat. Das hat den Vorteil, dass auch der simple Wunsch nach Lebensgestaltung – jemand möchte sein Leben eben mehr an seinen Hobbies ausrichten – volle Anerkennung findet, andererseits bleibt es bei der einfachen Ablehnungsmöglichkeit, falls beson-

ders aner kennenswerte Gründe, insbesondere im Familienbereich, vorliegen.

Bei den an besondere Lebenssituationen anknüpfenden Tatbeständen besteht eine bis ins Einzelne gehende Regelung. Immerhin ist der vollständige Ausstieg aus der beruflichen Tätigkeit bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen im Rahmen von Elternzeit und Pflegezeit auch ohne Zustimmung des Arbeitgebers möglich. Im Übrigen sind Fallgestaltungen geregelt, die wohl an typische Problemlagen anknüpfen.

Es fehlt eine ausdrückliche gesetzliche Regelung<sup>51</sup> dazu, wie nach dem Ende der Elternzeit vorzugehen ist. Nach der der Richtlinie 2010/18/EU des Rates vom 8. März 2010<sup>52</sup> beigefügten Rahmenvereinbarung von BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP und EGB über den Elternurlaub wäre dies allerdings erforderlich. Gemäß § 6 Abs. 1 der Vereinbarung haben die Mitgliedsstaaten und/oder die Sozialpartner sicherzustellen, dass die Arbeitnehmer bei der Rückkehr aus dem Elternurlaub – so der unionsrechtliche Begriff für das, was bei uns Elternzeit heißt – Änderungen ihrer Arbeitszeit und ihres Arbeitsarrangements für eine bestimmte Dauer beantragen können. Die Arbeitgeber prüfen und beantworten danach solche Anträge unter Berücksichtigung der Bedürfnisse der Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Die entsprechenden Modalitäten werden nach den nationalen Rechtsvorschriften, Tarifverträgen und/oder Gepflogenheiten festgelegt. Das heißt: Soweit eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer bei Rückkehr aus der Elternzeit eine befristete Änderung der Dauer ihrer oder seiner Arbeitszeit, von deren Lage oder anderer Arbeitsbedingungen – wie des Arbeitsorts – beantragt, ist durch die Mitgliedsstaaten rechtlich sicherzustellen, dass der Arbeitgeber im Rahmen

50 Zu den Möglichkeiten von Betriebsräten, bei der Ausübung ihrer Mitbestimmungsrechte die Geschlechtergerechtigkeit zu wahren vgl. Zimmer AuR 2014, 88ff.

51 Hierzu und zum folgenden die Ausführungen bei Kocher/Groskreutz/Nassibi/Paschke/Schulz/Welti/Wenckebach/Zimmer, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie, Baden-Baden 2013, S. 173 f.

52 ABl. L 68 S. 13.

einer Interessenabwägung derartigen Anträgen stattgibt. Voraussetzung ist, dass die arbeitnehmerseitigen Interessen überwiegen. Eine derartige gesetzliche Regelung fehlt. Soweit die Dauer der Arbeitszeit nicht betroffen ist, wird diese Regelung bei der Konkretisierung des Weisungsrechts nach § 106 GewO im Wege der unionsrechtskonformen Auslegung<sup>53</sup> heranzuziehen sein. Der Gedanke, eine Änderung der Arbeitszeit könnte wegen der größeren Betroffenheit von Frauen, von der weiter auszugehen ist, nach § 12 Abs. 1 Satz 2 iVm § 3 Abs. 2 AGG als vorbeugende Maßnahme gegen eine mittelbare Frauenbenachteiligung verlangt werden, ist interessant aber nicht zwingend.

## 2. Gesetzgebungsvorschläge

In der letzten Legislaturperiode gab es mehrere Vorschläge zur Verbesserung der Arbeitszeitsouveränität, die alle nicht zu Ergebnissen führten. So forderte die Fraktion DIE LINKE<sup>54</sup> eine Verstärkung der Wahlmöglichkeiten hinsichtlich der Arbeitszeit für Eltern von Kindern bis zu 12 Jahren. Die Fraktion von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN<sup>55</sup> forderte eine Verlängerung des übertragbaren Elternzeitraums auf 24 Monate und die Möglichkeit seiner Inanspruchnahme bis zum 14. Lebensjahr, eine Verstärkung des Rückkehrrechts nach dem TzBfG und eine Verstärkung der Gestaltungsrechte der Arbeitnehmer nach diesem Gesetz.

Einen nahezu als Gesetzentwurf ausgestalteten Antrag legte die SPD-Fraktion vor<sup>56</sup>. Danach wird – neben rechtstechnischen Verbesserungen – vorgeschlagen, im Rahmen des TzBfG einen Anspruch auf befristete Verringerung der Arbeitszeit zu schaffen, die Ablehnungsgründe gegenüber den Arbeitszeitwünschen des Arbeitnehmers auf

dringende betriebliche Gründe zu beschränken, die beachtenswerten Gründe für Teilzeitwünsche – insbesondere Erziehung eines Kindes bis zu 14 Jahren und Pfleggründe – besonders zu berücksichtigen, im Rahmen des Aufstockungswunsches auch die Zusammenziehung von Arbeitsplätzen zu ermöglichen sowie die Zustimmungsverweigerungsgründe des Betriebsrats zur Sicherung der Ansprüche auf Änderung der Arbeitszeit zu stärken.

Nunmehr hat der Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD für die 18. Legislaturperiode das Thema aufgegriffen unter Punkt 2.2 zum Stichwort „Weiterentwicklung des Teilzeitrechts“. Dort heißt es:

„Für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die sich z.B. wegen Kindererziehung und Pflege von Angehörigen zu einer zeitlich befristeten Teilzeitbeschäftigung entschieden haben, wollen wir sicherstellen, dass sie wieder zur früheren Arbeitszeit zurückkehren können. Dazu werden wir das Teilzeitrecht weiterentwickeln und einen Anspruch auf befristete Teilzeitarbeit schaffen (Rückkehrrecht).“

Zudem hat die Bundesministerin für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Manuela Schwesig, am 21. März 2014 Eckpunkte für ein ElterngeldPlus<sup>57</sup> vorgestellt. In diesem Rahmen wird auch eine Flexibilisierung der Elternzeit angestrebt. Es soll nicht nur ein Jahr der Elternzeit sondern es sollen maximal zwei Jahre auf den Zeitraum zwischen dem dritten und achten Lebensjahr des Kindes übertragen werden können.

Es gibt viel zu tun. Ein Teil davon wird angepackt.

<sup>53</sup> Zu diesem Grundsatz EuGH 5.10.2004 – C-397/01 bis C-403/01 – Pfeiffer u.a.

<sup>54</sup> BT-Drucks. 17/3189.

<sup>55</sup> BT-Drucks. 17/11377.

<sup>56</sup> BT-Drucks. 17/13084.

<sup>57</sup> Abrufbar auf der Website des Ministeriums.



## FORUM 3

## Arbeitskampf und Versammlungsrecht als konkurrierende und konf- ligierende Grundrechte?<sup>1</sup>

RA Dr. Jürgen Kühling

Richter des Bundesverfassungsgerichts in Karlsruhe a.D.



### 1. Einführung

Die IG Bauen-Agrar-Umwelt verfolgt bei Arbeitskämpfen regelmäßig die folgende Taktik: Streikhelfer erscheinen auf Baustellen, um den dort tätigen Arbeitnehmern die Tarifforderungen zu erläutern und sie zum Streik aufzufordern. Sie betreten auch in größerer Zahl die Baustellen. Dies führt in der Regel zu Arbeitsunterbrechungen. Vor den Baustellen werden Streikposten aufgestellt. Häufig bilden sich dabei Ansammlungen von Streikhelfern und Streikenden auf den Baustellen und auf der Straße davor.

Das ruft die Polizei auf den Plan. In einigen Bundesländern werden die Ansammlungen aufgelöst, weil eine Anmeldung unter Angabe eines verantwortlichen Leiters fehlt. Vom Arbeitgeber herbeigerufene Polizeibeamte greifen in das Streikgeschehen ein, lösen die Ansammlungen auf, kesseln die Teilnehmer ein und stellen ihre Identität fest. Teilweise sind ihre Maßnahmen auf die Behauptung gestützt, es liege eine strafrechtlich relevante

Nötigung oder eine Behinderung des Straßenverkehrs vor. Eine weitere grundrechtlich relevante Konfliktlage entsteht, wenn Ansammlungen auf dem Baugelände stattfinden und der Bauherr die Hilfe der Polizei in Anspruch nimmt, um sein Hausrecht zu schützen.

#### Praktische Fälle:

- Baustelle auf Werksgelände: G will Baustelle in den Streik führen. Werft, wo gebaut wird, verweigert ihm den Zutritt (Hausrecht). Streikende werden von der Baustelle verwiesen. Auf der Straße entsteht Ansammlung. Polizei löst Versammlung auf wegen fehlender Anmeldung. Strafverfahren wegen Verletzung der Anmeldepflicht (§ 26 VersG).  
Alternative: Streikende weigern sich, das Werksgelände zu verlassen. G wird von ihnen hineingelassen. Versammlung auf dem Werksgelände mit Streikparolen. Polizei löst Versammlung auf, kesselt ein, stellt Personalien fest. Strafverfahren wegen Hausfriedensbruch und Nichtanmeldung.
- Baustelle Mehrfamilienhaus mit Bauzaun: G

<sup>1</sup> Vgl. den Beitrag „Arbeitskampf und Versammlungsrecht“ von RAin Ulrike Donat und RiBVerwG/RiBVerfG a.D. RA Dr. Jürgen Kühling, original erschienen in: AuR 2009 Heft 1, 1 - 10.

wird Zutritt zur Baustelle vom Polier verweigert. Daraufhin versammeln sich ca. 20 Streikende vor dem Bauzaun auf dem Gehweg. Strafverfahren wegen Nichtanmeldung.

- Straßenbaustelle: Streikende diskutieren in Grüppchen mit Arbeitern und Passanten. Sie rücken in den Schwenkbereich des Baggers vor. Fahrer wird zur Rücksichtnahme aufgefordert. Bauleiter: "Weitermachen und über den Haufen fahren!" Baggerfahrer stoppt. Polizei erscheint und erteilt Platzverweise (ohne Auflösung der Versammlung). Keine Verkehrsbehinderung (Gehweg, Ampel etc.). Bereitschaftspolizei erscheint, kesselt die Streikenden ein, Identitätsfeststellung. Strafverfahren wegen Nötigung (Blockade des Baggers).  
Alternative: Straßenverkehr wird behindert.

Bei meinen folgenden Ausführungen werde ich in erster Linie die mit diesen Fällen aufgeworfenen Probleme behandeln. Vorab ein Blick auf die betroffenen Grundrechte.

## 2. Beeinträchtigte Grundrechte

Durch die polizeilichen Eingriffe bei den Streikeinsätzen der Bauarbeiter wird sowohl in die Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) als auch in die Versammlungsfreiheit (Art. 8 Abs. 1 GG) der Streikenden eingegriffen. Wie weit reicht der Schutz, wie weit darf die Polizei gehen?

## 3. Koalitionsfreiheit

Der Staat muss bei Tarifauseinandersetzungen Neutralität wahren: Die Koalitionen sollen ihre Angelegenheiten grundsätzlich selbstverantwortlich und ohne staatliche Einflussnahme regeln können<sup>2</sup>. Der Staat darf deshalb in Arbeitskämpfe nicht zugunsten einer Partei eingreifen. Insbesondere darf er sie nicht verbieten oder Versammlungen oder Demonstrationen verhindern oder

<sup>2</sup> BVerfGE 84, 212 <224 f.>; 92, 365 <394>

behindern. Störende Begleiterscheinungen, die als sozialadäquate Folgen des Arbeitskampfes anzusehen sind, sind kein Anlass für polizeiliche Eingriffe<sup>3</sup>.

## 4. Versammlungsfreiheit

Ansammlungen von Streikenden, Streikhelfern und Unterstützern, wie sie sich bei Arbeitskämpfen der IG-BAU typischerweise vor den Baustellen bilden, sind öffentliche Versammlungen im Sinne von Art. 8 Abs. 1 GG. Sie dienen dazu, die Tarifforderungen mit den Streikenden zu erörtern, die anderen Arbeitnehmer zur Teilnahme am Streik zu bewegen und in der Öffentlichkeit Verständnis für den Arbeitskampf und die Streikziele zu wecken. Es geht auch um Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung.

## 5. Einschränkungen durch die Versammlungsgesetze

Art. 8 GG erlaubt Beschränkungen von Versammlungen unter freiem Himmel nur nach Maßgabe des Versammlungsgesetzes. Versammlungen unter freiem Himmel können aufgelöst, verboten oder von Auflagen abhängig gemacht werden (§ 15 Abs. 1 GG).

## 6. Anmeldepflicht

Nach § 14 Abs. 1 VersG müssen Versammlungen unter freiem Himmel spätestens 48 Stunden vor ihrer Bekanntgabe bei der zuständigen Behörde angemeldet werden<sup>4</sup>. Für Arbeitskämpfe auf Baustellen ist die Anmeldepflicht eine Schlüsselfrage: Veranstalter oder Leiter von nicht angemeldeten öffentlichen Versammlungen können mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft werden (§ 26 VersG). Unangemeldete

<sup>3</sup> vgl. Dieterich in Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 8. Aufl. 2008, Art. 9 GG, Rz 148; Wolter in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 2. Aufl. 1984, Rz 305 ff., 311; Däubler in ebd., Rz 82 f.

<sup>4</sup> Art. 13 Abs. 1 des neuen bayerischen Versammlungsgesetzes (BayGVBl. S. 421) sieht eine Anmeldefrist von 72 Stunden vor

Versammlungen können ohne weiteres aufgelöst werden.

Die eingangs dargestellten Fälle zeigen: Für die Polizei ist das Fehlen einer Anmeldung häufig Anlass zur sofortigen Auflösung und zu Strafverfolgungsmaßnahmen. Eine Anmeldepflicht besteht aber bei einer an den Grundrechten der Arbeitnehmer orientierten Würdigung in Wahrheit nicht.

Spontanversammlungen brauchen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ohnehin nicht angemeldet zu werden, soweit der mit ihr verfolgte Zweck bei Einhaltung der Anmeldepflicht nicht erreicht werden könnte<sup>5</sup>. Eilversammlungen, die im Unterschied zu Spontanversammlungen zwar geplant sind und einen Veranstalter haben, aber ohne Gefährdung des Demonstrationszwecks nicht fristgerecht angemeldet werden können, müssen angemeldet werden, sobald dies ohne Gefährdung des Versammlungszwecks möglich ist<sup>6</sup>.

Die hier erörterten Versammlungen bei Streikaktionen auf Baustellen entwickeln sich zwar einerseits mit einer gewissen Regelmäßigkeit aus geplanten Streikeinsätzen, gleichwohl sind sie als Spontanversammlungen einzustufen: Der Verlauf der Streikeinsätze lässt sich nicht im Einzelnen vorhersehen. Ob und in welcher Form, wie lange und wo sich die Streikenden im Umfeld der Baustelle versammeln, hängt von verschiedenen Umständen wie etwa der Zahl der Streikenden, dem Verhalten der Bauleitung, den örtlichen Gegebenheiten und dem Engagement der Streikenden ab. Dies entspricht dem typischen Bild einer Spontanversammlung, die sich im Vorhinein weder strukturieren noch organisieren und die sich infolge dessen auch nicht korrekt anmelden lässt.

Das ist umstritten und kann auch im Einzelfall anders liegen. Selbst wenn man dem nicht folgt und

die sich bei Streikmaßnahmen bei den einzelnen Baustellen als Eilversammlungen einstufen würde, weil die Einsätze wenn auch kurzfristig – geplant werden, kann im Ergebnis nichts anderes gelten. Hier wirkt sich der Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG verstärkend aus: § 14 VersG ist auch mit Blick auf die gleichzeitig betroffene Koalitionsfreiheit, die das Recht auf tarifbezogene Arbeitskämpfmaßnahmen einschließlich des Streiks gewährleistet, verfassungskonform auszulegen. Da dieses Grundrecht vorbehaltlos gewährleistet ist, kann es nur zum Schutz von Gemeinwohlbelangen eingeschränkt werden, denen gleichermaßen verfassungsrechtlicher Rang gebührt<sup>7</sup>. Eine generelle polizeiliche Pflicht zur Anmeldung von Streikmaßnahmen, die möglicherweise in eine Versammlung einmünden, erfüllt diese Voraussetzung nicht. Die Anmeldepflicht soll die Polizei lediglich dazu befähigen, rechtzeitig Sicherheits- und Schutzvorkehrungen zu treffen<sup>8</sup>. Es handelt sich daher um eine vorsorgende Maßnahme für die Bekämpfung möglicher Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Ob tatsächlich Gefahren für verfassungsrechtlich geschützte Güter bestehen, ist im Zeitpunkt der Anmeldung jedenfalls in den hier einschlägigen Fällen noch offen und zudem unwahrscheinlich.

Eine Anmeldepflicht für die hier erörterten Versammlungen, die sich aus Streiks auf Baustellen ergeben, würde die Koalitionsfreiheit jedenfalls in unverhältnismäßiger Weise einschränken. Wesentlicher Bestandteil der damit verfolgten Kampftaktik ist der Überraschungseffekt. Der Druck auf die Arbeitgeber wird in wirksamer Weise verstärkt, wenn sie sich nicht auf die Stilllegung einer Baustelle einrichten und somit keine vorsorgenden Maßnahmen zur Eindämmung des Schadens treffen können, der sie in legitimer Weise zum Einlenken im Tarifkonflikt bewegen soll. Wüssten die Bauunternehmer im Vorhinein, an welcher Baustelle die Arbeitnehmer die Arbeit niederlegen, könnten

<sup>5</sup> BVerfGE 69, 315 <350>

<sup>6</sup> BVerfGE 89, 69 <75>

<sup>7</sup> BVerfGE 92, 26 <41>; 103, 293 <306>

<sup>8</sup> BVerfGE 26, 135 <137>

sie rechtzeitig Zulieferungen nach dorthin vorübergehend stornieren oder umdirigieren und möglicherweise die Arbeit dort an dem vorgesehenen Tage ganz aussetzen. Der Streik würde damit je nach den Dispositionsmöglichkeiten des Arbeitgebers seine Wirksamkeit mehr oder weniger weitgehend verlieren. Die eingangs geschilderten Streikmaßnahmen sind daher auf Geheimhaltung bis zum Augenblick des Einsatzes angewiesen.

Eine Pflicht zur vorherigen Anmeldung dieser Streiks würde die Kampffähigkeit der streikführenden Gewerkschaft in schwerwiegender Weise beeinträchtigen. Eine Geheimhaltung wäre nicht mehr gewährleistet. Bei der Behörde läuft die Anmeldung durch viele Hände, von Eingangsstellen über Amtsboten und Registraturen bis hin zu Sachbearbeitern und Abteilungs- bzw. Behördenleitern. Einsätze der Polizei können vorbereitet, vorsorgliche Straßensperren und Umleitungen angeordnet werden. All dies kann den betroffenen Arbeitgebern schwerlich verborgen bleiben, selbst wenn die Behörde sich um Diskretion bemüht. Besonders prekär ist dies bei öffentlichen Baustellen, etwa im Straßenbau oder kommunalen Einrichtungen, bei denen enge Kontakte der Behörden zu den Bauunternehmern bestehen und es zudem um den Einsatz von Haushaltsmitteln geht.

Es kommt hinzu, dass die Streikleitung die Einsatzziele häufig kurzfristig festlegen muss. Die Wirkung der Arbeitskampfmaßnahmen hängt wesentlich vom Stand der Bauarbeiten ab, die Taktik kann es gebieten, die Streiks je nach Lage der Dinge auf bestimmte Arbeitgeber zu konzentrieren oder diese zu verschonen. Außerdem muss die Tarifpartei kurzfristig auf Entwicklungen der Tarifverhandlungen reagieren. Bei Einhaltung der Anmeldefristen ist die notwendige Flexibilität und Reaktionsfähigkeit nicht mehr gewährleistet.

Die schwerwiegenden Beeinträchtigungen, die die Koalitionsfreiheit danach durch eine Anmeldepflicht bei den hier erörterten Arbeitskampfmaß-

nahmen erleidet, werden durch die ordnungspolizeiliche Funktion der Anmeldepflicht nicht aufgewogen. Die Teilnehmerzahl ist gewöhnlich verhältnismäßig gering. Abgesehen von gewissen Behinderungen des öffentlichen Straßenverkehrs sind Störungen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung, insbesondere die Gefährdung wichtiger Gemeinschaftsgüter oder Dritter etwa durch gewalttätige Ausschreitungen oder Gegendemonstranten nicht zu besorgen. Der Druck auf den Arbeitgeber selbst, der mit dem Streik ausgeübt wird, ist legitim und durch das Streikrecht gerechtfertigt. Wegen der staatlichen Neutralitätspflicht müssen sich Staat und Polizei aus dem Arbeitskampf heraushalten und dürfen weder direkt noch indirekt Maßnahmen ergreifen, die die eine oder andere Partei stärken oder schwächen. Soweit Streikposten oder streikende Arbeitnehmer den Zutritt Arbeitswilliger zur Baustelle oder den Lieferverkehr behindern, handelt es sich, solange keine Gewalt im Sinne von § 240 StGB ausgeübt wird<sup>9</sup>, allenfalls um zivilrechtlich sanktionierte Rechtsverletzungen, die ein polizeiliches Eingreifen nicht erfordern.

### Ergebnis:

Die Versammlungen streikender Bauarbeiter vor den Baustellen sind nicht anmeldepflichtig. Eine Auflösung wegen fehlender Anmeldung ist unzulässig. Die Teilnehmer verstoßen nicht gegen § 26 VersG. Strafrechtliche Ermittlungen sind nicht veranlasst.

### 7. Andere Auflösungsgründe

Neben einer Verletzung der Anmeldepflicht kann nur eine unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit die Auflösung einer Versammlung rechtfertigen. Das ist gemäß § 15 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 1 VersG der Fall, wenn der drohende Schadenseintritt so nahe ist, dass er jederzeit, unter Umständen sofort, eintreten kann<sup>10</sup>. Der Begriff

<sup>9</sup> s. dazu BVerfGE 92, 1 <15 ff.>

<sup>10</sup> Dietel/Gintzel/Kniesel, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, 14. Aufl. 2005, § 15 Rz 28 mit weiteren Hinweisen

der öffentlichen Sicherheit umfasst den Schutz zentraler Rechtsgüter wie Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre, Eigentum und Vermögen sowie die Unversehrtheit der Rechtsordnung und der staatlichen Ordnung<sup>11</sup>.

Die Auflösung – und das vorbeugende Verbot – einer Versammlung sind die stärksten Eingriffe in die Versammlungsfreiheit. Wegen des Prinzips der Verhältnismäßigkeit ist die Auflösung nur möglich als „ultima ratio“, d. h. wenn mildere Mittel zur Beseitigung der von der Versammlung ausgehenden Gefahren für gewichtige Rechtsgüter Dritter nicht Erfolg versprechend sind. Für das vorbeugende Verbot bedarf es zusätzlich konkreter tatsächlicher Anhaltspunkte und eines hohen Wahrscheinlichkeitsgrades für die erhebliche Gefährdung hochrangiger Rechtsgüter, andernfalls bleibt die Möglichkeit von Auflagen oder der Auflösung der Versammlung vor Ort. Die Polizei darf mithin die hier untersuchten Versammlungen nur dann auflösen, wenn sie insgesamt einen gewalttätigen Verlauf nehmen oder wenn es zu Schlägereien oder anderen Gewalttätigkeiten kommt und ein Ausschluss einzelner Teilnehmer nicht ausreicht, um die öffentliche Sicherheit wieder herzustellen.

### 8. Versammlungsrechtliche Einzeleingriffe

Einzelne Versammlungsteilnehmer können ausgeschlossen werden, wenn sie die Ordnung gröblich stören (§ 18 Abs. 3, § 19 Abs. 4 VersG). Das ist insbesondere der Fall, wenn sie die ordnungsgemäße Durchführung der Versammlung zu verhindern trachten (§ 2 Abs. 2 VersG), wenn sie bewaffnet sind oder gewalttätig werden (Steine werfen, Sachen beschädigen). Die hier untersuchte Fallkonstellation gibt keinen Anlass, diesem Ausschlussgrund näher nachzugehen. Unerörtert lassen will ich auch die Frage nach der Zulässigkeit von Bild- und Tonaufnahmen, die sich ebenfalls hier nicht in besonderer Weise stellen.

<sup>11</sup> Dietel/Gintzel/Kniesel, FN 9, § 15 Rz 33 mit weiteren Hinweisen

### 9. Ermittlung von Straftaten

Strafprozessuale Ermittlungseingriffe sind durch das Versammlungsrecht nicht ausgeschlossen. Sie sind, wie die geschilderten Fälle zeigen, gerade auch bei Streiks auf Baustellen höchst relevant. Beinahe schon routinemäßig wird der Straftatbestand des § 240 StGB (Nötigung) herangezogen, fallbezogen auch § 123 StGB (Hausfriedensbruch), und § 303 StGB (Sachbeschädigung), um gegen die Versammlung oder einzelne Teilnehmer einzuschreiten.

Häufig schließen Polizeibeamte eine ganze Versammlung in Form einer Kette ein und hindern alle Teilnehmer am Weggehen, bis ihre Identität festgestellt worden ist (Polizeikessel). Vor Auflösung oder Beendigung der Versammlung kann dies nur als strafprozessuale Ermittlungsmaßnahme zulässig sein. Die Polizei hat dabei den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten: Die Einschließung einer Versammlung (Einkesselung) durch eine Polizeikette greift in jedem Fall in die Grundrechte der Betroffenen aus Art. 2 Abs. 2 S. 2, Art. 8 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 3 GG ein. Sie behindert die Kommunikation zwischen den Streikenden und der Öffentlichkeit und ist geeignet, einen einschüchternden Effekt auszulösen. Das gilt insbesondere dann, wenn (Bereitschafts-) Polizei mit Schilden, Helmen und Schlagstöcken eingesetzt wird. Diese weitgehenden Grundrechtsbeschränkungen könnten nur durch die begründete Aussicht auf die erfolgreiche Aufklärung hinreichend gewichtiger Straftaten durch eine größere Anzahl von Teilnehmern gerechtfertigt sein. Eine Einkesselung der gesamten Versammlung zu dem Zweck, einzelne Straftäter zu identifizieren, ist aber in der Regel schon deswegen unverhältnismäßig, weil sie nicht zielführend und damit ungeeignet ist: Hat die Polizei einen Straftäter auf frischer Tat erkannt, muss sie ihn herausgreifen und gegen ihn ermitteln. Ist dies nicht der Fall, dann hilft auch die Ingewahrsamnahme aller oder einer Gruppe von Teilnehmern nicht weiter.

Im Übrigen darf die Identität einzelner Verdächtiger auf strafprozessualer Grundlage – notfalls auch nach einer Ingewahrsamnahme – nur festgestellt werden, wenn ein konkreter personenbezogener Tatverdacht vorliegt. In der Praxis wird dies nicht durchgängig beachtet. Häufig werden alle Versammlungsteilnehmer unterschiedslos etwa einer Nötigung, eines Hausfriedensbruchs oder einer Sachbeschädigung bezichtigt, obwohl ein konkreter Tatverdacht nur gegen einzelne Teilnehmer besteht. Mit der darauf folgenden Identitätsfeststellung sämtlicher Versammlungsteilnehmer überschreitet die Polizei in eklatanter Weise ihre strafprozessualen Befugnisse.

### 10. Blockaden

Bei den hier untersuchten Versammlungen aus Anlass von Streikmaßnahmen der Bauarbeiter ist die Polizei teilweise eingeschritten, um Baufahrzeugen den Weg zur Baustelle freizumachen. In Fällen wie den hier geschilderten kann im Einzelfall tatsächlich eine Blockade oder eine blockadeähnliche Behinderung durch stehende oder sitzende Personen herbeigeführt werden. Darauf soll im Folgenden näher eingegangen werden.

### 11. Rechtmäßigkeit der Behinderungen

Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts sind eine Verhinderung des Zu- und Abgangs von Waren und Kunden sowie eine Behinderung arbeitswilliger Kollegen, die über ein gütliches Zureden hinausgeht, durch das Streikrecht nicht gedeckt und unzulässig. Der Geschädigte kann wegen einer Verletzung seines Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb Ersatz des ihm durch derartige Handlungen entstehenden Schadens verlangen<sup>12</sup>. Die Auffassung wird von der h. L.

<sup>12</sup> BAG AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 108; so auch LAG SH, NZA 1987, S. 65

geteilt<sup>13</sup>. Namhafte Autoren halten demgegenüber auch aktive Behinderungen des Betriebsablaufs im Rahmen eines rechtmäßigen Arbeitskampfes für zulässig. Sie machen geltend, dass damit im Grunde nichts anderes als durch einen effektiven Streik angestrebt werde und dies unter Umständen sogar weniger nachhaltig<sup>14</sup>. Gewaltfreie aktive Betriebsbehinderungen der Arbeitsabläufe sind danach nicht rechtswidrig im Sinne von § 823 BGB<sup>15</sup>.

Dem ist zuzustimmen: Bedeutung und Tragweite von Art. 9 Abs. 3 GG sind bei der Auslegung und Anwendung des Zivilrechts zu berücksichtigen und im Wege praktischer Konkordanz mit entgegenstehenden Positionen zum Ausgleich zu bringen. Gewaltfreie Behinderungen von Baufahrzeugen und Arbeitsmaschinen sind bei angemessener Berücksichtigung der Koalitionsfreiheit auch zivilrechtlich rechtmäßig. Nach dem derzeitigen Stand von Rechtsprechung und Lehre können allerdings Unterlassungs- und Schadensersatzforderungen nicht ausgeschlossen werden. Jedenfalls besteht kein Anlass für polizeiliches Eingreifen zum Schutz der Eigentümerrechte. Auf Einzelheiten kann ich hier nicht eingehen.

### 12. Strafbarkeit

Wann Sitzblockaden eine strafbare Nötigung darstellen, war lange ungeklärt. Da sie eine Zwangswirkung bei Dritten entfalten, wurden sie von den

<sup>13</sup> Nachweise bei Dieterich, in Müller-Glöße/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 8. Aufl. 2008, Art. 9 GG, Rz 275 ff.; Otto, Arbeitskampf und Schlichtungsrecht, 2006, § 11 Rz 5 ff.; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht I, 1997, § 21, S. 1057 ff.; Kissel, Arbeitskampfrecht, 2002, § 61, Rz 68 - 8, 78, 102 ff.; vgl. auch BAG, AP GG Art. 9 Nr. 59, GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 108

<sup>14</sup> Dieterich, in Müller-Glöße/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 8. Aufl. 2008 Art. 9 GG, Rz 277; Däubler, Das Arbeitsrecht Bd. 1 16. Aufl. 2006, Rz 708 f.; Treber, Aktiv produktionsbehindernde Maßnahmen, 1996, S. 461 ff.; Wolter, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 2. Aufl. 1984, Rz 300; Lübbe-Wolff, Zur verfassungskonformen Interpretation des § 923 BGB im Zusammenhang mit aktiv produktionsbehindernden Arbeitskampfmaßnahmen, DB 1988, Beil. 9

<sup>15</sup> Insbes. Lübbe-Wolff, Zur Verfassungskonformen Interpretation des § 823 BGB im Zusammenhang mit aktiv produktionsbehindernden Arbeitskampfmaßnahmen DB 1988, Beil. 9



Forum 3: Frank Steininger, RA Dr. Jürgen Kühling, Dr. Irina Mohr und RA Hartmut Wächtler (v.l.n.r.)

Strafgerichten früher als strafbare Nötigung angesehen<sup>16</sup>. Durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist diese Sichtweise korrigiert worden. Psychischer Zwang, wie er durch Sitzen auf der Fahrbahn ausgeübt wird, ist danach nicht als „Gewalt“ im Sinne des Nötigungsstraftatbestandes (§ 240 StGB) anzusehen<sup>17</sup>. In der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Demonstration gegen die geplante Wiederaufbereitungsanlage in Wackersdorf wurde dies bestätigt. Blockaden werden weiterhin in den Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG einbezogen. Allerdings wurde eine Gewaltanwendung bejaht, wenn durch zusätzliche physische Kraftentfaltung, etwa durch Anketten oder abgestellte Fahrzeuge, eine Zwangswirkung auf Dritte entfaltet wird<sup>18</sup>. Darauf braucht hier nicht näher eingegangen zu werden.

<sup>16</sup> so auch noch die Mutlangen-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, BVerfGE 73, 206 <242>

<sup>17</sup> BVerfGE 92, 1 <16 ff.>

<sup>18</sup> BVerfGE 104, 92 <101 f.>

#### Ergebnis:

Für die hier erörterten Baustellenstreiks kann damit festgehalten werden: Die Blockade des Baggers ist eine zulässige Aktion im Arbeitskampf. Die Polizei hat sich herauszuhalten. Das gilt im Ergebnis auch, soweit in der Folge der Rechtsprechung des BAG zivilrechtliche Positionen des Arbeitgebers beeinträchtigt werden.

### 13. Versammlung auf dem Baugelände

Die hier untersuchten Versammlungen finden teilweise auf dem Baugelände statt. Das führt zu den im Folgenden untersuchten Fragen.

### 14. Pflicht zum Verlassen der Baustelle

Sowohl der Eigentümer als auch der Unternehmer sind Besitzer des Baugeländes (§§ 854, 868 BGB). Beide können ihr Besitzrecht (Hausrecht) dergestalt ausüben, dass sie fremde Personen vom Grundstück verweisen.

Es fragt sich allerdings, ob Art. 9 Abs. 3 GG den Inhabern des Hausrechts eine Pflicht zur Duldung des Verweilens von streikenden Arbeitnehmern und Gewerkschaftsvertretern am Arbeitsplatz jedenfalls insoweit auferlegt, als damit keine erhebliche Störung der Arbeitsabläufe verbunden ist. Art. 9 Abs. 3 GG schließt ebenso wie die anderen Freiheitsrechte des Grundgesetzes eine Schutzpflicht gegenüber Beeinträchtigungen durch Dritte ein. Bei zivilrechtlichen Konflikten sind daher nach feststehender Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Bedeutung und Tragweite der betroffenen Grundrechte zu berücksichtigen<sup>19</sup>. Art. 9 Abs. 3 Abs. 2 GG fordert sogar, insoweit weitergehend, einen absoluten Schutz. Maßnahmen, die dieses Grundrecht einschränken, sind danach rechtswidrig<sup>20</sup>.

Bedeutung und Tragweite der Koalitionsfreiheit und der durch sie gewährleistete Schutz des Arbeitskampfrechts haben ein hohes Gewicht. Der Arbeitskampf ist das von der Verfassung eingesetzte Mittel, um den Arbeitnehmern die Verhandlungsmacht zuzubilligen, ohne die sie mit den Arbeitgebern nicht paritätisch auf Augenhöhe über Löhne und andere Arbeitsbedingungen verhandeln können.

Im hier erörterten Konflikt zwischen Hausrecht und Koalitionsfreiheit hat das Hausrecht ein deutlich geringeres Gewicht. Durch die Duldung der Versammlung auf der Baustelle entsteht weder dem Eigentümer noch dem Bauunternehmer ein nennenswerter Schaden. Die Fläche der Baustelle dient allein der Realisierung des Bauvorhabens. Dem Besitz- und Eigentumsschutz kann mit Blick auf diese Zweckbestimmung gegenüber einer Inanspruchnahme durch demonstrierende Arbeitnehmer kein besonderes Gewicht beigemessen werden. Es kommt hinzu, dass die Baustelle der

Raum ist, an dem die Arbeitsverhältnisse gelebte Realität werden. Zu dieser Realität gehört auch die Auseinandersetzung über Löhne und andere Arbeitsbedingungen. In gewisser Weise ist die Baustelle damit auch Ort des Arbeitskampfes.

Im Ergebnis führt eine sachangemessene Würdigung von Bedeutung und Tragweite der Koalitionsfreiheit dazu, dass Eigentümer und Bauunternehmer Versammlungen von streikenden Arbeitnehmern einschließlich der streikleitenden Gewerkschafter auf der Baustelle zu dulden haben<sup>21</sup>. Auf Besitz oder Grundeigentum gestützte Aufforderungen, das Grundstück zu verlassen, brauchen die Arbeitnehmer daher nicht zu befolgen.

Verstärkt wird die Position der streikenden Arbeitnehmer durch Art. 8 Abs. 1 GG. Die Versammlungsfreiheit entfaltet Ausstrahlungswirkung auf das Privatrecht. Sie kann bindende Verpflichtungen von Privaten begründen, das Grundstück für die Versammlung zur Verfügung zu stellen. So kann etwa ein Kontrahierungszwang für den Eigentümer eines Versammlungsraumes gegeben sein, wenn für die Versammlung nur dieser Raum in Betracht kommt<sup>22</sup>. Für die aus Anlass eines Streiks auf einer Baustelle sich bildenden Versammlungen der streikenden Arbeitnehmer ist die Baustelle selbst der räumlich und sachlich nächstliegende Platz, um für die Tarifforderungen zu demonstrieren und andere Arbeitnehmer zum Mitmachen aufzufordern. Dieser Umstand engt die Dispositionsfreiheit des Eigentümers/Besitzers im Hinblick auf eine Freigabe der Baustelle für die Versammlung zumindest erheblich ein. Insofern verstärkt Art. 8 Abs. 1 GG die durch Art. 9 Abs. 3 GG begründete Befugnis der Streikenden, sich auch gegen den Willen des Inhabers des Hausrechts auf der Baustelle zu versammeln.

19 zur Bedeutung für das Zivilrecht vgl. insbesondere BVerfGE 89, 214 <229 f.> mit weiteren Hinweisen

20 vgl. dazu etwa Dieterich in Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 8. Aufl. 2008 Art. 9 GG, Rz 43 ff.

21 so auch Wolter in Däubler Hrsg., Arbeitskampfrecht, 2. Aufl. 1984, Rz 300

22 etwa: Hoffmann-Riem, in Denninger/Hoffmann-Riem/H.-P.Schneider/E. Stein (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz (Alternativ-Kommentar), 3. Aufl. Losebl. Stand 2001, Rz 40; Dietel/Gintzel/Kniesel, FN 9, § 1, Rz 98

Im Ergebnis begehen die Streikenden, wenn sie sich gegen den Willen des Eigentümers auf dem Baugelände versammeln, keinen Hausfriedensbruch.

### 15. Verkehrsbehinderungen

Versammlungen im Sinne von Art. 8 Abs. 1 GG dürfen auf öffentlichen Straßen ohne eine Erlaubnis nach § 29 Abs. 1 StVO stattfinden<sup>23</sup>. Sie sind gemeingebräuchlich, auch soweit nach der Art der Straßenbenutzung normalerweise eine Sondernutzungserlaubnis erforderlich wäre. Unvermeidliche Behinderungen des Straßenverkehrs sind grundsätzlich kein Grund für polizeiliches Einschreiten<sup>24</sup>. Verkehrsbeeinträchtigungen, die sich zwangsläufig aus der Inanspruchnahme öffentlicher Verkehrsflächen durch eine Versammlung ergeben, sind grundsätzlich hinzunehmen<sup>25</sup>.

Nur wenn die Sicherheit des Verkehrs und damit Leib und Leben der Verkehrsteilnehmer durch die Versammlung unmittelbar gefährdet werden, kommt eine Auflösung als ultima ratio in Betracht. Vorrangig sind Auflagen zur Verkehrsregelung oder zu einer zeitlichen Beschränkung.

### 16. Zusammenfassung

Ansammlungen, die sich bei Arbeitskämpfen vor Baustellen im öffentlichen Straßenraum spontan bilden, genießen sowohl den Schutz der Versammlungsfreiheit (Art. 8 Abs. 1 GG) als auch der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG). Sie brauchen nicht angemeldet zu werden. Eine straßenverkehrsrechtliche Genehmigung ist nicht erforderlich. Verkehrsbehinderungen durch Inanspruchnahme der Fahrbahn sind hinzunehmen. Blockaden der Zufahrten zur Baustelle sind keine strafbare Nöti-

gung, solange die Teilnehmer sich weder anketten noch mit physischen Mitteln Sperren errichten. Eine Verletzung der arbeitskampfrechtlichen Regeln ist für die Polizei kein Grund zum Einschreiten. Die Polizei darf die Versammlung nur bei einem insgesamt unfriedlichen Verlauf bei Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder hochwertige Rechtsgüter Dritter auflösen. Arbeitsrechtliche Streitfragen der Tarifparteien sind von den Arbeitsgerichten und nicht von der Polizei zu klären.

Polizeiliche Maßnahmen wie Platzverweise oder Identitätsfeststellung gegen einzelne Versammlungsteilnehmer setzen die Auflösung der Versammlung oder den Ausschluss einzelner unfriedlicher Versammlungsteilnehmer nach §§ 15, 18 VersG voraus, bis dahin ist die Versammlung „polizeifest“. Die Versammlung darf nicht ohne Auflösung eingekesselt werden. Auch Einkesselungen zum Zwecke der Ermittlung einzelner Straftäter sind unzulässig. Gegen einzelne Teilnehmer kann die Polizei zu Zwecken der Gefahrenabwehr erst einschreiten, wenn sie sie aus der Versammlung ausgeschlossen hat, weil sie die Versammlung gröblich stören. Nur bei einem konkreten, personenbezogenen Verdacht auf Straftaten (Körperverletzung, Hausfriedensbruch, strafbare Nötigung) darf die Polizei die Identität einzelner Teilnehmer – nicht: aller! – feststellen. Bild- und Tonaufnahmen sind nur zulässig, wenn eine erhebliche Gefahr für die Öffentliche Sicherheit und Ordnung vorliegt.

Bei Arbeitskämpfen auf Baustellen ist häufig eine Fehleinstellung der Polizei zur Koalitionsfreiheit zu verzeichnen. Auch die Versammlungsfreiheit wird oft nicht angemessen respektiert. Die Staatsanwaltschaften beurteilen die Rechtslage anscheinend korrekter, doch wird auch mit Einstellungen nach § 170 Abs. 2 StPO zur Klärung der Rechtslage und damit zum vorbeugenden Schutz der Streikenden und ihrer Gewerkschaft wenig beigetragen.

<sup>23</sup> BVerwGE 82, 35

<sup>24</sup> Geis, in Heinrich/Friauf/Höfling (Hrsg.) Berliner Kommentar zum Grundgesetz (Losebl. Stand 2004) Art. 8, Rz 76 mit weiteren Hinweisen; Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht 4. Aufl. 2007, § 21 Rz 2; vgl. auch BVerfGE 72, 206 <249>

<sup>25</sup> BVerfGE 69, 315 <353>; Dietel/Gintzel/Kniesel, FN 9, § 15, Rz 186 ff.



## Rechtswirklichkeit – Leitschnur für eine neue Politik?

### Michael Guggemos

Sprecher der Geschäftsführung der  
Hans-Böckler-Stiftung



Meine sehr geehrten Damen und Herren,  
liebe Kolleginnen und Kollegen,

ich freue mich, dass Sie auch zum zweiten Veranstaltungstag des rechtspolitischen Kongresses noch so zahlreich erschienen sind. Berlin hat ja sonst die Neigung zum Schwund und zur Verspätung.

Als einer der beiden Geschäftsführer der Hans-Böckler-Stiftung darf ich zu Beginn zwei Worte des Dankes sagen. Zum einen an die Kolleginnen und Kollegen von der Friedrich-Ebert-Stiftung und dem Hugo Sinzheimer Institut, aus dem DGB und selbstverständlich aus der Hans-Böckler-Stiftung, die diesen wunderbaren Kongress vorbereitet haben.

Und zum anderen an die vielen Referenten und Referentinnen sowie die Moderatoren und Moderatorinnen, die für die inhaltliche Vielfalt und Tiefe dieses Kongresses sorgen. Sie alle tragen dazu bei, dass sich Rechtssetzung, Rechtsprechung und gesellschaftliche und betriebliche Wirklichkeit wechselseitig herausfordern.

### Hans-Böckler-Stiftung als Forschungs- akteur; Ziele und Probleme

Die Hans-Böckler-Stiftung ist das Mitbestimmungs-, Forschungs- und Studienförderungswerk des Deutschen Gewerkschaftsbundes, finanziell getragen von den Abführungen der Arbeitnehmer- und Arbeitnehmerinnen in den Aufsichtsräten.

Ziel der HBS ist es, sich aktiv an den gesellschaftlichen und politischen Diskursen über die Gestaltung guter Arbeit, über die Ausgestaltung einer sozialen, nachhaltigen und balancierten Wirtschaftsentwicklung sowie über die Perspektiven einer sozialen Demokratie in Europa zu beteiligen.

Die HBS versteht sich als eine Stimme der Arbeit, die auf der Basis wissenschaftlicher Forschungsarbeiten in die gesellschaftlichen Deutungsauseinandersetzungen eingreift.

Gesellschaftliche Diskurse drehen sich immer um zwei Fragen:

- Was ist wahr, also was wird von der vielschichtigen Wirklichkeit als relevantes gesellschaftli-

ches Problem mit welchen Ursachen wahrgenommen und

- was wird als eine angemessene politische Problemlösung mehrheitlich akzeptiert?

Diese Deutungsauseinandersetzungen prägen jede gesellschaftliche und politische Debatte. Dabei spielen Think Tanks, Forschungsinstitute, Kommunikationsagenturen eine oft wesentlichere Rolle als die unmittelbaren Verbandsvertreter mit ihren direkten Lobbyinteressen.

Wir als HBS sehen es als unsere Aufgabe, in diesen Deutungsauseinandersetzungen eine aktive Rolle zu spielen.

Die HBS finanziert zwei eigene Forschungsinstitute, das Institut für Makroökonomie und Konjunkturforschung und das Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliche Institut. Und die HBS fördert in nennenswertem Umfang externe Forschungsprojekte, z. B. auch am HSI.

Diese Forschungsarbeit sichert uns ein einzigartiges valides Datenfundament über zentrale betriebliche und gesellschaftliche Entwicklungen.

Ich gestatte mir, auf einen dieser Datensätze hinzuweisen. Die HBS hat über 16.000 Betriebsvereinbarungen aus allen Sektoren der deutschen Wirtschaft und zu allen betrieblichen Themen gesammelt und aufbereitet.

Auf dieser Basis sind wir in der Lage, zu vielen betrieblichen Herausforderungen konkrete Regelvereinbarungen zu analysieren. Diese Ergebnisse zeigen oft eine andere Realität als die in Berliner Debatten verhandelte.

Die Entwicklungen der letzten Jahre und unsere Forschungen zeigen uns, dass bei der Planung und Durchführung von Gesetzgebungsvorhaben empirische Erkenntnisse meist nur einseitig und selektiv zur Kenntnis genommen werden.

Und ich erlaube mir eine Bemerkung in Klammern: die Verantwortung dafür nur bei Ministerien und Parlament abzuladen, ist mir zu einfach. Denn ich sehr hier eine Bringschuld auch unserer Stiftung für die gesellschaftliche Debatte. Klammer zu.

### Beispiel Befristungsrecht

Lassen sie mich am Befristungsrecht meine These von der einseitigen und selektiven Empirieverarbeitung im Gesetzgebungsprozess erläutern.

Der Gesetzgeber hat in den letzten 15 Jahren das Befristungsrecht mit dem Ziel der Schaffung zusätzlicher Beschäftigung wiederholt reformiert, indem er die Möglichkeiten sachgrundloser Befristungen erheblich erleichtert hat. So ist es seit 2001 möglich, Arbeitnehmer zwei Jahre statt wie zuvor sechs Monate sachgrundlos befristet einzustellen. Zudem wurden 2002 die sachgrundlose Befristung 52-jähriger und älterer Arbeitnehmer zugelassen, 2004 dann sachgrundlose Befristungsmöglichkeiten für Existenzgründer eingeführt.

Die Erleichterung der sachgrundlosen Befristungsmöglichkeiten wurde vom Gesetzgeber stets damit begründet, sie schaffe zusätzliche Arbeitsplätze und sei für viele Beschäftigte ein Weg in ein unbefristetes Beschäftigungsverhältnis.

Ein Blick in die empirische Forschung zeigt aber ein anderes Bild:

- Gut die Hälfte aller Neueinstellungen erfolgt mittlerweile befristet.
- Weit weniger als die Hälfte der befristet Beschäftigten wird in ein unbefristetes Beschäftigungsverhältnis übernommen.

Schon die Evaluierungen der Reformen des Beschäftigungsförderungsgesetzes von 1985 zeigten, dass die Deregulierung des Befristungsrechts nicht zu spürbar mehr Beschäftigung geführt hat. Auch die mit der Reform verbundenen Hoffnungen

gen verbesserter Zugangschancen für Personengruppen, die dem besonderen Kündigungsschutz unterliegen, wurden damals schon nicht erfüllt. Ebenso zeigten empirische Untersuchungen aus den Jahren 2005, 2006 zu den Wirkungen der Möglichkeit, ältere Arbeitnehmer bis zu fünf Jahre sachgrundlos einzustellen, dass 96 % der befragten Unternehmen deshalb nicht häufiger Ältere einstellen würden.

Obwohl die vorgetragene Begründung offensichtlich nicht trägt, wird sie weiter vorgetragen. In den Koalitionsverhandlungen im Herbst letzten Jahres wurde von Seiten der Union jede Änderung des Befristungsrechts mit eben diesem Argument abgelehnt.

Viele politische Debatten zeichnen sich durch eine besondere Realitätsresistenz aus.

### Unternehmensmitbestimmung

Lassen Sie mich ein zweites Beispiel der begrenzten Wahrnehmung im politischen Prozess anführen.

Ich spreche von der betrieblichen und der Unternehmensmitbestimmung in Deutschland.

Die deutsche Mitbestimmung ist ein Erfolgsmodell. Das ist spätestens seit der großen Krise in den Jahren 2009/10 offensichtlich. Sie gewährleistet, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer durch gewählte Betriebsräte, Gesamtbetriebsräte bzw. Konzernbetriebsräte die Arbeitsbedingungen in den Betrieben wesentlich mitgestalten können.

In größeren Unternehmen mit bestimmten Rechtsformen werden Arbeitnehmer bzw. ihre Vertreter in den Aufsichtsrat entsandt und bestimmen dort die Unternehmenspolitik an entscheidender Stelle mit.

Die fortschreitende Europäisierung und Internationalisierung der Wirtschafts- und Arbeitswelt,

aber auch die globale Prekarisierung von Arbeit machen eine Anpassung an die Realitäten in globalisierten Unternehmen und in weltweiten Arbeitsmärkten erforderlich.

So fehlen z. B. auf betrieblicher Ebene Mitbestimmungs- und Mitentscheidungsrechte der Betriebsräte bei atypischen Beschäftigungsformen wie Leiharbeit und Werkverträgen.

Zudem führen Outsourcing und Standortverlagerungen meist dazu, dass Mitbestimmung unterlaufen wird. So kann ein Konzernbetriebsrat nach deutschem Betriebsverfassungsrecht heute nur gegründet werden, wenn die Konzernmutter ihren Sitz in Deutschland hat, was gerade bei europa- bzw. weltweit agierenden Unternehmen häufig nicht der Fall ist.

Das Recht der heutigen deutschen Unternehmensmitbestimmung ist derzeit nur auf deutsche Gesellschaftsrechtsformen anwendbar; keine ausländische Gesellschaftsform unterliegt der deutschen Unternehmensmitbestimmung – eine Rechtslücke, die geradezu zum Missbrauch aufruft.

Hinzu kommt, dass Unternehmensumstrukturierungen bewusst oder unbewusst dazu führen, dass die deutsche Unternehmensmitbestimmung in vielen Punkten leer läuft, denn die deutsche Unternehmensmitbestimmung in Form des Montanmitbestimmungsgesetzes von 1951, des Mitbestimmungsgesetzes von 1976 sowie des Drittelbeteiligungsgesetzes von 2004 findet nur auf bestimmte Unternehmensgrößen Anwendung.

Es ist unbestritten, dass die für die Anwendbarkeit der genannten Gesetze erforderliche Unternehmensgröße heutzutage in einer Vielzahl von Fällen nicht mehr erreicht wird oder bewusst unterschritten wird.

Wären die vielen Bekenntnisse zu den Vorzügen des deutschen Mitbestimmungsweges ernst ge-

meint, dann müsste eine Anpassung der Schwellenwerte für die Anwendbarkeit der Mitbestimmungsgesetze durch den Gesetzgeber schleunigst umgesetzt werden.

Und eine weitere Herausforderung der Unternehmensmitbestimmung steht auf der Agenda:

Die meisten Konzerne mit Sitz in Deutschland sind grenzüberschreitend aktiv und besitzen Standorte in allen Teilen der Welt. Wird die weltweite Konzernpolitik in Deutschland geplant, stellt sich die Frage nach den Möglichkeiten der Beteiligung der in den ausländischen Unternehmen des Konzerns beschäftigten Arbeitnehmer – will sagen: Viele wesentliche Entscheidungen fallen in deutschen Aufsichtsräten – die Konsequenzen wie Werkschließungen sind aber europa- bzw. weltweit zu spüren.

Die Vertretung der Belegschaften ausländischer Konzerntöchter in den Mitbestimmungsgremien ist geboten.

Die Gewerkschaften haben das Anliegen der Einbeziehung im Ausland beschäftigter Belegschaften in die deutsche Unternehmensmitbestimmung seit Jahren stets unterstützt. Allerdings konnte sich schon die 2006 tätige Biedenkopfkommission, die u. a. auch die Frage der Beteiligung ausländischer Arbeitnehmer in deutschen Aufsichtsräten diskutieren sollte, nicht auf eine Lösung dieser Frage verständigen. Nach Ansicht der Gewerkschaften ist die Entsendung deutscher Arbeitnehmervertreter in die Aufsichtsräte deutscher Unternehmen nach deutschem Recht und aufgrund demokratischer Wahlen durch die in Deutschland Beschäftigten besonders legitimiert. Diesen Status durch die Entsendung ausländischer Arbeitnehmer/Arbeitnehmervertreter in Aufsichtsräte zu ändern, ist sicherlich keine banale Herausforderung, aber trotzdem nötig. Insoweit besteht Handlungsbedarf für den deutschen Gesetzgeber.

Ein erster Schritt könnte es sein, das passive Wahlrecht für im Ausland Beschäftigte im deutschen Recht zu verankern. Auf diesem Wege könnten ausländische Beschäftigte als vollwertige Mitglieder des Aufsichtsrates auf die Arbeitnehmerbank gewählt werden. Inwieweit den ausländischen Beschäftigten das – systemfremde – aktive Wahlrecht für die Entsendung von Arbeitnehmervertretern in deutsche Aufsichtsräte eingeräumt werden sollte, muss überlegt werden. Eine Möglichkeit wäre, dieses durch Tarifverträge zu regeln. Die zunehmende Europäisierung und Internationalisierung der Wirtschaft erfordert spiegelbildlich mehr Mitbestimmung der Arbeitnehmervertreter und Gewerkschaften über die nationalen Grenzen hinaus. Dies bleibt eine zentrale Herausforderung für die nächsten Jahrzehnte, die für den Gesetzgeber auch unter diesem Aspekt insoweit bedeutet, Rechtswirklichkeit als Leitschnur für die Gestaltung der Rechtspolitik zugrunde zu legen.

### Quo vadis?

Sie werden mir zustimmen, dass die Auseinandersetzungen um die Deutung gesellschaftlicher Herausforderungen und Lösungen ebenso mühsam wie dringlich ist.

Über die Interessenvertreter der Arbeitgeber, die Lobbyisten der Wirtschaft und die interessengeleiteten Massenmedien wehleidig zu lamentieren, wird uns nicht weiterbringen.

Ich halte mehr davon, die Deutungsauseinandersetzung aufzunehmen und dabei die eigenen Stärken zu nutzen. Mit der Gründung des Hugo Sinzheimer Instituts, mit der Forschungsarbeit von IMK und WSI und auch mit diesem Kongress haben wir die Auseinandersetzung um Rechtswirklichkeit und Rechtssetzung aufgenommen. Tun wir alles dafür, dass das keine Eintagsfliege ist.

Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit und wünsche uns allen noch eine interessante Veranstaltung.

## FORUM 5

## Sozialleistungen in Europa – Chance oder Abschottung nationaler Sicherungssysteme?

**Prof. Dr. Eberhard Eichenhofer**

Professor für Bürgerliches Recht und Sozialrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena



### I. Fragestellung

Zu Beginn dieses Jahres wurde in Deutschland kontrovers und leidenschaftlich die Frage debattiert: Haben die unter „Einwanderungsdruck“ stehenden deutschen Großstädte, in die Rumän(inn)en und Bulgar(inn)en gezogen sind, die Folgen europäischer Freizügigkeit finanziell auszubaden? Macht Europa den von Zuwanderung betroffenen Kommunen Druck, weil sie sich um die Hilfe für verarmte Flüchtlinge nicht „drücken“ können? Diese riefen nach Entlastung und die Bundespolitik sinnierte darüber, wie der „Einwanderung in Sozialleistungssysteme“ effektiv zu begegnen sei. Kritiker geißelten den auf Zuwanderung beruhenden Bezug von Sozialleistungen als „Missbrauch“ der Freizügigkeit und wünschten, Deutschland möge künftig von solcher „Armutswanderung“ verschont bleiben. Denn es sei weder Sozialamt Europas, noch Europa eine Sozialunion. Jeder EU-Mitgliedstaat mache in der Sozialpolitik eben sein eigenes Ding; daran dürfe Europa auch künftig nicht rühren.

Ist freilich dies das Europa, das aus der europäi-

schen Integration hervorgegangen ist oder gar hervorgehen sollte? Wie steht es bei Wanderungen in Europa mit den Sozialleistungsberechtigungen: Ist ihre Europäisierung nach europäischem Recht zwingend geboten, weil Art. 48 AEUV dies so vorsieht, und liegt darin auch eine Chance auf ein soziales Europa oder ist die Abschottung der Sozialleistungssysteme der Mitgliedstaaten voneinander das Gebot der Stunde? Wem gebühren deutsche Sozialleistungen: den Deutschen oder auch Angehörigen anderer Staaten? Oder sollten diese dann doch eher „bei sich“ Sozialleistungen beziehen, weil jeder Staat der EU für seine Bürger jeweils zuständig ist? In dieser Debatte geht es zunächst um das Grundproblem des Sozialstaats, für wen dieser da ist und da sein sollte.

Außerdem geht die Debatte um Europa: Ist Europa die Ansammlung nebeneinander stehender Nationalstaaten, welche einzig durch wirtschaftlichen Austausch miteinander verbunden, sozial aber voneinander getrennt sind? Dann wäre offen, wo Europas Grundfreiheiten – und das sind nicht nur Wirtschaftsfreiheiten, sondern auch Grundrechte, ja: elementare soziale Rechte – blieben. Sollte

die Freizügigkeit den Erwerbstätigen vorbehalten bleiben, weshalb Arme „daheim“ bleiben und dort ihre Unterstützung finden sollen, oder ist Europa offen für die Wanderung von Nichterwerbstätigen auch um den Preis, dass diese in einem anderen Staat als ihrem bisherigen Wohn- und Beschäftigungsstaat Sozialleistungen in Anspruch nehmen? Kurzum: Wie steht es um die Solidarität in Europa – was bedeutet das soziale Europa?

Auf diese Fragen haben Rechtswissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsprechung noch keine überzeugende Antwort gefunden. In der Debatte ist daher durch nähere Betrachtung der Rechtsgrundlagen für Klarheit zu sorgen. Gegenstand der nachfolgenden Würdigung ist das deutsche (II) und europäische Recht (III). Sodann ist das Rangverhältnis zwischen europäischem und deutschem Recht zu klären (IV), um schließlich herauszufinden, was daraus für das Verhältnis von Migration und Sozialleistungsberechtigung in der EU folgt (V).

## II. Deutsches Recht

### 1. Grundsätze über den Erwerb sozialer Rechte

Der deutsche Sozialstaat ist nicht der Sozialstaat der Deutschen. Nach §§ 30 SGB I, 3-6 SGB IV stehen deutsche Sozialleistungen allen zu, die in Deutschland arbeiten und/oder wohnen. Die Rechte auf Sozialleistungen sind deshalb keine an die deutsche Staatsangehörigkeit gebundene Berechtigung. Social citizenship<sup>1</sup> bedeutet nicht: Sozialleistungen eines Staates nur dessen Staatsbürgern, sondern zum „Bürgerstatus“ gehören soziale Teilhaberechte. Das Konzept lässt aber offen, was unter „Bürger“ zu verstehen ist. Die Sozialleistungsberechtigung fließt aus der Einbeziehung des Berechtigten in die deutsche Gesellschaft,

welche durch Erwerbsarbeit und Wohnsitz in Deutschland begründet wird. Aus diesem Grunde wurde die vormalige Erstreckung deutschen Sozialhilferechts auf im Ausland wohnende Deutsche aufgegeben<sup>2</sup>. Die deutsche Staatsbürgerschaft verhilft zur Sozialleistungsberechtigung im Ausland nur noch, falls sich ein Deutscher vorübergehend dort aufhält und bedürftig wird. Dann können ihm die deutschen Auslandsvertretungen darlehensweise Hilfe gewähren, um nach Deutschland zurückzukehren<sup>3</sup>.

Dass der Anwendungsbereich des deutschen Sozialrechts vom gewöhnlichen Inlandsaufenthalt abhängt, der sich mit dem Begriff des inländischen Wohnsitzes (§ 30 SGB I) deckt, erklärt sich daraus, dass Sozialhilfe die Sicherung des kulturellen Existenzminimums bezweckt (§§ 1 SGB XII, 1 II SGB II, § 9 SGB I)<sup>4</sup>. Der deutsche Sozialstaat sichert dieses Minimum allen im Inland lebenden Personen, auch Ausländer(inne)n. Denn das Recht auf Fürsorge ist kein Bürger-, sondern ein allen Menschen zustehendes Menschenrecht<sup>5</sup>. Dessen Verwirklichung ist Deutschland für die in seinem Staatsgebiet lebenden Menschen aufgegeben, weil deren Not- und Bedarfslage dort eintritt und dort nur geholfen werden kann.

Deutsches Sozialversicherungsrecht erstreckt sich nach §§ 3-6 SGB IV auf alle in Deutschland abhängig und selbständig Beschäftigten, wiederum einerlei, welche Staatsangehörigkeit sie haben oder wo sie wohnen. Dies erklärt<sup>6</sup> und rechtfertigt sich daraus, dass die soziale Sicherheit durch Beiträge aufgebracht wird, die aus dem Ertrag von Erwerbsarbeit: also Arbeitseinkommen oder Ge-

<sup>1</sup> Grundlegend: T.H. Marshall, Social Citizenship and Social Class (1950); vgl. zum Problem Eichenhofer, Unionsbürgerschaft – Sozialbürgerschaft, ZIAS 2003, 404.

<sup>2</sup> Bereits 1993 wurde Sozialhilfe für Deutsche im Ausland zur Ermessensleistung; § 24 SGB XII begrenzt sie weiter: LPK SGB XII, 2008, 8. Aufl., § 24 Rn. 2; Reaktion auf die Boulevard-Medien – Aktion gegen „Florida-Rolf“ – ein Deutscher, der in Florida ohne Arbeit war, aber deutsche Sozialhilfe bezog.

<sup>3</sup> § 5 KonsularG; LSG Berlin-Brandenburg, FEVS 57, 177.

<sup>4</sup> Armbrorst/Birk, in LPK SGB XII, 2008 (8. Aufl.), § 1 Rn. 4 ff.

<sup>5</sup> Eberhard Eichenhofer, Soziale Menschenrechte im Völker-, europäischen und deutschen Recht, 2012, 114 ff.

<sup>6</sup> Eichenhofer, in Eichenhofer/Wenner (Hg.), SGB I, IV, X, 2012, §§ 3, 4, 5 und 6 SGB IV Rn. 4 ff.

winn aus selbständiger Erwerbsarbeit stammen und den Schutz der Erwerbstätigen vor Risiken aus der Erwerbsarbeit bezwecken: Arbeitsunfälle, Berufskrankheiten, Krankheit, Erwerbsminderung, Arbeitslosigkeit, Alter und Tod unter Hinterlassung von Familienangehörigen. Deshalb ist ein Erwerbstätiger unabhängig von Staatsangehörigkeit und Wohnsitz in das deutsche Sozialversicherungsrecht einbezogen, falls er seiner Erwerbsarbeit in Deutschland nachgeht.

## 2. Folgerungen aus diesen allgemeinen Regeln

Jeder in Deutschland versicherungspflichtige Erwerbstätige zahlt Beiträge zur deutschen Sozialversicherung. Arbeitsmigration führt daher zum Einschluss in die Sozialversicherung und diese zieht die Beitragspflicht zur deutschen Sozialversicherung nach sich. Mehr Beitragszahler bedeutet, dass sich mehr Versicherte die Tragung der sozialen Risiken durch die deutsche Sozialversicherung teilen. Wanderarbeit erweist sich deshalb als beachtliche Quelle zur Verbreiterung der Finanzierungsgrundlage sozialer Sicherheit. Sie eröffnet Chancen auf Beitragssenkungen und dies erfreut alle Versicherten! Die Einwanderung in beitragsfinanzierte Sozialleistungssysteme ist für diese also überaus vorteilhaft.

Wer nach Deutschland dauerhaft kommt und seinen Wohnsitz begründet, kann nicht nur deutsche Sozialleistungen in Anspruch nehmen, sondern es werden auch auf Grund Inlandswohnsitzes im Inland Einkommensteuer<sup>7</sup> und auf Grund Inlandskonsums Umsatzsteuer<sup>8</sup> fällig. Der auf dem Inlandswohnsitz beruhenden Sozialleistungsbeziehung entspricht deshalb auch die Steuerpflicht. Mit dieser ist systematisch eng die Berechtigung für Kindergeld<sup>9</sup> verbunden, die nämlich durch Abzug von der Steuer regelmäßig erfüllt

wird

## 3. Grundsicherung für Arbeitsuchende – spezielle Regeln

### a) Grundabweichung des § 7 SGB II von §§ 30 SGB I, 3-6 SGB IV

In der Grundsicherung für Arbeitsuchende weicht das deutsche Recht von diesen Regeln in einem Punkt entscheidend ab. Dies ist zwar grundsätzlich erlaubt, weil §§ 30 SGB I, 3-6 SGB IV unter dem Vorbehalt spezieller Regeln stehen (§ 68 SGB I). Deshalb sind für die Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende in § 7 I 1 Nr. 4 SGB II die Anspruchsvoraussetzungen abweichend von §§ 30 SGB I, 3-6 SGB IV bestimmt.

Nach § 7 I 1 Nr. 4 SGB II sind zu SGB II-Leistungen erwerbsfähige Personen anspruchsberechtigt, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben. Davon sind aber nach § 7 I 2 Nr. 2, 3 SGB II sämtliche Ausländer(innen) ausgenommen, die im Inland nicht Freizügigkeit in Anspruch nehmen, sondern sich nur zwecks Arbeitsuche oder als Asylbewerber aufhalten und Leistungen nach dem AsylbLG beziehen. Diese Regelung stellt in § 7 I 2 Nr. 1 die nach Art. 45 AEUV zur Wahrnehmung der Freizügigkeit berechtigten Angehörigen anderer EU-Staaten den Deutschen gleich und bezieht sie in die SGB II-Leistungsberechtigung ein, soweit sie in Deutschland bereits zuvor gearbeitet haben. Daher können die vor Eintritt der Arbeitslosigkeit im Inland erwerbstätigen EU-Bürger auch SGB II-Leistungen beziehen. Dagegen sind nach § 7 I 2 Nr. 2 SGB II die Arbeitsuchenden ausländischer Staatsangehörigkeit aus dieser Berechtigung grundsätzlich ausgenommen. Diese Unterscheidung wird namentlich praktisch, wenn das Erwerbseinkommen eines im Inland beschäftigten und wohnhaften EU-Bürgers niedriger als der nach SGB II fällige Betrag ist, weshalb der Differenzbetrag durch Auf-

<sup>7</sup> §§ 1 IV, 49 I EStG.

<sup>8</sup> § 1 I UStG.

<sup>9</sup> Constanze Janda, Migranten im Sozialstaat, 2012, 300 ff.

stockung ausgeglichen wird<sup>10</sup>. Hier besteht nach § 7 I 2 Nr. 1 SGB II Anspruch, nicht aber, wenn keine Arbeit ausgeübt, sondern eine solche gesucht wird.

Der Ausschluss der Bezieher von Leistungen nach dem AsylbLG ist unterdessen hinfällig geworden, weil das BVerfG<sup>11</sup> inzwischen die Bedarfssätze des AsylbLG für zu niedrig, weil das soziokulturelle Existenzminimum unterschreitend erachtet hat, und damit eine Erstreckung des SGB II auf diesen Personenkreis nahelegt.

Einzig kontrovers ist also heute die Regelung über den Leistungsausschluss Arbeitsuchender (§ 7 I 2 Nr. 2 SGB II)<sup>12</sup>. Für sie fragt sich, ob für diesen Personenkreis zwischen In- und Ausländern differenziert werden kann. Die Unterscheidung beruht auf der Annahme, dass Deutsche bei Arbeitsuche regelmäßig in Deutschland, Ausländer(innen) dagegen regelmäßig „im Ausland“ wohnen. Da die Arbeitsuche keine Erwerbstätigkeit darstellt, wird durch sie eine Bindung zur Rechtsordnung des Staates der Arbeitssuche nicht begründet. Arbeitsuchende werden bei Wohnsitz im Ausland nach § 7 I 1 Nr. 4 SGB II nicht anspruchsberechtigt.

**b) Rechtspolitische Einwände gegen § 7 I 1 Nr. 1, Nr. 4, I 2 Nr. 2 SGB II im Hinblick auf Arbeitsuchende**

Der Gesetzgeber<sup>13</sup> griff auf die Staatsangehörigkeit als Anknüpfung zurück und unterscheidet demgemäß für die Anspruchsberechtigung für SGB II-Leistungen zwischen In- und Ausländern. §§ 7 I 1 Nr. 4, 7 I 2 Nr. 2 SGB II begründen damit eine Doppelanknüpfung: Die Berechtigung folgt aus Inlandswohnsitz und inländischer Staatsangehörigkeit. In der Kumulation von Anspruchsvoraussetzungen geht sie über § 30 SGB I hinaus, wonach der Wohnort genügt. Sie schließt sämtliche „Ausländer(innen)“ aus der SGB II-Berechtigung aus, wiewohl das deutsche Sozialrecht In- und Ausländer(innen) gleich stellt. Diese Regel gilt auch, wenn ein in Deutschland ansässiger EU-Bürger, der bisher als Studierender, Ehegatte oder Kind wohnte und nicht erwerbstätig war, erstmals Arbeit sucht. Dann besteht zwar ein Inlandswohnsitz; der Leistungsausschluss gründet einzig in der fehlenden deutschen Staatsangehörigkeit. Dieser Differenzierung ist entgegen zu halten, dass sie angesichts der heutigen Zusammensetzung der inländischen Wohnbevölkerung auf der nicht plausiblen, empirisch einfach zu widerlegenden und vielfach widerlegten Annahme<sup>14</sup> beruht, dass in Deutschland nur deutsche Staatsangehörige lebten, wogegen „die Ausländer(innen)“ eben „im Ausland“ zu Hause seien.

**c) Verfassungsrechtliche Einwände gegen eine auf Staatsangehörigkeit beruhende Unterscheidung von Sozialleistungsberechtigungen**

Das Sozialstaatsprinzip begründet für den Gesetzgeber eine allgemeine Pflicht zur Gleichbehand-

<sup>10</sup> BT-Drs. 16/688, S. 13; Thie/Schoch, in Mündler, LPK-SGB II, 2011 (4. Aufl.), § 7 Rn. 25.

<sup>11</sup> BVerfGE 132, 134.

<sup>12</sup> Janda, Migranten im Sozialstaat, 2012, 245 ff.; Fuchs, ZESAR 2014, 103; Schulte, ZESAR 2014, 64, 112; Schreiber, ZESAR 2006, 424; Heinig, ZESAR 2008, 465; Husmann, NZS 2009, 652; Eichenhofer, SGB 2011, 463, 469; ders., ZESAR 2012, 357; Mangold/Pattar, VSSR 2008, 243 ff.; Frings, ZAR 2012, 317; Elspeth Guild/Sergio Carrera/Katherina Eisele (Ed.), Social Benefits and Migration, 2013; Elspeth Guild/Christina J. Gortazar Rotaecche/Dora Kostakopoulou (Eds.), The Reconceptualization of European Union Citizenship, 2013; Johannes Raschka, EuR 2013, 116; Ute Kötter, info also 2013, 243; Thorsten Kingreen, SGB 2013, 132; Constanze Janda, ZFSH/SGB 2013, 453; Dorothee Frings, Sozialleistungen für Unionsbürger/innen nach der VO 883/2004, in Barwig/Beichel-Benedetti/Brinkmann (Hg.), Solidarität 2013, 84; Hannah Tewocht, ZAR 2013, 221.

<sup>13</sup> BT-Drs. 16/688, 13.

<sup>14</sup> Das Statistische Jahrbuch der Bundesrepublik Deutschland 2013, S. 26 stellte für 2012 über die Zusammensetzung der inländischen Wohnbevölkerung von 81,844 Mio. einen Ausländeranteil in Höhe von 7,410 Mio. Menschen fest.



Forum 5: Dr. Björn Harich, Prof. Dr. Christine Langenfeld, Moderator Robert Nazarek, Dr. Dagmar Oppermann und Prof. Dr. Eberhard Eichenhofer (v.l.n.r.)

lung<sup>15</sup>. Denn alle Sozialstaatlichkeit bezweckt, die Gleichheit zu fördern. Der Sozialstaatlichkeit sind daher Ungleichbehandlungen fremd<sup>16</sup>. Dem GG ist aber nicht die generelle Aussage zu entnehmen, dass zwischen Deutschen und Ausländern grundsätzlich niemals differenziert werden dürfte. Aus dem in Art. 3 III GG enthaltenen Verbot, Menschen wegen ihrer „Heimat“ unterschiedlich zu behandeln ist kein allgemeines Verbot der Differenzierung aufgrund der Staatsangehörigkeit abzuleiten<sup>17</sup>. Außerdem ist bei der sozialen Förde-

lung im Steuerrecht dem Gesetzgeber aufgrund des Sozialstaatsgebots ein weiter Spielraum zu autonomer politischer Gestaltung eröffnet<sup>18</sup>. Der Sozialstaatsgrundsatz verpflichtet den Gesetzgeber, für eine soziale Belastungen vermindern und soziale Nachteile ausgleichende Sozialordnung zu sorgen<sup>19</sup>. Dieser gibt ihm dafür einen weiten Gestaltungsspielraum, der nur dahin begrenzt wird, dass Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein zu schaffen sind<sup>20</sup>.

Allerdings ist bei Gewährung von Schutzrechten in der Sozialversicherung eine Schlechterstellung von Aus- gegenüber Inländern verfassungsrechtlich unstatthaft, wenn der Gesetzgeber dadurch zu sichern versucht, dass die ausländischen Her-

<sup>15</sup> BVerfGE 39, 316, 327; 44, 283, 289 f.; 45, 372, 387.

<sup>16</sup> Ulrike Davy/Peter Axer, Soziale Gleichheit – Voraussetzung oder Aufgabe der Verfassung?, VVDStRL 68 (2009), 122 ff., 177 ff.

<sup>17</sup> BVerfGE 51, 1, 30; Jörg Gundel, Der grundrechtliche Status der Ausländer, in Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX (2011), 3. Aufl., § 198 Rn. 3 ff.; Robert Uerpmann-Witzack, Strikte Privilegierungs- und Diskriminierungsverbote, in Merten/Papier (Hg.); Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. V, § 128 Rn. 58; Bokeloh, Arno, Die Gleichbehandlung der Staatsangehörigen in der europäischen Sozialrechtskoordination, ZESAR 2013, 398.

<sup>18</sup> BVerfGE 58, 10, 13; 62, 136, 140; 113, 167, 215.

<sup>19</sup> BVerfGE 59, 231; 100, 271, 284.

<sup>20</sup> BVerfGE 82, 60, 80; 110, 412, 445.

kunftsstaaten den deutschen Staatsangehörigen gegenüber ihrerseits Gleichbehandlung mit deren Staatsangehörigen üben<sup>21</sup>. Deswegen darf die Schlechterstellung ausländischer gegenüber inländischen Staatsangehörigen nicht jene zum „Faustpfand“<sup>22</sup> werden lassen, so dass ihnen die durch Arbeit erworbenen Rechte sozialen Schutzes gänzlich vorenthalten würden, um damit ausländische Staaten zum Abschluss von auf Gegenseitigkeitsverbürgungen beruhenden Abkommen über die Gleichbehandlung von Staatsangehörigen der Vertragsstaaten zu veranlassen.

Weil nach Art. 3 I GG eine Differenzierung aufgrund von Merkmalen im Allgemeinen aber erlaubt ist, an die auch das GG selbst unterschiedliche Rechtsfolgen knüpft – beispielsweise zwischen Beamten und anderen Beschäftigten<sup>23</sup> oder Ehegatten und Lebenspartnern<sup>24</sup> selbst differenziert – könnte eine unterschiedliche Rechtsstellung für In- und Ausländer verfassungsrechtlich damit begründet werden, dass das GG seinerseits zwischen den allen Deutschen vorbehaltenen Grundrechten (Art. 8, 9, 11, 12, 16 und 20 IV GG) einerseits und den In- wie Ausländern gleichermaßen gewährleisteten Grundrechten andererseits unterscheidet. Die Differenzierung zwischen In- und Ausländern ist dem GG also nicht fremd, vielmehr in ihm selbst in der Unterscheidung zwischen Deutschen- und Jedermanns-Grundrechten angelegt. Deswegen kann unter dem GG jedenfalls grundsätzlich eine Differenzierung nach der Staatsangehörigkeit getroffen werden.

Die den Deutschen durch das GG bei der Versammlungs- (Art. 8 GG) und Vereinigungsfreiheit

21 BVerfGE 81, 208, 224 f.; Hans D. Jarass, in Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 2012 (12. Aufl.), Art. 3 Rn. 75.

22 BVerfGE 51, 1, 25; andernfalls würde die Leistungsversagung zum unsachgemäßen „Druckmittel“ gegenüber dem einzelnen Versicherten, der seinerseits nichts zum Zustandekommen des internationalen Abkommens tun kann. „Der Anspruch eines Versicherten kann nicht als „Faustpfand“ für die berechtigten Anliegen anderer verwendet werden.“

23 BVerfGE 52, 303, 346.

24 BVerfGE 124, 199, 226.

(Art. 9 GG), der Freizügigkeit (Art. 11 GG) und Berufsfreiheit (Art. 12 GG) sowie schließlich der Staatsangehörigkeit und dem damit verbundenen Ausweisungsschutz (Art. 16 GG) sowie dem Widerstandsrecht (Art. 20 IV GG) eingeräumten Grundrechte finden ihre Rechtfertigung darin, dass diese Befugnisse, den unmittelbaren Zugang zum Wirtschafts- und Arbeitsmarkt begründen oder einen engen Bezug zur politischen Teilhabe und damit zur Zugehörigkeit zum Staatsverband Deutschlands aufweisen.

Die Einräumung von Deutschen-Grundrechten findet ihre Erklärung und Rechtfertigung also in dem auf Inländer beschränkten politischen Teilhabeberechten sowie den mit solcher Bürgerstellung eng verbundenen wirtschaftlichen Freiheiten der Erwerbsteilnahme.

Im Hinblick auf die wirtschaftliche Vorrangstellung der Inländer bedeutet allerdings das in Art. 10 AEUV enthaltene EU-rechtliche Gleichstellungsgebot im Hinblick auf EU-Bürger, dass wegen des Vorrangs des EU- gegenüber dem mitgliedstaatlichen Recht auf den der EU zur Regelung übertragenen Rechtsgebieten die im GG angelegte unterschiedliche Behandlung von Deutschen und anderen EU-Bürgern durch das EU-Recht überwunden wird<sup>25</sup>. Dies bedeutet vor allem die Gleichstellung von EU-Bürgern mit Deutschen in der Erwerbsarbeit sowie der damit verbundenen sozialen Sicherheit, zu der auch die Familienleistungen gehören.

Außerdem steht auch den Ausländern die in Art. 8, 9, 11 und 12 GG enthaltenen Menschenrechte als Grundrecht zu. Dies folgt zwar nicht aus den genannten Bestimmungen, wohl aber aus Art. 2 I GG<sup>26</sup>. Die deutsche Rechtsordnung pflegt,

25 Schönberger, in Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 20 AEUV Rn. 52 ff.; Rüdiger Breuer, Freiheit des Berufs, in Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 1989, § 147 Rn. 21; Hartmut Bauer/Wolfgang Kahl, JZ 1995, 1077, 1083; Gundel, in Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, § 198 Rn. 12 ff., 71 ff.

26 BVerfGE 35, 382, 399; 49, 168, 180; 78, 179, 196 f.; Gundel, in Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, § 198 Rn. 5 ff.

„Deutsche und Ausländer gleich zu behandeln. Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 I GG ist kein Deutschen-, sondern ein Jedermanns-Grundrecht“<sup>27</sup>. Allerdings folgt aus Art. 3 I GG nicht, dass Unterscheidung zwischen In- und Ausländern von vornerein einen Verfassungsverstoß darstellten. Sofern sie jedoch getroffen werden, bedürfen sie allerdings der konkreten sachlichen Rechtfertigung. Sie ist im Arbeits- und Sozialrecht aber prinzipiell schwierig, weil beide Gebiete vom Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 I GG) getragen sind; dieser wird durch das Europarecht verstärkt und präzisiert.

### III. Europäisches Recht

#### 1. Grundsatz

Die im deutschen Recht aufgezeigte sozialstaatliche Aufgabenverteilung entspricht auch dem europäischen Sozialrecht, welches sich aus dem Europäischen in dieser Form seit 1959 unter den EU-Staaten geltenden koordinierenden Sozialrecht<sup>28</sup> erschließen lässt. Es regelt in Wahrnehmung der Sozialpolitikkompetenz (Art. 4 II lit. a), lit. b) 48 AEUV) die zwischenstaatliche Verflechtung der Sozialrechte mit Vorrang gegenüber den Mitgliedstaaten. Diese Regeln gehen den Normen der Mitgliedstaaten vor. Sie erfüllen zwei Aufgaben: den internationalen Geltungsbereich der Sozialrechte der Mitgliedstaaten abzugrenzen und die internationalen Wirkungen nationalen Sozialrechts EU-weit zu sichern<sup>29</sup>. Seine Regeln gelten für sämtliche Mitgliedstaaten als Kollisions- und Koordinationsrecht als EU-Einheitsrecht und für alle Zweige sozialer Sicherheit (Art. 3 VO (EG)

883/2004).

Es sieht nach Art. 4, 11 VO (EG) 883/2004 ein Gebot der Gleichbehandlung<sup>30</sup> unter den EU-Staatsangehörigen vor. Dieses wird über den Kreis der Leistungen sozialer Sicherheit auf sämtliche sozialen Vergünstigungen erstreckt (Art. 7 II VO (EG) Nr. 492/2011). Diese werden regelmäßig durch Steuern finanziert; auch für die Leistungen sozialer Sicherheit ist es einerlei, ob sie aus Beiträgen oder Steuern aufgebracht und finanziert werden (Art. 3 II VO (EG) 883/2004). Es bestimmt im Übrigen, dass sich die soziale Sicherung für Erwerbstätige nach dem Staat ihrer jeweiligen Erwerbsarbeit<sup>31</sup> und für Nichterwerbstätige nach ihrem Wohnstaat<sup>32</sup> beurteilt. Diese Regelungen flankieren die Freizügigkeit der Arbeitnehmer und Selbständigen, weil sie verbürgen, dass der Gebrauch einer Grundfreiheit der EU nicht mit dem Verlust sozialer Rechte einhergeht; EU-Recht soll also primär die EU-Bürger beim Gebrauch ihrer elementaren EU-Freiheiten vor jeglichem Verlust sozialer Rechte bewahren<sup>33</sup>.

#### 2. Beschränkung der Freizügigkeit bei Fehlen eigener Mittel und Krankenversicherungsschutz

Die Freizügigkeit war anfangs auf Arbeitnehmer beschränkt und stand seit jeher auch den Selbständigen in Gestalt der Niederlassungsfreiheit zu. Seit etwa 20 Jahren ist Freizügigkeit nicht mehr einzig den Erwerbstätigen vorbehalten. Mit Schaffung der Unionsbürgerschaft (Art. 20 f. AEUV) kommt

<sup>27</sup> Heintzen, in Merten/Papier (Hg.), Handbuch der Grundrechte Bd. II, § 50 Rn. 60; speziell zu den Sozialleistungen: Eichenhofer/Abig, Zugang zu steuerfinanzierten Sozialleistungen nach dem Staatsangehörigkeitsprinzip?, 2004.

<sup>28</sup> Vom 11.12.1953: BGBl. II vom 8. Januar 1958, S. 18.

<sup>29</sup> Eberhard Eichenhofer, Prinzipien Europäischen koordinierenden Sozialrechts, SZS 2013, 13.

<sup>30</sup> Vgl. allgemein Eberhard Eichenhofer, Sozialrecht der Europäischen Union, 2013 (5. Aufl.), Rn. 307 ff.; EuGH Slg. 2000, I-1865 (Kommission./ Deutschland); Slg. 2000, I-4585 (Sehrer); 1991, I-4815 (De Paep); 1986, 1821 (Ten Holder); 1982, 3027 (Kuijpers); 1977, 815 (Peerenboom); 1967, 462 (Van der Vecht); Stamatia Devetzi, Die Kollisionsnormen des Europäischen Sozialrechts, 2000, 39 ff.; Frans Pennings, Introduction to European Social Security Law, 1998 (2nd ed.), 71 ff.; Tiedemann, NZS 2011, 41; Grams, IStR 1999, 728.

<sup>31</sup> Vgl. Art. 11 III lit. a) VO (EG) 883/2004; Tiedemann, ZfSH/SGB 2010, 408; ders., NZS 2011, 41; Eichenhofer, Sozialrecht der Europäischen Union, 2013 (5. Aufl.), Rn. 152 ff.

<sup>32</sup> Vgl. Art. 11 III lit. e) VO (EG) 883/2004.

<sup>33</sup> Brechmann, in Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 2011, Art. 48 AEUV Rn. 14 ff.; Langer, in Fuchs, Europäisches Sozialrecht, 6. Aufl., 2013, Art. 48 AEUV Rn. 6 ff.

sie seither auch Nichterwerbstätigen zu<sup>34</sup>. Das Primärrecht kennt grundsätzlich keine Begrenzung der Freizügigkeit für Unionsbürger(innen). Allerdings folgt aus dem Sekundärrecht, dass Unionsbürger bei der Wahrnehmung der Freizügigkeit über einen eigenen Krankenversicherungsschutz und über hinreichende finanzielle Mittel verfügen müssen, um den eigenen Lebensunterhalt zu sichern (Art. 7 I b RL 2004/38/EG). Die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen durch einen EU-Bürger oder seinen Familienangehörigen darf aber nicht automatisch zu einer Ausweisung wegen Sozialhilfebedürftigkeit führen<sup>35</sup> (Art. 14 III RL 2004/38/EG). Das in der Richtlinie über die Unionsbürger-Freizügigkeit enthaltene Recht ist also enger im Hinblick auf die Freizügigkeit als das die Unionsbürgerfreizügigkeit umfassend gewährleistende Primärrecht.

Die Beschränkung der Freizügigkeit auf Unionsbürger mit Krankenversicherungsschutz und hinreichende Existenzmittel und der darin liegende Ausschluss der Bedürftigen von der Freizügigkeit kann rechtlich allerdings nur Bestand haben, falls er seinerseits mit dem Primärrecht im Einklang steht. Jede Beschränkung der Unionsbürgerstellung für Arme muss durch ein gewichtiges Gemeinwohlziel gerechtfertigt sein<sup>36</sup>.

Die allgemeine Begründung für solchen Ausschluss ist zwar die Kostenlast des Wohlfahrtsstaates, die durch die Wohnsitzbegründung und die daran gebundene Zuständigkeit des Sozialstaates ausgelöst wird. Ist ein Sozialstaat für einen Bedürftigen zuständig, soll dieser nicht durch Wohnsitzverlagerung in einen anderen Staat dessen Einstandspflicht auslösen (§23 III SGB XII). Darin

liegt der allgemeine Gedanke des unstatthaften forum shopping – also der Gedanke des *fraus legis*: niemand kann die Vorteile eines Rechtes ziehen, in das er sich aus freien Stücken ausschließlich zwecks Vorteilserlangung begeben hat. Darin wird eine Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung jedes Staates gesehen, weshalb für die Empfänger bedürftigkeitsabhängiger Sozialleistungen Beschränkungen der Freizügigkeit gerechtfertigt erscheinen. Aber sind diese Erwägungen noch in einem Raum ohne Binnengrenzen tragfähig? Die Freizügigkeit sollte den Bürgern aus strukturschwachen Räumen der EU doch schon seit Anbeginn das Recht geben, in anderen Staaten Arbeit, Wohlstand und Glück zu suchen! Mit welchen Folgen für den Sozialstaat?

Manche EuGH-Entscheidung<sup>37</sup> ergab auch, dass eine Vorenthaltung von Sozialhilfeleistungen vom EuGH nicht gebilligt wurde, sofern die Sozialhilfegewährung an einzelne Unionsbürger keine Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung für einen Mitgliedstaat darstellt, weil sie im Allgemeinen wirtschaftlich betrachtet nicht ins Gewicht fällt. Vielmehr folgt umgekehrt aus Art. 24 I RL 2011/95/EU der Gleichbehandlung der Unionsbürger, dass EU-Bürger auch bei der Arbeitsuche in einem anderen Mitgliedsstaat nicht gegenüber den Staatsangehörigen des Staates der Arbeitsuche benachteiligt werden darf<sup>38</sup>. Daraus folgt, dass bei Wohnsitz in einem Mitgliedstaat die Differenzierung bei der Sozialleistungsgewährung nach der Staatsangehörigkeit unstatthaft ist.

Wie diese zu fassen ist, bleibt ebenfalls unklar: individuell oder pauschal? Ist der Nachweis konkret zu führen oder reicht es aus darzustellen, dass solche Belastung eintreten könnte, also potentiell ist? Diese Frage steckt voller Brisanz und zeigt auch die Schwächen des Ansatzes. Wäre die Belastung global und pauschal zu ermitteln, so wären manche Staaten für Nichterwerbstätige im Falle

34 Brinkmann, in Barwig/Beichel-Benedetti/Brinkmann(Hg.), Gleichheit, 2012, 89; Nettesheim, in Barwig/Beichel-Benedetti/Brinkmann(Hg.), Solidarität, 101; Höfler, Die Unionsbürgerfreiheit, 2009; Goudappel, The effects of EU citizenship, 2010.

35 EuGH Slg. 2004, I-7573 (Trojani); I-2703 (Collins); Slg. 2005, I-8275 (Ioannidis).

36 EuGH Slg. 2001, I-6193 (Grzelczyk); Hailbronner, NJW 2004, 2185; Slg. 2002, I-7091 (Baumbast); EuGH – 19.9.2013 – Rs. C-140/12 (Brey), dazu Thym NZS 2014, 81.

37 EuGH – 19.9.2013 – Rs. C-140/12 (Brey).

38 EuGH Slg. 2004, I-7573 (Trojani); Slg. 2004, I-2703 (Collins); Slg. 2005, I-8275 (Ioannis Ioannidis).

ihrer Sozialhilfebedürftigkeit verschlossen, andere wären dagegen offen. Kann dies richtig sein im Lichte des europäischen Grundrechts auf Sozialhilfe (Art. 34 III EUGrCh)? Und kann im Ernst eine Sozialleistungsberechtigung geringen Umfangs rechtlich geschuldet sein, während sie bei längerem oder üppigerem Bezug entfallen müsste? Es ist doch offenkundig, wie wenig praktikabel derartige Begrenzungen sind.

### 3. Abgrenzung zwischen der sozialrechtlich wohlthätigen und der sozialrechtlich nachteiligen Zuwanderung

Die Unionsbürger-Richtlinie 2004 verfolgte das Ziel, die Armutmigration aus der EU-rechtlich zulässigen Wanderung herauszunehmen<sup>39</sup>. Die Unionsbürgerfreizügigkeit sollte auf diejenigen beschränkt sein, die ihren Lebensunterhalt und den Schutz bei Krankheit selbständig sichern können. Die Unionsbürger-Freizügigkeit umfasse vornehmlich nicht das Recht, durch Wechsel des Wohnstaates die Zuständigkeit des zur Sozialhilfegewährung verpflichteten Mitgliedstaates einseitig zu verändern. 10 Jahre Erfahrung mit dieser Regel zeigen aber, wie schwer sie zu handhaben und noch schwerer durchzuhalten ist. Beruht das ganze Regelwerk auf unrealistischen Annahmen?

Das geltende Recht ist schwer zu handhaben, wenn zugewanderte Arbeitnehmer(innen) im Inland niedrig bezahlte Arbeit leisten und deshalb den Lohn mit SGB II-Leistungen aufstocken. Der Zugewanderte erscheint hier sowohl als Beitragszahler und SGB II-Bezieher.

Verarmung ist auch kein Dauerzustand, sondern Folge der Kontingenz menschlichen Lebens: Menschen sind tagaus tagein von Verarmungsrisiken umgeben. Wer einmal in einem Staat Aufnahme gefunden hat, darf deswegen aus diesem nicht ausgewiesen werden, weil und wenn er nur vor-

übergehend Hilfe braucht. Daher hat der EuGH<sup>40</sup> die Regel formuliert, dass aus dem Verbot der Zuwanderung Bedürftiger nicht folge, dass Ausländern, die nach Aufenthalts-Begründung bedürftig werden, die den Inländern zustehende Sozialhilfe nicht vorenthalten werden darf. Eine solche Differenzierung verletzte das zwingende Gebot der Gleichbehandlung der Unionsbürger. Familien-nachzug und die europaweite Nutzung von Bildungsangeboten lassen EU-Bürger wandern, was einen Wechsel des Wohnstaates nach sich zieht.

Schließlich ist der Tatbestand einer armutsgetriebenen Wanderung selbst nicht klar. Was gilt, wenn ein Rentenbezieher aus Deutschland nach Österreich übersiedelt und dort feststellt, dass seine Rente wegen eines Differenzbetrages von 120 € monatlich nicht das Niveau der österreichischen Ausgleichszulage erreicht<sup>41</sup>? Liegt dann die Wanderung eines Nichterwerbstätigen oder eines Erwerbstätigen, weil die Rente aus vormaliger Erwerbstätigkeit stammt und Rentner(innen) nach Beendigung ihrer Tätigkeit an der Arbeitnehmerfreizügigkeit partizipieren? Rechtlich betrachtet ist Arbeitsuche Teil der Freizügigkeit (Art. 45 AEUV), Arbeit auch erlaubt, wenn sie schlecht bezahlt wird, Sozialhilfe auch in Europa ein Menschenrecht und die freie Ausfuhr von beitragsfinanzierten Sozialleistungen durch die Freizügigkeit (Art. 7 VO (EG) 883/2004) gewährleistet.

Ein realistischer Blick auf die differenzierten Probleme von Zuwanderung zeigt deshalb, dass die Unterscheidung zwischen den arbeitenden und nicht arbeitenden Zuwanderern schwer ist, weil oft ein clair-obscur vorliegt. Sollen Sozialleistungsträger im Übrigen die Rolle der in der EU weggefallenen Grenzpolizei übernehmen?

<sup>39</sup> Hailbronner, NJW 2004, 2185.

<sup>40</sup> Vgl. EuGH Slg. 2001, I-6193 (Grzelczyk); Slg. 2002, I-7091 (Baumbast); EuGH – 19.9.2013 – Rs. C-140/12 (Brey).

<sup>41</sup> EuGH – 19.9.2013 – Rs. C-140/12 (Brey); Thym, NZS 2014, 81 ff.

## IV. Verhältnis von deutschem und europäischem Recht

### 1. Vorrang des EU- vor deutschem Recht

Nicht nur wegen des in Art. 4 III EUV normierten Vorrangs des Unionsrechts<sup>42</sup> gegenüber dem Recht der Mitgliedstaaten, sondern wegen der in §§ 30 II SGB I, 6 SGB IV ausdrücklich formulierten Nachrangigkeit deutschen Rechts gegenüber Regeln supranationalen Rechts<sup>43</sup> gehen die Regeln europäischen Rechts den Bestimmungen deutschen Rechts vor. Dies gilt auch für die Regelungen über den internationalen Geltungsbereich des deutschen Rechts der Grundsicherung für Arbeitsuchende gegenüber dem Recht der EU. Das BSG hat deswegen mit Beschluss vom 12. Dezember 2013<sup>44</sup> dem EuGH die Frage nach der Vereinbarkeit des § 7 I 1 Nr. 4, I 2 Nr. 2 SGB IV im Hinblick auf den Ausschluss der „Ausländer“ für in Deutschland ansässigen und arbeitssuchenden EU-Bürger vorgegeben<sup>45</sup>.

Es legte dem EuGH drei Fragen zur Auslegung des § 7 I 2 Nr. 2 SGB II vor, nämlich ob das Gebot der Gleichbehandlung für Staatsangehörige (Art. 4 VO (EG) 883/2004) auch für die in Art. 70 VO (EG) 883/2004 Anhang X aufgeführte beitragsunabhängige Geldleistungen gelte. Falls dies zu bejahen sei, wird weiter gefragt, ob nach Art. 24 II RL 2004/38/EG eine Begrenzung des Zugangs zu solchen Leistungen statthaft sei. Schließlich wird der EuGH um Klärung der Frage ersucht, inwieweit die Freizügigkeit nach Art. 45 AEUV für Arbeitsuchende das Recht umfasse, für die in einem Staat stattfindende Arbeitsuche soziale Leistungen zu erlangen.

42 Kahl, in Callies/Ruffert, Art. 4 EUV, Rn. 59 ff., 86 ff.

43 Eichenhofer, in Eichenhofer/Wenner, SGB I, IV, X, § 30 SGB I Rn. 5 f.; §§ 3, 4, 5, 6 SGB IV Rn. 12.

44 BSG v. 12.12.2013, B 4 AS 9/13 R.

45 Vgl. dazu auch schon BSG – 30.1.2013 – B 4 AS 54/12 R.

### 2. EU-rechtliche Würdigung

Ohne der im Kontext von § 7 I 1 Nr. 4, I 2 Nr. 2 SGB II stehenden Fragen klärenden EuGH-Entscheidung vorzugreifen, ist die Frage auf dem Boden des EU-Rechts zu würdigen<sup>46</sup>. Danach ist aus Anhang X, Art. 70, 3 V VO (EG) 883/2004 zu folgern, dass SGB II-Leistungen den Status beitragsunabhängiger Geldleistungen haben. Die Begriffsbildung bezieht sich auf sämtliche durch Steuern finanzierten Leistungen, die bei Eintritt eines sozialen Risikos Mindestsicherungen in Höhe des in einem Mitgliedstaat anerkannten Elementarbedarfs gewährleisten sollen<sup>47</sup>. Sie sind damit als Leistungen sozialer Sicherheit zu qualifizieren.

Das EU-Recht sieht dafür ein eigenes Koordinierungsrecht vor<sup>48</sup>. Dieses beruht auf drei Grundsätzen: Anknüpfung an den Wohnstaat, Nicht-Diskriminierung auf Grund der Staatsangehörigkeit des Berechtigten (Art. 4 VO (EG) 883/2004) und schließlich Nicht-Export der Geldleistung – im Gegensatz zu den von Art. 7 VO (EG) 883/2004 erfassten beitragsabhängigen Geldleistungen. Da die grenzüberschreitenden Leistungen sozialer Sicherheit durch europäisches koordinierendes Sozialrecht und nicht durch das Zuwanderungsrecht der einzelnen Mitgliedstaaten zu regeln sind, folgt aus der VO (EG) 883/2004 klar und eindeutig, dass sich die Berechtigung für Leistungen der Grundsicherung nach dem inländischen Wohnsitz bemisst. §§ 7 I 1 Nr. 4, 7 I 2 Nr. 2 SGB II genügen diesem Erfordernis nicht und wäre deshalb vom EuGH zu verwerfen.

46 Vgl. dazu eingehend Overmeiren/Eichenhofer/Verschueren, in Guild/Gortazar Rotaecche/Kostakopoulou (Eds.), 2013, 227 ff.; Johannes Roschka, EuR 2013, 116; Ute Kötter, info also 2013, 243; Thorsten Kingreen, SGB 2013, 132; Constanze Janda, ZfSH/SGB 2013, 453; Dorothee Frings, Sozialleistungen für Unionsbürger/innen unter der VO 883/2004, in Barwig/Beichel-Benedetti/Brinkmann (Hg.), Solidarität 2013, 84; Hannah Tewocht, ZAR 2013, 221.

47 Fuchs, in ders. (Hg.), Europäisches Sozialrecht, 2013 (6. Aufl.), Art. 3 Rn. 31.

48 Dazu eingehend Verschueren, in Eichenhofer (Hg.), 50 Jahre nach ihrem Beginn – Neue Regeln zur Koordinierung sozialer Sicherheit, 2009, 223, 244 ff.; Cornelissen, in Guild/Carrera/Eisele (Eds.), 2013, 82.

Allerdings erkennt der EuGH<sup>49</sup> auf Grund seiner Auslegung von Art. 24 II RL 2004/38/EG den Mitgliedstaaten die Befugnis zu, in Fällen unzumutbarer Belastung eine abweichende Regelung zu treffen. Allerdings ist höchst unklar, wann eine solche unzumutbare Belastung vorliegt. Denn der Gerichtshof gibt keine konkrete Antwort auf die alles entscheidende Frage: Wie viele Berechtigte müssen wie viel Leistungen beanspruchen können, damit die Anspruchsvoraussetzungen generell versagt werden dürfen? Wird diese Norm nicht – bei Lichte betrachtet – zur *lex imperfecta*? Und selbst wenn auf dieser Basis abweichende Regelungen geschaffen werden könnten, so hätte dies die Uneinheitlichkeit des Europäischen zwischenstaatlichen Sozialrechts zur Folge – ein Ergebnis, welches zu vermeiden dem in der VO(EG)Nr. 883/2004 geschaffenen Recht seinen ganzen Sinn und seine eigentliche Funktionsbestimmung gibt.

### 3. Folgerungen für die Sozialleistungsberechtigten und die Freizügigkeit der EU-Bürger

Diese aus der Systematik erschlossenen und in der Sprache des europäischen koordinierenden Sozialrechts formulierten Erwägungen sind überaus technisch formuliert. Sie können von den Rechtsunterworfenen nur dann nachvollzogen und damit zum Gegenstand einer politischen Debatte werden, wenn es gelingt, die für diese Lösungen maßgebenden Gesichtspunkte in einer allgemeinverständlichen Sprache auszudrücken. Dies fordert, die sie stützenden und tragenden Erwägungen unter Offenbarung der sie leitenden rechtspolitischen Motive offenzulegen. Was also ist der letztlich tragende Grund dafür, dass das Europäische koordinierende Sozialrecht Sozialleistungen ohne Ansehen der Staatsangehörigkeit zu erbringen vorschreibt? Dies hat sichtlich mit der allen EU-Bürgern zukommenden Freizügigkeit als Grundfreiheit wie Grundrecht zu tun. Sie erstreckt im Kern die Ausweitung der historisch und syste-

matisch den Staatsangehörigen eines bestimmten Staates (vgl. Art. 11, 12 GG) vorbehaltenen Rechte auf Aufenthaltsbegründung und Arbeitsmarktteilhabe auf sämtliche EU-Bürger.

Dürfen diese wie Angehörige des betreffenden Mitgliedstaates in allen EU-Staaten wohnen und arbeiten, dann gibt Freizügigkeit auch das Recht, in jedem Staat eine Wohnung zu nehmen und damit einen Wohnsitz zu begründen (Art. 45 EuGrCh) und zugleich eine abhängige oder selbständige Arbeit aufzunehmen und damit am Erwerbsleben dieses Staates teilzuhaben. Hängen Sozialleistungsberechtigungen der Mitgliedstaaten am Wohnsitz, Beschäftigungsort oder Unternehmenssitz und verbürgen deshalb die Grundfreiheiten die Wohnsitzbegründung, Beschäftigung und Unternehmensgründung wie -fortführung, so hat die Staatsangehörigkeit für die Sozialleistungsbeziehung keine Bedeutung mehr, weil auch die Rechte auf Aufenthaltsbegründung und Erwerbsbetätigung unabhängig von der Staatsangehörigkeit bestehen.

Vor diesem Hintergrund eignet sich auch nicht der Finanzierungsmodus einer Sozialleistung als Differenzierungskriterium für Sozialleistungsbeziehungen. Denn einerlei, ob durch Beiträge oder Steuern finanziert, dienen Sozialleistungen der Sicherung elementarer und im EU-Kontext inzwischen auch als Menschenrechte anerkannter sozialer Grundrechte auf Sozialversicherung, Sozialfürsorge wie Zugang zu Gesundheitsleistungen (Art. 34 f. EUGrCh). Diese sozialen Menschenrechte stehen allen EU-Bürgern einheitlich und unabhängig vom Modus ihrer Finanzierung durch Beiträge oder Steuern zu und sie gelten auch im Zusammenhang der auf EU-Recht fußenden und durch dieses geregelten Freizügigkeit (Art. 51 EUGrCh).

Lediglich die Zuständigkeit zur Verwirklichung dieser Rechte ist unter den Mitgliedstaaten aufgeteilt und zwar derart, dass vom jeweils aktuellen Beschäftigungs- oder Wohnort eines EU-Bürgers abhängt, welcher Mitgliedstaat für die Leistungen

<sup>49</sup> EuGH - 19.9.2013 – Rs. C-140/12 (Brey).

aufkommt. In einem solchen Raum ohne Binnengrenzen ist der Sozialleistungsbezug prinzipiell kein Mobilitätshindernis, weil Sozialleistungsrechte Menschenrechte sind, deren Inanspruchnahme keine freiheitsbeschränkende Sanktionen gestattet. Die Grundfreiheiten gelten auch unabhängig davon, ob der Berechtigte Sozialleistungen in Anspruch nimmt. Andernfalls unterlägen die Grundfreiheiten einer sozialen Differenzierung und erlaubten eine Diskriminierung auf der Basis des Vermögens<sup>50</sup> – wozu auch Zurücksetzungen wegen nicht vorhandenen Vermögens zählen – oder der sozialen Herkunft, was im Widerspruch mit dem Gleichheitsgebot (Art. 20, 21 EUGrCh) stünde.

Wer also im Anwendungsbereich des europäischen Migrations- und Koordinierungsrechts nach den diese leitenden menschenrechtlichen Prinzipien fragt, erkennt unschwer, dass weder soziale Rechte nicht nach der Staatsangehörigkeit differenziert gewährt, noch die Grundfreiheiten unterschiedlich danach bemessen werden dürfen, ob deren Inhaber sich wegen ihres Vermögens selbst zu unterhalten vermögen oder wegen Bedürftigkeit auf Sozialleistungen angewiesen sind. Denn für die Arbeitsfähigen bedeutet der Sozialhilfebezug, durch Hilfe zur Selbsthilfe angehalten zu sein; das heißt für arbeitsfähige Arme: durch Vermittlung von Arbeit möglichst schnell und dauerhaft in den Arbeitsprozess eingegliedert zu werden.

## V. Sozialleistungen in Europa: Verflechtungen zwischen und Aufgabenteilungen unter den Mitgliedstaaten

### 1. Europa ist nur als soziales Europa zu haben

Es geht in dieser Debatte letztlich um Europa, das

nur als soziales Europa eine Chance hat! „Europe will be a Europe for all, or it will be nothing at all<sup>51</sup>!“ In einem Raum ohne Binnengrenzen lässt sich die von Armut getriebene Migration nicht unterbinden, solange sie auch nur in einem Mitgliedstaat besteht. Die EU erlaubt seinen Bürgern die Zuwanderung und nimmt sie in deren soziale Schutz- und Sicherungssysteme auf. Dieser Schutz ist aber an die Wohnsitzbegründung gebunden. Sie im Einzelfall festzustellen, ist an eine Vielzahl von Abwägungen und Beurteilungen gebunden, die zahlreiche Zweifelsfragen im Einzelfall aufwerfen. Nach Art. 11 IVO (EG) 987/2009 kommt es für den Wohnort auf die nachfolgend aufgeführten neuen Kriterien an:

- 1) familiäre Verhältnisse (Familienstand und familiäre Bindungen);
- 2) Dauer und Kontinuität des Aufenthalts im betreffenden Mitgliedstaat;
- 3) Beschäftigungssituation (Art und spezifische Merkmale einer ausgeübten Beschäftigung, insbesondere der Ort, an dem eine solche Tätigkeit in der Regel ausgeübt wird, Dauerhaftigkeit der Beschäftigung und Dauer des Arbeitsvertrages);
- 4) die Ausübung einer nicht bezahlten Tätigkeit;
- 5) im Falle von Studierenden ihre Einkommensquelle;
- 6) Wohnsituation, insbesondere deren dauerhafter Charakter;
- 7) Mitgliedstaat, der als der steuerliche Wohnsitz der Person gilt;
- 8) Gründe für den Wohnortwechsel;
- 9) der Wille der betreffenden Person, wie er sich aus einer Gesamtbetrachtung ergibt.

Aber diese Fragen lassen sich prinzipiell lösen, wenn festgestellt ist, dass eine Verlagerung des Mittelpunkts der sozialen Beziehungen eines Menschen stattgefunden hat. Weil alle EU-Staaten Arbeitsgesellschaften sind, ist jeder erwerbsfähige

<sup>50</sup> Vgl. dazu Hölscheidt, in Meyer (Hg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2011 (3. Aufl.), Art. 21 Rn. 40.

<sup>51</sup> Comité des Sages, Pour une Europe des droits civiques et sociaux, 1996.

Mensch zur Arbeitsaufnahme angehalten. Solche ist möglich und auch möglich zu machen, notfalls durch die vorübergehende Gewährleistung von Hilfe.

Jede Verlegung des Wohnsitzes ist allerdings mit erheblichen Kosten verbunden (und die vorübergehende Aufnahme bei Obdachlosigkeit begründet keinen Wohnsitz). Sie zieht also Transaktionskosten nach sich, die von den einen Wohnsitz neu begründenden Personen regelmäßig allein zu tragen sind. Dazu sind Arme nur selten imstande – Vermögende auf der Suche nach einem ihnen vorteilhaften Besteuerungsstaat dagegen sehr viel eher.

## 2. „Missbrauch“ von Rechten

In einer Wohnsitzverlegung zwecks Änderung des Sozialleistungsstatuts liegt kein „Missbrauch der Freizügigkeit“. Denn der „Missbrauch“ von Rechten ist schwer zu definieren: Entweder besteht ein Recht oder es besteht nicht – tertium non datur. Besteht es, ist seine Inanspruchnahme kein Missbrauch, besteht es dagegen nicht, so wäre seine Inanspruchnahme nur durch Täuschung vorstellbar. Aber ein Erschleichen von Sozialleistungen durch Vorspiegelung von Anspruchsvoraussetzungen ist ein Betrug und damit strafbar. Was ist also ein Missbrauch von Freizügigkeit oder Leistungsansprüchen – etwas anderes als das Recht, das die Kritiker den berechtigten Leistungsempfänger bloß nicht gewähren wollen, ohne dafür aber einen belastbaren Grund anzugeben?

Sollten die Armutsflüchtlinge im Übrigen allen Ernstes ohne Hilfe bleiben sollten, so würde damit die Verwahrlosung von Quartieren, in denen sie Aufnahme finden, geradezu vertieft, wogegen bei der Gewährung von Sozialhilfe die Möglichkeit bestünde, die Hilfe mit Bedingungen zu verbinden. Was wäre den Mitgliedstaaten denn geholfen, wenn sie wegen der Nichtgewährung von Sozialhilfe eine zusätzliche Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung auslösten? Zu deren Ab-

wendung war die Sozialhilfe ja gerade historisch gedacht. Und was hätte es, wenn einzelne Staaten unter großem Aufwand einzelne Armutsflüchtlinge ausweisen würden, die aber nach der Ausweisung unversehens wieder einreisen könnten, wenn es ihnen bei der Wiedereinreise nur gelingt, ihren Aufenthalt selbständig zu bestreiten und Krankenversicherungsschutz zu gewährleisten?

## 3. Europa und die Migration von Bedürftigen

In einem Raum ohne Binnengrenzen ist der soziale Schutz durch die Einrichtungen eines einzelnen Staates und damit dessen Solidarität deshalb nicht auf eine seit alters und von Geburt an oder auf Grund schicksalhafter Zusammengehörigkeit getragenen Gemeinschaft gebaut, sondern personell und zeitlich variabel geworden. Sie steht denen zu, die in ihnen aktuell leben und arbeiten – einerlei, welche Staatsangehörigkeit sie innehaben. Seit einigen Monaten gilt im EU-Sozialrecht sogar die Regel<sup>52</sup>, dass eine sozialrechtliche Differenzierung zwischen EU-Bürgern und Drittstaatsangehörigen unstatthaft ist. Die Staatsangehörigkeit spielt für Sozialleistungsberechtigungen seitdem keine Rolle mehr. Wer Sozialleistungen beansprucht, muss also nicht seinen Pass vorweisen. Denn soziale Rechte sind primär Menschen- und nicht Bürgerrechte! Ist ihre Anspruchnahme ein Recht, ist eine Ausweisung unstatthaft. Das EU-Recht muss also den Rechtszustand erreichen, den das Europäische Fürsorgeabkommen schon heute vorsieht: Nichtdiskriminierung im Hinblick auf die Staatsangehörigkeit und Ausweisungsschutz bei Sozialhilfebezug.

Dieses Modell wurde erstmals 1830 in einem Vertrag zwischen dem Königreich Bayern und dem Herzogtum Gotha-Coburg verankert. Es sollte auch Europas Zukunft generell leiten, eingedenk dessen, dass im Sozialleistungsbezug ein philan-

<sup>52</sup> Eichenhofer, SGB 2013, 613; vgl. RL 2011/98/EU; SGB VI-Änderungen: BGBl. II, S. 3484.

thropisches = menschen(rechts)freundliches  
Ethos waltet, das in der Arie des Sarastro aus der  
Mozart-Oper „Die Zauberflöte“ in die Worte ge-  
fasst wird:

*„Und ist ein Mensch gefallen, /  
Führt Liebe ihn zur Pflicht. /  
Dann wandelt er an Freundeshand /  
Getrost und froh ins bess're Land“.*

## FORUM 5

## Flexibel in die Rente – Vermeidung von Armut im Alter und bei Erwerbsminderung

**Prof. Dr. iur. Felix Welti**

Professor an der Universität Kassel - Fachbereich 01  
Humanwissenschaften



### I. Sicherungsziele der gesetzlichen Rentenversicherung: Ausgangslage

Der deutsche soziale Rechtsstaat ist bisher gerade deshalb akzeptiert und erfolgreich gewesen, weil er große Lebensrisiken durch verlässliche Rechtspositionen sichert. Die sozialpolitische Gestaltungsaufgabe ist dabei, die Prinzipien Leistungsgerechtigkeit und Bedarfsgerechtigkeit zu gewichten<sup>1</sup>.

Die Rentenversicherung für die Risiken Alter, Erwerbsminderung und Unterhaltsausfall berücksichtigt als Sozialversicherung die Leistungsgerechtigkeit durch ihren Beitragsbezug und die

Bedarfsgerechtigkeit durch allgemeinen Zugang<sup>2</sup> und Armutssicherung<sup>3</sup>.

Gelingt der Ausgleich, sichert dies die politische Legitimation und die rechtliche Legitimität der Rentenversicherung. Die Pflichtmitgliedschaft in der Sozialversicherung sieht das Bundesverfassungsgericht als Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit<sup>4</sup>. Dieser Eingriff muss sich legitimieren, indem er die Menschen besser stellt, als sie ohne Sozialversicherung stehen würden<sup>5</sup>. Das wird einmal sichtbar, wenn das Leistungsniveau typischerweise oberhalb der Grundsicherung liegt. Zum zweiten muss ein Vorteil gegenüber der privaten Vorsorge erkennbar sein, der auch in der politisch und rechtlich verbürgten Stabilität eines öffentlichen allgemeinen Systems liegen kann. Zudem wird durch sozialen Ausgleich ein Beitrag zur Integration der Gesellschaft und zur Teilhabe der Menschen geleistet.

<sup>1</sup> Vgl. Florian Blank/ Karin Schulze Buschoff, Arbeit, Leistungsgerechtigkeit und Alterssicherung im deutschen Wohlfahrtsstaat, WSI-Mitteilungen 2013, 313-320; Irene Becker, Chancen-, Leistungs- und Bedarfsgerechtigkeit in Deutschland – Anspruch und Wirklichkeit, Sozialer Fortschritt 2013, 267-274; Franz Ruland, Gerechtigkeit in der Rentenversicherung, rv 2010, 205-215; Hans F. Zacher, Verfassung und Sozialrecht in: Das akzeptierte Grundgesetz, Festschrift für Günter Dürig, München, 1990, 67-90; ders. Alterssicherung – Spiegel der gesellschaftlichen Entwicklung, DRV 187, 714-738.

<sup>2</sup> §§ 1-7 SGB VI.

<sup>3</sup> Zum Sicherungsziel vgl. § 154 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB VI.

<sup>4</sup> BVerfG, B. v. 6.12.2005, 1 BvR 347/98, BVerfGE 115, 25.

<sup>5</sup> Vgl. BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 26.7.2007, 1 BvR 824/03, 1 BvR 1247/07, NZS 2008, 254.

Die Reformen der gesetzlichen Rentenversicherung seit 1997 haben dazu beigetragen, die politische Legitimation und rechtliche Legitimität der gesetzlichen Rentenversicherung zu gefährden. Die Senkung des Rentenniveaus bei allen Risiken hat dazu geführt, dass immer häufiger das Niveau der Grundsicherung nicht überschritten wird. Beim Risiko Erwerbsminderung ist das schon fast die Regel<sup>6</sup>. Der Verzicht auf Mindestsicherungselemente innerhalb der Rentenversicherung und die Anhebung des Renteneintrittsalters sind zusätzlich als ein Verzicht auf sozialen Ausgleich wahrgenommen worden, letztere, weil sich bestimmte Personengruppen zur Hinnahme von Abschlägen genötigt sahen. Mindestens die subjektiv wahrgenommene Verlässlichkeit des Rentensystems ist durch die hohe Frequenz von Änderungen und deren politische Begründung herabgesetzt worden. Zunächst wurden die Chancen kapitalgedeckter Altersvorsorge überzeichnet<sup>7</sup>. Als deren Risiken durch die Finanzkrise wieder stärker bewusst wurden<sup>8</sup>, stärkte das zwar die politische Legitimität der Rentenversicherung. Die mit den überzogenen Renditeerwartungen für die Riester-Rente begründeten Niveauabsenkungen aller Rentenarten<sup>9</sup> blieben jedoch erhalten. Zudem blieb es bei dem Problem, dass der Rentenwert für alle sank, die private Altersvorsorge jedoch gerade von geringer

verdienenden Versicherten wenig genutzt wird<sup>10</sup>. Eine private Vorsorge gegen Erwerbsminderung ist gerade für diejenigen kaum möglich, die ein hohes Risiko tragen: gesundheitlich vorbelastete Personen und solche in gesundheitsgefährdenden Berufen<sup>11</sup>. Dieser Konstruktionsfehler ist bis heute nicht angemessen reflektiert und schon gar nicht behoben worden.

## II. Renteneintritt und Sicherungsziele

Wer kann wann in Rente gehen? Die Eintrittsbedingungen für die Altersrente und die Erwerbsminderungsrente sind zuerst eine Frage der Bedarfsgerechtigkeit, denn sie spiegeln die Entscheidung wieder, wann von Versicherten typischerweise eine Erwerbstätigkeit nicht mehr verlangt werden kann oder verlangt werden soll. Allerdings hat die Definition des Ruhestandsalters auch eine verteilungspolitische und arbeitsmarktpolitische Funktion: Sie definiert die insgesamt dem Normalarbeitsverhältnis inhärente Lebensarbeitszeit. Insoweit kann ein früher Ruhestand gedeutet werden als eine Verlängerung des *risque heureux*, der glücklichen Ruhestandszeit im Verhältnis zum *risque malheureux*, dem gebrechlichen hohen Alter. In dieser Sichtweise geht es verteilungspolitisch darum, ob Arbeit oder Kapital die Rendite des medizinischen Fortschritts einfahren. Die arbeitsmarkt- und betriebspolitische Motivation, Jüngeren Raum für Beschäftigung und Aufstieg zu schaffen, ist dagegen demografisch bedingt etwas zurückgetreten – vielleicht voreilig, wenn man den Arbeitsmarkt in der ganzen Europäischen Union betrachtet.

Soweit der Renteneintritt an versicherungsrecht-

6 Vgl. Stefanie Martin/ Pia Zollmann, Sozioökonomische Situation von Menschen mit Erwerbsminderung, *Rvaktuell* 2011, 121-126; Christine Hagen/ Ralf K Himmelreicher/ Daniel Kempfner/ Thomas Lampert, Soziale Ungleichheit und Risiken der Erwerbsminderung, *WSI-Mitteilungen* 2011, 336-344; Gerhard Bäcker, Erwerbsminderungsrenten im freien Fall, *SozSich* 2012, 365-373.

7 Vgl. zu den Probleme: Felix Wilke, Riester-Vorsorge zwischen Theorie und empirischer Evidenz – wie hilfreich ist das Lebenszyklusmodell?, *WSI-Mitteilungen* 2012, 189-197; Maik Wels/ Christian Rieckhoff, Lohnt sich die Riester-Rente? – Ausgewählte Renditeberechnungen in der Diskussion, *DRV* 2012, 36-44; Simone Leiber, Aufwachen oder weitermachen? - Alterssicherung und Altersarmut im Lichte der Finanz- und Wirtschaftskrise in: *Sozialpolitik und Sozialstaat, Festschrift für Gerhard Bäcker, Wiesbaden*, 2012.

8 So möchten die Abgeordneten des Deutschen Bundestages ihre Alterssicherung nicht der Entwicklung der Kapitalmärkte überlassen, MdB Dr. Johann Wadepful (CDU), 18. Sitzung, 18. Wahlperiode, Plenarprotokoll S. 1381.

9 § 68 Abs. 5 SGB VI.

10 Vgl. Thorsten Heier/ Jochen Heckmann/ Konrad Haker/ Steffen Walther, Wer sorgt (wie) für das Alter vor? Herangehensweise und Ergebnisse der Personenbefragung zur „Verbreitung der Altersvorsorge 2011“, *DRV* 2013, 173-192.

11 Vgl. Wolfgang Römer, Reformpolitische Optionen zur Schließung der BU-Lücken, *VuR* 2010, 366-370; OLG Karlsruhe, Urt. V. 18.12.2007, 12 U 117/07, *ZfSch* 2008, 149.

liche Voraussetzungen geknüpft ist<sup>12</sup>, hat die entsprechende Regelung auch einen Bezug zur Leistungsgerechtigkeit: Risikosicherung wird an ein Mindestmaß an Vorleistung geknüpft. Das erscheint dann unproblematisch, wenn, wie bei der Alterssicherung, die Vorleistung typischerweise zu schaffen ist und ihr Fehlen nur die Hinwendung zu einem anderen Vorsorgesystem indiziert. Die versicherungsrechtlichen Voraussetzungen für die Erwerbsminderungsrente<sup>13</sup> treffen dagegen oft Personen, die in der Gestaltung ihrer Lebensläufe weniger Wahlfreiheit hatten.

Problematisch an der gegenwärtigen Rentendiskussion ist, dass die Gründe eines Renteneintritts vor dem allgemeinen Ruhestandsalter oft nicht differenziert werden. Erwerbsminderungsrenten und vorgezogene Altersrenten unterschiedslos als „Frührenten“ zu kategorisieren, ist irreführend. Erwerbsminderungsrenten haben zwingende Voraussetzungen. Sie werden regelhaft befristet, das Risiko kann auch wieder entfallen. Vorgezogene Altersrenten gehen auf eine Entscheidung der Versicherten zurück, sie verlegen den Ruhestand vor.

Die schrittweise<sup>14</sup> Anhebung des Eintrittsalters für die Altersrente auf 67 Jahre<sup>15</sup> ist aus verschiedenen Gründen kritisiert worden<sup>16</sup>. Unter Gesichtspunkten der Bedarfsgerechtigkeit wird befürchtet, dass gesundheitlich eingeschränkte Personen mit schlechter Arbeitsmarktposition längere Zeiten der Arbeitslosigkeit und einen Rentenbezug

mit Abschlagen hinnehmen müssen<sup>17</sup>. Mit Blick auf Leistungsgerechtigkeit und Verteilungspolitik wird ein verkürzter Ruhestand auch nach langjähriger Beitragszahlung kritisiert. Kritisiert man die Anhebung allgemein, muss man zwischen diesen Gründen nicht scharf differenzieren. Die geplante Neuregelung zwingt aber zu einer argumentativen Gewichtung.

Die geplante Neuregelung durch das RV-Leistungsverbesserungsgesetz<sup>18</sup> berücksichtigt in Bezug auf das Ruhestandsalter nämlich vor allem den Gesichtspunkt der Leistungsgerechtigkeit, weniger denjenigen der Bedarfsgerechtigkeit. Es steht zu erwarten, dass vom früheren Renteneintritt nach 45 Versicherungsjahren<sup>19</sup> eher männliche Versicherte mit hohen Rentenanwartschaften profitieren werden.

Personen mit aus Gründen der Gesundheit oder der familiären Arbeitsteilung wechselhaften Erwerbsbiographien werden seltener profitieren, auch wenn Zeiten der Arbeitslosigkeit teilweise eingerechnet werden<sup>20</sup>. Ein Bezug zwischen besonders langjähriger Beitragszahlung und eingeschränktem Gesundheitszustand im Sinne einer „Verschleißtheorie“ mag in manchen Berufen bestehen, kann aber nicht durchgängig angenommen werden. Vielmehr ist es auch möglich, dass beeinträchtigende Arbeitsbedingungen dem Erreichen der 45 Versicherungsjahre in vielen Fällen im Wege stehen<sup>21</sup>. Wer vor 63 länger krank oder er-

12 Zumindest die allgemeine Wartezeit von fünf Jahren, § 50 SGB VI.

13 § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3, 43 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und 3 SGB VI.

14 Vgl. § 235 SGB VI.

15 §§ 35, 36 SGB VI.

16 Jens Becker/ Geraldine Hallein-Benze, Alterssicherungspolitik in der Vertrauenskrise, SozSich 2010, 182-187; Annelie Buntenbach, DGB-Sofortprogramm gegen Altersarmut, SozSich 2011, 285-290; Norbert Reuter/ Michael Schlecht, Erzwingt die demografische Entwicklung die Rente mit 70?, WSI-Mitteilungen 2007, 97-100; Martin Brüssig/ Matthias Knuth, Altersgrenzenpolitik und Arbeitsmarkt – Zur Heraufsetzung des gesetzlichen Rentenalters, WSI-Mitteilungen 2006, 307-313.

17 Sarah Mümken/ Martin Brüssig/ Matthias Knuth, Vor der Anhebung des Renteneintrittsalters – Arbeitslosigkeit am Ende des Erwerbslebens, SozSich 2011, 51-59; Wilhelm Adamy, Kein Grund zum Jubeln – Die Arbeitsmarktsituation Älterer, SozSich 2013, 380-486.

18 BT-Drs. 18/909 vom 25.3.2014, Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes über Leistungsverbesserungen in der gesetzlichen Rentenversicherung,

19 BT-Drs. 18/909, 8 f.: § 236b SGB VI, Altersrente für besonders langjährig Versicherte.

20 § 236b Abs. 3 SGB VI in der Entwurfsfassung.

21 Vgl. Nico Dragano, Ein gesundes Ende des Arbeitslebens? Der Zusammenhang zwischen Arbeitsbelastungen und dem Risiko der krankheitsbedingten Frühberentung, Gute Arbeit 9/2011, 15-18; ders. Arbeit, Stress und krankheitsbedingte Frührenten – Zusammenhänge aus theoretischer und empirischer Sicht, Wiesbaden, 2007.

werbsgemindert ist, wird von der Regelung nicht profitieren können. Zudem gibt es in wachsendem Ausmaß akademische Berufe mit vorzeitig beeinträchtigter Gesundheit, gerade im Bildungs-, Sozial- und Gesundheitswesen. So ist der Unterschied zwischen der Sicherung beamteter und angestellter Lehrerinnen und Lehrer scharf ausgeprägt.

### III. Die Sicherung bei Erwerbsminderung und eingeschränkter Leistungsfähigkeit

Für das Risiko der Erwerbsminderung fallen die Leistungsverbesserungen im Gesetzentwurf eher bescheiden aus, obwohl Wissenschaft<sup>22</sup> und Rentenversicherungsträger hier auf den größten Handlungsbedarf hingewiesen hatten. Die geplante Anhebung der Zurechnungszeit<sup>23</sup> in der Erwerbsminderungsrente um zwei Jahre durch das RV-Leistungsverbesserungsgesetz ist der systemgerechte Ausgleich für die Anhebung der Regelaltersgrenze. Die Zurechnungszeit drückt aus, bis zu welchem Alter die verhinderte Erwerbstätigkeit hochgerechnet wird. Der Abstand von fünf Jahren drückt aus, dass der Gesetzgeber das Ziel der Risikosicherung niedriger gewichtet als das der Alterssicherung. Bleibt der Abstand gleich, wird diese Diskrepanz zumindest nicht verschärft. Es bleibt aber dabei, dass die niedrigeren Chancen der Erwerbsgeminderten zur Rentenbeitragszahlung und privaten Vorsorge nicht berücksichtigt werden. Das kann man vielleicht noch Leistungsgerechtigkeit nennen, obwohl Erwerbsgeminderte gerade nicht freiwillig auf Leistung verzichten.

Jedenfalls bleibt festzuhalten, dass für das Problem des bedarfsgerechten vorzeitigen Übergangs in die Altersrente ebenso wie für das Problem der sozialen Sicherung bei Erwerbsminderung andere

Lösungen noch zu entwickeln sind. Für diese Gruppen eröffnet sich eher ein Gleichheitsproblem: Während gesundheitlich weniger eingeschränkte gleich alte Kolleginnen und Kollegen abschlagsfrei in Rente gehen können, müssen Menschen mit geschundenen Gliedern oder gebrochenen Lebensläufen Abschlüsse in Kauf nehmen oder weiterarbeiten.

#### 1. Vorzeitiger Übergang in die Altersrente bei eingeschränkter Leistungsfähigkeit

Nimmt man den gesundheitlich eingeschränkten Dachdecker, der aber nur 42 Versicherungsjahre zusammenbringt, oder aber die ausgebrannte Hauptschullehrerin mit 61 Lebensjahren und nur 30 Versicherungsjahren, so stellt sich die Frage, ob und wie für diese Personengruppen ein bedarfsgerechter vorzeitiger Übergang in den Ruhestand oder zumindest in eine eingeschränkte Berufstätigkeit zu organisieren wäre.

Gefragt wäre hier eine Kombination arbeits- und sozialrechtlicher Instrumente, die in möglichst vielen Fällen eine der altersbedingt geminderten Leistungsfähigkeit angepasste Erwerbstätigkeit ohne wesentliche Verluste bei der Sicherung im Alter sollte ermöglichen.

Die Teilrente<sup>24</sup> ist bislang noch nicht weit verbreitet. Sie teilt zum einen das Schicksal der „echten“ Altersteilzeit, dass Arbeitgeber und oft auch Beschäftigte vor allem nach Möglichkeiten des völligen Ruhestands – wie der verblockten Altersteilzeit – suchen. Hier sind also vor allem Regelungen auf der tariflichen und betrieblichen Ebene gefordert, die einen gleitenden Übergang in den Ruhestand betriebsorganisatorisch für möglich und sozial für wünschenswert halten. Der Gesetzgeber könnte allerdings dazu beitragen, die Teilrente attraktiver zu machen, indem er bei Ihrer Inanspruchnahme – ggf. konditioniert durch unterstützende Regeln des Arbeitsvertrages – auf Abschlüsse ver-

<sup>22</sup> Vgl. Felix Welter/ Henning Groskreutz, Vorschlag für eine grundlegende Reform im Erwerbsminderungsrecht, SozSich 2013, 308-311; dies., Soziales Recht zum Ausgleich von Erwerbsminderung, Arbeitspapiere der Hans-Böckler-Stiftung Bd. 295, 2013.

<sup>23</sup> § 59 SGB VI.

<sup>24</sup> § 42 SGB VI.

zichtet und somit auch eingeschränkt leistungsfähigen Menschen einen Weg in die abschlagsfreie Rente eröffnet.

Die arbeitsrechtlichen Regelungen auf Anpassung der Arbeitszeit Älterer müssten entsprechend geschärft werden – gegenwärtig sieht das Rentenrecht nur eine Erörterungspflicht vor – und die Tarifparteien müssten nach dem Vorbild der Demografietarifverträge<sup>25</sup> die Reduzierung der Arbeitszeit zum Teil kompensieren. So könnte das Erfahrungswissen Älterer in den Betrieben gehalten werden, ohne sie zu überfordern. Das glückliche Alter müsste nicht „von 100 auf 0“, sondern könnte mit Freischichten, längerem Urlaub oder täglich reduzierter Arbeitszeit beginnen.

Systemgerecht wäre zudem zu erwägen, die Altersgrenze für die abschlagfreie Altersrente für schwerbehinderte Menschen<sup>26</sup> zu senken. Zweck dieser Sonderregelung zur Altersrente ist die generalisierte Berücksichtigung der eingeschränkten Leistungsfähigkeit und wechselhafteren Erwerbsbiographie schwerbehinderter Menschen. Sie beginnt zwei Jahre vor der allgemeinen Altersrente, der Zeitpunkt ist also zusammen mit der Anhebung bis 67 auf 65 angehoben worden. Dabei wurde aber nicht untersucht, ob für diese Gruppe die Lebenserwartung und vor allem die Erwartung uneingeschränkter Erwerbsfähigkeit genauso angestiegen ist wie für andere Versicherte. Denkbar wäre auch eine gestufte Regelung, die nur Personen berücksichtigt, deren Grad der Behinderung 50 deutlich übersteigt.

Alternativ zu einer rentenrechtlichen Regelung, könnte das Risiko gesundheitlich eingeschränkter Personen aus rentennahen Jahrgängen auch dem System der Arbeitsförderung zugeordnet werden. Der Vorschlag der IG BAU für ein Altersübergangs-

geld geht in diese Richtung.

Gemeinsam wäre den Vorschlägen, dass anerkannt würde, dass ältere Beschäftigte schon vor 67 Jahren ein erhöhtes Risiko auf dem Arbeitsmarkt haben. Einigkeit besteht wohl, dass ihre Eingliederung mit angepassten Bedingungen und möglicherweise reduzierten Arbeitszeiten Vorrang haben sollte, gleichwohl eine Sicherung für Einkommensausfall erforderlich ist, die diesen Personenkreis vor Altersarmut schützt.

## 2. Erwerbsminderungsrente

Sprechen wir über die Erwerbsminderungsrente, bleiben die Abschläge systemwidrig, mit denen die Versicherten so gestellt werden, als seien sie freiwillig fünf Jahre früher in Altersrente gegangen<sup>27</sup>. Diese Abschläge bleiben den Versicherten erhalten, sie beeinträchtigen auch ihre Alterssicherung. Sie vergrößern den schon bei den Zurechnungszeiten und durch die oft fehlende Möglichkeit der Privatvorsorge angelegte Lücke zum Niveau der Alterssicherung.

Die Erwerbsminderungsrente wird aus individuell überprüften zwingenden gesundheitlichen Gründen regelhaft befristet in Anspruch genommen. Sie ist keine freiwillige Frührente. Zwar haben Bundessozialgericht und Bundesverfassungsgericht die Abschläge mittlerweile gebilligt<sup>28</sup>. Doch hat das Bundesverfassungsgericht dies alleine mit dem Spielraum des Gesetzgebers für Sparmaßnahmen begründet. Systematisch und sozialpolitisch bleiben die Abschläge verfehlt.

Die im RV-Leistungsverbesserungsgesetz enthaltene Möglichkeit, die letzten vier Jahre bei der Berechnung der Erwerbsminderungsrente

<sup>25</sup> Vgl. Michael Mostert, Flexibilisierung durch Tarifverträge in der Chemie-Industrie aus Sicht der Arbeitnehmer, SDRSV 63 (2013), 47-56; Wolfgang Goos, Flexibilisierung durch Tarifverträge in der Chemieindustrie aus Sicht der Arbeitgeber, SDRSV 63 (2013), 39-45.

<sup>26</sup> § 37 SGB VI.

<sup>27</sup> § 77 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 SGB VI.

<sup>28</sup> BVerfG, B. v. 11.1.2011, 1 BvR 3588/08, 1 BvR 555/09, BVerfGE 128, 138; BSG, Urt. V. 14.8.1008, B 5 R 140/07 R, juris; Thorsten Koop, Abschläge bei Renten wegen Erwerbsminderung aus verfassungsrechtlicher Sicht, DRV 2010, 67-81.



Forum 5: Moderator Robert Nazarek, Prof. Dr. Felix Welti und Christoph Ehlscheid (v.l.n.r.)

nicht einzurechnen<sup>29</sup>, ist ein richtiger Schritt zur Berücksichtigung individueller Erwerbsbiographien, denn oft sind bereits die letzten Jahre vor der Erwerbsminderung durch Arbeitslosigkeit, Krankengeldbezug oder unterwertige Beschäftigung geprägt. Die Neuregelung nützt jedoch nur denjenigen, die zuvor bereits ein angemessenes Sicherungsniveau aufbauen konnten. Wer bereits frühzeitig im Erwerbsleben gesundheitlich eingeschränkt ist oder wessen Gesundheitsproblem nicht progressiv schlimmer wird, sondern episodenhaft auftritt – wie viele psychische Krankheiten – wird von der Regelung nicht oder weniger profitieren.

Deutlich wird, dass die Verknüpfung der Risiken Alter und Erwerbsminderung in einem System mit Nachteilen verbunden ist. Sie ist auch internatio-

nal keineswegs üblich. Daher sollte ernsthaft erwogen werden, das Risiko der Erwerbsminderung systematisch von der Altersrente zu entkoppeln. Gegen Erwerbsminderung ist in weit geringerem Maße als für das Alter private Vorsorge möglich. Damit ist die Koppelung beider Sicherungsniveaus seit der Riester-Reform fragwürdig geworden, denn diese setzt private Vorsorge für einen auskömmlichen Lebensstandard voraus.

Die Alternative zur Entkoppelung wäre, die private Vorsorge verpflichtend auszugestalten und sie ebenso verpflichtend für alle Risiken der Erwerbsminderung zu machen. Dann würde allerdings noch transparenter, wie gering der Rendite-Vorsprung der privaten Systeme ist.

Das Erwerbsminderungsrisiko könnte also stattdessen durch eine eigenständige Lohnersatzleistung mit Einkommensersatz- und Grundsi-

<sup>29</sup> Neuregelung in § 73 SGB VI.

cherungskomponente gesichert werden, ein Erwerbsminderungsgeld in Höhe zum Beispiel des Krankengeldes, mindestens aber der Grundsicherung.

Es lohnt sich das niederländische System anzusehen<sup>30</sup>: Hier ist der Arbeitgeber für zwei Jahre zur Entgeltfortzahlung verpflichtet – allerdings nicht in Höhe von 100% – und hat in diesem Zeitraum allen Anreiz, eine Wiedereingliederung mit Unterstützung des Sozialversicherungsträgers zu versuchen. Danach übernimmt dieser den Entgeltersatz mit ebenfalls erheblichen Anstrengungen zur Rehabilitation.

Dagegen wird unser sinnvoll gedachtes Paradigma „Rehabilitation vor Rente“ noch immer so verstanden, dass mit dem Eintritt in die Erwerbsminderungsrente die Bemühungen des Rentenversicherungsträgers um Rehabilitation und Teilhabe enden. Der Rechtslage entspricht das schon heute nicht. Gleichwohl sehen Rentenversicherungsträger, Arbeitgeber und oft auch Betroffene gleichermaßen die Erwerbsminderungsrente als „Frührente“ auf oft sehr kärglichem Niveau an, aber nicht als eine zumindest potenziell vorübergehende Überbrückung, der ein Wiedereinstieg auf den Arbeitsmarkt folgen kann.

In Übereinstimmung damit sollten die Regelungen stärker darauf ausgerichtet werden, Erwerbstätigkeit während des Bezuges der Ersatzleistung wegen Erwerbsminderung zu ermöglichen. Die Rente wegen teilweiser Erwerbsminderung<sup>31</sup> war als Schritt in diese Richtung gedacht, ist aber nicht differenziert genug. Es ist schwer einzusehen, dass zwar bei der Feststellung des Grads der Behinderung fast ohne Rechtsfolgen eine Abstufung in Zehnergraden zwischen 20 und 100 stattfindet<sup>32</sup>, bei der Erwerbsminderung aber nur die Stufen „ganz“, „halb“ oder „gar nicht“ vergeben werden,

während doch in der Realität viele Abstufungen der gesundheitsbedingten Einschränkung existieren. Sinnvoll ist, dass dabei – wie schon heute bei verschlossenem Arbeitsmarkt für Teilzeitstellen – die reale Arbeitsmarktlage berücksichtigt wird. Behinderung setzt sich aus persönlichen Funktionseinschränkungen und gesellschaftlichen Kontextfaktoren zusammen. Der Verweis von Menschen auf Arbeitsplätze, die es nur theoretisch gibt, schafft Frustration und provoziert lange Rechtsstreitigkeiten. Die Kehrseite eines stärker kontextorientierten Begriffs von Erwerbsminderung wäre dann die stärkere Aktivierung bei verbesserter Arbeitsmarktlage. In diesem Zusammenhang ist auch zu fragen, ob die Einschränkung des Zuverdienstes während des Bezugs der Ersatzleistung<sup>33</sup> funktional ist, oder ob sie vor allem zur Ausgliederung aus dem regulären Arbeitsmarkt beiträgt.

Schließlich wäre zu fragen, ob die versicherungsrechtlichen Voraussetzungen bei Erwerbsminderung beibehalten werden sollten. Sie benachteiligen vor allem die von Geburt oder Jugend an behinderten und erwerbsgeminderten Menschen. Ihr Weg in die rentenversicherte Solidargemeinschaft führt heute nur über die Beschäftigung in den Werkstätten für behinderte Menschen als Sondereinrichtung<sup>34</sup>. Das ist, auch im Hinblick auf das Recht auf angemessenen Lebensstandard und sozialen Schutz nach Art. 28 der UN-Behindertenrechtskonvention zu überprüfen<sup>35</sup>.

#### IV. Prävention und Rehabilitation vor Erwerbsminderung

Jede Sicherung vor und bei Erwerbsminderung setzt voraus, dass die Prävention und Rehabilitation effektiv ausgestaltet werden. Das ist auch eine Frage der verfügbaren Mittel. Die im Gesetzent-

30 Hierzu Christina Reese/ Oskar Mittag, Wiedereingliederung und soziale Sicherung bei Erwerbsminderung, S + P 2013, 343-359.

31 § 43 Abs. 1 SGB VI.

32 § 69 Abs. 1 Satz 4 SGB IX.

33 § 96a SGB VI.

34 Vgl. §§ 1 Satz 1 Nr. 2, 43 Abs. 6, 168 Abs. 1 Nr. 2, 179 SGB VI.

35 Vgl. Sabine Wendt, Reformvorschläge zur Beschäftigung von voll erwerbsgeminderten Personen auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt, Behindertenrecht 2010, 149-155.

wurf vorgesehene Fortschreibung des Rehabilitationsbudgets<sup>36</sup> an Hand der demografischen Entwicklung ist dazu nur ein unzureichender erster Schritt. Wenn sich Rehabilitation individuell und kollektiv lohnt, dann muss sie auch bedarfsgerecht geleistet werden und nicht nach Kassenlage. Die Verknüpfung mit der demografischen Entwicklung wird nach einigen Jahren sogar zu einem Sinken des Budgets führen. Doch weisen viele Ergebnisse der Rehabilitationsforschung darauf hin, dass es effektiver wäre, schon in jüngeren Jahren zu leisten<sup>37</sup> und dass der Rehabilitationsbedarf bei jüngeren Versicherten steigt, etwa wegen psychischer Krankheiten<sup>38</sup>. Wer langjährigen Rentenbezug vermeiden will, muss früh ansetzen und darf nicht an der medizinischen und beruflichen Rehabilitation sparen.

Als effektives Mittel hat sich schon in den letzten Jahren die stufenweise Wiedereingliederung bei Arbeitsunfähigkeit erwiesen, bei der länger andauernd Erkrankte im Rahmen der Rehabilitation wieder im Betrieb tätig werden während die Rentenversicherung Übergangsgeld oder die Krankenkasse Krankengeld leistet<sup>39</sup>. Wenn die betrieblichen Akteure des Arbeitsrechts und die Sozialversicherungsträger noch stärker als bisher die stufenweise Wiedereingliederung als Standard in Fällen länger dauernder Krankheit praktizieren, verursacht dies zunächst Kosten, kann jedoch in vielen Fällen die Ausgliederung aus dem Erwerbsleben gestoppt werden. Bislang litt die stufenweise Wiedereingliederung unter dem Zuständigkeitsstreit zwischen Rentenversicherung und Krankenkassen<sup>40</sup>; systemgerecht wäre sie vorrangig bei der

Rentenversicherung besser aufgehoben.

Arbeitsrechtlicher Anknüpfungspunkt ist die Pflicht des Arbeitgebers, für alle Beschäftigten, die innerhalb eines Jahres sechs Wochen arbeitsunfähig sind, ein Betriebliches Eingliederungsmanagement durchzuführen. Diese Regelung ist, vermittelt durch die betriebliche Mitbestimmung vor allem in größeren Betrieben und durch die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte zum Kündigungsschutz<sup>41</sup>, bereits in vielen Betrieben wirksam geworden. Es fehlt jedoch noch an einer klaren Regelung, dass das Betriebliche Eingliederungsmanagement im Ganzen ein Mitbestimmungstatbestand ist. Für kleinere und mittlere Betriebe bedarf es mehr externer Unterstützung. Hierfür könnte es sinnvoll sein, dass die Rentenversicherung verbindlich in das Verfahren einzubeziehen ist, damit die Möglichkeiten der medizinischen und beruflichen Rehabilitation erschlossen werden können.

Schließlich kann die Rehabilitation verbessert werden, wenn die sinnvollen Grundsätze des SGB IX zur Koordination und Kooperation der Rehabilitationsträger und zur Vereinheitlichung des Leistungsrechts vor allem zwischen Rentenversicherung, Bundesagentur, Krankenkassen und Unfallversicherung umgesetzt werden<sup>42</sup>. Auch der gegenwärtig noch bei der Sozialhilfe verortete Bereich der Werkstätten für behinderte Menschen ist dabei zu überprüfen. Das gegliederte System der Rehabilitation ist kein Selbstzweck, es muss sich durch erfolgreiches Wirken für Rehabilitation und Teilhabe behinderter und von Behinderung bedrohter Menschen legitimieren. Auch die Zusammenarbeit zwischen Rehabilitation und akuter

36 § 220 SGB VI.

37 Vgl. Oskar Mittag/ Christina Reese/ Cornelia Meffert, (Keine) Reha vor Rente: Analyse der Zugänge zur Erwerbsminderungsrente 2005-2009, WSI-Mitteilungen 2014, 149-155.

38 Vgl. auch Rolf Buschmann-Steinhage, Budgetprobleme in der Rehabilitation, Die Rehabilitation 2012, 81-88.

39 Wolfgang Bürger/ M. Streibelt, Wer profitiert von Stufenweiser Wiedereingliederung in Trägerschaft der Gesetzlichen Rentenversicherung, Die Rehabilitation 2011, 178-185; Katja Nebe, Prävention und Rehabilitation – Erhaltung und Wiederherstellung der Erwerbsfähigkeit als Schnittstellenproblem, SDSRV 63 (2013), 57-76.

40 BSG, Urt. v. 20.10.2009, B 5 R 44/08 R, BSGE 104, 294.

41 § 84 Abs. 2 SGB IX; BAG, Urt. v. 13.3.2012, 1 ABR 78/10, BAGE 141, 42; BAG, Urt. v. 30.9.2010, 2 AZR 88/09, BAGE 135, 361; BAG, Urt. v. 10.12.2009, 2 AZR 198/09, NZA 2010, 639; BAG, Urt. v. 23.4.2008, 2 AZR 1012/06, BB 2008, 515; BAG, Urt. v. 12.7.2007, 2 AZR 716/06, BAGE 123, 234; Olaf Deinert, Kündigungsprävention und Betriebliches Eingliederungsmanagement, NZA 2010, 969-975.

42 Felix Welti, Das neue Teilhaberecht – Reform des SGB IX, Diskussionsforum Rehabilitations- und Teilhaberecht Forum D Nr. 6/2014, www.reha-recht.de; Felix Welti, Systematische Stellung des SGB IX im Sozialgesetzbuch – Zusammenarbeit der Leistungsträger und Koordination der Leistungen, SGB 2008, 321-331.

Krankenbehandlung kann noch besser werden. Haus- und Fachärzte sind bislang oft nicht hinreichend darauf eingestellt, Wiedereingliederung und Rehabilitation frühzeitig anzuregen und zu unterstützen.

Hierzu bedarf es verbindlicher Kooperation durch die bislang nur moderierend tätige Bundesarbeitsgemeinschaft für Rehabilitation und durch regionale Arbeitsgemeinschaften, die von den Trägern bislang trotz gesetzlicher Verpflichtung nicht eingerichtet worden sind. Sie könnten Träger der bislang wenig wirksamen gemeinsamen Servicestellen werden, die vom Gesetzgeber eigentlich auch als Ansprechpartner der Betriebe für das Eingliederungsmanagement vorgesehen sind<sup>43</sup>.

Leistungsrechtlich ist zu fragen, ob die Ausgliederung von Menschen, die als dauerhaft nicht erwerbsfähig angesehen werden, aus dem Arbeitsmarkt in Werkstätten für behinderte Menschen sozialpolitisch sinnvoll und rechtlich tragbar ist. Die Zahl der in Werkstätten beschäftigten Menschen steigt von Jahr zu Jahr, ebenso die Kosten für die Träger der Sozialhilfe. Art. 27 UN-Behindertenrechtskonvention fordert einen inklusiven Arbeitsmarkt für alle. Voraussetzung für ein Umsteuern wären stärkere Anstrengungen für Unterstützte Beschäftigung<sup>44</sup> im allgemeinen Arbeitsmarkt und Integrationsbetrieben, möglicherweise in Verantwortung eines anderen Trägers. Dazu wäre aber auch die Rentenversicherung für den betroffenen Personenkreis neu zu regeln. Bislang ist eine staatlich unterstützte Rentenversicherung, und damit ein von der Sozialhilfe unabhängiger Rentenanspruch, an die Werkstatt gekoppelt. Wer Assistenz außerhalb von Sondereinrichtungen vom Träger der Sozialhilfe bekommt, muss befürchten, dass Einkommen und Vermögen auch bei qualifizierter

Vollzeittätigkeit voll angerechnet wird<sup>45</sup>. Will man die weitere Ausdehnung exklusiver Einrichtungen verhindern, müssen diese Regelungen reformiert werden, um die betroffenen behinderten Menschen aus der lebenslangen Sozialhilfe zu holen.

## V. Schluss

Insgesamt bleibt auch nach den ersten Reformen der neuen Koalition erheblicher Reformbedarf im Sozialrecht. Prävention, Rehabilitation und soziale Sicherung gesundheitlich eingeschränkter Menschen bleiben eine Hauptaufgabe für Gesetzgeber, Regierung, Tarifpartner und Betriebe. Die Spielräume des geltenden Rechts sind bei weitem nicht ausgeschöpft, doch auch die Gesetzgebung ist gefordert. Der verfassungsrechtliche und völkerrechtliche Auftrag, behinderte Menschen nicht zu benachteiligen, ist mit Blick auf die unzureichende Sicherung gegen Armut bei Erwerbsminderung und im Alter kaum erfüllt.

Gerade mit Blick auf die soziale Sicherung Erwerbsgeminderter kann es sein, dass es mit kleineren Reformen nicht getan ist und das System einen Neustart braucht. Nach den eiligen Reformen der ersten Stunde sollte sich die neue Regierung Zeit nehmen, die Vorschläge zu sichten, die dafür gemacht worden sind.

<sup>43</sup> § 84 Abs. 2 Satz 4 SGB IX; vgl. Felix Welti, Aufgaben der Rehabilitationsträger beim Betrieblichen Eingliederungsmanagement, Gute Arbeit 2/2014, 19-23.

<sup>44</sup> § 38a SGB IX.

<sup>45</sup> §§ 2, 85, 90 SGB XII; SG Karlsruhe, Urt. v. 21.5.2013, S 1 SO 1369/12, RdLH 2013, 193.



## FORUM 6

## Arbeitgeberseitige Pflichten zur Offenlegung von Beschäftigungsbedingungen – Verfassungsrechtliche Grenzen<sup>1</sup>

**Prof. Dr. Alexander Roßnagel**

Professor für Öffentliches Recht mit dem Schwerpunkt Recht der Technik und des Umweltschutzes an der Universität Kassel



### I. Offenlegungspflichten als Instrument der Rechtsdurchsetzung

Die Durchsetzung von Beschäftigtenstandards hat eine strukturelle Schwäche: Sie setzt starke Beschäftigtenvertretungen in Unternehmen voraus. Dort, wo die Umsetzung von Beschäftigtenstandards am dringendsten wäre, nämlich in Unternehmen ohne starke Belegschaften und Beschäftigtenvertretungen, fehlt die notwendige Kontrolle und Durchsetzungsmacht. Daher wird weltweit das Ziel verfolgt, Unternehmen zu verpflichten, die Einhaltung der Standards in regelmäßigen Berichten offenzulegen. Dies soll ermöglichen, dass Anspruchsgruppen wie Aktionäre, Kreditgeber, Ratingagenturen<sup>2</sup>, öffentliche Auftraggeber, Geschäftspartner, Behörden, Medien, Nachbarn, NGO sowie Verbraucher, Beschäftigte

und andere Marktbeteiligte ihre Marktwahl und ihre Kommunikation danach ausrichten können, inwieweit das Unternehmen Beschäftigtenstandards respektiert und umsetzt. Dies wiederum soll Unternehmen dazu anreizen, ihre Arbeitsbedingungen zu verbessern oder auf hohem Niveau zu halten. Offenlegungspflichten sollen Schutzregelungen allerdings nur ergänzen, nicht ersetzen<sup>3</sup>.

Dieser Ausfluss einer „Corporate Social Responsibility“ hat in der Union in Art. 46 Abs. 1b) der Richtlinie 78/660/EWG in der Fassung der Richtlinie 2003/51/EG und in Deutschland in § 289 Abs. 3 HGB einen bescheidenen Ausdruck gefunden. Danach sollen große Kapitalgesellschaften<sup>4</sup> in ihrem jährlich aufzustellenden Lagebericht auch eine Analyse der „wichtigsten nichtfinanziellen Leistungsindikatoren, die für die betreffende Geschäftstätigkeit von Bedeutung sind, einschließlich Informationen in Bezug auf Umwelt- und Arbeitnehmerbelange“ veröffentlichen. Diese Verpflichtung gilt jedoch nur, soweit die Unternehmen dies

<sup>1</sup> Der Beitrag geht auf einen Vortrag auf dem Rechtspolitischen Kongress der FES, des DGB und der HBS am 25./26.3.2014 in Berlin zurück. Ihm liegt ein Gutachten für die HBS zugrunde. Dieser Beitrag entstand in Zusammenarbeit mit Dr. Anja Hentschel, Universität Kassel

<sup>2</sup> Nach Dilg/Littger, enorm – Magazin für nachhaltiges Wirtschaften, 4/2012, 60, sollen Ratingagenturen ein besonderes Interesse an Nachhaltigkeitsberichten haben und durch ihre Einordnung der Unternehmen auf diese wirksamen Druck ausüben.

<sup>3</sup> Kocher/Wenckebach, KJ 2013, 18 ff.

<sup>4</sup> S. § 267 Abs. 3 HGB.

für „angebracht“ und „für das Verständnis des Geschäftsverlaufs, des Geschäftsergebnisses oder der Lage der Gesellschaft erforderlich“ halten. Da sich diese Regelung nicht bewährt hat<sup>5</sup> wird gefordert, Offenlegungspflichten verbindlicher und präziser festzulegen. Der Beitrag untersucht, inwieweit dies angesichts des rechtlichen Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zulässig ist.

## II. Die Offenlegungsrichtlinie und ihr Umsetzungsbedarf

Die Forderungen nach verbindlichen Offenlegungspflichten wird durch den Entwurf einer Richtlinie zur Offenlegung nichtfinanzieller und die Diversität betreffender Informationen durch bestimmte große Gesellschaften und Konzerne vom 16.4.2013 aufgegriffen<sup>6</sup>. Er ändert Art. 46 Abs. 1 b) der Richtlinie 78/660/EWG dahingehend, dass der Lagebericht zwingend „auch eine nicht-finanzielle Erklärung mit Angaben mindestens zu Umwelt-, Sozial- und Arbeitnehmerbelangen, zur Achtung der Menschenrechte und zur Bekämpfung von Korruption und Bestechung“ enthalten muss. Allerdings wurde in den Verhandlungen der Adressatenkreis dieser Pflicht eingeschränkt, um dem Widerstand der Bundesregierung gegen Offenlegungspflichten entgegenzukommen<sup>7</sup>. Erfasst werden jetzt nur noch börsennotierte Unternehmen, Banken und Versicherungen<sup>8</sup>. Welche Informationen in welchem Detaillierungsgrad genau gefordert werden, bestimmt die Richtlinie nicht. Vielmehr verweist sie auf „nationale, EU-basierte oder internationale Rahmenwerke“, auf die sich die jeweilige Gesellschaft stützen kann. Sie soll angeben, welches Rahmenwerk sie ihrem Bericht zugrunde gelegt hat.

<sup>5</sup> Von den rund 42.000 grundsätzlich verpflichteten Unternehmen in der EU haben nur etwa 2.500 einen Nachhaltigkeitsbericht veröffentlicht – s. KOM(2011) 681 endg. vom 25.10.2011.

<sup>6</sup> KOM(2013) 207 endg.

<sup>7</sup> Die Bundesregierung hat sich dennoch im Rat enthalten.

<sup>8</sup> Dadurch wurde der Kreis der verpflichteten Unternehmen von rund 42.000 auf rund 6.000 reduziert - s. Germanwatch, Pressemitteilung vom 27.2.2014.

Erwägungsgrund 7 der Richtlinie verweist „auf internationale Rahmenwerke wie den Global Compact der Vereinten Nationen (VN), die Leitprinzipien für Unternehmen und Menschenrechte: Umsetzung des Rahmenprogramms „Protect, Respect and Remedy“ der Vereinten Nationen, die Leitlinien der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) für multinationale Unternehmen, die Norm der Internationalen Organisation für Normung (ISO) 26000, die Trilaterale Grundsatzerklärung der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) zu multinationalen Unternehmen und zur Sozialpolitik und die Global Reporting Initiative“ (GRI). Diese Rahmenwerke haben ein sehr unterschiedliches Niveau hinsichtlich der Anforderungen an Themen, Umfang und Präzision der Berichterstattung. Wenn das Ziel der Richtlinie erreicht werden soll, die „Relevanz, Konsistenz und Vergleichbarkeit der offengelegten nichtfinanziellen Informationen durch Ausbau und Präzisierung der bestehenden Anforderungen“ zu verbessern<sup>9</sup>, sollte der nationale Gesetzgeber entweder auf ein bestimmtes Rahmenwerk verweisen oder eigene Bestimmungen treffen, die sich an den anspruchsvollen Rahmenwerken orientieren<sup>10</sup>. Dies wird von der Richtlinie nicht ausgeschlossen, da ihre Begründung ausdrücklich klarstellt, dass der Hinweis auf die Rahmenwerke „unbeschadet etwaiger ambitionierterer Anforderungen auf Mitgliedstaatenebene“ gilt<sup>11</sup>.

## III. Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen

Daher stellt sich die Frage, ob eine Präzisierung der Offenlegungspflichten im deutschen Umsetzungsgesetz gegen den grundrechtlichen Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen verstößt. Dieser ist nirgendwo ausdrücklich verbürgt.

<sup>9</sup> KOM(2013) 207 endg., Begründung, 3.

<sup>10</sup> Zu diesen sind die OECD-Leitlinien und die GRI-Leistungsindikatoren zu rechnen.

<sup>11</sup> KOM(2013) 207 endg., Begründung, 7.

Dennoch ist er unbestritten<sup>12</sup>. Umstritten ist lediglich, an welche Grundrechtsnorm dieser Schutz anknüpft<sup>13</sup>.

## 1. Berufsfreiheit

Als besondere Ausprägung der Berufsausübungsfreiheit schützt die Unternehmerfreiheit, zu Erwerbszwecken am Wettbewerb teilzunehmen. Die Erhaltung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen kann sich wesentlich auf die Markt- und Wettbewerbssituation des Unternehmens und damit auf den durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten zukünftigen Erwerb auswirken. Das Grundrecht auf Berufsfreiheit gewährleistet daher auch den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen. Geschützt ist exklusives wettbewerbsrelevantes Wissen, das für den eigenen Erwerb im Rahmen beruflicher Tätigkeit eingesetzt werden kann<sup>14</sup>. Eine Pflicht zur Offenlegung bestimmter Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse ist damit ein Eingriff in den Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG<sup>15</sup>. Als Berufsausübungsregelung ist sie dann gerechtfertigt, wenn ihr vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls zugrunde liegen und der Eingriff zur Erreichung des verfolgten Zwecks verhältnismäßig ist.

Auch im europäischen Recht besteht ein Schutz nach Art. 15 Abs. 1 EU-GrC für die Ausübung der Berufsfreiheit und nach Art. 16 EU-GrC für die unternehmerische Freiheit. Diese Grundrechte gewährleisten einen Art. 12 Abs. 1 GG vergleichbaren Schutzzumfang in Bezug auf unternehmensbezogene Geheimnisse sowie die gleiche Eingriffsmöglichkeit<sup>16</sup>. Auch die Erfordernisse des Art. 52 Abs. 1 EU-GrC entsprechen faktisch denen, die zu Art. 12 Abs. 1 GG aufgestellt wurden.

<sup>12</sup> Taeger, Die Offenbarung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, 1988, 53 mwN.; Schoch, ZLR 2010, 121 (142); Kloepfer/Greve, NVwZ 2011, 577 (577).

<sup>13</sup> Wollenschläger, VerwArch. 112 (2011), 20 (35 ff.).

<sup>14</sup> S. z.B. BVerfGE 115, 205 (229 ff.).

<sup>15</sup> BVerfGE 115, 205 (230); BVerwG, NVwZ 2004, 105 (107); BVerwG, NVwZ 2010, 522 (525); Schneider Staatliche Informationstätigkeit als Steuerungsmittel im Umweltrecht, 2012, 96.

<sup>16</sup> EuGH, EuGRZ 2008, 136 (138 Rn. 48f.).

## 2. Eigentum

Art. 14 Abs. 1 GG schützt Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, soweit sie ein vermögenswertes Recht darstellen<sup>17</sup>. Dies ist der Fall, wenn sie vom Unternehmen wirtschaftlich genutzt werden können oder deren Offenlegung oder Verwertung durch Dritte für das Unternehmen wirtschaftlich nachteilig ist. Da der Gesetzgeber nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG Inhalt und Schranken des Eigentums bestimmt, sind unternehmensbezogene Informationen nur soweit geschützt, als der Gesetzgeber keine sachgerechten Offenlegungspflichten vorgesehen hat. Er hat bei dieser Entscheidung die Belange der Gemeinschaft mit den Individualinteressen in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen<sup>18</sup>.

Auch die Grundrechte-Charta gewährleistet in Art. 17 Abs. 1 das Eigentumsrecht. Sein Schutzgegenstand muss aber – ähnlich wie im nationalen Recht – erst normativ durch den Gesetzgeber geschaffen werden<sup>19</sup>. Insoweit findet sich auch keine abstrakte Definition des Eigentumsbegriffs. Für unternehmensbezogene Geheimnisse, die als Eigentum gesetzlich anerkannt sind, besteht somit auch ein Schutz über Art. 17 EU-GrC. Bloße Nutzungsbeschränkungen des Eigentums sind nach ständiger Rechtsprechung des EuGH rechtmäßig, wenn sie „tatsächlich dem Gemeinwohl dienenden Zielen der Gemeinschaft entsprechen und nicht einen im Hinblick auf die verfolgten Ziele unverhältnismäßigen, nicht tragbaren Eingriff darstellen, der die so gewährleisteten Rechte in ihrem Wesensgehalt antastet“<sup>20</sup>. Somit bestehen nach Art. 17 Abs. 1 EU-GrC ein dem Art. 14 GG vergleichbarer Schutzzum-

<sup>17</sup> S. Taeger (Fn. 11), 60 ff.; Breuer, NVwZ 1986, 171 (174); Erichsen, NVwZ 1992, 409 (416); Roßnagel/Bizer, GewArch. 1992, 123f. jeweils mwN.; Linßen, Informationsprobleme und Schutz von Unternehmensgeheimnissen im Telekommunikationsregulierungsrecht, 2011, 107; a.A. Schmidt, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 2013, Art. 14 GG Rn. 6.

<sup>18</sup> Philipp, Staatliche Verbraucherinformation im Umwelt- und Gesundheitsrecht, 1989, 196; Taeger (Fn. 11), 63f., 89f.

<sup>19</sup> Callies, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2009, § 16.4 Rn. 14.

<sup>20</sup> St. Rspr. EuGH, Slg. 1998, I-1953, Rn. 21; Slg. 1998, I-7967, Rn. 79.

fang und Eingriffsmöglichkeiten.

### 3. Informationelle Selbstbestimmung

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung schützt vor jeder Erhebung personenbezogener Daten und umfasst die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Sachverhalte offenbart werden<sup>21</sup>. Zwar könnte über Art. 19 Abs. 3 GG der Schutzbereich dieses Grundrechts auch für inländische juristische Personen eröffnet werden, doch fordert das BVerfG für die Anwendung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung eine Schutzlücke<sup>22</sup>. Diese fehlt hier, weil die Grundrechte auf Ausübung der Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG und auf Schutz des Eigentums gemäß Art. 14 Abs. 1 GG Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse ausreichend schützen.

### 4. Schutz vor Selbstbezeichnung

Das Verbot, einen Betroffenen zu zwingen, sich selbst zu bezeichnen, wird vor allem aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht gemäß Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Schutz der Menschenwürde durch Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitet<sup>23</sup>. Dieses Recht wird auch im Rahmen der Unschuldsvermutung nach Art. 47 Abs. 1 EU-GrC gewährt. Das Verbot gilt jedoch nur in Bezug auf natürliche Personen und scheidet für juristische Personen aus<sup>24</sup>. Diese unterliegen nur einer eingeschränkten Verantwortung<sup>25</sup> und können gemäß § 30 OWiG nur mit einer Geldbuße belangt werden. Für Offenlegungspflichten über die Situation der Beschäftigten, die Rückschlüsse auf rechtswidrige Handlungen oder Zustände zulässt, hat daher das Verbot eines Zwangs zur Selbstbezeichnung keine Bedeutung, solange nur das Unternehmen als

juristische Person und nicht bestimmte natürliche Personen innerhalb des Unternehmens verpflichtet werden, die Information zu geben.

Sollte ausnahmsweise die Offenlegungspflicht eine natürliche Person betreffen, die sich mit ihrer Erfüllung selbst bezeichnen würde, steht dies mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG im Einklang, wenn sie zum Schutz kollidierender Interessen verhältnismäßig ist<sup>26</sup>, insbesondere weil dafür Sorge getragen wird, dass die Aussage nicht die Voraussetzungen für eine strafgerichtliche Verurteilung oder die Verhängung vergleichbarer Sanktionen liefert<sup>27</sup>.

### 5. Mittelbare grundrechtliche Betroffenheit

Auch ohne Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse preiszugeben, könnte die Veröffentlichung von Informationen Unternehmen zumindest mittelbar in ihren Grundrechten betreffen. Zum einen könnte der Ruf des Unternehmens negativ beeinflusst werden. Dadurch könnten Marktanteile verloren gehen, weil Kunden auf Grund der Informationen ihr Verhalten ändern. Allerdings ist der Ruf eines Unternehmens das Ergebnis eines Kommunikationsprozesses im Wirtschaftsverkehr. Er ist ständig dem Wandel der Vorstellungen der Marktteilnehmer unterworfen und konstituiert sich immer wieder neu, so dass er kein subjektives Recht begründen kann<sup>28</sup>. Art. 14 Abs. 1 GG schützt daher nicht das einmal erreichte Ergebnis situativer Einschätzungen der Marktbeteiligten, auch wenn diese wirtschaftliche Auswirkungen auf das Unternehmen haben<sup>29</sup>. Zum anderen könnten Umsatz und Gewinn negativ betroffen sein. Bloße Umsatz- oder Gewinnchancen werden jedoch vom Schutzbereich weder des Art. 14 Abs. 1 GG noch des Art.

21 BVerfGE 65, 1 (43); 67, 100 (143); Roßnagel, MMR 2007, 16 (16).

22 BVerfGE 54, 148 (153); 65, 1 (41); 118, 168, (183).

23 BVerfGE 95, 220 (242); 96, 171 (181); 65, 1 (46) zum Teil auch mit Verweis auf Art. 20 Abs. 3 GG.

24 BVerfGE 118, 168 (203).

25 BVerfG, NJW 1997, 1841 (1844).

26 BVerwG, NVwZ 1984, 376 (377) mwN.

27 BVerfGE 56, 37 (49).

28 BVerfGE 105, 252 (278); Philipp (Fn. 17), 175 ff.; Schneider (Fn. 14), 85; Kloepfer, Informationsfreiheitsgesetz und Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, 2011, 28.

29 BVerfGE 105, 252 (278).

17 EU-GrC erfasst<sup>30</sup>. Dieser erfasst nur solche vermögenswerten Positionen, auf deren Bestand der Eigentümer von Rechts wegen vertrauen kann<sup>31</sup>.

## 6. Schutz durch Grundrechte

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse Schutz durch das Grundrecht auf Freiheit der Berufsausübung nach Art. 12 Abs. 1 GG und durch das Grundrecht auf Schutz des Eigentums nach Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG genießen. Nach der Rechtsprechung des BVerfG bietet Art. 14 Abs. 1 GG für die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse keinen weitergehenden Schutz, als Art. 12 Abs. 1 GG ihn gewährt<sup>32</sup>. Daher prüft das BVerfG Offenlegungspflichten allein am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG. Bevor diese Prüfung erfolgt, ist zuvor zu bestimmen, was Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse sind.

## III. Begriff der Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse

Unter Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen versteht die Rechtsprechung Tatsachen, Umstände und Vorgänge, die im Zusammenhang mit einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb stehen, und folgende vier Voraussetzungen erfüllen<sup>33</sup>:

- 1) Unternehmensbezug: Die Information muss exklusiv zum räumlichen oder persönlichen Herrschaftsbereich des Unternehmens gehören und dessen spezifischen Zwecken dienen<sup>34</sup>.
- 2) Geheimnis: Die Information ist nur einem be-

grenzten Personenkreis bekannt und der Geheimnisinhaber kann den Kreis der Mitwisser kontrollieren. Die Informationen sind von Außenstehenden nicht ohne große Schwierigkeiten und Opfer in Erfahrung zu bringen<sup>35</sup>.

- 3) Geheimhaltungswille: Dieser ergibt sich regelmäßig aus dem Bedürfnis des Unternehmens, eine vorteilhafte Wettbewerbsposition zu sichern. Er muss vom Geheimnisträger entweder ausdrücklich oder konkludent erklärt werden und aus den Umständen heraus erkennbar sein<sup>36</sup>. Bezogen auf betriebsinterne Vorgänge, Umstände und Tatsachen wird grundsätzlich vermutet, dass sie vom Geheimhaltungswillen des Geheimnisträgers umfasst sind<sup>37</sup>.
- 4) Berechtigtes Geheimhaltungsinteresse: Die Geheimhaltung der Information muss für die freie Berufsausübung insbesondere für die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens von Bedeutung sein<sup>38</sup>. Dies ist u.a. dann der Fall, wenn eine Offenbarung negative Folgen für das Unternehmen im Wettbewerb mit sich bringen würde<sup>39</sup>.

Zwischen Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen wird vielfach unterschieden. Betriebsgeheimnisse beziehen sich auf die technische, Geschäftsgeheimnisse auf die kaufmännische Seite des Unternehmens<sup>40</sup>. Auf europäischer Ebene hat sich in der Rechtsprechung ein vergleichbares Begriffsverständnis mit einem „ebenbürtigen Schutz“<sup>41</sup>

30 BVerfGE 105, 252 (277); 68, 192 (222f.); Schmidt (Fn. 16), Art. 14 GG Rn. 5; EuGH, Slg. 1994, I-4973, Rn. 79; Calliess (Fn. 18), § 16.4 Rn. 20.

31 Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 2012, § 23 Rn. 990.

32 BVerfGE 115, 205 (248).

33 BVerfGE 115, 205 (230); BGH, GRUR 1955, 424 (425); BGH, GRUR 1961, 40 (43); EuG, EuR 2008, 708 (710); von Danwitz, DVBl. 2005, 597 (598); Wolff, NJW 1997, 98 (98); Wollenschläger, VerwArch. 112 (2011), 20 (36); Frank, Der Schutz von Unternehmensgeheimnissen im Öffentlichen Recht, 2009, 39 ff.

34 Linßen (Fn. 16), 31; Taeger (Fn. 11), 65; Klopfer/Greve, NVwZ 2011, 577 (580).

35 Linßen (Fn. 16), 31; Taeger (Fn. 11), 69f.; Klopfer (Fn. 27), 23; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 2013, § 17 Rn. 7; Frank (Fn. 32), 41 ff.

36 BVerwG, CR 2005, 194 (195); Klopfer/Greve, NVwZ 2011, 577 (582); Linßen (Fn. 16), 33; Taeger (Fn. 11), 71f.; Frank (Fn. 32), 42.

37 Klopfer/Greve, NVwZ 2011, 577 (582); Koehler/Hasselblatt, in: Götting/Nordemann, UWG, 2013, § 17 UWG, Rn. 17.

38 S. BVerfGE 115, 205 (230f.); BAG, AP Nr. 2 zu § 79 BetrVG 1972; VGH Kassel, NVwZ 2009, 60 (61); Linßen (Fn. 16), 32; Klopfer (Fn. 27), 28; Köhler (Fn. 34), § 17 Rn. 9.

39 Von Danwitz, DVBl. 2005, 597 (600); Klopfer/Greve, NVwZ 2011, 577 (582f.).

40 BVerfGE 115, 205 (230f.); Klopfer (Fn. 27), 18.

41 Klopfer (Fn. 27), 17.

herausgebildet<sup>42</sup>.

#### IV. Leistungsindikatoren als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

Würde der Gesetzgeber nach Inkrafttreten der Offenlegungsrichtlinie über die bisherigen Regelungen hinaus die nichtfinanziellen Informationen detailliert bestimmen, die in den Lageberichten darzustellen sind, stellt sich die Frage, ob er damit in grundrechtlich geschützte Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse eingreift. Entscheidend ist hierfür, ob die zu veröffentlichenden Informationen solche Geheimnisse darstellen. Dies wurde für die bisher diskutierten Indikatoren für die Einhaltung von Beschäftigungsstandards<sup>43</sup> ausführlich untersucht<sup>44</sup>.

Im Ergebnis können Indikatoren, die u.a. den Nettoumsatz, die Zahl der Arbeitnehmer, der Neueinstellungen, der Entlassungen, der Auszubildenden, den Anteil der Arbeitnehmer in „gefährlichen“ Berufen, der Arbeitnehmer in Elternzeit und mit nicht schulpflichtigen Kindern, der nach Tarifvertrag Beschäftigten oder der durch einen Betriebsrat Vertretenen nicht als Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse angesehen werden. Dagegen können Offenlegungspflichten bezogen auf Indikatoren u.a. zu Arbeitsunfällen, anerkannten Berufskrankheiten, Krankheitstagen je Arbeitnehmer, zur Beschäftigung von Kindern, Beschwerden mit Bezug

auf AGG-Verletzungen, zum Anteil der Frauen und Nichtdeutschen, der Mitarbeiter mit Migrationshintergrund, Mitarbeitern in unterschiedlichen Altersstufen, der Beschäftigten mit Schwerbehinderung, der befristet Beschäftigten, der Leiharbeiter, der Praktikanten, zum Urlaubsanspruch je Arbeitnehmer, durchschnittlichen Bruttoarbeitsverdienst, zur Niedriglohnquote, Verteilung der Verdienste, Beförderungsquote (nach Geschlecht), mittlere Arbeitszeit, Verteilung der Arbeitsstunden, der Schichtarbeiter sowie zu Beziehungen zu Zuliefer- und Subunternehmen und Kunden solche Geheimnisse betreffen.

#### V. Rechtfertigung von Offenlegungspflichten

Ein Eingriff in den grundrechtlich gebotenen Geheimnisschutz<sup>45</sup> ist jedoch gerechtfertigt und zulässig, wenn die Offenlegungspflichten geeignet, erforderlich und angemessen sind, um eine vernünftige Zielsetzung des Allgemeinwohls zu erreichen.

Dem Allgemeinwohl entsprechen bestimmte Beschäftigungsstandards, die zu einem großen Teil in Gesetzen enthalten sind. Sie gehen außerdem auf das Grundrecht der Beschäftigten aus Art.12 Abs. 1 GG zurück und bestimmen dessen Verwirklichungsbedingungen. Ihre – durch die Offenlegung zu erreichende – Beachtung und Durchsetzung liegt im Interesse des Allgemeinwohls<sup>46</sup>. Ihre Offenlegung dient außerdem der Markttransparenz auf Verbraucherseite. Diese gilt nicht nur den Eigenschaften eines Produkts oder einer Dienstleistung sondern auch ihrer nachhaltigen und sozialen Herstellung oder Erbringung. Diese Transparenz liegt ebenfalls im öffentlichen Interesse<sup>47</sup>. Pflichten zur Offenlegung von Informationen,

42 S. z.B. EuG, EuR 2008, 708 (710). Diesem Begriffsverständnis entspricht – in den hier relevanten Bezügen – auch die Definition von Geschäftsgeheimnissen in Art. 2 Abs. 1 des Entwurfs für eine Richtlinie über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung vom 28.11.2013 – KOM(2013) 813 endg.

43 S. Leistungsindikatoren zu Arbeitspraktiken und menschenwürdige Beschäftigung der GRI, G4 – Leitlinien zur Nachhaltigkeitsberichterstattung: Berichterstattungsgrundsätze und Standardangaben, 2013, und Leitlinien zu Beschäftigung und Beziehungen zwischen den Sozialpartnern der OECD aus dem Jahr 2011; s. auch Kocher/Klose/Kühn/Wenckebach, Verantwortung braucht Transparenz, 2012, 14 ff., 42 ff.; Kocher/Wenckebach, KJ 2013, 25f.

44 S. Roßnagel/Hentschel, Verfassungsrechtliche Grenzen gesetzlicher Pflichten zur Offenlegung von Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, Düsseldorf 2014, 41 ff.

45 Zum Eingriffscharakter und zur unterschiedlichen Tiefe des Eingriffs je nach Ausgestaltung der Offenlegungspflichten s. Roßnagel/Hentschel (Fn. 44), 55 ff.

46 Kocher/Klose/Kühn/Wenckebach (Fn. 42), 12; Kocher/Wenckebach, KJ 2013, 19f.

47 S. grundsätzlich BVerfGE 105, 252 (266).

aus denen auf die Erfüllung von Beschäftigungsstandards geschlossen werden kann, entsprechen somit vernünftigen Erwägungen des Allgemeinwohls. Der mit ihnen verbundene informatorische Eingriff verfolgt damit einen legitimen Zweck.

Geeignet ist ein Eingriff, „wenn mit seiner Hilfe der erstrebte Erfolg gefördert werden kann.“<sup>48</sup> Bei der Beurteilung der Eignung ist dem Gesetzgeber ein beträchtlicher Einschätzungsspielraum eingeräumt<sup>49</sup>. Die Eignung setzt nicht voraus, dass der Eingriff in allen Fällen oder auch nur im Regelfall den erhofften Erfolg bewirkt<sup>50</sup>. In diesem Sinn sind Offenlegungspflichten für passende Indikatoren geeignet, sowohl die Markttransparenz zu befördern als auch die Erfüllung von Beschäftigungsstandards in verschiedenen Unternehmen zu überprüfen und einen zusätzlichen Verhaltensanreiz zu setzen, diese zu steigern.

Erforderlich ist der Eingriff zur Verfolgung des gesetzgeberischen Zwecks, wenn er sich nicht durch mildere Mittel ebenso wirksam erreichen lässt<sup>51</sup>. Auch für diese Bewertung besteht eine Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers. Sie setzt einen Vergleich der Eingriffstiefe alternativer Maßnahmen voraus. Dem Unternehmen die freie Entscheidung über die Veröffentlichungen zu überlassen, hätte zwar eine geringere Eingriffstiefe, könnte aber nicht sicherstellen, dass hinsichtlich der Erfüllung von Beschäftigungsstandards das gleiche Maß an Öffentlichkeit entsteht und der gleiche Umfang an Informationen bekannt wird<sup>52</sup>. Eine Verpflichtung zur Offenlegung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen darf aber nur in dem Umfang angeordnet werden, wie dies für das Erreichen des Gesetzeszwecks unabdingbar ist<sup>53</sup>. Die Information muss für den Gesetzeszweck rele-

vant sein und darf nicht durch weniger belastende Fragen bekannt werden können. Daher ist immer zu prüfen, ob Indexwerte, die anzeigen, welche Standards in welchem Maß erreicht werden, ausreichen und auf detaillierte Rohdaten verzichtet werden kann. Da nur Informationen, die konkrete Tatsachen, Vorgänge und Umstände betreffen, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sein können<sup>54</sup>, sind Bewertungen über den Erfüllungsgrad eines Indikators keine solchen Geheimnisse. Ihre Offenlegung kann nicht gegen den Geheimnisschutz verstoßen. Allerdings wäre eine solche Offenlegungspflicht nur dann gleich wirksam, wenn das Problem der Glaubwürdigkeit und Nachprüfbarkeit der Angaben gelöst wäre. Das setzte u.a. voraus, dass der jeweilige Indexwert von einem dafür geschulten Wirtschaftsprüfer überprüft und bestätigt würde.

Angemessen ist ein Eingriff dann, wenn „die Schwere des Eingriffs bei einer Gesamtabwägung nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe“ steht<sup>55</sup>. Der Gesetzgeber „muss aber zwischen Allgemein- und Individualinteressen einen angemessenen Ausgleich herstellen.“<sup>56</sup> Hierfür muss er die Verhältnisse so gestalten, dass eine einseitige Lösung verhindert wird und es zu einem Ausgleich zwischen Allgemeininteressen und Grundrechtsschutz kommt<sup>57</sup>. Die Offenlegungspflicht kann für die Unternehmen vor allem drei Nachteile haben: Zum einen kann die Preisgabe von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen im Verhältnis zu Konkurrenten Wettbewerbsnachteile hervorrufen, weil diese die Angaben für die Verbesserung ihrer Marktposition nutzen können oder weil das Unternehmen einen Wettbewerbsvorteil durch das exklusive Wissen über bestimmte Tatsachen, Umstände oder Vorgänge verliert. Zum anderen kann die Offenlegung dazu führen, dass das Unternehmen im Verhältnis zu anderen Marktteilnehmern

48 BVerfGE 67, 157 (173, 175); 90, 145 (172); 100, 313 (373); 109, 279 (336); .

49 S. z.B. BVerfGE 77, 84 (106); 90, 145 (173); 109, 279 (336).

50 S. z.B. BVerfGE 100, 313 (373).

51 S. z.B. BVerfGE 115, 320 (345).

52 S. näher Kocher/Wenckebach, KJ 2013, 20 ff.

53 S. z.B. Taeger (Fn. 11), 90, allerdings für das Verhältnismäßigkeitsprinzip insgesamt.

54 BVerfGE 115, 205 (230).

55 BVerfGE 90, 145 (173); 92, 277 (327); 109, 279 (349 ff.).

56 BVerfGE 113, 348 (382).

57 S. BVerfGE 113, 348 (382).



(insbesondere potenzielle Kunden) an Ansehen verliert und sich dieses indirekt auf den Umsatz auswirkt. Schließlich kann die Offenlegungspflicht sich deshalb nachteilig auswirken, weil die Gewinnung und Zusammenstellung der Angaben große Aufwendungen erfordert.

Der erste Nachteil kann gravierend sein, wenn es sich um Informationen handelt, die einen hohen Individual- und Exklusivitätscharakter haben. Dies könnte im Einzelfall für Angaben zu Kunden oder zu Zuliefer- und Subunternehmen gelten, dürfte jedoch ansonsten bei Informationen, die für die Bewertung erforderlich sind, ob Beschäftigungsstandards eingehalten werden, sehr selten zutreffen. Sie interessieren in der Regel nur als Durchschnittswerte in hochaggregierter Form, so dass aus ihrer Offenlegung selten ein gravierender Wettbewerbsnachteil entstehen wird. Dies gilt z.B. für die Weiterbildungsquote der Arbeitnehmer, den Anteil der Frauen und Nichtdeutschen, von

Mitarbeitern in unterschiedlichen Altersstufen, der Beschäftigten mit Schwerbehinderung oder ähnliche Anteilsangaben. Aus vielen Informationen kann ein Konkurrent aufgrund des Gegenstandsbereichs keinen Vorteil ziehen. Dies gilt etwa für den Urlaubsanspruch je Arbeitnehmer, die Quoten von Arbeitsunfällen sowie die Zahl von anerkannten Berufskrankheiten oder Zahlen, die Rückschlüsse auf allgemeine Arbeitsverhältnisse zulassen. Der Nachteil durch die Veröffentlichung wird umso geringer sein, je leichter es für Konkurrenten wäre, diese Information auch durch Beobachtung, Analysen oder zulässige Anfragen zu gewinnen. Dies dürfte z.B. anzunehmen sein für Informationen über den durchschnittlichen Bruttoarbeitsverdienst oder den Anteil der Leiharbeiter und Praktikanten. Für die wenigen Informationen, in denen wirklich mit einem gravierenden Wettbewerbsnachteil allein durch die Offenlegung zu rechnen ist, muss nach Möglichkeiten des Ausgleichs gesucht werden.

Der zweite Nachteil, dass die Offenlegung zu einem Ansehensverlust des Unternehmens führt, kann sich in einer vergleichenden Bewertung nur für das letzte Drittel der Unternehmen einstellen. Für die Unternehmen, die im ersten Drittel liegen, wird die Offenlegung das Ansehen steigern und kann sich positiv auf den Umsatz auswirken, für die Unternehmen im mittleren Drittel wird dies eher ambivalent bleiben. Dass manche Informationen politisch unterschiedlich bewertet werden und sich je nach Person oder Gruppe, die sie zur Kenntnis nimmt, unterschiedlich – förderlich oder nachteilig – auswirken kann, steht dieser Gesamtwirkung nicht entgegen. Für die Unternehmen, die durch die Veröffentlichung ihrer Angaben zugleich auch anzeigen, dass sie Defizite in der Erfüllung von Beschäftigungsstandards haben, ist der Effekt des Ansehensverlusts und eventuell von Umsatzeinbußen erwünscht. Dadurch soll gerade der Handlungsanreiz bewirkt werden, die Beschäftigungsstandards besser und damit ausreichend zu erfüllen. Der dadurch entstehende Nachteil wird durch das öffentliche Interesse an Markttransparenz und Durchsetzung von Beschäftigungsstandards überragt.

Hinsichtlich des dritten Nachteils möglicher großer Aufwendungen ist für die von der Offenlegungsrichtlinie erfassten Unternehmen festzuhalten, dass die meisten Informationen in den Enterprise-Resource-Planning-Systemen vorliegen und mit geringem Aufwand zusammenzustellen sind<sup>58</sup>. Nur wenige Angaben dürften einen höheren Aufwand erfordern. Dies könnte etwa für Angaben zum Volumen der Auftragsvergabe an Solo-Selbständige, zur Zahl von anerkannten Berufskrankheiten oder zum Anteil der Arbeitnehmer, die über psychische oder körperliche Belastungen klagen, der Fall sein. Wenn bekannt ist, dass diese Angaben am Ende jeden Jahres erforderlich sind, kann der Aufwand auch durch den Aufbau eines entsprechenden Berichtswesens vermindert werden. Welche Aufwände tatsächlich entstehen und

in welchem Verhältnis sie zu anderen bereits bestehenden Publikationspflichten stehen, wird die Praxis zeigen. Sollten sie für einzelne Angaben besonders hoch sein, wäre eine Anpassung in Form und Umfang der Angaben zu prüfen.

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass auf der einen Seite das Allgemeininteresse an Markttransparenz und an der Durchsetzung von Beschäftigungsstandards und damit an der Verbesserung der Verwirklichungsbedingungen des Grundrechts auf Berufsfreiheit der Beschäftigten hoch ist. Die zu veröffentlichenden Informationen beziehen sich auf „die Öffentlichkeit wesentlich berührende Fragen“, deren Beantwortung einen begrenzten Eingriff in die grundrechtlich geschützte interne Sphäre des Unternehmens<sup>59</sup> rechtfertigen kann<sup>60</sup>. Angesichts des hohen Allgemeininteresses und der meist geringen Beeinträchtigung des berechtigten Geheimhaltungsinteresses ist eine Offenlegungspflicht für die untersuchten aggregierten Angaben angemessen ist.

Allerdings gilt dies nur dem Grundsatz nach. Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit fordert aber, auch Sonderfälle zu beachten, für die die grundsätzliche Bewertung nicht gilt, weil der Eingriff tiefer geht oder das öffentliche Interesse geringer ist. Für ein solches Ausnahmeproblem ist ein gesonderter Interessenausgleich zur Verfügung zu stellen. Hierfür seien zwei Beispiele genannt:

Eine Möglichkeit, in einem Ausnahmefall die Eingriffstiefe der Offenlegungspflicht zu verringern, könnte in einer „Comply or Explain“-Regelung bestehen<sup>61</sup>. Danach müssten sich Unternehmen für bestimmte einzelne Standards darüber äußern, ob sie sich an sie halten (comply), und für den Fall, dass sie dies nicht tun, erklären (explain), warum

<sup>59</sup> Diese wird bereits durch die bestehenden Offenlegungspflichten nach § 289 Abs. 2 Nr. 5, Abs. 3 HGB oder § 15 Abs. 1 WpHG stark eingeschränkt.

<sup>60</sup> BVerfGE 66, 116 (140); BGHZ 80, 25 (30f.).

<sup>61</sup> S. § 289a Abs. 2 Nr. 1 HGB.

<sup>58</sup> S. Roßnagel/Hentschel (Fn. 44), 78f.

sie davon abweichen<sup>62</sup>. Dies könnte sich etwa für Fragen anbieten, die starke Konsequenzen für das Unternehmen oder für Verantwortliche haben könnten und deren wahrheitsgemäße Beantwortung schwer durchzusetzen ist – wie etwa bei Fragen nach dem Anteil beschäftigter Kinder mit überlangen Arbeitszeiten (über 40 Stunden).

Eine zweite Möglichkeit mit Sonderfällen angemessen umzugehen, könnten Abwägungsmöglichkeiten darstellen. Ist zu erwarten, dass bestimmte Informationen tatsächlich zu spürbaren Wettbewerbsbenachteiligungen führen – etwa Informationen, die Lieferanten oder Abnehmer betreffen –, könnte das Unternehmen nach einer Interessenabwägung im Einzelfall ausnahmsweise in einer spezifischen Frage von der Offenlegungspflicht solange befreit werden, wie es der Schutz seiner berechtigten Interessen erfordert und keine Irreführung der Öffentlichkeit zu befürchten ist<sup>63</sup>. Um den Missbrauch zu verhindern, sollte das Unternehmen die Gründe für die Abwägung einer zuständigen Behörde mitteilen und im Missbrauchsfall eine empfindliches Bußgeld befürchten müssen.

### VI. Zusammenfassung

Eine gesetzliche Präzisierung der Offenlegungspflichten im Rahmen der Umsetzung der Offenlegungsrichtlinie kann so gestaltet werden, dass sie mit dem grundrechtlichen Schutz der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse vereinbar ist. Viele Indikatoren zur Erfüllung von Beschäftigungsstandards sind keine Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse. Aber auch soweit sie die Preisgabe von Informationen betreffen, die als Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse anerkannt sind, ist eine Offenlegungspflicht möglich, soweit sie verhältnismäßig gestaltet ist. Dies dürfte bei dem Abstraktions- und Aggregationsgrad der Angaben im Regelfall

anzunehmen sein, weil die Offenlegungspflicht der besseren Rechtsdurchsetzung von Beschäftigungsstandards dient und die Angaben hierfür geeignet, erforderlich und angemessen sind.

Allerdings fordert der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, nicht nur den Regelfall zu beachten, sondern mögliche Sonderfälle zu berücksichtigen, in denen mit einem tiefer gehenden Eingriff in die Grundrechte der Unternehmen zu rechnen ist. Für solche Sonderfälle könnte eine „Comply or Explain“-Regelung oder ein überprüfbarer und sanktionierter Befreiungstatbestand, aufgrund einer Interessenabwägung im Einzelfall eine Bekanntgabe zu unterlassen, eine angemessene Lösung sein, die praktische Konkordanz für das öffentliche Informationsinteresse und den Grundrechtsschutz der betroffenen Unternehmen erreichen kann.

<sup>62</sup> Kocher/Klose/Kühn/Wenckebach (Fn. 42), 24.

<sup>63</sup> S. hierzu auch § 15 Abs. 3 WpHG.

## FORUM 6

## Bessere Rechtsdurchsetzung durch Verbandsklagerechte und Hemmung von Ausschlussfristen?

**Prof. Dr. Armin Höland**

Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät  
der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg



### Kollektiver Rechtsschutz im Arbeitsrecht

#### I. Einleitung – das Rechtsschutzproblem im Arbeitsverhältnis

Das Arbeitsverhältnis hat einen eigentümlichen Doppelcharakter. Es ist Rechtsverhältnis und Herrschaftsverhältnis. Zum Herrschaftsverhältnis wird das Rechtsverhältnis dadurch, dass die eine Vertragspartei, der oder die Arbeitnehmerin, der anderen Vertragspartei, dem Arbeitgeber, Herrschaftsausübungsbefugnisse in Gestalt eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts einräumt.

Verstärkt wird das vertragsrechtliche Element der Herrschaft durch den Herrschaftsraum des Betriebes, in dem sich das Arbeitsverhältnis für gewöhnlich vollzieht.

Die Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses sind nicht nur theoretische Erwägungen. Sie finden einen sichtbaren Niederschlag im Klageverhalten von Arbeitnehmern und in den Verfahrenstaktiken der Arbeitsgerichtsbarkeit. Vereinfacht ge-

sagt: Arbeitsgerichtlicher Rechtsschutz findet im Arbeitsverhältnis am Ende und wegen des Endes statt. Geklagt wird von Arbeitnehmern, jedenfalls in der privaten Wirtschaft, wenn es nichts mehr zu verlieren gibt<sup>1</sup>. Versagt Individualrechtsschutz oder wird er empfindlich beeinträchtigt, stellt sich in einer an effektiver Rechtsdurchsetzung auszurichtenden rechtsstaatlichen Ordnung die Frage, ob kollektiver Rechtsschutz ergänzend und ausgleichend zur Wirkung gebracht werden kann.

#### II. Kollektiver Rechtsschutz in Deutschland – Erscheinungsformen, Gründe und Wirkungen

Kollektiver Rechtsschutz ist in Deutschland kein Rechtsbegriff, aber Rechtspraxis. Gebraucht wird der Begriff in der Rechtspolitik<sup>2</sup> und in der Prozess-

<sup>1</sup> Vgl. Armin Höland, Wo bleibt die Klage?, in: Geschlechtergerechtigkeit. Festschrift für Heide Pfarr, hrsg. von Christine Hohmann-Dennhardt, Marita Körner, Reingard Zimmer, Baden-Baden 2010, S. 262-278 (273) m.w.N.; ders., Der arbeitsgerichtliche Rechtsschutz während des Arbeitsverhältnisses – einige Schwächen, ihre Gründe und ihre Folgen, AuR 2010, S. 452-458 (453).

<sup>2</sup> Vgl. Jerzy Montag, Kollektiver Rechtsschutz in Europa und der Gesetzentwurf zur Einführung von Gruppenklagen, Zeitschrift für Rechtspolitik 2013, S. 172-175.

rechtswissenschaft, vor allem im grenzüberschreitenden und europäischen Zusammenhang<sup>3</sup>.

### 1. Erscheinungsformen

Kollektiver Rechtsschutz umfasst mehrere Erscheinungsformen. Das Kollektive des Rechtsschutzes kann in der Zahl der Kläger, im Klageziel und im kollektiven Inhalt der Klage liegen. Im Zivilverfahrensrecht lassen sich fünf Erscheinungsformen unterscheiden<sup>4</sup>.

Verbinden sich mehrere Kläger zu gemeinsamem Klageziel oder werden sie vom Gericht hierzu verbunden, so erheben sie eine Gruppenklage<sup>5</sup>. Sie ist auch schon nach der Zivilprozessordnung (ZPO) möglich, auch wenn sie hier nicht als solche bezeichnet wird, sondern sich hinter der „Beteiligung Dritter am Rechtsstreit“<sup>6</sup> oder der Verbindung und Aussetzung nach §§ 147 und 148 ZPO verbirgt. Die praktische Bedeutung der Gruppenklage ist gering. Gerichte haben aus verfahrenspraktischen wie beweis- und kostenrechtlichen Gründen eine Scheu vor Verbindung. Die Zusammenführung mehrerer Betroffener zu einer Klägergruppe ist schwierig und gelingt nur in Ausnahmefällen, beispielsweise durch die Moderation einer Verbraucherzentrale<sup>7</sup>.

Eine qualifizierte Form der Gruppenklage stellt die Musterklage dar. Das Übereinstimmungsmerkmal des „Kollektivs“ wird hier nicht subjektiv durch die Gruppenentscheidung, sondern nach objektiven Merkmalen der Gleichlagerung von Rechtsstreitigkeiten herbeigeführt. Seit 2005 existiert für Schadensersatz- und Erfüllungsansprüchen mit Bezug zu Kapitalmarktinformationen und Wertpapiererwerb das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG), das 2012 neu gefasst wurde<sup>8</sup>. Die überindividuelle Bedeutung ist Teil der Begründung des entsprechenden Antrags. Nach § 2 Abs. 3 S. 2 KapMuG muss der Antragsteller darlegen, dass der Entscheidung über die Feststellungsziele im Musterverfahren (Musterentscheid) Bedeutung über den einzelnen Rechtsstreit hinaus für andere gleichgelagerte Rechtsstreitigkeiten zukommen kann.

Von natürlichen einzelnen Klägern und individuellen Rechtsschutzinteressen losgelöst ist das Klagerecht für Verbände. Die für Klagen zugelassenen Verbände repräsentieren allgemeine und kollektive, im Verbraucherrecht vor allem „diffuse“ Interessen<sup>9</sup>. Dabei werden sie aus eigener Anspruchsberechtigung tätig, nicht etwa aufgrund von Bevollmächtigung<sup>10</sup>. Mit der Klagebefugnis werden den Verbänden subjektive Rechte zugewiesen, in denen Kollektivgüter geschützt sind<sup>11</sup>. Die Verbandsklage tritt im geltenden Recht im Wesentlichen in drei Ausprägungen auf, als

3 Vgl. Astrid Stadler, Zivilverfahrensrecht: Die Vorschläge der Europäischen Kommission zum kollektiven Rechtsschutz in Europa – der Abschied von einem kohärenten Lösungsansatz? Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht 2013, S. 281-292.

4 Hierzu im Folgenden Caroline Meller-Hannich, Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente, in: Christoph Brömmelmeyer (Hrsg.), Die EU-Sammelklage. Baden-Baden 2013, S. 33-56.

5 Vgl. die Empfehlung der Europäischen Kommission „Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten“ vom 11. Juni 2013, 2013/396/EU, ABl. Nr. L 201/60 vom 26.7.2013, Erwägungsziffer 17; gleichlautend die Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen „Auf dem Weg zu einem allgemeinen europäischen Rahmen für den kollektiven Rechtsschutz“, COM(2013) 401 final vom 11.6.2013, Ziffer 3.3, S. 12.

6 §§ 64 ff. ZPO.

7 Eines der seltenen Beispiele aus neuerer Zeit ist die 2005 erhobene und von der Verbraucherzentrale Hamburg koordinierte Sammelzahlungsklage von ursprünglich 55 Gaskunden gegen E.on Hanse, <http://www.vzhh.de/energie/155934/gas-nachrichten.aspx>

8 Für eine Evaluation siehe Axel Halfmeier/Peter Rott/Eberhard Feess, Kollektiver Rechtsschutz im Kapitalmarktrecht, Frankfurt 2010; vgl. Caroline Meller-Hannich, Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) – Eine Zwischenbilanz, ZBB 2011, S. 180-191; Hans-Jürgen Rabe, Kollektivklagen, ZEuP 2010, S. 1-6; Christian Alexander, Gemeinschaftsrechtliche Perspektiven der kollektiven Rechtsdurchsetzung, WRP 2009, S. 683-690.

9 Geprägt worden ist der Begriff im verbraucherrechtlichen Zusammenhang von Norbert Reich. Siehe das ihm gewidmete, von Ludwig Krämer, Hans-W. Micklitz und Klaus Tonner herausgegebene *liber amicorum* mit dem Titel „Law and diffuse Interests in the European Legal Order“, Baden-Baden 1997.

10 Siehe die §§ 8 Abs. 3 Nr. 2-4 und 10 Abs. 1 des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb (UWG), § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 Unterlassungsklagengesetz (UKlaG) und § 33 Abs. 2 Nr. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Vgl. Eva Kocher, Funktionen der Rechtsprechung, Tübingen 2007, S. 365 ff., 422.

11 Kocher, Funktionen (Fn. 13) S. 368.

Unterlassungsklage, als Gewinnabschöpfungsklage und als Einziehungsklage<sup>12</sup>. Verbraucher- und wettbewerbsrechtliche Unterlassungsklagen können rechtsfähige Verbände und sog. qualifizierte Einrichtungen, Industrie- und Handelskammern sowie Handwerkskammern erheben<sup>13</sup>. Unterlassungsklagen bilden die – nach Zahlen und Wirkungen – wichtigste und erfolgreichste Anwendung des kollektiven Rechtsschutzes in Deutschland<sup>14</sup>. Im Vergleich hierzu selten und noch seltener erfolgreich sind auf Gewinnabschöpfung gerichtete Verbandsklagen nach §§ 33 und 34a GWB und § 10 UWG<sup>15</sup>. Eine in der Zivilprozessordnung geregelte Form verbandlichen Prozesshandelns bildet die Möglichkeit nach § 79 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 ZPO, wonach neben Rechtsanwälten auch „Verbraucherzentralen und andere mit öffentlichen Mitteln geförderte Verbraucherverbände bei der Einziehung von Forderungen von Verbrauchern im Rahmen ihres Aufgabenbereichs“ als Bevollmächtigte vertretungsbefugt sind.

Zusammengefasst lassen sich die Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes auf zwei Grundformen zurückführen, die Gruppenklage, in der sich mehrere einzelne Kläger zusammenschließen, und die von der EU-Kommission so genannte Vertretungsklage – ein bevollmächtigter oder ein kraft Satzung und Praxis das öffentliche Interesse repräsentierender Verband erhebt Klage<sup>16</sup>.

## 2. Gründe

Bedarf für kollektiven Rechtsschutz entsteht, wenn individueller Rechtsschutz nicht mobilisierbar oder überfordert ist. Rechtsdurchsetzungs-

hemmnisse treten im Zivilrecht in drei Typen von Situationen auf. Bei sogenannten Streuschäden erreicht die individuelle Einbuße nicht das einen rationalen Klageentschluss begründende Maß an Störung oder Verletzung. Wer vertragswidrig einen Bruchteil Leistung zu wenig erhält oder einen Bruchteil Preis zu viel zahlt, wird sich vielleicht ärgern, aber nicht zu einem gerichtlichen Verfahren veranlasst sehen. Bei der Abwägung von Kosten und Nutzen ist es für den Einzelnen vielmehr vernünftig, nichts zu tun und „rational desinteressiert“ zu bleiben<sup>17</sup>. Was das Gerechtigkeitsempfinden und die volkswirtschaftliche Effizienz stört, ist jedoch, dass dem rationalen Desinteresse des Einzelnen ein gewichtiger „Kollektivschaden“ und ein gewichtiger Vermögensvorteil auf Seiten des Verursachers gegenüberstehen können<sup>18</sup>.

Rechtsdurchsetzungsdefizite entstehen, zweitens, wenn die Verletzung objektiven Rechts sanktioniert werden soll, unabhängig davon, ob sie sich bereits in individueller Rechtsverletzung ausgewirkt hat. Das ist beispielsweise bei der Verwendung unangemessener Allgemeiner Geschäftsbedingungen oder bei verbraucherrechtswidrigen Praktiken oder bei unlauteren oder irreführenden geschäftlichen Handlungen der Fall. Ein angemessenes prozessuales Gegenmittel sind Unterlassungsklagen nach dem Unterlassungsklagengesetz (UKlaG) oder dem Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG), die in der verbraucher- und wettbewerbsrechtlichen Praxis eine große Rolle spielen<sup>19</sup>. Eine dritte Gruppe von Gründen für kollektiven Rechtsschutz liefern Groß-

12 Näher hierzu Meller-Hannich a.a.O. (Fn. 8) S. 34 ff.

13 §§ 3 und 4 UKlaG; § 8 Abs. 3 UWG.

14 Nähere hierzu Caroline Meller-Hannich/Armin Höland, Forschungsbericht für das Bundesministerium für Verbraucherschutz zur „Evaluierung der Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente“ 2010, abrufbar unter <http://download.ble.de/09HS011.pdf>. Papierfassung „Gutachten Evaluierung der Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente“, BMELV, Angewandte Wissenschaft Heft 523, S. 61 ff., 143 ff.

15 Meller-Hannich/Höland a.a.O. S. 42.

16 Siehe die Empfehlung der Europäischen Kommission, Fn. 8.

17 Caroline Meller-Hannich, Auf dem Weg zu einem effektiven und gerechten System des kollektiven Rechtsschutzes, in: Meller-Hannich (Hrsg.), Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess, Baden-Baden 2008, S. 13-20 (14).

18 Meller-Hannich a.a.O. S. 14. Zur dogmatischen Schwierigkeit der Bestimmung eines „Kollektivschadens“ siehe Kocher, Funktionen, S. 410 f.: „Auf konkrete Kausalität zwischen einem Vorteil des Unternehmens und den Nachteilen der Betroffenen muss verzichtet werden. Das kollektive Interesse ist keine additive Bündelung individueller Interessen, sondern etwas qualitativ Eigenständiges. Deshalb haben das Gewinnabschöpfungsverfahren und die Individualverfahren zu Recht notwendig unterschiedliche Streitgegenstände.“

19 Meller-Hannich a.a.O. S. 15

und Massenschäden mit einer Vielfalt von gleichen oder ähnlichen Schadensfolgen<sup>20</sup>. In solchen Fällen kann ein den Rechtsschutz beeinträchtigendes Missverhältnis zwischen der kollektiven Dimension der Schadensverursachung auf der einen Seite und den individuellen Möglichkeiten der Ursachenermittlung und Beweisführung entstehen. In Fällen gleichgelagerter Probleme und Schäden spricht auch der Gedanke der Prozessökonomie für eine einheitliche gerichtliche Bearbeitung.

### 3. Wirkungen

Zu den Wirkungen kollektiven Rechtsschutzes in Deutschland liegen seit mehreren Jahren rechtsempirische Forschungsergebnisse zum Verbraucherrecht vor. Die Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente für Verbraucher im nationalen Recht und die rechtliche Bewertung ausgewählter Ansätze zu ihrer Fortentwicklung waren 2010 Gegenstand eines Evaluierungsauftrages des Bundesministeriums für Ernährung und Verbraucherschutz. Aus den im Zeitraum 2006 bis 2009 gewonnenen Daten und Erkenntnissen lassen sich in knapper Zusammenfassung die folgenden Ergebnisse festhalten<sup>21</sup>.

Als leistungsfähig erweist sich der kollektive Rechtsschutz demnach im Verbraucher- und Wettbewerbsrecht in Deutschland vor allem in seiner präventiven Ausprägung als Unterlassungsklagenschutz. Schwerpunkte bilden § 8 UWG bei unzulässigen geschäftlichen Handlungen und § 1 UKlaG bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen, nicht selten in Kombination mit dem Unterlassungsanspruch bei verbraucherschutzgesetzwidrigen Praktiken nach § 2 UKlaG. Tätig werden prozesserfahrene „repeat player“, vor allem die 16 Verbraucherzentralen und der „Verbraucherzentrale Bundesverband (VZBV)“ als qualifizierte Einrichtungen und die Wettbewerbszentrale mit ih-

ren sechs Standorten in Deutschland. Nimmt man die beachtliche Vorfeldwirkung der Abmahnpraxis von Wettbewerbszentrale und Verbraucherzentralen hinzu, kann man dem kollektiven Rechtsschutz auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes und des Rechts des unlauteren Wettbewerbs im Hinblick auf Unterlassungsklagen Leistungsfähigkeit bestätigen<sup>22</sup>. Das gilt nicht für die repressive Seite des kollektiven Rechtsschutzes, die im Wettbewerbs- und Kartellrecht theoretisch mögliche Abschöpfung von Unrechtsgewinnen. Die hierfür eingerichteten Klagemöglichkeiten nach § 10 UWG und nach §§ 33 Abs. 2, 34, 34a, GWB erreichen fast keine praktische Wirksamkeit<sup>23</sup>. Als hauptsächliche Wirksamkeitshindernisse lassen sich auf der subjektiven Seite das Erfordernis der vorsätzlichen Begehung des Verstoßes und auf der objektiven Seite die Schwierigkeit der Bestimmung des Schadens nach Ursachen und Umfang sowie das zur Klage wenig stimulierende Ziel der Herausgabe des wirtschaftlichen Gewinns an den Bundeshaushalt bestimmen.

Auch wenn der kollektive Rechtsschutz im Verbraucherrecht in Gestalt von Abmahnungen und Unterlassungsklagen nicht schlecht funktioniert, ist die Nachhaltigkeit der hierdurch erreichbaren Erfolge begrenzt. Gerügt werden können naturgemäß nur am Markt gegenwärtig entdeckte AGB und verbraucherschutzgesetzwidrige Praktiken. Sind sie zu unterlassen, ersetzt sie die lernfähige Wirtschaft durch Varianten, die ihrerseits erneut Kontrollbedarf auslösen. Der Rechtsschutz erlangt dadurch eine in gewisser Hinsicht kreisförmige Bewegung von Ursachen und Wirkungen, bildlich gesprochen: eines Wettlaufs von Hase und Igel. Kräftigere und nachhaltigere Wirkung dürfte sich mit Hilfe von kollektiven Schadensersatzklagen erreichen lassen. Sie bilden neben den Unterlassungsklagen den Gegenstand zweier neuer rechtspoliti-

<sup>20</sup> Meller-Hannich a.a.O. S. 15.

<sup>21</sup> Ausführlich dargelegt in Meller-Hannich/Höland, Gutachten Evaluierung der Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente, BMELV, Angewandte Wissenschaft Heft 523 (siehe Fn. 17).

<sup>22</sup> Meller-Hannich/Höland a.a.O. S. 169 ff.

<sup>23</sup> Meller-Hannich/Höland, Gutachten (Fn. 17), S. 39 ff., 48, 65 ff., 97 f., 105 ff. 169 ff. In seinem Jahresbericht 2012/2013 weist der Verbraucherzentrale Bundesverband (auf S. 59) darauf hin, dass in keinem von 21 Versuchen einer Gewinnabschöpfungsklage seit 2004 der vzbv bislang ein Zahlungsurteil erwirken konnte.

scher Anstöße der Europäischen Kommission vom Juni 2013.

### III. Europäische Entwicklungsimpulse für kollektiven Rechtsschutz

Wie auch anderswo im Privatrecht hat die Rechtspolitik der Europäischen Union auf dem Gebiet des kollektiven Rechtsschutzes seit Jahren rechtspolitische Diskussion angestoßen und Analysen, Optionen und gelegentlich auch normative Regelungen vorgelegt. In einer EU-typischen Orchestrierung von Politikvorbereitung hat die Europäische Kommission die Verbesserung des Verbraucherrechtsschutzes seit gut 20 Jahren und den kollektiven Rechtsschutz auf dem Gebiet des Verbraucherrechts seit etwa zehn Jahren auf die rechtspolitische Agenda gesetzt<sup>24</sup>. Neue Impulse bilden die Entschließung des Europäischen Parlaments zum kollektiven Rechtsschutz vom 2. Februar 2012<sup>25</sup> und die Empfehlung der Kommission „Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten“ vom 11. Juni 2013<sup>26</sup>. Die auf der Grundlage von Art. 292 AEUV abge-

gebene Empfehlung der Kommission setzt die Erwägungen und Begründungen der am selben Tag veröffentlichten Mitteilung der Kommission<sup>27</sup> zum Thema des kollektiven Rechtsschutzes in ein politisches Arbeitsprogramm um.

Mit Blick auf den kollektiven Rechtsschutz im Arbeitsrecht erscheinen folgende Empfehlungen der EU-Kommission von besonderer Bedeutung. Nach Nr. 2 Satz 1 der Empfehlung sollten alle Mitgliedstaaten über innerstaatliche kollektive Rechtsschutzverfahren für Unterlassungs- und Schadensersatzklagen verfügen, die auf den in dieser Empfehlung aufgeführten Grundsätzen beruhen. Zur Klagebefugnis für Vertretungsklagen, das heißt für Klagen, die von einer „Vertreterorganisation“ (der englische Begriff erscheint hier klarer: „representative entity“) erhoben werden, verlangt Nr. 4 der Empfehlung folgende Mindestanforderungen: a) Gemeinnützigkeit, b) direkter Zusammenhang zwischen den wichtigsten Zielen der Organisation und den durch Unionsrecht garantierten Rechten, deren Verletzung geltend gemacht wird, c) ausreichende finanzielle und personelle Ressourcen sowie erforderlicher juristischer Sachverstand, um mehrere Personen zu vertreten und deren Interessen wahrnehmen zu können.

Nr. 13 der Empfehlung bringt den prozessrechtlichen Grundsatz „the loser pays“ zum Ausdruck. Danach sollten die Mitgliedstaaten dafür sorgen, dass die Partei, die in einem Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes unterliegt, gemäß dem maßgebenden einzelstaatlichen Recht die notwendigen Rechtskosten der obsiegenden Partei trägt. Der Grundsatz bildet eine bewährte Missbrauchsbremse, deren Anwendbarkeit bei Verbandsklagen allerdings einzuschränken ist. Die Gefahr unbedachter oder gar missbräuchlicher Klageerhebung ist bei den rechtlich routinierten

<sup>24</sup> Siehe das Grünbuch „Zugang der Verbraucher zum Recht und Beilegung von Rechtsstreitigkeiten der Verbraucher im Binnenmarkt“ vom 16. November 1993, KOM(93) 576 endg. Weitere rechtspolitische Zeugnisse sind das Grünbuch „Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts“ von 2005, KOM(2005)672 vom 19.12.2005; die verbraucherpolitische Strategie von 2007, KOM(2007)99. Siehe auch die Mitteilung der Kommission über einen Aktionsplan zur Umsetzung des Stockholmer Programms, KOM(2010)171, die ebenfalls weitere Anhörung zum kollektiven Rechtsschutz fordert; das Weißbuch „Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts“ vom 2.4.2008, KOM(2008)165; das Grünbuch „über kollektive Rechtsdurchsetzungsverfahren für Verbraucher“ vom November 2008, KOM(2008)794 endg. vom 27.11.2008; die europaweite öffentliche Konsultation zum Thema „kohärenter europäischer Ansatz im kollektiven Rechtsschutz“ 2010/2011, Konsultationspapier vom 4.2.2011 SEK(2011)173; Ende 2010 die Denkschrift der drei EU-Kommissare Reding, Almunia und Dalli für einen kohärenten Ansatz im kollektiven Rechtsschutz, European Commission: Towards a coherent Approach to Collective Redress, SEC (2010) 1192.

<sup>25</sup> European Parliament resolution of 2 February 2012 on 'Towards a Coherent European Approach to Collective Redress', P7\_TA(2012)0021.

<sup>26</sup> 2013/396/EU.

<sup>27</sup> Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen „Auf dem Weg zu einem allgemeinen europäischen Rahmen für den kollektiven Rechtsschutz“, COM(2013) 401 final.

und gegenüber Reputationsverlust nicht unempfindlichen „qualifizierten Einrichtungen“ deutlich geringer als im individuellen und anonymen Zivilprozessrechtsgeschehen. Mit der Kostenregelung inhaltlich verwandt ist Nr. 14 der Empfehlungen, wonach die Klagepartei dem Gericht am Anfang des Verfahrens die Herkunft der Mittel offenlegen sollte, mit denen die Klage finanziert wird.

Für kollektive Unterlassungsverfahren empfehlen die Nummern 19 und 20 Behandlung der Verfahren mit gebotener Eile, gegebenenfalls in einem Schnellverfahren, und wirksame Durchsetzung von Unterlassungsanordnungen.

Für kollektive Schadensersatzverfahren sieht die Empfehlung in Nr. 21 das so genannte „opt-in“-Prinzip vor, das heißt die ausdrückliche Zustimmung der natürlichen oder juristischen Personen, die einen Schaden geltend machen. Diesem Modell entsprechen die jederzeitige Möglichkeit des Ausscheidens von Mitgliedern der Klagepartei und, umgekehrt, die Möglichkeit für weitere geschädigte Personen, sich der Klagepartei anzuschließen. Ganz auf der neueren rechtspolitischen Linie der EU zur Förderung alternativer Streitbeilegungsverfahren liegen die entsprechenden Möglichkeiten auch in kollektiven Schadensersatzverfahren in den Nummern 25 bis 28 der Empfehlung<sup>28</sup>.

Die in Europa ständig vorhandene Sorge vor den Auswüchsen der US-amerikanischen *class action*<sup>29</sup> schwingt unter anderem in den Nummern 29 und 31 der Empfehlung mit. Danach sollten die Mitgliedstaaten dafür sorgen, dass die Anwaltshonorare und die Methode zu deren Berechnung keinen Anreiz für Streitverfahren schaffen, die aus Sicht der Interessen der Parteien unnötig sind (Nr. 29).

<sup>28</sup> Ausdrücklich Bezug genommen wird in Nr. 25 auf die Richtlinie 2007/52/EG über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen.

<sup>29</sup> Vgl. Harald Koch, *Europäischer kollektiver Rechtsschutz vs. amerikanische „class action“: Die gebändigte Sammelklage in Europa?*, WuW 2013, S. 1059-1070.

Strafschadensersatz sollte verboten sein (Nr. 31)<sup>30</sup>.

Im Hinblick auf die im Arbeitsrecht verbreiteten Ausschlussfristen verdient Nr. 34 der Empfehlung Beachtung. In Fällen, in denen eine Behörde ermächtigt ist, die Verletzung von Unionsrecht festzustellen, sollten die Mitgliedstaaten bei Folgeklagen sicherstellen, dass die Personen, die einen Schaden geltend machen, nicht dadurch an der Verfolgung ihrer Schadensersatzansprüche gehindert werden, dass die Verjährungs- oder Ausschlussfrist vor dem endgültigen Abschluss des behördlichen Verfahrens abgelaufen sind.

Schließlich sieht die Empfehlung zum Zwecke der Information die Einrichtung eines gebührenfrei zugänglichen Registers der Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes vor (Nummern 35 und 36). Das ist schon im Hinblick auf die präventive Wirkung kollektiven Rechtsschutzes sinnvoll.

#### IV. Kollektiver Rechtsschutz im Arbeitsrecht

Arbeitsrecht und Arbeitsverhältnisse werden in den rechtspolitischen Anstößen der Europäischen Kommission nicht angesprochen. Das ist eine in Anbetracht der zahlenmäßigen wie rechtlichen und politischen Bedeutung abhängiger Arbeit in der Europäischen Union und der strukturellen Nähe des Arbeitsverhältnisses zu den Rechtsverhältnissen des Konsums nicht zu begründende Ausblendung eines Regelungsfeldes, das ansonsten durch Richtlinienrecht und EuGH-Rechtsprechung intensiv gestaltet wird.

##### 1. Bedarf

Der Bedarf an kollektivem Rechtsschutz in der Welt der abhängigen Arbeit erklärt sich aus dem Vorliegen vergleichbarer Bedingungen in der

<sup>30</sup> Näher begründet in der Mitteilung, siehe dort S. 9 ff. sowie S. 11: „Ein europäisches System des kollektiven Rechtsschutzes sollte ohne Strafschadensersatz auskommen.“

Rechtswirklichkeit<sup>31</sup>. Das Arbeitsverhältnis gehört zu den unausgeglichene Rechtsverhältnissen. Es weicht von den Annahmen der Privatautonomie hinsichtlich der Gleichverteilung von Einfluss- und Gestaltungsmöglichkeiten beider Vertragsparteien mehr oder weniger stark ab. Typisch für die Rechtswirklichkeit des Arbeitsverhältnisses ist die asymmetrische Verteilung von Handlungsmacht, ökonomischer Verletzlichkeit und betriebsbezogenem Wissen<sup>32</sup>. Koalitionen und Betriebsverfassung sind Institutionalisierung von Gegenmacht in den Betrieben und damit unverzichtbar, aber praktisch aus verschiedenen Gründen in ihren Kontrollmöglichkeiten begrenzt. Hinzu kommt die sich seit mehreren Jahrzehnten vollziehende Umwandlung der Arbeitsgesellschaft in eine Vielfalt von „atypischen“ Erwerbsformen, die durch Betriebsverfassung und kollektives Arbeitsrecht schwer erreichbar sind.

## 2. Bestehende Ansätze für kollektiven Rechtsschutz im Arbeitsrecht

Ansätze für kollektiven Rechtsschutz bestehen bereits im geltenden Arbeitsrecht. Sie entsprechen der Architektur des Arbeitsrechts. Der individualvertragliche Leistungsaustausch zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber wird durch kollektivvertragliche Rechtsdurchsetzung ergänzt und durch die Überwachungs- und Sanktionsmöglichkeiten staatlicher Behörden im öffentlichen Arbeitsrecht gerahmt. Eva Kocher hat in ihrem gründlichen Gutachten „Gesetzentwurf für eine Verbandsklage im Arbeitsrecht“<sup>33</sup> vor 13 Jahren die wichtigsten Erscheinungsformen zusammengestellt und prozessrechtswissenschaftlich kommentiert. Die nach wie vor gültigen Erkenntnisse aus diesem

Gutachten sollen an dieser Stelle nur stichwortartig in Erinnerung gebracht werden. Das Gutachten, das in seiner ursprünglichen Fassung im Jahr 2000 verfasst wurde, steht noch deutlich unter dem Eindruck der sogenannten Koalitionsklage, die durch den Beschluss des 1. Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 20. April 1999<sup>34</sup> in der „Burda“-Entscheidung ausgebaut wurde. Mit dem Beschluss hat das BAG der Gewerkschaft, die von mehreren Arbeitgeberinnen die Unterlassung tarifwidriger Regelungsabreden und vertraglicher Einheitsregelungen verlangt hatte, die alleinige Antragsbefugnis zuerkannt und den Antrag nach §§ 1004 Abs. 1 S. 2, 823 Abs. 1 BGB, Art. 9 Abs. 3 GG wegen Eingriffs in die kollektive Koalitionsfreiheit als begründet angesehen. Wie Kocher in ihrem Gutachten deutlich macht, löste der sog. „Burda“-Beschluss des BAG das Problem fehlender Durchsetzung zwingenden Arbeitsrechts durch Verbandsklage nur teilweise, nämlich nur, soweit es um die Durchsetzung von Tarifverträgen in bestimmten Fällen geht<sup>35</sup>. Ausgebaut wurde der kollektive Rechtsschutz im Rahmen des Koalitionsgrundrechtes des Art. 9 Abs. 3 GG mithin für Fälle, in denen es um eigene Interessen und Rechte der Tarifvertragsparteien geht, die mehr oder weniger direkt mit den Individualrechten der Beschäftigten verknüpft sind<sup>36</sup>. Am Fehlen verbandlicher Klagebefugnis jenseits der eigenen Koalitionsinteressen änderte die Entscheidung des BAG von 1999 nichts.

Rechtsschutz mit kollektivem Bezug bietet auch der Unterlassungsanspruch nach § 23 Abs. 3 S. 1 BetrVG<sup>37</sup>, mit dem sich der 1. Senat des BAG in dem Beschluss vom 20.4.1999 ausführlich auseinander gesetzt hat. Dabei ist die Beschränkung des betriebsverfassungsrechtlichen Unterlassungsan-

31 Näher hierzu Armin Höland, Kollektiver Rechtsschutz im Arbeits- und im Verbraucher- und Wettbewerbsrecht – Vergleichende Überlegungen, in: Arbeitsgerichtsbarkeit und Wissenschaft. Festschrift für Klaus Beppler zum 65. Geburtstag, hrsg. von Malte Creutzfeld, C. H. Beck München 2012, S. 221-240.

32 Höland a.a.O. S. 239.

33 Gutachten erstellt im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung. Düsseldorf 2002. Das Gutachten wurde ursprünglich im Jahr 2000 verfasst und dann für die Veröffentlichung auf den Stand der Gesetzgebung vom Mai 2002 gebracht, siehe S. 9.

34 BAG 10.4.1999 1 ABR 72/98, ArbuR 1999, 408.

35 Kocher, Gutachten, a.a.O. S. 11.

36 Kocher, Gutachten, a.a.O. S. 19.

37 Danach können der Betriebsrat oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft bei groben Verstößen des Arbeitgebers gegen seine Verpflichtungen aus diesem Gesetz beim Arbeitsgericht beantragen, dem Arbeitgeber aufzugeben, eine Handlung zu unterlassen, die Vornahme einer Handlung zu dulden oder eine Handlung vorzunehmen.

spruchs deutlich geworden: Während § 23 Abs. 3 BetrVG die betriebsverfassungsrechtliche Ordnung gewährleistet, schützen die §§ 1004, 823 BGB in Verbindung mit Art. 9 Abs. 3 GG in erster Linie die Koalitionsfreiheit einschließlich der Koalitionsbetätigungsfreiheit<sup>38</sup>. Für eine arbeitsrechtliche Verbandsklage hingegen ist die Schutzrichtung eine andere; mit ihrer Hilfe soll die allgemeine gesetzliche Arbeitsrechtsordnung durchgesetzt werden<sup>39</sup>. Erweitert worden ist der betriebsverfassungsrechtliche Unterlassungsanspruch nach § 23 Abs. 3 BetrVG durch § 17 Abs. 2 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) auf Fälle eines groben Verstoßes des Arbeitgebers gegen Vorschriften zum Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung<sup>40</sup>.

Ebenfalls einen kollektivrechtlichen Hintergrund hat die durch § 9 TVG angeordnete erweiterte Rechtswirksamkeit von rechtskräftigen Entscheidungen der Gerichte für Arbeitsachen, die in Rechtsstreitigkeiten zwischen Tarifvertragsparteien aus dem Tarifvertrag oder über das Bestehen oder Nichtbestehen des Tarifvertrages ergangen sind. Sie sind in Rechtsstreitigkeiten zwischen tarifgebundenen Parteien sowie zwischen diesen und Dritten für die Gerichte und Schiedsgerichte bindend. Der Vorschrift liegen zwar Verbandsklagen zugrunde, denn nur Tarifvertragsparteien können die Klage nach § 9 TVG erheben; anderen Parteien fehlt die Parteifähigkeit<sup>41</sup>. Doch die Verbandsklage hat mit der Beschränkung auf den Tarifvertrag einen anderen Streitgegenstand und eine andere Funktion als eine allgemeine verbandliche Unterlassungsklage im Arbeitsrecht. Allenfalls Konkurrenzfragen können sich stellen<sup>42</sup>.

Einen kollektivrechtlichen Hintergrund hat auch

38 BAG 20.4.1999 Rn. 87;

39 Vgl. Kocher, Gutachten, a.a.O. S. 65.

40 Vgl. Höland, FS Bepler, S. 230 f.

41 ErfK/Franzen § 9 TVG Rn. 4.

42 Nach Kocher, Gutachten, a.a.O. S. 66 kann es zu Konkurrenzfragen beispielsweise kommen, wenn die Tarifwidrigkeit einer Regelung geltend gemacht wird oder der Arbeitgeber geltend macht, die angegriffene Rechtswidrigkeit beruhe auf Tarifvertrag.

das besondere Beschlussverfahren nach §§ 2a Abs. 1 Nr. 4, 97 ArbGG hinsichtlich der Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit einer Vereinigung. Antragsbefugt sind Vereinigungen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern.

Die verbandliche Vertretungsbefugnis in § 63 SGB IX begründet keine eigenständige Fähigkeit zur Durchsetzung eines Anspruchs, sondern ein bloßes prozessstandschaftliches Klagerecht<sup>43</sup>. Nach ihrem Vorbild und damit ebenfalls als gesetzliche Prozessstandschaft ausgestaltet sind die verbandlichen Vertretungsbefugnisse nach § 12 des Gesetzes zur Gleichstellung behinderter Menschen (BGG)<sup>44</sup>. Demgegenüber weist sich § 13 BGG schon durch seine Überschrift, aber auch durch seine normative Ausgestaltung als ein echtes Verbandsklagerecht aus<sup>45</sup>. Schließlich zählt die Unterstützungsbefugnis von Antidiskriminierungsverbänden im Sinne des § 23 Abs. 1 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes seit 2006 zu den rechtlichen Handlungsbefugnissen von Verbänden. Von einem echten verbandliche Klagerecht ist die durch das AGG übertragene Rechtsmacht allerdings weit entfernt. Die Absätze 2 und 3 des § 23 AGG gestatten Antidiskriminierungsverbänden das Auftreten als Rechtsbeistände und die Besorgung von Rechtsangelegenheiten Benachteiligter. Nennenswerte Rechtspraxis hat sich aus den verbandlichen Befugnissen im Sozialrecht und im AGG, im Unterschied zum Verbraucherschutz- und Wettbewerbsrecht, bislang nicht entwickelt<sup>46</sup>.

Die kurze Übersicht zeigt, dass Ansätze des kollektiv-

43 Kocher, Gutachten, a.a.O. S. 8; vgl. Dau/Düwell/Joussen, Sozialgesetzbuch IX, § 9 Rn. 2. Nach § 63 S. 1 SGB IX können im Falle der Verletzung von behinderten Menschen in ihren Rechten „an ihrer Stelle und mit ihrem Einverständnis Verbände klagen, die nach ihrer Satzung behinderte Menschen auf Bundes- oder Landesebene vertreten und nicht selbst am Prozess beteiligt sind“.

44 Dau/Düwell/Joussen, Sozialgesetzbuch IX, § 12 BGG Rn. 2.

45 Vgl. Armin Höland, Verbandsklagen im Verbraucherrecht und im Sozialrecht – vergleichende Überlegungen, in: Rechtliche Instrumente zur Durchsetzung von Barrierefreiheit; hrsg. von Felix Welti, Kassel 2013, S. 113-124; Kocher a.a.O. S. 11.

46 Höland a.a.O.

tiven Rechtsschutzes im deutschen Arbeits- und Sozialrecht weder neu sind noch systemfremd wären. Allerdings erweisen sich die bestehenden kollektiven Rechtsschutzangebote im Arbeitsrecht als sektoral und funktional begrenzt, kleinteilig und nicht aufeinander abgestimmt. Deutlich wird, dass es für das stark gewachsene Feld von „Nicht-Nicht-Arbeitsverhältnissen“, das heißt von nicht gewerkschaftlich betreuten, nicht betriebsverfassungsrechtlich überwachten und nicht dauerhaften Arbeitsverhältnissen keine effiziente Rechtsfürsorge gibt. Mit Rücksicht auf die eingangs bestimmten Rahmenbedingungen privatrechtlicher Arbeitsverhältnisse, die Vergleichbarkeit mit den Rechtsmobilisierungshemmnissen im Verbraucher- und Wettbewerbsrecht und den stets zu beachtenden Gedanken der Prozessökonomie ist die Ausweitung des allgemeinen verbandlichen Unterlassungsklagenschutzes auf das Arbeitsrecht in Betracht zu ziehen.

### 3. Zur Ausgestaltung einer verbandlichen Klagebefugnis im Arbeitsrecht

Die ursprünglich aus dem Wettbewerbsrecht kommende verbandliche Klagebefugnis<sup>47</sup> wurde 1976 als Unterlassungs- und Widerrufsanspruch gegen unwirksame Allgemeine Geschäftsbedingungen in das AGB-Gesetz aufgenommen und in Umsetzung europäischen Richtlinienrechts<sup>48</sup> zum Unterlassungsklagengesetz ausgebaut. Mit dem UWG und dem UKlaG hat sich in Deutschland für das Verbraucher- und Wettbewerbsrecht eine von Verbänden getragene funktionsfähige Kontroll- und Unterlassungsklagenpraxis herausgebildet. Sie lässt sich mit einigen Anpassungen auf das Arbeitsrecht mit seiner notorischen Rechtsdurchsetzungsschwäche im Arbeitsverhältnis übertragen.

Anknüpfen wollen wir, wie bereits Eva Kocher in ih-

rem Gutachten von 2002, an das Unterlassungsklagengesetz, und das mit demselben Argument: Die hierdurch ermöglichte allgemeine Verbraucherbandsklage in Form einer Unterlassungsklage hat Vorbildfunktion im deutschen Recht<sup>49</sup>. Im Unterschied zu Kocher wollen wir den arbeitsrechtlichen Verbandsklageschutz aber nicht nur an das UKlaG anknüpfen, sondern es bei diesem Gesetz als Regelungsort auch belassen.

Das Unterlassungsklagengesetz erscheint uns als Regelungsort für die künftige arbeitsrechtliche Verbandsklage aus vier Gründen vorzugswürdig. Zum Ersten ist das Unterlassungsklagengesetz ein europäisches Gesetz, das die gesamte rechtspolitische Vorarbeit der Europäischen Kommission in Bezug auf kollektiven Rechtsschutz im Verbraucherrecht, vor allem in den Unterlassungsklagenrichtlinien 98/27/EG und 2009/22/EG, zusammengefasst und für das deutsche Recht kodifiziert hat. Der Anschluss des kollektiven Rechtsschutzes im Arbeitsrecht an die europäisch geprägte Rechtspolitik würde dadurch sichtbar und systematisch stimmig verortet bleiben. Der zweite Grund: Die Einfügung der arbeitsrechtlichen Verbandsklage in das UKlaG würde den mit dem Verbraucherrecht vergleichbaren, aus den genannten Gründen im Wesentlichen nur in kollektiver Organisationsform erfüllbaren Rechtsschutzbedarf für individuelle Arbeitsverhältnisse deutlich und die mit dem Gesetz gemachten Erfahrungen nutzbar machen. Mit dem Unterlassungsklagengesetz wäre zum Dritten die im Zusammenhang von Mindestarbeitsbedingungen wichtige Verbindung mit dem wettbewerblichen Lauterkeitsrecht aufgrund der wechselseitigen Bezüge im UWG und im UKlaG<sup>50</sup> systematisch sichtbar und dogmatisch begründbar. Schließlich und viertens spricht gegen die Einbringung der Verbandsklage in das arbeitsgerichtliche Beschlussverfahren dessen Prägung durch die klassischen Themenfelder des kollektiven Arbeitsrechts und die rechtliche Interaktion zwi-

<sup>47</sup> Vgl. Höland a.a.O.; Kocher, Funktionen (Fn. 13), S. 355 ff.

<sup>48</sup> Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen; aufgrund mehrfacher Änderungen neu gefasst unter demselben Titel in der Richtlinie 2009/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009. ABl. Nr. L 110/30.

<sup>49</sup> Kocher, Gutachten, a.a.O. S. 8, 33.

<sup>50</sup> Siehe §§ 8 Abs. 3 Nr. 3, Abs. 5 UWG; §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 5, 12 UKlaG.

schen den Trägern des kollektiven Arbeitsrechts. Bei der Verbandsklage geht es zwar ebenfalls um das Tätigwerden kollektiver Akteure, aber Ziel ist die Effektivierung des Individualrechtsschutzes. Das geht über das traditionelle Aufgabengebiet des arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahrens hinaus.

Der Verwirklichung dieser Überlegungen steht allerdings ein deutliches Hindernis im Wege. Nach § 15 UKlaG findet das Gesetz auf das Arbeitsrecht keine Anwendung. Die Begründung, die der Rechtsausschuss 2001 in seiner Beschlussempfehlung und seinem Bericht für die durch ihn vorgeschlagene Ergänzung des UKlaG gegeben hat<sup>51</sup>, überzeugt nicht, jedenfalls nicht mehr aus heutiger Sicht. Dem Ausschuss erschien das System der Unterlassungsansprüche im Bereich des Arbeitsrechts in der im Unterlassungsklagengesetz vorgesehenen Form in zweierlei Hinsicht nicht zweckmäßig zu sein. Die erste Unzweckmäßigkeit leuchtet sofort ein. Die Zuständigkeit für die Kontrolle arbeitsvertraglicher Klauseln und Mindestarbeitsbedingungen sollte nicht bei den Zivilgerichten, sondern bei den Arbeitsgerichten liegen. Dem ist zuzustimmen. Vorsorglich notierte der Ausschuss die damit zusammenhängende „schwierige Frage“, ob derartige Klagen im Streitigen Verfahren oder im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren entschieden werden sollten. Diese Frage lässt sich zugunsten des Streitigen Urteilsverfahrens beantworten. Unzweckmäßig erschien dem Rechtsausschuss im Jahr 2001 die Öffnung des UKlaG für das Arbeitsrecht auch deshalb, weil das weit über den Bereich hinausgehen würde, „für den bisher im Arbeitsrecht eine Unterlassungsklage diskutiert wird“. Dies bedürfe ebenso einer besonderen Diskussion wie die Frage, wer solche Ansprüche geltend machen können sollte<sup>52</sup>. Die verlangte besondere Diskussion hat in den vergangenen Jahren stattgefunden, insbesondere auf Grund der

rechtspolitischen Anstöße für einen kohärenten europäischen Ansatz, auch wenn diese, zugegebenermaßen, nicht arbeitsrechtsspezifisch argumentieren.

Das weitere Bedenken des Rechtsausschusses nahm auf § 3 UKlaG-RE Bezug und ist inhaltlich nicht klar. Die nach dieser Vorschrift gewährte Aktivlegitimation umfasst Verbraucherschutzverbände, soweit sie in der Liste qualifizierter Einrichtungen eingetragen sind. Der Rechtsausschuss argumentierte an dieser Stelle überschießend. Da Arbeitnehmer auch Verbraucher sind, könnten sich theoretisch auch Gewerkschaften als qualifizierte Einrichtungen in die Liste des Bundesverwaltungsamts (jetzt: Bundesamt für Justiz) eintragen lassen. Ob es aber zweckmäßig sei, auf Arbeitnehmerseite andere Verbände als Gewerkschaften für klagebefugt zu erklären, sei zweifelhaft. Daher solle das Gesetz nicht für das Arbeitsrecht gelten<sup>53</sup>. Das erscheint uns eine übertriebene doppelte Sorge. Es überzeugt nicht, dass das gesamte Rechtsgebiet des Arbeitsrechts nur deshalb aus dem Unterlassungsklagenschutz ausgenommen sein soll, weil die Gefahr besteht, dass sich auch andere Verbände als Gewerkschaften für klagebefugt erklären. Die Sorge verkennt überdies das eigenständige Prüfverfahren vor der Aufnahme in die Liste qualifizierter Einrichtungen<sup>54</sup> und die auch von Eva Kocher im Zusammenhang mit dem UWG erwähnte Anforderung der Rechtsprechung, wonach für die Klagebefugnis der Verbände nicht nur eine entsprechende Satzungsbestimmung, sondern auch die tatsächliche Wahrnehmung der satzungsgemäßen Aufgaben verlangt wird<sup>55</sup>.

Die Lösung liegt vielmehr darin, dass sowohl Gewerkschaften als auch Arbeitgeberverbände als Koalitionen im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG zur Geltendmachung von Ansprüchen auf Unterlassung und Beseitigung befugt sind, vorausgesetzt, der

51 BT-Drs. 14/7052, S. 189 f. Der Ausschluss für das Arbeitsrecht war im ursprünglichen Gesetzentwurf nicht vorgesehen, siehe BT-Drs. 14/6040, S. 37 ff.; 274 ff.

52 BT-Drs. 14/7052, S. 189 f.

53 BT-Drs. 14/7052, S. 189.

54 Zu den Anforderungen siehe Meller-Hannich/Höland, Gutachten, S. 24.

55 Kocher, Gutachten, a.a.O. S. 43.

Betrieb bzw. das Unternehmen fällt in ihren satzungsgemäßen Zuständigkeitsbereich<sup>56</sup>. Die von der Rechtsprechung entwickelten Anforderungen an den Begriff der Gewerkschaft und die über § 97 ArbGG jederzeit mobilisierbare gerichtliche Kontrolle der Tariffähigkeit wie der Tarifzuständigkeit<sup>57</sup> gewährleisten, wie auch sonst im Rahmen der Tarifautonomie, die Kontrolle der Unabhängigkeit und Rechtsdurchsetzungsfähigkeit von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden. Die arbeitsgerichtliche Kontrolle erweist sich als funktionell äquivalent den Prüfmerkmalen für die Zulassung zur Liste der qualifizierten Einrichtungen nach § 4 UKlaG. Eine gesonderte Prüfung kann daher entfallen oder stark vereinfacht werden.

Die von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden klageweise geltend zu machenden Ansprüche und Streitgegenstände sollten, entsprechend den §§ 1 und 2 UKlaG, nicht nur die Verwendung unwirksamer Allgemeiner Arbeitsvertragsbedingungen umfassen<sup>58</sup>, sondern auch arbeitsgesetzwidrige und tarifwidrige „Praktiken“. Der Begriff der „Praktiken“ verbindet mit einer komplexeren, nicht auf Texte beschränkten Rechtswirklichkeit, die für das Arbeitsleben besonders wichtig erscheint. Die Gesetzesformulierung könnte in Anlehnung an § 2 Abs. 1 S. 1 UKlaG lauten: „Wer in anderer Weise als durch Verwendung oder Empfehlung von Allgemeinen Geschäfts- und Arbeitsbedingungen Vorschriften zuwiderhandelt, die dem Schutz der Arbeitnehmer dienen (gesetzliche und tarifvertragliche Mindestarbeitsbedingungen), kann im Interesse des Arbeitsrechtsschutzes auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.“ Alle Voraussetzungen sind im Einzelnen klärungsbedürftig.

Der rechtspolitischen Linie der Empfehlung der

EU-Kommission vom 11. Juni 2013 folgend sollte die arbeitsrechtliche Verbandsklage nicht auf Unterlassung beschränkt sein, sondern auch die Geltendmachung von Schadensersatz umfassen. Allerdings muss man vor Illusionen hinsichtlich der Wirksamkeit warnen; die Erstreckung auf Schadensersatz könnte sich als weitgehend symbolisches Recht erweisen. Die Anforderungen an den Klageerfolg sind hoch. Zum Ersten setzt Schadensersatz Verschulden des Arbeitgebers bzw. seiner Organisation voraus. Das wäre bei deliktischer Haftung vom Anspruchsteller zu beweisen, beim Schadensersatz wegen Pflichtverletzung hätte sich der Arbeitgeber nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB zu entlasten. Das Eine dürfte häufig schwer, das Andere leicht fallen. Zum Zweiten wird es auch bei arbeitsrechtlichen Schäden nicht einfach sein, den Schaden justiziabel genau zu bestimmen. Das Schadensbild mag angesichts tarifierter Arbeitnehmer-Vergütungen und betragsgenau angegebener Mindestlöhne weniger diffus sein als im Verbraucherrecht und im Kartell- und Wettbewerbsrecht. Dennoch bleibt die Schadensbestimmung bei einer Vielzahl von Bedingungen und Merkmalen auf Seiten der betroffenen Arbeitnehmer eine schwierige Aufgabe. Zum Dritten wird es häufig nicht einfach sein, die Kausalität zwischen gesetzes- oder tarifwidrigen Handlungen und Schaden dazulegen und nachzuweisen. Die vierte Frage schließlich stellt sich, wenn die drei vorangegangenen Hürden überwunden werden konnten: Wohin mit dem erstrittenen Geld? In den Bundeshaushalt? Lässt sich das Geld an identifizierbare Geschädigte in einer rechtlich kontrollierten Weise auskehren? Kann man an eine für den Zweck der Verwaltung von Schadenssummen zu gründende Stiftung denken<sup>59</sup>? Wir wollen es mit den Bedenken nicht übertreiben. Aber der auf Schadensersatz bezogene Streitgegenstand könnte mehr versprechen als die Rechtswirklichkeit leisten kann.

<sup>56</sup> So zu Recht Kocher, Gutachten, a.a.O. S. 41 f.

<sup>57</sup> Aktuelle Beispiele für die Kontrolle der Tariffähigkeit bieten die Entscheidungen des 1. Senats des BAG vom 11.6.2013 ArbuR 2013, 331 (medsonet) und vom 14.12.2010 BAGE 136, 302 (CGZP).

<sup>58</sup> Die AGB-Kontrolle ist gleichwohl auch für das Arbeitsrecht von Bedeutung. Die Suche nach Rechtsprechung führt zu immerhin 476 Treffern (am 17.3.2014),

<sup>59</sup> Vgl. die von Karl-Heinz Fezer im Auftrag des nordrhein-westfälischen Ministeriums für Verbraucherschutz entwickelten Überlegungen zur „Zweckgebundenen Verwendung von Unrechtserlösen und Kartellbußen zur Finanzierung der Verbraucherarbeit“, [http://www.umwelt.nrw.de/ministerium/pdf/gutachten\\_unrechts-erloese.pdf](http://www.umwelt.nrw.de/ministerium/pdf/gutachten_unrechts-erloese.pdf)

Die Möglichkeit der Erhebung von Leistungsklagen sollte aus dem arbeitsrechtlichen Verbandsklagerecht nicht ausgenommen sein. Denkbar ist beispielsweise die klageweise durchsetzbare Verpflichtung von Arbeitgebern zur Einhaltung von Mindestarbeitsbedingungen oder zur Zahlung von Mindestentgelten oder zur Beseitigung tarifwidriger betrieblicher Regelungen. Allerdings wird bei Beseitigungsansprüchen nach bisheriger Rechtsprechung rasch die Schnittstelle zum individualrechtlichen Anspruch erreicht sein. Wie der 1. Senat des BAG in seinem Urteil vom 17.5.2011 ausgeführt hat, kann bei tarifwidrigen betrieblichen Regelungen zwar auch ein Beseitigungsanspruch der Gewerkschaft aus § 1004 Abs. 1 S. 1, 823 Abs. 1 i. V. mit Art. 9 Abs. 3 GG in Betracht kommen, der allerdings nicht auf die Wiederherstellung eines tarifgemäßen Zustands durch Nachzahlung tariflicher Leistungen an die betroffenen Beschäftigten gerichtet ist<sup>60</sup>. Der Beseitigungsanspruch umfasse nicht die Wiederherstellung des tarifkonformen Zustands durch Nachzahlung der tariflichen Leistungen an die Arbeitnehmer. Die den Arbeitnehmern durch die tarifwidrigen Betriebsvereinbarungen entstandenen wirtschaftlichen Nachteile seien individualrechtlich auszugleichen. Diese dem koalitionsbezogenen Beseitigungsanspruch innewohnende Beschränkung wäre nur durch Gesetzgebung überwindbar.

Das Verhältnis des Verbandsklagerechts zum Individualrechtsschutz ist im Arbeitsrecht nicht weniger schwierig als im Verbraucherrecht. Die subjektive Erstreckung der Rechtskraft durch § 11 UKlaG hat sich als nicht praxistauglicher Versuch einer rechtlich bindenden Breitenwirkung herausgestellt<sup>61</sup>. Möglicherweise lässt sich die Verknüpfung zwischen Verbandsurteil und Breitenwirkung durch die Erweiterung der Rechtskraft einer verbindlichen Inhaltsentscheidung nach dem Modell des § 9 TVG erreichen. Die für die Verbandsklage nach § 9 TVG maßgebenden Erwägungen – ver-

bindliche Feststellungswirkung für die Normunterworfenen über den Einzelfall hinaus, Prozessökonomie – lassen sich auch für die arbeitsrechtliche Verbandsklage anführen<sup>62</sup>.

Für Betriebsräte erscheint ein Verbandsklagerecht nicht geboten. Zwar sind Betriebsräte – worauf zuletzt der Bundesgerichtshof in einer Entscheidung aus dem Jahr 2012 hingewiesen hat<sup>63</sup> – nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts als teilrechtsfähig und partiell vermögensfähig anzusehen<sup>64</sup>. Dessen ungeachtet sind sie kein Verband, sondern ein gewähltes Organ der Betriebsverfassung. Ihnen kann damit aus institutionellen und systematischen Gründen nicht die Repräsentation von über den Betrieb und seine Belegschaft hinausreichenden Interessen übertragen werden. Im Rahmen ihres Wirkungskreises in der Betriebsverfassung stehen ihnen mit dem durch Ordnungs- oder Zwangsgeld sanktionierbaren Unterlassungs-, Duldungs- und Vornahmeanspruch nach § 23 Abs. 3 BetrVG ausreichende Mittel der Rechtsdurchsetzung zur Verfügung. Hinzu kommt die allgemeine Rechteinhaltungskontrolle nach § 80 BetrVG, über deren Bestehen und Umfang gegebenenfalls Klärung im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren herbeigeführt werden kann<sup>65</sup>. Die im Rahmen der Betriebsverfassung bestehenden Überwachungs- und Sanktionsmittel sollten für eine effektive Rechtsdurchsetzung ausreichen. Für darüber hinausgehende Rechtsdurchsetzungsschwächen sollte das Verbandsklagerecht von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden zum Tragen kommen.

60 BAG 17.5.2011 – 1 AZR 473/09 – ArbuR 2011, 498, Rn. 40 ff.

61 MünchKomm-ZPO/Micklitz, § 11 UKlaG Rn. 1, 2.

62 Die Gesetzesformulierung könnte etwa lauten: „Rechtskräftige Entscheidungen der Gerichte für Arbeitssachen, die in Rechtsstreitigkeiten zwischen den im Sinne des § 3b UKlaG klagebefugten rechtsfähigen Verbänden des Arbeitsrechts und Arbeitgebern über die Einhaltung von Mindestarbeitsbedingungen und tarifvertraglichen Regelungen ergangen sind, sind in Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern sowie zwischen diesen Dritten für die Gerichte bindend.“

63 BGH 25.10.2012 JA 2013, 467, mit Anm. Roland Schwarze; RdA 2013, 317, mit Anm. Richardi.

64 Vgl. BAG 24.10.2001 – 7 ABR 20/00

65 Vgl. ErfK/Kania, § 80 BetrVG Rn. 36



Forum 6: Prof. Dr. Armin Höland, Prof. Dr. Holger Brecht-Heitzmann, die Moderatoren Andreas Priebe und Nadine Zeibig, RAin Ingrid Heinlein und Karsten Jessolat (v.l.n.r.)

Eine Vielzahl von weiteren Regelungsaufgaben für die Konzeption einer Verbandsklage im Arbeitsrecht finden sich im erwähnten Gutachten von Eva Kocher. Daraus seien abschließend nur noch zwei herausgegriffen.

Das Verhältnis zwischen kollektivem Rechtsschutz und Individualrechtsschutz wirft schwierige Schnittstellenprobleme auf, die genauer bearbeitet werden müssen<sup>66</sup>. Das Grundproblem besteht darin, dass der Streitgegenstand des Verbandsklageverfahrens in sachlicher Hinsicht ein anderer ist als der von Individualklagen, die dasselbe Verhalten angreifen<sup>67</sup>. Zu den Schnittstellenproblemen gehört die Regelung der Verjährungshemmung in Bezug auf Individualansprüche nach den §§ 203 und 204 BGB. So schlägt beispielsweise der Ent-

wurf eines Gesetzes über die Einführung von Gruppenverfahren der Bundestagsfraktion von Bündnis 90/Die Grünen vom Juni 2013<sup>68</sup> in Anlehnung an die Verjährungshemmung im KapMuG-Verfahren eine Erweiterung des Katalogs im § 204 Abs. 1 BGB um die Teilnahmeerklärung an einem Gruppenverfahren vor<sup>69</sup>. Die Regelung muss bei einem verbandlichen Klageverfahren abgewandelt werden, weil es keine aktiven Teilnahmeerklärungen wie bei einem Gruppenverfahren gibt. Hier gilt es eine Regelung zu finden, die für den Kreis potentieller individueller Anspruchsteller im Geltungsbereich der Regelungen, die den Gegenstand eines Unterlassungs- und Beseitigungsbegehrens bilden, die Verjährungs- und Ausschlussfristen unterbricht<sup>70</sup>.

<sup>66</sup> Meller-Hannich/Höland, Gutachten, S. 155 ff.

<sup>67</sup> Kocher, Funktionen, (Fn. 13), S. 373.

<sup>68</sup> Bundestags-Drucksache 17/13756.

<sup>69</sup> BT-Drs. 17/13756, S. 7.

<sup>70</sup> Zur praktischen Bedeutung der Verjährungshemmung für die Durchsetzung von Verbraucherrechten siehe die empirischen Erkenntnisse bei Meller-Hannich/Höland, Gutachten, S. 95 ff.

Eine zweite Problematik sind die Art und Reichweite der Rechtskraft der Unterlassungsentscheidung. Die komplizierte, mehrfach bedingte und umstrittene Regelung in § 11 UKlaG in Bezug auf ein auf § 1 UKlaG beruhendes Unterlassungsgebot, die überdies nur bei Berufung des betroffenen Vertragsteils zur Anwendung gelangt („Einredelösung“), ist seit der Entscheidung des EuGH vom 26.4.2012 in der Rechtssache C-472/10 (Invitel) „Makulatur“<sup>71</sup>. Nach der Entscheidung des EuGH muss nicht mehr der individuelle Verbraucher die Unangefochtenheit bzw. mögliche gerichtliche Untersagung einer Klausel prüfen und gegebenenfalls Einrede erheben, sondern das zuständige Gericht hat sich von Amts wegen einen Überblick zu verschaffen<sup>72</sup>. Von diesem Rechtsstand hat auch die Regelung der Rechtskraft- bzw. Beachtungswirkung bei arbeitsrechtlichen Vertrags- und Mindestarbeitsbedingungen auszugehen.

### V. Zusammenfassung in Thesen

Wesentliche Ergebnisse der bisherigen Überlegungen zur Ausgestaltung und zu den Durchsetzungsbedingungen kollektiven Rechtsschutzes im Arbeitsrecht sollen in den folgenden Thesen zusammengefasst werden.

1) Arbeitsverhältnisse sind privatrechtlich gefasste Herrschaftsverhältnisse. Mit der Einräumung von Weisungsrechten für den Arbeitgeber entsteht – zivilrechtlich legitim – ungleiche Verteilung von Praxisgestaltungsmacht. Für die daraus im Vollzug des Arbeitsverhältnisses erwachsenden individuellen Belastungen und Beschwerden stehen in einer rechtsstaatlichen und durch Tarifautonomie geprägten Arbeitsrechtsordnung grundsätzlich zwei Korrektursysteme zur Verfügung, das richterlich kontrollierte Recht und die Möglichkeiten der Gegenmachtbildung durch Gewerkschaften

und Betriebsräte.

- 2) Recht und Gegenmacht haben Voraussetzungen, die in einer sich zergliedernden und kleinteiliger werdenden Erwerbsgesellschaft zunehmend weniger zur Verfügung stehen, das Interesse und die Fähigkeit zur Mobilisierung von Recht und das Interesse an gewerkschaftlicher Organisation. Um in den Bereich richterlicher Rechtskontrolle zu gelangen, bedarf es für vielfältige Konfliktlagen in Bezug auf tarifliche und gesetzliche Mindestregelungen ergänzender kollektiver Rechtsschutzangebote.
- 3) Der Individualrechtsschutz ist im Arbeitsrecht strukturell unzureichend. Auch für das Arbeitsverhältnis gilt: „Wo kein Kläger, da kein Richter“. Aufgrund der Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses gibt es für in diesem Rechtsverhältnis entstehende Rechtsprobleme wenig Kläger, folglich wenig Richter, folglich wenig Rechtsschutz während des bestehenden Arbeitsverhältnisses.
- 4) Arbeitnehmer sind nicht nur wegen der Gleichstellung des Arbeitsvertrages mit dem Verbrauchervertrag in der Rechtsprechung des BAG (vgl. BAG 25.5.2005 – 5 AZR 572/04), sondern auch wegen der die Wirklichkeit prägenden sozialen, wirtschaftlichen und rechtlichen Bedingungen des Arbeitsverhältnisses mit Verbrauchern vergleichbar. Die von der Europäischen Union seit über 20 Jahren im Hinblick auf „access to justice“ für Verbraucher entwickelten rechtspolitischen und rechtlichen Anstöße finden auch auf die vergleichbar rechtsdurchsetzungsschwachen Arbeitsverhältnisse Anwendung.
- 5) Neben dem Individualrechtsschutz verfügt das deutsche Arbeitsrecht über eine Reihe von Ansätzen kollektiver Rechtskontrolle und Rechtsdurchsetzung. Sie beruhen teils auf Gesetz, teils auf Richterrecht, erreichen jedoch

<sup>71</sup> So MünchKomm-ZPO/Micklitz zu § 11 UKlaG Rn. 10.

<sup>72</sup> Micklitz a.a.O.

- insgesamt keine Kohärenz in der kollektiven Rechtskontrolle und eignen sich kaum zur systematischen Beobachtung von betrieblicher Arbeitspraxis und zur Unterbindung der Verletzung gesetzlicher und tarifvertraglicher Mindestarbeitsregeln.
- 6) Die auf der Grundlage des UKlaG und des UWG im Verbraucherrechtsschutz und im Wettbewerbsrecht erreichte verbandliche Unterlassungsklagenpraxis hat sich im Zusammenwirken mit der vorgelagerten Abmahnpraxis zu einem leistungs- und lernfähigen System der Beobachtung und Kontrolle von Markt- und Unternehmensverhalten entwickelt. Die Erfahrungen und Techniken lassen sich auf den kollektiven Rechtsschutz im Arbeitsrecht mit dem Ziel der Sicherung von Mindestarbeitsbedingungen erweitern.
  - 7) Die Einbringung des verbandlichen Rechtsschutzes im Arbeitsrecht in das Unterlassungsklagengesetz erscheint wegen dessen europarechtlicher Prägung, des mit Verbrauchern vergleichbaren Bedarfs an kollektivem Rechtsschutz und der Verkoppelung mit dem lauterkeitsrechtlichen Rechtsschutz vorzuzugewürdigt. Keinen Zweifel kann es allerdings daran geben, dass die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen eröffnet sein muss. Erreicht werden kann das durch eine Erweiterung des Zuständigkeitskatalogs im § 2 Abs. 1 ArbGG.
  - 8) Die von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden klageweise geltend zu machenden Ansprüche und Streitgegenstände sollten, entsprechend dem Anspruchsprogramm in den §§ 1 und 2 UKlaG, nicht nur die Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäfts- und Arbeitsvertragsbedingungen umfassen, sondern auch arbeitsgesetz- und tarifwidrige Praktiken. Die Erfassung der nicht auf Texte beschränkten Rechtswirklichkeit ist für das Arbeitsleben besonders wichtig.
  - 9) Die Sperre des § 15 UKlaG gegenüber Unterlassungsverfahren im Arbeitsrecht ist mit der Maßgabe, dass die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen gesichert ist, überwindbar.
  - 10) Der rechtspolitischen Linie der Empfehlung der EU-Kommission vom 11. Juni 2013 folgend sollte die arbeitsrechtliche Verbandsklage auch die Möglichkeit der Geltendmachung von Schadensersatz umfassen, auch wenn Klageerfolge in der Rechtswirklichkeit möglicherweise nur selten erreichbar sind.
  - 11) Für die schwierige Verknüpfung zwischen Verbandsurteil und individueller Breitenwirkung taugt die subjektive Rechtskrafterstreckung nach § 11 UKlaG nicht. Für eine sinnvolle Breitenwirkung ist die Erweiterung der Rechtskraft einer verbindlichen Inhaltsentscheidung nach dem Modell des § 9 TVG zu prüfen. Die für die Verbandsklage nach § 9 TVG maßgebenden Erwägungen – verbindliche Feststellungswirkung für die Normunterworfenen über den Einzelfall hinaus, Prozessökonomie – lassen sich auch für die arbeitsrechtliche Verbandsklage anführen.
  - 12) Zur Erhebung der Verbandsklage befugt sind Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände. Die in Jahrzehnten rechtlich kontrollierter Tarifautonomie in Deutschland erreichte Qualitätssicherheit im Hinblick auf Koalitionen nach Art. 9 Abs. 3 GG bietet ausreichend Zugangskontrolle zur „Qualifikation“ im Sinne des § 4 UKlaG. Eines gesonderten Prüfverfahrens bedarf es nicht oder es kann jedenfalls erheblich vereinfacht werden.



## FORUM 7

## Digitalisierung und Datenschutz in der Lebenswelt

**RAin Prof. Dr. Herta Däubler-Gmelin**  
Bundesministerin der Justiz a.D.



Forum 7: RAin Prof. Dr. Herta Däubler-Gmelin und Moderatorin Martina Perreng

## I.

Vielen Dank dem DGB und der Friedrich-Ebert-Stiftung für die Organisation dieser interessanten Konferenz. Bekanntlich habe ich in der Zeit zwischen den Siebzigerjahren und dem neuen Jahrtausend zusammen mit der Friedrich-Ebert-Stiftung große Rechtspolitische Kongresse durchgeführt, auf denen viele wichtige Vorhaben sozialdemokratisch geführter Bundesregierungen durchdacht und diskutiert wurden. Diese gute Tradition war in der Zwischenzeit leider etwas eingeschlafen. Umso erfreulicher ist es, dass sie jetzt – in etwas veränderter Form – wieder aufgenommen wird.

Auf großen Rechtspolitischen Kongressen geht es immer um große Themen.

Das ist auch heute so – heute geht es um nicht weniger und nicht mehr als die Veränderung unserer Lebens- und Arbeitsbedingungen im digitalen Zeitalter. Und die sind beträchtlich.

Wir befinden uns schon länger in im digitalen Zeitalter, beginnen uns aber erst seit der Veröffentlichung der Snowden-Dokumente so richtig klar zu machen, welche gravierenden Veränderungen

heute und künftig unsere Lebens- und Arbeitsbedingungen prägen und welche Folgerungen wir ziehen müssen, um unsere persönliche Freiheit und die Freiheit unserer Gesellschaftsordnung aufrecht zu erhalten.

Die Snowden-Dokumente, von denen bekanntlich heute noch längst nicht alle veröffentlicht sind, dokumentieren im Wesentlichen die flächendeckende Überwachungspraxis und die gezielten Spähangriffe der US-Geheimdienste.

Beides ist nicht akzeptabel; die flächendeckende Überwachung droht unsere Persönlichkeitsrechte und die Freiheit unserer Gesellschaftsordnung zu zerstören. Das müssen wir abwenden.

Vor lauter Empörung über die NSA dürfen wir jedoch nicht übersehen, dass auch der britische Geheimdienst, also die GCHQ, Vergleichbares unternimmt. Möglicherweise tun das auch andere: Le Monde berichtet, dass der Geheimdienst der Franzosen offenbar seit Jahren eine besondere Form der Public Private Partnership – PPP - mit dem größten Französischen Provider Orange pflegt.

Ich nehme an, dass weitere ausländische Geheimdienste aktiv sind und dass auch die deutschen Dienste tun, was sie eben können. Was das im Einzelnen ist, sollen jetzt wohl Gremien des Deutschen Bundestages klären: ein NSA-Untersuchungsausschuss, der sich allerdings ganz offensichtlich schwer tut und das Parlamentarische Gremium zur Kontrolle der Geheimdienste. Hoffentlich kommt dann noch mehr Klarheit zustande.

Lassen Sie uns einen Augenblick bei Edgar Snowden bleiben. Wir verdanken ihm unser bisheriges Wissen über die mehr als problematischen Aktivitäten. Er ist ein sehr verdienstvoller Whistleblower, der unter sehr hohem persönlichem Risiko diese Eingriffe in Persönlichkeits- und Freiheitsrechte aufgedeckt hat und weitere Dokumente zur Verfügung stellt.

Seine Verdienste werden in seiner Heimat, den USA, mittlerweile von Bürgerrechtlern, IT-Experten, und vielen zivilgesellschaftlichen Organisationen anerkannt: die bekannte Bürgerrechtsorganisation ACLU stellt alle verfügbaren Snowden-Dokumente auf einer speziellen Website global zur Verfügung.

Leider hat die US-Regierung noch nicht verstanden, welche Verdienste Snowden sich um die Bürgerrechte der US-Bürger erworben hat: Es ist mehr als traurig, dass dieser Mann ausgerechnet in Moskau Schutz suchen muss; und das, weil sich – wieder einmal – die europäischen Regierungen nicht trauen, Mut vor dem Freund zu zeigen und Snowden ein gesichertes Aufenthaltsrecht in einem der EU-Staaten zu geben.

Zwar haben sich einzelne Fraktionen des Deutschen Bundestages und auch einzelne Landesregierungen dafür ausgesprochen, Snowden ein gesichertes Aufenthaltsrecht z. B. in der Bundesrepublik Deutschland zu garantieren, zumal unser Ausländerrecht das ja zulässt.

Teile des NSA-Untersuchungsausschusses des Bundestages wollen Snowden als Zeugen vor den

Ausschuss bitten, möglichst in der Bundesrepublik Deutschland; dass die Bundesregierung, gestärkt von den Mehrheitsfraktionen des Deutschen Bundestages sich bisher dreht und wendet, ist peinlich; erforderlich ist jetzt das klare und notwendige Signal eines gesicherten Aufenthaltsrechts. Ich hoffe immer noch, dass sich das – wenigstens über etwas Mut der SPD – Fraktion, endlich ändert.

## II.

Was hat sich verändert seit den Veröffentlichungen über die Ausspähaktionen? Welche Folgerungen müssen wir um unserer Persönlichkeitsrechte und der Freiheit unserer Gesellschaft willen, ziehen?

Wer die Veränderungen der letzten Jahre verfolgt hat, wird die Veröffentlichung der Snowden-Dokumente mit nur mildem Erstaunen zur Kenntnis genommen haben. Für andere, die sich nicht so im Detail mit IT-Fragen beschäftigten, waren sie indes ein Schock; für alle ist jetzt klar, weil die Tatsachen auf dem Tisch liegen, dass niemand mehr sich den notwendigen Folgerungen entziehen kann.

### 1. Die erste Tatsache ist:

Die Computeranlagen staatlicher Organisationen, aber auch privatwirtschaftlich arbeitender IT-Konzerne sind mittlerweile unglaublich leistungsfähig geworden: Peta-Computer sind in Benutzung; ob auch Nano-Computer, die noch leistungsfähiger sein sollen, schon heute im Gebrauch sind, wie IT-Experten berichten, weiß ich nicht. Auf jeden Fall sind sie in der Entwicklung.

Diese Computeranlagen können nicht nur gezielt über Personen und Sachverhalte Daten und Informationen erheben und auswerten; sie können – und das ist neu – aufgrund ihrer unglaublich großen Kapazität den gesamten Internet-Verkehr, alles, was telefoniert oder per Video, per SMS, oder sozialen Netzwerken kommuniziert wird, auffangen und speichern.

Nochmals:

Viele Bürgerinnen und Bürger sind davon ausgegangen, dass zu Zwecken der Strafverfolgung oder auch der Verhinderung schwerster Straftaten Informationen über bestimmte Personen oder Gruppen aufgrund von bestimmten Anlässen ausgeforscht und ausgewertet werden. Das fanden und finden Viele nicht bedrohlich, weil sie selbst davon ja nicht betroffen waren. Viele fanden und finden das auch richtig, weil das den Schutz vor schwersten Verbrechen verstärken kann. Solche gezielten Überwachungsmassnahmen gibt es heute auch noch.

Zusätzlich aber wird ungezielt alles aufgefangen und gespeichert – jede Information, jede Kommunikation – und sozusagen auf einen großen Datenhaufen geworfen.

## 2.

Nun haben zahlreiche renommierte Studien – auch solche aus den USA – in den letzten Jahren immer wieder gezeigt, dass ungezielte Sammelwut gerade für die Terrorbekämpfung nichts oder kaum etwas brachte. Sie kann zur Strafverfolgung nach Anschlägen, also repressiv, einen gewissen Wert haben. Für präventive Zwecke jedoch versprochen und verspricht sie keine Erfolge.

Heute wissen die verantwortlichen Spähorganisationen jedoch, dass auch die Algorithmen mittlerweile so hervorragend weiter entwickelt wurden, dass man die Nadel im Heuhaufen relativ schnell finden kann. Alles, was irgendwo oder irgendwann in Teilen über Sachverhalte, eine Person, ihre Gefühle oder ihr Verhalten, über eine Gruppe irgendwo in Teilen erhoben und gespeichert wurde, lässt sich heute nahezu in Realzeit zusammenführen. Das ist der Grund, warum diese Dienste von gezielten Aktionen zur flächendeckenden Überwachung und Sammlung übergegangen sind.

## 3.

Damit sind wir bei der dritten Erkenntnis aus den veröffentlichten Snowden-Dokumenten: alles das ist heute nicht nur möglich, sondern wird auf breiter Front auch gemacht.

## III.

Damit müssen wir uns jetzt auseinandersetzen. Schon deshalb, weil die Bedrohung jetzt offensichtlich ist und die Strategien zur Beruhigung im Umgang mit der neuen schönen IT-Welt heute nicht mehr wirken:

Das Prinzip von Regel und Ausnahme wird auf den Kopf gestellt.

Wer alles absaugt, sammelt und speichert, um es unmittelbar oder später ganz oder teilweise zusammenzuführen und zu verwerten, stellt das bisher behauptete Prinzip von Regel und Ausnahme auf den Kopf: Bisher konnten wir meinen, es werde mehr oder weniger gezielt ausgespäht; heute können wir das nicht mehr. Damit wird jetzt jeder ohne Anlass, global die ganze Bevölkerung, unter Generalverdacht gesetzt.

Jeder von uns, der irgendwo Spuren hinterlassen hat, die dann – teilweise oder auch aus dem Zusammenhang gerissen – gegen ihn in Stellung gebracht werden können, muss künftig darlegen und im Zweifel beweisen, dass so ein Verdacht fehlerhaft oder lückenhaft ist. Er sieht sich in der Rolle des Verdächtigen; er muss sich entlasten; eine unerträgliche Beweislastumkehr findet statt. Schon für uns heute ist das auf keinen Fall hinnehmbar.

Aber überlegen wir bitte, was das für unsere Kinder und jungen Leute bedeutet, die in das digitale Zeitalter hineingeboren wurden und darin aufwachsen. Sie müssen nach dem heutigen Stand von Technik und Regelungen damit rechnen, dass Daten über sie und ihre Kontakte ewig bestehen und irgendwo immer wieder auftauchen können, möglicherweise in Teilen oder aus dem Zusam-

menhang gerissen und damit auch mit der wachsenden Gefahr der inhaltlichen Unrichtigkeit.

Damit steigt künftig nicht nur die Gefahr von Persönlichkeitsverletzungen und Freiheitseinschränkungen durch Überwachung, sondern zugleich die von Manipulationsmöglichkeiten und die Gefahr von Schädigungen durch die schlicht zunehmende Fehleranfälligkeit von auswertenden Computerprogrammen.

Wie sich so etwas auswirken kann, erfahren heute schon Millionen von Beschäftigten in großen Konzernen, deren Personaldaten regelmäßig und ohne jeden Anlass an den sog. UN- und EU-Terrorverdachtslisten abgeglichen werden:

Bekanntlich hat der UN-Sicherheitsrat nach 9/11 im Rahmen des damals beschlossenen „Kriegs gegen den Terror“ sog. Terrorverdachtslisten zusammengestellt. Diese werden durch Geheimdienste der EU-Mitgliedstaaten inhaltlich ergänzt und von der EU durch EU-Verordnungen für alle Mitgliedstaaten verbindlich gemacht. Diese Listen enthalten Namen von Personen und Vereinigungen, die der Unterstützung von Terrorinstitutionen oder -aktivitäten verdächtig sein könnten. Wir in Deutschland haben, wie andere nationale Rechtsordnungen auch, weit in das Vorfeld der Planung und Unterstützung terroristischer Aktivitäten hineinreichende Strafbestimmungen; dafür werden diese Listen und das Massenscreening von Beschäftigten also nicht benötigt. Es geht vielmehr darum, noch weiter im Vorfeld von strafbewehrten Vorbereitungshandlungen weitere Hinweise, z. B. über Finanzbeziehungen, zu erfassen. Das mag für Geheimdienste und deren Überlegungen wichtig sein. Wenn man das aber – wie in Deutschland durch Verwaltungsvorschriften verbindlich angeordnet – mit anderen Rechtsgebieten koppelt, dann wird es mehr als problematisch und rechtsstaatswidrig. Das ist bei dem Massenscreening von Millionen Beschäftigten in Deutschland der Fall: Da hat der Bundesfinanzminister in einer internen Verwaltungsanweisung an die ihm

unterstellten Zollbehörden bestimmt, dass diese die Anerkennung als Anerkannter Wirtschaftsbeteiligter (AEO) mit den damit verbundenen finanziellen und bürokratischen Vergünstigungen bei der Zollabfertigung nur erteilen dürfen, wenn das Unternehmen, das diese Vergünstigungen will, die Namen aller seiner Mitarbeiter regelmäßig an den Terrorverdachtslisten abgleicht. Ohne jeden Anlass. Wenn eine Namensgleichheit auftaucht, muss dies den zuständigen Bundesbehörden gemeldet werden, die dann sofort alle Konten des Betroffenen sperren. Der kann also von einem Augenblick auf den anderen nicht mehr über sein Geld und seine Konten verfügen; niemand darf ihm etwas leihen. Er muss nachweisen, dass sein Name zu Unrecht erfasst wurde, sich also erfolgreich entlisten lassen. Das ist kompliziert, teuer und außerdem langwierig. Bis dahin ist sein Arbeitsplatz weg und sein Leben aus den Fugen.

Der Europäische Gerichtshof hat in zwei Entscheidungen die grundlegende Problematik dieser Terrorverdachtslisten herausgearbeitet; als Folge seiner Urteile sind wenigstens einige verfahrensmäßige Erleichterungen eingeführt worden: So kann ein Betroffener bei einer Spezialstelle der Deutschen Bundesbank, die er allerdings erst mal finden muss, wenigstens einen Minimalbetrag zum Leben, für nachgewiesene Miete, Medizin und Unterhaltsleistungen beantragen. Bis das bewilligt ist, lebt er besser von Luft und Liebe.

Übrigens: Erfolge dieser ebenso rechtswidrigen wie kostenträchtigen Aktion bei der Terrorbekämpfung sind nirgendwo bekannt geworden. Die Fehleranfälligkeit beim anlasslosen Screening von Millionen Beschäftigten steigt jedoch ständig.

So etwas wird wohl bei der globalen und generellen Erhebung, Auswertung und Verwendung von Informationen und Daten in Zukunft uns allen immer häufiger drohen – in unterschiedlicher Ausprägung und in unterschiedlichen Lebensbereichen: Wenn irgendwo mehrere Bewerber zur Auswahl stehen, bei günstigen Krediten, bei

Wohnungen, bei Jobs, können solche Situationen auftreten; wenn diejenigen, die über Kredite, Wohnungen, Jobs und anderes verfügen, Zugang zu dem Informationshaufen haben, dann müssen wir uns künftig warm anziehen. Wenn alles so bleibt wie bisher.

Ich will noch eine weitere Beruhigungsstrategie erwähnen, die bisher wirkte, das aber künftig nicht mehr kann:

Viele „normale“ Menschen haben sich bisher mit dem Gedanken beruhigt, sie seien doch nicht wichtig genug, um ausgespäht zu werden. Die sagen auch heute noch, es sei zwar ein Skandal, dass die Frau Merkel und 122 weitere Staats- und Regierungschefs ausgespäht und abgehört würden, das aber habe nicht mit ihnen selbst zu tun, sei viel zu aufwändig.

Das stimmt heute nicht mehr, weil eben alle Daten von und über jedermann auf dem großen Haufen gesammelt sind – und dann auch später und in Bruchstücken unkontrolliert verwertet werden können. Und eine Gelegenheit kann sich schnell ergeben.

#### IV.

Klar ist, Entscheidungen für einen neuen Umgang müssen her. Dabei müssen wir allerdings eine ganze Reihe von Hindernissen überwinden: Nicht jeder spürt die Auswirkungen der Sammel- und Verwertungswut gleich. Das lähmt und hilft nicht dabei, von der Politik die nötigen Schritte und den notwendigen Mut einzufordern.

Mich hat schon immer gewundert, dass manche Leute sagten, das mit der Überwachung sei doch nicht schlimm, anständige Menschen hätten ja nichts zu verbergen. Das ist ein schrecklich wenig überlegter Satz, dem ich schon immer widersprochen habe. Er war schon immer problematisch und ist heute wegen der technologischen Veränderungen und wegen der Häufung der IT-Geräte

und DL geradezu brandgefährlich.

Ich will das mit einigen Fragen deutlich machen:

- Wer von Ihnen würde mit Ihrem Partner/Ihrer Partnerin so frei über Gefühle, aber auch über den Chef und sein unmögliches Verhalten, über Politiker und Politik, auch über Kindererziehung und Geldanlagen reden, wie Sie es heute tun und als Ausdruck ihrer Persönlichkeitsrechte und Ihrer Freiheit selbstverständlich dürfen, wenn Sie sich bewusst wären, dass jedes Wort, jedes Gefühl, jeder Gesichtsausdruck bei Skype und jede Formulierung gesammelt, verwertet und ganz oder teilweise, im richtigen oder falschen Kontext wieder gegen Sie verwendet wird? Ich nicht.
- Wer von Ihnen könnte in einer wichtigen und zusätzlich durch unsere Verfassung geschützten Tariffkommission einer Gewerkschaft oder eines Arbeitgeberverbandes seine Arbeit tun, sich dort – frei – äußern, in Kenntnis, dass alles zeitgleich dem Kontrahenten zur Verfügung steht?
- Wer könnte das in einer politischen Partei, einer Bürgerinitiative, einem Verein tun? In allen kann es doch Sinn machen, ja notwendig sein, sich nicht anzupassen, sondern Veränderungen anzugehen und wider den Stachel zu löcken....
- Und schließlich: Wer in unserer hoch innovativen Wirtschaft könnte seine Betriebsgeheimnisse unter solchen Bedingungen noch hüten?

Die Antwort ist klar: Das geht nicht. Die Bedrohungen unserer Persönlichkeitsrechte und der Freiheit unserer Gesellschaft sind leider keine Hirngespinnste, sondern Realität.

Schon heute wird zunehmend über Auswirkungen berichtet:

- Die Abteilung Lausch und Guck der US-Botschaft in Berlin existiert: sie versorgt interessierte US-Firmen mit nützlichen Informationen über die Angebote und Bedingungen von deutschen Mitbewerbern. Allen Dementis zum Trotz. Das ist Wettbewerb verzerrende Wirtschaftsspionage vom Feinsten.
- Außerdem – und das ist beileibe nicht der einzige Vorfall, wurde jüngst der sehr renommierten Geschäftsführerin einer NGO, die sich kritisch mit den Verhandlungen zwischen der EU und den USA/Kanada über das Freihandelsabkommen TTIP auseinandersetzte und darüber mit gleich kritisch Gesinnten in den USA beraten wollte, von den US-Behörden schlicht die Einreise verweigert.

So macht man das. Und das geht natürlich im digitalen Zeitalter mit seinen Informationsquellen viel leichter als früher. So wird Konformität erzwungen, manipuliert und im Interesse der Mächtigen gesteuert.

### V.

Bisher habe ich meine Überlegungen an den flächendeckenden Spähangriffen staatlicher Organisationen angeknüpft, die einen tiefen Einschnitt markieren und zu neuen Entscheidungen führen müssen.

Wir müssen jedoch noch Weiteres bedenken:

Auch die Menge der auf der Grundlage gesetzlicher Bestimmungen erhobenen Daten über große Teile der Bevölkerung nimmt stetig zu. In vielen Bereichen, bei der Erhebung von Verkehrsdaten, Gesundheitsdaten, durch Videoüberwachung und viele andere Regelungen.

Mir geht es heute – ausnahmsweise – nicht in erster Linie darum, zu erörtern, ob die jeweilige gesetzlich angeordnete Datenerhebung, -speicherung und -verwertung sinnvoll ist oder nicht – wie etwa bei Elena, das ja glücklicherweise letztlich doch noch verhindert werden konnte.

Ich will hier auch nicht problematisieren, ob mit Recht oder Unrecht verfassungsrechtliche und datenschutzrechtliche Bedenken erhoben werden; das muss bekanntlich in jedem Einzelfall kritisch geprüft und abgewogen werden, zumal plausible Überlegungen ja durchaus vorliegen können:

- So wird die Einführung einer allgemeinen Autobahn-Maut für mehr oder alle Fahrzeuge von vielen Befürwortern mit wichtigen ökologischen oder verkehrspolitischen Argumenten begründet
- und auch für die elektronische Gesundheitskarte gibt es interessante und nachvollziehbare Überlegungen.
- Wir haben uns auch an die Videoüberwachung öffentlicher und halb-öffentlicher Plätze längst gewöhnt; manche schwören auch darauf, dass damit Verbrechen verhindert werden können; auch für Aufnahmen der Polizei oder für Polizei-Videos von Demonstrationen lassen sich durchaus Begründungen finden.

Ungeachtet eines nachvollziehbaren oder sogar eines verfassungsmäßig zu rechtfertigenden Zweckes durch solche Regelungen wird die Menge der in den verschiedenen Bereichen unseres Lebens erhobenen Daten kontinuierlich größer. Alles das kann dann, wird dann auch den großen Datenhaufen vergrößern, stehen dann also der Total-Überwachung durch Geheimdienste oder auch Private zur Verfügung, die Zugang haben oder sich verschaffen können.

Zusätzliche Datenmengen in ständig wachsenden Größenordnungen kommen auch durch die Benutzung von Geräten und Dienstleistungen hinzu, die wir heute in allen Lebens- und Arbeitsbereichen freiwillig in Anspruch nehmen.

Diese Daten fallen zunächst nicht unmittelbar bei den staatlichen Spähzentralen an, landen aber, wie wir seit Snowden wissen, auf die eine oder andere Weise wieder auf dem großen Datenhaufen. Das kann über die Absaugmethode der Fall sein oder auch auf dem Weg über von Public Private Partnership in neuer Form erfolgen.

Auch die immer stärker anwachsende Menge von Daten bei Unternehmen, die uns aus kommerziellen Gründen ausforschen und bewerten, muss uns Sorgen bereiten.

Wie schon erwähnt, produzieren wir diese Daten selbst – oder sie werden mit unserem Einverständnis produziert.

Das BVerfG hat in seinem grundlegenden Volkszählungs-Urteil von 1981, das ja den Beginn des digitalen Zeitalters markiert, dieses Einverständnis, die Einwilligung des Betroffenen als eines der essentiellen Elemente des Datenschutzes zur Sicherung unserer Persönlichkeitsrechte aus Art. 2 GG festgeschrieben, und diese untrennbar mit dem Grundsatz der Menschenwürde verbunden.

Das war eine großartige Entscheidung, die auch in den nachfolgenden Urteilen des deutschen Bundesverfassungsgerichts – und neuestens auch des Europäischen Gerichtshofs in Luxemburg – bestätigt und ausgebaut wurde.

Aber – müssen wir angesichts der neuen Lage heute nicht fragen, ob die verlangte Einwilligung durch den Betroffenen heute ihre Rolle überhaupt noch erfüllen kann? Reicht das überhaupt noch aus?

Ich habe da erhebliche Zweifel, die sich aus der Tatsache ergeben, dass die allermeisten Nutzer von IT- Geräten und -Dienstleistungen überhaupt nicht wissen oder nicht mehr im Detail übersehen können, in welche Erhebung und Verwertung ihrer Daten sie einwilligen. Deshalb auch hier meine Fragen:

Welche Informationen haben Sie als Experten wirklich über die Daten, die Ihr Smartphone, Ihre Apps, die von Ihnen genutzten IT-Dienstleistungen der verschiedensten Art über Sie, Ihre Lebensumstände, Ihre Arbeit, Ihre Einstellungen und Gefühle zu welchen Zwecken weitergibt? Und, wie ist das mit normalen Anwendern? Mit älteren Menschen, die sich mit dem IT-Zeitalter schwer tun, aber Apps und Smartphones anwenden, die skypen und sonstige Dienstleistungen benutzen? Wie ist das mit Kindern, die heute ja immer häufiger und früher zu Nutzern werden?

Kann man wirklich sagen, dass alles das, was da genutzt wird, durch informierte und bewusste Einwilligung gedeckt ist?

Wie gesagt, die Kompliziertheit vieler Geräte und Dienstleistungen, aber auch die schiere Masse der IT-Geräte, die wir heute nutzen, macht meiner Ansicht nach die verlangte Einwilligung zur Farce; noch mehr allerdings die Behauptung, wir als Betroffene müssten kontrollieren können, was wo mit unseren Daten geschieht.

Dies umso mehr, weil wir ja immer mehr Apps und Dienstleistungen nutzen, weil uns das durch gekonntes Marketing verführerisch angepriesen wird. Hier spielt die Musik in der Wirtschaft, kein Zweifel. Auch dazu nur wenige Beispiele:

- Die Apotheken-App kann mehr Bequemlichkeit bringen, transportiert aber Gesundheitsdaten.
- Die wachsende Zahl von Auto-IT, und ich meine jetzt nicht die Nachlässe auf die Kfz-Ver-

sicherung, die durch eine mehr als zweifelhafte Blackbox erkaufte werden, erleichtert uns das Fahren, transportiert aber zusätzliche Informationen über uns, unser Verkehrsverhalten und vieles mehr.

- Und die wachsende Gruppe der sog. intelligenten Hausgeräte tut das auch:
- Google hat jetzt gerade einen Hersteller von elektronischen Temperaturreglern aufgekauft – für viel Geld. Das machen die nicht nur wegen unserer Bequemlichkeit, sondern weil die auch melden können, wann Sie da sind, ob Sie rauchen, wie viel und womit Sie heizen.... alles verwertbare und verkaufbare Informationen.
- Hinzu kommen elektronische Stromablesegeräte oder Waschmaschinen und Eisschränke, die Infos erheben und weitergeben.
- und dann die ganze neue Palette von elektronischen Chips, die in Kleidungsstücke eingewebt sind, die wir kaufen und die unter anderem zurückerklären, wo wir wohnen....

Vieles erwähne ich hier nicht, weil wir jeden Tag Berichte über Neues, wie „interaktive“ Fernseher, PCs, Spielkonsolen, aber auch das sog. Internet der Dinge lesen und hören.

Alle diese Geräte und Dienstleistungen benutzen wir „freiwillig“ oder durch gutes Marketing von ihrem Wert für Bequemlichkeit, Unterhaltung oder sonstigem Nutzen überzeugt.

Alle diese Geräte und Dienstleistungen melden Daten über uns, unser Leben und unsere Gewohnheiten zurück. Hier reicht das Instrument der Einwilligung nicht mehr als Rechtsgrundlage aus. Auch abgesehen davon, dass diese Daten den riesigen kommerziellen und staatlichen Nutzern zur Verfügung stehenden Datenhaufen anschwellen lassen, müssen wir vielmehr darüber nachdenken, wie Nutzer und Anwender besser geschützt wer-

den können.

Festgelegt werden muss, dass und welche Daten nicht erhoben und weitergemeldet werden dürfen.

Dazu brauchen wir klare Verbotsregelungen und Standards für Geräte und Programme. Sie müssen so konzipiert sein und dürfen nur auf den Markt kommen, wenn sie den Verbotsregelungen entsprechen. Beispiel dafür ist die neue sog. Google-Brille, die als Überwachungsinstrument für Alle die Verletzung von Persönlichkeits- und Freiheitsrechten geradezu provoziert. Hier müssen Verbotsnormen die Zulassung reglementieren.

### VI.

Was muss noch getan werden? Und von wem?

Eine ganze Reihe von Vorschlägen ist längst bekannt, wurde aber nie umgesetzt. Diese Vorschläge werden jetzt jedoch wichtiger.

Einen allerdings werden Sie hier nicht finden, weil ich ihn weder für richtig noch für akzeptabel halte: Den Vorschlag, auf IT-Kommunikation und IT-Nutzung ganz zu verzichten. Auch wenn man jüngst lesen konnte, die NSA habe einen großen Posten analoger Schreibmaschinen gekauft ...

Ich halte den vollständigen Verzicht auf die IT-Nutzung für undurchführbar, aber nicht nur das, ich halte ihn auch für falsch. Außerdem hat das Bundesverfassungsgericht in seiner wegweisenden Entscheidung von 1981 und den vielen nachfolgenden Urteilen längst festgelegt, dass die Nutzung der neuen Geräte und Dienstleistungen möglich sein muss, dass deshalb Wege gefunden werden müssen, um bei Nutzung die individuellen Persönlichkeitsrechte zu schützen und die Freiheit unserer Gesellschaft zu erhalten. Genau darum geht es.

Um das möglich zu machen, müssen endlich die Kritiker und Gegner des Datenschutzes aufhören, Datenschutz verächtlich zu machen und in der Öffentlichkeit zu verleumden.

Das ist wichtig, weil die Zeit noch gar nicht so lange vorbei ist, in der eine große demokratische Partei mit dem Slogan „Datenschutz ist Täterschutz“ in den Wahlkampf gezogen ist. Das war, Sie erinnern sich, 2009, und auch heute sind immer noch Restbestände dieses Denkens zu spüren – in der Wirtschaft, in Verwaltungen, aber auch bei schlecht informierten Journalisten wird immer noch nachgeplappert, Datenschutz sei zu bürokratisch, teuer und unnötig. Daran ist letztlich auch das zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten so wichtige Projekt eines Arbeitnehmerdatenschutzgesetzes bisher gescheitert. Das darf so nicht weiter gehen.

Auch jeder einzelne Nutzer kann und muss mehr tun:

In den letzten Jahren ist der wichtige Grundsatz der Datensparsamkeit häufig genug und gerade bei jungen Leuten nicht ausreichend beachtet worden

Auch das muss sich schnell ändern – hier spielen Vorbilder, Erziehung und Aufklärung eine wichtige Rolle.

Ich halte auch sinnvolle Verschlüsselungsprogramme für Anwender und Anbieter durchaus für hilfreich – bis zu einem gewissen Grad, versteht sich. Einen vollständigen Schutz bieten die gebrauchsfähigen Verschlüsselungsprogramme sicherlich nicht, aber, wie schon gesagt, für Teilbereiche können sie hilfreich sein.

Heute ist es des weiteren zentral wichtig, die Politik daran zu erinnern, dass Karlsruhe nicht allein die schon erwähnten Grundsätze des Datenschutzes als Teil des Grundrechts auf Informationelle Selbstbestimmung festgeschrieben hat, die end-

lich umgesetzt werden müssen.

Das Bundesverfassungsgericht hat vielmehr auch festgelegt, dass es Aufgabe des Staates sei, dieses Grundrecht auch durch die grundsätzliche Freihaltung der Kommunikationswege von Überwachung zu schützen und zu gewährleisten.

Damit haben die Bundesverfassungsrichter nicht nur unsere individuellen Persönlichkeitsrechte, sondern auch die Freiheit unserer Gesellschaft und deren Bedrohung im digitalen Zeitalter im Blick.

Diese Entscheidung legt fest, dass es ein klares Regel-Ausnahme-Verhältnis geben muss: die Freiheit der Kommunikationswege von Überwachung muss die Regel sein; die hat der Staat zu gewährleisten; darauf müssen sich die Bürgerinnen und Bürger verlassen können. Dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten der Persönlichkeits- und Freiheitsrechte hat auch der Europäische Gerichtshof in seiner Entscheidung zur Europäischen Richtlinie über die Online-Speicherung in erfreulicher Klarheit bestätigt und damit für die Europäische Union verbindlich gemacht.

Damit ist der Auftrag an den Staat, an die Mitgliedsstaaten und an die Europäische Union klar: Sie alle müssen, sie sind dazu verpflichtet, dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis wieder herzustellen, auch dann, wenn sie sich deshalb mit einflussreichen Wirtschaftsunternehmen oder ausländischen Partnern auseinandersetzen müssen.

Deshalb muss die Forderung zunächst an Bundesregierung und Bundestag gerichtet sein, hier endlich aktiv zu werden und Persönlichkeits- und Freiheitsrechte umgehend stärker zu schützen.

Dazu sind neben besseren, zeitgemäßen Datenschutzregelungen auch die schon angedeuteten Mindeststandards für IT-Geräte und Dienstleistungen, die eine Erhebung und Verwertung von persönlichen Daten nicht zulassen, erforderlich.

Die gleichen Forderungen müssen auch an die Europäische Kommission, den Rat und an das Europäische Parlament gerichtet werden, weil solche Regelungen national heute nicht mehr sinnvoll beschlossen werden können. Wie schwer eine schnelle Verbesserung hier zu erreichen sein wird, lässt sich am Verhalten der Briten gegenüber Snowden oder auch ihrem Geheimdienst ablesen. Die Unterschiede in den Auffassungen sind immer noch groß – allerdings dürfte die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs einige Fortschritte ermöglichen. Die Auseinandersetzung um die EU-Datenschutzgrundverordnung ist allerdings noch lange nicht zu Ende. Die Änderungsvorschläge, die das EP beschlossen hat und die von der EU-Kommission mitgetragen werden, entsprechen noch längst nicht dem Einschnitt, den die Veröffentlichung der Snowden-Dokumente markiert.

Regelungen über verbindliche Daten schonende technische Standards, über Verschlüsselungen und vor allem auch über die Wiederherstellung des Persönlichkeitsrecht und Gesellschaftliche Freiheit sichernde Regel-Ausnahme-Verhältnisses für Überwachung müssen heute auch über Europa hinaus global vereinbart werden. Auch das wird Zeit brauchen. Schon das Verhalten der US-Regierung zeigt, wie weit wir von solchen, ja auf Konsens aufbauenden globalen Konventionen entfernt sind.

Resignation angesichts der großen Schwierigkeiten ist dennoch nicht angesagt. Rechte mussten und müssen immer und überall immer wieder neue erkämpft und durchgesetzt werden. Das ist nie leicht, aber möglich.

Mittlerweile liegen Vorschläge für globale Konventionen bereits auf dem Tisch. Den Anfang hat die rechtlich zwar nicht verbindliche, aber politisch wichtige Entschließung der Vollversammlung der Vereinten Nationen gemacht. Auch nichtstaatliche Organisationen rufen heute nach einer Erganzung der Menschenrechtskonventionen durch eine

Charta des Internet. Diese Überlegungen müssen wir aufgreifen und fortentwickeln. Hier liegt nicht allein eine wichtige Aufgabe fur die Politik; hier ist auch und gerade die Zivilgesellschaft gefordert.

## FORUM 7

# Digitalisierung der Arbeitswelt<sup>1</sup>

### Prof. Dr. Peter Wedde

Professor für Arbeitsrecht und Recht der Informationsgesellschaft an der Fachhochschule Frankfurt a. M.



Forum 7: Prof. Dr. Peter Wedde und Prof. Dr. Jan Marco Leimeister (im Hintergrund)

### I. Ausgangssituation

Neue Anwendungen aus dem Bereich der Informationstechnik (IT) verändern derzeit grundlegend alle Lebensbereiche. Der private Bereich wird ebenso digitalisiert wie das gesellschaftliche und politische Leben oder die Arbeitswelt. Der Begriff „Digitalisierung“ ist in diesem Zusammenhang ein Synonym für die vielfältigen Auswirkungen und Folgen, die mit IT-Anwendungen einhergehen. Er steht aber auch für Veränderungen der Arbeitsprozesse, die mit IT-Anwendungen möglich werden bzw. die aus ihnen folgen.

Im Arbeitsleben schafft die Digitalisierung neue Arbeitsumgebungen und neue Möglichkeiten der Arbeitsorganisation und der Arbeitsgestaltung. Für die stattfindende Entwicklung stehen so unterschiedliche Schlagworte wie beispielsweise „Desk-Sharing“, „Bring your own Device“; „Cloud-Working“, „Crowd Sourcing“ „Social Business“; „Industrie 4.0“ oder „unternehmensüber-

greifende europa- oder weltweite Projektarbeit“. Gemeinsam ist den hinter diesen Schlagworten stehenden Entwicklungen, dass die individuelle Arbeitserbringung immer seltener durch Vorgesetzte gesteuert und kontrolliert wird, dafür aber immer öfter durch IT-Anwendungen und -programme. Hinzu kommt, dass die Arbeitserbringung in einer zunehmenden Zahl von Fällen im Rahmen mobiler Arbeitsformen räumlich von den Betriebsgebäuden der Arbeitgeber gelöst wird.

Die neuen Arbeitsmöglichkeiten werden von einer Reihe von Beschäftigten durchaus positiv aufgenommen. Dies gilt beispielsweise für die berufliche Nutzung eigener IT-Geräte im Rahmen von „Bring Your Own Device“-Konzepten, die dem Wunsch gerecht werden, betriebliche Aufgaben mit vertrauten und schicken eigenen IT-Geräten zu erledigen, die nicht selten leistungsfähiger sind als dienstliches Equipment. Auch die sich mit mobiler Arbeit verbindende räumliche und zeitliche Flexibilität erfreut sich einer zunehmenden Wertschätzung.

Das mit „Bring Your Own Device“ und mit mobiler Arbeit oft einhergehende Verschwinden der

<sup>1</sup> Impulsreferat im Forum 7 „Digitalisierung der Lebens- und Arbeitswelt – Welche Regelungsbedarfe ergeben sich“ im Rahmen des Rechtspolitischen Kongresses am 25./26. März 2014 in Berlin. Die Vortragsfassung wurde beibehalten.

Abgrenzung zwischen privater und beruflicher Sphäre wird von vielen Beschäftigten weitgehend kritiklos in Kauf genommen. Teilweise sind diese Effekte sogar gewollt. Verärgerung macht sich dann aber schnell breit, wenn etwa „Bring Your Own Device“-Begeisterte aufgefordert werden, ihre privaten Geräte vor der Arbeitsaufnahme zunächst einmal für die Erledigung betrieblicher Aufgaben einrichten zu lassen. Diese Einrichtung besteht zumeist darin, dass aus betrieblicher Sicht kritische Anwendungen auf den privaten Geräten gelöscht oder gesperrt werden. Zudem werden für dienstliche Zwecke auf die privaten Geräte regelmäßig „Client-“ und „VPN-Programme“ sowie weitere firmenspezifische Software aufgespielt. Dies kann dann zur Folge haben, dass auf einem „schicken Air-Rechner“ der Firma Apple dieselbe, oft als „langweilig“ empfundene, Software läuft wie auf arbeitgebereigenen Geräten.

Mit mobiler Arbeit verbinden viele Beschäftigte neue Freiheiten der Arbeitserbringung. Von den Protagonisten dieser Arbeitsform wird ihnen vielfach mehr Flexibilität und Selbstbestimmung versprochen. Die Realität ist allerdings ernüchternd: Mobile Arbeit zeichnet sich in vielen Fällen durch permanente Erreichbarkeit ohne Bereitschafts- oder Überstundenzuschläge aus. Hinzu kommen umfassende Kontrollmöglichkeiten, die sich neben der Arbeitserbringung auch auf Rahmenfaktoren wie etwa Arbeitsorte beziehen können. Vorteilhaft für Arbeitgeber ist zudem, dass sich so das betriebliche Raumangebot optimieren lässt. In der Gesamtschau liegen die Vorteile mobiler Arbeit auf Seiten der Arbeitgeber, während auf Beschäftigte zusätzliche Belastungen zukommen.

Kritisch ist zudem anzumerken, dass sich in der Debatte um mobile Arbeit inzwischen wieder das Argument findet, dass es so möglich sein soll, Beruf und Kindererziehung unter einen Hut zu bringen. Dieses Argument schlug sich anlässlich der CeBIT vor ein paar Wochen in einer Fülle von Bildern nieder, in denen Frauen mit einem Säugling auf dem Schoß an einem Notebook arbeiteten. Diese Sicht-

weise nimmt längst vergessen geglaubte Vorurteile und Rollenklischees wieder auf, die schon vor ziemlich genau dreißig Jahren in der Debatte um die Vor- und Nachteile von „Telearbeit“ diskutiert und widerlegt wurden. Schon damals wurde nämlich in wissenschaftlichen Untersuchungen festgestellt, dass Telearbeit nur effektiv und ein Gewinn für die Beschäftigten ist, wenn Kinder während dieser Zeit anderweitig betreut werden. Deshalb ist bezüglich der neuen Idealisierung der mobilen Arbeit als familienfreundlicher Arbeitsform Vorsicht geboten. Mobile Arbeit ist kein Ersatz für fehlende familienfreundliche Arbeitsplätze in betrieblichen Arbeitsstätten.

Die Digitalisierung der Arbeitswelt verbessert die Möglichkeiten, Tätigkeiten zu steuern und zu kontrollieren, ohne dass die aus arbeitsrechtlicher Sicht für die Feststellung eines Arbeitsverhältnisses notwendige „persönliche Abhängigkeit“ von einem bestimmten Arbeitgeber noch erkannt werden kann. Werden beispielsweise Beschäftigten kleine Arbeitspakete ohne Zeitvorgaben, Erledigungszwang und räumliche Vorgaben angeboten, kann es an einer Festlegung von Ort und Zeit der Arbeit fehlen. Ist der Anbieter außerhalb der Bundesrepublik Deutschland angesiedelt, kann es fraglich sein, ob deutsches Arbeitsrecht überhaupt noch zur Anwendung kommt. Das Bestehen einer persönlichen Abhängigkeit wird für derartige Konzepte gerichtlich nur noch schwer feststellbar sein.

Der uns derzeit vertraute und vielfach bewährte arbeitsrechtliche Regelungsrahmen, der an das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses anknüpft, könnte damit möglicherweise vor seiner partiellen oder flächendeckenden Auflösung stehen. Er könnte insbesondere in den Fällen verschwinden, in denen Arbeitsaufgaben im Rahmen von „grenzüberschreitenden Lieferketten“ auf der Grundlage von Werkverträgen per „Crowd Sourcing“ aus dem Ausland angeboten werden.

Veränderungen als Folge der Digitalisierung der Arbeitswelt zeichnen sich nicht nur für mobile Ar-

beit oder für „Crowd Sourcing“ ab, sondern auch für „klassische Arbeitsverhältnisse“ im Verwaltungs-, Produktions- und Dienstleistungsbereich. Produktionsmitarbeiter müssen sich beispielsweise darauf einstellen, dass ihre Arbeit umfassend von Programmen gesteuert und kontrolliert wird und dass die Software eine individuelle Verhaltens- und Leistungsbewertung gleich mit erledigt. Im Verwaltungs- und Dienstleistungsbereich zeichnet sich eine zunehmende Fraktionierung der Arbeitsaufgaben ab. Diese wird durch sich verbreitende „Social Business“-Arbeitsoberflächen begünstigt. Diese Oberflächen ähneln den aus sozialen Netzwerken bekannten Bildschirmoberflächen, integrieren alle für die Arbeitserbringung notwendigen Einzelprogramme und bieten Arbeitgebern umfassende Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten.

Keine der skizzierten neuen technischen Möglichkeiten der digitalisierten Arbeitswelt lässt sich klar mit Attributen wie „positiv“ oder „negativ“ belegen. Einzelne Anwendungen wie insbesondere die vorstehend angesprochenen „Social Business“-Programme werden von Beschäftigten teilweise sehr positiv aufgenommen. Bei näherem Hinschauen zeigt sich aber, dass zu Lasten der Beschäftigten negative Effekte zumeist überwiegen.

## II. Die praktische Ebene

Im Verwaltungsbereich wird Arbeit schon heute vielfach orientiert an vorgegebenen „Fallzahlen“ oder „Arbeitseinheiten“ erbracht. Die zunehmende elektronische Vernetzung ermöglicht die umfassende Fraktionierung von Arbeitsaufgaben. Einzelne Mitarbeiter müssen nur noch von Programmen vorgegebene kleine Teilaufgaben erledigen. Derartige Konzepte machen umfassende Fachkenntnisse zumeist entbehrlich. Die ganzheitliche Erledigung von Aufgaben bleibt hingegen einschlägiger Software vorbehalten, die die einzelnen Arbeitsfragmente zusammenführt. „Social Business“-Anwendungen liefern für diese neue Art der Arbeitserbringung die Werkzeuge und

beinhalten zugleich optimierte Kontrollinstanzen. Die Kombination von individuellen Leistungsdaten und in Systemen vorhandenen Metadaten wird zu umfassenden individuellen Arbeits-, Leistungs- und Verhaltensprofilen führen. Fachqualifikationen werden damit mittelfristig entwertet und Beschäftigte werden schnell und flexibel austauschbar.

Ähnlich weitreichende Veränderungen zeichnen sich für den Produktionsbereich ab, der sich auf dem Weg zur „Industrie 4.0“ befindet. Betriebsdatenerfassungssysteme registrieren beispielsweise nicht mehr nur die überschaubaren Bedienerdaten. Mittels universell einsetzbarer RFID-Tags können sie beispielsweise auch feststellen, welche Werkstücke an welchen Arbeitsplätzen liegen und wer zur Bearbeitung welche Werkzeuge wie und wie lange verwendet. Am Werkstor prüft die Kontrollelektronik zudem zuverlässig, ob ein Beschäftigter versehentlich noch ein Werkstück oder ein Werkzeug dabei hat.

In Betriebsgebäuden registrieren Betriebsdatenerfassungssysteme auch, wo sich Mitarbeiter gerade aufhalten. Möglich wird dies, weil auch in die Firmenausweise inzwischen RFID-Chips integriert werden. Diese Integration wird Beschäftigten mit der Begründung als Vorteil angepriesen, dass sie sich für die Bedienung von Maschinen nicht mehr per Tastatur anmelden müssen. Da die genutzte RFID-Technologie auf Standardkomponenten und -techniken aufbaut, könnten Betriebsdatenerfassungssysteme theoretisch auch die ebenfalls mit RFID-Chips versehene Arbeitskleidung erfassen.

Spannend sind die Versprechungen mancher Herstellers von Betriebsdatenerfassungssoftware: In Prospekten ist teilweise davon die Rede, dass auch die tagesaktuelle Leistungsfähigkeit von Beschäftigten elektronisch erkennbar ist und dass so eine fortwährende „Personaloptimierung“ möglich wird. Darüber hinaus soll die Software anhand von Bewegungs- und Bediendaten erkennen können, ob etwa während der Arbeitszeit unzulässiger-

weise Alkohol oder andere verbotene Substanzen konsumiert werden. Mit dem nächsten Schritt der technischen Entwicklung könnte dann vielleicht das Angebot hinzukommen, Krankheiten erkennen zu können, bevor die Beschäftigten sie selbst bemerkt haben.

### III. Die rechtliche Ebene

Aus den Auswirkungen der fortschreitenden Digitalisierung leiten sich bezogen auf die Arbeitswelt zahlreiche juristische Fragen ab. Es zeigt sich insbesondere, dass vertraute und bewährte normative Regelungsmodelle mit dem Innovationstempo und den sich hieraus ableitenden Gestaltungsmöglichkeiten der digitalisierten Arbeit nicht mehr Schritt halten können.

Auf der individualrechtlichen Ebene stellen sich grundlegende Probleme schon im Bewerbungsverfahren ein: Bewerber werden von potentiellen Arbeitgebern immer öfter mit Zusatzwissen konfrontiert, das über den Informationsgehalt der vorgelegten Bewerbungsunterlagen hinausgeht. Dieses lässt sich in der Regel einfach mit Suchmaschinen im Internet gewinnen. Hierzu gehören auch Informationen aus sozialen Netzwerken, die oft nur unzureichend gegen unbefugte Zugriffe geschützt sind.

Die nächste Stufe der Entwicklung könnte erreicht sein, wenn es, wie in den USA nicht unüblich, dazu kommt, dass Bewerber gebeten werden, ihre Passworte für Accounts in sozialen Netzwerken herauszugeben, damit potentielle Arbeitgeber auf die privaten Seiten schauen können.

Nach Abschluss eines Arbeitsvertrags müssen Beschäftigte zur Kenntnis nehmen, dass Informationen, die über sie in IT-Systemen der Arbeitgeber gespeichert sind, teilweise zweckfremd ausgewertet und bei Bedarf auch gegen sie verwendet werden können. Zudem werden über sie im Internet und insbesondere in sozialen Netzwerken in vie-

len Fällen private und persönliche Informationen erhoben. Hierauf weist die zunehmende Zahl von Kündigungen hin, die sich auf derartige Informationen beziehen.

Auf der kollektivrechtlichen Ebene müssen sich Betriebsräte mit technischen Systemen auseinandersetzen, die in ihrer Komplexität, ihren Wirkungsweisen und ihren Möglichkeiten eigentlich nur noch für Experten durchschaubar sind. Eine Folge dieser Komplexität ist, dass Betriebsräte nur noch auf Aktivitäten der Arbeitgeber reagieren können. Zu einer eigenständigen und innovativen Gestaltung sind sie hingegen oft fachlich und zeitlich nicht mehr in der Lage. Hinzu kommt die internationale Komponente der Digitalisierung: Betriebs- und Beschäftigtendaten werden inzwischen vielfach außerhalb der BRD verarbeitet, was die praktischen kollektivrechtlichen Durchsetzungsmöglichkeiten von Betriebsräten mit Blick auf das Territorialitätsprinzip des BetrVG sehr begrenzt.

Dies mussten beispielsweise jüngst Betriebsräte erfahren, als eine neue Personalsoftware auf der Grundlage von „Software as a Service“ (SaaS) eingeführt wurde. Bei diesem neuartigen Konzept wird Software nicht mehr auf Systemen des Arbeitgebers installiert, sondern zentral vom Anbieter vorgehalten und betrieben. Der Anbieter pflegt die Software und entwickelt sie weiter. Dies hat für die Betriebsräte im angesprochenen Beispielfall zur Folge, dass sie nicht mehr nachvollziehen können, welche Verarbeitungen mit der Software erfolgen, welche Kontrollmechanismen die Software enthält oder welche neuen Programmteile später eingefügt werden (können).

Konzepte wie „SaaS“ verdeutlichen, dass vertraute und bewährte Mitbestimmungsrechte nur noch begrenzt zur Bewältigung der Probleme geeignet sind, die mit der Digitalisierung der Arbeitswelt einhergehen. Hinzu kommt, dass einschlägige Mitbestimmungsrechte wie § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG einen Teil ihrer Wirksamkeit der Präzisierung

und Auslegung verdanken, die die Rechtsprechung vorgenommen hat. Würde sich diese Rechtsprechung zu Lasten des derzeit bestehenden Mitbestimmungsrahmens wandeln, hätte dies unmittelbar eine Reduzierung heute bestehender Mitbestimmungsmöglichkeiten zur Folge.

Ein zusätzlicher Schutz vor negativen Auswirkungen der Digitalisierung leitet sich für den arbeitsrechtlichen Bereich aus einschlägigen Vorschriften des Datenschutzrechts ab. Dieser resultiert daraus, dass Betriebsräte bei der Ausfüllung ihrer Mitbestimmungsrechte vom Arbeitgeber ein gesetzeskonformes Verhalten fordern können, das auch die Beachtung einschlägiger Datenschutzvorschriften durch Arbeitgeber einschließt. Allerdings bleiben in der Praxis viele Verstöße von Arbeitgebern gegen datenschutzrechtliche Vorgaben weitgehend folgen- und sanktionslos. So erfolgt beispielsweise die Vergabe von Verarbeitungsaufträgen mit personenbezogenen Daten der Beschäftigten an Auftragnehmer in einer Reihe von Fällen ohne die gesetzlich durch § 11 BDSG vorgeschriebenen schriftlichen Verträge. Dies ist ein Verstoß gegen den klaren Wortlaut des BDSG, der aber zumeist ohne angemessene Sanktionen bleibt.

Kritisieren Betriebsräte oder Beschäftigte diese Situation, wird ihnen von Arbeitgeberseite oftmals das Argument entgegengehalten, dass die einschlägigen Anforderungen des Datenschutzes nicht mehr zeitgemäß, praktikabel und ökonomisch sind. Ähnliches gilt bei Verstößen gegen andere datenschutzrechtliche Vorgaben wie etwa Löschungspflichten, Zweckänderungsverbote oder Weitergabeverbote.

#### IV. Handlungsnotwendigkeiten

Aus den sich für die digitalisierte Arbeitswelt abzeichnenden Entwicklungen und Problemen leiten sich bezogen auf die Sicherung von Arbeitnehmer- und Betriebsratsrechten zahlreiche Handlungsnotwendigkeiten ab, die sich insbesondere an den

Gesetzgeber richten. Beispielhaft gilt diese Feststellung für die folgenden Themenfelder:

Das Arbeitsverhalten von Beschäftigten wird mit jeder neuen Stufe der Digitalisierung transparenter. Die in neuen IT-Anwendungen und –Systemen anfallenden Daten und Metadaten lassen sich zudem mit Informationen aus dem persönlichen und dem privaten Bereich verknüpfen, die im Internet zu finden sind. Aus individualrechtlicher Sicht führt dies dazu, dass verfassungsrechtlich herausragend geschützte Rechtspositionen wie das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Beschäftigten und das sich hieraus ableitende Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung in der arbeitsrechtlichen Praxis immer mehr in Frage gestellt werden.

Dieser Aussage lässt sich zwar das Argument entgegenhalten, dass eine derartige Wissenssammlung einschließlich der Verknüpfung mit privaten Informationen aus dem Internet weder aus arbeitsrechtlicher noch aus datenschutzrechtlicher Sicht zulässig ist. Diese Feststellung hilft aber in der Praxis schon deshalb nicht weiter, weil das aktive Einfordern von Rechten im arbeitsgerichtlichen Verfahren für Arbeitnehmer nicht „karrierefördernd“ ist. Arbeitnehmer riskieren mit einem solchen Vorgehen zudem möglicherweise das Ende ihres Arbeitsverhältnisses. Gleiches gilt bezogen auf andere datenschutz- oder arbeitsrechtlich unzulässige Handlungen von Arbeitgebern wie etwa ausufernde Videoüberwachungen.

Eine Möglichkeit zur Verbesserung dieser Situation könnte die Schaffung klarer Verbotsnormen und sich hiermit zu Lasten von Arbeitgebern verbindender Sanktionsregeln sein. Ergänzt werden könnten derartige Regelungen durch gesetzliche Schadensersatzansprüche, die für Beschäftigte einfach durchsetzbar und für Arbeitgeber nachhaltig spürbar sind. Praktisch könnte eine Verankerung derartiger Schadensersatzansprüche durch eine Erweiterung des § 7 BDSG erfolgen.



Forum 7: Dr. Imke Sommer, Prof. Dr. Marita Körner, Prof. Dr. Jan Marco Leimeister, Moderatorin Isabel Eder und Prof. Dr. Peter Wedde (v.l.n.r.)

Datenschutzrechtlich optimiert werden könnte die Situation der Beschäftigten in der digitalisierten Arbeitswelt weiterhin durch eine Verbesserung der personellen und materiellen Ausstattung der staatlichen Datenschutzaufsichtsbehörden, damit diesen eine effektive und nachhaltige Kontrolle der Einhaltung einschlägiger Datenschutzvorschriften in der betrieblichen Praxis möglich wird. Darüber hinaus wäre es aus Sicht von Beschäftigten und Betriebsräten hilfreich, wenn alle Aufsichtsbehörden sich dem Thema „Beschäftigtendatenschutz“ mit dem Bewusstsein nähern würden, dass die Grundrechte der Beschäftigten im Rahmen einer Interessenabwägung durchaus schwerer wiegen können als das Eigentumsrecht von Arbeitgebern.

Verbessert werden könnte der Schutz der Rechte von Beschäftigten weiterhin durch eine normative Verankerung von wirksamen und neutralen

Datenschutzaudits, die explizit die Einhaltung normativer Schutzvorgaben aus dem Bereich des Beschäftigtendatenschutzes sowie einschlägiger kollektiver Regelungen berücksichtigen. Wären derartige Audits bei Arbeitgebern und bei Betriebsräten gleichermaßen als objektiver Gradmesser für die Qualität und die Situation des Datenschutzes anerkannt, könnten sie etwa auch als Grundlage für Veränderungsmechanismen in IT-Betriebsvereinbarungen herangezogen werden. Dies würde die Einführung neuer Programmversionen für beide Betriebsparteien vereinfachen.

Um Beschäftigte vor Nachteilen und Sanktionen zu schützen, die eine Wahrnehmung von bestehenden Rechten in der Praxis mit sich bringen kann, ist weiterhin die normative Begründung eines datenschutzrechtlichen Verbandsklagerechts zielführend. Dieses müsste im betriebsinternen Rahmen betrieblichen Datenschutzbeauftragten

sowie Betriebsräten und betriebsübergreifend Datenschutzorganisationen ermöglichen, bei Verstößen gegen einschlägige Regelungen und Vorgaben aus dem Bereich des Beschäftigtendatenschutzes stellvertretend für die Betroffenen aus eigener Initiative tätig zu werden.

Im kollektivrechtlichen Bereich gilt es, den mitbestimmungsrechtlichen Status quo zu wahren und auszubauen. Diese Feststellung bezieht sich beispielsweise auf das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 BetrVG, das die zentrale Anspruchsnorm für die Regelung von neuen IT-Anwendungen ist. Die Regelungsmöglichkeiten in § 87 Abs. 1 BetrVG zielten bei Verkündung des BetrVG im Jahr 1972 ursprünglich darauf ab, Betriebsräten ein Mitbestimmungsrecht bei der Einführung von „Produktographen“ und ähnlichen mechanisch geprägten Kontrollinstrumenten einzuräumen. Dass dieses Mitbestimmungsrecht inzwischen auch die Einführung von Software und von programmgesteuerten Geräten und Maschinen beinhaltet, ist ganz wesentlich der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu verdanken. Diese ist allerdings vor Veränderungen nicht geschützt. Soll das Mitbestimmungsrecht in seiner heute bestehenden Form dauerhaft gesichert werden, ist eine normative Verankerung der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze wünschenswert. Hierzu müsste insbesondere die Feststellung gehören, dass das Mitbestimmungsrecht unabhängig von Absichten der Arbeitgeber allein aufgrund der „Eignung zur Kontrolle“ ausgelöst wird.

Darüber hinaus muss im Angesicht der Möglichkeiten, die sich mit der Digitalisierung der Arbeitswelt verbinden, über eine Ausweitung bestehender Mitbestimmungsrechte nachgedacht werden. Notwendig ist beispielsweise ein autonomes „Mitbestimmungsrecht zur Wahrung des Beschäftigtendatenschutzes“, das immer dann greift, wenn ein Handeln des Arbeitgebers datenschutzrechtliche Schutzregelungen tangiert und wenn ihm Gestaltungsspielräume für die Umsetzung datenschutzrechtlicher Maßnahmen Verfügung stehen.

Ein solches Mitbestimmungsrecht müsste beispielsweise erfassen

- die Einhaltung der Vorgaben zur Datenvermeidung und Datensparsamkeit in § 3a BDSG;
- die Umsetzung der datenschutzrechtlichen Zweckbindung nach den §§ 4 Abs. 2 und 28 Abs. 1 Satz 2 BDSG;
- die Regelungen zur Löschung und Sperrung von personenbezogenen Daten in § 35 BDSG;
- die Umsetzung von Maßnahmen des technischen und organisatorischen Datenschutzes in § 9 BDSG.

Mit Blick auf die räumliche Mobilität und Flexibilität, die sich aus der Digitalisierung für die Arbeitswelt ableitet und die zum „Auswandern“ von Arbeit aus den Betrieben führt, ist weiterhin die Schaffung eines Mitbestimmungsrechts wünschenswert, das Betriebsräten kollektivrechtliche Handlungsmöglichkeiten „entlang von IT-Produktionsketten“ einräumt, die unabhängig von den nach dem BetrVG bestehenden Zuständigkeitsgrenzen ist. Ein derartiges Mitbestimmungsrecht müsste die zuständigen Betriebsräte in die Lage versetzen, auf betriebs-, unternehmens- oder konzernübergreifende Konzepte reagieren zu können, soweit die von ihnen vertretenen Beschäftigten hiervon betroffen wären.

Unabhängig vom unmittelbaren arbeitsrechtlichen Bereich lassen sich auch für das Datenschutzrecht bzw. an der Nahtstelle zwischen Arbeits- und Datenschutz zahlreiche Anforderungen formulieren, die den Beschäftigtendatenschutz sichern oder verbessern würden:

- Die derzeit im BDSG enthaltenen Vorgaben zum Beschäftigtendatenschutz müssen präzisiert werden. So bedarf insbesondere der in § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG enthaltene Rechtsbegriff der „Erforderlichkeit“ einer Konkretisierung,

die dem Schutz des Persönlichkeitsrechts von Beschäftigten Vorrang vor Verarbeitungsinteressen des Arbeitgebers einräumt. Dieser Vorrang müsste für die Fälle unterstellt werden, in denen eine Datenerhebung, -verarbeitung oder -nutzung Persönlichkeitsrechte der Beschäftigten verletzt oder in denen solche Verletzungen wahrscheinlich sind. Können derartige Eingriffe nicht vermieden werden, müsste von Arbeitgebern vor Beginn einer Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung der Nachweis erbracht werden, dass sie bei der Ausgestaltung von IT-Verfahren, -Anwendungen oder -Prozessen den für die Persönlichkeitsrechte der Beschäftigten schonendsten Weg gewählt haben. Keine für sich ausreichende Begründung sollte sich in diesen Fällen allein aus wirtschaftlich geprägten Argumenten ableiten lassen. Zudem sollte sich die datenschutzrechtlich relevante Erforderlichkeit als Grundlage für eine Verwendung von Beschäftigtendaten allein an den Gegebenheiten und Notwendigkeiten im eigenen Betrieb orientieren und nicht an denen des Unternehmens oder Konzerns.

- Einer Präzisierung bedürfen auch die im BDSG enthaltenen allgemeinen Grundsätze zur Zweckbindung der Daten, die Arbeitgeber berechtigt erhoben haben. Zweckändernde Verarbeitungen sollten nur dann zulässig sein, wenn Rechte der Beschäftigten nicht negativ beeinflusst werden. Sie sollten zudem nur im Betrieb oder allenfalls im Unternehmen erfolgen können. Konzernweite Verarbeitungen sollten darüber hinaus ausnahmsweise nur dann zulässig sein, wenn es hierfür klare kollektivrechtliche Begrenzungen gibt.
- Arbeitgebern sollten auch beim Vorliegen eines Verdachts auf eine schwerwiegende arbeitsrechtliche Pflichtverletzung keine allgemeinen und pauschalen Auswertungserlaubnisse vorhandener Daten eingeräumt werden. Entsprechende Auswertungsmöglichkeiten sollten vielmehr auf das Vorliegen eines kon-

kreten und durch Tatsachen begründeten Verdachts beschränkt werden. Hinzukommen müsste ein Einvernehmen mit dem zuständigen Betriebsrat, dass diese Voraussetzung erfüllt ist und dass die Auswertung vor diesem Hintergrund ohne handhabbare Alternative ist. Gibt es keinen Betriebsrat, könnte ersatzweise eine Entscheidung der zuständigen Datenschutzaufsichtsbehörde vorausgesetzt werden.

- Die Legitimation von Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen durch individuelle Einwilligungen von Beschäftigten sollte auf die Fälle begrenzt werden, in denen die notwendige Freiwilligkeit von Erklärungen der Beschäftigten außer Zweifel steht. Ihnen muss insbesondere die Möglichkeit eines diskriminierungsfreien Widerrufs eingeräumt werden. Wie sehr diese notwendig ist, zeigt die Situation in vielen Call-Centern, in denen Bewerber nur die Wahl haben: „Einwilligen oder den Job nicht bekommen“.

Praktisch umgesetzt werden könnte die Absicherung der Freiwilligkeit beispielsweise durch die Vorgabe, dass Einwilligungen zur Erhebung und Verarbeitung von Daten von Arbeitgebern nur auf Grundlage einer Erlaubnisregelung in einer Betriebsvereinbarung von Beschäftigten eingefordert werden können. Derartige Formulierungen finden sich schon heute in einer Reihe von Vereinbarungen und bewähren sich in der Praxis.

- Verstößt ein Arbeitgeber bei der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung gegen Vorgaben des Beschäftigtendatenschutzes oder gegen einschlägige Schutzregelungen in kollektivrechtlichen Regelungen, müsste dies deutlich spürbarer als heute sanktioniert werden. Mögliche Sanktionen sollten sich nicht nur auf Bußgelder beschränken, sondern darüber hinaus beispielsweise auch technische Maßnahmen vorsehen wie etwa das temporäre Abschalten von Systemteilen, mit denen Datenschutz-

verstöße begangen wurden, bis eine Wiederholung durch technische und organisatorische Vorkehrungen sicher ausgeschlossen ist. Schließlich könnte über eine Veröffentlichung von Verstößen nachgedacht werden.

- Mittels eines gesetzlichen „Transparenzgebots“ sollten Anbieter von IT-Systemen, mit denen personenbezogene Daten verarbeitet werden, dazu verpflichtet werden, offenzulegen, welche Informationen erfasst werden können. Darüber hinaus könnten sie verpflichtet werden, Systeme in einem Zustand auszuliefern, in dem alle datenschutzkritischen Möglichkeiten auf „aus“ eingestellt sind und nur in einem transparenten und revisionssicheren Verfahren bei Bedarf auf „ein“ gesetzt werden können.
- Bezogen auf konzernweite Datenverarbeitungen darf kein datenschutzrechtliches Konzernprivileg geschaffen werden. Nur so lässt sich vermeiden, dass durch eine konzernweite Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten Rechte der Beschäftigten sowie Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte der örtlich zuständigen Betriebsräte ausgehöhlt werden.
- Die Verarbeitung von Beschäftigtendaten im Ausland sollte datenschutzrechtlich nur zulässig sein, wenn ausgeschlossen ist, dass die im Verarbeitungsland geltende Rechtssituation Datenschutzrechte nach nationalem Recht sowie einschlägige kollektive Regelungen verletzt oder verletzen kann. Ehrlicher Weise muss man zu dieser Forderung allerdings anmerken, dass sie sicherlich das „Aus“ für die Verarbeitung von Beschäftigtendaten in den USA wäre. Tröstlich, dass Entsprechendes auch für Russland und China gilt.
- Bezogen auf aktuelle technische Entwicklungen wie insbesondere die Einführung von „Social Business-Arbeitsoberflächen“ oder die Vergabe von Aufträgen im Rahmen von „Cloud Working“ oder „Crowd Sourcing“ sind grund-

legend neue datenschutzrechtliche sowie arbeits- bzw. kollektivrechtliche Regelungen erforderlich. Diese könnten auf betrieblicher Ebene im Rahmen einer institutionalisierten „IT-Folgeabschätzung“ erarbeitet werden. Eine solche Folgeabschätzung würde aber voraussetzen, dass Betriebsräte bezogen auf grundlegend neue technische Entwicklungen von Arbeitgebern ein Moratorium verlangen könnten, das so lange dauert, bis einerseits eine Einschätzung der Chancen und Risiken erfolgt ist und andererseits hierauf basierende Regelungsvorschläge erarbeitet werden konnten.

## V. Fazit

Fasst man die vorstehend skizzierten Forderungen zusammen, offenbart sich ein umfassender Handlungsbedarf, der sich nicht nur auf die längst überfällige Verkündung eines wirksamen Beschäftigtendatenschutzes beschränkt, sondern darüber hinaus auch die Notwendigkeit der Schaffung neuer bzw. der Verbesserungen bestehender Mitbestimmungstatbestände zu den Themen „Datenschutz“ und „Gestaltung von IT-Verfahren und IT-Systemen“ beinhaltet. Dieser Handlungsbedarf richtet sich zunächst einmal an den Gesetzgeber. Darüber hinaus sind natürlich auch Gewerkschaften und Betriebsräte aufgerufen, im Rahmen des ihnen Möglichen dafür zu sorgen, dass die Digitalisierung nicht dazu führt, dass (Grund-)Rechte von Beschäftigten ausgehöhlt werden oder auf der Strecke bleiben. Es gilt sicherzustellen, dass die Vor- und Nachteile, die die Digitalisierung mit sich bringt, fair verteilt werden.

### Prof. Dr. Peter Wedde

Professor für Arbeitsrecht und Recht der Informationsgesellschaft an der Fachhochschule Frankfurt, wissenschaftlicher Leiter der d+a consulting GbR in Eppstein und wissenschaftlicher Berater der AfA-Anwälte in Frankfurt a.M. Von Oktober 2009 bis Dezember 2013 Direktor und Leiter der Europäischen Akademie der Arbeit in der Universität Frankfurt am Main.

Kontakt: [Wedde@da-consulting.de](mailto:Wedde@da-consulting.de)



## FORUM 8

## Beamte, Kirchen und Daseinsvorsorge – arbeitskampffreie Zonen?

Eine Thesenschrift<sup>1</sup>

### Prof. Dr. Jens Schubert

Leiter der Rechtsabteilung in der ver.di Bundesverwaltung Berlin, Professor für Arbeitsrecht und Europäisches Recht an der Leuphana Universität Lüneburg



### I. Einleitung

Das Arbeitskampfrecht ist immer wieder Gegenstand rechtspolitischer Überlegungen. Forderungen nach einer Begrenzung dieses Grundrechts reißen dabei nicht ab und beziehen sich regelmäßig auf die genannten Felder. In Form einer Thesenschrift soll solchen Überlegungen entgegengetreten werden. Einschränkungen des Arbeitskampfrechts sind weder geboten noch verfassungsrechtlich oder nach internationalem Recht zulässig. Sie würden Schaden für die Demokratie insgesamt verursachen.

### II. Grundsätzliches

1. Ohne die Möglichkeit des Streiks wären Tarifverhandlungen nicht mehr als »kollektives Betteln«. <sup>2</sup> Diese Einschätzung aus den 1980er Jahren gilt auch heute noch. Zweck des Streiks ist es, ein

andernfalls bestehendes Verhandlungsungleichgewicht auszugleichen. <sup>3</sup> Auch hieran hat sich nichts geändert. Arbeitskampf ist Grundrechtsausübung. <sup>4</sup>

2. Streikmöglichkeit, Streikfähigkeit und Streikwilligkeit sind nicht zu unterschätzende Faktoren der Mitgliedergewinnung und Mitgliederbindung und damit der Mobilisierungsfähigkeit; alles höchstrichterlich anerkannte Motive und unerlässlich für das Funktionieren des in Deutschland bewährten Systems der Sozialpartnerschaft. <sup>5</sup>

3. Erst der als Recht der Gewerkschaften und der AN kollektiv ausgestaltete und als ultima ratio ausgeübte Arbeitskampf nebst der demokratischen Struktur der Gewerkschaften ermöglicht es, den entstehenden Tarifnormen eine Richtigkeitsge-

<sup>1</sup> Erweiterter und um Fn. ergänzter Vortrag im Rahmen des Rechtspolitischen Kongresses von DGB, FES und HBS in Berlin am 25./26.3.2014 mit dem Oberthema »Demokratisierung von Gesellschaft und Arbeitswelt – Impulse für eine soziale Rechtspolitik« – Die Thesen des Autors sind durch Aufzählung gekennzeichnet.

<sup>2</sup> BAG 12.3.1985, 1 AZR 636/82, NJW 1985, 2548.

<sup>3</sup> BAG 10.6.1980, 1 AZR 822/79, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

<sup>4</sup> Deinert/Kittner, FS Lörcher, 283 ff., 300.

<sup>5</sup> BAG 22.6.2010, 1 AZR 179/09, AuR 2011, 361; BAG 20.1.2009, 1 AZR 515/08, AuR 2009, 46; BAG 31.5.2005, 1 AZR 141/04, AuR 2005, 268; im Zusammenhang mit Differenzierungsklauseln: BAG 18.3.2009, 4 AZR 64/08, AuR 2009, 362.

währ unterstellen zu können.<sup>6</sup> Ohne die Möglichkeit zum Arbeitskampf fehlt die Legitimation für die vorgesehenen Wirkungen (§§ 3, 4 TVG).<sup>7</sup>

4. Ein Mehr an Aufgaben und Verantwortung für die Tarifvertragsparteien – hierzu gehören insbes. die umfassenden Regelungsaufgaben für die Tarifpartner<sup>8</sup>, die das BAG in der Entscheidung zu den einfachen Differenzierungsklauseln entwickelt hat,<sup>9</sup> sowie die zukünftige Verantwortung der Tarifvertragsparteien im Recht der Mindestentgelte – können nicht mit einem Weniger an Rechten (aus Gewerkschaftsicht arbeitskampffreie Zonen) einhergehen. Alles andere ist widersprüchlich.

5. Die Anzahl der ausgefallenen Arbeitstage wegen Streiks ist in Deutschland im Vergleich zu anderen Industrienationen gering. Dieses rechtstatistische Faktum ist zur Kenntnis zu nehmen.<sup>10</sup>

### III. Verbindungslinien zu einer Demokratisierung von Gesellschaft und Arbeitswelt<sup>11</sup>

6. In einer Demokratie ist es nicht notwendig, arbeitskampffreie Zonen einzurichten. Ultima ratio Prinzip und Verhältnismäßigkeitsprinzip geben anderen Verfassungsgütern (nur solchen!) Raum in Abwägung zur Tarifautonomie und dem Grundrecht auf Streik. Dabei ist es auch der Umgang des Staates mit seinen Aufgaben und Gütern selbst, der ausstrahlt auf die Rechte der Beschäftigten

(nicht nur der AN). Wer bspw. die Überwachung von Justizvollzugsanstalten privatisiert, kann sich nicht für staatlich verbliebene Einrichtungen auf ein Streikverbot für Beamte berufen.

7. Besieht man sich die heutigen Bedingungen in der Wirtschaft sowie auf den Arbeitsmärkten in den Mitgliedstaaten der EU und darüber hinaus (Stichworte: Globalisierung sowie Finanz- und Wirtschaftskrise), stellen TV und ihre Durchsetzung ggf. durch Streiks einen wichtigen Teil der Demokratisierung der Arbeitswelt dar. Nur mittels Arbeitskampf können letztlich faire Arbeitsbedingungen strahlen auf Handlungen, Leistungen und Entscheidungen der öffentlichen Hand aus und sichern deren Akzeptanz mit. Ein Verwaltungsakt wird eben nicht abstrakt von einer Behörde erlassen, sondern von einer dort beschäftigten Person mit dort bestehenden Arbeitsbedingungen und als Teil der Exekutive entsprechend legitimiert.

Die Kombination aus TV und Arbeitskampf ist mithin Ausdruck der Selbstbestimmung der arbeitenden Menschen. Zusätzlich sind Tarifverhandlungen durch ihr Verfahren auf Gewerkschaftsseite durch Tarifkommissionen Ergebnis und Zeichen einer gelebten Demokratisierung<sup>12</sup> und Teilhabe in Betrieben/Unternehmen/Konzernen (Stichworte: citizenship in the enterprise / Partizipation).<sup>13</sup>

8. Tarifautonomie inklusive ihrer Durchsetzungsbedingungen durch Arbeitskampf und Demokratie schließen einander nicht aus oder beschränken einander. Im Gegenteil: Tarifnormen sind Teil der Demokratie, ihre Durchsetzung durch

6 Zu diesem Begriff Kempfen, in: Kempfen/Zachert (Hrsg.), TVG 5. Aufl., Grundlagen Rn. 118 f. verstanden als Richtigkeitschance; Reim/Nebe, in: Däubler(Hrsg.), TVG, 3. Aufl., § 1 Rn. 149 ff.

7 Vgl. auch BAG 10.6.1980, 1 AZR 822/79, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

8 Begriff nach Kamanabrou, Anm. zu AP Nr. 41 zu § 3 TVG.

9 BAG 18.3.2009, 4 AZR 64/08, AuR 2009, 362 (Rn. 60 ff.); vgl. Schubert, ZTR 2011, 579 ff.

10 Bundesagentur für Arbeit: Arbeitsmarkt in Zahlen – Streikstatistik, April 2013; WSI-Statistisches Taschenbuch Tarifpolitik 2013, Abschnitt 4. Zutreffend sind auch die Einschätzungen von Beise, der Gelassenheit anmahnt, SZ, 29./30.3.2014, S. 23 (Der starke Arm).

11 Hier nimmt die Thesenschrift Bezug zum Oberthema des Kongresses: »Demokratisierung von Gesellschaft und Arbeitswelt – Impulse für eine soziale Rechtspolitik«.

12 Z.B. § 68 der ver.di-Satzung nebst der dazu erlassenen Tarifrichtlinie.

13 Vgl. die Ergebnisse des Kolloquiums European Working Group on Labour Law (EWL) und der ILO zu »citizenship in and of the enterprise«, 2002 sowie neu das Forschungsprojekt von Pennings und Jaspers (HBS und Universität Utrecht) zu »citizenship of employees«.

Streik ist Merkmal des demokratischen Prozesses.<sup>14</sup> Ohne gesellschaftliche Demokratie ist politische Demokratie nicht denkbar, und zu jener gehören humane Arbeitsverhältnisse mit Teilhabe- und Beteiligungsrechten.<sup>15</sup> Gegenüber parl. Handlungen sind im Einzelfall zwar gegenseitig Ausbalancierungen denkbar.<sup>16</sup> Parl. (politische) Vorgaben zur Entgeltgestaltung im ö. D. können aber nicht die Tarifautonomie aushebeln. Das gilt auch für staatliche Folgeentscheidungen aus der sog. Schuldenbremse – sie sind kein Blankoscheck zur Aushebelung der Tarifautonomie.<sup>17</sup> Art. 9 Abs. 3 S. 2 u. 3 GG verbieten einen solchen Eingriff. Staatliche AG dürfen sich im Übrigen nicht ihrer Arbeitgeberpflichten durch gesetzgeberische Maßnahmen entledigen. Die insofern bestehende Doppelrolle als AG und Gesetzgeber kann nicht zur Umgehung/Rechtfertigung dienen.<sup>18</sup>

9. Tarifliche Rechtsnormen gehören zum Kanon der Rechtsnormen. Neben den Normen, die durch Parlamente gesetzt werden, stehen für die Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Normen aus autonomer Rechtssetzung der Verbände. Tarifnormen wirken auch im Rahmen des unionalen Subsidiaritätsprinzips, denn der Wortlaut von Art. 5 Abs. 3 EUV (»Ebene«) erfasst auch Tarifnormen.<sup>19</sup> Aus Art. 153 Abs. 5 AEUV folgt, dass die dort aufgeführten Bereiche (z. B. Entgelt) den Mitgliedstaaten oder den dortigen Sozialpartnern

überlassen sind.<sup>20</sup> Dabei dient das Subsidiaritätsprinzip dazu, Bürgernähe herzustellen.<sup>21</sup> Diese Bürgernähe stärkt Demokratie. Ein verstärktes Beachten von nationalen TV in Europa durch konsequente Anwendung des Subsidiaritätsprinzips setzt damit Impulse für eine bürgernahe soziale Rechtspolitik. Das alles gilt aber nur, wenn der TV Legitimation und Akzeptanz beanspruchen kann, und dies wiederum erlangt er nur durch autonome Verfahrensregeln, einschließlich der Möglichkeit der streikweisen Durchsetzung.<sup>22</sup>

10. Die EU strebt sozialen Fortschritt an (Art. 3 Abs. 3 EUV, Art. 9 AEUV, Art. 151 AEUV, Abschnitt Solidarität der EU Grundrechte-Charta (GRCh)). Mag die Frage nach dem Erfordernis einer sozialen Fortschrittsklausel im Primärrecht in diesem Zusammenhang offen sein,<sup>23</sup> so ist jedenfalls klar, dass TV ein Mittel auf dem Weg zu sozialem Fortschritt darstellen. Andernfalls wären auch die Inhalte der Art. 154, 155 AEUV (Anhörung der Sozialpartner / Sozialpartnervereinbarungen) nicht verständlich. Im Übrigen zeigt der unionale Rechtsetzer, wie hoch er tarifvertragliche Vereinbarungen bewertet: Liegt eine Rahmenvereinbarung vor, so bedarf es für deren Umsetzung keiner Beteiligung des EP, dieses wird lediglich unterrichtet, Art. 155 Abs. 2 AEUV. Solchen Rahmenvereinbarungen gehen umfangreiche Diskussionen unter den Tarifpartnern in den Mitgliedstaaten voraus. Das dortige Streikrecht ist wichtig, um Verhandlungen auf unionaler Ebene »Rückendeckung« zu geben. Ob der EGB zum grenzüberschreitenden Streik für eine Rahmenvereinbarung aufrufen kann, ist zwar noch nicht entschieden, Art. 28 GRCh spricht

14 Däubler, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, 3. Aufl., § 8 Rn. 35; vgl. auch Schubert, Public Sector collective bargaining and the distortion of democracy: Do public sector unions have »too much« power? – the German perspective, in: Comparative Labor Law & Policy Journal, Vol. 34, Nr. 2, Winter 2013.

15 Wendeling-Schröder, AuR 1987, 381 mwN.

16 Im Grunde besteht hier zwar ein Unterschied hinsichtlich der betroffenen Verfassungsgüter, in der Struktur aber keiner zur Privatwirtschaft. Was dort die grundsätzlich geschützte unternehmerische Freiheit ist, sind bei der öffentlichen Hand parlamentarische Entscheidungen, die nicht direkt auf die Arbeitsbedingungen einwirken, sondern staatliche Aufgaben erfüllen sollen.

17 Zu Rechtsproblemen des Fiskalpakts vgl. Fischer-Lescano/Oberndorfer, NJW 2013, 9 ff.

18 Vgl. BVerfG 25.11.2011, 1 BvR 1741/09, BVerfGE 128, 157 ff., 184.

19 Vgl. Kempen, KritV 1994, 13 ff. Für Art. 155 AEUV zutreffend Schwarze, in: EAS, B 8100 Rn. 67.

20 Schwarze/von der Groeben-Högel (2003), Art. 137 Rn. 41. Zur Interpretation der Norm vgl. HK-Arbeitsrecht/Schubert, 3. Aufl., AEUV Rn. 11.

21 Vgl. Protokoll Nr. 2 zum Vertrag von Lissabon.

22 Zu den rechtssoziologischen Grundlagen vgl. Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 1969.

23 Vgl. hierzu Schubert, Der Vorschlag der EU-Kommission für eine Monti-II-Verordnung – eine kritische Analyse unter Einbeziehung der Überlegungen zu der Enforcement-Richtlinie, HSI-Schriftenreihe, Band 6 m.w. N.; Kingreen, Soziales Fortschrittsprotokoll, HSI-Schriftenreihe, Band 8.

jedenfalls nicht dagegen.<sup>24</sup> In diesem Zusammenhang sind auch die Bemühungen aus dem EP zu grenzüberschreitenden Kollektivverhandlungen beachtlich.<sup>25</sup> Konzerne, auch solche, die Daseinsvorsorgeleistungen anbieten, sind immer häufiger grenzüberschreitend tätig. Zur Ausgewogenheit in einer europäischen sozialen Marktwirtschaft (Art. 3 Abs. 3 EUV) gehört es dann aber auch, dass das Streikrecht nicht auf nationale Grenzen beschränkt wird.<sup>26</sup> Ein solches kann dann allerdings mit den Grundfreiheiten kollidieren, was vom EuGH anders beurteilt wird als von völkerrechtlichen Institutionen.<sup>27</sup> Für ausgewogene Impulse einer sozialen Rechtspolitik ist daher eine Art »Monti-Paket« erforderlich, welches die beteiligten Rechtspositionen in ein richtiges Verhältnis setzt.

#### IV. Annäherung an die Themenfelder

11. Es bedarf dringend Begriffsklarstellungen und Definitionen, mindestens in folgender Hinsicht:

##### Beamtenbegriff / hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums:

Sind Beamte in privatisierten Unternehmen (z. B. Versorgungsbetriebe der Gemeinden, Postnachfolge-Unternehmen nebst Tochterunternehmen,

Deutsche Bahn) immer noch solche Beschäftigte, denen man das Streikrecht entziehen kann?<sup>28</sup> Hierzu enthält eine Entscheidung des BVerfG zu § 10 PostPersRG erstaunliche Aussagen:<sup>29</sup>

«Das mit dem Wegfall der Sonderzahlung verfolgte Ziel, die **Wettbewerbsfähigkeit der Postnachfolgeunternehmen zu stärken**, ist hinreichend gewichtig, um eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen.« [Hervorhebung des Autors]

Wettbewerbsfähigkeit als Ziel anzuerkennen, heißt Regeln der Privatwirtschaft zu Grunde zu legen. Das Schrifttum ist sich jedenfalls über das Streikverbot (in privatisierten Unternehmen, aber auch in anderen Bereichen wie Schulen) nicht einig (vgl. stellv. die entgegenstehenden Gutachten von Di Fabio<sup>30</sup> und Schuppert).<sup>31</sup> Das BVerfG hat kürzlich jedenfalls eine Kollision von GG und Völkerrecht konstatiert und eine gesetzgeberische Auflösung dieser angemahnt.<sup>32</sup>

##### Kirche ≠ Diakonie/Caritas:

Privilegiert das Kirchenrecht auch kirchliche Wirtschaftsunternehmen, und zwar auch bezüglich des Handelns am Markt? Es spricht einiges dafür, dass ein Auftreten wie ein weltliches Unternehmen die Anwendung weltlichen Rechts (inkl. Streikrecht, BetrVG, MitbestG) nach sich zieht. Verfassungsrechtlich gesprochen ist zudem in diesen Unternehmen der Schutzbereich des Art. 137 Abs. 3 WRV (iVm Art. 140 GG) gar nicht, jedenfalls idR., nicht berührt. Im Übrigen sind Arbeitsverhältnisse keine eigenen Angelegenheiten der Kirchen.<sup>33</sup>

24 AA wohl Rebhahn, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 155 AEUV Rn. 11. Diese Auffassung passt allerdings nicht zum Wortlaut des Art. 28 GRCh (»TV auf den geeigneten Ebenen«) sowie zur Struktur, die an AVE erinnert, denen selbstverständlich Arbeitskämpfe vorangehen können. In gleicher Richtung wie hier Schwarze, in: EAS, B 8100, Rn. 39, unter Einbindung der nationalen Gewerkschaften.

25 Vgl. EP 2012/2292(INI), Händel-Bericht im Ausschuss für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten. Vgl. auch Deinert, Der europäische Kollektivvertrag, 1999, 157 ff.; Warneck, in: Dorsemont/Jaspers/van Hoek, Cross-Border Collective Actions in Europe, 2007, 75 ff.

26 Zum grenzüberschreitenden Unterstützungsstreik vgl. Däubler, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, 3. Aufl., § 32 Rn. 54.

27 Vgl. einerseits die Entscheidungen Viking (EuGH 11.12.2007, C-438/05, AuR 2008, 55 ff.) und Laval (EuGH 18.12.2007, C-341/05, AuR 2008, 59 ff.) und die hierzu ergangene Auseinandersetzung im Schrifttum sowie andererseits jüngst die Auffassung des Europäischen Ausschusses für Soziale Rechte (ESC) zur Schadensersatzpflicht der schwedischen Gewerkschaft im Fall Laval (Beschwerdeverfahren Nr. 85/2012), AuR 2013, 509.

28 Mit zutreffender Einschätzung Werres, DÖV 2011, 873 ff., 880. In der Tendenz wohl auch (jedenfalls als Kollisionssituation mit dem Völkerrecht) vgl. BVerfG 27.2.2014, 2 C 1.13.

29 BVerfG 17.1.2012, 2 BvL 4/09, BVerfGE 130, 52, Ls. 3 a.

30 Di Fabio, Das beamtenrechtliche Streikverbot, 2012 (Rechtsgutachten im Auftrag des Deutschen Beamtenbundes).

31 Schuppert, Das beamtenrechtliche Streikverbot auf dem Prüfstand, 2014 (Rechtsgutachten im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung).

32 BVerfG 27.2.2014, 2 C 1.13. Siehe auch Fn. 115.

33 Vgl. Schlink, JZ 2013, 209 ff.

**Daseinsvorsorge:**

Was meint dieser Begriff und was unterfällt diesem schillernden, ja diffusen und im steten Wandel<sup>34</sup> begriffenen Begriff? Er ist nicht gleichzusetzen mit dem des öffentlichen Dienstes,<sup>35</sup> was über seine Reichweite allerdings noch nichts aussagt. Steht er einem Neben- und Miteinander von staatlichen und tariflichen Normen entgegen? Und wenn der Bereich (oder Tätigkeiten oder Aufgaben) festgelegt ist, bedingt dieser tatsächlich und automatisch, dass Arbeitskämpfe gänzlich nicht hinnehmbar sind? Allesamt Fragen, die noch nicht beantwortet wurden. Wird er möglicherweise nur benutzt, um das Streikrecht prinzipiell zu schwächen (so wohl doch der Vorstoß der C. v. Weizsäcker Stiftung, wenn man allein die Liste der erfassten Branchen besieht, die dem Begriff unterfallen sollen)?<sup>36</sup> Das BVerfG kennt den Begriff, ohne ihn allerdings zu definieren.<sup>37</sup> Auch Gewerkschaften verwenden ihn, jedoch aus einer anderen Perspektive, nämlich um einer finanziellen Unterversorgung z. B. im Gesundheitswesen entgegenzuwirken. Auf diese unterschiedliche Blickrichtung ist zu achten, um Vermischungen zu vermeiden.<sup>38</sup> Jedenfalls kann der Begriff der Daseinsvorsorge nicht der Tarnung von Eingriffen in die Koalitionsfreiheit im Rahmen der Austeritätspolitik (zu hohe Löhne stünden der Erfüllung von Staatsaufgaben bei gleichzeitiger

Sanierung der Haushalte entgegen; Stichworte »six pack«, »two pack«, »Europäisches Semester«) oder hinsichtlich des angedachten und im Geheimen verhandelten Freihandelsabkommens USA-EU (wegen der behaupteten neuen Arbeitsplätze) dienen. Auch in diesen Fällen sind Maßnahmen – wie sonst auch – am Verfassungsrecht zu messen.<sup>39</sup>

## V. Erinnerung an verfassungsrechtliche, unionsrechtliche und völkerrechtliche Grundlagen

12. Art. 9 Abs. 3 GG gestattet keine generellen arbeitskampffreien Zonen. Im Gegenteil gebietet die Norm, dass Einschränkungen des Streikrechts lediglich einzelfallbezogen und nur in begründeten Ausnahmefällen möglich sind. Dies ergibt sich aus der Struktur der Norm und ihrer besonderen Gewährleistungsgarantie (vorbehaltlos, notstandsfest, unmittelbar drittwirkend), die sich regelmäßig gegenüber anderen Interessen durchsetzt. Arbeitskampffreie Zonen juristisch zu begründen heißt, eine Kernbereichslehre in neuem Gewande aufzubauen (statt des Bezuges der Handlungen wäre der Bezug in den Branchen zu sehen).<sup>40</sup> Um Missverständnisse zu vermeiden: Art. 9 Abs. 3 GG ist dabei nicht unantastbar, Gemeinwohlbelange können aber nicht pauschal vorgebracht werden, vielmehr nur solche, »denen gleichermaßen verfassungsrechtlicher Rang gebührt«.<sup>41</sup> Dies gilt, wenn der Staat tätig werden will, ebenso wie im arbeitsgerichtlichen Prozess gegen Streikhandlungen. Es gebührt dabei den Gerichten (letztlich dem BVerfG) und nicht den AG oder gar der öffentlichen Meinung zu bewerten, welchem Belang eine mit Verfassungsrang und zusätzlich im

34 Schliemann, RdA 2012, 14 ff., 17; ErfK/Dieterich/Linsenmaier, 14. Aufl., Art. 9 GG Rn. 134. Eine charakteristische Unschärfe wird auch von Franzen/Thüsing/Waldhoff, Arbeitskampf in der Daseinsvorsorge, 31, konzediert.

35 Rudkowski, Der Streik in der Daseinsvorsorge, Diss, 2012, S. 303; hierzu Schliemann, RdA 2012, 14 ff., 17, der die Definition von Rudkowski kritisch sieht.

36 Franzen/Thüsing/Waldhoff, Arbeitskampf in der Daseinsvorsorge, 2012; zu diesem Vorschlag vgl. Wank, RdA 2013, 61. In Anlehnung an Luhmann wurde das Bündel der Vorschläge zur Behinderung des Streikrechts (Zwangsschlichtung, Zwangsurabstimmung, Zwangsankündigung, Zwangsabkühlungsphase etc.) von Peter Berg als »Streikverbot durch Verfahren« bezeichnet.

37 Vgl. die Entscheidung zu Enteignungen zugunsten privatrechtlich organisierter Energieversorgungsunternehmen, BVerfG 20.3.1984, 1 BvL 28/82, BVerfGE 66, 248, sowie zu öffentlich rechtlichen Sparkassen, BVerfG 14.4.1987, 1 BvR 775/84, BVerfGE 75, 192.

38 Wenn Gewerkschaften für eine Re-Kommunalisierung von Daseinsvorsorgeleistungen eintreten, so dient dies auch dazu, diese Leistungen wieder einer demokratischen Kontrolle zu unterwerfen.

39 Vgl. zur Austeritätspolitik Bryde, SR 2012, 2 ff.; Fischer-Lescano, KJ 2014, 2 ff., zu den Memoranda of Understanding; Seifert, SR 2014, 14 ff.

40 Zur Aufgabe der alten Kernbereichslehre: BVerfG 14.11.1995, 1 BvR 601/92, BVerfGE 93, 352.

41 BVerfG 27.4.1999, 1 BvR 2203/93, BVerfGE 100, 271; vgl. auch ErfK/Dieterich/Linsenmaier, 14. Aufl., Art. 9 GG Rn. 126 ff. und BAG 7.7.2010, 4 AZR 549/08, AP Nr. 140 zu Art. 9 GG sowie im Aussparungsbeschluss BAG 21.4.1971, GS 1/68, BAGE 23, 292 ff., 306.

Rahmen praktischer Konkordanz stattfindende verdrängende Wirkung zukommt.<sup>42</sup> Der Souverän gibt dabei die Vorgaben, was dem Gemeinwohl zuzurechnen ist.<sup>43</sup>

13. Der Gehalt von Art. 9 Abs. 3 GG hinsichtlich des Arbeitskampfrechts wird auch durch eine völkerrechtsfreundliche Auslegung des Grundgesetzes flankiert und ausgefüllt.<sup>44</sup> Diese wird maßgeblich durch die Rspr. des EGMR zu Art. 11 EMRK getragen. Herausragend sind hier die Entscheidungen Demir und Baykara sowie Enerji YapiYol-Sen und Pastorul cel Bun, die allesamt das Streikrecht als Menschenrecht und Teil des Art. 11 EMRK begreifen.<sup>45</sup> Dabei greift der EGMR immer wieder auf andere Völkerrechtsquellen zurück, die auf diesem Wege neben der grundgesetzlichen Bindung an völkerrechtliche Verträge oder Völkergewohn-

heitsrecht auf das deutsche Recht einwirken.<sup>46</sup> Zu diesen zählen Art. 6 Nr. 4 ESC<sup>47</sup> und das ILO-Übereinkommen 87.<sup>48</sup> Sie dienen auch als Auslegungshilfe für das Unionsrecht.<sup>49</sup> Die völkerrechtliche Absicherung des Streikrechts wird bislang in Teilen des Schrifttums zu Unrecht unterbewertet.<sup>50</sup> Sie hat gerade auch Auswirkung auf das Verhältnis des Streikrechts zu Art. 33 Abs. 5 GG und Art. 137 Abs. 3 WRV.<sup>51</sup> Neben dem (eigentlichen) Völkerrecht wirkt in ihrem Anwendungsbereich (Art. 51 GRCh) auch die EU-Grundrechtecharta (Art. 28 GRCh).<sup>52</sup>

14. Es ist zu konzidieren, dass den genannten inter- und supranationalen Normen andere, ebenfalls starke Rechtspositionen gegenüber stehen können und es für den Kollisionsfall durchaus unterschiedliche Auflösungsregeln gibt. So ist das »deutsche« Modell der praktischen Konkordanz zwar in Europa bekannt,<sup>53</sup> gleichwohl wird es nicht so verstanden, jedenfalls nicht in gleicher Weise angewendet wie im deutschen Verfassungsrecht.<sup>54</sup> Das heißt aber nicht, dass keine Kollisionslösungsmethoden vorhanden wären. So führt der EGMR in den genannten Entscheidungen eine Abwägung eigener Art durch, der EuGH verwendet den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.<sup>55</sup>

42 Dritte können in der Regel keinen Unterlassungsanspruch mit der Begründung geltend machen, der Streik sei rechtswidrig. Dies ist AG bzw. ihren Verbänden vorbehalten, vgl. ArbG Wesel 23.8.2013, 6 Ga 22/13, AuR 2013, 463.

43 ErfK/Dieterich/Linsenmaier, 14. Aufl., Art. 9 GG Rn. 127.

44 Zu dieser vgl. BVerfG 14.10.2004, 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307 ff.; 4.5.2011, 2 BvR 2333/08 u. a., BVerfGE 128, 326. Zur Berücksichtigung der Konvention bei der Auslegung der Verfassung vgl. Di Fabio, Das beamtenrechtliche Streikverbot, 2012, 8 f. Die Rspr. des BVerfG zu eng verstehend Junker, ZfA 2013, 91 ff., 121 f.

45 EGMR (Große Kammer) 12.11.2008, 34503/97, AuR 2009, 269 (Demir); EGMR 21.4.2009, 68959/01, AuR 2009, 274 (Enerji); EGMR (Große Kammer) 9.7.2013, 2330/09 (Pastorul), AuR 2014, 31, mit Anm. Lörcher. Auch letztgenannte Entscheidung sieht in Art. 11 EMRK und im Streik ein Menschenrecht. In der Abwägung zum Selbstordnungsrecht der Kirchen kommt der Gerichtshof zu folgender, oftmals übersehenen Auffassung, die auch für den aktuellen Konflikt ver.di / Diakonie von Bedeutung ist: *«Allerdings reicht die bloße Behauptung einer Religionsgemeinschaft, dass es eine tatsächliche oder potenzielle Bedrohung ihrer Unabhängigkeit gebe, nicht aus, um in die Gewerkschaftsrechte ihrer Mitglieder gemäß den Vorgaben von Artikel 11 der Konvention einzugreifen. Sie muss auch zeigen, dass in Anbetracht der konkreten Umstände des vorliegenden Falles, das vermeintliche Risiko real und wesentlich ist und dass die angefochtene Beeinträchtigung des Versammlungsrechts nicht über das für die Beseitigung des Risikos notwendige Maß hinausgeht und keinem anderen Zweck dient, der nicht mit der Ausübung der Unabhängigkeit der Religionsgemeinschaft zusammenhängt. Die nationalen Gerichte müssen durch eine gründliche Prüfung der Umstände des Falles und durch sorgfältige Abwägung der auf dem Spiel stehenden konkurrierenden Interessen sicherstellen, dass diese Bedingungen erfüllt sind (siehe, mutatis mutandis, Schüth / Deutschland, Nr. 1620/03. Rn. 67, CEDH 2010, und Siebenhaar / Deutschland, Nr. 18136/02, Rn. 45, 3.2.2011)»*. Aktuell Lörcher, AuR 2013, 290 ff.

46 Buschmann, FS Kempfen, 255 ff., 273; Schlachter, RdA 2011, 241 ff. 345. Teilweise kritisch Seifert, KritV 2009, 357 ff.

47 Nußberger sieht in der ESC den Ort der ausgelagerten sozialen Grundrechte aus der EMRK, RdA 2012, 270 ff. Da sowohl die ESC als auch die EMRK aus derselben Rechtsquelle entstammen, dürften die Vorgaben des BVerfG hinsichtlich der völkerrechtsfreundlichen Auslegung des GG auch für jene gelten; Körner, NZA 2011, 425 ff., 430 (»sich ergänzende völkerrechtliche Menschenrechtsverträge«); ähnlich Schlachter, SR 2013, 77 ff.

48 Hierzu Lörcher, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, 3. Aufl., § 10 Rn. 35 ff.

49 Körner, NZA 2011, 425 ff., 430.

50 a.A. zu Recht Nußberger, AuR 2014, 130 ff.

51 aA für das Kirchenarbeitsrecht C. Schubert, Jahrbuch des Arbeitsrechts, 2012, 101 ff., 124, das BAG (1 AZR 179/11) wiederholend.

52 Vgl. Heuschmid, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. § 11 Rn. 5 ff.

53 Vgl. z. B. die Schlussanträge Trstenjak in Sache C-255/09 und EuGH 10.4.2012, C-83/12, NJW 2012, 1641 (PPU).

54 Winter, NZA 2013, 473 ff., 477.

55 Kritisch im Hinblick auf die Fälle Viking und Laval, Wißmann, AuR 2009, 149 ff.

15. Der vielzitierte Begriff des Mehrebenensystems findet auch Eingang in das Arbeitskampfrecht. So wirkt das Völkerrecht nicht nur »pur«, sondern auch über Brücken des EUV und der GRCh sowie der Rspr. des EuGH (Art. 6 Abs. 3 EUV, Art. 52 Abs. 3, 53 GRCh).<sup>56</sup> Das Zusammenspiel innerhalb dieses Mehrebenensystems ist noch nicht abschließend geklärt.<sup>57</sup> Insbesondere sind Anwendungsbereich und Wirkungsweise der GRCh (Art. 12 und 28) bisher nur punktuell angesprochen.<sup>58</sup> Sicher ist aber, dass all diese internationalen Rechtsquellen das Streikrecht jedenfalls nicht schwächen, im Gegenteil schützen sie es allein durch ihr Bestehen vor ungerechtfertigten und zu weitgehenden Einschränkungen.<sup>59</sup> Hinzu kommt die bislang wenig beachtete Förderungspflicht hinsichtlich der Grundsätze und Grundrechte der Charta nach Art. 51 Abs. 1 S. 2 GRCh.<sup>60</sup> Durch die genannten Brücken in der Charta zwischen unionalen und völkerrechtlichen Grundrechten wird auch das Völkerrecht zum Gegenstand dieser Förderungspflicht. Dies wird erst recht nach dem Beitritt der EU zur

EMRK gelten.

16. Es gilt, einem Durcheinander von Methoden zur Lösung von Kollisionen von Verfassungspositionen und Schnellschüssen entgegen zu wirken. Nicht immer gelangt man zum Prinzip der praktischen Konkordanz (schonende Abwägung), z. B. dann, wenn auf einer Seite die behauptete Grundrechtsposition in ihrem Schutzbereich nicht berührt ist (Fall: Streik in kirchlichen Einrichtungen, wenn nur um bessere Arbeitsbedingungen gestritten wird).<sup>61</sup> Andererseits ist auch bei dieser das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu beachten.<sup>62</sup> Eine ausnahmslos geltende Verdrängung des Streikrechts wie für Beamte und Kirchenbeschäftigte kann nicht Ergebnis einer schonenden Abwägung sein.<sup>63</sup> Für die einzelnen hier relevanten Bereiche bedeutet dies zudem, dass es (1) bei der Kollision mit Art. 33 Abs. 5 GG keinesfalls schonend ist, wenn auch noch die vermeintliche »Kompensation« für den Entzug des Streikrechts, nämlich die angemessene Alimentation, fehlt.<sup>64</sup> Dabei muss klargestellt werden, dass das Streikrecht nicht etwa abgekauft werden kann. Dort, wo Tarifergebnisse durch Gesetz übernommen werden oder der Beamtenstatus nicht mehr funktional besteht<sup>65</sup>, sind Beamtinnen und Beamte zudem in der Rolle eines Trittbrettfahrers verhaftet. Sind dies etwa die hergebrachten Grundsätze?

Es bedeutet (2) weiterhin, dass es bei der (behaupteten) Kollision mit Art. 137 Abs. 3 WRV darauf ankommt, dass diese Norm kein Grundrecht darstellt,<sup>66</sup> dass Art. 9 Abs. 3 GG vorhaltlos, dritt-

<sup>56</sup> ErfK/Wißmann, 14. Aufl., Vorbem. zum AEUV Rn. 8; Heuschmid, SR 2014, 1 ff., 2. Vgl. jüngst EuGH 8.4.2013, C-293/12 (Digital Rights).

<sup>57</sup> Für das Arbeitskampfrecht vgl. Buschmann, Arbeitskampf zwischen Europäischem Unionsrecht, Europäischen und Internationalen Menschenrechten und Verfassungsrecht, in: FS Kempen (Hrsg. Schubert), 255 ff.; grds. Schubert, RdA 2013, 370 ff., 374.

<sup>58</sup> Vgl. die Entscheidungen Küçükdeveci (EuGH 19.1.2010, C-555/07, EuZW 2010, 177 m. Anm. Schubert = AuR 2010, 264), Fransson zum Anwendungsbereich (EuGH 26.2.2013, C-617/10, EuZW 2013, 302 = AuR 2013, 186, Kritik in ErfK/Wißmann, 14. Aufl., Vorbem. zum AEUV Rn. 5) und die Entscheidung Association de médiation sociale (EuGH 15.1.2014, C-176/12, AuR 2014, 81) zur Drittwirkung von Art. 27 GRCh). Zur unmittelbaren Drittwirkung von Art. 28 GRCh vgl. Heuschmid, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. § 11 Rn. 32 sowie Bryde, SR 2012, 2. Ob die Entscheidung zu Art. 27 GRCh auf Art. 28 GRCh übertragbar ist, dürfte bezweifelt werden, da anders als bei der erstgenannten Norm Art. 28 GRCh konkrete Rechte enthält, und es dem EuGH genau auf dieses Argument bei Art. 27 GRCh ankam (Rn. 47). Den Grundfreiheiten kommt im Übrigen auch horizontale Wirkung zu, die Figur ist dem Unionsrecht also nicht etwa fremd. Zu Art. 16 GRCh hat sich der EuGH in der Entscheidung Alemo-Herron geäußert (EuGH 18.7.2013, C-426/11, AuR 2013, 498); hierzu kritisch Heuschmid, AuR 2013, 500.

<sup>59</sup> Borowsky, in: Meyer, Charta der Grundrechte der EU, 3. Aufl., Art. 53 Rn. 20, weist darauf hin, dass sich die Waage im Kollisionsfall zu dem Grundrecht neigt, das eine Entsprechung in der EMRK vorweisen kann. Das Streikrecht des Art. 28 GRCh iVm 12 GRCh hat eine Entsprechung in Art. 11 EMRK, das unspezifische Gemeinwohl z. B. nicht. Zur Streikgarantie aus der ESC, Schlachter, SR 2013, 77 ff., 87.

<sup>60</sup> Vgl. hierzu Borowsky, aaO., Art. 51 Rn. 31.

<sup>61</sup> Schubert/Wolter, AuR 2013, 285 ff., 286 mit Verweis auf BVerfG 26.5.1970, 1 BvR 83, 244 u. 345/69, BVerfGE 28, 243 ff., 260.

<sup>62</sup> BVerfG 27.11.1990, 1 BvR 402/87, BVerfGE 83, 130 ff., 143.

<sup>63</sup> Buschmann, FS Kempen, 255 ff., 261 (für Beamte).

<sup>64</sup> Vgl. das Urteil des BVerfG zur Professorenvergütung (W 2) 14.2.2012, 2 BvL 4/10, BVerfGE 130, 263 (juris-Rn. 156).

<sup>65</sup> Vgl. Gutachten Schuppert, Das beamtenrechtliche Streikverbot auf dem Prüfstand, 2014 (Rechtsgutachten im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung), Abschlussthese 6.

<sup>66</sup> Zu Recht wird die Frage des Arbeitskampfes um angemessene Arbeitsbedingungen in kirchlichen Einrichtungen regelmäßig nicht als Problem des Art. 4 Abs. 1 u. 2 GG zugeordnet, vgl. Schubert/Wolter, AuR 2013, 285 ff., 286 m. w. N.

wirkend und notstandsfest gewährleistet wird und dass Art. 137 Abs. 3 WRV einen eindeutigen Gesetzesvorbehalt enthält (Art. 9 Abs. 3 GG ist ohne Zweifel ein für alle geltendes Gesetz<sup>67</sup>).

Schließlich steht (3) fest, dass die Koalitionsfreiheit und ihre Ergebnisse schlicht das Gemeinwohl darstellen!<sup>68</sup> Der Daseinsvorsorgebegriff (ggf. in Abgrenzung zu den Begriffen Gemeinwohl / Rechte Dritter?) ist dagegen ufer- und konturenlos und als Schlagwort überhaupt nicht in der Lage, Art. 9 Abs. 3 GG zu verdrängen. In jedem Einzelfall ist daher in einem ersten Schritt die Erfüllung des Schutzbereichs eines anderen Verfassungsrechtsguts zu belegen sowie zweitens eine Kollisionssituation nachzuweisen. Erst hiernach kann im Rahmen einer praktischen Konkordanz und unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ein Eingriff in das Streikrecht geprüft werden. Dabei wird es auch darauf ankommen, ob und in welcher Weise Daseinsvorsorgeleistungen von Privaten mit Gewinnerzielungsabsicht erbracht werden. Die pauschale und unspezifische<sup>69</sup> Verwendung des Wortes Gemeinwohl genügt jedenfalls nicht.

17. Das Streikrecht ist Teil der Koalitionsfreiheit. Verstanden wird es traditionell als Annex zur Tarifautonomie.<sup>70</sup> Neben der ganz grundsätzlichen Einschätzung, dass der Annexgedanke, auch wegen völkerrechtlicher Vorgaben, zu kurz greift,<sup>71</sup> ist das Streikrecht mehr. Allein sein Vorhandensein hat manchen Tarifabschluss bewirkt. Statt von einer Anhangs- oder Hilfsfunktion sollte von Gewährleistungsfunktion gesprochen werden.

67 Wird auch von Ingrid Schmidt anerkannt (ErfK, 14. Aufl., Art. 4 GG Rn. 50).

68 Hensche, in Däubler, Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. § 18 Rn. 5 mwN; ErfK/Dieterich/Linsenmaier, 14. Aufl., Art. 9 GG Rn. 80. Probleme mit dem Gemeinwohlbegriff hat auch Ricken, in: MHBArbR, 3. Aufl. § 200, Rn. 59 ff. Gänzlich anders Löwisch/Rieble, TVG, 3. Aufl. Grundlagen Rn. 461, allerdings sehr apodiktisch. Die im Text getroffene Feststellung stellt nicht etwa eine basislose Selbstzuschicherung dar, sondern ist schlicht das Ergebnis der Vorgaben des Verfassungsgebers aus Art. 9 Abs. 3 GG.

69 Vgl. ErfK/Dieterich/Linsenmaier, 14. Aufl., Art. 9 GG Rn. 128.

70 Z.B. BAG 24.4.2007, 1 AZR 252/06, NZA 2007, 987.

71 Däubler, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, 3. Aufl., § 13 Rn. 5.

Tarifautonomie ohne Streikrecht ist nicht denkbar. Bereiche ohne Streikmöglichkeit würden vielmehr Gewerkschaften regelmäßig zwingen, bescheidenere Forderungen zu erheben. Ein Streikabschluss würde daher wie Tarifizensur wirken. Tarifautonomie bedeutet aber nicht nur, ein tariflich regelbares Ziel als solches zu verfolgen, sondern auch um eine bestimmte Quantität und Qualität der tariflichen Inhalte zu kämpfen.<sup>72</sup> Dabei kommt den Gewerkschaften aus Art. 9 Abs. 3 GG eine Einschätzungsprärogative zu.<sup>73</sup> Tarifziele und Arbeitskämpfungsmittel unterliegen nicht der Verhältnismäßigkeitskontrolle.<sup>74</sup> Das BVerfG formuliert dazu sehr weitreichend: »Bei einer Verhältnismäßigkeitsprüfung, die schon bei den Angriffskämpfungsmitteln ansetzte, wäre eine gerichtliche Kontrolle der Tarifziele kaum zu vermeiden. Eine solche Kontrolle widerspräche aber dem Grundgedanken der Tarifautonomie.«

Alternative Systeme haben im Übrigen bislang nicht beweisen können, dass sie äquivalente Ergebnisse erzielen können<sup>75</sup>, wenn sie überhaupt zulässig sind.<sup>76</sup>

72 Vgl. LAG Berlin-Brandenburg 14.8.2012, 22 SaGa 1131/12, AuR 2012, 375; BAG 21.6.1988, 1 AZR 651/86, AP Nr. 108 zu Art. 9 GG Arbeitskämpfung; BAG 24.4.2007, 1 AZR 252/06, NZA 2007, 987, Rn. 95, 98.

73 BAG 22.9.2009, 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347 ff, 1352.; Däubler, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. § 14 Rn. 9 mwN.

74 BVerfG 26.6.1991, 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212 ff., 231.

75 Für kirchliche Wirtschaftskonzerne vgl. die Studie Leiharbeit und Ausgliederung in diakonischen Sozialunternehmen: Der »Dritte Weg« zwischen normativem Anspruch und sozialwirtschaftlicher Realität (Dahme/Kühnlein/Stefaniak/Wohlfahrt), 2012; zu den rechtlichen Abweichungsmöglichkeiten innerhalb des Kirchenrechts vgl. Schubert, AuK 2011, 110 ff., 113; ferner Schubert/Wolter, AuR 2011, 420 ff., 422.

76 Das BVerfG spricht im Mitbestimmungsurteil davon, dass die Tarifautonomie ergänzt werden kann, nicht aber, dass TV und Streik durch andere Systeme der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ersetzt werden können, BVerfG 1.3.1979, 532/77 u. a., BVerfGE 50, 290 ff., 371. Nicht alle Systeme zur »Erarbeitung« von Arbeitsbedingungen sind in gleicher Weise stark verfassungsrechtlich verankert, akzeptiert und legitimiert. Im Dritten Weg gefundene Arbeitsbedingungen beruhen eben nicht auf dem Freiheitsrecht des Art. 9 Abs. 3 GG und können auch kein anderes solches Recht vorbringen.

## VI. Ausreichende Instrumente im Arbeitskampfrecht zum Ausgleich verschiedener Interessen vorhanden

18. Die zitierten Ausführungen des BVerfG zur Einschätzungsprärogative können wohl nicht so weit verstanden werden, dass sie neben der Eignetheit und Erforderlichkeit auch die Angemessenheit erfassen.<sup>77</sup> Das Arbeitskampfrecht enthält aber auch in Ausgestaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips i. e. S. ausreichende Instrumente, um gleichrangige Interessen im Verhältnis zum Streikrecht zu berücksichtigen.<sup>78</sup> Darüber hinausgehende Maßnahmen zur Einschränkung des Streikrechts sind damit nicht erforderlich. Der Streik hat das Ziel, wirtschaftlichen Druck auszuüben. Er darf nicht als Vernichtungsarbeitskampf geführt werden, muss aber auch nicht schonend betrieben werden. Je nach »Vorgeschichte« kann der wirtschaftliche Druck spürbar erhöht werden.<sup>79</sup>

19. Ein Instrument ist der Notdienst. Die Sicherstellung von erforderlichen Notdiensten während eines Streiks ist anerkannt.<sup>80</sup> Aber nicht bei jedem Arbeitskampf sind Erhaltungs- oder Notstandsarbeiten zu leisten. Auch im Bereich der Daseinsvorsorge sind diese nicht immer notwendig. So bedarf ein Streik des Reinigungspersonals in Krankenhäusern keiner Notdienste (Ausnahme mglw. der Hygienebereich OP). Im ärztlichen und pflegerischen Bereich werden dagegen regelmäßig Notdienste geleistet. Und üblicherweise wirkt der AG hieran durch Abschluss von Notdienstvereinbarungen mit.<sup>81</sup> Weigert sich der AG hingegen, eine solche abzuschließen, so ist es nicht er, der nun bestimmt, wie der Notdienst ausgestaltet wird. Auch wird nicht etwa ein Streik unmöglich, denn der formale

Abschluss einer Notdienstvereinbarung ist keine Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für den Streik.<sup>82</sup> Vielmehr sind es die Gewerkschaften, die als Träger ihres Arbeitskampfmittels Streik Notdienste einseitig durchführen.<sup>83</sup> Damit genügen sie dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Werden sie daran gehindert, trägt der AG alle Risiken.<sup>84</sup> Im Übrigen gehört es zum Selbstverständnis der Gewerkschaften, die Streikfolgen auf den AG auszurichten. Bei Streikmaßnahmen in Krankenhäusern ist es bspw. üblich, dass neben der Anwendung der Notdienstregeln (ob vereinbart oder einseitig) immer wieder Streikende durch die Stationen gehen, um nach Patienten zu sehen, mit ihnen zu sprechen und sie ggf. zu versorgen. Die tatsächlichen Abläufe werden in den praxisfernen Darstellungen – und nicht nur an dieser Stelle – oft übersehen. Übersehen werden auch faktische Begrenzungen. Gewerkschaften wie ver.di haben stets auch den Blick auf die öffentliche Wahrnehmung. Diesem können sie sich aber problemlos stellen, weil es zum Selbstverständnis der DGB-Gewerkschaften gehört, das Grundrecht auf Streik so zu nutzen, dass keine Gefahren für Leib oder Leben entstehen.<sup>85</sup> Ausschließlich auf Dritte zielt ein Streik nie ab. Schon gar nicht werden Bürger als »Geisel« genommen. Deshalb war der Streik im Sozial- und Erziehungsdienst 2009 ein solcher Erfolg: Berechtigte Forderungen, klare Regeln für Notfälle und gute öffentliche Informationen, insbesondere der Eltern.

<sup>77</sup> BAG 22.9.2009, 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347 ff, 1352.

<sup>78</sup> Im Ergebnis ebenso ErfK/Dieterich/Linsenmaier, 14. Aufl., Art. 9 GG Rn. 134.

<sup>79</sup> Vgl. Reinfelder, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, 3. Aufl., Rn. 37; LAG Berlin-Brandenburg 13.9.2013, 13 Ta 1540/13.

<sup>80</sup> BAG 31.1.1995, 1 AZR 142/94, NJW 1995, 2869.

<sup>81</sup> Als gemeinsame Aufgabe, vgl. BAG 31.1.1995, 1 AZR 142/94, AuR 1995, 374.

<sup>82</sup> BAG 14.12.1993, 1 AZR 550/93, AP Nr. 135 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

<sup>83</sup> Löwisch, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 170.2, Rn. 226. Eine Notkompetenz für den AG sehen ErfK/Dieterich/Linsenmaier, 14. Aufl., Art. 9 GG Rn. 187, deren Einschätzung zum kampftaktischen Missbrauch der praktischen Erfahrung des Verfassers, der an einigen der zitierten Entscheidungen mitgewirkt hat, entgegensteht. Der Verweis auf den Rechtsweg ist formal zutreffend, kann aber ein nicht angezeigtes »Abkühlen« bewirken, dass es der kampfführenden Gewerkschaft erschwert, neuerliche Aktionen durchzuführen; vgl. schon Buschmann, AuR 1980, 230 ff.; 1983, 254; 1995, 39; Anm. zu EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 46, jeweils mwN.

<sup>84</sup> B/K/P/S/S, Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, 4. Aufl., Teil 3 Rn. 491; vgl. auch ArbG Essen 24.7.2003, 8 Ga 50/03, juris.

<sup>85</sup> Die Gewerkschaft ver.di kennt bspw. im Rettungswesen die tarifliche Schlichtungsregelung, im Katastrophenfall nicht streiken zu wollen. Letztlich ergibt sich dies ohnehin aus dem (richtig verstandenen) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

20. Die vorgestellten Regeln gelten im Übrigen auch für Warnstreiks.<sup>86</sup> Je nach Einzelfall (Dauer, in den Streik einbezogene Bereiche, Drittbetroffenheit und Gestaltung im Übrigen) kann es verhältnismäßig sein, auf Notdienste zu verzichten bzw. solche einzurichten.

21. Notdienstarbeiten gewährleisten keine Vollkapazität (Beschränkung »auf das unerlässliche Maß«).<sup>87</sup> Das LAG Berlin-Brandenburg spricht vom »zwingenden Bedarf an Kräften«.<sup>88</sup> Das LAG Hamm macht deutlich, dass Notdienste nicht zur Deckung des üblichen Bedarfs fehlgenutzt werden dürfen.<sup>89</sup>

22. Streiks werden nicht dadurch unzulässig, dass zuvor ein Personalschlüssel gewählt wird, der quasi einem permanenten Notdienst entspricht. Gestaltet ein Landkreis bspw. seine Versorgung mit Rettungswagen so aus, dass nur noch ein Betreiber mit dünner Personaldecke tätig wird anstelle vormals mehrere und sind deshalb Vertretungsmöglichkeiten kaum vorhanden, so ist ein Streik gleichwohl möglich, weil andernfalls durch vorherige Verknappung von Ressourcen das Streikrecht ausgehebelt werden könnte. Hieran ändern auch gesetzliche Vorgaben zu Zeiten des Eintreffens eines Rettungswagens nach Absetzung des Notrufs nichts.<sup>90</sup> Auch diese haben sich an Art. 9 Abs. 3 GG auszurichten, so wie umgekehrt bei Gefahr für Leib und Leben eine Gewerkschaft nicht gänzlich die Versorgung mit RTW ausschalten darf. Ggf. müssen Dienstleistungen aus anderen Bereichen oder von anderen Gebietskörperschaften »zugekauft« werden. Gleiches gilt z. B. für Atomkraftwerke und gesetzliche Vorgaben die Betriebserlaubnis betreffend. Auch hier ist ein Streik nicht etwa generell ausgeschlossen.<sup>91</sup> In Krankenhäusern ist an

Verlegungen, an ein nicht Anfahren von Krankenhäusern (außer Notfälle) oder an ein Verschieben von Operationen (soweit ärztlich vertretbar) zu denken.<sup>92</sup>

23. Notdienste können nicht in freiwilligen Betriebsvereinbarungen geregelt werden. Dieser Vorschlag<sup>93</sup> verwechselt die kollektivrechtlichen Ebenen, die verfassungsrechtlich unterschiedlich verankert sind. BR können sich nicht auf Art. 9 Abs. 3 GG berufen, sie sind anders legitimiert und auch rechtlich wie tatsächlich anders begrenzt. Der BR kann schlicht keine einschränkende Regelungen für die Gewerkschaft treffen.<sup>94</sup>

24. Ein weiteres Instrument sind Schlichtungsvereinbarungen. Eine gesetzliche Zwangsschlichtung verstieße gegen Art. 9 Abs. 3 GG.<sup>95</sup> Die Tarifvertragsparteien sind zum Abschluss solcher dagegen berechtigt, so geschehen z. B. im Gesundheitssektor oder im »klassischen« öffentlichen Dienst. Dabei ist regelmäßig der Zugang zur Schlichtung verbindlich, nicht aber wird sich einem Schlichtungsspruch bereits vorab unterworfen.<sup>96</sup> Dieser ist nur Empfehlung. Nach dem Durchlaufen einer Schlichtung kann also gestreikt werden, während dieser herrscht noch Friedenspflicht. Die Zwangsschlichtung im Zweiten Weg kirchlicher Arbeitsrechtsgestaltung<sup>97</sup> ist verfassungswidrig, wenn ein einseitig erlassenes Kirchengesetz über die Verbindlichkeit der Schlichtungsergebnisse befindet oder gar den Streik als Ganzes ausschließt.

25. Kein akzeptables Instrument sind Ankündigungsfristen. Mit ihnen liefere der Streik oftmals leer. Sie laden ein zu Umgehungsstrategien (aus der Praxis bekannte Beispiele sollen hier nicht wiedergegeben werden). Deshalb stellen sie zu Recht kei-

86 Vgl. BAG 21.6.1988, 1 AZR 651/86, AP Nr. 108 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

87 Reinfelder, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, 3. Aufl., Rn. 39.

88 LAG Berlin-Brandenburg 14.8.2012, 22 SaGa 1131/12, 375.

89 LAG Hamm 16.1.2007, 8 Sa 74/07, NZA-RR 2007, 250, Rn. 47.

90 Vgl. LAG Berlin-Brandenburg 13.9.2013, 13 Ta 1540/13.

91 LAG Berlin-Brandenburg 14.8.2012, 22 SaGa 1131/12, AuR 2012, 375. Vgl. auch Ricken, MHDBarbR, 3. Aufl. § 200 Rn. 60.

92 Solche Notdienstvereinbarungen liegen dem Verfasser vor bzw. wurden von diesem mitverhandelt.

93 Zwar mit Abwägungen, im Ergebnis aber mit einer Zuweisung zu BR: Rudkowski, Streik in der Daseinsvorsorge, S. 121.

94 Zu Recht Schliemann, RdA 2012, 14 ff., 20; Buschmann, Fn. 82.

95 ErfK/Dieterich/Linsenmaier, 14. Aufl. Art. 9 GG Rn. 70, 286.

96 Rechtlich wäre dies allerdings möglich.

97 Vgl. BAG 20.11.2012, 1 AZR 611/11, AuR 2013, 322.

ne Wirksamkeitsvoraussetzung für Arbeitskampfmaßnahmen dar.<sup>98</sup> Das LAG Berlin-Brandenburg hat im Fall eines Streiks gegen ein Bewachungsunternehmen, das in Kernkraftwerken tätig ist, eine Ankündigungsfrist zwar für erforderlich gehalten, ihre Funktion aber immerhin auch deutlich gemacht:<sup>99</sup>

*»Was die Ankündigungsfrist anbelangt, deuten die Ausführungen des Verfügungsklägers auf ein falsches Verständnis von deren Funktion hin. Diese dienen nicht dazu, während ihres Laufs Ersatzpersonal auszubilden und einer Sicherheitsüberprüfung zu unterziehen. Auch ist sie nicht dafür da, dem Arbeitskampfgegner ausreichend Zeit für ein gerichtliches Überprüfungsverfahren zu geben. Zweck der Ankündigungsfrist ist es alleine, dem Streikbetroffenen Gelegenheit zu geben, ausreichende organisatorische und personelle Maßnahmen zu treffen, um dem Ausfall von Arbeitskräften soweit Rechnung zu tragen, wie es zur Aufrechterhaltung der Sicherheit und des Anlagenbetriebs zwingend erforderlich ist.«*

Auch in dieser Entscheidung des LAG zeigt sich eine erstaunliche Praxisferne. Wenn die Gewerkschaft zeitgleich mit Forderungen die Vereinbarung von Notdiensten vorschlägt, verbleibt dem AG ausreichend Zeit, zwingend erforderliche Vorbereitungsmaßnahmen zu treffen und vorzuhalten. Wer die Inhalte einer Notdienstvereinbarung liest, erkennt die Streikbereiche. Ankündigungsfristen für jeden einzelnen Streikfall sind daher nicht erforderlich, mithin unverhältnismäßig (i.e. S.), zumal durch die Gewähr von Notdiensten kein

Bedürfnis für eine Ankündigungsfrist besteht.<sup>100</sup>

26. Die Verpflichtung zu zwingenden Urabstimmungen mit Mindestquorum hinsichtlich der Zustimmung ist ebenfalls abzulehnen.<sup>101</sup> Urabstimmungen stellen kein Wirksamkeitskriterium für einen Arbeitskampf dar, und sie werden auch nicht in allen Fällen von Arbeitskämpfen durchgeführt, handelt es sich doch dabei um eine innergewerkschaftliche Maßnahme ohne Außenwirkung.<sup>102</sup> Der ohne Urabstimmung geführte Streik ist gleichwohl durch Beschlüsse des Bundesvorstandes und der Tarifkommissionen legitimiert. Mehr ist für den AG und für Rechtsgüter Dritter nicht erforderlich, da sich die Beschlüsse ohnehin nur im Rahmen der Verhältnismäßigkeit bewegen können. Der gerichtliche Schutz für AG (auf den Gewerkschaften bei Verweigerung des AG zum Abschluss einer Notdienstvereinbarung stets verwiesen werden) ist ausreichend. Umgekehrt wird übrigens einer Einflussnahme durch Gewerkschaften auf die arbeitgeberverbandlichen Entscheidungen zur OT-Mitgliedschaft vehement widersprochen. Diese haben aber doch auch Einfluss auf ein Arbeitskampfgebiet und durchaus mit Berührung zu Gemeinwohlinteressen. So besteht bei einem Flickenteppich verbandlicher Bindung auf Arbeitgeberseite keine Möglichkeit, eine flächendeckende Regelung zu angemessenen Arbeits- und Ausbildungsbedingungen in Branchen der Daseinsvorsorge zu erreichen (wie wirken z. B. sog. OT-Mitgliedschaften, wenn TV zur flächende-

<sup>98</sup> LAG Köln 29.10.1998, 10 Sa 14/98, AuR 1999, 118. Das Überraschungsmoment ist Teil der Koalitionsfreiheit, vgl. B/K/P/S/S, Tarifvertrags- und Arbeitskampfrecht, 4. Aufl., Teil 3 Rn. 241 m. w. N.

<sup>99</sup> LAG Berlin-Brandenburg 14.8.2012, 22 SaGa 1131/12, AuR 2012, 375.

<sup>100</sup> In der Tarifrunde des öD im Jahre 2014 hat die Gewerkschaft ver.di die Öffentlichkeit vor Streikhandlungen im ÖPNV, an Flughäfen oder in der kommunalen Verwaltung von selbst ohne Rechtsverpflichtung informiert, auch auf die Gefahr, dass sich AG so auf den Arbeitskampf vorbereiten konnten. Streikmaßnahmen waren nach zwei Verhandlungsrunden ohne Angebot des AG die zulässige Ultima Ratio. Im Übrigen sind trotz anders lautender Äußerungen jedenfalls Fluggesellschaften froh, wenn Streikankündigungen nicht zu frühzeitig erfolgen, da sich dies nachteilig auf Zahlungsverpflichtungen auswirken kann oder Buchungen unterlassen werden; vgl. hierzu die Äußerungen von Volkens (Lufthansa-Personalchefin), Der Spiegel, 31.3.2013 (Heft 14), 73.

<sup>101</sup> Immerhin unterscheidet sich der Vorschlag aus der Studie der Weizsäcker-Stiftung von dem FDP Vorschlag aus den 80er Jahren des letzten Jahrhunderts durch die Festlegung, dass nur Gewerkschaftsmitglieder abstimmen dürfen.

<sup>102</sup> Wolter, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, 3. Aufl., § 16 Rn. 13.

ckenden Einführung einer dringend notwendigen Personalquote Pfleger zu Patient bzw. Erzieher zu Kind erzielt werden sollen?).

27. Eine Pflicht zur formellen Erklärung des Scheiterns der Verhandlungen lässt sich weder aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz noch aus dem ultima ratio Prinzip ableiten.<sup>103</sup> Es gibt umgekehrt auch keine Verhandlungspflicht.<sup>104</sup>

## VII. Rechtsvergleiche als »cherry picking«

28. Rosinenpickerei mag verlockend sein, um Beispiele für Zwangsschlichtung, »Abkühlungsphase«<sup>105</sup> oder Beschränkungen in der Daseinsvorsorge zu finden.<sup>106</sup> Für Rechtsvergleiche ist allerdings der funktionelle Ansatz zu wählen.<sup>107</sup> Wirtschaftsstrukturen (gibt es z. B. einen öffentlichen Dienst wie in Deutschland etc.), Arbeitsmarktsysteme (tripartistisch oder bipartistisch mit und ohne erga omnes Wirkung) und Arbeitsrechtssysteme sind als Ganzes zu vergleichen, unterschiedliche Traditionen und Entwicklungslinien zu beachten.

29. Es wäre ein Leichtes, im Gegenzug aus verschiedenen Rechtsordnungen für Gewerkschaften positive Regelungen zum Arbeitskampfrecht herauszupicken (politischer Streik in Frankreich; Streik,

um eine Kündigung zu verhindern sowie fehlende Friedenspflicht in Italien etc.).<sup>108</sup> Weder das eine noch das andere ist aber zielführend.

## VIII. Die einzelnen Felder

### 1. Streikrecht für Beamtinnen und Beamte

30. Berufsbeamtentum, Alimentationsgrundsatz und Streik können miteinander in Einklang gebracht werden. Hierfür ist Art. 33 Abs. 4, 5 GG völkerrechtsfreundlich auszulegen,<sup>109</sup> der Beamtenbegriff darüber hinaus unionsrechtlich zu konturieren<sup>110</sup> und anstelle einer Statusbezogenheit eine Funktionsbezogenheit für das Berufsbeamtentum herauszustellen.<sup>111</sup> Ergebnis dieser Bemühungen kann nur sein, dass zu unterscheiden ist: Im streng hoheitlichen Bereich, also dort, wo notwendige, spezifische Staatsaufgaben erbracht werden (Gewährleistung eines effektiven Staatswesens), kann eine Streikeindämmung gerechtfertigt werden. In den anderen Fällen kann der Staat immer noch frei bestimmen, ob er den Status Beamter oder AN wählt, nur steht ihm nicht mehr die Privilegierung hinsichtlich des Streikrechts zu. Selbstverständlich gelten auch hier die Grundlagen wie ultima ratio Prinzip und Verhältnismäßigkeitsprinzip, welches möglicherweise häufiger als in der freien Wirtschaft zu Notdiensten und Schlichtungsrunden zwingt – so wie heute auch schon außerhalb der Beamtenschaft. Hierzu seien auch die vielleicht schlichten Argumente vorgebracht, dass Art. 9 Abs. 3 GG seinem Wortlaut nach

103 BAG 21.6.1988, 1 AZR 651/86, NZA 1988, 846. In Schlichtungen kann dies allerdings anders vereinbart werden.

104 BAG 14.7.1981, 1 AZR 159/78, AP Nr. 1 zu § 1 TVG Verhandlungspflicht.

105 Kritisch hierzu, weil zu wenig das Streikrecht einschränkend Schliemann, RdA 2012, 14 ff., 20. Bei dem Einfordern einer Abkühlungsphase geht es um das Aufstellen faktischer Hindernisse für Arbeitskämpfe. Die Vertreter dieser Meinung wissen, dass Streikmaßnahmen nicht einfach »ein- und ausgeschaltet« werden können. Vielmehr sind umfangreiche Vorbereitungs- und begleitende Maßnahmen erforderlich und werden auch von der Rspr. eingefordert (Streikleitung, Gestaltung und Übermittlung des Streikaufrufs, tatsächliche Organisation des Streiks, Motivation der Mitglieder). Auch diese faktischen Hindernisse haben sich an Art. 9 Abs. 3 GG zu messen.

106 Z.B. Rudkowski, Streik in der Daseinsvorsorge, S. 30, aber auch die Verlautbarungen rund um den Vorschlag der Weizsäcker-Stiftung.

107 Von Ernst Rabel begründete Methode. Jüngst mit kritischer Beleuchtung Piek, ZEuP 2013, 60.

108 Man nehme sich nur die Werke vor: Cross-Border Collective Actions in Europe (Hrsg. Dorsemont/Jaspers/van Hoek), 2007 oder The right to strike in the EU (Hrsg. La Macchia), 2011.

109 Vgl. oben Fn. 37. Dies erhält Verstärkung durch das ILO Übereinkommen 87 sowie die ESC, vgl. Buschmann, FS Kempen, 255 ff.; Schlachter, RdA 2011, 341 ff., 344; Evju, AuR 2012, 276.

110 Vgl. nur EuGH 3.5.2012, C-337/10 (Neidel), AuR 2012, 260, mit Anm. Buschmann. Vgl. auch die Kommentierungen zu Art. 45 Abs. 4 AEUV. BVerwG 31.1.2013, 2 C 10/12, ZTR 2013, 349.

111 Vgl. die umfassenden Ausführungen von Schuppert, Das beamtenrechtliche Streikverbot auf dem Prüfstand, 2014 (Rechtsgutachten im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung), Thesen 5, 6, 10 und 11 an. Ebenso Schröder, AuR 2013, 280 ff. und Buschmann, FS Kempen, 255 ff., 261. AA Junker, ZfA 2013, 91 ff., 122.

für alle Berufe gilt und nach Art. 33 Abs. 5 GG kein statisches Gebilde geschützt ist, sondern ein Fortentwicklungsauftrag besteht.

31. Buschmann verweist zu Recht darauf, dass ein Streikverbot einer gesetzlichen Grundlage bedarf, die bislang aber fehlt.<sup>112</sup> Das BVerfG hat in der Entscheidung zum Streikbrechereinsatz von Beamten eine gesetzliche Regelung angemahnt.<sup>113</sup> Diese Voraussetzung gilt dann aber doch wohl erst recht bei einem totalen Streikverbot.<sup>114</sup>

32. Der Staat signalisiert durch Privatisierung und den Einsatz von AN, an welchen Stellen er zwar Aufgaben erledigt wissen will, aber eben nicht zwingend durch Beamte und nicht als Teil einer engen hoheitlichen Aufgabenerfüllung. Hieran muss er sich messen lassen.<sup>115</sup> Der Gesetzgeber hat Beamte im Kontext von Privatisierungen bereits an einer Stelle dem kollektiven Arbeitnehmerschutz unterworfen – § 5 Abs. 1 S. 3 BetrVG – dann kann dies auch für das Streikrecht vorgenommen werden.

33. Wer das Argument vorträgt, Besoldungen werden durch Parlamente vorgenommen, der Streik griffe damit in das Demokratiesystem ein<sup>116</sup>, übersieht, dass in der Praxis durch Übernahmeerklärungen hinsichtlich des Tarifergebnisses der Staat selbst seine demokratischen Rechte dergestalt ausübt, dass er die Besoldungsfindung den Tarifpartnern überträgt. Cherry picking (kein

Streikrecht, Einsatz in privatisierten Unternehmen unter Nutzung dortiger Vorteile, keine ausreichende Ausfüllung des Alimentationsprinzips) geht auch hier nicht. Zudem ist schon die Frage zu stellen, wer TV im ö. D. verhandelt. Sind dies Gruppen oder Personen, denen jegliche Legitimation fehlt, oder verhandeln nicht vielmehr Vertreter von ver.di, dbb und GEW mit für die Verhandlungen demokratisch legitimierten Vertretern der Exekutive. Wo wird hier das Demokratieprinzip verletzt?

34. Die Vorgaben des EGMR missverstehend ist es, diese auf den ö. D. als Ganzes anzuwenden. Gestützt wird dieses Ergebnis mit der Behauptung, dass der EGMR mit »fonctionnaires« nicht auf Beamte als solche abgezielt habe. Daraus folge: Angestellte dürfen streiken, Beamte nicht.<sup>117</sup> Diese Übersetzung/Interpretation überzeugt allerdings nicht, wie im Schrifttum eindrucksvoll belegt ist<sup>118</sup>. Sie wird auch nicht dem Kontext der Entscheidungen des EGMR gerecht, der nicht deutsche Strukturen des ö. D. vor Augen hatte. Vielmehr liegen nach dem EGMR folgende Kategorien vor: AN – Beamte – Beamte im streng hoheitlichen Bereich, und nur für letztere gilt ggf. ein Streikverbot.<sup>119</sup> Dies ist mittlerweile gefestigte Rspr. des EGMR.<sup>120</sup> Die sich hierauf beziehende völkerrechtsfreundliche Auslegung kann nicht lediglich als Orientierung abgetan werden, die doch nur einfach gesetzlich wirke. Vielmehr hat das BVerfG<sup>121</sup> Abweichungen von Vorgaben der EMRK klar einer Rechtfertigungspflicht unterworfen. So wäre denkbar, vorzutragen, dass eine völkerrechtsfreundliche Auslegung zu einer Minderung des Grundrechtsschutzes führt. Hier geht es aber gerade um die Erfüllung eines Grundrechtsversprechens aus Art. 11 EMRK bzw.

112 Buschmann, FS Kempfen, 255 ff., 260.

113 BVerfG 2.3.1993, 1 BvR 1213/85, AuR 1993, 150.

114 Buschmann, FS Kempfen, 255 ff., 260.

115 Das BVerfG (27.2.2014, 2 C 1.13) hat mittlerweile grundsätzlich zum Streikrecht von Beamtinnen und Beamten Stellung bezogen und eine Kollision des dt. Verfassungsrechts mit dem Völkerrecht festgestellt, die vom Gesetzgeber aufzulösen ist. Dabei kann sich das BVerfG vorstellen, Bereiche der hoheitlichen Staatsverwaltung, für die das Streikverbot gilt, festzulegen und für andere Bereiche das Streikrecht zuzulassen. Das Gericht vermutet Rückwirkungen auf den Alimentationsgrundsatz. Bis zu einer gesetzlichen Auflösung der Kollision verbleibt es beim Streikverbot, eine gänzliche Abkoppelung von der Tarifentwicklung im ö. D. ist nicht mit dem Alimentationsgrundsatz vereinbar. Das heißt allerdings wohl nicht, dass automatisch ein Tarifergebnis auf Beamte zu übertragen ist; vgl. PM des BVerfG vom 27.2.2014.

116 So Junker, ZfA 2013, 91 ff. 123.

117 Erneut Junker, ZfA 2013, 91 ff., 123 und das OVG Münster 7.3.2012, 3 d A 317/11. O, ZBR 2012, 170.

118 Buschmann, FS Kempfen, 255 ff., 274; Däubler, FS Lörcher, 273 ff., 280; Schlachter, RdA 2011, 341 ff., 347.

119 So auch Werres, DÖV 2011, 873 ff., 879.

120 Vgl. neben den zitierten Entscheidungen Demir und Enerji: EGMR27.3.2007, Nr. 6615/03, AuR 2011, 303 (Karacay); EGMR15.12.2009, Nr. 30946/04, AuR 2011, 304 (Kaya und Seyhan); EGMR13.7.2010, Nr. 33322/07, AuR 2011, 306 (Cerikci), jeweils mit Anm. Lörcher.

121 Vgl. oben These 13.

Art. 9 Abs. 3 GG. Zudem stellt Art. 33 Abs. 5 GG kein Grundrecht dar. Zweitens könnte behauptet werden, dass die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums ein tragender Grundsatz der Verfassung sind (dies kann man noch so sehen), der durch die Anwendung der Vorgaben der EMRK gefährdet wäre (nach BVerfG: »ausnahmsweise«). Ob dies bei einer der Wirklichkeit angepassten funktionalen Betrachtung des Berufsbeamtentums mit dem Fortentwicklungsauftrag aus der Verfassung behauptet werden kann, ist doch sehr zweifelhaft.<sup>122</sup>

## 2. Streikrecht in der Kirche

35. Ohne das Aufbegehren der Beschäftigten in den verschiedenen kirchlichen Einrichtungen inkl. Arbeitskämpfen nebst gerichtlichen Auseinandersetzungen hätte es die gegenwärtig von den Kirchen in einigen Bereichen einseitig vorgenommenen Verbesserungen für die Beschäftigten nie gegeben. Von alleine wären die Kirchen nie aktiv geworden. Dies ist Beleg dafür, wie notwendig das Streikrecht ist.

36. Die Rspr. des BAG im ver.di-Fall (3. Weg) hat nur z. T. Klarheit geschaffen, das Schrifttum ist weiterhin gespalten.<sup>123</sup> Koalitionsspezifische Betätigung, Verbindlichkeit der Ergebnisse des 3. Weges für das Arbeitsverhältnis, Neutralität des Schlichters sind ausfüllungsbedürftige Begriffe und in der Praxis wenig handhabbar oder Selbstverständlichkeiten. Sollen sich Gewerkschaften etwa ihre Grundrech-

te im 3. Weg teilen? Auch die Zusammenschau mit dem Urteil zum 2. Weg bringt mehr Fragen anstatt Antworten. Obgleich sich eine kirchliche Einrichtung auf dem Markt bewegt, das Instrument des Arbeitsvertrages benutzt und Tarifverhandlungen aufnimmt, soll – auf Zuruf der Kirche – das Streikrecht entfallen und eine in jeglicher Hinsicht verbindliche Schlichtung durchgeführt werden? Und kann eine Kirche zwischen den Wegen wechseln je nach Strategie? Allein der Streik um die Schlichtungsordnung scheint denkbar – wenig attraktiv.

37. Es kann nur immer wiederholt werden: Mit einem Streik, der die ultima ratio darstellt und dem wohlverstandenen Verhältnismäßigkeitsprinzip unterliegt, soll nicht in kirchliche/religiöse Bereiche eingegriffen werden. Streiks zerreißen auch kein Tischtuch, wie tausende von Arbeitskämpfen und das nachfolgende Miteinander belegen. Die Kirchen brauchen sich also vor dem Streikrecht nicht zu fürchten. Es geht um die Arbeitsbedingungen wie sonst auch. Wer bestimmt nun über die Reichweite der kirchlichen Bereiche? Die Kirche bezüglich ihrer eigenen Angelegenheiten: ja. Das Arbeitsverhältnis ist aber keine eigene Angelegenheit der Kirchen, und die weltlichen Risiken haben die Beschäftigten gleichwohl zu tragen, wie die Diakonie-Insolvenz in Potsdam zeigt. Im Übrigen sieht das BVerfG die haushaltsmäßige Beweglichkeit nicht als Fall des Art. 137 Abs. 3 WRV an<sup>124</sup>, vielmehr gilt die staatliche Rechtsordnung dort uneingeschränkt, wo sich kirchliche Einrichtungen ungeachtet ihrer besonderen Zwecksetzung wie andere Subjekte am Rechtsverkehr beteiligen.<sup>125</sup> Das BVerfG hat sich im Übrigen zum Streikrecht in kirchlichen Einrichtungen noch nicht geäußert.<sup>126</sup> Die Aussagen zu individualrechtlichen Konstellationen werden aber gleichwohl bedenkenlos übertragen, und dann auch noch ohne auf die Kammerbeschlüsse des BVerfG einzugehen, die eine

<sup>122</sup> Vgl. nochmals Buschmann, FS Kempen, 255 ff., 261.

<sup>123</sup> BAG20.11.2012, 1 AZR 179/11, AuR 2013, 317 ff.; vgl. auch BAG20.11.2012, 1 AZR 611/11, AuR 2013, 322. Im Schrifttum vgl. aus der großen Zahl nur einerseits Schubert/Wolter, AuR 2013, 285 ff.; Kreß, ZRP 2012, 103 ff.; ders. MedR 2013, 684 ff.; Kühling, AuR 2001, 241 ff.; Oswald, Streikrecht im kirchlichen Dienst und in anderen karitativen Einrichtungen, Diss, 2005; Nitsche, in: Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. § 18 Rn. 93 ff.; unveröffentlichtes Gutachten für ver.di von Schlink/Blankenagel sowie andererseits Bepler, ZAT 2013, 85 ff.; Richardi/Thüsing, AuR 2002, 94 ff.; Reichold, NZA 2013, 585 ff.; Manterfeld, KuR 2011, 86 ff.; Krönke, ZfA 2013, 241 ff.; Robbers, Gutachten, 2010. Für den 2. Weg vgl. C. Schubert, RdA 2011, 270 ff. Vgl. zus. entspr. Parlamentsprotokolle nach Ausschusssitzungen im Dt. BT sowie im Landtag NRW.

<sup>124</sup> BVerfG 4.6.1985, 2 BvR 1703 u. a., BVerfGE 70, 138 ff, 170.

<sup>125</sup> BVerfG 17.10.2007, 2 BvR 1095/05, DVBl. 2007, 1555 ff.

<sup>126</sup> So schon Schubert/Wolter, AuR 2011, 420 ff., 421.

Abwägung wie sonst auch fordern.<sup>127</sup> Im Ergebnis kann dann doch kein gänzlicher Streikausschluss stehen, wie ihn das BAG in letzter Konsequenz vorsieht.

**38.** Ohne TV gibt es keine Möglichkeit, soziale Verwerfungen auf dem Markt der Gesundheitsdienstleistungen insgesamt durch AVE einzudämmen. An einem solchen Weg haben aber nach eigenem Bekunden beide Seiten ein Interesse.<sup>128</sup>

**39.** Wenn das BAG die Kategorien verkündungsnah und verkündungsfern kennt,<sup>129</sup> so gilt dies nur individualrechtlich. Hinsichtlich des Streikrechts kann es für diese Kategorien keinen Personenbezug, sondern nur einen Sachbezug geben. In kirchlichen Einrichtungen geht es daher nicht darum zu fragen, ob der Beschäftigte an der Verkündung beteiligt ist, sondern darum, ob die Arbeitskampfmaßnahme die Verkündung berührt. Das tut sie aber nicht, wenn ihr Ziel die Gestaltung der Arbeitsbedingungen ist und ggf. Notdienste eingerichtet werden. Einfluss hat dabei auch die Tatsache, dass die Kirchen immer mehr nicht- oder andersgläubige Personen einstellen.

**40.** Der Begriff der Dienstgemeinschaft ist wohl auch theologisch kaum noch zu halten.<sup>130</sup>

### 3. Daseinsvorsorge

**41.** Das Thema der Einschränkung des Streikrechts in der Daseinsvorsorge ist ein Popanz. Es besteht gar kein Anlass oder Bedürfnis zur Ein-

schränkung des Streikrechts. Seit dem Streik der Lokführer 2007, der auch schon nicht den Untergang des Abendlandes bewirkte und lediglich von Instanzgerichten hinsichtlich des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes fehleingeschätzt wurde,<sup>131</sup> sind doch in der Praxis kaum Fälle aufgetaucht, bei denen ein Streik zu Versorgungsengpässen mit bedeutsamen Gütern oder gar Gefahren für Leib und Leben der Bevölkerung geführt hätte.<sup>132</sup> Dies wissen die DGB-Gewerkschaften zu verhindern. Gerade in der Finanz- und Wirtschaftskrise haben umgekehrt die Gewerkschaften große Besonnenheit gezeigt, größere als die der Daseinsvorsorge oder dem Gemeinwohl verpflichteten Unternehmen (man denke an Sparkassen und Landesbanken), und haben damit maßgeblich zur guten Situation des Standortes Deutschland beigetragen. Und diesen Gewerkschaften will man Verantwortungsbewusstsein absprechen?

**42.** Beeinträchtigungen Dritter durch Arbeitskämpfe sind grundsätzlich zulässig. Andernfalls, und hier ist Oswald ausdrücklich zuzustimmen, »bliebe das Streikrecht, das aufgrund der wirtschaftlichen und sozialen Verflechtungen immer auch einen Drittbezug aufweist, inhaltsleer.«<sup>133</sup> Im Übrigen haben Gewerkschaften in ihrer rechtspolitischen Tätigkeit häufig bewiesen, dass sie Daseinsvorsorgegüter schützen. Dies zeigt eindrucksvoll die Kampagne »Wasser ist Menschenrecht« (Bezug: neue Vergabe-/Konzessions-RL), die wesentlich von ver.di getragen wurde, nicht aber von den großen Wasserversorgungskonzernen, die aber umgekehrt vor Streiks geschützt werden sollen.

**43.** Es stellt sich die ganz praktische Frage, wie

<sup>127</sup> BVerfG 13.1.2001, 1 BvR 619/92, AuR 2001, 356; BVerfG 7.3.2002, 1 BvR 1962/01, NZA 2002, 609; vgl. hierzu Thüsing, RdA 2003, 210 ff., 212.

<sup>128</sup> In Niedersachsen laufen gegenwärtig zwischen ver.di und dem Diakonischen Dienstgeberverband (DDN) Verhandlungen zu einem TV für dortige diakonische Einrichtungen. Die Parteien haben zuvor eine Schlichtungsvereinbarung getroffen; vgl. auch FAZ 12.3.2014, 4.

<sup>129</sup> BAG 25.4.2013, 2 AZR 579/12, NJW 2013, 104 ff., 108.

<sup>130</sup> Kreß, Die Sonderstellung der Kirchen im Arbeitsrecht – sozial-ethisch vertretbar? Ein deutscher Sonderweg im Konflikt mit Grundrechten, Gutachten im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung, 2013, 40 ff.

<sup>131</sup> Vgl. Erfk/Dieterich/Linsenmaier, 14. Aufl., Art. 9 GG Rn. 134; vgl. hierzu auch C. Schubert, Jahrbuch des Arbeitsrechts 2012, 101 ff., 128.

<sup>132</sup> Auch die wenigen Beispiele von Schliemann sind mühsam zusammengetragen, RdA 2012, 14. Immerhin sieht er verfassungsrechtliche Begrenzungen für derzeit nicht geboten, RdA 2012, 14 ff. 15.

<sup>133</sup> Vgl. ausführlich Rehder/Deinert/Callsen, Arbeitskampfmittelfreiheit und atypische Arbeitskampfformen, HSI-Schriftenreihe Band 1; vgl. jüngst BVerfG 26.3.2014, 1 BvR 3185/09 »Flashmob«

arbeitskampffreie Zonen konkret umzusetzen wären, und zwar rechtssicher und mit Art. 9 Abs. 3 GG und Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar. Sollen bspw. die Gesundheitskonzerne Rhön, Asklepios, Sana oder Helios arbeitskampffrei sein, obwohl sie zu einem großen Prozentsatz planbare Eingriffe (z. B. Hüftgelenksoperationen) vornehmen? Die Arbeitskampffreiheit würde hier übrigens keinem Alimentationsprinzip folgen. Und würde es nicht auch ein Gemeinwohlverstoß darstellen, wenn bspw. in der Pflege ein Fachkräftemangel dadurch befördert wird, dass Gewerkschaften nicht für angemessene Arbeitsbedingungen streiken dürfen und damit solche Stellen wirtschaftlich unattraktiv werden (Stichwort demographischer Wandel)?

44. Die Arbeitskampfmittelfreiheit gilt auch in der Daseinsvorsorge. Sowohl Art. 9 Abs. 3 GG als auch völkerrechtliche Quellen, ja sogar der EuGH (Laval) anerkennen, dass nicht nur der Streik ein zulässiges Arbeitskampfmittel darstellt.<sup>134</sup> Werden andere Formen verhältnismäßig eingesetzt, besteht kein Anlass, eine entsprechende Einschränkung vorzunehmen, dies würde am Übermaßverbot scheitern.<sup>135</sup> Es gibt keinen Arbeitskampf »light«. Den Einheitsgewerkschaften kommt allerdings die Aufgabe zu, Mitglieder von Berufsgruppengewerkschaften davon zu überzeugen, dass auch für sie förderliche Solidarität besser in ihnen gelebt werden kann.

### IX. Fazit

Wenn überhaupt, ist das Streikrecht zu restriktiv ausgestaltet. Deswegen muss die Antwort auf die Ausgangsfrage »Beamte, Kirchen und Daseinsvorsorge – arbeitskampffreie Zonen?« lauten: Nein!

<sup>134</sup> Vgl. ausführlich Rehder/Deinert/Callsen, Arbeitskampfmittelfreiheit und atypische Arbeitskampfformen, HSI-Schriftenreihe Band 1; vgl. jüngst BVerfG 26.3.2014, 1 BvR 3185/09 »Flashmob«)

<sup>135</sup> ErfK/Dieterich/Linsenmaier, 14. Aufl. Art. 9 GG Rn. 129.

## Neue Ordnung der Arbeit in Deutschland und Europa – Notwendigkeit und Ausgestaltung<sup>1</sup>

**Michael Sommer**

Bundesvorsitzender des Deutschen Gewerkschaftsbundes, Vorsitzender der Hans-Böckler-Stiftung



Meine Damen und Herren,  
liebe Kolleginnen und Kollegen,  
sehr geehrter Herr Staatssekretär<sup>2</sup>,  
sehr geehrter Herr Kramer<sup>3</sup>!

Ich freue mich sehr, dass wir gleich die Klängen kreuzen werden auf dem Podium. Vielleicht haben Sie das schon gesehen, wenn nicht: Die Rede, die ich jetzt halten soll, liegt schriftlich aus. Das ist auch gut so; weil: Sie gilt als gesprochen, wird aber nicht gehalten. Das dort Gedruckte gilt deshalb als gesagt, weil es nochmals die Position des Deutschen Gewerkschaftsbundes widerspiegelt. Ich will allerdings etwas anderes machen, und das sehen Sie mir dann nach, und ich erlaube mir dann auch diese persönliche Freiheit. Dies ist ja einer der letzten öffentlichen Auftritte in meinem Leben. Nach dem 11. Mai werde ich keinen mehr machen. Aus gutem Grund.

<sup>1</sup> Einstiegsreferat zur Abschlussdiskussion. Das Referat wurde als freie Rede gehalten und aus Gründen der Authentizität wurde deshalb der Vortragsstil für den Abdruck beibehalten.

<sup>2</sup> Thorben Albrecht, Staatssekretär im Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Teilnehmer der Diskussionsrunde im Anschluss

<sup>3</sup> Ingo Kramer, Präsident der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, Teilnehmer der Diskussionsrunde im Anschluss

Das Thema „Neue Ordnung der Arbeit“ ist sozusagen in vielfacher Hinsicht auch mein Lebensthema – wie für viele Gewerkschafterinnen und Gewerkschafter – übrigens für viele Arbeitgeber auch. Das ist ja sozusagen „das Salz der Erde“, in vielfacher Hinsicht. Ich möchte gerne noch einmal nachzeichnen, was uns zum Thema Arbeit bewegt, in der Vergangenheit bewegt hat, in der Gegenwart und der Zukunft bewegt.

Als ich ein junger Gewerkschaftssekretär war, hat man mir beigebracht: Es gibt nichts Wichtigeres als einen Tarifvertrag, weil: mit diesem Tarifvertrag regelt die Gewerkschaft selbst, was Recht ist. Ich habe gestern bei der Eröffnungsdiskussion von einem „Freiheitsrecht“ gesprochen, das uns das Grundgesetz zubilligt: der Tarifvertrag ist von uns gesetztes Recht. Und das steht über allem. Das ist die Kernkompetenz der Gewerkschaften. Es gibt Tarifpolitiker und es gibt Tarifhandwerker. Und dann gibt es zum Schluss noch Arbeitsrechtler, die dann das dritte Mal den Tarifvertrag erkämpfen, nämlich dann, wenn es Streitig zugeht. Manchmal hat man das Arbeitsrecht benutzt, so habe ich das jedenfalls noch kennengelernt, um die Lücken, die man im Tarifvertrag bewusst offengelassen hat,

um sich einigen zu können, von den Gerichten anschließend schließen zu lassen.

Das war aber sozusagen das „Goldene Zeitalter“, Ende der 1970er/Anfang der 1980er Jahre. Ich habe seitdem in meinem persönlichen Arbeitsleben eine Erosion des Arbeitsrechtes, des Tarifvertragsrechtes, des Systems von Arbeit erlebt, wie ich sie als junger Mensch nicht für möglich gehalten hätte, weil man der Auffassung war: Das System ist stabil. Ich kann das heute nachzeichnen, was eigentlich passiert ist – in groben Schritten; ich könnte das auch viel feiner machen, könnte das in einem Buch machen; aber ich werde es nicht schreiben.

Es begann Anfang der 1980er Jahre mit der geistig-moralischen Wende von Kohl, eigentlich sogar schon mit der Vorgängerregierung unter Helmut Schmidt, als auf erste Krisenzeichen einer westdeutschen Wirtschaft die Reaktion erfolgte, das Arbeitsrecht und das Arbeitsleben zu ändern. Man wollte nicht das Preisgefüge ändern. Man wollte nichts an den Kapitalverhältnissen ändern. Man wollte die Rahmenbedingungen der Arbeit ändern. Das war der Inhalt der George-Papiere und Lambsdorff-Papiere. Damals war Blüm Arbeitsminister. Er hat aus meiner Sicht damals wesentlich rechtliche Politik gemacht, als er dies heute formuliert.

Wir haben dann die Deregulierung von Arbeit mit dem sogenannten Beschäftigungsförderungsgesetz und der Einführung der sachgrundlosen Befristung erlebt. Auf diesem Weg ging es weiter. Weitere Schritte folgten. Wir haben erlebt, wie Arbeit weiter dereguliert wurde und wie – übrigens, Herr Kramer, ich denke, ich darf das durchaus sagen, ich glaube auch nicht, dass Sie prinzipiell eine andere Einschätzung haben als ich – die großen Partner der Regulierung von Arbeit, nämlich Arbeitgeberverbände einerseits und Gewerkschaften andererseits, jeweils an Bindungswirkung verloren haben. Wir haben Mitglieder verloren und wir haben Bindungswirkung verloren. Mit der

Folge, dass das schöne Tarifvertragssystem, sozusagen das Schmuckstück des deutschen Arbeitslebens, immer weiter erodierte; teilweise mit der Mitwirkung der Arbeitgeber, teilweise ohne Mitwirkung der Arbeitgeber. Aber es erodierte.

Diese Erosion des Arbeitsrechtes hat bis zum Jahre 2010 nicht Halt gemacht. Wir haben immer weiter erlebt, wie dieses Arbeitsrecht auseinanderbröselte. In Reaktion auf die Massenarbeitslosigkeit der 1980er/1990er Jahre wurde immer wieder der Versuch gemacht, das Problem der Massenarbeitslosigkeit nicht ökonomisch zu lösen, nicht fiskalisch zu lösen, nicht wirtschaftspolitisch zu lösen, sondern immer nur über das Arbeitsrecht. Die Kernthese war: Arbeit ist zu teuer. Deswegen muss Arbeit billiger werden. Am Anfang war es die Diskussion um die sogenannten Lohnnebenkosten, die als Teil der Arbeitskosten gesenkt werden mussten. Als das nicht mehr half, mussten Arbeitskosten insgesamt reduziert werden. Das ist es, wofür die Agenda 2010 steht: weil sie im volkswirtschaftlichen Maßstab Arbeit verbilligt. Acht bis zehn Millionen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer wurden zu prekären Beschäftigten, sprich: zu billigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern.

Darauf kann man natürlich ein Beschäftigungswunder aufbauen. Das habe ich gestern auch zu einigen französischen Kollegen gesagt, die mich besucht haben. Aber der Preis, dass Arbeit billiger wird, der Preis ist auch, dass die Bindungswirkung der Organisationen, die die Regulierung von Arbeit als Kernaufgabe definieren, immer weiter schwindet. Die Reaktionen sind Mitgliedschaften von Unternehmen in den Arbeitgeber-Verbänden ohne Tarifbindung. Wir haben teilweise Konkurrenzorganisationen. Die Arbeitgeber machten von Tariffucht aus den Arbeitgeber-Verbänden Gebrauch. Über die Entwicklung der Gewerkschaften insgesamt brauche ich nicht zu reden. Wir hatten herbe Mitgliederverluste, schwere Mitgliederverluste, Verluste an Bindungswirkung und an gesellschaftlichem Einfluss. Ich weiß, worüber ich

gerade rede, denn ich war einer derjenigen, der das mitgestalten, mit aushalten, mit fehlerhaft reparieren musste; und wir haben bei Weitem nicht alles richtig gemacht.

Ich habe bewusst auf das Jahr 2010 verwiesen. Ich hätte auch das Jahr 2008 nennen können, weil damals in der Lehman-Krise deutlich wurde, dass ein Land, ein ökonomisches System, letztendlich auch ein Kontinent, das Wirtschaften auf der nördlichen Halbkugel nicht wirklich lösen kann ohne die Mitwirkung der Sozialpartner. Das war, wenn man so will, die Stunde der Wiedergeburt – im wahrsten Sinne des Wortes – der Bedeutung der Sozialpartner. Wir haben damals vieles richtig gemacht – übrigens unter dem Druck dessen, unter dem wir standen. Ich habe erlebt, wie Menschen zu mir kamen und gesagt haben: Sommer, dein Job ist, dass meiner bleibt! Jeder wusste damals, auch infolge der Agenda 2010, was es hieß, wenn man arbeitslos wird, wenn man nach einem Jahr in Hartz IV fällt. Ich brauche keinem Menschen in Deutschland zu erzählen, was Hartz IV ist und was es bedeutet.

Auf der anderen Seite wussten wir damals, wenn wir es schaffen, die Wirtschaft hochzuziehen und die Rahmenbedingungen zu regeln und wir der Wirtschaft damit wieder Vertrauen geben, um die Krise zu überwinden. Dass dies aber nicht gelingt, wenn Tausende von Firmen insolvent werden, mit der Folge einer riesigen Massenarbeitslosigkeit. Unter anderen Bedingungen wären in der fraglichen Zeit drei Millionen Menschen arbeitslos geworden. Die Wettbewerbsfähigkeit dieses Landes und dieses Kontinents wäre auf Dauer geschwächt gewesen, weil infolgedessen viele Firmen verschwunden wären und natürlich auch viel Qualifikation mit der workforce verloren gegangen wäre.

Dass es uns damals gelungen ist, aus dem Teil des beschriebenen Problems zum Teil der Lösung zu werden, das war unsere gemeinsame große Leistung. Die Frage ist, welche Schlussfolgerungen man daraus zieht. Damit bin ich auch schon fast

an dem Punkt, wo ich sage: Wahrscheinlich hören dann an einigen Stellen auch unsere Gemeinsamkeiten auf – oder auch nicht.

Wir haben damals Neues formuliert. Ich habe selbst, wenn ich mich richtig daran erinnere, auf dem Grundsatzreferat beim DGB-Kongress vor vier Jahren gesagt: Dieses Land braucht eine neue Ordnung der Arbeit. Ich habe deshalb den Begriff „Neue Ordnung der Arbeit“ gewählt, weil ich glaube, dass wir uns auch begrifflich klar sein müssen, dass wir nicht zu den sogenannten guten alten Zeiten zurückkehren können. Es gibt auch innerhalb der Gewerkschaften die Vorstellung, die früher auch die Labour Party in Großbritannien hatte: Wenn die Konservativen regieren, privatisieren sie, und wenn wir wieder regieren, verstaatlichen wir. Ich glaube, dass wir in vielfacher Hinsicht deutlich machen müssen, dass man natürlich gedanklich an Grunderrungenschaften dieser Republik wie der Tarifautonomie anknüpfen kann, aber andererseits nicht wieder zurückkehren darf zur alten Ordnung der Arbeit, die unter anderem auch deshalb erodiert ist, weil sie in einigen Bereichen nicht funktionierte.

Ich erinnere mich, als wir diesen Gedanken weiterentwickelten beim Deutschen Gewerkschaftsbund, an Diskussionen mit unseren Arbeitsrechtlerinnen und Arbeitsrechtlern, die mir sagten: Wenn du den Begriff weiter ausdekliniert, dann geht es auch um das Verhältnis von Freiheit und Flexibilität. Wir werden niemals davon wegkommen, dass die Unternehmen unter den Bedingungen einer weltwirtschaftlichen Verflechtung ein höchstes Maß an Globalisierung und an Flexibilität brauchen. Das hat uns bei der Entwicklung dieses Gedankengebäudes geholfen, diese Leitplanken zu setzen.

Ich will bewusst bei dem erstgenannten Punkt bleiben. Ich hatte im Januar dieses Jahres, also vor einigen Monaten, die Gelegenheit, in Washington an einigen größeren Instituten über die industriellen Beziehungen in Deutschland zu sprechen. Die



Amerikaner kamen immer – wie auch die Chinesen heute – zu uns mit der Leitfrage: Wie gelingt es Ihnen, dass ein Land faktisch ohne Rohstoffe, ein relativ kleines Land mit großen Abhängigkeiten zum Beispiel im Energiebereich, über die wir ja gerade diskutieren, trotzdem eine der führenden Wirtschaftsnationen dieser Erde ist? Dazu gibt es verschiedene Ansatzpunkte: deutscher Erfindergeist, die Qualifikation unserer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Aber wir haben mit ihnen insbesondere darüber gesprochen, dass wir in Deutschland ein System von Sozialbeziehungen, von sogenannten industriellen Beziehungen haben, das sich wesentlich von dem unterscheidet, welches wir zum Beispiel in den USA vorfinden. Ich erinnere mich in dem Zusammenhang an eine Diskussion mit der Präsidentin der FED<sup>4</sup>, die mich

fragte, als ich ihr erklärte, wie wir 2008 bis 2010 gemeinsam mit Arbeitgebern und Regierung Politik gemacht haben: Warum haben die Arbeitgeber mitgemacht? Ich habe geantwortet, dass die Arbeitgeber ihre Wertschöpfung und ihre Firmen erhalten wollen. Sie entgegnete: In den USA ist das doch gut, wenn einer pleitegeht, ist ein Konkurrent weg.

Dieses Denken, dass neben dem kurzfristigen Interesse auch ein langfristiges Ziel besteht – also in längeren Linien denken bzw. in längeren Arbeitslinien denken, war und ist in den USA wohl eher fremd.

Doch zurück zu dem, was „Neue Ordnung der Arbeit“ heißt. Für uns war es immer wichtig, als ersten Schritt zwei Leitplanken zu setzen. Die eine Leitplanke: die Bekämpfung und Eindämmung von prekärer Arbeit, die für uns unerträg-

<sup>4</sup> Janet Yellen, Präsidentin des Federal Reserve Systems, das Zentralbanksystem der USA

lich ist, weil sie den Wert und die Würde von Arbeit herabsetzt, weil sie einen permanenten Druck ausübt auf die normalen Arbeitsverhältnisse. Das könnte ich jetzt an vielen Beispielen belegen, von der Leiharbeit bis ... Auf der anderen Seite wollen wir als zweite Leitplanke immer die Renovierung des klassischen Tarifvertragssystems. Nicht im Sinne von: Wir kehren zurück zu starren, nicht flexiblen Regelungen, freiheitseinschränkenden Regelungen und Ähnlichem von dieser Art. Sondern wir wollen, dass die Grundwerte des Grundgesetzes umgesetzt werden, nämlich dass die Arbeitgeberverbände und die Gewerkschaften Recht setzen in einem ganz wichtigen Bereich des Lebens in Deutschland; das wollen wir renovieren. Damit tragen wir auch zur Gewinnung von mehr Mitgliedern bei. Wir haben ein großes Interesse daran, Herr Kramer, dass Sie wieder mehr Mitglieder haben. Wir wollen starke Arbeitgeberverbände. Das steht übrigens, wer das nachlesen will, im Grundsatzprogramm des Deutschen Gewerkschaftsbundes von 1996. Wir haben ein Interesse an starken Arbeitgeberverbänden.

Diese beiden Leitplanken haben uns bewogen, das Thema voranzutreiben – immer mit dem Ziel, nicht zurückzukehren zu den 70er und 80er Jahren des vergangenen Jahrhunderts. Die Leitfrage lautet: Wie kann der Anspruch von Freiheit und Flexibilität im Sinne einer Balance oder eines Ausgleichs realisiert werden?

Wir haben dazu eine Kampagne entwickelt, die viele kennen und deren Inhalt ich hier nicht wiederholen muss. Sie haben wahrscheinlich in den vergangenen eineinhalb Tagen hier sehr viel intensiver über Details diskutiert, als ich in der Lage wäre, dies überhaupt intellektuell nachzuvollziehen. Aber das Entscheidende ist: Wir haben nach unserer Einschätzung tatsächlich einen Schritt nach vorne getan. Wir haben jetzt mit dem sogenannten Tarifpaket die Möglichkeit, klassische Formen des „alten Modells“ zu renovieren. Die Allgemeinverbindlicherklärung wird renoviert. Das Arbeitnehmerentendegesetz wird renoviert. Das

ist sozusagen die Leitplanke rechts, nämlich die Leitplanke Tarifautonomie. Auf der anderen Seite schaffen wir den ersten Einstieg in die Regulierung von prekärer Arbeit durch den gesetzlichen Mindestlohn, den allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn.

Wir wissen, dass das natürlich nicht die Vollendung der Tat ist. Ich sage immer auf Gewerkschaftsversammlungen: Bitte glaubt nicht, dass der allgemeine gesetzliche Mindestlohn die Wunderwaffe ist, die gegen alles hilft. Er ist ein – wichtiger – Teil des Versuchs der Eingrenzung von prekärer Arbeit. Wir haben in den vergangenen Wochen viele Gespräche mit den Arbeitgeberverbänden geführt. Reiner Hoffmann hat viele Gespräche auch mit Ihnen persönlich, Herr Kramer, geführt. Dabei ging es uns darum, noch einmal klarzumachen, dass dies für uns die Leitplanken sind, aber wir den Rechtsverkehr dem Linksverkehr vorziehen. Das heißt, die Tarifautonomie vor der gesetzlichen Regelung von Arbeitsbeziehung. Deswegen wollen wir zum Beispiel bei der Regulierung der Leiharbeit bewusst Tarifpolitik nachzeichnen und nicht präjudizieren. Für den gesetzlichen Mindestlohn wollen wir nachlaufend die Erhöhung der Mindestlöhne. Wir stimmen dem Vorhaben der Großen Koalition zu und machen die Arbeit in der Mindestlohnkommission als Tarifpartner. Wir zeichnen praktisch Tarifpartnerschaft nach, aber nicht im Sinne, dass wir dort Tarifverhandlungen führen, sondern dass wir Tarifpolitik so, wie sie war, mit allen ihren Mängeln, versuchen umzusetzen, mindestens im lohnpolitischen Bereich, und versuchen, sie weiterzuentwickeln.

Das soll deutlich machen, dass wir natürlich nach einer langen internen Diskussion an das Grundsystem dieser Bundesrepublik Deutschland, nämlich der Tarifautonomie, anknüpfen wollen. Man hätte auch andere Modelle entwickeln können. Man hätte das tripartistische Modell entwickeln können, wie es in vielen europäischen Ländern der Fall ist, indem zum Beispiel zum Schluss der Staat

die inhaltliche Rechtsetzungsinstanz und damit der starke Spieler bei diesem Gefüge ist, Tarifpolitik dort dann eben eher eine untergeordnete Rolle spielt. Wir haben uns nach langer intensiver Diskussion untereinander bewusst dafür entschieden, dass wir diesen Weg der Tarifpolitik gehen wollen. Diesen Weg, der deutlich macht: Zwei Partner entwickeln gemeinsam die Gestaltung der Arbeitsbeziehungen; im Zweifelsfall auch im Streit. Und im Zweifelsfall auch mit Streik. Sie, Herr Kramer, im Zweifelsfall, das weiß ich auch, mit Aussperrung. Wir leben nicht auf einem anderen Stern, sondern wir wissen, dass Sie Ihre Interessen zu vertreten haben, genauso wie wir.

An zwei Stellen möchte ich noch kurz einen Ausblick wagen. Wenn wir es jetzt mit der Koalitionsvereinbarung und der Umsetzung im sogenannten Tarifpaket tatsächlich schaffen, diese beiden Leitplanken auf den Weg zu bringen, dann ist natürlich die Arbeit noch lange nicht getan – für niemanden von uns. Sondern das ist ein erstes Stück. Wir haben nach wie vor Formen von prekärer Arbeit, die mit dem Mindestlohn mitnichten eingefangen werden. Wir werden uns weiterhin nicht mit sachgrundloser Befristung abfinden, weil wir das nicht wollen, und sie für falsch halten. Genauso wenig, wie wir wollen, dass die falschen Anreize beibehalten werden, durch Minijob-Verträge Sozialversicherungsschutz zu entziehen. Sozialversicherung ab der ersten Stunde ist unser Ziel, um deutlich zu machen, dass Minijobs zu einem normalen Arbeitsverhältnis werden müssen. Sie dürfen nicht missbraucht werden, um normale Arbeitsverhältnisse zu zerstückeln.

Das sind Punkte, die werden auch zwischen uns, Herr Kramer, in der politischen Debatte strittig bleiben. Ich könnte hinzufügen: Das, was jetzt im Tarifpaket vorgesehen ist zur Regulierung des Niedriglohnsektors, ist zwar ein Schritt in die richtige Richtung, aber er führt noch nicht zum Ziel. Es muss noch viele weitere Schritte geben. Wir werden uns darüber unterhalten müssen – sehr genau – über die zulässigen Werkverträge und

was sind Werkverträge, die Scheinarbeitsverhältnisse sind. Wie regulieren wir das? Wie kommen wir dem bei? Ich will nur sagen: Auch in den klassischen Feldern werden wir in diesen nächsten Jahren noch miteinander streiten. Wahrscheinlich werden mal Sie, Herr Kramer, sich durchsetzen und mal wir uns durchsetzen. Aber insgesamt, glaube ich, kommen wir wieder auf einen anderen Weg, auf eine andere Wegstrecke.

Ich hoffe übrigens sehr, dass es uns gelingt, in den nächsten Jahren diese Wegstrecke gemeinsam, durchaus streitig zu begehen, und dennoch einige Regelungen so zu machen, dass sie längere Zeit erhalten bleiben und fest sind und dadurch eine Richtung weisen. Also: Sachgrundlose Befristung weg, Minijobs abschaffen – das wäre eine richtig gute Sache. Sie machen das nicht mit, das weiß ich. Wir machen bei anderen Sachen nicht mit. So einfach ist das dann. Das ist das wahre Leben.

Eigentlich wollte ich sagen: Der unmittelbare Renovierungsbedarf ist mit dem, was jetzt auf den Weg gebracht worden ist, noch nicht geregelt. Niemand sollte meinen, diese Große Koalition könne Rom an einem Tag erbauen. Wenn ich zurückdenke, ist Einreißen meistens einfacher.

Ich spreche das deshalb an, weil ich hoffe, dass wir dies in den nächsten Jahren gemeinsam an vielen einzelnen Schnittpunkten etwas verbessern. Ich glaube, dass wir gemeinsam vor einer Aufgabe stehen – übrigens im Miteinander von Staat, Rechtsprechung und Rechtsetzung. An einigen Stellen ist etwas zu entwickeln, wovor wir bislang ziemlich intensiv die Augen verschließen, nämlich, dass sich Arbeit in einer dramatischen Art und Weise verändern wird. Sie hat sich in unserem Alltag schon verändert. Jetzt sehe ich gerade – das hat wahrscheinlich etwas damit zu tun, dass es hier offensichtlich zivilisierter zugeht als auf anderen Veranstaltungen –, dass gerade keiner sein Tablet in der Hand hält und seine Mails checkt. Das ist mittlerweile üblich und gehört sozusagen zum Leben dazu. (Ich mache es auch.)

Das ist nur eine ganz kleine Facette zur Verdeutlichung, was sich bei uns verändert, und wie sich eben auch Arbeit verändern wird. Wir werden eine andere Form von Arbeit haben, mit anderen Qualifikationsanforderungen an arbeitende Menschen, mit anderen Anforderungen an Unternehmen, diese Menschen zu führen, zu begleiten, ihnen zu helfen, eine Richtung zu finden – bis dahin, dass wir über völlige andere Arten von Tätigkeiten und auch über andere Notwendigkeiten der Regulierung von Arbeit nachdenken. Ich denke zum Beispiel – ein Beispiel unter zwanzig, die mir ad hoc einfallen würden, – an die Frage der psychischen Belastung durch Arbeit, die heute einen völlig anderen Stellenwert hat als noch vor 20, 30 Jahren. Und wir alle haben noch nicht die richtigen Erkenntnisse daraus gezogen: Welches Verhalten von Menschen zeitigt eigentlich das dauerhafte Arbeiten an und mit Bildschirmen? Ich möchte an diesem Beispiel nur verdeutlichen, dass wir gemeinsam einen unglaublich hohen Renovierungsbedarf haben. Die Gestaltung von digitalisierter Arbeit wird uns aber fordern. Sie ist unerlässlich. Wenn sie an uns vorbeiginge, ginge an uns der wirtschaftliche und technische Fortschritt vorbei, und das kann niemand wollen. Folgerichtig sollte man sich frühzeitig dieser Regulierungsaufgabe stellen. Dazu gehört dann auch und als Letztes, meine Mahnung: Wir müssen nicht wieder 30 Jahre ein Tal der Tränen durchgehen, um den Wert der Sozialpartnerschaft wieder zu entdecken – einer übrigens konfliktorischen Sozialpartnerschaft. Das ist nicht das Problem. Gemeinsame Verantwortung für das, was wir Wirtschaften nennen, ist es. Der stärkste Ausdruck dieser Sozialpartnerschaft ist das Mitbestimmungssystem. Ich glaube, wir sollten uns auch die Mühe machen, neben der Renovierung und Renaissance und Renaturierung des Tarifvertragssystems uns der Weiterentwicklung der Mitbestimmung zu stellen. Das wäre sozusagen mein Ausblick auf eine Neue Ordnung der Arbeit.

Ich bedanke mich bei Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit.



## Rechtspolitischer Ausblick

### Reiner Hoffmann

Mitglied des Geschäftsführenden Bundesvorstandes  
des Deutschen Gewerkschaftsbundes



Sehr geehrte Damen und Herren,  
liebe Kolleginnen und Kollegen,

Michael Sommer hat den Hinweis gegeben, dass es von Vorteil sein kann, kein Jurist zu sein. Es mache freier. Davon möchte ich bei meinem rechtspolitischen Ausblick als Nicht-Jurist Gebrauch machen.

Wie wir gestern gehört haben, hat der Rechtspolitische Kongress eine lange Tradition. In diesem Jahr findet er zu einem Zeitpunkt statt, der ausgesprochen klug gewählt wurde.

Die neue Regierung ist 100 (+2) Tage im Amt.

In 45 Tagen beginnt der DGB Bundeskongress und in 91 Tagen finden die Wahlen zum Europäischen Parlament statt.

Darüber hinaus befinden wir uns mitten in den Betriebsratswahlen, die bis Ende Mai abgeschlossen sein werden. Dabei werden mehr als 180.000 neue Arbeitnehmervertreter und Arbeitnehmervertreterinnen in diesem Land gewählt. Sie leisten einen ganz entscheidenden Beitrag zur Gestaltung von

guter Arbeit in den Betrieben.

Also: Ein guter Zeitpunkt, um über Demokratisierung von Gesellschafts- und Arbeitswelt zu diskutieren und um Impulse für eine soziale Rechtspolitik zu geben.

Die Wählerinnen und Wähler haben sich am 22. September letzten Jahres für einen Politikwechsel entschieden. Schwarz-Gelb wurde abgewählt.

Die Bewertung des Koalitionsvertrages durch die Gewerkschaften ist durchaus kritisch, aber im Ergebnis positiv. Nur wissen wir auch, dass wir mit dem Koalitionsvertrag noch lange keine Neue Ordnung der Arbeit realisiert haben.

Einiges wurde zwar festgeschrieben, vieles bleibt aber vage und manches findet sich überhaupt nicht im Koalitionsvertrag wieder. Völlig unzureichend sind die Ausführungen zu einer zukünftigen Europapolitik. Mitbestimmungspolitische Reformvorhaben finden sich überhaupt nicht im Koalitionsvertrag wieder. Deshalb werden wir uns an die Arbeit machen, damit das, was vereinbart

wurde, auch gehalten wird und damit das, was außen vor geblieben ist, nicht von der politischen Agenda verschwinden wird. Wie groß der Reformbedarf ist, haben die zahlreichen Diskussionen in den Foren gestern deutlich gemacht.

Die ersten 100 Tage hat Schwarz-Rot hinter sich. Der DGB hat die Gelegenheit genutzt, dies zum Anlass zu nehmen, eine erste Zwischenbilanz zu ziehen. Einige Medien, zahlreiche Verbände und die politischen Oppositionsparteien haben der großen Koalition bereits einen Fehlstart attestiert. Dem möchte ich mich nicht anschließen. 100 Tage sind nicht viel, wenn man Regierungsverantwortung übernimmt. Es lässt sich erkennen, dass diese Regierung gestalten will. Das ist schon viel wert, bedenkt man den vierjährigen Bummelstreik der Vorgängerregierung.

Das für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zentrale Arbeitsministerium hat schon jetzt mehr auf den Weg gebracht als in der gesamten vergangenen Legislaturperiode. Und bei aller Kritik im Detail: Die Richtung stimmt. Erstmals seit langem werden wieder Reformen für, statt gegen die Beschäftigten gemacht. Beispiele sind die Rente mit 63, Verbesserungen bei der Erwerbsminderungsrente und die Einführung des gesetzlichen Mindestlohns.

Der DGB hat die Vorlage des sogenannten Tarifpaktes zur Stärkung der Tarifautonomie mit den Regelungen für einen gesetzlichen, flächendeckenden Mindestlohn und den Vorschriften zur Erleichterung der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen sowie der Ausweitung des Arbeitnehmerentsendegesetzes auf alle Branchen begrüßt. Das ist ein großer und wichtiger Schritt für eine Neue Ordnung der Arbeit und ein Meilenstein der Sozialpolitik.

Auf Details möchte ich an dieser Stelle nicht eingehen, wir haben eine umfangreiche Stellungnahme zum Referentenentwurf dem Arbeitsministerium vorgelegt. Eines lassen Sie mich an dieser Stelle

nur deutlich sagen, die vorgesehenen Ausnahmen für Jugendliche unter 18 Jahren und Langzeitarbeitslosen lehnen wir strikt ab. Denn:

Würde kennt keine Ausnahmen. Insofern sind diese Regelungsvorschläge im Gesetzentwurf nicht sachgerecht. Ausnahmen dieser Art sind aus verfassungsrechtlicher, europarechtlicher und völkerrechtlicher Perspektive unzulässig. Das hat ein umfangreiches Gutachten von Prof. Fischer-Lescano<sup>1</sup> deutlich gemacht.

Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens werden wir alles daran setzen, dass es keine Ausnahmen geben wird. Daher haben wir unsere Mindestlohnkampagne aktiviert.

Was die vehemente Kritik gegen den Mindestlohn aber auch zeigt, ist, dass wir eine gesellschaftliche Debatte über den Wert von Arbeit in diesem Land brauchen. Es wäre schon ein Fortschritt, wenn in den Medien nicht täglich lediglich über die Börsenkurse umfangreich berichtet würde, sondern in gleicher Weise der Berichterstattung über gute Arbeit, Betriebs- und Personalräte, Tarifverträge und Verstöße gegen arbeits- und sozialrechtliche Regeln eine größere Aufmerksamkeit geschenkt würde.

Die Probleme des Niedriglohnssektors werden allein mit einem Mindestlohn nicht gelöst. Daher ist es wichtig, dass die Tarifautonomie in diesem Land endlich gestärkt wird. Dazu gehört eine bessere Regelung zur Allgemeinverbindlichkeit, um die Blockadehaltung der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeber (BDA) aufzubrechen. Dazu gehört auch die Ausweitung des Arbeitnehmerentsendegesetzes auf alle Branchen, wie es im Referentenentwurf vorgesehen ist. Damit wird der besseren Verwirklichung von Artikel 9 III und 12 GG bei den im Arbeitnehmerentsendegesetz genannten Arbeitsbedingungen endlich Rechnung getragen.

<sup>1</sup> Hinweis: unter nachfolgendem Link ist das Gutachten abrufbar: <http://www.dgb.de/themen/++co++fcd231d8-aded-11e3-8ecb-52540023ef1a>

Auch die Tarifeinheit muss gestärkt werden, kein einfaches Unterfangen, da sie zwingend verfassungskonform sein muss und jegliche Einschränkung des Streikrechts von uns abgelehnt wird. Daher müssen wir nicht nur die rechtlichen Regelungen überprüfen, sondern auch der Frage nachgehen, wie die soziale Verantwortung der Unternehmen in diesem Land gestärkt werden kann. Es wäre schon ein Fortschritt, wenn die Arbeitgeberverbände Korrekturen in ihren Satzungen vornehmen würden und es zukünftig nicht mehr möglich wäre, dass Unternehmen einem Arbeitgeberverband ohne Tarifbindung beitreten können.

Sehr geehrte Damen und Herren, liebe Kolleginnen und Kollegen, eine Neue Ordnung der Arbeit ist allerdings mehr als die Wiederherstellung der alten Ordnung, das hat Michael Sommer in seinem Beitrag deutlich gemacht. Eine Neue Ordnung der Arbeit wird sich dadurch auszeichnen, dass Arbeit weiblicher wird und die Frauenerwerbstätigkeit weiter zunimmt. Das ist gut so. Schlecht ist, dass der Grundsatz gleicher Lohn für gleiche Arbeit immer noch keine Realität in Deutschland ist. Auf dem Equal Pay Day letzte Woche haben die Gewerkschaften klar und deutlich kritisiert, dass Frauen in Deutschland immer noch 20 Prozent weniger verdienen als ihre männlichen Kollegen. Das ist ein gesellschaftlicher Skandal.

Die Neue Ordnung der Arbeit hat vielfältige Facetten, die wir auf unserem Kongress im Mai ausführlich beraten werden.

Lediglich zwei Herausforderungen möchte ich kurz benennen:

1. Wir erleben eine zunehmende digitale Vernetzung der Arbeitswelt, die neue arbeitsrechtliche Regelungen erforderlich macht, wie beispielsweise einen wirkungsvollen Datenschutz, ein Recht auf „Log off“, also die Nichterreichbarkeit.

Auch müssen wir prüfen, wie wir der zunehmenden Entgrenzung von Arbeit, der Aufhebung von Raum- und Zeitgrenzen von Arbeit entgegenwirken können und wie wir neuen Belastungsformen, wie beispielsweise psychischem Stress entgegenwirken.

Über die neuen Belastungsformen haben die BDA und der DGB ein gemeinsames Positionspapier herausgegeben, das im Rahmen einer größeren Konferenz am 19. März 2014 vorgestellt und diskutiert wurde.

2. Auch mit dem demografischen Wandel gehen zahlreiche neue Herausforderungen einher. Wir müssen der Frage nachgehen, wie wir dazu beitragen können, dass Menschen zukünftig länger gesund durchs Arbeitsleben kommen, um dann gesund in Rente zu gehen. Wir brauchen verbindliche Qualifizierungsrechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer über die gesamte Erwerbsbiografie und wir brauchen neue arbeitszeitpolitische Initiativen. Die Arbeitszeit müssen wir zukünftig über die gesamte Erwerbsbiografie in den Blick nehmen. Damit verbundene Lebensarbeitszeitmodelle lassen sich tarifpolitisch gestalten. Zugleich brauchen wir aber auch seitens des Gesetzgebers flankierende rechtliche Regelungen, wie beispielsweise eine Teilrente. Das ist keine Rückkehr zum Vorruhestand, sondern soll es ermöglichen, dass Menschen zukünftig – insbesondere Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die besonderen Belastungen ausgesetzt sind – im Alter ihre Arbeitszeit sukzessive reduzieren können und dabei keine Einkommensverluste hinnehmen müssen.

Für eine Neue Ordnung der Arbeit brauchen wir handlungsfähige Betriebsräte. Angesichts der gravierenden Veränderungen in der Arbeitswelt muss das Betriebsverfassungsgesetz dringend reformiert werden. Hierzu findet sich leider im Koalitionsvertrag der Großen Koalition rein gar nichts.



Auch gibt es in diesem Land nach wie vor viel zu viele betriebsratsfreie Zonen. Schon die Absicht, einen Betriebsrat zu gründen, hat oft negative Folgen. Sie reichen von Drohungen der Arbeitgeber bis zur Entlassung. Immer öfter halten spezialisierte Anwaltskanzleien die Betriebe mitbestimmungsfrei. Das können und wollen wir nicht länger hinnehmen. Wir brauchen den vollen Kündigungsschutz für alle, die einen Betriebsrat gründen wollen. Das wäre ein wichtiger Schritt, der Spaltung auf dem Arbeitsmarkt zu begegnen und die Arbeitsbedingungen in den Billiglohn-Buden zu verbessern.

Wir alle wissen, Betriebs- und Personalräte sind die Garanten für gute Arbeit. Aber immer häufiger geraten sie an ihre Grenzen, wenn etwa Firmen Arbeit auslagern und per Werkvertrag zu miesen Bedingungen vergeben. Die Betriebsräte brauchen deshalb mehr Rechte und Gestaltungsmöglichkeiten.

Einerseits, um sich gegen Lohndumping und unwürdige Arbeitsbedingungen einzusetzen. Andererseits, um sich für gute Arbeit stark zu machen. Wir brauchen eine zwingende Mitbestimmung der Betriebsräte bei Leiharbeit und Werkverträgen. Betriebs- und Personalräte müssen das Recht haben, gegen die zunehmende Leistungsverdichtung und Stress initiativ zu werden. Und: Wir brauchen eine Fortentwicklung der demokratischen Teilhabe und eine Stärkung der Rechte der betrieblichen Interessenvertretungen.

Der DGB und seine Gewerkschaften werden der Mitbestimmung zu neuem Elan verhelfen. Wir werden Bilanz ziehen und die Erfolgsgeschichte „Mitbestimmung“ fortschreiben.

Aber auch die Rechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Aufsichtsrat müssen verbessert werden. Auf der 10. Konferenz für Aufsichtsräte des DGB und der HBS am 13. Februar dieses Jah-

res in Berlin hat der Präsident des Deutschen Bundestages, Herr Prof. Dr. Lammert, für mich überraschend, aber sehr beeindruckend, Vorschläge in die Debatte gebracht.

Herr Lammert tritt dafür ein, dass künftig in den Aufsichtsräten großer Unternehmen Arbeitnehmervertreter dasselbe Stimmengewicht bekommen sollen wie die Vertreter der Eigentümer, und das Doppelstimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden soll entfallen. Er hat auch gleich das Argument entkräftet, damit könnten die verfassungsrechtlichen Eigentümerrechte ausgehöhlt werden. Die Zeiten, so Lammert, hätten sich geändert. Das Eigentum sei zunehmend durch anonymes Kapital vertreten und durch Fondsanleger, die auch nicht genau wüssten, wo ihr Geld angelegt sei. Dem kann ich nur zustimmen.

Wir brauchen auch eine Ausweitung der Unternehmensmitbestimmung. Sie muss bereits bei weniger als 2.000 Beschäftigten einsetzen. Es wäre absurd, die Einführung der Demokratie von der Größe eines Landes abhängig zu machen. Dazu nur zwei Beispiele: in Schweden gilt die Unternehmensmitbestimmung ab 100 und in Dänemark bereits ab 50 Beschäftigten. Diese Beispiele zeigen, dass es auch für die deutschen Gewerkschaften Sinn macht, über die nationalen Grenzen hinaus die Mitbestimmungserfahrungen in anderen europäischen Nachbarländern einzubeziehen.

Leider ist die Bereitschaft, sich in der deutschen Diskussion stärker auf europäische vergleichende Diskussionen einzulassen, nach wie vor begrenzt. Ausländische Regelungen und Erfahrungen sind irgendwie Realitäten zweiter Klasse. Dabei könnten diese für eine offensive Diskussion über die Zukunft des Arbeitsrechts inspirierend sein, und ich bin sicher, dass von einer solchen Diskussion neue rechtspolitische Impulse ausgehen könnten.

Wolfgang Däubler hat unlängst festgestellt, dass die Rechtspolitik seit 30 Jahren nirgends mehr Konjunktur hat, wenn es um eine Verbesserung

und nicht um einen Abbau von Arbeitnehmerrechten geht.

Der Abbau von Arbeitnehmerrechten hat zurzeit Hochkonjunktur, vor allem in den krisengeschüttelten Ländern der Europäischen Union im Süden.

Mit der rigorosen Austeritätspolitik wurden den Krisenländern nicht nur Wachstumsperspektiven verbaut. Zugleich wurden die Hilfspakete mit Eingriffen in die Tarifautonomie und dem Abbau von Arbeitnehmerrechten verknüpft. Die Folgen für die Bürgerinnen und Bürger sind katastrophal, wie die dramatischen Arbeitslosenzahlen zeigen. All dies findet außerhalb der europäischen Spielregeln statt. Mit der intergouvernementalen Zusammenarbeit findet eine Entdemokratisierung statt, da das Europäische Parlament außen vor bleibt und keinerlei Mitwirkungsmöglichkeiten hat. Hier ist ein klarer Kurswechsel erforderlich!

Europa kann zukünftig nicht ohne eine politische Regulation der entbetteten Finanzmärkte bestehen, sonst gehen die europäischen Gesellschaften in den Strudeln der Finanzmärkte unter. Daher muss das alte Projekt der negativen Integration (Fritz Scharpf) Europas, durch bloße Liberalisierung der Märkte und Deregulierung der Politik, beendet und das der positiven Integration gestärkt werden.

Dazu gehören in erster Linie die Reregulierung der Finanzmärkte, eine europäische Wachstums- und Investitionsoffensive sowie die Stärkung von Arbeitnehmerrechten in Europa. Damit kann ein Beitrag geleistet werden, dass die Bürgerinnen und Bürger wieder neues Vertrauen in die europäische Integration gewinnen.

Zurzeit werden die Menschen mit rechtspopulistischen Parolen gegeneinander aufgehetzt. Mal sind es die faulen Griechen, die an unser Geld wollen. Dann sind es wieder die Rumänen und Bulgaren, die unsere Sozialkassen plündern wollen. Ge-

gen solche Verunglimpfungen müssen wir uns zur Wehr setzen.

Jürgen Habermas hat im letzten Jahr einen, wie ich finde, lesenswerten Beitrag veröffentlicht, in dem er darauf hinwies, dass die öffentliche Wahrnehmung der Krise in eine völlig falsche Richtung gelenkt wurde, indem die von der Krise betroffene Bevölkerung gegeneinander in „Geber“- und „Nehmerländer“ aufgehetzt werden. Er warnt davor, dass soziale Fragen in nationale Fragen umgefälscht werden und dass aus Angst vor den Rechtspopulisten eine offensive Debatte gescheut wird.

Wir sind gut beraten, uns offensiv und mutig den rechtspopulistischen Tendenzen entgegenzustellen. Es gilt: Wehret den Anfängen! Europa als Zukunftsprojekt ist in der Politik zurzeit leider Mangelware. Stattdessen sind die Rechtspopulisten auf dem Vormarsch, wie beispielsweise in Frankreich. In den aktuellen Umfragen zu den Wahlen des Europäischen Parlaments liegt der Front National vor allen demokratischen Parteien in Frankreich. Wir sollten verhindern, dass wir am 25. Mai bei den Wahlen zum Europäischen Parlament eine böse Überraschung erleben. Daher gilt es, die Bürgerinnen und Bürger zu motivieren, ihre Stimme für ein soziales Europa mit einer starken Wahlbeteiligung zu erheben.

In diesem Jahr blicken wir auf den Ausbruch des Ersten Weltkrieges zurück. Erneut möchte ich auf Jürgen Habermas hinweisen, der sich in einem Beitrag der Blätter für deutsche und internationale Politik unter dem Titel „Demokratie oder Kapitalismus?“ wie folgt geäußert hat: „Die europäischen Linksparteien sind dabei, ihren historischen Fehler aus dem Jahre 1914 zu wiederholen. Auch sie knicken aus Furcht vor der rechtspopulistisch anfälligen Mitte der Gesellschaft ein. In der Bundesrepublik bestärkt außerdem eine unsäglich merkelfromme Medienlandschaft alle Beteiligten darin, das heiße Eisen der Europapolitik nicht anzufassen.“

In einer Diskussion mit dem SPD-Parteivorstand Anfang des Jahres hat er gefordert, die Konstruktionsfehler der Europäischen Union zu beseitigen und sie zu einer politischen Union mit harmonisierter Finanz- und Wirtschaftspolitik, gemeinsamen Parteien und Transferleistungen über Grenzen hinweg auszubauen. Dies werde aber nur gelingen, wenn man ein Europa der zwei Geschwindigkeiten in Kauf nehme. Als langjähriger Mitarbeiter des Europäischen Gewerkschaftsbundes weiß ich, was er den europäischen Gewerkschaften damit zumutet. Natürlich wollen wir kein Europa zweier Klassen. Wir müssen aber auch erkennen, dass wir gerade im sozialen Bereich aufgrund des Einstimmigkeitsprinzips im Ministerrat seit über einer Dekade keinen Fortschritt erzielen konnten. Daher brauchen wir eine mutige Debatte über die Zukunft eines sozialen Europas. Wir brauchen eine Änderung in den europäischen Verträgen und dazu muss rasch ein neuer Konvent eingerichtet werden. Das Risiko aufgrund der politischen Mehrheitsverhältnisse in Europa ist dabei allerdings nicht gering.

Aber Schweigen und Stillstand sind auch keine Alternative. Wege in eine positive europäische Integration lassen sich unter anderem bei der Weiterentwicklung und dem Ausbau von Arbeitnehmerrechten erreichen. Wenn wir beispielsweise die Entwicklung der Arbeitnehmerbeteiligungsrechte noch einmal Revue passieren lassen, dann stellen wir fest, dass bereits in den 70er Jahren wichtige Informations- und Konsultationsrechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer europäisch geregelt wurden. Ausgangspunkt war die Richtlinie aus dem Jahre 1975 über die Ansprüche der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei Massenentlassungen. Einige Jahre später folgte die Richtlinie über die Informations- und Konsultationsrechte der Arbeitnehmer. Allerdings hat es dann noch mehr als 20 Jahre gedauert, bis 1994 die Europäische Betriebsräterichtlinie verabschiedet wurde und der Kompromiss zur Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft konnte erst 2003 gefunden werden. Eine Strategie

für die positive Integration ist die Weiterentwicklung von europäischen Mitbestimmungsrechten, die den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern deutlich macht, dass es auch anders geht und ein soziales Europa keine Utopie ist. Die Mitbestimmungsinitiative der deutschen Gewerkschaften muss auch europäisch eingebettet werden. Dafür wäre es hilfreich, wenn wir mit Unterstützung der Hans-Böckler-Stiftung und des Europäischen Gewerkschaftsbundes sowie des „Europäischen Kompetenzzentrums Mitbestimmung“, das beim Europäischen Gewerkschaftsinstitut angesiedelt ist, eine hochrangige Expertengruppe einrichten. Eine solche Gruppe könnte Praktiker und Experten der Mitbestimmung aus verschiedenen europäischen Ländern und Unternehmen zusammenbringen. Ich hätte auch nichts dagegen, Vertreter der Arbeitgeberseite oder von Investoren an dieser Arbeit zu beteiligen. Eine solche Gruppe könnte die Diskussion zwischen den Gewerkschaften in Europa beleben. Und wir könnten der Frage nachgehen, ob es gelingt, Einfluss auf Unternehmensentscheidungen zu nehmen, wir uns für nachhaltige Unternehmenspolitik, für gute Arbeitsplätze und sichere Standortperspektiven engagieren. Dabei geht es auch darum, den Wert der Arbeit in der Betrachtung von Managern und Investoren zu erhöhen, und es geht letztendlich um die Verankerung von Mitbestimmungsrechten im europäischen Gesellschaftsrecht.

Auch in globaler Perspektive gibt es gute Anknüpfungspunkte für eine positive europäische Integration. Die Europäische Union muss unter Beweis stellen, dass sie in der Lage ist, als sozial gestaltende Kraft auf internationaler Ebene zu agieren. Dabei geht es um nicht mehr und nicht weniger als die politische Gestaltung der Globalisierung und eine Abkehr vom neoliberalen Glauben, wonach deregulierte Märkte Wohlstand und Beschäftigung bringen. Eine gute Gelegenheit dafür sind die Verhandlungen der Europäischen Union mit den USA über ein Transatlantisches Handels- und Investitionsabkommen (TTIP). Es darf eben nicht

um den Abbau von wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Standards gehen. Stattdessen sollte eine transatlantische Kooperation verfolgt werden, die wirklich die Menschen in den Mittelpunkt stellt und für eine Verbesserung der Lebensbedingungen und die Stärkung der Arbeitnehmerrechte sorgt. Zurzeit laufen diese Verhandlungen absolut intransparent, das können wir nicht akzeptieren. Die Gewerkschaften werden kein Abkommen akzeptieren, das Arbeitnehmerrechte oder Verbraucher- und Umweltstandards unter Druck setzt.

Ich würde es begrüßen, wenn der nächste Rechtspolitische Kongress sich neben den nationalen rechtspolitischen Perspektiven auch mit der europäischen und internationalen Perspektive von „Demokratisierung von Gesellschaft und Arbeit“ auseinandersetzt. Dafür sollten wir nicht zu viel Zeit ins Land ziehen lassen.

Ich bedanke mich ganz herzlich für Ihre Aufmerksamkeit und bei der Friedrich-Ebert-Stiftung und der Hans-Böckler-Stiftung, unseren Kooperationspartnern, sowie bei den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern im DGB, die maßgeblich dazu beigetragen haben, dass dieser Rechtspolitische Kongress wichtige Impulse für eine soziale Rechtspolitik gesetzt hat.

## BEGRÜSSUNG

Dr. Roland Schmidt, Geschäftsführendes Vorstandsmitglied der FES

## GRUSSWORT

Heiko Maas, Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz

## ERÖFFNUNGSVORTRAG

**Wo Europa neue Kraft braucht  
und woher sie kommen kann**

Prof. Dr. Heribert Prantl, Süddeutsche Zeitung,  
Mitglied der Chefredaktion

## PODIUMSDISKUSSION

**Konturen eines sozialen Europas –  
Wirtschafts- und Sozialpolitik auf  
europäischer Ebene?**

Diskussionsleitung

Dr. Viktor Kreuzschitz, Richter am EuG

Ulrike Hiller, Vorsitzende der Europaministerkonferenz

Michael Sommer, Vorsitzender des DGB, Vorsitzender der HBS

Jörg Hofmann, 2. Vorsitzender IG Metall

Prof. Dr. Manfred Weiss, Universität Frankfurt/Main

### FORUM 1 **Eingriffe in Tarifvertragssysteme durch Austeritätspolitik – Konsequenzen für das deutsche Recht**

VORTRAG **Eingriffe in Tarifvertragssysteme in Europa**  
Prof. Dr. Bernd Waas, Universität Frankfurt/M.

KOMMENTARE Prof. Dr. José João Abrantes, Universität Nova  
de Lisboa  
Prof. Dr. Ulrike Wendeling-Schröder,  
Universität Hannover

VORTRAG **Rechtliche Rahmenbedingungen einer  
funktionsfähigen Tarifautonomie in  
Deutschland**

KOMMENTARE Prof. Dr. Achim Seifert, Universität Jena  
Dr. Thorsten Schulten, WSI in der HBS  
Gregor Asshoff, IG BAU  
RA Johannes Bungart, Bundesinnungsverband  
des Gebäudereiniger-Handwerks

MODERATION Helga Nielebock, DGB

### FORUM 2 **Ausgestaltung von Übergängen im Erwerbsleben**

VORTRAG **Arbeitszeitsouveränität im Erwerbsverlauf**  
Dr. Bertram Zwanziger, Richter am BAG

KOMMENTARE Dr. Christina Klenner, WSI in der HBS  
RAin Christina Ramb, BDA

VORTRAG **Vereinbarkeit von Familie und Beruf durch  
Transferleistungen**

KOMMENTARE Dr. Christine Fuchsloch, Präsidentin LSG  
Dr. Maria Wersig, Deutscher Juristinnen Bund  
e.V.  
Christina Schildmann, FES

MODERATION Peter Voigt, IG BCE  
Nadine Mattausch, IG Metall

### FORUM 3 **Versammlungsfreiheit – Schutz vor obrigkeitsstaatlicher Überprüfung und nazistischen Umtrieben**

VORTRAG **Anforderungen an ein wertorientiertes  
Versammlungsrecht**

KOMMENTARE Prof. Dr. Ralf Poscher, Universität Freiburg  
Dieter Muhsmann, Vors. Richter am OVG  
Lüneburg  
RA Harald Baumann-Hasske, Arbeitsgemein-  
schaft sozialdemokratischer Juristinnen und  
Juristen  
Oliver Malchow, Bundesvorsitzender der GdP

VORTRAG **Arbeitskampf und Versammlungsrecht als  
konkurrierende und konfligierende  
Grundrechte?**

KOMMENTARE RA Dr. Jürgen Kühling, Richter am BVerfG a.D.  
RA Hartmut Wächtler, München  
Frank Steininger, IG BAU

MODERATION Dr. Irina Mohr, FES

### FORUM 4 **Mitbestimmung in Zeiten der Globalisierung** Durchführung: Hugo Sinzheimer Institut

VORTRAG **Industrie 4.0 – Betriebsverfassung 4.0?**

KOMMENTARE Prof. Dr. Katja Nebe, Universität Bremen  
Bettina Haller, Konzernbetriebsrat Siemens  
Prof. Dr. Ulrich Koch, Richter am BAG  
Marie Seyboth, DGB

VORTRAG **Zukunft der Unternehmensmitbestimmung**  
Prof. Dr. Rüdiger Krause, Universität Göttingen

KOMMENTARE Prof. Dr. Hellmut Wißmann, Präsident des BAG  
a.D.  
Bob King, Präsident der Gewerkschaft United  
Automobile Workers (USA)  
Dr. Norbert Kluge, HBS

MODERATION Dr. Thomas Klebe, Leitung HSI  
Dr. Johannes Heuschmid, HSI

KABARETT „Macht! Menschen“ aus dem aktuellen Programm von und mit **Martin Buchholz**

## VORTRAG

**Rechtswirklichkeit – Leitschnur für eine neue Politik?**

**Michael Guggemos**, Geschäftsführer der HBS

## STREITGESPRÄCH

**Brauchen wir gesetzliche Regelungen zur Absicherung von Mindestbedingungen im Arbeitsverhältnis?**

**RA Holger Schwannecke**, Generalsekretär des ZDH

**Robert Feiger**, Bundesvorsitzender der IG Bau

Moderation **Alfred Eichhorn**, Journalist, Berlin

## FORUM 5 Sozialversicherungssysteme und Grundsicherung

### VORTRAG

**Sozialleistungen in Europa – Chance oder Abschottung nationaler Sicherungssysteme?**

**Prof. Dr. Eberhard Eichenhofer**, Universität Jena

### KOMMENTARE

**Prof. Dr. Christine Langenfeld**, SVR deutscher Stiftungen für Integration und Migration Lüneburg

**Dr. Dagmar Oppermann**, Richterin am BSG

**Dr. Björn Harich**, Richter am OVG Bremen

### VORTRAG

**Flexibel in die Rente – Vermeidung von Armut im Alter und bei Erwerbsminderung**

**Prof. Dr. Felix Welti**, Universität Kassel

### KOMMENTARE

**Prof. Dr. Ute Klammer**, Universität Duisburg-Essen

**Christoph Ehlscheid**, IG Metall

**Dirk Hölzer**, LSG Darmstadt

### MODERATION

**Robert Nazarek**, DGB

## FORUM 6 Bessere Rechtsdurchsetzung im Arbeitsrecht durch Offenlegungspflichten und Verbandsklagerechte?

### VORTRAG

**Arbeitgeberseitige Pflichten zur Offenlegung von Beschäftigungsbedingungen – Verfassungsrechtliche Grenzen?**

**Prof. Dr. Alexander Roßnagel**, Universität Kassel

### KOMMENTARE

**Michael Fischer**, FES

**RAin Dr. Miriam Saage-Maaß**, European Center for Constitutional and Human Rights

**RA Heribert Jöris**, Handelsverband Deutschland

**Rainald Thannisch**, DGB

### VORTRAG

**Bessere Rechtsdurchsetzung durch Verbandsklagerechte und Hemmung von Ausschlussfristen?**

**Prof. Dr. Armin Höland**, Universität Halle-Wittenberg

### KOMMENTARE

**RAin Ingrid Heinlein**, Vors. Richterin am LAG a.D.

**Karsten Jessolat**, DGB Rechtsschutz GmbH

**Prof. Dr. Holger Brecht-Heitzmann**, Hochschule der Bundesagentur für Arbeit, Schwerin

### MODERATION

**Dr. Nadine Zeibig**, WSI in der HBS

**Dr. Andreas Priebe**, HBS

## FORUM 7 Digitalisierung der Lebens- und Arbeitswelt – Welche Regelungsbedarfe ergeben sich?

### VORTRAG

**Digitalisierung und Datenschutz in der Lebenswelt**

**Prof. Dr. Herta Däubler-Gmelin**, Bundesministerin der Justiz a.D.

### KOMMENTARE

**Paul Nemitz**, EU-Kommission

**Gerold Reichenbach**, MdB

**Prof. Dr. Uwe Berlit**, Vors. Richter am BVerwG

### VORTRAG

**Digitalisierung der Arbeitswelt**

**Prof. Dr. Peter Wedde**, Institut für Datenschutz, Arbeitsrecht und Technologieberatung, Eppstein

### KOMMENTARE

**Prof. Dr. Marita Körner**, Universität Hamburg

**Dr. Imke Sommer**, Bremer Datenschutzbeauftragte

**Prof. Dr. Jan Marco Leimeister**, Universität Kassel

### MODERATION

**Martina Perreng**, DGB

**Isabel Eder**, IG BCE

## FORUM 8 Aktuelle Entwicklungen und Zukunft des Arbeitskampfrechts

Durchführung: Hugo Sinzheimer Institut

### VORTRAG

**Arbeitskampf in einer globalisierten Wirtschaft**

**Prof. Dr. Olaf Deinert**, Universität Göttingen

### KOMMENTARE

**Dr. Jürgen Treber**, Richter am BAG

**Prof. Dr. Eva Kocher**, Universität Frankfurt/Oder

**Andrej Wroblewski**, IG Metall

**RAin Katja Weitzel**, Arbeitsgemeinschaft sozialdemokratischer Juristinnen und Juristen

### VORTRAG

**Beamte, Kirchen und Daseinsvorsorge – arbeitskampffreie Zonen?**

**Prof. Dr. Jens Schubert**, ver.di

### KOMMENTARE

**Prof. Dr. Gregor Thüsing**, Universität Bonn

**Klaus Lörcher**, EGB

**Andreas Gehrke**, GEW

### MODERATION

**Prof. Dr. Marlene Schmidt**, Leitung HSI

**Dr. Reinold Mittag**, IG Metall

## ABSCHLUSSDISKUSSION

**Neue Ordnung der Arbeit in Deutschland und Europa – Notwendigkeit und Ausgestaltung**

EINSTIEGSREFERAT: **Michael Sommer**, Vorsitzender des DGB,

Vorsitzender der HBS

DISKUTANTEN:

**Thorben Albrecht**, Beamteter Staatssekretär im BMAS

**Ingo Kramer**, Präsident der BDA

**Michael Sommer**

**Tom Hegermann**, Journalist/Moderator, Bergisch Gladbach

Moderation

## RECHTSPOLITISCHER AUSBLICK

**Reiner Hoffmann**, Vorstandsmitglied des DGB



Prof. Dr. Manfred Weiss, Dr. Viktor Kreuzschitz, Präsident Peter Masuch und Staatsrätin Ulrike Hiller bei der Eröffnungsveranstaltung



im Interview: DGB-Vorsitzender Michael Sommer



Präsident Peter Masuch beim Eröffnungspodium



beim Eröffnungspodium



Jörg Hofmann, 2. Vorsitzender IG Metall, beim Eröffnungspodium



Bundesminister Heiko Maas und DGB-Vorsitzender Michael Sommer bei der Eröffnungsveranstaltung



Prof. Dr. Manfred Weiss und DGB-Vorsitzender Michael Sommer beim Eröffnungspodium (oben)



Staatsrätin Ulrike Hiller beim Eröffnungspodium (unten)



Dr. Christine Fuchsloch, Vortrag bei Forum 2, neben ihr Christina Schildmann



Prof. Dr. Ralf Poscher, Vortrag bei Forum 3



Prof. Dr. Katja Nebe, Vortrag bei Forum 4



Prof. Dr. Rüdiger Krause, Vortrag bei Forum 4



Prof. Dr. Olaf Deinert, Vortrag bei Forum 8



Tagungsmoderator Tom Hegemann



Forum 8



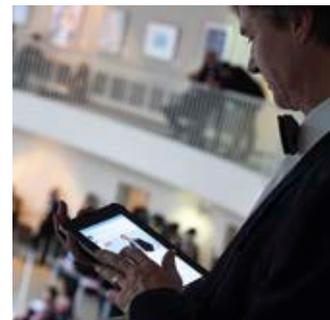
Dr. Andreas Priebe und Dr. Nadine Zeibig bei Forum 6



RAin Dr. Miriam Saage -Maaß bei Forum 6



Heribert Prantl und Reiner Hoffmann bei der Eröffnungsveranstaltung



bei der Eröffnungsveranstaltung



Kabarettist Martin Buchholz im Abendprogramm



im Fokus: Streitgespräch mit Publikum



beim Streitgespräch: v.l.n.r.: Moderator **Alfred Eichhorn**, Bundesvorsitzender IG BAU **Robert Feiger** und Generalsekretär ZDH RA **Holger Schwannecke**



im Streitgespräch: Bundesvorsitzender IG BAU **Robert Feiger**



im Streitgespräch: Generalsekretär des ZDH **Robert Schwannecke**



im Gespräch: **Thorben Albrecht**, **Ingo Kramer** und **Michael Guggemos**



vor dem Abschlusspodium: DGB-Vorsitzender **Michael Sommer**, Staatssekretär **Thorben Albrecht** und BDA-Präsident **Ingo Kramer**



beim Abschlusspodium



BDA-Präsident **Ingo Kramer** bei der Abschlussdiskussion



Staatssekretär **Thorben Albrecht** bei der Abschlussdiskussion

## Impressum

ISBN 978-3-86498-861-5

### Herausgegeben

für die Friedrich-Ebert-Stiftung

Dr. Irina Mohr

für den Deutschen Gewerkschaftsbund

Helga Nielebock

für die Hans-Böckler-Stiftung

Dr. Nadine Zeibig/ Dr. Andreas Priebe



In Zusammenarbeit mit dem  
Hugo Sinzheimer Institut (HSI)

### Gestaltung, Layout, Satz

Heike Wächter, Berlin

### Druck

Druckerei Brandt GmbH, Bonn

Copyright 2014 by

Friedrich-Ebert-Stiftung

Deutscher Gewerkschaftsbund

Hans-Böckler-Stiftung

### Bildnachweise

Titelbild

Bildmontage unter Verwendung von Bildmaterial  
von ARTENS-Fotolia.com/ Eleonore H.-Fotolia.  
com/ Monkey Business-Fotolia.com/ Heike Wäch-  
ter

Fotos Peter Himsel

Seiten: 2/3, 4/5, 9, 31, 33, 37, 39, 41, 43, 57, 63,  
79, 83, 87, 97, 102, 133, 143, 148, 169, 186 (obere  
Reihe li., re. oben/ mittlere Reihe li./ untere Reihe  
li., re. oben), 187 (oben li.), 188 (mittlere Reihe/  
untere Reihe), 189 (oben re./ mitte li.), 190/191

Fotos Reiner Zensen

Seiten: 7, 10, 13, 16, 21, 25, 69, 75, 107, 114, 117,  
129, 153, 172, 177, 180, 186 (obere Reihe re. un-  
ten/ mittlere Reihe re./ untere Reihe re. unten), 187  
(oben re./ mitte/ unten), 188 (obere Reihe), 189  
(oben li./ mitte re./ unten)

RECHTSPOLITISCHER KONGRESS  
25. UND 26. MÄRZ 2014

... Böckler  
... ftung



FRIEDRICH  
EBERT  
STIFTUNG  
Forum Berlin

RECHTSPOLITISCHER KONGRESS  
MÄRZ 2014 IN BERLIN

Weitere Materialien finden Sie unter

[www.rechtspolitischer-kongress.de](http://www.rechtspolitischer-kongress.de)

ISBN 978-3-86498-861-5

