

Soziales Recht

Wissenschaftliche Zeitschrift
für Arbeits- und Sozialrecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Olaf Deinert und
Prof. Dr. Rüdiger Krause,
Institut für Arbeitsrecht
der Georg-August-Universität
Göttingen



in Zusammenarbeit mit



Abhandlungen

Heimarbeit, Home-Office, Global-Office

Ulrich Preis Seite 173

Kollektive Interessenvertretung in einer individualisierten Gesellschaft

Gregor Thüsing Seite 182

Tarifautonomie und Gesetzgeber

Gregor Asshoff Seite 190

Für eine veränderte Arbeitsordnung in einer digitalen Arbeitswelt

Steffen Kampeter Seite 196

Rechte Beschäftigter und ihrer Interessenvertretungen

Helga Nielebock Seite 204

Die Katholische Soziallehre und das Arbeitsrecht

Karl Jüsten/Uta Losem Seite 211

Arbeits- und Sozialrecht im christlich-sozialen Geiste

Karl-Josef Laumann Seite 214

Der Ausschluss von öffentlichen Aufträgen als Sanktion

Wilfried Oellers Seite 216

Grußworte

Kerstin Griese/Katja Mast Seite 218

Editorial



Karl Schiewerling

Karl Schiewerling ist zum Ende der 18. Legislaturperiode nach 12 Jahren aus dem Bundestag ausgeschieden. Der Sprecher für Arbeit und Soziales der CDU-Bundestagsfraktion genießt parteiübergreifend ein hohes Ansehen als Streiter für eine angemessene und nachhaltige Sicherung im Erwerbsleben. Dies haben Autoren aus Wissenschaft, Verbänden, Kirche und Politik zum Anlass genommen, ihm für sein Engagement zu danken.

*Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M. (Harvard),
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn,
Gastherausgeber dieser Ausgabe*

Heimarbeit, Home-Office, Global-Office – das alte Heimarbeitsrecht als neuer Leitstern für die digitale Arbeitswelt?

Prof. Dr. Dr. hc. Ulrich Preis, Universität zu Köln

Wer sich, wie *Karl Schiewerling*, sein berufliches und politisches Leben hindurch mit Fragen des sozialen Ausgleichs auf dem Arbeitsmarkt befasst hat, der stellt fest, dass sich zwar die Arbeitswelt in den letzten 150 Jahren massiv gewandelt hat, die Grundkonflikte aber stets ähnlich geblieben sind. Als Beispiel hierfür kann die Entwicklung des Heimarbeitsrechts dienen, das vor einer ungeahnten Renaissance stehen könnte. Denn im Jahre 2016 hatte das Bundesarbeitsgericht (BAG) – viel zu wenig beachtet – über einen Rechtsstreit zu entscheiden, den ein freier Mitarbeiter gegen seine Kündigung führte.¹ Der Kläger hatte zeit- und ortsungebunden IT-Dienstleistungen sowie Programmierarbeiten für einen Auftraggeber zu erbringen. Die Aufträge führte er ohne fremdbestimmte fachliche Weisungen aus. Der Kläger unterlag in der Hauptsache. Das BAG verneinte vertretbar die Arbeitnehmereigenschaft, bejahte aber den Status als Heimarbeiter. »Da staunt der Laie und der Fachmann wundert sich«: Kann das richtig sein? Sollte das überkommene, dahin siechende Erwerbs-

modell klassischer Heimarbeit zu einem Modell für die Arbeitswelt der Zukunft werden, das vor gut 100 Jahren seine erste gesetzliche Regelung erfuhr? Sind die Lösungsansätze zur Beantwortung der sozialen Frage des 19. Jh. auch noch aktuell für die digitale Arbeitswelt?

I. Historie

Ende des 19. Jh. wurde auf die Notlage der Heimarbeiter durch Streiks aufmerksam gemacht.² Erste Schutzvorschriften für die »Hausarbeit« stammen aus dem Jahre 1911, die Fragen des Gesundheitsschutzes betrafen.³ Im Jahre 1923 folgten erste Lohnschutzregelungen. Begrün-

¹ BAG, 14.6.2016 – 9 AZR 305/15 – NZA 2016, 1453.

² *Schmidt/Koberski/Tiemann/Wascher*, Heimarbeitsgesetz, 4. Aufl., München 1998, Einl. Rn. 4.

³ RGBl. I, S. 976.

det wurde ein besonderes Verfahren der Entgeltfestsetzung,⁴ gewissermaßen ein Mindestlohn für die Heimarbeit. Während der nationalsozialistischen Ära wurde das Schutzniveau durch Gesetze von 1934⁵ und 1939⁶ ausgeweitet. Das Heimarbeitsgesetz vom 30.10.1939 brachte trotz Anpassung an die nationalsozialistischen Gegebenheiten erstmals einen erweiterten Arbeitnehmerschutz mit sich, der die Grundlage für das heutige HAG darstellt. Das HAG vom 14.3.1951⁷ bewährte sich zunächst, enthielt aber einige Lücken. Insbesondere führte die Begrenzung des Anwendungsbereiches auf gewerbliche Arbeit zu einem Ausschluss eines Großteils der schutzbedürftigen Angestellten (sog. Büroheimarbeiter).⁸ Aus diesem Grund wurde 1974⁹ das Tatbestandsmerkmal der »gewerblichen« in »erwerbsmäßige« Arbeit geändert und der Anwendungsbereich der Vorschrift damit erheblich erweitert.

II. Teleheimarbeit und Home-Office – ein Modell von gestern?

Als Konzept der Arbeitswelt von morgen wird seit nunmehr knapp 40 Jahren das Thema der Teleheimarbeit diskutiert.¹⁰ Die Teleheimarbeit wird heute moderner als »Home-Office« bezeichnet. Doch letztlich ist auch das Home-Office mit seinen arbeits-, sozial- und steuerrechtlichen Fragen ein inzwischen überkommenes Modell. Denn in der digitalen Arbeits- und Wirtschaftswelt von heute kann eine immer größer werdende Beschäftigungsgruppe weltweit von jedem beliebigen Ort Leistungen erbringen. Der Beschäftigte ist nicht mehr im Heim (»Home-Office«) gefangen. Man denkt, schreibt, kommuniziert, programmiert, berät, verkauft wo immer auf dieser Welt. Das geschieht unter Nutzung des »Mobile-Office« (Laptop), auf das bemerkenswerterweise der Arbeitsplatzschutz der Bildschirmarbeitsverordnung (§ 1 Abs. 2 Nr. 4) keine Anwendung findet.¹¹ Viele Beschäftigte der »New Economy« empfinden dies als selbstverständlich und Freiheitsgewinn.

Geisteswissenschaftler im Übrigen haben das Home-Office schon immer geschätzt. Und die großen Werke der Weltliteratur sind nicht in einem Betrieb oder in mehr oder weniger komfortablen Räumen einer Universität entstanden, sondern in der heimischen Bibliothek, bevorzugt in ländlicher Region, in aller Abgeschlossenheit. Heu-

te kommt für den Geisteswissenschaftler das World Wide Web als unerschöpfliche Quelle am heimischen Schreibtisch hinzu.

III. Das Global-Office

Mit der Digitalisierung werden in der Arbeits- und Wirtschaftswelt vielfältige Optionen denkbar. Gerade im Bereich der Naturwissenschaften sind alle neuesten wissenschaftlichen Erkenntnisse über das Internet recherchierbar. Von jedem beliebigen Ort der Welt. Wie formulierte eine Naturwissenschaftlerin so treffend: Mein »main asset« ist mein Gehirn, mein »tool« ist mein Laptop. Es geht nicht mehr um die typisch deutschen Quisquilien regulatorischer Kleinarbeit an einem überkommenen Heimarbeitsrecht. Die Enge des Betriebs und des heimischen Arbeitsplatzes wird gesprengt mithilfe des Laptops und der Leistungserbringung an einem beliebigen Ort dieser Welt. Es ist für Auftraggeber und Vorgesetzte ohne weiteres gar nicht mehr feststellbar, von welchem Ort der Welt der Beschäftigte gerade kommuniziert. Unser Betrieb ist die Welt. Willkommen im »Global-Office«.

Unmerklich stelle ich fest, dass ich selbst als Rechtswissenschaftler in einfacher Form im Global-Office tätig bin. Dieser Text entsteht gerade in einem Strandcafé, selbstverständlich mit leistungsfähiger W-LAN-Verbindung und Zugriff auf alle notwendigen Datenbanken. Texte können an jedem beliebigen Ort dieser Welt entstehen. Den Zugriff auf die wesentliche Literatur habe ich über Datenbanken ebenfalls an jedem Ort der Welt. Nicht digitalisierte Literatur wird, von welcher Institution auch immer, eingescannt und mir zugeleitet. Klausuren können online korrigiert werden. Vorlesungen erfolgen über

4 RGL. I, S. 467.

5 RGL. I, S. 214.

6 RGL. I, S. 2145.

7 BGBl. I, S. 191.

8 Schmidt et al., HAG (Fn. 2), Einl. Rn. 6.

9 Gesetz zur Änderung des HAG v. 29.10.1974, BGBl. I, S. 2879.

10 Vgl. Kappus, NJW 1984, 2384; Fenski, Außerbetriebliche Arbeitsverhältnisse, 2. Aufl., Neuwied ua. 2000, Rn. 263 ff.; Däubler, Internet und Arbeitsrecht, 5. Aufl., Frankfurt aM. 2015, Rn. 388 ff.; Wank, NZA 1999, 225 ff.; Schwierring/Zurel, ZD 2016, 17 ff.; Boemke, BB 2000, 147 ff.; Wedde, Telearbeit, 3. Aufl., München 2002.

11 Hierzu Thüsing, SR 2016, 87, 107.

Skype unmittelbar in einen Hörsaal von jedem beliebigen Ort der Welt. Man kann auch seine Vorlesungen ins Netz und zu bestimmten Zeiten Chat-Groups zur Verfügung stellen. Wer das macht, ist überdies der Anerkennung durch seine Hochschulleitung als innovativer Lehrender sicher (Stichwort: E-Learning).

Für forschende Naturwissenschaftler, kommen sie nun aus einem Unternehmen oder einer Universität, ist die weltweite Vernetzung und Diskussion notwendig. Ein fester Arbeitsort ist nicht ernstlich hilfreich. Die Enge des Betriebs und die Möglichkeit des Labors lassen konzentriertes Arbeiten kaum zu. Im naturwissenschaftlichen Bereich finden permanent Kongresse rund um die Welt statt. Ergebnisse werden sofort verarbeitet, Publikationen vorbereitet. Laborarbeit leisten die Mitarbeiter vor Ort, also klassische weisungsgebundene Arbeitnehmer. Der Forscher gibt die Ideen, berät, ist frei in seiner Arbeitseinteilung sowie zeitlich, räumlich und inhaltlich ungebunden. Alle wichtigen Publikationen sind über Datenbanken recherchierbar; ob sie in Rio de Janeiro oder in Wolfenbüttel gelesen und verarbeitet werden, ist gleichgültig. Gelegentliche Besprechungen sind hilfreich, aber schwerer zu organisieren als eine Telefon- oder Videokonferenz.

Ein weiteres Beispiel mag genügen: Ein deutsches Kleinunternehmen, in dem überwiegend Ingenieure beschäftigt werden, vertreibt weltweit Sensortechnik und entwickelt Lösungen von der Konzeptentwicklung bis hin zur Fertigung. Letztere erfolgt zwar noch in einem Betrieb. Alles Weitere kann aber digital von beliebigen Standorten der Welt erfolgen. Schon die Montage der Hardware wird mit Hilfe von Partnern vor Ort vorgenommen, aber durch einen Ingenieur (von einem beliebigen anderen Standort) von fern – also *remote* – angewiesen und gesteuert. Zu diesem Zwecke wird eine iRemote Box geliefert, die einen LTE-Stick und eine Kamera beinhaltet. Über das Internet wählt diese Box sich über einen verschlüsselten Kanal bei dem Unternehmen ein und ermöglicht den Zugriff auf das installierte System beim Kunden. Die Kamera gibt den Überblick, was vor Ort passiert. Die Kameraüberwachung ist bei Kollisionsschutzanwendungen wichtig. Zusätzlich werden TeamViewer, GotoMeeting oder Skype genutzt, um Reparaturanfragen, Problemdiskussionen und Schulungsmaßnahmen durchzuführen. Die deutschen Ingenieure benötigen für die Installation, die Kundenbetreuung oder Schulungsmaßnahmen keinen Betrieb und kein Home-Office. Notwendig ist allein ein leistungsfähiger

Laptop mit leistungsfähiger Internetverbindung – wo auch immer.

IV. Aufstieg und Niedergang klassischer Heimarbeit

Zu dieser neuen Arbeitswelt bildet die traditionelle Heimarbeit einen krassen Kontrast. In der Öffentlichkeit wird der Niedergang der klassischen Heimarbeit kaum wahrgenommen. Nach den zuletzt verfügbaren Daten soll es 1996 noch immerhin 116.156 Heimarbeiter gegeben haben (Stand 31.12.1995).¹² 20 Jahre später ist die Zahl zur Bedeutungslosigkeit geschrumpft und zwar auf 27.605 Beschäftigte (Stand: 31.12.2016).¹³ Welche arbeitsmarktpolitische Nebensächlichlichkeit stellt diese Beschäftigtengruppe dar, wenn man sie einmal ca. einer Million Leiharbeitnehmern oder 7,5 Millionen geringfügig Beschäftigten gegenüberstellt? Demgegenüber zeichnen die sozio-ökonomischen Expertisen ein anderes Bild.¹⁴ So sollen knapp fünf Millionen Erwerbstätige ihren Beruf im Jahre 2012 hauptsächlich oder gelegentlich zu Hause ausgeübt haben, vor allem hoch qualifizierte Arbeitnehmer (2,7 Millionen). Eine Studie des DIW kommt zu dem Resultat, dass bei den meisten Jobs von traditioneller Heimarbeit keine Rede sein könne. Auf der Grundlage der Daten des Mikrozensus wird analysiert, dass Selbstständige am häufigsten ihrem Beruf zu Hause nachgingen und dass »Heimarbeiter« meistens hoch qualifiziert seien.¹⁵ Ein Blick auf die davon abweichende Realität klassischer Heimarbeit erfolgt ebenso wenig wie die Rückkopplung zu den Tatbestandsmerkmalen des HAG, durch das insbesondere viele Selbstständige erfasst sein könnten. In der modernen Diskussion um das Home-Office werden die sozialen Errungenschaften der deutschen Arbeitsrechtsgeschichte selten erwähnt. Die Diskrepanz zwischen 27.605 traditionellen Heimarbeitern einerseits und behaupteten knapp fünf Millionen Erwerbstätigen im Home-Office andererseits lässt sich wohl nur

¹² BArbBl. 12/96, S. 128.

¹³ Bek. d. BMAS v. 24.5.2017 – IIIa 5 – H – 32010, GMBL., S. 510.

¹⁴ Namentlich *Brenke*, Heimarbeit: Immer weniger Menschen in Deutschland gehen ihrem Beruf von zu Hause aus nach, DIW Wochenbericht 8/2014.

¹⁵ *Brenke*, DIW Wochenbericht 8/2014.

damit erklären, dass auch die Erwerbstätigen erfasst sind, die gelegentlich zu Hause arbeiten. Wer tut das heute nicht?

Dennoch ist die Diskrepanz frappierend. Die Bedeutung des Heimarbeitsrechts als Rechtsmaterie ist so gering wie nie. Das Heimarbeitsrecht dürfte gleichwohl die umfassendste regulierte atypische (»prekäre«) Beschäftigungsform sein, die aber nominal zugleich die geringste persönliche Bedeutung hat. Gleichzeitig gibt es kaum ein Thema, das die Organisation von Arbeit nachhaltiger getroffen hat als die durch Digitalisierung eröffneten Möglichkeiten zur Heimarbeit. In der personalwirtschaftlichen Literatur wird kräftig über Heimarbeit fabuliert und keiner kommt auf die Idee, dass auch die moderne Arbeitswelt unter das alte Heimarbeitsrecht fallen könnte. Bis jetzt. Bis das BAG das Gesetz auf die digitale Arbeitswelt angewendet hat.¹⁶ Aber auch diese Entscheidung wird nach dem Motto behandelt: nicht einmal ignorieren.¹⁷ Die Entscheidung des BAG ist hingegen eine sensationelle Entdeckung, die Auslegung ist gesetzestreu und nicht zu beanstanden.

Doch birgt die juristische Entdeckung Chancen und Risiken. So könnten einige (Solo-)Selbstständige von den Segnungen des Heimarbeitsrechts profitieren. Andererseits könnten Unternehmen auf die Idee kommen, traditionelle Beschäftigungsformen abzustreifen, und den Mitarbeiter ins Global-Office zu entlassen. Diese selbstständigen Mitarbeiter hätten bei Erfüllung der Voraussetzungen des Heimarbeitsrechts einen komfortablen arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Schutz, aber mit einer großen Lücke: Der allgemeine Kündigungsschutz und weite Teile des besonderen Kündigungsschutzes sind ebenso wie das Recht des Betriebsübergangs und des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns auf Heimarbeiter nicht anwendbar, weil sie keine Arbeitnehmer sind und eine ausdrückliche Geltungsanordnung fehlt (vgl. die tabellarische Übersicht unter VII.).

Das HAG ist dennoch sehr viel weitgehender als viele annehmen. Daraus könnte geradezu ein soziales Erfolgsmodell erwachsen: Denn freie Mitarbeiter arbeiten in aller Regel an »selbst gewählter Arbeitsstätte«. Und wer in § 2 Abs. 1 HAG schaut, stellt fest, dass die selbstgewählte Arbeitsstätte das Kernkriterium für die Annahme von »Heimarbeit« darstellt. Sie ist ein entscheidendes äußeres Merkmal für die Heimarbeit und kennzeichnet die persönliche Selbstständigkeit und Unabhängigkeit; es dient damit als Abgrenzungsmerkmal zur Arbeitnehmereigenschaft.¹⁸ Präsumtiv könnten viele Selbstständige erfasst werden, wenn wir die Entscheidung des BAG nach Geist, Inhalt und sorgfältiger

Subsumtion anwenden. Wer hätte das gedacht: Ist die Heimarbeit in ihrer Grundkonzeption damit eine Blaupause für die Absicherung selbstständig Erwerbstätiger in der digitalen Arbeitswelt? Können die Probleme des 21. Jh. etwa mit den Konzepten des 19. Jh. gelöst werden?

V. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

Der maßgebende Fall des BAG betrifft einen Bauingenieur/Programmierer, dem die Pflege und Weiterentwicklung der von seinem (früheren) Arbeitgeber vertriebenen Software oblag. Im Jahre 1992 beendete der Kläger sein Arbeitsverhältnis und wurde fortan, ohne schriftlichen Vertrag, als freier Mitarbeiter beschäftigt. Der Kläger arbeitete gegen eine Stundenvergütung von zu Hause aus, er pflegte das Betriebssystem und entwickelte es weiter. Seine Aufgabe bestand zuletzt darin, mathematische Kerne für baustatische Problemstellungen zu programmieren. Der Kläger hatte insoweit ein umfassendes, für die Beklagte unverzichtbares Fachwissen. Zwischen 2001 und 2007 arbeitete der Kläger schwankend im Umfang zwischen 870 und 1.700 Stunden pro Jahr. Mit dem Betrieb hielt der Kläger Kontakt per E-Mail. Als es zur Liquidierung des Unternehmens kam, verlangte der Kläger Kündigungsschutz. Dafür wäre Voraussetzung gewesen, dass der Kläger als Arbeitnehmer einzustufen ist. Dies verneinte das BAG, durchaus gut vertretbar, ohne Diskrepanz zu dem gerade neu kodifizierten § 611a BGB. Das BAG erkannte auf Hilfsantrag des Klägers jedoch, dass dieser Heimarbeiter gewesen sei.

Heimarbeiter ist nach § 2 Abs. 1 S. 1 HAG, wer in selbstgewählter Arbeitsstätte (eigene Wohnung oder Betriebsstätte) allein oder mit seinen Familienangehörigen im Auftrag von Gewerbetreibenden oder Zwischenmeistern erwerbsmäßig arbeitet, jedoch die Verwertung der Arbeitsergebnisse dem unmittelbar oder mittelbar auftraggebenden Gewerbetreibenden überlässt. Das Gericht subsumiert sodann: Der Kläger sei im Auftrag der Beklagten, die ein Gewerbe betreibt, in selbstgewählter Arbeitsstätte, zB. der eigenen Wohnung, erwerbsmäßig tätig gewesen. Der Heimarbeiter arbeitet

¹⁶ BAG, 14.6.2016 – 9 AZR 305/15 – NZA 2016, 1453 ff.

¹⁷ Löbliche Ausnahmen: *Reinhard*, ArbRB 2017, 161 ff.; *Klein*, SPA 2017, 93 ff.; *Wahlers*, jurisPR ITR 05/2017, Anm. 4.

¹⁸ Vgl. *Schmidt et al.*, HAG (Fn. 2), § 2 Rn. 13.

erwerbsmäßig, wenn die Heimarbeit auf gewisse Dauer angelegt ist und zum Lebensunterhalt beitragen soll. Das BSG hält im Übrigen unter Hinweis auf den Schutzzweck des Gesetzes auch eine unregelmäßige und gering bezahlte Arbeit für ausreichend.¹⁹ Diese Voraussetzungen seien vorliegend alle erfüllt. Schon an dieser knappen Subsumtion des BAG wird deutlich, auf wie viele Beschäftigungsverhältnisse das Heimarbeitersrecht Anwendung finden kann.

Das hat seinen Grund darin, dass in der Vergangenheit eine enge Vorstellung klassischer Heimarbeit prägend gewesen sein mag, das Gesetz spätestens aber mit der Änderung 1974 einen viel weiteren Anwendungsbereich bekommen hat, der praktisch kaum genutzt wurde. Zu Recht führt das BAG aus, dass der Einordnung des Vertragsverhältnisses der Parteien als Heimarbeitersverhältnis nicht entgegensteht, dass es sich bei den vom Kläger verrichteten Arbeiten um Tätigkeiten handelt, die eine höherwertige Qualifikation erfordern.²⁰ Auf eine Verkehrsanschauung, dass es sich um gewerbliche Tätigkeiten handeln müsse, komme es seit der Einführung des Tatbestandsmerkmals »erwerbsmäßig« unter gleichzeitiger Streichung des Merkmals »gewerblich« nicht mehr an. Ebenso wenig sei eine nach der Verkehrsanschauung bestehende besondere Schutzbedürftigkeit erforderlich.²¹ Weder der gesetzlichen Regelung noch den Gesetzesmaterialien sei eine Beschränkung auf einfache Angestelltentätigkeiten oder die Feststellung einer nach der Verkehrsanschauung bestehenden Schutzbedürftigkeit zu entnehmen. Dafür spreche, dass der Gesetzgeber die Prüfung einer besonderen Schutzbedürftigkeit dort, wo er es für erforderlich gehalten hat, ausdrücklich als Tatbestandsmerkmal normiert hat (zB. § 1 Abs. 2 HAG).²² Das BAG weicht damit von früheren Entscheidungen anderer Senate ab.²³ Pointiert formuliert das BAG weiter: »Unerheblich ist auch der zeitliche Umfang der Tätigkeit, die Höhe des Verdienstes und ob der Lebensunterhalt weit überwiegend mit Heimarbeit verdient wird.«²⁴ Heimarbeiters iSd. § 2 Abs. 1 HAG kann nur sein, wer persönlich und ggf. mit seinen Familienangehörigen arbeitet. Entscheidend ist, dass der Kläger seine Leistungen tatsächlich persönlich erbrachte. Die Familienmitarbeit ist kein konstitutives Erfordernis der Heimarbeit.

Eingrenzend sind lediglich die gesetzlichen Kriterien, dass der Heimarbeiters dem Auftraggeber die Verwertung seiner Arbeitsergebnisse überlassen muss. Vorliegend war dem Auftraggeber das alleinige Nutzungs- und Vertriebsrecht für die von ihm für die Beklagte »entwickelten Programme« eingeräumt worden. Damit zusammen hängt die

weitere Klarstellung, dass der Kläger mithin nicht für den allgemeinen Absatzmarkt tätig war und das wirtschaftliche Risiko der Verwertung seiner Arbeitsergebnisse bei der Beklagten lag.²⁵ Man mag dieses Kriterium als das wesentliche teleologische Kriterium einordnen. Daraus folgt auch, dass die Entlohnung des Heimarbeiters nicht davon abhängig ist, ob die Arbeitsergebnisse verwertbar sind.

Stand allgemeiner Erkenntnis ist, dass das HAG bei allen erwerbsmäßigen Tätigkeiten anwendbar sein kann. Je nach vertraglicher Vereinbarung und tatsächlicher Vertragsdurchführung kann sogar persönliche Abhängigkeit bestehen, woraus nach § 611a BGB das Bestehen eines Arbeitsvertrages folgt; kontrastierend dazu könnten jedoch auch Werkverträge vereinbart worden sein, wenn bestimmte Erfolge geschuldet werden und Weisungsfreiheit besteht. Das Schlüsselproblem und die Frage aller Fragen ist weiterhin, wie die jeweilige Beschäftigung rechtlich einzuordnen ist. Und in dieser Frage werden die Karten zurzeit neu gemischt. Der erste Zug war, in § 611a BGB das Arbeitsverhältnis zu definieren; ebenso hat die Leiharbeit eine gesetzliche Definition erhalten (§ 1 Abs. 1 AÜG). Die rechtspolitische Schlüsselfrage der kommenden Jahre wird sein, wie der vertragsrechtliche und sozialversicherungsrechtliche Schutz unterhalb der sozialversicherungspflichtigen »Normalarbeitsverhältnisse« aussieht.

Bislang erfolgt die Abgrenzung »Arbeitnehmer – Heimarbeiters« etwas grobschlüchtig mit der Prüfung der »persönlichen Abhängigkeit«. Als Hauptunterschied zu Arbeitnehmern wird bei Heimarbeiters die persönliche Selbstständigkeit in der Art und Weise der Arbeitserledigung, der Arbeitsleistung und der Nutzung der Arbeitszeit benannt, wie sie bei dem in den Betrieb eingegliederten Arbeitnehmer nicht vorhanden sei.²⁶ Der Arbeitnehmer

19 BSG, 18.12.1969 – 2 RU 241/65 – SozR 2200 § 539 Nr. 14.

20 Unter Bezugnahme auf *Rost*, in: *Etzel/Bader/Fischmeier* ua. (Hrsg.), *Gemeinschaftskomentar zum Kündigungsschutzrecht*, 11. Aufl., Köln 2016, §§ 29, 29a HAG Rn. 9; *Schmidt et al.*, HAG (Fn. 2), § 2 Rn. 62; *Haupt*, *Der virtuelle Arbeitsplatz*, Würzburg 2004 (zugl. Würzburg, Univ., Diss. 2003), S. 90 f.; *Wank*, NZA 1999, 225, 233; *Kappus*, NZA 1987, 408, 409.

21 Vgl. *Kappus*, NJW 1984, 2384, 2387.

22 BAG, 14.6.2016 – 9 AZR 305/15 – NZA 2016, 1453, Rn. 47ff.

23 BAG, 3.4.1990 – 3 AZR 258/88 – AP Nr. 11 zu § 2 HAG.

24 BAG, 14.6.2016 – 9 AZR 305/15 – NZA 2016, 1453, Rn. 49.

25 Hierzu: *Haupt* (Fn. 20), S. 90; *Schmidt et al.*, HAG (Fn. 2), § 2 Rn. 6, 23, 93; *Kappus*, NJW 1984, 2384, 2388.

26 *Schmidt et al.*, HAG (Fn. 2), § 2 Rn. 7; BAG, 9.6.1993 – 5 AZR 123/92 – NZA 1994, 169, 170 ff.

sei dagegen in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert und umfassenden Weisungsrechten des Arbeitgebers ausgesetzt. Wie gezeigt, verwischen in der digitalen Arbeitswelt die Unterschiede zwischen abhängiger Arbeit und freier Heimarbeit. Erst recht wird es schwierig zu legitimieren, weshalb die Heimarbeit, aber nicht auch jede andere arbeitnehmerähnliche selbstständige Tätigkeit in wirtschaftlicher Abhängigkeit diesem Schutzregime unterliegt. Von freien Mitarbeitern oder Selbstständigen sollen sich Heimarbeiter dadurch abheben, dass sie kein kaufmännisches Risiko tragen, da sie nicht selbst für den Absatzmarkt arbeiten, sondern wirtschaftlich von einem oder mehreren Auftraggebern abhängig sind. Die einem Arbeitnehmer vergleichbare besondere Schutzbedürftigkeit folge demnach aus der Erfüllung der Voraussetzungen der Heimarbeit. Der Heimarbeiter sei alleine durch sein »Angeschlossensein« an einen Betrieb, der damit verbundenen Unsicherheit der Zuweisung von Arbeit, verbunden mit seiner Anonymität, die ihn anfällig für Lohndumping macht, wirtschaftlich und sozial abhängig.²⁷

VI. Ordnungspolitische Neuorientierung

Der Begriff der Heimarbeit mag veraltet sein. Nicht veraltet ist dagegen die Grundkonzeption des sozialen Schutzes wirtschaftlich abhängiger Beschäftigter außerhalb des Normalarbeitsverhältnisses. So kann es nicht verwundern, dass das Heimarbeitsrecht in seiner Grundkonzeption und seinen Lösungsmustern eine Zukunft hat, eben weil es die zunehmende Abhängigkeit und Prekarisierung im Bereich der (Solo-)Selbstständigen aufgreift. Es ist irrational, für den Restbestand von 27.605 klassischen Heimarbeitern einen gesetzeskonstruktiven Luxus erster Ordnung zu leisten und die wirklich wichtigen massenhaften selbständigen Beschäftigungsverhältnisse unreguliert zu lassen. Erforderlich sind neue ordnungspolitische Entscheidungen.

Dabei sollte die Grunderkenntnis sein, dass jeder Erwerbstätige, sei er nun abhängig oder selbstständig beschäftigt, der nur von seiner eigenen Arbeitskraft sich und seine Familie ernähren kann, gegen die großen Risiken, die in der deutschen Sozialversicherung abgesichert sind, geschützt sein muss.²⁸ Diese Erkenntnis hat der deutsche Gesetzgeber über die verschiedenen Epochen versucht zu verwirklichen. Das ist in besonderem Maße erfüllt worden, soweit die Beschäftigten in sozialversicherungspflichtigen

Beschäftigungsverhältnissen stehen, also in der Regel bei dem Personenkreis, der durch § 611a BGB erfasst ist. Vorbildlich ist auch die Sorge für die Heimarbeiter. Es lässt sich aber verfassungsrechtlich nicht mehr rechtfertigen, mit welch großen Unterschieden vergleichbar schutzbedürftige arbeitnehmerähnliche Personen durch das Arbeits- und Sozialrecht behandelt werden.

Bei Lichte besehen erweist sich das durchregulierte Heimarbeitsrecht als konzeptionell in vielerlei Hinsicht interessant. Freilich könnte manches entschlackt werden. So könnte das aufwändige Lohnfestsetzungsverfahren überflüssig werden, seit es den allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn gibt. Heimarbeiter werden bislang nach dem HAG durch verschiedene Instrumente vor Hungerlöhnen geschützt. Als notwendige Instrumente erweisen sich insoweit Regelungen zur Listenführung (§ 6 HAG), Mitteilungs- und Unterrichtungspflichten (§§ 7, 7a HAG) sowie Regelungen zu Entgeltverzeichnissen und Entgeltbelegen (§§ 8, 9 HAG). Komplizierte und mühevollere Regelungen enthält der Entgeltschutz des Gesetzes (§ 17 ff. HAG), die im Ergebnis nicht viel bringen. Die Entgeltregelungen dürften überwiegend so dürftig sein, dass das Niveau des Mindestlohngesetzes vielfach nicht erreicht wird. Wer sich dafür interessiert, kann Informationen über die verschiedensten Entgeltregelungen nach Vorgaben der Heimarbeitsausschüsse über das Internet erlangen.²⁹ Von hier aus erfolgt die Anregung, die Mindestlohnregelungen *de lege ferenda* auch auf das Heimarbeitsrecht anzuwenden.

VII. Das soziale Schutzkonzept des Heimarbeitsrechts

Das Heimarbeitsrecht ist der Ausgangspunkt der Befriedigung eines Schutzbedarfes einer (zunächst prekären) Gruppe von selbstständigen Arbeitern. Versucht man nun, eine große Linie in dem Schutzkonzept des Heimarbeitsrechts zu finden, so stellt man fest, dass Heimarbeiter im Großen und Ganzen in der Sozialversicherung den Arbeitnehmern gleichgestellt sind. Im Arbeitsrecht gibt es zunächst einige Sonderregelungen im HAG (Arbeitszeitschutz, Gefahrenschutz, Entgeltschutz, Kün-

²⁷ Schmidt et al., HAG (Fn. 2), § 19 Anh. Rn. 9.

²⁸ Zum Konzept der Erwerbstätigenversicherung Rische, RV-aktuell 1/2008.

²⁹ <http://www.gewerbeaufsicht.baden-wuerttemberg.de/servlet/is/16506/> (11.09.2017).

digungsschutz). Darüber hinaus werden bis in die jüngste Zeit die 27.605 verbliebenen Heimarbeiter in nahezu jedes neue arbeitsrechtliche Gesetz geradezu schematisch einbezogen (zuletzt § 1 Abs. 2 Nr. 6 MuSchG, § 26 Abs. 8 Nr. 7 BDSG, § 5 Abs. 2 Nr. 6 Entgelttransparenzgesetz). Arbeitsrechtlicher Schutz wird gegenüber dem Normalarbeitsverhältnis vielfach reduziert gewährt (zuletzt zum Schwerbehindertenrecht § 210 SGB IX).

Auffällig und systembildend ist die Entscheidung, dass Heimarbeiter keinen Bestandsschutz genießen. Das Kündigungsschutzgesetz, das TzBfG sowie § 613a BGB sind unanwendbar. Lediglich einige Sonderkündigungsschutzgesetze mit spezifischem Schutzgehalt finden Anwendung (zB. MuSchG, PflegeZG, § 29a HAG). Diese Grundentscheidung hat der Gesetzgeber regelmäßig auch auf arbeitnehmerähnliche Personen (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 7 MuSchG; § 7 Abs. 1 Nr. 3 PflegeZG) übertragen.

Aus dieser normativen Ausgangslage könnte folgende Grundentscheidung abgeleitet werden: Auch arbeitnehmerähnliche Personen und andere (Solo-)Selbstständige sollten möglichst einen den Arbeitnehmern und Heimarbeitern vergleichbaren sozialrechtlichen Schutz genießen. Das ist nicht nur ein Gebot des Sozialstaates und des Individualschutzes, sondern liegt auch im Interesse des Gemeinwohls. Darüber hinaus sollten sie in solche Schutzgesetze des Arbeitslebens einbezogen werden, in denen es um einen ganz besonderen Diskriminierungs-, Gesundheits- oder Grundrechtsschutz geht. Die Verweigerung des allgemeinen kündigungrechtlichen Bestandsschutzes ist bei dieser Personengruppe eine Kompensation für die größere Freiheit bei selbstständiger Leistungserbringung. In diesen Fällen, in denen weder ein örtliches noch ein zeitliches noch ein inhaltliches Weisungsrecht besteht, ist es gerechtfertigt, nicht den gleichen Bestandsschutz zu gewähren wie bei weisungsgebundenen Arbeitnehmern. Dies wäre als Preis für die fehlende Weisungsbindung hinzunehmen, wenn ein zwingender Schutz gegen die großen Lebensrisiken (Alter, Invalidität, Krankheit, Pflegebedürftigkeit, Unfall) bestünde. An dieser Stelle verdient es in einer Übersicht aufgelistet zu werden, welche sozialen Schutznormen auf das Heimarbeitsrecht bereits Anwendung finden. Dieser Schutz sollte nicht nur 27.605 Heimarbeitern in abnehmender Tendenz, sondern allen Erwerbstätigen zuteil werden. So kann das Heimarbeitsrecht alter Prägung der Leitstern für eine sozial geschützte Erwerbstätigkeit in einer digitalisierten Arbeitswelt sein. Die dis-

parate soziale Absicherung von Arbeitnehmern einerseits sowie Heimarbeitnehmern, arbeitnehmerähnlichen Personen und (Solo-)Selbstständigen andererseits sei der Tabelle auf der nachfolgenden Seite entnommen.

VIII. Perspektiven

Wesentlich wird eine Klärung der Fragestellung sein, welchen Personengruppen man welchen Schutz zur Verfügung stellen möchte. Diese Diskussion sollte im Zusammenhang mit der Fragestellung diskutiert werden, ob es nicht geboten ist, Selbstständige verpflichtend in die Renten-, Kranken-, Pflege- und Unfallversicherung einzubeziehen. Denn es geht bei der zwingenden Einbeziehung in die gesetzliche Sozialversicherung auch um den Schutz der Allgemeinheit.³⁰ Die Diskussion wird in der neuen Legislaturperiode angegangen werden müssen.

Die gegenwärtige Situation ist so chaotisch, dass verfassungsrechtliche Bedenken massiv zugenommen haben. So ist nicht erklärlich, dass arbeitnehmerähnliche Personen gegenüber Heimarbeitern derart ungleich behandelt werden. Im Sozialversicherungsrecht, insbesondere Rentenrecht, gelten die gleichen Bedenken. Zu dieser Fragestellung hat der Verfasser mit Professor Dr. *Felipe Temming*, Universität Hannover, ein Gutachten für das Bundesministerium für Arbeit und Soziales erstattet, das letztere Problematik aufgreift und in einem speziellen Punkt das sehr leistungsfähige Konzept des Heimarbeitsrechts würdigt.³¹

1. Schritt: Einbeziehung Selbstständiger in die gesetzliche Rentenversicherung

Das Gutachten greift den Ansatz des § 2 SGB VI an, der punktuell unterschiedliche Voraussetzungen einer Rentenversicherungspflicht von Selbstständigen regelt. Seine Fallgruppen seien in der Gesamtschau unsystematisch und ließen sich nicht mehr schlüssig erklären. Historische Beweggründe reichten für sich genommen nicht aus. Auch der Versuch des Gesetzgebers, arbeitnehmerähnliche

³⁰ Hierzu *Schlegel*, NZS 2000, 421, 428.

³¹ *Preis/Temming*, Für ein modernes Rentenrecht: die Einbeziehung von Selbstständigen in die gesetzliche Rentenversicherung (GRV), BMAS, Juli 2017, Forschungsbericht Nr. 487, <http://www.bmas.de/DE/Service/Medien/Publikationen/Forschungsberichte/Forschungsberichte-Rente/fb-487-fuer-ein-modernes-rentenrecht.html> (11.9.2017).

Erläuterung: (+) volle Anwendbarkeit, (0) abgeschwächte Anwendbarkeit (-) Unanwendbarkeit

	Arbeitnehmer	Heimarbeiter	Arbeitnehmerähnliche	Selbstständige Dienstnehmer
§§ 305 ff. BGB	+	+	+	+
§§ 611-630 BGB	+	-	0 (ohne §§ 612a, 613a, 619a, 622, 623)	0 (ohne §§ 612a, 613a, 619a, 622, 623)
GewO	+	-	-	-
HGB	+	-	0 (§ 92a HGB)	0/-
AGG	+	+	+	0 (§ 6 III AGG)
EntgelttranspG	+	+	-	-
TzBfG	+	-	-	-
NachwG	+	-	-	-
ATG	+	-	-	-
EFZG	+	0	-	-
BUrlG	+	0	+	-
KSchG	+	-	-	-
PflegeZG	+	+	+	-
AÜG	+	-	-	-
ArbSchG	+	+	+	-
ArbZG	+	0 (§ 11 HAG)	-	-
BDSG	+	+	+	-
GenDG	+	+	+	-
MuSchG	+	+	+	-
BEEG	+	+	-	-
TVG	+	+	+	-
MiLoG	+	-	-	-
BetrVG	+	+(incl. §§ 102, 112 BetrVG)	-	-
ArbGG	+	+	+	-
BetrAVG	+	0 (§ 17 I 2 BetrAVG)	0 (§ 17 I 2 BetrAVG)	-
SGB IV	+	+(§ 12 II SGB IV)	-	-
SGB III	+	+(§ 13 SGB III)	-	-
SGB V	+	+(§ 5 I SGB V)	-	0 (§ 5 I Nr. 3, 4 SGB V)
SGB VI	+	+(§ 1 I Nr. 1 SGB VI)	+(§ 2 Nr. 9 SGB VI)	0 punktuell (§ 2 SGB VI)
SGB VII	+	+(§ 2 I 1 Nr. 1 SGB VII)	+(§ 2 Abs. 2 SGB VII »Wie-Beschäftigte«)	0 (§ 2 I Nr. 5, 6, 7, 9 SGB VII)
SGB IX	+	0 (§ 210 SGB IX)	-	-
SGB XI	+	+	-	0 (§ 5 I Nr. 3, 4 SGB V)

Selbstständige mit einem abstrakt-generellen Tatbestand zu erfassen, überzeugt nicht. Die Pflichtversicherung von Selbstständigen sei demnach weiterzuentwickeln, insbesondere um der Gefahr von Altersarmut vorzubeugen und den Einzelnen zur Eigenvorsorge anzuhalten.

Das Gutachten schlägt vor, diejenigen Selbstständigen in die GRV einzubeziehen, die bislang keiner obligatorischen Pflichtversicherung in der ersten Säule der Alterssicherung in Deutschland unterliegen.³² Damit werde das vordringlichste Ziel erreicht, eine lückenlose Pflichtversicherung innerhalb der Gruppe der Selbstständigen sicherzustellen – in welchem Alterssicherungssystem der ersten Säule auch immer. Das bedeutet, dass die historisch gewachsenen Strukturen in der ersten Säule respektiert werden, also insbesondere die Existenz der berufsständischen Versorgungswerke.

Der Schritt in Richtung einer umfassenden Erwerbstätigenversicherung, die auch Beamte, die in den berufsständischen Versorgungswerken versicherten Selbstständigen und Politiker mit einbeziehen würde, ist aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht erwägenswert. Es besteht ansonsten auch keine realistische Chance einer zeitnahen Reform. Der als »kleine Lösung« zu bezeichnende Reformvorschlag arbeitet des Weiteren mit liberalen und angemessenen Befreiungsmöglichkeiten. Dem Selbstständigen soll es möglich sein, sich mit Hilfe einer Basisrente (§ 2 AltZertG) von der Rentenversicherungspflicht zu befreien. Dynamische Zielgröße ist die Höhe der steuerfinanzierten Grundsicherung zuzüglich eines gewissen Sicherheitspuffers. Die Gefahr einer nachteiligen Risikoselektion wird wegen der strengen Charakteristika der Basisrente als gering eingestuft. Ebenso kann sich der Selbstständige befreien, wenn er als Mitglied der GRV Anwartschaften erreicht hat, die die eben genannte Zielgröße erreicht haben.

Der Reformvorschlag ermöglicht damit eine rentenversicherungsrechtliche Binnenflexibilität innerhalb des Erwerbstätigensektors, die den Pflichtversicherten der GRV zugutekommt. Rentenanwartschaften stammen nun »aus einer Hand«. Ein Pflichtversicherter kann diese somit unabhängig davon erwerben, ob er selbstständig oder abhängig beschäftigt ist, und unabhängig davon, ob dieser Status während seiner Erwerbsbiographie mehrfach wechselt. Damit wird der ursprüngliche, wichtige Gedanke der GRV Bismarck'scher Prägung konsequent weitergeführt und zukunftsfähig ausgestaltet.

Was die Finanzierungseite betrifft, ist zumindest für Soloselbstständige wegen ihrer Vergleichbarkeit mit Arbeitnehmern eine paritätische Beitragstragung zusammen mit ihren Auftraggebern vorzusehen. Spezifischer Ausdruck der Vergleichbarkeit abhängiger und selbstständiger Tätigkeitsformen im Recht der GRV ist § 169 Nr. 3 SGB VI iVm. § 12 I, III SGB IV, der die paritätische Beitragstragung für die selbstständigen Hausgewerbetreibenden anordnet. § 12 SGB IV kann selbst generell als sozialversicherungsrechtlicher Ausdruck der Austauschbarkeit des Status (abhängig | selbstständig) und des Tätigkeitsvertrages im relevanten Bereich wirtschaftlicher Abhängigkeit angesehen werden. Die paritätische Beitragstragung leistet einen wirksamen Beitrag dazu, ein *level playing field* zwischen abhängiger und selbstständiger Tätigkeit zu errichten.

2. Schritt: Verallgemeinerung des Konzepts des Heimarbeitsrechts

Aus alledem kann nur die Konsequenz gezogen werden, das hypertrophe Heimarbeitsrecht für zurzeit 27.605 Heimarbeiter zugunsten einer allgemeinen Regelung zumindest für arbeitnehmerähnliche Personen und (Solo-)Selbstständige abzuschaffen. Erstaunlicherweise ist das überkommene HAG ein Leitstern für eine Regelung mit erweitertem Anwendungsbereich. In Ansehung eines inzwischen gesetzlich geregelten allgemeinen Mindestlohnes können die meisten Regelungen des HAG ohne Verwerfungen schlicht abgeschafft werden.

Das Grundkonzept ist einfach: Der allgemeine Bestandsschutz im Arbeitsverhältnis, der im geltenden KSchG, TzBfG, und § 613a BGB seine wesentliche Grundlage findet, ist ein exklusives Schutzsystem für abhängig beschäftigte Arbeitnehmer gemäß § 611a BGB. Allen Erwerbstätigen, die auf den Einsatz der eigenen Arbeitskraft angewiesen sind, soll ein sozialversicherungsrechtlicher Schutz gewährt werden, wie er Arbeitnehmern und Heimarbeitnehmern zurzeit gewährt wird. Darüber hinaus sind Diskriminierungsschutz, Gesundheitsschutz, Gefahrenschutz und Mutterschutz auf alle arbeitnehmerähnliche Personengruppen zu erstrecken.

Allein mit Blick auf das Sozialversicherungsrecht hat die Bundesrepublik Deutschland Nachholbedarf. Ein bei-

32 Ebenso Waltermann, SGB 2017, 425; ders. bereits RdA 2010, 162.

tragsfinanziertes obligatorisches Sozialversicherungssystem für alle Erwerbstätigen (Arbeitnehmer und Selbstständige) ist der Regelstandard in leistungsfähigen Industrienationen. Wer sich informieren will, ziehe den Sozialkompass Europa (hrsg. vom BMAS) zu Rate (zB. Belgien, Niederlande, Dänemark, Finnland, Schweden).

Obwohl die Bundesrepublik Deutschland als einer der vorbildlichen und entwickelnden Sozialstaaten gelten kann, gibt es auf der Baustelle des Arbeits- und Sozialrechts weiterhin viel zu tun. Die digitale Arbeitswelt sollte uns motivieren, plausible Schutzrechte aus dem 19. und 20. Jh. zur Lösung aktueller Fragen in das 21. Jh. fortzuentwickeln.

Kollektive Interessenvertretung in einer individualisierten Gesellschaft

Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M. (Harvard),
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Karl Schiewerling hat in den vergangenen Jahrzehnten das Arbeitsrecht und seine Entwicklung einflussreich begleitet. Er hat dabei stets den Blick auf langfristige Entwicklungen mit im Auge gehabt. Dazu gehört auch: Welchen Herausforderungen begegnen das Wirken der Gewerkschaften und das Recht des Tarifvertrags? Er begleitete das Tarifautonomiegesetz ebenso wie das Tarifeinheitsgesetz. Aber wird das reichen?

Hier die künftige Entwicklung abzuschätzen scheint besonders schwer. »Im Arbeitsrecht ist eine Woche eine lange Zeit« – das bekannte Diktum des Göttinger Arbeitsrechtlers *Franz Gamillscheg* mahnt jeden, der sich Gedanken über die Zukunft dieser Materie machen will, zur Vorsicht. Zu viel kann passieren, was wir nicht bedenken können, zu unvorstellbar das, was uns zukünftig begegnen könnte. Dennoch lohnt es sich zuweilen, über den Tellerrand des Aktuellen hinauszuschauen und zumindest zu versuchen, kommende Entwicklungen zu erahnen und zukünftige Chancen und Risiken schon jetzt zu wägen. Jede Gesellschaft ordnet sich in Recht. Das Recht formt die Gesellschaft und wird durch sie geformt. Jede gesellschaftliche Veränderung wird daher auch Spuren im Recht hinterlassen und so werden gesellschaftliche Megatrends auch arbeitsrechtliche Megatrends werden. Aus dem spezifischen Blickwinkel des Rechts der kollektiven Interessenwahrnehmung im Arbeitsrecht lohnt es sich daher, bereits die in der aktuellen Bestandsaufnahme manifestierten Strömungen aufzugreifen und sie auf ihre zukünftigen Aus-

wirkungen hin zu hinterfragen: die zunehmende Individualisierung unserer Gesellschaft und die damit einhergehende schwindende Bereitschaft des Einzelnen, seine Interessen in Gruppen zu vertreten und erforderlichenfalls den Interessen der Gruppe unterzuordnen. Letzteres aber ist freilich Grundvoraussetzung allen kollektiven Handelns. Dennoch sinken die Mitgliederzahlen der DGB-Gewerkschaften kontinuierlich. Die Entwicklungen im Ausland, etwa in den USA, lassen hier noch Schlimmeres befürchten.¹

I. Von der Notwendigkeit der Gewerkschaften und der Mitbestimmung

Das kann der Gesellschaft nicht gleichgültig sein. Die gesellschaftliche Relevanz, ja Notwendigkeit von Gewerkschaften ist vielfach beschworen worden. Im Kompendium der Soziallehre der katholischen Kirche heißt es – eine Vielzahl von Enzykliken seit *Rerum Novarum* zusammenfassend: »Das Lehramt erkennt die grundlegende Bedeutung der Arbeitnehmergewerkschaften an, deren Daseinsberechtigung in

¹ Die Mitglieder der DGB-Gewerkschaften, abrufbar unter <http://www.dgb.de/uber-uns/dgb-heute/mitgliederzahlen> (11.9.2017); für die USA: Union Membership in the US, abrufbar unter <http://www.ilo.org/washington/ilo-and-the-united-states/spot-light-on-the-us-labor-market/union-membership-us/lang--en/index.htm> (11.9.2017) (unter 6 % im privaten Sektor!).

dem Recht der Arbeitnehmer besteht, Vereinigungen und Verbände zu gründen, um die lebenswichtigen Interessen derer zu schützen, die in den verschiedenen Bereichen beschäftigt sind.«² Mehr noch: Die Gewerkschaften sind »unverzichtbarer Bestandteil des gesellschaftlichen Lebens«. Gleichzeitig werden sie jedoch – dem deutschen Arbeitsrechtler nicht unbekannt – zur Unabhängigkeit von politischen Parteien gemahnt, damit sie nicht »Werkzeug für andere Zwecke« werden.³ Politisches Engagement schließt dies nicht aus: »Die gewerkschaftlichen Organisationen haben die Pflicht, die politische Macht dahingehend zu beeinflussen, dass sie in gebührender Weise für die Probleme der Arbeitswelt sensibilisiert und dazu verpflichtet wird, sich zur Verwirklichung der Arbeiterrechte einzusetzen.« Das Streikrecht wird gewogen und das *Ultima ratio*-Gebot der deutschen Rechtsprechung bestätigt: Der Streik ist rechtmäßig, »wenn er ein unvermeidliches, ja notwendiges Mittel zu einem angemessenen Nutzen darstellt, nachdem alle anderen Mittel der Konfliktbewältigung sich als unwirksam erwiesen haben.«⁴ Auch die Gemeinwohlbindung des Streiks kennt die Soziallehre: Widerspricht der Streik dem Gemeinwohl, so wird er »sittlich unannehmbar«⁵. Dem trägt unsere Verfassung Rechnung: Seinem Wortlaut nach schützt Art. 9 Abs. 3 des Grundgesetzes nur die Freiheit zur Koalitionsgründung. Dies hat das BVerfG schon früh auch auf die Betätigung der Koalition ausgeweitet,⁶ da die Freiheit zur Gründung von Koalitionen leer liefe, wenn sie sich nicht auch betätigen könnten.⁷ In seiner Rechtsprechung war das BVerfG zunächst zurückhaltend hinsichtlich der Reichweite des Schutzes der Betätigungsfreiheit. Die Koalitionsfreiheit sollte einen »Kernbereich« koalitionsmäßiger Betätigung schützen, soweit diese für die Erhaltung und Sicherung der Koalition als unerlässlich betrachtet werden müsse.⁸ Davon ist das BVerfG inzwischen abgerückt. Es hat klargestellt, dass der Schutz der Koalitionsfreiheit nicht von vornherein auf den Bereich des Unerlässlichen beschränkt ist.⁹ Der Schutz des Grundgesetzes »erstreckt sich auf alle koalitionsspezifischen Verhaltensweisen«¹⁰ bzw. »koalitionsspezifischen Betätigungen«¹¹ unter die »auch Arbeitskämpfmaßnahmen«¹² fallen.

Man kann einen Schritt weiter gehen, auch wenn hier der verfassungsrechtliche Schutz nicht im gleichen Maß gegeben ist. Ein Grundrecht auf Mitbestimmung gibt es nicht. Aber wer die Mitbestimmung allein als »Irrtum der Geschichte«¹³ begreift, der wird gewahr, dass dieser Irrtum älteste Wurzeln hat: »Das Verhältnis zwischen Arbeit und Kapital drückt sich auch in einer Beteiligung der Arbeiter an [...] seiner Verwal-

tung [...] aus. Diese allzu oft vernachlässigte Forderung kann gar nicht zu hoch bewertet werden«, heißt es im Kompendium der Soziallehre der katholischen Kirche.¹⁴ In der Tat: Als Ziele der Beteiligung von Arbeitnehmern an den Entscheidungen einer Gesellschaft – in Deutschland wie jenseits der Grenzen – wird regelmäßig ein ganzes Bündel gesetzgeberischer Intentionen angeboten, die in ihrer Konturierung unscharf bleiben. Zuweilen greift man zurück bis auf den Schutz der Menschenwürde¹⁵, nach Auffassung des BVerfG geht es darum, die »ökonomische Legitimation der Unternehmensleitung durch eine soziale zu ergänzen«¹⁶. Historisch war es wohl vor allem der Wille zur Demokratisierung der Arbeitswelt, der Auslöser einer über die Jahre immer dichteren Gesetzgebung wurde, es ging um den Willen zur »Gleich-

2 Dieses und die folgenden Zitate entnommen aus: Päpstlicher Rat für Gerechtigkeit und Frieden (Hrsg.), Kompendium der Soziallehre der katholischen Kirche, Freiburg iB. 2006, Abschn. 305. Zu der Rolle der Gewerkschaften in der katholischen Soziallehre eindrucksvoll der Beitrag von *Flanagan*, *Sustaining the Import of Labor Unions: A Common Good Approach*, (2011) 50 *Journal of Catholic Legal Studies*, 205. S. auch *Sasiadek*, (2011) 50 *Journal of Catholic Legal Studies*, 257–278.

3 Auch das BAG fordert diese Unabhängigkeit, s. zB. BAG, 24.4.1985 – 4 AZR 457/83 – AP Nr. 4 zu § 3 BAT.

4 S. Johannes Paul II., *Laborem Exercens*, abrufbar unter http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/de/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091981_laborem-exercens.html (11.9.2017), Abschn. 2534; für das BAG s. Entscheidung vom 20.11.2012 – 1 AZR 611/11 BAGE 144, S. 1.

5 Und auch rechtlich, s. insb. BAG, 21.4.1971 – GS 1/68 – AP Nr. 43 zu Art. 9 Arbeitskämpf; s. hierzu auch *Thüsing*, FS 50 Jahre BAG, 2004, S. 885.

6 St. Rspr. zuletzt BVerfG, 6.2.2007 – 1 BvR 978/05 – NZA 2007, 394, 395; BVerfG, 1.3.1979 – 1 BvR 532/77 ua. – BVerfGE 50, 290, 373 f.; BVerfG, 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 ua. – BVerfGE 84, 212, 224; BVerfG, 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 ua. – BVerfGE 92, 365, 393; BVerfG, 27.4.1999 – 1 BvR 2203/93 ua. – BVerfGE 100, 271, 282.

7 BVerfG, 18.11.1954 – 1 BvR 629/52 – BVerfGE 4, 96, 101 f.

8 Vgl. BVerfG, 14.4.1964 – 2 BvR 69/62 – BVerfGE 17, 319, 333 f.; BVerfG, 30.11.1965 – 2 BvR 54/62 – BVerfGE 19, 303, 321 ff.; seitdem st. Rspr., zuletzt BVerfG, 17.2.1981 – 2 BvR 384/78 – BVerfGE 57, 220, 245 f.

9 BVerfG, 14.11.1995 – 1 BvR 601/92 – BVerfGE 93, 352, 358 ff.

10 S. nur BVerfG, 6.2.2007 – 1 BvR 978/05 – NZA 2007, 394, 395; BVerfG, 10.9.2004 – 1 BvR 1191/03 – NZA 2004, 1338, 1339; BVerfG, 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 ua. – BVerfGE 92, 365, 393 f.

11 BVerfG, 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 ua. – BVerfGE 92, 365, 393 f.; s. auch BVerfG, 1.3.1979 – 1 BvR 532/77 ua. – BVerfGE 50, 290, 367 mwN.

12 BVerfG, 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 ua. – BVerfGE 92, 365, 393 f. mwN.

13 So ua. der ehemalige BDI-Präsident *Michael Rogowski* in einem Interview mit dem *stern* bereits vor mehr als zehn Jahren, <http://www.stern.de/wirtschaft/news/mitbestimmung-ein-irrtum-der-geschichte-531082.html> (11.9.2017).

14 Kompendium der Soziallehre der katholischen Kirche (Fn. 2), Abschn. 281.

15 Insb. *Schwerdtfeger*, Unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer und Grundgesetz, Frankfurt aM. 1972 (zugl. Hamburg, Univ., Habil 1971), S. 158 ff.; *Kübler/Schmidt/Simitis*, Mitbestimmung als gesetzgebungspolitische Aufgabe, Baden-Baden 1978, passim.

16 So die Mitbestimmungs-Urteile des BVerfG, 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und BvL 21/78, BVerfGE 50, 290; s. auch den Bericht der Biedenkopf-Kommission aus dem Jahr 1970, BT-Drs. VI/334, S. 76.

berechtigung der Arbeiterschaft mit dem Unternehmertum«, wie es in bereits in Art. 165 der Weimarer Reichsverfassung heißt.¹⁷ Daneben trat das ganz allgemeine Ziel des Arbeitnehmerschutzes, der durch eine Einbindung der Arbeitnehmerseite in die sonst einseitig getroffenen Entscheidungen des Arbeitgebers möglich wurde; in neuerer Zeit sind es vor allem auch die durch die Teilhabe begründete höhere Motivation des Arbeitnehmers und die durch die Expertise seiner Vertretung verbesserte Produktivität, die man sich von obligatorischer oder freiwilliger Arbeitnehmerbeteiligung erhofft.¹⁸ Alle diese Ziele sind legitim. Auch der europäische Gesetzgeber präsentiert ein Motivbündel, ohne zu gewichten. In der Richtlinie 2002/14/EG zur Festigung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der EG setzt er auf die »Stärkung des Dialogs und die Schaffung eines Klimas des Vertrauens im Unternehmen«, die flexiblere Gestaltung der Arbeitsorganisation »bei gleichzeitiger Absicherung der Arbeitnehmer«, die Möglichkeit »Arbeitnehmer für die Notwendigkeit von Anpassung zu sensibilisieren«, aber auch darauf, die »Arbeitnehmer stärker in die Unternehmensabläufe und die Gestaltung der Zukunft des Unternehmens einzubeziehen und dessen Wettbewerbsfähigkeit zu steigern« (Präambel 7 Richtlinie 2002/14/EG).

Wer tragfähige – und notwendige – Reformen will, der sollte das Erbe des Mitbestimmungsgesetzes behutsam anpassen, es instand halten und modernisieren und damit bewahren für die nächste Generation. Es schlicht auszusprechen wäre auch ein ethischer Rückschritt. Ich denke da genauso wie *Karl Schiewerling*.

II. Das Ringen um die Tarifeinheit

Wer aber stattdessen nach vorne blickt, wird schnell bemerken, dass die Bewältigung der uns tatsächlich begegnenden Zersplitterung der Gewerkschaftslandschaft und Individualisierung der Gesellschaft Auswirkungen auch auf das Arbeitskämpfrecht und die Organisation von Gewerkschaften haben wird. Vielfach kritisiert wurde hierbei die Aufgabe der Tarifeinheit durch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG). Oftmals wurden Forderungen nach deren Wiederherstellung laut.¹⁹ *Karl Schiewerling* gehörte dazu.²⁰ Was ist damit gemeint?

Die Tarifeinheit bestand schon seit den Tagen des Reichsgerichts: In einem Betrieb kann es nur einen Tarif-

vertrag geben; Tarifverträge mehrerer Gewerkschaften im selben Betrieb sind unzulässig, wenn sie nicht gleichlautend sind oder jeweils unterschiedliche Arbeitnehmergruppen betreffen. Das TVG sagt dies so nicht, denn es geht davon aus, dass tarifgebunden grundsätzlich nur das Mitglied der den Tarifvertrag abschließenden Gewerkschaft ist. Wenn es denn Mitglieder verschiedener Gewerkschaften im Betrieb gibt, dann können sie dem Wortlaut des Gesetzes folgend auch an verschiedene Tarifverträge gebunden sein. Dennoch haben die Gerichte – vor allem auf Praktikabilitätserwägungen gestützt – immer wieder entschieden, dass diese Vielfalt aufzulösen ist zugunsten eines, zumeist des spezielleren Tarifvertrags. Das BAG hatte diesen Weg vor wenigen Jahren verlassen.²¹ Zuvor hatte es diesen Grundsatz schon in immer mehr Fällen eingeschränkt. Der Grund hierfür ist einleuchtend: Dem Gewerkschaftsmitglied sollen die Früchte seiner Mitgliedschaft nicht genommen werden, allein weil eine andere Gewerkschaft ebenfalls einen Tarifvertrag abgeschlossen hat, wenn auch nur für seine Mitglieder.

Die Folgen dieses neuen Wegs waren kaum absehbar, haben sich aber bereits in den Lokführer- oder Fluglotsenstreiks angedeutet: Droht nun der Kampf verschiedener Gewerkschaften um verschiedene Ziele, ein Überbietungswettbewerb der Gewerkschaftskonkurrenz, gar die »Balkanisierung des Arbeitskämpfrechts« wie nun einige befürchten? Das hohe Gut der Tarifautonomie darf nicht leichtfertig verspielt werden. *Jürgen Habermas*, der wohl einflussreichste deutsche Philosoph seiner Generation, erkannte bereits vor mehr als 30 Jahren deren ganz grundlegende gesamtgesellschaftliche Bedeutung:

17 S. bereits *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht, Bd. 2, Berlin 1930, S. 464; zur »Gleichberechtigung der Arbeiterschaft mit dem Unternehmertum« s. Art. 165 WRV und seine Kommentierung durch *Anschütz*, Kommentar zur Reichsverfassung, 10. Aufl. Berlin 1929, 639 ff.

18 S. bereits Bertelsmann-Stiftung/Hans-Böckler-Stiftung (Hrsg.), Mitbestimmung und neue Unternehmenskulturen, Gütersloh 1998.

19 Der Koalitionsvertrag der abgelaufenen Legislaturperiode wollte sie wiederherstellen: »Um den bestehenden Koalitions- und Tarifpluralismus in geordnete Bahnen zu lenken, wollen wir den Grundsatz der Tarifeinheit nach dem betriebsbezogenen Mehrheitsprinzip unter Einbindung der Spitzenorganisationen der Arbeitnehmer und Arbeitgeber gesetzlich festschreiben. Durch flankierende Verfahrensregelungen wird verfassungsrechtlich gebotenen Belangen Rechnung getragen.« (S. 50).

20 S. seine Rede zum Tarifeinheitengesetz v. 22.6.2015, abrufbar unter <http://karl-schiewerling.de/reden/page=4> (11.9.2017).

21 BAG, 27.1.2010 – 4 AZR 549/08 – NZA 2010, 645; BAG, 7.7.2010 – 4 AZR 549/08 – NZA 2010, 1068; BAG, 23.6.2010 – 10 AS 3/10 – ZIP 2010, 1039.

- »Die rechtliche Institutionalisierung der Tarifautonomie ist zur Grundlage einer reformistischen Politik geworden, die eine sozialstaatliche Pazifizierung des Klassenkonflikts herbeigeführt hat.«²²

Drohte nun die Spaltung der Belegschaften? Die beiden großen christlichen Kirchen formulierten in der Tat diese Angst in ihrer Sozialinitiative vom Februar 2014:

- »Problematisch wirken sich auf dem Arbeitsmarkt auch gewisse Tendenzen einer Entsolidarisierung aus: Innerhalb von Belegschaften eines Betriebes bilden sich teilweise mehrere kleinere Sparten-gewerkschaften heraus, die ohne Rücksicht auf die Gesamtbelegschaft ihre kurzfristigen Eigeninteressen verfolgen. Dies kann auch den sozialen Frieden gefährden, der sich bisher in Deutschland als wichtiges Gut erwiesen hat. Durch die rechtliche Stärkung der Tarifeinheit könnte der betriebliche Zusammenhalt gefördert werden.«²³

Die Wirtschaftsweisen halten in ihrem Jahresgutachten 2014/2015 dagegen:

- »Der Gesetzentwurf zur Tarifeinheit sieht einen direkten Eingriff in den Wettbewerb zwischen Arbeitnehmervertretungen vor. Dabei stellt sich aus ökonomischer Sicht die Frage, warum die Pluralität von Gewerkschaften durch den Gesetzgeber beschnitten und so in die privatwirtschaftlichen Verteilungskonflikte gesetzlich eingegriffen werden sollte.«²⁴

Man fragt sich, was die Alternative wäre. Das Streikrecht der einen Gewerkschaft abzulehnen, allein weil eine andere Gewerkschaft ihre – uU. ganz anderen Ziele – realisiert hat, kann deren Koalitionsfreiheit bis hin zur völligen Ohnmacht beschränken. Auch dies kann nicht Ergebnis praktischer Interessenkonkordanz sein. Doch die Fragen hören hier nicht auf: Was im Tarifrecht seinen Ursprung hat, kann Folgewirkungen nicht nur im Streikrecht, sondern auch im Betriebsverfassungsrecht haben.

Viel spricht in der Tat dafür, dass der Gesetzgeber diese wichtige Frage selbst entscheiden sollte und sie nicht einer sich wandelnden Rechtsprechung überantwortet. Er ist Urheber des Tarifvertragsgesetzes und wenn die Regelung so unvollständig ist, dass in einer solch wichtigen Frage gänzlich diametrale Ansätze vertreten werden können, dann sollte das Gesetz ergänzt werden und der Gesetzgeber sollte sagen, was er denn meint. Es handelt sich nicht um eine Randfrage mit marginalem Interesse, sondern um einen Kernbereich der Ausgestaltung des Tarifrechts. Konnte *Hans-Carl Nipperdey* – später erster Präsident des BAG – in seinem Lehrbuch von 1930 noch schreiben, dass dieser Fall »praktisch nicht vor-

kommt, da dies durch gemeinsames Vorgehen der verschiedenen [...] Arbeitnehmerorganisationen vermieden wird«²⁵, zeigt heute das selbstbewusste Auftreten von Berufs- und Sparten-gewerkschaften, dass dies immer weniger zutrifft. Schon 1924 gab es einen Referentenentwurf des Reichsarbeitsministeriums, der hier Regelungen treffen wollte. Er wurde nicht realisiert, weil die Politik zögerte. Eine Doktorschrift desselben Jahres stellt etwas resigniert fest, hier bleibe nur eine »Interessenabwägung übrig«, ohne darlegen zu können, mit welchem Ergebnis.²⁶

Unbestritten: Zu einer solchen Regelung gehörte Mut und Konfliktbereitschaft. Doch es entspricht dem verfassungsrechtlichen Gebot, dass der Gesetzgeber alle wesentlichen Fragen der Grundrechtsausübung selber regeln muss und sie weder der Verordnung durch die Exekutive überlassen darf noch der Rechtsfortbildung durch die Gerichte. Alles andere widerspricht dem Rechtsstaats- und dem Demokratieprinzip. Die Frage der Tarifeinheit aber ist wesentlich für die Entwicklung, für die Betätigung und den Bestand von Gewerkschaften. Die Antwort den Gerichten zu überlassen, heißt, sich aus der Verantwortung zu stellen. Nur der Gesetzgeber ist demokratisch legitimiert, den großen Wurf zu wagen und die Materie einer Lösung zuzuführen. Und nur er ist frei, Lösungen zu entwickeln, die zu differenzierenden Regelungen führen, die eben auch die größere Perspektive des Arbeitskampfes miteinbeziehen. Nur er kann Neuerungen in das TVG einführen, die über das bloße Ja oder Nein der Tarifeinheit hinausgehen.

Der Gesetzgeber konnte sich dabei Anregung im Tarifrecht des Auslands suchen.²⁷ Auch die USA und Frankreich haben Modelle des Interessenausgleichs verschiedener Gewerkschaften etabliert. Er kann einen Blick auf bislang – gleichsam am Gesetz vorbei – gelebte Modelle der Praxis werfen: Wie haben Deutsche Bahn, Luftfahrt und der Krankenhausbereich das Problem gelöst? Er kann

22 *Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns, 2 Bde., Frankfurt aM. 1981, S. 510.

23 Sozialinitiative der DBK und der EKD, Gemeinsame Verantwortung für eine gerechte Gesellschaft, Hannover/Bonn Februar 2014, S. 47.

24 Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2014/15: Mehr Vertrauen in Marktprozesse, Wiesbaden 2014, Abschn. 550.

25 *Hueck/Nipperdey* (Fn. 17), S. 250, Fn. 11.

26 *Becker*, Die Tarifnormen-Kollision, Erlangen/Leipzig 1924, S. 15 u. dort auch Ausführungen zum Referentenentwurf des Reichsarbeitsministeriums.

27 Vgl. *Junker*, RdA-Beil. 2009, 4; *Müller/Frik*, RdA 2005, 126.

die Regeln zum Zustandekommen von Tarifverträgen anpacken oder aber auch die Regelungen zur Wahl zwischen konkurrierenden Tarifverträgen: Welcher Tarifvertrag setzt sich durch, wo setzt er sich durch? Er kann versuchen, Betriebsräte mit in die Lösung einzubeziehen oder aber über Abstimmungsnotwendigkeiten oder Verhandlungspflichten auf dem Weg hin zum Tarifvertrag nachdenken.

Ziel aller Reformen ist dabei die optimale Entfaltung der im Grundgesetz garantierten Koalitionsfreiheit unter angemessener Berücksichtigung externer Nebenwirkungen:

- Die gelebte Tarifautonomie, verstanden als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, ist auf stete Veränderung in einer dynamischen Arbeits- und Wirtschaftswelt angelegt. Bei gesetzlichen Eingriffen in diesen von autonomen Kräften des Wettbewerbs gesteuerten Prozess ist Zurückhaltung geboten. Selbst unbedeutend erscheinende Eingriffe können ein gewachsenes freiheitliches System des Interessenausgleichs zwischen den Koalitionen stören.
- Nur soweit in einem Betrieb oder Unternehmen mehrere Gewerkschaften um einen Tarifabschluss ringen, kann es, muss es aber nicht zwangsläufig zu Koordinations-schwierigkeiten kommen, deren Lösung primär durch die Tarifparteien selbst und subsidiär durch den Gesetzgeber zu erfolgen hat.
- Das deutsche Kollektivvertragssystem hat dazu beigetragen, sozialen Frieden und wirtschaftliche Prosperität gleichermaßen zu erreichen. Deutschland ist eines der Länder in der westlichen Welt mit den geringsten arbeitskampfbedingten Ausfallzeiten, obwohl das Arbeitskampfrecht überhaupt nicht und das Tarifrecht nur marginal reguliert ist.
- Die tatsächliche Entwicklung der letzten 20 Jahre hat jedoch zu einer Veränderung der Tariflandschaft geführt.
- Die befriedende Wirkung der Flächentarifverträge unterlag arbeitgeberseitig zunehmender Kritik, weil gleiche Arbeitsbedingungen in der Fläche den Besonderheiten in diversifizierten Unternehmen, Betrieben und Branchen nicht gerecht wurden.
- Mitgliederschwund und Organisationsstrukturen in bestimmten Branchen (Dienstleistung, Leiharbeit) haben dazu geführt, dass der erforderliche Druck zum Abschluss von Tarifverträgen, die die Arbeitnehmer zufrieden stellten, geringer wurde. Zeitgleich erstarkten einige Sparten- und Berufsgewerkschaften, die in Schlüsselstellungen »gruppenegoistisch« bessere Tarif-

bedingungen durchsetzen konnten. Das Erscheinungsbild der Tariflandschaft wurde dadurch disparat.

- Der kontinuierliche Mitgliederschwund bei Branchengewerkschaften und Arbeitgeberverbänden führt diese in eine Legitimationskrise. Kleine Gewerkschaften praktizieren mitunter eine problematische Tarifunterbietung, andererseits versuchen schlagkräftige Berufsgewerkschaften den Überbietungswettbewerb.
- Auf Arbeitgeberseite sind Ausgliederungen nach wie vor ein Mittel, um aus der Tarifbindung zu entfliehen.
- Gewerkschaftspluralismus ist eine notwendige Folge eines demokratischen, pluralen Gemeinwesens. Gewerkschaftswettbewerb kann belebend, vollständig unregulierter Wettbewerb aber auch zerstörend wirken. Gesetzliche Eingriffe in diesen Wettbewerb sind verfassungsrechtlich im Lichte des Art. 9 Abs. 3 GG besonders rechtfertigungsbedürftig.²⁸

Dass nun die Koalitionspartner mit ihrem Gesetz eins zu eins am damals vorliegenden Entwurf der Sozialpartner BDA/DGB angesetzt haben, war vielleicht nicht verwunderlich. Der Kompromiss – von dem sich zwischenzeitlich der DGB freilich bereits wieder distanziert hatte – war 2010 möglich, weil es ein Kompromiss zulasten Dritter, namentlich der Sparten-gewerkschaften wie der Gewerkschaft der Lokomotivführer GDL oder des Marburger Bundes als Ärztegewerkschaft war. Denn diese Lösung stellt auf den Betrieb ab. Überschneiden sich in einem Betrieb die Geltungsbereiche mehrerer Tarifverträge, die von unterschiedlichen Gewerkschaften geschlossen werden, so ist nur der Tarifvertrag anwendbar, an den die Mehrzahl der Gewerkschaftsmitglieder im Betrieb gebunden ist. Maßgeblich ist bei solchen sich überschneidenden Tarifverträgen folglich, welche der konkurrierenden Gewerkschaften im Betrieb mehr Mitglieder hat. Nur dieser eine Tarifvertrag gilt dann im Betrieb. Und das ist dann regelmäßig der DGB-Tarifvertrag. Mit anderen Worten: Folge des Entwurfes ist es, dass es für eine Sparten-gewerkschaft nahezu unmöglich wird, eigenständige Tarifpolitik für ihre Mitglieder zu verfolgen, da ihr Tarifvertrag nur dann zur Anwendung kommen würde, wenn sie über mehr Mitglieder verfügen wür-

²⁸ So wörtlich die Forderungen der Professoreninitiative Tarifeinheit Bayreuther/Franzen/Greiner/Krause/Oetker/Preis/Rebhahn/Thüsing/Waltermann, deren Mitautor ich war.

de als die Gewerkschaft, die sich für das ganze Unternehmen und den ganzen Betrieb organisiert hat. Das ist aber typischerweise nicht der Fall: In den seltensten Fällen werden mehr Ärzte im Marburger Bund sein als Arbeitnehmer im Krankenhaus insgesamt bei ver.di (da hier das Reservoir möglicher Mitglieder viel größer ist). Die DGB-Gewerkschaft würde sich nahezu immer durchsetzen; vielleicht ist gerade dies der Grund, warum der DGB diesen Entwurf ursprünglich mitgetragen hat.

Aufgrund dieser gravierenden Einschränkung wirksamer tarifpolitischer Betätigung für Sparten- und Gewerkschaften hielt eine große Zahl von Juristen bereits diesen Entwurf für verfassungswidrig.²⁹ Das hatte wohl auch die Politik gesehen, und so wollte sie diese Verfassungszweifel durch – wie es bereits im Koalitionsvertrag heißt – ergänzende Verfahrensregelung ausräumen. Die Minderheitengewerkschaft hat ein Recht bekommen, ihre Forderungen mündlich der Arbeitgeberseite vorzutragen. Dieses Recht mag es dann auch einklagen. Verfassungsrechtlich aber wäre das irrelevant. Man schafft eine leere Hülle, ein Recht, vor dem Arbeitgeber zu betteln. Wer will so etwas schon? Alternative, verfassungsfreundlichere Regelungsmodelle sind präsentiert worden.³⁰ Das BVerfG hat aber nun über die Verfassungskonformität entschieden und *Karl Schiewerling* trotz aller Zweifel – zwei Richter gaben ein Sondervotum! – in der Sache recht gegeben: Es ist verfassungskonform, freilich muss der Gesetzgeber nachbessern.³¹ Das Gericht hat bemängelt, dass eine Berufsgruppe von einer Gewerkschaft vertreten werden könnte, in der sie kein einziges Mitglied hat, obwohl die konkurrierende Gewerkschaft, deren Tarifvertrag verdrängt wird, einen sehr hohen Organisationsgrad hat. Der Gesetzgeber muss sicherstellen, dass auch die Minderheit durch die Mehrheitsgewerkschaft angemessen repräsentiert wird. Wie das aussehen wird, ist noch offen. Das sind Hausaufgaben für die nächste Legislaturperiode. Hoffen wir auf kluge Gesetzgebung.

III. International Campaigning als Arbeitskampfmittel der Zukunft?

Szenenwechsel: Ein zweiter Megatrend zeigt bereits heute Wirkung – die Internationalisierung nicht nur der Wirtschaft und des Arbeitsmarkts, sondern eben auch seiner Akteure. Mehr und mehr internationale Unternehmen und Konzerne erkennen, dass die Arbeitsbedingungen zwar wesentlich durch

die nationalen rechtlichen und ökonomischen Rahmenbedingungen strukturiert werden, dass es jedoch bei aller Einpassung in die Besonderheiten des einzelnen Landes bestimmte Rahmenbedingungen geben soll, die international einheitlich gelten sollen. In *Codes of Conducts* demonstrieren sie ihren Willen zu weltweiten Mindeststandards, im Bereich der Arbeitnehmerbeziehungen zumeist orientiert an den Kernarbeitsnormen der ILO.³² Hieran anknüpfend, aber nicht notwendig damit verbunden, hat auch eine Globalisierung der Gewerkschaftsseite stattgefunden. Gewerkschaften nutzen internationale Zusammenschlüsse und Zusammenarbeit dazu, durch abgestimmtes transnationales Agieren Einfluss auch in den Ländern geltend zu machen, in denen sie aus eigener Kraft nicht über ein hinreichendes Druckpotential verfügen.³³ Man spielt gleichsam »über die Bande«. Moderne Gewerkschaftsarbeit sucht sich Verbündete jenseits nationaler Grenzen und auch jenseits des gewerkschaftlichen Spektrums. Die Schranken traditionellen gewerkschaftlichen Agierens bestehen nicht mehr: Nicht der lokale Betrieb oder das Unternehmen, sondern die Gesellschaft insgesamt – auch jenseits der Landesgrenzen – wird zur Plattform des Handelns; Verbündete in anderen gesellschaftlichen Bereichen werden gesucht und der Schulterchluss zu NGOs verstärkt die eigenen Forderungen. Dies führt dazu, dass das eigene Vorbringen sich nicht allein an dem klassischen Arbeitgeber/Arbeitnehmer-Gegensatz orientiert, sondern vielmehr zusätzlich

29 *Bepler*, NZA-Beil. 2011, 76: »Die Mitglieder des 4. Senats halten den vorliegenden Gesetzentwurf unverändert für verfassungswidrig. Hätten sie das anders gesehen, wäre im Juli 2010 anders entschieden worden.« *Greiner*, NZA 2010, 745: »Das »Kartell« aus DGB und BDA hat einen verfassungsrechtlich nicht tragfähigen Entwurf vorgelegt.« *Jacobs*, ZRP 2010, 199: »Der Vorschlag des »Tarifkartells«, der die frühere Rechtslage wiederherstellen und den nicht im DGB vertretenen Gewerkschaften die Tarifgeltung ihrer Tarifverträge für ihre Mitglieder verwehren soll, wäre deshalb, würde er Gesetz, verfassungswidrig«. Ebenso ua. *Bayreuther*, DB 2010, 2223; *Dieterich*, AuR 2011, 46 ff; *Düwell*, FA 2011, 2, 4; *Konzen*, JZ 2010, 1036; *Löwisch*, RdA 2010, 263, 264 ff; *Reichold*, Rechtsgutachten zur Verfassungsmäßigkeit eines von BDA und DGB geplanten »Gesetzes zum Erhalt der Tarifeinheit«, Berlin 2010, S. 9; *Rieble*, Verfassungsfragen der Tarifeinheit, München 2010, S. 163.

30 S. den Entwurf der Professoreninitiative *Bayreuther/Franzen/Greiner/Krause/Oetker/Preis/Rebhahn/Thüsing/Waltermann*, Tarifpluralität als Aufgabe des Gesetzgebers, München 2011.

31 BVerfG, 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 – NZA 2017, 915.

32 Bereits vor einer Dekade: *Jenkins/Pearson/Seyfang*, Corporate Responsibility and Labour Rights: Codes of Conduct in a Global Economy, London ua. 2002. Zur rechtlichen Einordnung jüngst *Revak* (2012) 63 *Hastings Law Journal*, 1645.

33 Instrukтив und ausführlich eine Darstellung von sieben verschiedenen grenzüberschreitenden Kampagnen, herausgegeben von Bronfenbrenner, *Global Unions: Challenging Transnational Capital through Cross-Border Campaigns*, Ithaca NQ ua. 2007; Hierzu *Hauptmeier* (2010) 31 *Comp. Lab. L. & Pol'y J*, 431; Zur Entwicklung gerade im Bereich der Telekommunikation- und Logistik-Gewerkschaften *Banks/Russo* (1999) 20 *Comp. Lab. L. & Pol'y J* 543.

die Verantwortung des Unternehmens für Menschenrechte sowie Umwelt- und Verbraucherschutz in den Fokus genommen und zum Anknüpfungspunkt der eigenen Forderung wird. Diese neue Form des *Campaignings* ist legitim – und nach prominenter Auffassung – zuweilen auch ganz und gar notwendige Folge einer sich wandelnden Arbeitswelt: »Die Gesamtheit der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Veränderungen bewirkt, dass die Gewerkschaftsorganisationen bei der Ausübung ihrer Aufgabe, die Interessen der Arbeitnehmer zu vertreten, auf größere Schwierigkeiten stoßen« heißt es in der Enzyklika *Caritas in Veritate*.³⁴ Und weiter fordert daher das Lehrschreiben der Kirche:

»Dem Vorschlag seitens der Soziallehre der Kirche [...], Arbeitnehmervereinigungen zur Verteidigung der eigenen Rechte ins Leben zu rufen, sollte darum heute noch mehr nachgekommen werden als früher, indem man vor allem eine sofortige und weitblickende Antwort auf die Dringlichkeit gibt, neue Formen des Zusammenwirkens nicht nur auf lokaler, sondern auch auf internationaler Ebene einzuführen.«³⁵

Internationales *Campaigning* ist damit letztlich Ausdruck einer international empfundenen Solidarität. Weil es aber Druckmittel auf die Arbeitgeberseite ist, wird ebenso weit verbreitet darauf hingewiesen, dass es legitim ist, wenn der Arbeitgeber hierauf antwortet. Überzeugendste Antworten sind wohl solche, die den Grund unterschiedlicher Behandlung von Arbeitnehmern in unterschiedlichen Ländern aufzeigen und deutlich machen, dass ein Handeln nach einheitlichen Maßstäben in verschiedenen Rechts- und Wirtschaftsordnungen gänzlich andere Folgen zeigen kann. Denn die nationalen Rahmenbedingungen bestimmen die Wettbewerbsfähigkeit eines Landes: Eben weil der Mindestlohn in Bulgarien ein anderer ist als in Luxemburg, investieren ausländische Unternehmen hier und schaffen so Arbeitsplätze.³⁶ Zuweilen werden jedoch freilich auch rechtliche Maßnahmen gegen das *Campaigning* dort diskutiert, wo die öffentliche Druckausübung die Grenzen legalen Handelns überschritten hat.

Vor diesem Hintergrund wundert es nicht, dass gerade auch deutsche Unternehmen oftmals Gegenstand eines solchen *Campaignings* sind. Die Schlagzeilen sind übertragbar. Titelt das Handelsblatt am 12. April 2010: »US-Gewerkschaften greifen die Telekom an«³⁷, heißt es einige Monate später in der gleichen Zeitung: »US-Gewerkschaften nehmen deutsche Autobauer ins Visier«³⁸. Deutsche Unternehmen scheinen für ein solches *Campaigning* besonders geeignet zu sein, ist doch die Kultur deutscher Sozialpartnerschaft und Mit-

bestimmung international vorbildlich und ganz und gar ungewöhnlich. Oftmals ist es daher nicht so sehr die Tatsache, dass die Arbeitsbedingungen im Gastland besonders beklagenswert wären oder von anderen Unternehmen im gleichen Land negativ abweichen würden, sondern vielmehr die größere Verwundbarkeit und die offensichtlicheren Unterschiede zwischen dem Umgang mit Gewerkschaften und Arbeitnehmern in dem einen und dem anderen Land.

Dieses internationalisierte gewerkschaftliche Vorgehen fordert weniger Handeln seitens des Gesetzgebers als der Unternehmen. Sie müssen entscheiden, wie sie darauf reagieren. Ein sinnvoller Weg kann der Abschluss von *International Framework Agreements* sein. Es handelt sich hierbei um Vereinbarungen internationaler Konzerne mit internationalen Gewerkschaftszusammenschlüssen zur Gewährleistung bestimmter Mindestrechte der Belegschaft unabhängig vom Kontext nationalen Rechts. Bei aller Unterschiedlichkeit der *IFAs* können doch zunächst gewisse Referenzobjekte benannt werden, auf die nahezu durchgehend, zumindest jedoch regelmäßig Bezug genommen wird. Ihre Regelungen stecken den Rahmen ab, in dem sich die internationale Branchengewerkschaft und das global agierende Unternehmen verständigen. Eine Auswertung von 52 *IFAs* ergab, dass 69 % allgemein die Regelungen der ILO und 55 % ausdrücklich die ILO-Kernarbeitsnormen zur Grundlage der Vereinbarung machten, 25 % verweisen auf die UN Deklaration der Menschenrechte, 23 % auf die Global Compact Prinzipien und 19 % auf die OECD-Leitsätze.³⁹ All diese Regelungen nehmen aufeinander Bezug und überschneiden sich in ihren Aussagen. Auch ein Blick auf die jüngsten Vereinbarungen bestätigt diesen Trend: Alle Vereinbarungen seit 2007 verweisen zumindest auf die ILO-Kernarbeitsnormen.

Diese Vereinbarungen verdanken ihre vermehrte Entstehung in jüngster Vergangenheit insbesondere zwei Strö-

34 Benedikt XVI., Enzyklika *Caritas in Veritate*, abrufbar unter http://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/de/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate.html (11.9.2017), Abschnitt 25.

35 *Caritas in Veritate* (Fn. 34), Abschnitt 25.

36 Und eben deshalb ist auf europäischer Ebene eine Regelungskompetenz zur Schaffung eines einheitlichen Mindestlohns gerade nicht geschaffen worden (Art. 153 Abs. 5 AEUV).

37 Abrufbar unter <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/handel-dienstleister/aerger-um-mitbestimmung-us-gewerkschaften-greifen-die-telekom-an/3409756.html> (11.9.2017).

38 *Handelsblatt* v. 11.1.2011, abrufbar unter <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/autobranche-us-gewerkschaften-nehmen-deutsche-autobauer-ins-visier/3760494.html> (11.9.2017).

39 Eurofound, Codes of Conduct and International Framework Agreements: New Forms of Governance at Company Level, Dublin 2008, S. 24.

mungen: Zum einen sind sie Ausdruck des Wunsches nach öffentlicher Dokumentation einer *Corporate Social Responsibility*. Zum anderen fußen sie auf dem Willen, ethisch verantwortliches Verhalten nicht einseitig und national, sondern international und im kooperativen Dialog aller am Unternehmen beteiligten *Stakeholder* zu erarbeiten. Die Verantwortung des Unternehmens und des Konzerns für soziale Standards gilt weltweit und wird auch von der Europäischen Union eingefordert⁴⁰. Doch die moderne Debatte über Ursprung und Grenzen der *Corporate Social Responsibility* geht, angestoßen durch US-amerikanische *law review articles*, bis in die dreißiger Jahre zurück.⁴¹ *Stakeholder* des Unternehmens sind nicht allein die *Shareholder*. Deshalb muss sich das Handeln des Unternehmens auch an legitimen Schutzstandards der Beschäftigten wie auch der durch das Unternehmen betroffenen Öffentlichkeit orientieren. Die Mindeststandards als Ausdruck der *Corporate Social Responsibility*, zu denen sich das Unternehmen freiwillig verpflichtet, können dabei entwicklungs- politische Standards sein, Mindestanforderungen an das Verhalten gegenüber Verbraucherinnen und Verbrauchern, Umweltstandards zur grenzüberschreitenden Sicherung von Rechtsgütern im Interesse der Weltbevölkerung und eben Sozialstandards im Sinne angemessener Arbeitsbedingungen der durch das Unternehmen Beschäftigten. Das Unternehmen, das sich zu all dem bekennt, findet im Markt die größere Akzeptanz. Seine Produkte werden nicht aus ethischen Gründen boykottiert, das Image des Unternehmens wird hierdurch positiv geformt. Diese freiwillige Selbstverpflichtung gewinnt an Glaubwürdigkeit, wenn sie nicht einseitig gesetzt, sondern mit den Beteiligten verhandelt und vereinbart wird. Natürliche Ansprechpartner für die Interessen der Belegschaft sind dabei die Gewerkschaften. Während *Codes of Conduct* nur durch die Vorgaben des jeweiligen nationalen Rechts begrenzt werden oder gar nicht der Mitwirkung von Arbeitnehmervertretern unterliegen⁴², ist Grundlage der *IFAs* die Einigung mit den Repräsentanten der Betroffenen. *IFAs* bilden damit die konsequente Weiterentwicklung der *Codes of Conduct*. Der dialogische Prozess ihres Entstehens spiegelt die Ziele der Regelungen selbst wider. Die Übergänge zwischen den verschiedenen Regelungsformen sind freilich fließend, wie auch die Intensität der Verhandlung und der Regelungs- dichte selbst fließend sind.

Weil der Markt nicht-rechtliche Sanktionen kennt, bedarf es nicht der rechtlichen Verpflichtung, selbst wenn

hierzu – zwar nicht in Deutschland, doch in benachbarten Ländern – bereits rechtliche Rahmen für Teilaspekte geschaffen wurden. Dies zeigt etwa die französische Gesetzgebung. Im gleichen Artikel, der zur Veröffentlichung von Vorstandsgehältern anhält (Art. L. 225-102-1 code du commerce), wird das Unternehmen verpflichtet, seine Maßnahmen zu anderen für die Öffentlichkeit relevanten Fragen darzulegen, etwa die Maßnahme zur Gleichstellung von Mann und Frau, zum Erhalt von Arbeitsplätzen oder zum Umweltschutz. Man wird zu sozial verantwortetem Handeln nicht gezwungen, doch man soll sagen, ob man es freiwillig unternimmt oder nicht. Es sind keine Informationen, die dem Anleger zur Gewinnmaximierung dienen, jedoch bei seiner Investitionsentscheidung mitberücksichtigt werden können und insbesondere dem Verbraucher Aufschluss darüber geben, ob er dieses Unternehmen durch seinen Kauf oder Dienstleistungsauftrag unterstützen will. Warum solche Veröffentlichungspflichten nicht auch in Deutschland?⁴³

Das Bekenntnis zur sozialen Verantwortung des Unternehmens wirkt damit in zwei Richtungen: Es kann Ausdruck eines genuin ethisch begründeten Willens des Unternehmens sein, sein Ziel nicht allein in der Gewinnmaximierung der Anteilseigner zu sehen; zum gleichen Ziel führt jedoch das Bekenntnis zu sozialen Werten, die von den Kunden oder der Belegschaft eingefordert werden, um auf dem Markt erfolgreich zu sein. Die freiwillige Selbstverpflichtung über die gesetzlichen Standards hinaus oder das demonstrative Bekenntnis zur Einhaltung gesetzlicher Standards kann damit unmittelbar dem sozialen Interesse des Unternehmens dienen oder aber Mittel zu seinem wirtschaftlichen Zweck sein. Beides wird in der Regel als Motiv gebündelt zusammenfallen.

Die zunehmende Zersplitterung sowie Individualisierung der Gesellschaft und somit auch der Gewerkschaftsseite und das *International Campaigning* hängen zusammen. Das eine könnte das andere auffangen: Zwar ist ein immer schwäche-

40 S. Bericht »Soziale Verantwortung der Unternehmen« der Europäischen Kommission, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6716&langId=de> (11.9.2017); sowie das von der Kommission unterstützte »Europäische Bündnis für soziale Verantwortung der Unternehmen«, http://europa.eu/ra/pid/press-release_IP-06-358_de.htm?locale=en (11.9.2017).

41 S. zB. *Berle* (1931) 44 *Harvard Law Review*, 1049; *Dodd* (1932) 45 *Harvard Law Review*, 1145; *Berle* (1932) 45 *Harvard Law Review*, 1365; s. auch den gelungenen Überblick bei *Parkinson*, *Corporate Power and Responsibility*, Oxford 1993.

42 Für Deutschland s. BAG, 22.7.2008 – 1 ABR 40/07 – BAGE 127, 146.

43 Zu entsprechenden Gesetzesvorschlägen bereits 2011 s. *Creutzburg*, CDU/CSU will den Sozialbericht, *Handelsblatt* v. 14.2.2011.

rer Organisationsgrad der Gewerkschaften beklagenswert, doch könnte dieser zukünftig durch die internationale Zusammenarbeit der Arbeitnehmervertreter, NGOs und letztlich auch mit der Gesellschaft als Ganzes aufgefangen werden. Inwieweit diese die klassische nationale Gewerkschaftsarbeit bereichern kann, bleibt aber abzuwarten – die Stärkung rechtlich bindender, auf dem kollektiven Arbeitnehmerwillen der betroffenen Branche beruhender (tariflicher) Regelungen sollte jedenfalls Vorrang genießen.

IV. Was bleibt?

Mit *Karl Schiewerling* verlässt ein wertebewusster, dialogbereiter, sozial engagierter und eben wegen all diesem einflussreicher Verfechter eines zukunftsfähigen Arbeits- und Sozialrechts die politische Bühne. So sehr ich ihm den Ruhestand gönne: Er wird fehlen. Hoffen wir, dass wir auch zukünftig auf seinen Rat zählen können. In diesem Sinne: *ad multos annos!*

Tarifautonomie und Gesetzgeber – kommunizierende Röhren im deutschen Arbeitsrecht

Gregor Asshoff, Vorstand SOKA-BAU, Wiesbaden

Es kommt nicht alle Tage vor, dass man als ehemaliger Gewerkschaftsfunktionär und Vorstand zweier gemeinsamer Einrichtungen gebeten wird, in einem Heft zu Ehren eines CDU-Bundestagsabgeordneten und Obmanns im Bundestagsausschuss für Arbeit und Soziales (A&S-Ausschuss) einen Beitrag zu verfassen. Im Fall von *Karl Schiewerling* ist dies allerdings alles andere als fernliegend. Er ist nämlich jemand, der das *Christlichsoziale* innerhalb der CDU/CSU-Fraktion stets – zum Teil auch gegen erhebliche Widerstände – überzeugend und glaubwürdig vertreten hat. Ausdruck dessen ist sein Engagement für die Tarifautonomie, wie die nachfolgende Darstellung zeigen soll.

I. Turbulente Legislaturperiode

Nachdem die schwarz/gelbe Vorgängerregierung das arbeits- und sozialrechtliche Feld weitgehend hat brach liegen lassen,¹ ist die große Koalition auf diesem Gebiet mit viel Verve in die gerade zu Ende gegangene Legislaturperiode gestartet. Tarifautonomiestärkungsgesetz (TASG)² einschließlich Mindestlohngesetz, Tarifeinheitgesetz³ und das Betriebsrentenstärkungsgesetz⁴ sind nur drei Großprojekte mit zT. sogar – auch wenn man mit diesem Begriff vorsichtig umgehen muss – historischer Bedeutung. Aus diesem Strauß sol-

len nachfolgend vor allem die Reform der Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) durch das TASG und die beiden in diesem Jahr verabschiedeten Sozialkassenverfahrensicherungsgesetze⁵ (SokaSiG) beleuchtet werden. Gerade SokaSiG I und II sind dabei – auch aus rechtstheoretischer Sicht – besonders interessant.

1. Sozialkassenverfahrensicherungsgesetz

Begonnen werden soll am Schluss der 18. Legislaturperiode – mit mehreren Entscheidungen des BAG zur Unwirksamkeit der AVEen des Tarifvertrags über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (VTV) aus den Jahren 2007 bis 2014.⁶ Dies

1 Vgl. etwa *Deinert/Kittner*, RdA 2013, 257 ff.

2 Gesetz zur Stärkung der Tarifautonomie (Tarifautonomiestärkungsgesetz) v. 11.8.2014, BGBl. I, S. 1348.

3 Gesetz zur Tarifeinheit (Tarifeinheitgesetz) v. 3.7.2015, BGBl. I, S. 1130.

4 Gesetz zur Stärkung der betrieblichen Altersversorgung und zur Änderung anderer Gesetze (Betriebsrentenstärkungsgesetz) v. 23.8.2017, BGBl. I, S. 3214.

5 Gesetz zur Sicherung der Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (Sozialkassenverfahrensicherungsgesetz – SokaSiG) v. 16.5.2017, BGBl. I, S. 1210; sowie Gesetz zur Sicherung der tarifvertraglichen Sozialkassenverfahren und zur Änderung des Arbeitsgerichtsgesetzes (Zweites Sozialkassenverfahrensicherungsgesetz – SokaSiG2), v. 1.9.2017, BGBl. I, S. 3356.

6 BAG, 21.9.2016 – 10 ABR 33/15 – AP Nr. 35 zu § 5 TVG; BAG, 21.9.2016 – 10 ABR 48/15 – AP Nr. 36 zu § 5 TVG; BAG, 25.1.2017 – 10 ABR 34/15 – AP Nr. 37 zu § 5 TVG; BAG, 25.1.2017 – 10 ABR 34/15 – AP Nr. 38 zu § 5 TVG.

mag auf den ersten Blick wie ein Spartenthema wirken, hat aber das tarifrechtliche Gefüge in Deutschland erheblich erschüttert. Das BAG hat in seinen Beschlüssen die Sozialkassenverfahren zwar nicht als solche infrage gestellt, sondern im Gegenteil deren sozialpolitische Bedeutung betont. Es hat aber (wohl für alle Beobachter völlig überraschend) zwei formale »Fehler« beim Zustandekommen der AVEen für so gravierend erachtet, dass diese die Unwirksamkeit nach sich gezogen haben. Die Beschlüsse sind in der Wissenschaft mehrheitlich und zu Recht heftig kritisiert worden,⁷ außerdem sind Verfassungsbeschwerden gegen sie anhängig⁸. Inhaltlich braucht diese Kritik hier nicht mehr wiederholt zu werden. Jedenfalls haben die Beschlüsse die Sozialkassen (nicht nur) der Bauwirtschaft und deren Tarifvertragsparteien in eine existenzielle Krise geführt.⁹ Auf dem Spiel standen allein im Bauhauptgewerbe die Betriebsrentenansprüche von aktuell 370.000 Rentnern und insgesamt 1,2 Mio. Anspruchsberechtigten, die Berufsausbildung von derzeit 35.000 Auszubildenden sowie die Urlaubsvergütung von 740.000 Beschäftigten. Die BAG-Beschlüsse stellen Leistungen iHv. von 2,8 Mrd. € infrage, die SOKA-BAU jährlich gewährt.¹⁰ Ohne Sozialkassenverfahren wäre zudem einem Dumpingwettbewerb durch Anbieter aus Billiglohnländern genauso wie inländischer Schwarzarbeit Tür und Tor geöffnet. Die Sozialkassen nehmen insofern in der Branche eine ganz wichtige ordnungspolitische Funktion ein. Noch dramatischer wären die indirekten Folgen gewesen: Die Tarifvertragsparteien der Bauwirtschaft wären voraussichtlich infolge der notwendigen Rückabwicklung ihrer allgemeinverbindlichen Tarifverträge von 2007 bis 2014 auf absehbare Zeit nicht mehr in der Lage gewesen, überhaupt noch Tarifverträge für diesen volkswirtschaftlich äußerst bedeutsamen Wirtschaftszweig abzuschließen.

Die Bundesregierung und der Gesetzgeber haben diese Gefahren sehr schnell erfasst und in einem gemeinsamen Kraftakt der beiden Regierungsfractionen – unter maßgeblicher Mitwirkung gerade von *Karl Schiewerling* – schnell und beherzt eingegriffen, indem sie das über 400 Seiten starke SokaSiG I auf den Weg gebracht haben. Bereits gut vier Monate, nachdem die BAG-Beschlüsse ergangen sind, war das Gesetz im Bundestag mit den Stimmen aller Fraktionen verabschiedet. Rechtstheoretisch ist es aus mehreren Gründen interessant: Es erklärt nämlich alle Sozialkassentarifverträge der Bauwirtschaft auf gesetzlichem Weg für allgemeinverbindlich, was eine Ergänzung der bisherigen Erstreckungsmechanismen in TVG, AEntG und AÜG dar-

stellt. Dies ist – da der Mechanismus auf einer gesetzgeberischen Entscheidung beruht – freilich verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.¹¹ Ferner erfasst das Gesetz nicht nur die aktuellen Tarifverträge, sondern rückwirkend alle Sozialkassentarifverträge mit Gültigkeit ab dem 1. Januar 2006. Das SokaSiG II ist in seinem Umfang noch deutlich größer: Es erstreckt die Tarifverträge aus elf weiteren Sektoren nach dem gleichen System qua Gesetz auf die jeweils ganze Branche. Erfasst sind von Malern- und Lackierern über Bäcker bis hin zu Journalisten die unterschiedlichsten Tätigkeiten. Durch die Rechtsprechung des BAG sind auch sie in ihrer Existenz unmittelbar gefährdet gewesen. Die weit überwiegende Mehrheit an Kommentatoren aus unterschiedlichen Rechtsgebieten hält die in beiden Gesetzen enthaltene Rückwirkung ebenfalls für verfassungsrechtlich zulässig, da durch das Gesetz lediglich die Rechtslage vor den BAG-Beschlüssen vom 21. September 2016 und vom 25. Januar 2017 wiederhergestellt bzw. festgeschrieben wird, von der sowieso jeder glauben musste, dass sie gilt – zumindest bis die vorgenannten Beschlüsse ergingen.¹² Die Argumente liegen auf dem Tisch und brauchen daher ebenfalls nicht vertieft werden. Jedenfalls hat sich der Bundestag vor Verabschiedung von SokaSiG I und II im A&S-Ausschuss – gerade auch in Person von *Karl Schiewerling* – intensiv mit dieser Frage befasst.¹³ Die Rechtsprechung ist bislang dieser Auffassung gefolgt, wie ausführlich begründete Entscheidungen der LAG Hessen und Berlin-Brandenburg deutlich machen.¹⁴

7 Vgl. nur *Ulber*, NZA 2017, 1104 ff.; *Greiner*, NZA 2017, 98 ff.; *Engels*, NZA 2017, 680 ff.; *Klein*, AuR 2017, 48 ff.; *Biedermann*, BB 2017, 1333 ff.; *Möller*, AuA 2017, 120 f.; *Düwell*, jurisPR-Arbr 2/2017 Anm. 1 unter II.; *Preis/Peramato*, Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung im Tarifautonomiestärkungsgesetz, HSI-Schriftenreihe Bd. 20, Frankfurt aM. 2017, S. 86; aA. aber *Thüsing*, NZA-Beilage 2017, 3 ff.; *Emmert*, BB 2016, 2669; *Hennig*, AuA 2017, 110 f.

8 Vgl. die beim BVerfG unter den Az. 1 BvR 4/17; 1 BvR 593/17; 1 BvR 1104/17 und 1 BvR 1459/17 geführten Verfahren.

9 Vgl. nur die Stellungnahme des Verfassers in der Ausschussanhörung vom 23.1.2017, Ausschuss-Drs. 18(11)902, S. 21 ff.

10 Vgl. die Geschäftsberichte der Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft sowie der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes, abrufbar unter <http://www.soka-bau.de/soka-bau/medien/publikationen/> (4.8.2017).

11 *Engels*, NZA 2017, 680 ff.; *Ulber*, NZA 2017, 1104, 1107; aA. wohl *Thüsing*, NZA-Beil. 1/2017, 2, 6 ff.

12 Vgl. nur die Expertenstellungnahmen in der Ausschussanhörung vom 23.1.2017, Ausschuss-Drs. 18(11)902 und vom 19.6.2017, Ausschuss-Drs. 18(11)1097; sowie *Ulber*, NZA 2017, 1104 ff.; *Engels*, NZA 2017, 680 ff.; *Klein*, AuR 2017, 48 ff.; *Biedermann*, BB 2017, 1333 ff.; aA. aber *Thüsing*, NZA-Beilage 2017, 3 ff.

13 Vgl. Bundestagsausschuss für Arbeit und Soziales, Protokoll Nr. 18/102; sowie Beschlussempfehlung, BT-Drs. 18/12827.

14 LAG Hessen, 2.6.2017 – 10 Sa 907/16 – BeckRS 2017, 115937; LAG Berlin-Brandenburg, 16.6.2017 – 3 Sa 1831/16 – juris.

Die Gesetze sind allerdings nicht nur verfassungsrechtlich zulässig, der Gesetzgeber kommt hier vielmehr gerade seiner Aufgabe nach, die in Art. 9 Abs. 3 GG verankerte Koalitionsfreiheit – und mit ihr die Tarifautonomie – effektiv zu schützen.¹⁵ Das BVerfG hat deutlich gemacht, dass der Gesetzgeber seine Schuldigkeit mit der Verabschiedung des TVG nämlich noch nicht getan hat; er muss vielmehr auf neuere Entwicklungen reagieren und nachsteuern, wenn dies erforderlich ist.¹⁶ Dies hat er hier getan, denn praktisch wären die Tarifstrukturen in den betroffenen Branchen massiv gefährdet gewesen, wenn sich von einem Tag auf den anderen herausstellt, dass nur noch die nach § 3 Abs. 1 TVG tarifgebundenen Betriebe durch die Sozialkassentarifverträge verpflichtet gewesen wären.

2. Tarifautonomiestärkungsgesetz

Bei aller weitreichenden Bedeutung – die SokaSiG I und II waren gesetzgeberische Feuerwehreinsätze mit zusätzlichem Symbolcharakter. Seine strategische Arbeit hatte der Gesetzgeber schon früher abgeliefert. Nachdem die Tarifautonomie in Deutschland nach dem Zweiten Weltkrieg eine Blüte erfahren hatte, geriet sie im letzten Quartal des vergangenen Jahrhunderts zunehmend unter Beschuss und war insbesondere in den 1990er Jahren massiven Angriffen ausgesetzt.¹⁷ Dieses Blatt begann sich erst in den vergangenen zehn Jahren wieder zu wenden. Zu Beginn der letzten Legislaturperiode wurde dann intensiv über Ansatzpunkte nachgedacht, die autonome Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände zu stärken. Eine wichtige Stellschraube wurde hierbei im Instrument der AVE erkannt. Sie soll wieder zu einem »funktionierenden [Instrument] zur Stützung der tariflichen Ordnung«¹⁸ entwickelt werden. Auch wenn einzelne Juristen diesen Effekt bestreiten,¹⁹ so belegt die sozialwissenschaftliche Forschung eindeutig, dass sich insbesondere auf Arbeitgeberseite allgemeinverbindliche Tarifverträge positiv auf die verbandliche Organisation auswirken und damit die tarifautonome Gestaltung der Arbeitsbedingungen erleichtern²⁰.

Das Verfahren für die AVE wurde daher in einigen Bereichen vereinfacht. So mussten unter der alten Rechtslage für eine AVE nach § 5 Abs. 1 TVG aF. drei wesentliche Voraussetzungen erfüllt sein, nämlich dass die Vertreter der Spitzenorganisationen im Tarifausschuss zugestimmt haben, dass die tarifgebundenen Arbeitgeber mindestens 50 % der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden

Arbeitnehmer beschäftigen und dass die AVE im öffentlichen Interesse liegt. Das Quorum wurde durch das TASG abgeschafft, stattdessen reicht nun das Vorliegen eines öffentlichen Interesses aus. Dieses wird durch § 5 Abs. 1 S. 2 TVG konkretisiert. Zum einen soll es vorliegen, wenn der Tarifvertrag in seinem Geltungsbereich für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen überwiegende Bedeutung erlangt hat, zum anderen (alternativ), wenn die Absicherung der Wirksamkeit tarifvertraglicher Normsetzung gegen die Folgen wirtschaftlicher Fehlentwicklung eine AVE verlangt.

Für die Bestimmung der in § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG genannten »überwiegenden Bedeutung« ist nicht mehr nur die unmittelbare mitgliedschaftsbedingte Tarifgebundenheit der Arbeitgeber entscheidend, sondern es sind auch alle anderen Arbeitsverhältnisse zu betrachten, die »tarifgemäß ausgestaltet sind«.²¹ Gemeint sind damit sowohl Anschlussarbeitsverträge, einzelvertragliche Inbezugnahmen sowie anderweitige Orientierungen des Arbeitsverhältnisses am Tarifvertrag. Durch die Neuregelung kommt die tatsächliche Bedeutung eines Tarifvertrags in einem bestimmten Bereich deutlich besser zum Ausdruck als unter der alten Rechtslage. Insider, ua. Mitglieder des Tarifausschusses, berichten jedoch, dass das BMAS nach wie vor zum Nachweis der überwiegenden Bedeutung auf die mitgliedschaftliche Bindung abstelle und folglich das 50 %-Quorum über die Hintertür anwende. Dies läuft dem gesetzgeberischen Willen diametral entgegen. Die enge Sichtweise, die das BAG zur alten Rechtslage in den das SokaSiG »verursachenden« Beschlüssen vertreten hat²² und die in der Verwaltungspraxis des BMAS durchscheint, kann unter § 5 Abs. 1 TVG nF. nicht mehr der Maßstab sein. Es muss ausreichen, nach Auswertung des verfügbaren sta-

15 Vgl. bereits BVerfG, 18.11.1954 – 1 BvR 629/52 – BVerfGE 4, 96, 106; in jüngerer Zeit etwa BVerfG, 1.12.2010 – 1 BvR 2593/09 – AP Nr. 146 zu Art. 9 GG.

16 Vgl. etwa BVerfG, 29.12.2004 – 1 BvR 2582/03 ua. – AP Nr. 2 zu § 3 AEntG; dazu *Linsenmaier*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Aufl., München 2017, Art. 9 GG Rn. 55; *Krause*, in: Jakobs/Krause/Oetker/Schubert (Hrsg.), Tarifvertragsrecht, 2. Aufl., München 2013, § 1 Rn. 40 mwN.

17 Vgl. etwa exemplarisch das Zehnte Hauptgutachten der Monopolkommission 1992/1993, BT-Drs. 12/8323, S. 380.

18 BT-Drs. 18/1558, S. 48.

19 Vgl. etwa *Giesen*, Referat zum 70. DJT, in: Deutscher Juristentag (Hrsg.), Referate zum 70. DJT, Bd. 2,1, München 2015, S. K61 ff. oder auch *Kampeter*, in diesem Heft, 196, 202.

20 Vgl. etwa *Traxler*, Ind. Beziehungen 1997, 101, 111 f.; im Ergebnis wohl auch *Kohaut/Schnabel*, Ind. Beziehungen 2003, 193, 215 f.

21 BT-Drs. 18/1558, S. 48.

22 BAG, 21.9.2016 – 10 ABR 33/15 – NZA-Beil. 2017, 12.

tistischen Materials (insbesondere Umfragen) feststellen zu können, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit in einer Mehrzahl von Arbeitsverhältnissen tatsächlich eine Orientierung am einschlägigen Tarifvertrag erfolgt. Dies entspricht auch der offiziellen Begründung des Gesetzes,²³ wobei dem Gesetzgeber durchaus bewusst gewesen sein muss, dass vorhandene Statistiken schon aufgrund von abweichenden Branchendefinitionen immer nur Näherungswerte sein können. Dort, wo bereits allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge bestehen, ist die überwiegende Bedeutung aufgrund der vollständigen Erfassung der Branche solange gegeben, wie keine starken Indizien für eine Missachtung der Tarifnormen in den Arbeitsverhältnissen dieses Wirtschaftszweigs vorliegen. Dies ist im Gesetz durchaus so angelegt und bedarf daher auch keiner Korrektur.²⁴

Entgegen der Auffassung des BAG (allerdings zur alten Rechtslage)²⁵ kommt es bei der Bestimmung des Verhältnisses tarifvertraglich orientierter und nicht tarifvertraglich orientierter Arbeitsverhältnisse nicht auf den Geltungsbereich des Tarifvertrags selbst an, sondern auf den (beantragten) Geltungsbereich der AVE. Schon Sinn und Zweck der Vorschrift sprechen eindeutig hierfür. So führt das BAG selbst aus: »Die 50 %-Quote diene mehreren Zwecken, wobei schwerpunktmäßig erreicht werden sollte, dass nur repräsentative Tarifverträge auf Außenseiter erstreckt werden und gleichzeitig durch die Quote sichergestellt werden konnte, dass diese durch eine Minderheit nicht majorisiert werden.«²⁶ Folgerichtig kann es aber nur auf die durch eine AVE intendierten Normunterworfenen als Bezugspunkt für eine Repräsentativität ankommen. Denn nur sie werden durch dieselbe tangiert. Daher sind sie als Schutzziele anzusehen und nur in ihrem Bereich ist eine Majorisierung möglich.²⁷ Aber auch das systematische Argument des BAG mit seinem Verweis auf den »identischen Wortlaut« des § 4 Abs. 1 S. 1 TVG²⁸ trifft an der Stelle nicht. Vielmehr belegt § 5 Abs. 4 S. 1 TVG, dass mit »Geltungsbereich« nur der Geltungsbereich der AVE gemeint sein kann. Andernfalls wäre eine Einschränkung des Geltungsbereichs in einer AVE nach dem Wortlaut von § 5 Abs. 4 S. 1 TVG gar nicht möglich. Ihre Zulässigkeit entspricht jedoch einer jahrzehntelangen gefestigten Rechtsprechung des BAG und wird auch in den jüngsten Entscheidungen nicht infrage gestellt.²⁹

Eine weitere Konkretisierung hat das öffentliche Interesse in § 5 Abs. 1a TVG erfahren. Dieser erleichtert die AVE von Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen, die einen in § 5 Abs. 1a Nr. 1 bis 5 TVG genannten Gegenstand regeln. In

einem solchen Fall können alle mit den Verfahren im Zusammenhang stehende Normen nach dieser Bestimmung für allgemeinverbindlich erklärt werden. Dies gilt nach § 5 Abs. 1a S. 2 TVG ausdrücklich auch für die »dem Verfahren zugrunde liegenden« materiellen Ansprüche.³⁰ Weitere Voraussetzung ist, dass die AVE der Sicherung der »Funktionsfähigkeit« einer gemeinsamen Einrichtung dient. Die »Funktionsfähigkeit« ist dabei nicht – wie vereinzelt vertreten³¹ – als rein technische Funktionsfähigkeit zu verstehen. Dies würde weder Sinn und Zweck noch der Systematik des TASG gerecht. Die Funktionsfähigkeit ist vielmehr in Bezug auf den Zweck der gemeinsamen Einrichtung zu beurteilen, der durch die Tarifvertragsparteien im Tarifvertrag verankert ist.³² Dies ist letztlich auch der Hintergrund der Einführung von § 5 Abs. 1a TVG: Der Gesetzgeber sieht nämlich bei den dort genannten Einrichtungen ex lege ein öffentliches Interesse gegeben. Im Falle kollidierender Tarifnormen kann ein solcher Tarifvertrag außerdem Vorrang beanspruchen (§ 5 Abs. 4 S. 2 TVG).³³ Die AVE anderer Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen richtet sich nach § 5 Abs. 1 TVG.³⁴

II. Wie geht es weiter?

Das Ende der Geschichte kann hier jedoch noch nicht erreicht sein. Selbst die vormalige Bundesarbeitsministerin *Andrea Nahles* hat zum Ende der vergangenen Legislaturperiode konstatiert: »Darüber hinaus brauchen wir eine Stärkung der Tarifbindung – notfalls per Gesetz.«³⁵ Betrachtet man die Tarifbindungszahlen in der Gesamtwirtschaft

23 BT-Drs. 18/1558, S. 65.

24 AA. *Franzen*, SR Sonderausgabe 2017, 14.

25 BAG, 21.9.2016 – 10 ABR 33/15 – NZA-Beil. 2017, 12.

26 BAG, 21.9.2016 – 10 ABR 33/15 – NZA-Beil. 2017, 12, Rn. 192.

27 Ebenso etwa *Klein*, AuR 2017, 48; *Biedermann*, BB 2017, 1333.

28 BAG, 21.9.2016 – 10 ABR 33/15 – NZA-Beil. 2017, 12, Rn. 190.

29 Zuletzt BAG, 21.9.2016 – 10 ABR 33/15 – NZA-Beil. 2017, 12, Rn. 195; vgl. außerdem *Lakies*, in: *Däubler* (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl., Baden-Baden 2016, § 5 Rn. 194 mwN.

30 Vgl. dazu *Preis/Povedano Peramato* (Fn. 7), S. 60 ff.

31 So etwa *Rolfs*, SR Sonderausgabe 2017, 33, 35; einschränkend *Thüsing*, NZA-Beil. 1/2017, 3, 5 f.

32 Ähnlich *Heck*, BetrAV 7/2017, im Erscheinen (unter II.); *Walser*, SR Sonderausgabe 2017, 2, 8.

33 Vgl. hierzu bereits den Vorschlag von *Greiner/Hanau/Preis*, SR Sonderausgabe 2014, 2, 34.

34 BT-Drs. 18/1558, S. 48.

35 Interview in der *Passauer Neuen Presse*, 23.6.2017, abrufbar unter: <http://www.bmas.de/DE/Presse/Interviews/2017/2017-06-23-buchsteiner.html> (6.8.2017).

– die Bauwirtschaft bildet hier wohl auch aufgrund der durch die allgemeinverbindlichen Tarifverträge und die Sozialkassen vermittelten festen Tarifstrukturen eine positive Ausnahme – zeigt sich nämlich ein düsteres Bild. In den neuen Bundesländern ist schon seit längerem weniger als die Hälfte der Arbeitnehmer von einem Tarifvertrag erfasst, im Westen nähern wir uns dieser Marke ebenfalls an.³⁶ Blickt man auf den Branchenvergleich, zeigen sich gerade in neueren Branchen echte »weiße Flecken«.³⁷ Insofern ist – mit dem BVerfG³⁸ – auch der Gesetzgeber gefordert, an Stellschrauben zu drehen, um die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie zu erhalten und sie zu stärken.³⁹

Im Folgenden möchte ich daher am Beispiel der AVE einige Handlungsfelder skizzieren, die aus Sicht des Praktikers von besonderer Bedeutung sind und dem hoffentlich genauso engagierten Nachfolger von *Karl Schiewerling* im A&S-Ausschuss ein weiterhin ausgefülltes Tätigkeitsfeld versprechen. Dabei soll natürlich nicht verschwiegen werden, dass der tarifrechtliche Handlungsbedarf weit über die AVE hinausgeht. Zu nennen wäre etwa die Erfassung von Solo-Selbstständige durch das TVG über den bestehenden § 12a TVG hinaus, eine stärkere Bindung an Tarifverträge nach Tarifflicht etc.⁴⁰

Auch wenn die Reform der AVE als Ansatzpunkt im TASG gut und richtig gewählt war, so hat sie nicht den Effekt nach sich gezogen, den sich der Gesetzgeber erhofft hatte.⁴¹ Die Zahl der AVEen ist in Deutschland seit 2014 sogar gesunken.⁴² Nicht nur die aktuelle Tarifaueinandersetzung im Einzelhandel zeigt, wie schwierig es immer noch ist, für allgemeinverbindlich zu erklärende Tarifverträge abzuschließen. Auch die BAG-Beschlüsse zur AVE der Sozialkassentarifverträge der Bauwirtschaft haben zusätzliche Hürden aufgebaut.

In der Verwaltungspraxis des BMAS hat sich insbesondere § 5 Abs. 1a TVG als nur schwer handhabbar erwiesen. Im Ergebnis bedeutet diese Praxis, dass heute Tarifverträge entweder ganz nach Abs. 1, ganz nach Abs. 1a oder teilweise nach dem einen und teilweise nach dem anderen für allgemeinverbindlich erklärt werden. Abgesehen davon, dass dies für die Normunterworfenen nicht sonderlich transparent ist, nimmt sie dem TASG in gehörigem Maß seine Schlagkraft. Letztlich ist nichts gewonnen, wenn die verfahrenstechnischen Erleichterungen von § 5 Abs. 1a TVG nur für Teile eines Tarifvertrags greifen, für andere aber die Hürden des Abs. 1 fortbestehen. Solche bestehen aktuell bspw. in der Bauwirtschaft nämlich insbesondere hinsichtlich der Rahmentarifverträge mit ihren materiellen Regelungen zum

Urlaub oder zur Berufsausbildung. Ohne den materiellen Kern sind die Sozialkassentarifverträge letztlich wenig wert. Hier wäre schon viel gewonnen, wenn das BMAS seine Praxis insoweit dem vom Gesetzgeber Gewollten anpassen⁴³ und Tarifverträge als Ganzes nach § 5 Abs. 1a TVG für allgemeinverbindlich erklären würde, wenn sie nicht nur in unwesentlichen Teilen Gegenstände des § 5 Abs. 1a TVG regeln.

Wichtiger aber wäre es noch zu überlegen, den in § 5 Abs. 1a TVG genannten Katalog an zu erstreckenden Sozialkassentarifverträgen zu streichen und stattdessen alle Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen zu erfassen, die Systeme zur Umlage sozialer Leistungen oder einer betrieblichen Altersversorgung im Sinne des Betriebsrentengesetzes durchführen. Damit wäre nämlich besser beschrieben, was die Norm eigentlich will: es zu ermöglichen, dass Sozialkassen mit einer wichtigen sozialpolitischen Funktion in ihrer Branche rechts- und vor allem zukunftssicher ausgestaltet werden können. Anders als die aktuelle Formulierung würde auch die Innovationskraft der Tarifautonomie gestärkt, denn es ist schon fraglich, ob sich ein so aktueller politischer Begriff wie die Weiterbildung unter § 5 Abs. 1a TVG subsumieren ließe.⁴⁴ Das betrifft nicht nur die Bauwirtschaft im engeren Sinn. Vergleichbare Institutionen existieren bei Journalisten, Bäckern, Schornsteinfegern etc.

Aber auch in § 5 Abs. 1 TVG finden sich mehrere Ansatzpunkte für Reformen. So würde es der Rechtsklarheit dienen, wenn sich der Gesetzgeber mit einer eindeutigeren Formulierung der unter I.2. angesprochenen Frage annehmen würde, wie die überwiegende Bedeutung aus § 5 Abs. 1 TVG zu bestimmen ist.⁴⁵

Besser und in der praktischen Durchführung deutlich zielführender wäre es, § 5 Abs. 1 S. 2 TVG ganz zu streichen. Beide dort genannten Regelbeispiele haben sich als in der

³⁶ Ellguth/Kohaut, WSI Mitt. 2017, 278 ff.

³⁷ Dazu *Helfen*, Magazin Mitbestimmung 7+8/2011, 20, 22.

³⁸ BVerfG, 1.12.2010 – 1 BvR 2593/09 – AP Nr. 146 zu Art. 9 GG.

³⁹ IdS. auch *Laumann*, in diesem Heft, 214, 215.

⁴⁰ Vgl. insofern auch die bei *Preis*, in diesem Heft, 173, 177 f. dargestellte Problematik der Abgrenzung von Heimarbeitern.

⁴¹ Ähnlich *Nielebock*, in diesem Heft, 204, 209 f.

⁴² Vgl. BMAS, Verzeichnis der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge, Stand 1.7.2017, abrufbar unter <https://www.bmas.de/> (4.8.2017).

⁴³ BT-Drs. 18/2010 (neu), S. 21.

⁴⁴ So fordert etwa auch *Laumann*, in diesem Heft, 214, 215, ein stärkeres Tätigwerden der Sozialpartner auf diesem Feld.

⁴⁵ Ähnlich *Franzen*, SR Sonderausgabe 2017, 14; *Nielebock*, in diesem Heft, 204, 209.

Praxis schwer handhabbar erwiesen. Die große Zahl an juristischen Abhandlungen zu diesen Formulierungen – mit häufig kritischem Unterton – unterstreicht das.⁴⁶ Verfassungsrechtlich sind sie nicht geboten. Immerhin geben sie keine abschließende Definition des »öffentlichen Interesses« wider und sind damit auch nur beschränkt geeignet, den Ermessensspielraum des BMAS im AVE-Verfahren zu begrenzen. Sie stellen letztlich eben nur Regelbeispiele dar. Wie die ersten Erfahrungen mit der Neufassung zeigen, fokussiert sich die Bewertung in der Praxis sehr stark auf eine quantitative Betrachtung des öffentlichen Interesses. Dies ist aber nicht sachgerecht.⁴⁷ Eine Streichung der Regelbeispiele würde den Blick wieder weiten. Selbstverständlich werden auch in den Regelbeispielen genannte Aspekte, wie der Verbreitungsgrad eines Tarifvertrags oder die potentielle wirtschaftliche Entwicklung einer Branche ohne AVE, immer eine Rolle spielen. Sie werden für sich genommen aber weniger Gewicht einnehmen und damit der gesetzgeberischen Intention, das Instrument der AVE als Mittel zur Sicherung der Arbeitsbedingungen *und* zur Stärkung der Tarifautonomie zu begreifen,⁴⁸ besser gerecht. Mit den übrigen Verfahrensanforderungen für die AVE, also ua. dem Erfordernis eines gemeinsamen Antrags der Tarifvertragsparteien und einer Befassung des Tarifausschusses, ist gewährleistet, dass das Instrument nicht missbraucht werden kann. Damit steht der Vorschlag in Einklang mit den Vorgaben der BVerfG-Rechtsprechung zur Ausgestaltung der AVE.⁴⁹

Die Wunschliste an den Gesetzgeber ist freilich noch länger, würde aber den Rahmen dieses Beitrags sprengen. Angesichts dessen, dass die bestehenden Modelle wenig gefruchtet haben, um die negative Entwicklung der Tarifbindung zu stoppen, ist es durchaus angezeigt, über weitergehende Methoden nachzudenken. Ob eine grundlegende Abkehr vom deutschen System der Tarifbindung sinnvoll ist, so wird teilweise eine erga omnes-Bindung von Tarifverträge vorge-

schlagen,⁵⁰ ist zweifelhaft. Überlegungen, Tarifverträge über ihren bestehenden Geltungsbereich hinaus für allgemeinverbindlich zu erklären,⁵¹ könnten dagegen die Diskussion durchaus befruchten und zur Verbandsbildung in bislang tarifvertraglich nicht erfassten Bereichen beitragen.

III. Fazit

Jedenfalls sollte deutlich geworden sein, dass sich Gesetzgeber und Tarifautonomie wie kommunizierenden Röhren zueinander verhalten. Das heißt aber gerade nicht, dass der eine das Geschäft des anderen machen soll. Ganz im Gegenteil: Es ist der verfassungsmäßige Auftrag aus Art. 9 Abs. 3 GG an den Gesetzgeber, den Koalitionen den Rahmen zur Verfügung zu stellen, in dem sie autonom zu ihren Lösungen kommen können. Gleichzeitig ist es nicht Aufgabe der Koalitionen, Versäumnisse des Gesetzgebers auszubügeln. *Karl Schiewerling*, so musste man als Beobachter den Eindruck gewinnen, war sich dieser Aufgabenteilung und auch der gegenseitigen Verantwortung bei seiner Tätigkeit im A&S-Ausschuss stets bewusst und hat danach gehandelt. Seinem Nachfolger ist zu wünschen, dass der Rolle der Tarifautonomie auch in der gerade begonnenen Legislaturperiode die ihr gebührende herausragende Bedeutung zukommt.

46 Exemplarisch *Forst*, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau (Hrsg.), *Gesamtes Arbeitsrecht*, Baden-Baden 2016, § 5 TVG Rn. 77 ff. mwN.

47 *Preis/Povedano Peramato* (Fn. 7), S. 29 ff.

48 BT-Drs. 18/1558, S. 1.

49 BVerfG, 24.05.1977 – 2 BvL 11/74 BVerfGE 44, 322.

50 Vgl. dazu den Sammelband mit rechtsvergleichender Betrachtung von Kamanabrou (Hrsg.), *Erga-Omnes-Wirkung von Tarifverträgen*, Tübingen 2011.

51 *Deinert/Walser*, *Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber*, Baden-Baden 2015, S. 214 ff.

Für eine veränderte Arbeitsordnung in einer digitalen Arbeitswelt

Steffen Kampeter, Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände

Karl Schiewerlings Entscheidung, nicht wieder für den Bundestag zu kandidieren, reißt eine große Lücke in die Reihen der Arbeitsmarkt- und Sozialpolitiker im Deutschen Bundestag. Er gehört zu den Menschen, die Politik nicht aus Opportunität betreiben, sondern mit einem klaren Koordinatensystem. Bei ihm ist das – wie bei einem Münsterländer nicht selten – die katholische Soziallehre. Dabei verfolgte er keinen akademischen, sondern einen menschenbezogenen Ansatz dieses Ordnungssystems. Das machte die Zusammenarbeit mit ihm ebenso angenehm wie fordernd.

Karl Schiewerling behielt in seiner Arbeit als Abgeordneter stets beides im Auge: Sozial- und Wirtschaftspolitik. Er kennt die Vorzüge unserer Sozialen Marktwirtschaft und ihrer sozialen Sicherungssysteme. Er weiß jedoch auch um die beschäftigungsfeindlichen Wirkungen ausufernder Sozialabgaben. Beides muss in Einklang gebracht werden. Daher rührte auch sein Engagement für die Selbstverwaltung in den Sozialversicherungen.

Karl Schiewerling ist bekannt als geradliniger und fordernder Abgeordneter. Hat er sich auf eine Position festgelegt, hält er an dieser fest und verteidigt sie vehement. Diese Eigenschaft – eine Mischung zwischen Beharrlichkeit und Sturheit – wird ja den Westfalen allgemein – und den Münsterländern ganz besonders zugeschrieben. Als langjähriger Kollege aber auch als Hauptgeschäftsführer des Sozialpartners Arbeitgeber stelle ich fest: Mit Karl Schiewerlings Wirken ist das Wirtschafts- und Gesellschaftssystem Soziale Marktwirtschaft in Deutschland fairer und leistungsfähiger geworden. Es wird an seinen Nachfolgerinnen und Nachfolgern in den Parlamenten sein die notwendigen Anpassungen fortzuführen, um es auf diesem Niveau fortzuentwickeln.

I. Digitalisierung bietet große Chancen für Beschäftigte und Unternehmen

Deutschland kann von der zunehmenden Digitalisierung von Wirtschaft und Arbeitswelt enorm profitieren. Die als

»vierte industrielle Revolution« bezeichnete Entwicklung bietet große Chancen für Beschäftigung und Arbeitsbedingungen. So können zB. durch flexibles, zeitversetztes Arbeiten Beruf und Privatleben besser als bisher vereinbart werden. Einschränkungen, auch körperlicher Art, können stärker als bisher durch eine vernetzte und elektronische Arbeit oder mit Hilfe von Assistenzsystemen kompensiert werden, sodass ältere Beschäftigte mit Einschränkungen und Menschen mit Behinderungen an der Arbeitswelt teilhaben können. Die Erfassung und Analyse von Daten, die durch intelligente Maschinen und Steuerungssysteme erzeugt werden, schafft die Möglichkeit, besser und schneller auf Kundenwünsche einzugehen, Fehlentwicklungen zu erkennen und die bestehende Basis für moderne und gute industrielle Beziehungen zu stärken und zu vertiefen.

Mehr Digitalisierung bedeutet auch mehr Arbeitsteilung und mehr Flexibilität. Daraus erwächst für die Politik die wichtige Aufgabe, die Chancen der Digitalisierung klug zu unterstützen, statt der Digitalisierung neue Fesseln anzulegen. Es wäre gefährlich zu glauben, die digitale Zukunft ließe sich durch mehr Regulierung gestalten. Diesen Ansatz scheint das Weißbuch »Arbeiten 4.0« des Bundesarbeitsministeriums vom November 2016 zu verfolgen, das falsche Schwerpunkte setzt und in erster Linie Handlungsoptionen im Arbeitsrecht und insbesondere im Arbeitszeitrecht benennt, die in die falsche Richtung weisen.

Die vierte industrielle Revolution muss keine Revolution des Arbeitsrechts nach sich ziehen. Sie setzt aber eine evolutionäre Veränderung der Arbeitsbedingungen voraus. Das gilt für zahlreiche Bereiche des Arbeitsrechts, insbesondere für das Thema Arbeitszeitgestaltung. Es gilt ebenso für den mitbestimmungsrechtlichen Rahmen. Mit Regulierungen aus der Arbeitswelt 2.0 sind die Herausforderungen der Arbeitswelt 4.0 nicht zu meistern. Vielmehr sind Öffnungsklauseln und Gestaltungsspielräume notwendig, die den Sozialpartnern neue Optionen und Chancen eröffnen, um die Herausforderungen der Digitalisierung proaktiv zu gestalten.

Herausgefordert vom Prozess der Digitalisierung sind nicht nur die gesetzlichen Rahmenbedingungen; herausgefordert sind ebenso die Sozialpartner und die Betriebsparteien. Die Grundlage für deren Tätigwerden muss durch kluge gesetzliche Neujustierungen unterstützt werden. Dabei dürfen die Akteure der Arbeitsbeziehungen nicht durch bürokratische, mutlose gesetzliche Vorgaben eingeschränkt und behindert werden.

Die Digitalisierung beschränkt sich auch nicht nur auf die Arbeitswelt und deren Organisation. Sie hat auch eine erhebliche soziale und gesellschaftliche Dimension. »Arbeiten 4.0« muss in die »Gesellschaft 4.0« eingebettet werden. Es gilt zu verhindern, dass die Gesellschaft und damit auch die Beschäftigten auseinanderdriften: Einerseits diejenigen mit digitalen Kompetenzen, die enorme Vorteile genießen, wenn sie sich im digitalen Alltag bewegen. Andererseits diejenigen, die weniger Teilhabechancen auf dem zukünftigen Arbeitsmarkt haben. Der beste Weg, um alle auf dem Weg in die digitale Welt mitzunehmen, ist Bildung. Ziel muss es sein, »digitales Analphabetentum« zu verhindern und auf breiter Front digitale Kompetenzen auszubauen: in Schule und Hochschule ebenso wie in beruflicher Ausbildung und in der Weiterbildung während des Erwerbslebens.

II. Arbeitszeit: Chancen eines flexiblen und modernen Regelungsrahmens

Die Unternehmen beobachten gegenwärtig ein zunehmendes Bedürfnis der Beschäftigten nach flexiblen Arbeitszeitmodellen. Dies hat ganz unterschiedliche Gründe: Betreuung von Kindern, die Pflege von Angehörigen, ehrenamtliche Tätigkeiten oder schlicht die Wahrnehmung von Handwerkerterminen.

Unternehmen können im Wettbewerb um qualifizierte Beschäftigte dann bestehen, wenn sie den Beschäftigten dort, wo dies betriebsorganisatorisch möglich ist, eine flexible und familienbewusste Arbeitszeitkultur ermöglichen. Dabei erleben die Unternehmen, dass das Arbeitszeitgesetz (ArbZG) die Möglichkeiten der Digitalisierung nicht ausreichend berücksichtigt. Dies ist auch nicht überraschend. Die dem ArbZG zugrunde liegenden Prinzipien sind lange vor der beginnenden Digitalisierung entwickelt worden. Unternehmen und Beschäftigte stoßen bei der Anwendung des ArbZG in der betrieblichen Praxis insbesondere auf folgende Probleme:

- Ruhezeiten: Ununterbrochene Ruhezeit von elf Stunden
- Höchstarbeitszeit: Begrenzung der täglichen Höchstarbeitszeit auf acht Stunden
- Aufzeichnungspflichten: Kollision mit dem Prinzip der Vertrauensarbeitszeit

Diese Probleme können nur durch eine gezielte Weiterentwicklung der gesetzlichen und tariflichen Regelungen gelöst werden. Dabei sollte der deutsche Gesetzgeber den Spielraum nutzen, den ihm die EU-Arbeitszeitrichtlinie bei der Gestaltung des nationalen Arbeitszeitrechts einräumt. Eine Anpassung der Arbeitszeitrichtlinie ist dadurch nicht obsolet, wohl aber kann auch auf der Grundlage des bisherigen europäischen Rechts der Handlungsrahmen in Deutschland für moderne angemessene Arbeitszeitmodelle erweitert werden.

1. Ruhezeiten

Die EU-Arbeitszeitrichtlinie sieht vor, dass die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen treffen, damit jedem Arbeitnehmer pro 24-Stunden-Zeitraum eine Mindestruhezeit von elf zusammenhängenden Stunden gewährt wird (Art. 3). Diese zwingende Vorgabe des EU-Rechts ist im ArbZG dahingehend umgesetzt worden, dass die Arbeitnehmer nach Beendigung der täglichen Arbeitszeit eine ununterbrochene Ruhezeit von mindestens elf Stunden haben müssen (§ 5 Abs. 1 ArbZG).

Beschließt ein Beschäftigter, zB. weil er kurzfristig die Betreuung seines Kindes übernehmen muss, die Arbeit im Büro am Nachmittag früher zu beenden und abends noch einmal von 21 bis 23 Uhr von zu Hause aus zu arbeiten, beginnt die Ruhezeit erneut zu laufen. Der Beschäftigte darf die Arbeit also erst wieder frühestens um zehn Uhr des Folgetags aufnehmen. Dieses Ergebnis ist sowohl für die Beschäftigten als auch für die Unternehmen unbefriedigend.

Angesichts der jahrelangen, vergeblichen Versuche von EU-Kommission, EU-Parlament und Mitgliedstaaten sowie zuletzt der europäischen Sozialpartner können wir nicht alleine darauf setzen, dass die Vorgaben der EU-Arbeitszeitrichtlinie kurz- oder mittelfristig überarbeitet und an die Herausforderungen der Digitalisierung angepasst werden – auch wenn dies geboten ist, um einen einheitlichen Rahmen für attraktives und modernes Arbeiten in der EU zu finden.

Schon auf der Grundlage der geltenden Arbeitszeitrichtlinie kann von der Vorgabe der ununterbrochenen elfstündigen Ruhezeit im Wege von Tarifverträgen oder Vereinba-

rungen zwischen den Sozialpartnern auf nationaler oder regionaler Ebene abgewichen werden (Art. 18). Dies eröffnet einen Spielraum für die Mitgliedstaaten, den der deutsche Gesetzgeber noch nicht in vollem Umfang genutzt hat.

So ist im ArbZG lediglich vorgesehen, dass in einem Tarifvertrag zugelassen werden kann, die Ruhezeit um bis zu zwei Stunden zu kürzen, wenn die Art der Arbeit dies erfordert und die Kürzung der Ruhezeit innerhalb eines festzulegenden Ausgleichszeitraums ausgeglichen wird (§ 7 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG). Das Erfordernis der »Art der Arbeit« wird heute nur bei branchenspezifischen Besonderheiten (Rettungsdienste, technische Hilfsdienste oder Stördienste bei Gas-, Wasser- und Elektrizitätsversorgung oder bei Theaterbetrieben und Orchestern) als zulässig anerkannt.

Vor dem Hintergrund der Einschränkung »auf die Art der Arbeit« sollte eine gesetzliche Weiterentwicklung so ausgestaltet werden, dass eine zusätzliche generelle Öffnungsklausel für Tarifverträge in das ArbZG aufgenommen wird, die alle Arten von Tätigkeiten umfasst. Eine solche moderate, gesetzliche Weiterentwicklung hätte den Vorteil, dass sie mit der EU-Arbeitszeitrichtlinie vereinbar wäre. Insoweit könnte der deutsche Gesetzgeber alleine aktiv werden, um das ArbZG an die Herausforderungen der Digitalisierung anzupassen.

Denkbar wäre es auch, den Beschäftigten die Ruhezeit in zwei Blöcken zu gewähren, wovon ein Block eine zusammenhängende, »störungsfreie« Ruhezeit von zB. sieben Stunden umfasst. Die Abweichungsmöglichkeit in der EU-Arbeitszeitrichtlinie bezieht sich gerade nicht nur auf die Verkürzung der Ruhezeit, sondern verweist allgemein auf die Regelung zur Ruhezeit. Daraus kann abgeleitet werden, dass sowohl Abweichungen von der Dauer der Ruhezeit als auch vom Erfordernis des »Zusammenhängens« europarechtlich zulässig sind.

Die skizzierte Anpassung des ArbZG bringt Vorteile für die Beschäftigten, die bei Bedarf abends von zu Hause aus arbeiten können und dadurch in ihrer Arbeitszeitgestaltung mehr Souveränität erhalten. Für die Unternehmen bedeutet eine solche Anpassung Rechtssicherheit, da sie ihren Beschäftigten mehr zeitliche Flexibilität gewähren können, ohne Gefahr zu laufen, gegen Vorgaben des ArbZG zu verstoßen.

2. Höchstarbeitszeit

Maßgeblich für die nationale Gesetzgebung sind auch bei der Höchstarbeitszeit die Vorgaben der EU-Arbeitszeitrichtlinie. Gemäß der EU-Arbeitszeitrichtlinie treffen die

Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen, damit nach Maßgabe der Erfordernisse der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer die durchschnittliche Arbeitszeit pro Siebentageszeitraum 48 Stunden einschließlich der Überstunden nicht überschreitet (Art. 6). Die EU räumt den Mitgliedstaaten damit die Möglichkeit ein, die Höchstarbeitszeit nicht auf den Tag sondern auf die Woche zu beziehen.

Demgegenüber sieht das ArbZG vor, dass die werktägliche Arbeitszeit der Arbeitnehmer acht Stunden nicht überschreiten darf; sie kann auf bis zu zehn Stunden nur verlängert werden, wenn innerhalb von sechs Kalendermonaten oder innerhalb von 24 Wochen im Durchschnitt acht Stunden werktäglich nicht überschritten werden (§ 3). Damit erfolgt die Berechnung der Höchstarbeitszeit auf täglicher Basis.

Statt dieser starren Vorgabe sollte es möglich sein, die zulässige Arbeitszeit im Wochenverlauf variabler zu gestalten, indem von einer täglichen auf eine wöchentliche Höchstarbeitszeit umgestellt wird. Dabei wird die vertragliche oder tarifvertraglich vereinbarte Arbeitszeit nicht verändert. Die Beschäftigten arbeiten nicht mehr, sondern im Einzelfall kann die Beschäftigungszeit variabler verteilt werden.

Die Umstellung von einer täglichen auf eine wöchentliche Höchstarbeitszeit unterstützt betriebliche Abläufe und ermöglicht Beschäftigten eine bessere Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben: Eine kurzfristig einberufene Telefonkonferenz mit einem Konzernteil in einer anderen Zeitzone könnte dann noch durchgeführt werden. Als Ausgleich arbeiten die Beschäftigten an anderen Tagen der Woche entsprechend weniger. Ebenso sollte Beschäftigten, die aus familiären Gründen die Arbeit am Nachmittag für einen längeren Zeitraum unterbrechen müssen, an anderen Tagen eine längere als die bisher zulässige Arbeitszeit ermöglicht werden.

3. Aufzeichnungspflichten

Das ArbZG verpflichtet die Arbeitgeber, die über die werktägliche Arbeitszeit hinausgehende Arbeitszeit der Beschäftigten aufzuzeichnen (§ 16 Abs. 2 ArbZG). Die Nachweise sind mindestens zwei Jahre aufzubewahren.

Die Regelung der Nachweispflichten steht in der betrieblichen Praxis immer häufiger dem Prinzip der Vertrauensarbeitszeit entgegen. Insoweit sollten Nachweispflichten und Vertrauensarbeitszeit in Übereinstimmung gebracht werden. Dies ist auch deswegen wichtig, weil im Zeitalter der Digitalisierung die Vertrauensarbeitszeit stetig zuneh-

men wird, da es für den Arbeitgeber zB. bei Arbeitsplätzen im Homeoffice immer komplizierter werden wird, die Einhaltung des ArbZG zu gewährleisten.

Es sollte daher die Möglichkeit geschaffen werden, die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Aufzeichnung der Arbeitszeiten verbindlich an die Beschäftigten zu delegieren. Auch einer solchen Weiterentwicklung des gesetzlichen Rahmens steht die EU-Arbeitszeitrichtlinie nicht entgegen.

4. Arbeitszeitkonten: unverzichtbarer Baustein moderner Arbeitszeitgestaltung

Im Rahmen der Diskussion um ein flexibles Arbeitszeitrecht dürfen Arbeitszeitkonten nicht fehlen. Sie stellen schon heute einen wesentlichen Bestandteil der betrieblichen Personalpolitik dar. Vor dem Hintergrund schwankender und unregelmäßiger Nachfragen im digitalen Zeitalter wird ihre Bedeutung noch zunehmen. Sie ermöglichen eine schnelle und unbürokratische Anpassung des Arbeitszeitvolumens an betriebliche Bedürfnisse. Im Fall unvorhergesehener wirtschaftlicher Einbrüche tragen sie dazu bei, Beschäftigung zu erhalten. Zudem bieten sie im Hinblick auf die Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben, die in der heutigen Zeit immer mehr an Bedeutung gewinnt, die Möglichkeit, betriebliche und persönliche Bedürfnisse in Einklang zu bringen. Die Regelung von Arbeitszeitkonten muss in den Händen der Tarifvertrags- bzw. Betriebsparteien bleiben, um eine sinnvolle praxisgerechte Umsetzung zu gewährleisten.

Auch Konten, mit denen langfristige Ziele, insbesondere die individuelle und betriebliche Gestaltung des Erwerbslebens geplant werden können – sog. Lebensarbeitszeitkonten – nehmen an Bedeutung zu. Lebensarbeitszeitkonten können Zeiten der Arbeitsfreistellung oder Arbeitszeitverringering ermöglichen, zB. zur Pflege von Angehörigen, zur Betreuung von Kindern oder für Qualifizierungsmaßnahmen. Darüber hinaus sind sie ein wichtiges Instrument, um einen Übergang vom Erwerbsleben in den Ruhestand zu gestalten. Denn über aufgebaute Wertguthaben kann ein gleitender Übergang vom Erwerbsleben in den Ruhestand erfolgen, ohne dass dies zu Nachteilen für den betroffenen Beschäftigten führt, wie zB. zu Entgelteinbußen oder Abschlägen bei der Altersrente. Damit bieten sie vielfältige Flexibilisierungsmöglichkeiten zugunsten von Unternehmen wie von Beschäftigten. Allerdings sind die gesetzlichen Regelungen für Lebensarbeitszeitkonten kompliziert, wenig transparent und sehr bürokratisch mit der Folge, dass sich

insbesondere kleine und mittlere Unternehmen von der Einrichtung abschrecken lassen.

Es besteht daher Handlungsbedarf, die Nutzung von Lebensarbeitszeitkonten zu vereinfachen und in ihrer Handhabung praxistauglicher zu machen. Die Arbeitsvertragsparteien als Akteure müssen mehr Entscheidungsbefugnisse erhalten. Dann besteht die Chance, dass Lebensarbeitszeitkonten in Zukunft umfassender genutzt werden und ggf. auch eine Alternative zu Altersteilzeitvereinbarungen darstellen können. Mit einem Wechsel hin zu einem dynamischen Wertguthabenbegriff könnten Rechtsunsicherheiten und Ungleichbehandlungen als Folgen eines schwankenden Gesamtsozialversicherungsbeitrags vermieden werden. Der Arbeitgeber könnte damit auch seiner Informationspflicht zur Höhe des Arbeitsentgeltguthabens am Wertguthaben seriös nachkommen und dem Beschäftigten in verlässlicher und verständlicher Weise Auskunft geben, was für dessen persönliche Planung unerlässlich ist. Außerdem sollte die Möglichkeit geschaffen werden, Wertguthaben in die betriebliche Altersvorsorge überführen zu können.

5. Arbeitsschutz: Keine Barrieren für neue Beschäftigungsformen aufbauen

Das bestehende Arbeitsschutzsystem ist gut aufgestellt, um die Arbeitswelt im Zeitalter der Digitalisierung sicher und gesund gestalten zu können. Unternehmen leisten bereits jetzt viel im Arbeitsschutz. Die heute geltenden Arbeitsschutzvorschriften sind flexibel ausgestaltet und werden auch neuen Arbeitsformen und Arbeitsbedingungen gerecht. Die Digitalisierung stellt den Arbeitsschutz nicht in Frage, sondern bietet viele Chancen, die es zu nutzen gilt.

Es ist absehbar, dass sich Tätigkeiten und Anforderungsprofile künftig stärker ausdifferenzieren und viele Beschäftigte nicht mehr nur an einem festen Arbeitsort tätig sein werden. Damit kann der Aufwand für den Arbeitsschutz in den Betrieben steigen. Beispielsweise kann es aufwändiger werden, Gefährdungsbeurteilungen zu erstellen, weil weniger gleichartige Tätigkeiten für die Beurteilung zusammengefasst werden können und Beschäftigte an verschiedenen Orten arbeiten. Auch wird die Eigenverantwortung im Bereich des Arbeitsschutzes eine größere Rolle spielen, da Autonomie bei der Leistungserbringung auch mit Teilen individueller Gestaltung verbunden ist. Zukünftig sind Befähigungen zum Selbstmanagement und Unterweisungen in Arbeitsaufgabengestaltung und deren Ablauf wichtiger wer-

dende Teile der Organisation des Arbeitsschutzes in den Unternehmen. Im Bereich der körperlichen Belastungen und Gefährdungen sind deutliche Verbesserungen zu erwarten, weil ergonomischere Arbeitsmittel zur Verfügung stehen werden. Neue technische Entwicklungen können Beschäftigte mit vorübergehenden oder chronischen körperlichen Einschränkungen unterstützen, wie sie im Zuge alternder Belegschaften zunehmend zu erwarten sind. Auch ist aufgrund der fortschreitenden Automatisierung in der Industrie mit geringeren Unfallrisiken zu rechnen. Das bringt echten Fortschritt in der Arbeitswelt und einen erheblichen Mehrwert für Unternehmen wie Beschäftigte.

Die psychische Gesundheit der Arbeitnehmer ist gerade auch in einer digitalisierten Arbeitswelt für Arbeitgeber ein wichtiges Anliegen. Deshalb muss der Arbeitsschutz zeitnah und flexibel auf Veränderungen reagieren. Hierfür ist ein sehr stark an den Branchen und einzelnen Tätigkeiten orientiertes Vorgehen erfolgsversprechend, da deren Unterschiedlichkeit und Vielfalt und damit auch der Belastungsprofile zunehmen wird. Pauschale zusätzliche Regelungen gefährden diesen differenzierten Ansatz. Der geltende Rechtsrahmen bietet alle Möglichkeiten, innerhalb eines Betriebs potenzielle psychische Gefährdungen für einzelne Tätigkeiten zu ermitteln. Weitere Regulierung an dieser Stelle würde keinen zusätzlichen Nutzen bringen, sondern nur mehr Bürokratie, Handlungs- und Rechtsunsicherheit. Die Chancen der Digitalisierung dürfen nicht durch ausufernde bürokratische Arbeitsschutzvorschriften beschränkt werden. Im Gegenteil – eine Entbürokratisierung des Arbeitsschutzes für Homeoffice-Arbeitsplätze könnte beispielsweise zur weiteren Verbreitung des Homeoffice beitragen.

III. Betriebsverfassung und Mitbestimmung neu justieren

Die vertrauensvolle Zusammenarbeit von Arbeitgeber, Betriebsrat und Belegschaften steht aufgrund der Digitalisierung nicht zur Disposition. Allerdings werden neue Kommunikations- und Produktionsabläufe eine höhere Geschwindigkeit der Entscheidungsfindungs- und Umsetzungsprozesse in Unternehmen und Betrieben zur Folge haben. Diesen neuen Anforderungen kann sich auch die Mitbestimmung nicht verschließen. Verzögerungspotentiale müssen deshalb abgebaut und bestehende Regelungen auf ihre Zukunftsfähigkeit hin überprüft werden. So kann

zB. die Einführung eines neuen IT-Systems der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegen. Das darf aber nicht dazu führen, dass jedes Software-Update ebenfalls nur mit Zustimmung des Betriebsrats aufgespielt werden darf.

Die Digitalisierung verstärkt neue Formen der Gestaltung und Strukturierung von Arbeitsbeziehungen. Das Arbeiten in sog. Matrixstrukturen wird künftig weiter zunehmen. Die an den Anforderungen der Durchführung von Projekten orientierte Arbeit in solchen Strukturen macht neue Lösungsansätze für betriebsverfassungsrechtliche Strukturen notwendig. Das gilt zB. dann, wenn zentrale Funktionen bei einem oder mehreren Konzernunternehmen gebündelt werden. Die betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung muss in diesen Fällen vereinfacht werden. Das Betriebsverfassungsgesetz sollte Regelungen vorsehen, um die gesetzlichen Vertretungsstrukturen schnell und unbürokratisch den Gegebenheiten des einzelnen Betriebs anpassen zu können. Die bestehenden gesetzlichen Vorgaben erfüllen diese Voraussetzung vielfach nicht. Zwar sieht das Betriebsverfassungsgesetz vor, dass zB. auch für mehrere rechtlich selbstständige Einheiten eine einheitliche Betriebsratsstruktur geschaffen werden kann. Allerdings setzt dies fast immer einen Tarifvertrag voraus. Arbeitgeber und Betriebsrat wissen in der Regel besser, welche Vertretungsstrukturen sinnvoll sind. Daher müssen grundsätzlich entsprechende Vereinbarungen mit dem Betriebsrat, Gesamtbetriebsrat oder Konzernbetriebsrat geschlossen werden können.

Die Dauer von Mitbestimmungsverfahren kann notwendige betriebliche Anpassungen verzögern. Daher ist eine allgemeine Regelung im Betriebsverfassungsgesetz erforderlich, die dem Arbeitgeber vorläufige Entscheidungsmöglichkeiten überträgt. Im Einzelfall muss der Arbeitgeber zB. nach Ablauf einer gesetzlich vorzugebenden Zeitspanne, wenn der Betriebsrat zB. innerhalb eines Monats nicht mitwirkt oder das Verfahren in die Länge zieht, die Entscheidung zumindest vorübergehend allein umsetzen können. Auch für Beratungen der Einigungsstelle bedarf es einer zeitlichen Vorgabe.

Das Mitbestimmungsgesetz sollte ebenfalls für Vereinbarungslösungen geöffnet werden. Dabei verhandeln Anteilseigner und Belegschaftsvertreter über die Mitbestimmung im Unternehmen. Sie legen zB. die Größe des Aufsichtsrats fest. Können sich die Verhandlungspartner nicht auf eine Vereinbarungslösung verständigen, sollte das Mitbestimmungsgesetz eine gesetzliche Regelung als Auffangregelung für die Mitbestimmung vorsehen.

IV. Für ein verantwortungsvolles Handeln der Sozialpartner

Die Regelung und Gestaltung von Arbeitsbeziehungen und hier vor allem die der Lohnfindung ist die vom Grundgesetz geschützte zentrale Aufgabe und das Selbstverständnis von Arbeitgebern und Gewerkschaften. Die Tarifpartner sind damit in erster Linie selbst für die Attraktivität und Akzeptanz ihrer Tarifverträge verantwortlich. Die dafür notwendigen Elemente eines Branchen- bzw. Flächentarifvertrags sind ausgewogene, produktivitätsorientierte, differenzierte und flexible Regelungen, die sich an der Praxis orientieren und ausreichende Handlungsspielräume für die betriebliche Ebene bieten. Die Tarifbedingungen sollten Mindestbedingungen beschreiben, um die Wettbewerbsfähigkeit und Beschäftigung in einer Branche nachhaltig und weitestgehend unabhängig von zB. konjunkturellen Schwankungen sichern zu können.

1. Flexible Tarifverträge mit notwendigen Spielräumen für die Betriebe

Die Tarifpartner stehen mit der zunehmenden Digitalisierung von Wirtschaft und Arbeitswelt vor der Herausforderung, auf die steigenden Flexibilitätsanforderungen der Betriebe passende Antworten zu finden. So werden zB. neue Arbeitszeitmodelle zur langfristigen Sicherung der Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen und damit von Beschäftigung erforderlich sein. Durch die Reformbemühungen der Tarifpartner lassen Tarifverträge vieler Branchen bereits heute mehr Flexibilität zu und bieten den Unternehmen mehr Gestaltungsspielräume. So haben die Tarifpartner in den vergangenen 15 Jahren mit moderaten Tariflohnabschlüssen und Differenzierungsmöglichkeiten in den Tarifverträgen durch Öffnungsklauseln Optionen für eine Flexibilisierung der Tarifbestimmungen in den Betrieben geschaffen. Diese Entwicklung muss weiter fortgeführt werden. Eine moderne Tarifpolitik mit flexiblen Tarifverträgen ist die Grundlage dafür, dass sich die Betriebe schnell und effektiv an veränderte und in Krisenzeiten schwierige Wirtschaftsbedingungen anpassen können. Die Tarifpartner brauchen dazu mehr und nicht weniger Gestaltungsspielraum, um auch künftig ihrem Gestaltungsauftrag nachkommen zu können.

Tarifverträge sollten deshalb Vorrang vor einer gesetzlichen Regulierung haben. Hierzu bedarf es einer Öffnung des bestehenden gesetzlichen Rahmens zugunsten von tariflichen Regelungen bzw. mehr gesetzlicher Öffnungsklauseln.

Insbesondere bei neuen Gesetzesvorhaben muss die richtige Balance zwischen gesetzlichen Regeln und ausreichenden Gestaltungsspielräumen für die Tarifpartner gefunden werden, vor allem dort, wo bereits Tarifverträge gelten. Gesetzliche Öffnungsklauseln dürfen aber weder Freifahrtschein noch bloßes Feigenblatt für weitgehende staatliche Regulierung und Eingriffe in die Rechtsordnung sein. Bestehende Tarifverträge müssen in jedem Fall vom Gesetzgeber akzeptiert werden. Eine solche Berücksichtigung von Tarifverträgen respektiert notwendige Gestaltungsspielräume für die Tarifpartner, sichert die betriebsnahe Anpassung von gesetzlichen Standards und bietet damit auch Anreize für das Eingehen einer Tarifbindung. Hierdurch können sinnvolle Lösungen auf Branchen- oder Unternehmensebene gefunden werden. Insbesondere in den Fällen, in denen durch die Betriebspartner eine Bezugnahme auf Tarifverträge zulässig ist, garantiert die Mitwirkung der Betriebsräte eine angemessene Lösung für die Beschäftigten in den Betrieben.

2. Koalitionsfreiheit ernst nehmen

Die Tarifautonomie lebt von ausreichenden Gestaltungsspielräumen für die Tarifpartner und durch attraktive Tarifverträge für die Betriebe. Um ihrem Gestaltungsanspruch und -auftrag umfassend gerecht werden zu können, brauchen die Tarifpartner den entsprechenden Freiraum. Staatliche Einmischung in das Kompetenzfeld der Tarifpartner gefährdet die Attraktivität und Akzeptanz der Tarifverträge und ist ein Eingriff in die Tarifautonomie. Der Staat darf sich nicht als »dritte Tarifvertragspartei« betätigen. Er muss die Tarifautonomie wahren.

Die Meinung, durch eine gesetzlich erweiterte Erstreckung von Tarifverträgen die Tarifbindung ausbauen zu können, ist ein Irrweg. Die Tarifbindung ist Ausdruck gelebter Tarifautonomie. Für die Tarifbindung müssen die Tarifpartner daher an erster Stelle selbst sorgen. Denn die Tarifbindung zeichnet sich in Deutschland gerade dadurch aus, dass sie auf einem freiwilligen Ausgleich, Kompromiss und auf Konsens beruht. Eine staatlich verordnete Zwangstarifbindung ist das ganze Gegenteil von Tarifautonomie.

Die Entscheidung wird nur dann zu Gunsten einer Tarifbindung ausfallen, wenn die Tarifverträge so gestaltet sind, dass sie einzelne – insbesondere kleine und mittelständische – Betriebe nicht überfordern. Sind die Tarifabschlüsse zu betriebsfern, nimmt der Anteil der Außenseiter zu. Um Außenseiter, für die ein Tarifvertrag nicht (mehr) in Betracht

kommt, weiterhin an einen Arbeitgeberverband zu binden und die Erosion eines Flächentarifvertrags aufzuhalten, bieten einzelne Arbeitgeberverbände eine Mitgliedschaft ohne Tarifbindung an. Der Flächentarifvertrag bleibt so die prägende Ordnungsgröße für eine Branche und bietet über die Anbindung an den Verband weiterhin Orientierung auch für die sog. OT-Mitglieder. Die OT-Mitgliedschaft ist damit ein wichtiges Bindeglied zwischen Tarifbindung und gänzlich fehlender Tariforientierung. Eine Beschränkung dieser Mitgliedschaftsform würde der Tarifautonomie schaden.

Auch die Forderung nach mehr bzw. weiteren Erleichterungen für die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen nach dem Tarifvertragsgesetz ist kein Beitrag zur Stärkung der Akzeptanz von Tarifverträgen oder des Tarifsystems. Die Allgemeinverbindlicherklärung ist kein Ersatzinstrument für eine starke Tarifbindung in einer Branche. Die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen muss die Ausnahme in unserem durch die Koalitionsfreiheit geprägten deutschen Tarifsysteem sein. Denn die verfassungsrechtlich geschützte Koalitionsfreiheit enthält nicht nur das Recht, einer Tarifvertragspartei beizutreten oder eigene Tarifverträge abzuschließen bzw. anzuwenden.

V. Lebenslanges Lernen als Schlüsselfaktor für die Erhaltung der Qualifikation in der Arbeitswelt 4.0

Bildung ist unsere wichtigste Ressource – individuell, ökonomisch und sozial: Für jede und jeden Einzelnen ist Bildung Voraussetzung, um die eigene Persönlichkeit und die individuellen Fähigkeiten zu entfalten. Bildung und lebensbegleitendes Lernen sind die Basis für gesellschaftliche, kulturelle und politische Teilhabe und Mitgestaltung, für ein selbstbestimmtes Leben und für ein erfüllendes Berufsleben. Für die Wirtschaft ist Bildung das Fundament für nachhaltigen Erfolg und Wettbewerbsfähigkeit. Unsere wirtschaftliche Entwicklung hängt von den Kompetenzen der Menschen in den Unternehmen ab. Kluge Köpfe sind die Voraussetzung für Innovationen. Für Deutschland insgesamt ist Bildung die Grundvoraussetzung für unsere Soziale Marktwirtschaft, für verlässliche soziale Sicherheit und gesellschaftlichen Wohlstand, für Frieden und Demokratie. Wir sind nicht davon überzeugt, dass ein Mehr an Umverteilung stets ein Mehr an sozialer Gerechtigkeit hervorbringt. Im 21. Jh. ist Bildung der Schlüssel zur Teilhabe. Gerechtigkeit im digitalen Zeit-

alter wird durch weltbeste Bildung ermöglicht, die den Menschen die Kompetenzen und Fähigkeiten gibt, um die Chancen und Herausforderungen der Digitalisierung anzunehmen.

1. Bildung 4.0 für Gerechtigkeit 4.0 – Digitalisierung in allen Bildungsbereichen mitdenken und vorantreiben

Digitalisierung und demografischer Wandel prägen Gesellschaft und Arbeitswelt in Deutschland und werden uns in Zukunft noch stärker fordern. Gerade die zunehmende Technisierung bietet Deutschland große Chancen, seine Spitzenposition im globalen Wettbewerb auszubauen. Um auch in Zukunft wirtschaftlichen Erfolg, gesellschaftlichen Wohlstand und sozialen Zusammenhalt zu sichern, müssen im Bildungssystem die richtigen Weichen gestellt werden. Die Vermittlung von digitalen und sozialen Kompetenzen ist in jedem Bildungsbereich zentral. Ohne die föderalen Strukturen in Frage zu stellen, fordert die BDA eine gemeinsame Bildungsstrategie von Bund, Ländern und Kommunen mit gemeinsamen Aktionsplänen. Wir brauchen Vielfalt, wo immer möglich, aber Einheit, wo immer nötig.

2. Belegschaften digital fit machen – Weiterbildungsangebote gezielt zur Personalentwicklung einsetzen und bedarfsgerecht ausbauen

Berufliche Weiterbildung ist seit jeher ein Schlüssel für die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen und ein elementarer Baustein der Personalentwicklung. Sie ist ein zentrales Instrument zur Fachkräftesicherung im Betrieb und zum Erhalt der Beschäftigungsfähigkeit des bzw. der Einzelnen in einer sich wandelnden Arbeitswelt. Bereits heute investieren die Unternehmen in Deutschland rd. 33,5 Mrd. Euro im Jahr in die Weiterbildung ihrer Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Vor dem Hintergrund der zunehmenden Digitalisierung unserer Arbeitswelt wird die kontinuierliche Weiterbildung der Beschäftigten elementar. Eine besondere Herausforderung wird es für die Betriebe sein, bestehende Belegschaften bei der Einführung und Gestaltung neuer Technologien mitzunehmen und für die neuen Herausforderungen fit zu machen. Generell gilt: Für alle Beschäftigten unabhängig von Branche, Tätigkeit oder Hierarchiestufe werden rezeptive digitale Kompetenzen (das Sammeln, Bewerten und Organisieren von Informationen und Daten) und produktive digi-

tale Kompetenzen (das Erzeugen, Umwandeln, Austauschen und sichere Nutzen) wichtiger. Durch die Digitalisierung wird in Zukunft in vielen Bereichen und Betrieben mehr in interdisziplinären, teilweise auch virtuellen Teams mit unterschiedlichen Qualifikationen und dezentralen Entscheidungsstrukturen gearbeitet. Dadurch werden auch soziale Kompetenzen wie Kooperationsbereitschaft, Kommunikationsstärke sowie eigenständiges und eigenverantwortliches Arbeiten an Bedeutung gewinnen. Beschäftigte aller Altersgruppen erleben dadurch in ihrem Arbeitsalltag im Zuge der Digitalisierung Veränderungen von Prozessen, Technologien und Arbeitsaufgaben, die sie mit arbeitsplatznaher und gezielter Weiterbildung meistern können. Hier muss es gelingen, auch Zielgruppen wie Geringqualifizierte, Teilzeitbeschäftigte und Frauen stärker einzubeziehen und zu aktivieren.

3. Digitale Beschäftigungsfähigkeit erhalten – Eigenverantwortung der Beschäftigten stärken

Berufliche Weiterbildung ist eine kontinuierliche Aufgabe und liegt in der geteilten Verantwortung von Arbeitgebern und Beschäftigten. Maßgeblich für Weiterbildungen ist immer der individuelle Bedarf, so dass auch immer individuelle Absprachen getroffen werden müssen. Verantwortung und Aufwand müssen dem jeweiligen Nutzen und den Interessen entsprechend geteilt werden. Nach wie vor findet betriebliche Weiterbildung zum überwiegenden Teil innerhalb der Arbeitszeit statt. 68 % der erfassten Weiterbildungsstunden entfallen auf die Arbeitszeit. Da die Beschäftigten jedoch ebenfalls unmittelbar von Weiterbildungen profitieren, indem sie ihr Fachwissen aktualisieren, neue Kompetenzen erwerben und insgesamt ihre Beschäftigungsfähigkeit sichern, ist von ihrer Seite eine noch stärkere Bereitschaft erforderlich, sich durch den Einsatz von Zeitguthaben oder Freizeit an der Finanzierung von Weiterbildung zu beteiligen. Die hohe Innovationsdynamik ist dabei der Katalysator: Fast 80 % der Beschäftigten sehen aufgrund technologischer Veränderungen die Notwendigkeit, die eigenen Fähigkeiten weiterzuentwickeln.

4. Betriebliche Weiterbildung – Kernaufgabe von Betrieben und Beschäftigten und nicht der Arbeitslosenversicherung

Keiner kann betriebliche Weiterbildung besser als die Betriebe. Sie wissen, welche Fähigkeiten Beschäftigte brauchen, um

gut für eine Stelle und künftige Entwicklungen qualifiziert zu sein. Die Bundesagentur für Arbeit (BA) kann dies nicht in gleicher Weise leisten. Sie zu einer staatlichen Zentralanstalt für Weiterbildung zu machen bedeutet teure Planwirtschaft, weit weg von der Praxis und einer an den Bedarfen ausgerichteten Qualifizierung. Eine »Bundesagentur für Arbeit und Qualifizierung« würde privates Weiterbildungsengagement von Arbeitgebern und Beschäftigten verdrängen. Dies würde einen grundlegenden Umbau der BA bedeuten, eine Abkehr von der Orientierung auf Integration in den Arbeitsmarkt und auf Wirkung und Wirtschaftlichkeit. Es würde weniger Personal zB. für die Integration von Arbeitslosen und Rehabilitanden zur Verfügung stehen. Für Arbeitsuchende, zB. Wiedereinsteigerinnen, und Beschäftigte, die ein erhöhtes Arbeitslosigkeitsrisiko aufweisen, vor allem Geringqualifizierte, sollte die Arbeitslosenversicherung weiterhin präventiv Weiterbildungsberatung oder -förderung anbieten. Für alle anderen Beschäftigten muss sich die BA aber auf eine Lotsenfunktion beschränken, die auf die vielfältigen, bereits vorhandenen Weiterbildungsberatungsstrukturen verweist. Im Fokus muss für die BA stattdessen die kontinuierliche Verbesserung bei der Qualität der Beratung – für Arbeitslose, Arbeitssuchende und Arbeitgeber – stehen und nicht lediglich die Ausweitung der Beratung auf weitere Personenkreise.

VI. Langzeitarbeitslose individuell fördern, qualifizieren, begleiten, vermitteln

Der beste Schutz gegen Langzeitarbeitslosigkeit ist gute Bildung, Ausbildung und lebenslange Qualifizierung im Arbeitsleben. Langzeitarbeitslosigkeit und geringe Qualifikation stehen im engen Zusammenhang: Im Jahr 2015 hatten 52 Prozent der Langzeitarbeitslosen keine abgeschlossene Berufsausbildung, davon hatte jeder Dritte nicht einmal einen Hauptschulabschluss. Um mehr Langzeitarbeitslose in Beschäftigung zu bekommen, ist es wesentlich, dass Qualifizierung in den Jobcentern stärker an den Stärken und Fähigkeiten der Langzeitarbeitslosen und den Möglichkeiten am regionalen Arbeitsmarkt ansetzen. Viel zu oft wird noch am Bedarf vorbei und betriebsfern qualifiziert. Bei der Qualifizierung von Langzeitarbeitslosen sind aufeinander aufbauende Angebote meist sinnvoll: Es kann erforderlich sein, dass die Betroffenen zunächst einmal wieder an eine Tagesstruktur herangeführt werden, die zum Lernen motiviert. Darauf müssen andere Projek-

te folgen, die Schritt für Schritt zu mehr Bildung führen. Bestehende arbeitsmarktpolitische Förderinstrumente müssen flexibel kombiniert und Förderketten gebildet werden. Teilqualifizierung – wie im Rahmen der Arbeitgeberinitiative zur Teilqualifizierung (»Eine TQ besser!«) – ist das richtige Instrument für Menschen, die sich noch nicht an eine Vollqualifizierung herantrauen oder diese nicht meistern können. Gerade für unter 25-Jährige bleibt aber

eine Erstausbildung, ggf. mit Unterstützungsangeboten, die erste Option. Zur richtigen Begleitung und zum Durchhalten sind vielfach umschulungsbegleitende Hilfen, die auch den Arbeitgeber unterstützen, entscheidend. Während des gesamten Prozesses ist ein kontinuierlicheres Absolventenmanagement essenziell, das schon während der einzelnen Förderschritte die Erfolge prüft und den jeweils nächsten Schritt vorbereitet.

Rechte Beschäftigter und ihrer Interessenvertretungen – ein Rückblick auf ausgewählte Gesetzgebungsverfahren der letzten 10 Jahre und Ausblick auf weitere Regelungsbedarfe

Helga Nielebock, Deutscher Gewerkschaftsbund

Die Rechte von Beschäftigten und ihrer Interessenvertretungen waren und sind Karl Schiewerling wichtig. Er, der selbst bei den Mannesmann-Röhrenwerken in Mülheim an der Ruhr gelernt hatte, kannte das Arbeitsleben – aber nicht nur daher. Er weiß, wie wichtig faire Entgelt- und Arbeitsbedingungen für gute Arbeit und ein zufriedenstellendes Leben sind. Und dass dazu auch eine aktive Arbeitsmarktpolitik und soziale Sicherheit unabdingbar gehören. Seine Mitgliedschaft in der CDA ist ein Ausdruck für diese Grundüberzeugung. Aktuelle Problemlösungen sowie zukunftsfähige Gestaltung – beides ist für diese riesige Themenpalette erforderlich. Daran hat Karl Schiewerling, seit 2005 im Bundestag und seit 2009 als arbeitsmarkt- und sozialpolitischer Sprecher und Vorsitzender der AG Arbeit und Soziales der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, an ganz entscheidender Stelle mitgewirkt. Seine wertorientierte Grundhaltung – auch an der katholischen Soziallehre – halfen dabei wichtige Gesetzesvorhaben auf den Weg zu bringen. Er hat Anliegen an Sachargumenten gemessen und bewertet.

Lässt man die rechtspolitischen Diskussionen Revue passieren und betrachtet man die Entwicklungen der letzten 10 Jahre, so ist auffällig, dass es um folgende Linien und Fragen ging und wohl auch weiterhin gehen wird:

- Achtung der Persönlichkeitsrechte wie Gleichbehandlung und Datenschutz sowie Gestaltungsrechte für Beschäftigte (1.);
- Mindestlohn und dessen Regulierung in den unterschiedlichsten Ausprägungen (2.);
- Abwendung von Missbrauch durch prekäre Arbeitsformen (3.);
- Stärkung der kollektiven Interessenvertretungen (4.), insbesondere der Tarifbindung, jeweils als wichtige Eckpfeiler des Arbeitsrechts und der Mitbestimmung.

Denn die Entwicklungen in Deutschland auf dem Arbeitsmarkt sind von den arbeitsmarktpolitischen »Reformen« durch das Beschäftigungsförderungsgesetz von 1985 sowie die Agenda 2010 von Abbau von Arbeitnehmer- und Beschäftigtenrechten und einer Spaltung der Belegschaften in Kern- und Randbeschäftigte gekennzeichnet, starken Verteilungskämpfen und dem Ringen um Beschäftigungssicherung sowie einem immer größer werdenden Niedriglohnsektor.¹ Die Bedeutung der Tarifbindung nimmt weiter kontinuierlich ab² – eine Reform der Betriebsverfassung von 2001 hat

¹ IAQ-Report 6/17.

² Ellgut/Kohaut, WSI-Mitt. 2017, 278 ff.; Böckler-Impuls 10/17, 7.

zwar Erleichterungen im Wahlverfahren für einen Betriebsrat für Belegschaften in kleinen Betrieben gebracht, deren Verteilungsdichte ist aber trotzdem kaum angestiegen.³

Vor diesem Hintergrund war es für die beiden Regierungszeiten der Großen Koalition von 2005 bis 2009 und 2013 bis 2017 geboten, die og. »Haltelinien« einzuziehen, um einem weiteren Verlust von Beschäftigtenrechten entgegenzuwirken und damit Motivation als Basis zur Innovation zu gewährleisten. Arbeitsklima und Arbeitszufriedenheit können dadurch gesteigert werden und ein gutes Umfeld bieten.⁴ Grundlegende Arbeitnehmerrechte wie Kündigungs- und Bestandsschutz, Persönlichkeitsrechte sowie starke Interessenvertretungen sind dafür unverzichtbar, auch wenn fiskalische Aspekte, wie die Kosten der sozialen Sicherung, die eben nicht durch einen Niedriglohnsektor finanziert werden kann und der Altersarmut geradezu fördert, mitbestimmend sind. Letztlich dient eine solche Politik einer prosperierenden Wirtschaft und stärkt den Staat in der Erfüllung seiner Aufgaben zur Daseinsvorsorge. »Billiarbeit« und das Ausnutzen von (rechtlichen) Schutzlücken für Lohn- und Sozialdumping, wie sie neoliberale Politik und einen skrupellosen Kapitalismus kennzeichnen, führen dagegen nicht zu wirtschaftlicher Prosperität und zu sozialem Zusammenhalt. Auf der Basis solcher Konzepte erreichte, kurzfristige wirtschaftliche Vorteile für Arbeitgeber und Unternehmen zerstören deshalb mittel- und langfristig mehr.

Zu den einzelnen Entwicklungssträngen:

I. Persönlichkeits- und Gestaltungsrechte

1. Gleichbehandlung

Das durch EU-Richtlinien⁵ erforderliche Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz wurde 2006 von der Großen Koalition noch mit einigen Verschlechterungen⁶ gegenüber dem Vorentwurf unter dem Druck drohender Bußgeldzahlungen für die Bundesregierung verabschiedet. Die Diskussion nach seinem zehnjährigen Bestehen hat verdeutlicht, dass das Gesetz in vielen Bereichen, wie etwa der Frage der Altersdiskriminierung rechtliche Änderungen und Verschiebungen in erheblichem Maße auch für Tarifverträge im Hinblick auf die Zahlung von Sonderzahlungen oder den Anspruch auf Urlaubstage⁷ gestaffelt nach dem Alter mit sich gebracht hat. Es hat aber auch bewirkt, dass die Vielfalt in unserer Gesellschaft im Hinblick auf diskriminierende Merkmale

besser beachtet werden muss, vor allem in der Arbeitswelt, weil dort die meisten Diskriminierungen erfolgen.⁸ Insbesondere für schwerbehinderte Menschen folgten deutliche Verbesserungen – besonders durch die Rechtsprechung des BAG bei der Bewerbungssituation.⁹ Folgerichtig war es in diesem Zusammenhang, die Schwerbehindertenvertretung durch das Bundesteilhabegesetz vom 23. Dezember 2016 zu stärken, insbesondere was ihre Anhörungsrechte vor Ausspruch einer Kündigung eines Schwerbehinderten angeht, sowie Erleichterungen für die Arbeit der Schwerbehindertenvertretungen, wie bessere Freistellungen, festzulegen. Deutlich wurde aber auch im Zusammenhang der Zehn-Jahres-Debatte zum AGG, dass doch noch erheblicher Reformbedarf besteht. Dies betrifft insbesondere die Frage der Rechtsdurchsetzung wegen der zu kurzen gesetzlichen Fristen zur Geltendmachung von Entschädigungs- und Schadenersatzansprüchen, der zu stark eingegengten Möglichkeiten von Betriebsräten und Gewerkschaften im Rahmen der kollektiven Interessenvertretungen solche Verletzungen auch dann zu ahnden, wenn sie nicht »grob« sind und die fehlende Rechtsdurchsetzung für Personalräte, denen dieses Instrument nach § 17 Abs. 2 AGG überhaupt nicht ermöglicht wurde. Was die Geschlechtsdiskriminierung angeht, hat das Gesetz wenig Neues gebracht und durch das Entgelttransparenzgesetz vom 6. Juli 2017 ist materiell hier nichts Neues zu erwarten, denn der Auskunftsanspruch ist zeitlich limitiert und auch im Hinblick auf die Zusammensetzung des Entgeltes nicht so weit gefasst, dass alle Entgelt- und Lohnbestandteile erfasst würden.

3 Ellgut/Kohaut, WSI-Mitt. 2017, 278, 283.

4 INQA-Studie im Auftrag des BMAS von 2008 ermittelte eine Steigerung um 30 % Produktivität für die AG.

5 Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. 2000, L 180/22; Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000, L 303/16; Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.09.2002 zur Verwirklichung des Grundsatzes von Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. 2000, L 269/15.

6 BT-Drs. 329/06.

7 BAG, 20.3.2012 – 9 AZR 529/10 – AP Nr. 2 zu § 26 TVöD.

8 Antidiskriminierungsstelle des Bundes (Hrsg.), Diskriminierungserfahrungen in Deutschland, Berlin 2016.

9 Nachweise siehe bei Nollert-Borasio/Perreng, AGG-Kommentar, 4. Aufl., Frankfurt aM. 2015, § 2 Rn. 6 ff.

2. Beschäftigtendatenschutz

Die Skandale des Ausspähens, Screenings von Daten und der heimlichen Videoüberwachung in einigen Discountern, bei der DB und in anderen bekannten Firmen hat die Diskussion um den Beschäftigtendatenschutz beflügelt. Deshalb hat die Große Koalition 2008/2009 durch Änderung des § 32 BDSG eine erste grundlegende Regelung für den Beschäftigtendatenschutz eingeführt. Es handelt sich hier im Wesentlichen um Generalklauseln und ein Festschreiben der Rechtsprechung. In den Fragen der Verfolgung von möglichen Straftaten hat es sogar Verbesserungen für die Arbeitgeber gebracht. Diese unzureichenden Änderungen der Großen Koalition haben unter der schwarz-gelben Koalition durch das BMI zu einem Entwurf eines geänderten BDSG geführt, in dem eigenständige Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz vorgesehen wurden. Dieser Entwurf, der zu großen Teilen aus unbestimmten Rechtsbegriffen in den verschiedensten Regelungsbereichen bestand und stets eine Verhältnismäßigkeitsprüfung des Arbeitgebers bedeutete, war aus gewerkschaftspolitischer Sicht wesentlich zu wenig konkret und ließ den Arbeitgebern viel zu viele Spielräume über die Datenschutzbelange der Beschäftigten eigenständig zu entscheiden. Ein ganz entscheidender Diskussionspunkt war die vorgeschlagene Regelung, dass mittels kollektiver Vereinbarungen – und damit auch Betriebsvereinbarungen – erlaubt werden sollte, in einigen wichtigen Punkten auch unterhalb der vorgesehenen gesetzlichen Regelungen verschlechternde Normen zu schaffen. Dies hätte bedeutet, dass das Gesetz durch Betriebsvereinbarungen letztlich hätte ausgehöhlt werden können. In Betrieben mit kollektiver Interessenvertretung wäre es also möglich gewesen, ein schlechteres Niveau des Datenschutzes zu vereinbaren. Dass dies weder Beschäftigte schützt, noch den Wert kollektiver Interessenvertretungen unterstreicht, liegt auf der Hand. In dieser Auseinandersetzung hat sich Karl Schiewerling eindeutig auf die Seite des Beschäftigtenschutzes gestellt und dadurch konnte der – auf das Votum des mitberatenden Ausschusses angewiesene – Innenausschuss den Gesetzentwurf, den BDA und DGB, wenn auch aus unterschiedlichen Gründen, ablehnten, nicht beschließen. In der Debatte um die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) in der Fortführung dieses Themas hat sich Karl Schiewerling ebenfalls innerhalb der Unions-Fraktion dafür eingesetzt, dass hierzu eine anderweitige Lösung gefunden wird. Letztlich hat sich durch die DSGVO und das zwischenzeitlich erfolgte Anpassungsgesetz zum BDSG die-

se Linie mit Verschlechterungsmöglichkeiten für Betriebsvereinbarungen nicht durchgesetzt. Nach den Vorgaben von Art. 88 Abs. 2 DSGVO haben Betriebs- und Dienstvereinbarungen als Grenze »angemessene und besondere Maßnahmen zur Wahrung der menschlichen Würde, der berechtigten Interessen und der Grundrechte der betroffenen Personen« zu beachten. Beispielhaft wird hierfür – wegen der besonderen Risiken – auf die Transparenz der Verarbeitung, die betriebsübergreifende Übermittlung personenbezogener Daten und die Überwachungssysteme am Arbeitsplatz hingewiesen. Auf die Beachtung dieser Schutzmaßnahmen des Art. 88 Abs. 2 DSGVO bei der Regelung der Verarbeitung von Beschäftigtendaten durch Betriebs- und Dienstvereinbarungen weist der nationale Gesetzgeber die Kollektivparteien durch den Bezugnahmeverweis in dem neuen § 26 Abs. 4 S. 2 BDSG ausdrücklich hin. Damit spricht der Gesetzgeber auch die allgemeinen Grundsätze an, die Betriebs- und Personalrat sowie Arbeitgeber – neben der Beachtung der Gesetze – ohnehin für die Behandlung der Betriebsangehörigen nach § 75 BetrVG zu beachten haben. Auch wenn in Art. 88 Abs. 2 DSGVO die Regelungsmöglichkeit der Konzerndatenverarbeitung beispielhaft Erwähnung findet, wird diese dadurch aber nicht gleichsam »privilegiert«, denn nach geltendem BDSG stellt sich die Verarbeitung von Daten im Konzern als Datenverarbeitung zwischen Dritten dar, die besonderen Anforderungen und Voraussetzungen unterliegt. Konzerndatenverarbeitung darf daher nur unter den einschränkenden Bedingungen erfolgen, wie es die Grundrechte der Betroffenen des BDSG erlaubt. Da die DSGVO und das Anpassungsgesetz das bestehende Schutzniveau nicht absenken sollen, darf eine Abweichung vom Niveau zulässigerweise nicht erfolgen. Was aber nach wie vor fehlt, ist ein eigenständiges Beschäftigtendatenschutzgesetz, das konkret festlegt, welche Überwachungen unter welchen konkreten Voraussetzungen zulässig sind, sodass die Verhältnismäßigkeitsprüfung des Arbeitgebers in möglichst wenigen Fällen erfolgen muss und damit mehr Rechtsklarheit für alle hergestellt ist.

3. Gestaltungsrechte

Was den Ausbau der individuellen Gestaltungsrechte der Beschäftigten durch Gesetz angeht, wurden über die Jahre durch die wiederholten Änderungen des BEEG sowie des Pflegezeitgesetzes und des Familienpflegezeitgesetzes – teilweise unter verschiedenen Voraussetzungen und Rahmen-

bedingungen – mehr individuelle Möglichkeiten zur Freistellung für gesellschaftliche Aufgaben, wie Pflege und Kindererziehung normiert. Das ist richtig und notwendig, denn die bessere Vereinbarkeit von Beruf und Familie ist überfällig. Deshalb ist es insbesondere zu bedauern, dass die Umsetzung der Elternzeitrichtlinie¹⁰ zur Ermöglichung von sog. Arbeitszeitarrangements nach Art. 6 Abs. 1 trotz wiederholter Versuche politisch nicht durchsetzbar war. Einem Koalitionsbruch kommt die Nichtrealisierung der im Koalitionsvertrag von 2013 vereinbarten anlasslosen befristeten Teilzeit und die Verbesserung der Durchsetzung des Aufstockungsanspruches insbesondere für die in unfreiwilliger Teilzeitarbeit beschäftigten ca. 800.000 Frauen gleich. Der Druck der BDA und die Positionen des Wirtschafts- und CSU-Flügels in der Union und der Fraktion waren letztendlich zu stark für die insbesondere in Klein- und Mittelbetrieben beschäftigten Teilzeitbeschäftigten diesen Ausspruch gleichermaßen zu ermöglichen. Warum an der Betriebsgröße orientiert solche Ansprüche ausgerichtet werden sollen, ist nicht nachvollziehbar. Der Arbeitgeber kann dort (dringende) betriebliche Gründe einwenden. Das ist bereits betriebsbezogen und bedarf deshalb nicht zusätzlich eines weiteren gesetzlichen Überforderungsschutzes. Zudem muss dieses Gestaltungsrecht unabhängig von individuellen Gründen gewährt werden – Flexibilität darf keine Einbahnstraße sein. Die im Vorschlag der EU-Kommission zu einer Richtlinie zur verbesserten Vereinbarung von Familie und Beruf¹¹ vorgesehenen Regelungen verbessern die Situation nicht, sondern haben entscheidende Mängel. Danach sind sogar Verschlechterungen des nationalen Niveaus (Art. 16) möglich. Ein anlassloser befristeter Teilzeitananspruch und eine Erleichterung durch Umkehr der Beweislast im Hinblick auf freie Arbeitsvolumina, die für eine individuelle Aufstockung genutzt werden könnten, fehlen auch hier. Zudem: Es werden teilweise nur Antragsrechte (Art. 9) vorgeschlagen – die Entscheidung des Arbeitgebers muss nur begründet werden.

II. Mindestlohn

Der wachsende Niedriglohnssektor in Folge der sog. Hartz-Gesetze und des Gesetzes zu Reformen am Arbeitsmarkt (GRAM)¹² beförderte in der gewerkschaftlichen Debatte den Ruf nach einem gesetzlichen Mindestlohn, der 2006 erstmals vom DGB Bundeskongress beschlossen wurde. Politische Debatten um Lohnuntergrenzen oder branchenbezogene

Mindestlöhne waren wegen der Zunahme von Lohndumping und der grenzüberschreitenden Beschäftigung wichtig. Dem wurde durch Ausweitung des AEntG begegnet. Da nach dem AEntG die Lohnhöhe durch die Tarifvertragsparteien festgesetzt und diese unverändert vom BMAS oder der Bundesregierung übernommen oder für allgemeinverbindlich erklärt wird, war unter diesem wichtigen Aspekt diese Ausweitung des AEntG auf weitere Branchen und die Abschaffung des Mindestarbeitsbedingungs-Gesetzes auch für die Union zustimmungsfähig. Aber auch um Verwerfungen für in Deutschland angesiedelte Betriebe und Unternehmen durch Billigkonkurrenz durch entsandte Arbeitnehmer oder Scheinwerkverträge nicht zuzulassen, setzte sich auch Karl Schiewerling für diese Form der Regulierung ein. Der neo-liberale Ansatz des Koalitionsvertrages von Schwarz-Gelb von 2009, wonach eine gesetzliche Definition von Lohnwucher erfolgen sollte, setzte sich erfreulicherweise nicht durch. Die Umsetzung dieser Rechtsprechung des 5. Senats¹³ wäre für die weitere Entwicklung schädlich gewesen. Das sah auch Karl Schiewerling so. Er hat sich dagegen intensiv für die Lohnuntergrenze in der Leiharbeit durch die Änderung im AÜG (§ 3a) eingesetzt – insbesondere auch um die Dumpinglöhne durch Tarifverträge der vom BAG¹⁴ später für tarifunfähig erklärten CGZP zu unterbinden. In diesem Zusammenhang hat er sich auch dafür eingesetzt, dass die Nachzahlung der Sozialversicherungsbeiträge für diese geprellten Leiharbeitsbeschäftigte durch die Rentenversicherung betrieben wurde – letztlich waren es 200 Mio. €. Er hat sich in diesem Zusammenhang erfolgreich gegen das Anliegen der CDU-Wirtschaftspolitiker gewendet, die großzügige Ausnahmeregelungen oder gar entsprechende Gesetzesänderungen zur Vermeidung dieser Zahlungen versuchten durchzusetzen.

Innerhalb der CDA hat er sich für die Einführung eines gesetzlichen Mindestlohnes stark gemacht und diese Position im Gesetzgebungsverfahren auch gestützt und verteidigt,

10 Richtlinie 96/34/EG des Rates vom 3.6.1996 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Elternurlaub, ABl. 1996, L 145/4.

11 Vorschläge der EU-Kommission zur Verbesserung der Work-Life-Balance: Vorschlag vom 26.4.2017 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige und zur Aufhebung der Richtlinie 2010/18/EU des Rates, COM (2017) 253 final.

12 V. 24.12.2003, BGBl. I, S. 3002.

13 BAG, 22.4.2009 – 5 AZR 436/08 – AP Nr. 64 zu § 138 BGB.

14 BAG, 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – AP Nr. 6 zu § 2 TVG Tariffähigkeit.

insbesondere bei den Fragen der Durchsetzung des Mindestlohnes und der dafür notwendigen Aufzeichnungs- und Dokumentationspflichten, die im Gesetzgebungsverfahren stark umstritten waren. In konsequenter Folge dieser Sichtweise hat er sich für verbesserte Beschäftigtenrechte in der Fleischwirtschaft der teilweise haarsträubenden Arbeits- und Entgeltbedingungen eingesetzt und durch das in letzter Minute noch verabschiedete GSA Fleisch¹⁵ verbessert: es wurde vor allem eine Auftraggeberhaftung für Sozialversicherungsbeiträge für die Fleischwirtschaft eingeführt. Allerdings gilt diese Auftraggeberhaftung nicht für Subunternehmerketten. Da diese in der Fleischindustrie aber üblich sind, ist dies ein Manko. Allerdings wird Missbrauch insofern versucht auszuschließen, als eine Vermutungsregelung bei einer Beauftragung weiterer Nachunternehmer vorgesehen ist. Einschränkend ist, dass sich der Auftraggeber exkulpieren kann, letztlich sogar mit einer Unbedenklichkeitsbescheinigung. Dieser erste wichtige Schritt muss eine generelle Regelung für alle Branchen im Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz (und weiterer aufzunehmender Branchen) nach sich ziehen und generell für die Kette aller Nachunternehmer und ohne Exkulpationsmöglichkeit normiert werden. Die wichtige Ergänzung zur besseren Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten und Straftatbeständen durch deren Bündelung bei den Wirtschaftskammern an den Landgerichten und der Bildung von Schwerpunktstaatsanwaltschaften hierfür war wohl angedacht – konnte aus Zeitgründen wohl leider nicht mehr realisiert werden.

Besonders hervorzuheben ist aber, dass sich Karl Schiewerling bei der Einführung eines gesetzlichen Mindestlohnes und auch für die Lohnhöhe je Zeitzunde und ohne Anrechnung von Lohnbestandteilen – entsprechend der Rechtsprechung des EuGH aussprach. Nach der Rechtsprechung des BAG¹⁶ ist die Frage der Vergütung von Bereitschaftsdienstzeiten mit dem Mindestlohn – zwar nicht für den entschiedenen Fall aufgrund der tarifvertraglichen Konstellation – aber indirekt generell so anerkannt worden. Bedauerlich ist dagegen, dass entgegen dem ausdrücklichen Willen des federführenden Ausschusses¹⁷ und der Erwidern der Bundesregierung auf entsprechende Regulierungsvorschläge des Bundesrates das BAG mit seinen zwei Entscheidungen von 2016¹⁸, die Anrechnung der sonstigen Lohnbestandteile zuließ. Das BAG bestimmt die Anrechnungsfähigkeit einzelner Leistungen auf den Mindestlohn nicht mehr anhand deren jeweiliger Funktionen bzw. Zwecksetzung. Vielmehr passt das Gericht der Zwecksetzung des Mindestlohnes die

Funktionen der jeweiligen Zahlung an. Mit dem Grundsatz der funktionalen Gleichwertigkeit der vergleichenden Leistungen nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers, der Maßstab für die Bestimmung der Anrechenbarkeit von Vergütungstatbeständen auf den gesetzlichen Mindestlohn, hat diese Interpretation freilich wenig zu tun.¹⁹ Möglicherweise muss es hier gesetzgeberische Nachbesserungen geben.

III. Missbrauchsbekämpfung durch prekäre Arbeitsformen

Eng zusammen mit der Einführung der Lohnuntergrenze in der Leiharbeit hing auch die Umsetzung der EU-Leiharbeitsrichtlinie und die Regelungen zur sog. Schlecker-Klausel. Danach gilt die Abweichung durch Tarifverträge vom gleichen Lohn des Stammbeschäftigten dann nicht, wenn der Arbeitnehmer in den letzten sechs Monaten vor der Überlassung an den Entleiher aus einem Arbeitsverhältnis bei diesem oder einem Arbeitgeber, der mit dem Entleiher einen Konzern im Sinne des § 18 AktG bildet, ausgeschieden ist. Diese und die Regelungen der Lohnuntergrenze sind im Ausschuss auch als Änderungsanträge eingefügt worden²⁰ und tragen die Handschrift von Karl Schiewerling. Bei der Novelle des AÜG 2016/2017 gab es innerhalb der Union, auch nach außen sichtbar, deutliche Kontroversen. Gegenstand waren die ausufernden CSU-Forderungen, wie etwa die uneingeschränkten Verlängerungsmöglichkeiten der Höchstüberlassungsdauer auch in Betriebsvereinbarungen von nichttarifgebundenen Betrieben, die Ablehnung des Entstehens eines Arbeitsverhältnisses als Sanktion bei Überschreiten der (Nicht-)Hochstüberlassungsdauer sowie deutliche Korrekturen beim Streikbrechereinsatzverbot durch Einbeziehung bereits eingesetzter Leiharbeitnehmer und die Nichteinbeziehung von Leiharbeitnehmern bei den Schwellenwerten zur Unternehmensmitbestimmung sowie Anforderungen bei den schmalen Informations- und Unterrichtsrechten, die die CSU erst nach einem Monat des Einsatzes des Leih-

15 BT-Drs. 18/12041 und Drs. 18/12611.

16 BAG, 29.6.2016 – 5 AZR 716/15 – AP Nr. 2 zu § 1 MiLoG.

17 BT-Drs. 17/1558, S. 67 f.

18 BAG, 25.5.2016 – 5 AZR 135/16 – AP Nr. 1 zu § 1 MiLoG; BAG, 21.12.2016 – 5 AZR 374/16 – AP Nr. 3 zu § 1 MiLoG.

19 Zur Kritik siehe Böning/Klapp, SozSich 2017, 196, 202

20 BT-Drs. 17/5238.

arbeitnehmers zum Tragen bringen wollte. Diese Punkte seien nur exemplarisch erwähnt. Durchgesetzt hat sich die CSU allerdings in Zusammenarbeit mit den Arbeitgeberverbänden vor allem im Hinblick auf die Streichung der im Referentenentwurf noch vorgesehenen Abgrenzungskriterien zwischen Arbeitnehmereigenschaft und selbständiger Tätigkeit, obwohl dies im Koalitionsvertrag ausdrücklich festgelegt war. Die verbliebenen Oberbegriffe im § 611a BGB können als solche nicht als Abgrenzungskriterien bezeichnet werden. Die Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping durch Leiharbeit und Werkverträge muss deshalb weiter auf der politischen Agenda stehen, auch wenn sich derzeit im Wahlprogramm der Union hierzu nichts findet.

Anders sieht dies aus bei der Frage der befristeten Arbeitsverhältnisse. Hier ist im Wahlprogramm der Union immerhin die Aussage zu finden, dass befristete Arbeitsverhältnisse unbefristete Arbeitsverhältnisse nicht einfach ersetzen dürfen. Deshalb will die Union offenkundige Missbräuche abstellen.²¹ Es ist auch mehr als notwendig: 9,3 % aller ArbeitnehmerInnen sind befristet beschäftigt. Das sind 3,2 Mio. Menschen bundesweit in allen Altersklassen und Qualifikationen,²² davon ist etwa die Hälfte der Fälle sachgrundlos befristet. Fälle von offensichtlichem Missbrauch sind sachgrundlose Befristungen als Probezeitverlängerungen. Immerhin 37,6 % der Befragten im Mikrozensus 2011 gaben an, die Befristung ihres Arbeitsverhältnisses diene als verlängerte Probezeit. Das höhlt das geltende Recht aus und dient nicht dem eigentlichen Zweck der Regelung, Beschäftigung zu fördern. Diese Förderung ist so nicht erreichbar, denn wissenschaftliche Untersuchungen, wie etwa die des WSI-Projektes zur Regulierung des Arbeitsmarktes (REGAM) kamen schon 2005 zu dem Ergebnis, dass der Einfluss des Kündigungsschutzes auf die Arbeitsmarktdynamik statistisch nicht nachzuweisen sei. Auch hat eine IFO-Umfrage von August 2012 im Auftrag der Wirtschaftswoche bei einer Befragung von mehr als 600 Unternehmen ergeben, dass arbeitsmarktpolitische Aspekte wie Kündigungsschutz oder hohe Lohnkosten kein Einstellungshemmnis seien. Für Missbrauch spricht auch, dass inzwischen 42 % aller neuabgeschlossenen Einstellungen befristet beschäftigt sind²³ gegenüber 32 % im Jahr 2001. Im öffentlichen Sektor liegt der Befristungsanteil bei Einstellungen sogar bei 59,5 %.²⁴ Auf Ketten-Sachgrundbefristungen, wie wir sie auch aus den vom EuGH und BAG entschiedenen Fällen kennen, führen letztendlich zur Substitution von Stamm-Arbeitsplätzen und für die Betroffenen zu Unsicherheit und der Unmöglichkeit einer Familien- und

Lebensplanung. Befristete Beschäftigung führt nicht zu zusätzlicher Beschäftigung, sondern ersetzt unbefristete Beschäftigungsverhältnisse.²⁵ Aus gewerkschaftlicher Sicht sind deshalb die verschiedenen Möglichkeiten der sachgrundlosen Befristung ersatzlos zu streichen und bei den Sachgründen auch die Haushaltsmittelbefristung sowie die Befristung zur Erprobung deutlich einzuschränken.

IV. Stärkung der Tarifbindung

Eine erste Stärkung der Tarifbindung sollte mit dem Tarifautonomiestärkungsgesetz erfolgen. Die Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) in § 5 TVG wurde durch die Abschaffung des 50 %-Quorums und die Erleichterung für gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien verbessert. Nicht berücksichtigt wurde allerdings die Forderung nach Verhinderung der Veto-Möglichkeiten der Arbeitgeber im Tarifausschuss, die damit eine AVE nach wie vor blockieren können. Die Handhabung der Prüfung eines Antrags auf AVE in der Verwaltungspraxis und die Rückwirkungen der zwischenzeitlich ergangenen Rechtsprechung des BAG²⁶ machen trotz der bereits genannten positiven Änderungen mehr als deutlich, dass weiterhin Klarstellungen erforderlich sind, um das ursprüngliche Gesetzesziel zu erreichen. Das betrifft insbesondere die Konkretisierung der Definition der »überwiegenden Bedeutung« in § 5 Abs. 1 S. 2 TVG eines Tarifvertrages einer Branche und Region, um im Rahmen des öffentlichen Interesses ihn für allgemeinverbindlich erklären zu können. Auch im Hinblick auf die AVE von Tarifverträgen, in denen Aufgaben und Leistungen in einer gemeinsamen Einrichtung der Tarifvertragsparteien geregelt werden, müssen diejenigen Regelungen von den Erleichterungen der Anerkennung einer AVE erfasst werden, die andere Entgelt- oder Arbeitsbedingungen regeln als die, die ausschließlich Fragen der gemeinsamen Einrichtung betreffen. Zudem muss der abschließende Katalog der Regelungs-

21 CDU/CSU, Für ein Deutschland, in dem wir gut und gerne leben. Regierungsprogramm 2017–21, S. 13.

22 Mikrozensus 2015, Tabelle 2.14.2, S. 3

23 IAB-Forschungsbericht 12/2015.

24 IAB-Forschungsbericht 12/2015.

25 Kleinknecht et al., WSI-Mitt. 2013, 229 ff.

26 BAG, 21.9.2016 – 10 ABR 33/15 – AP Nr. 35 zu § 5 TVG; BAG, 21.9.2016 – 10 ABR 48/15 – AP Nr. 36 zu § 5 TVG; BAG, 25.1.2017 – 10 ABR 34/15 – AP Nr. 37 zu § 5 TVG.

gegenstände von Tarifverträgen der gemeinsamen Einrichtungen geöffnet werden.

Im Nachgang zu den og. BAG-Entscheidungen zu den AVEen von Tarifverträgen gemeinsamer Einrichtungen in der Vergangenheit wurden die beiden Fraktionsinitiativen der sog. Sicherungsgesetze im Bundestag²⁷ mit viel Mühe dann aber doch durchgesetzt. Die Überzeugungskraft von Karl Schiewerling war hier besonders gefordert, da vielen die besondere Rolle und die notwendige sozialpolitische Aufgabe gemeinsamer Einrichtungen von Tarifvertragsparteien und deren notwendigen Sicherungen der Arbeitnehmerrechten und -ansprüchen nicht von vornherein klar war und doch erheblicher Diskussionen bedurfte. Die Stärkung der Tarifbindung erfordert jedoch nach Auffassung der DGB-Gewerkschaften weitere wichtige Änderungen, wie die kollektive Fortgeltung des Tarifvertrages bei Abspaltungen, Aufspaltung oder sonstigen Änderungen im Rahmen des Umwandlungsrechtes oder eines Betriebsüberganges im Sinne des § 613a BGB.

Kettenbetriebsübergänge können zur Aushebelung und Umgehung der Tarifgeltung führen. Dies ist als sog. institutioneller Missbrauch anzusehen, sodass es bei der Fortgeltung der Tarifbindung bleiben muss. Dies sind neben den Forderungen zur Einschränkung von OT-Mitgliedschaften – insbesondere im Hinblick auf Blitzwechsel von Arbeitgebern in eine OT-Mitgliedschaft – zentrale Punkte.²⁸ Dagegen ist die bereits in der politischen Diskussion befindliche Stärkung der Tarifbindung durch gesetzliche Öffnungsklauseln, die verschlechternde tarifvertragliche Regelungen ermöglichen, in Wahrheit keine Stärkung der Tarifbindung:

Wenn Tarifverträge das gesetzliche Schutzniveau unterschreiten, dann haben tarifgebundene Arbeitnehmer nicht mehr sondern weniger Schutz. Nicht organisierte Beschäftigte stünden dann besser da oder es würde mit ihnen der gegenüber dem Gesetz schlechtere Tarifvertrag einzelvertraglich vereinbart, was in der Regel dann ja im Gesetz auch zugelassen wird. Dass dadurch die Beschäftigten der Branche unter schlechteren Regelungen als im Gesetz vorgesehen arbeiten würden, würde weder dem Schutzauftrag des Gesetzes gerecht, noch dem der Tarifautonomie. Denn auch Art. 9 Abs. 3 GG verlangt die Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Tarifpolitik baut auf den gesetzlichen Grundlagen auf, weil mit diesem gesetzlichen Mindestschutz der Gesetzgeber seinen Verpflichtungen zur Verwirklichung der Grundrechte und damit seinen Schutzpflichten nachkommt. Das Argument der größeren Sachnähe von Tarifverträgen sowie

der größeren Flexibilität kann dagegen nicht in Stellung gebracht werden, weil Grundrechte nicht aus Praktikabilitätsgründen einzuschränken sind.²⁹ Bei besonderen Schutzbedürfnissen, wie der Dauer der täglichen Arbeitszeit, ist den Aspekten des Gesundheitsschutzes stets Rechnung zu tragen. Deshalb ist auch die Diskussion zur Öffnung des ArbZG, damit untergesetzliche tarifliche Verschlechterungen ermöglicht werden, auch rechtlich nicht haltbar. Denn tägliche Höchstarbeitszeiten und Ruhearbeitszeiten sind essentielle Eckpfeiler für den Gesundheitsschutz. Das Argument der Verbreiterung tarifvertraglicher Regelungen, wie dies in der Leiharbeit zweifelslos durch das tarifdispositive Recht im AÜG erreicht wurde, ist dabei kein gutes Gegenbeispiel:

In dieser Branche bestand überhaupt gar keine nennenswerte Tarifbindung und die Deregulierung des AÜG ohne Verankerung des Gleichbehandlungsgrundsatzes war für die Gewerkschaften nicht akzeptabel. Der politische Kompromiss lag bei einer Verankerung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und der Abweichungsmöglichkeit durch Tarifverträge, wobei diese sich nach dem Willen des Gesetzgebers noch an den Entgelt- und Arbeitsbedingungen der Stammbeschäftigten orientieren sollten.³⁰ Diese historische Entwicklung kann nicht mit der derzeitigen Debatte um Öffnung von gesetzlichen Standards zur Verschlechterung durch Tarifverträge verglichen werden. Davon differenziert betrachtet werden muss auch das sog. Sozialpartnermodell mit der reinen Beitragszusage nach den neuen Regelungen in § 1 Abs. 2a BetrAVG. Die reine Beitragszusage mit der Enthaltung des Arbeitgebers wird zukünftig weitere Zusageformen einer Betriebsrente bieten und tritt neben die bestehenden Zusageformen, kann aber richtigerweise nur durch Tarifvertrag geregelt werden. Sofern es sich dabei dann um eine arbeitgeberfinanzierte betriebliche Altersversorgung handelt, handelt es sich um eine zusätzliche Leistung für den Arbeitnehmer. Wenn die reine Beitragszusage im Rahmen der Entgeltumwandlung genutzt wird, kann sich der Arbeitnehmer aber durch entsprechende Erklärungen dieser Form entziehen, sofern er dies nicht möchte. Karl Schiewerling hat dieses Modell auch unionsintern und gegen die BDA-Forderungen

27 BT-Drs. 185/10631 und 18/12510.

28 Beschluss des DGB Bundesvorstandes vom 28.2.2017, abrufbar unter <http://www.dgb.de/-/Qx0> (11.9.2017).

29 BVerfG, 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 ua. – NZA 2017, 915, Rn. 150 ua. (tatsächliche Schwierigkeiten)

30 BT-Drs. 15/25, S. 24.

verteidigt. Da dies nicht mit tarifdispositivem Recht zu vergleichen ist, sondern nur bestimmte Ähnlichkeiten aufweist, die im Ergebnis aber nicht zu einer Verschlechterung führen müssen, war dies nachvollziehbar richtig. Insbesondere das politische Ansinnen von BDA und CSU, die Vereinbarung der reinen Beitragszusage auf individualvertraglicher Ebene ebenfalls zuzulassen, hätte auf der Basis der bestehenden strukturellen Unterlegenheit des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis in der Regel zu einer deutlichen Verschlechterung geführt. Dies hat sich deshalb zu Recht nicht durchgesetzt.

Karl Schiewerling hat sich aber auch bei einem für die Gewerkschaften heiklen Thema, nämlich dem der Tarifeinheit im Betrieb, nach der entsprechenden Entscheidung des BAG³¹ befasst. In der fraktionsinternen Arbeitsgruppe soll er mit darauf hingewirkt haben, dass bei konkurrierenden Gewerkschaften im Betrieb, Lösungen³², wie Ankündigungsfristen vor einem Streik, Mitverhandlungspflichten oder gesetzlich vorgeschriebene Schlichtungen vor einem Arbeitskampf oder gar Zwangsschlichtungen bis hin zu Beschränkungen des Streikrechts in der Daseinsvorsorge, kein Konzept der Unionsfraktion wurden. Letztlich hat seiner Haltung das BVerfG Recht gegeben: die Frage der Tarifeinheit ist nicht im Zusammenhang mit dem Streikrecht reguliert worden.³³ Bei der gefundenen Lösung bleibt auch – wie das Gericht ausdrücklich formuliert –, das Streikrecht außen vor und wird nicht verkürzt. Das Gesetzesziel kann durch die anderweitigen Regelungen erreicht werden.

V. Mitbestimmung

Im Bereich der Mitbestimmung konnte außer der umstrittenen Quote für Frauen in Aufsichtsräten in den letzten Legislaturperioden nichts wirklich Voranbringendes erreicht werden. Insbesondere die betriebliche Mitbestimmung ist mehr als stiefmütterlich behandelt worden. Dabei sind echte Mitbestimmungsrechte bei der Leiharbeit und dem Einsatz von Fremdpersonal in Form von Werkverträgen oder Werkvertragsarbeitnehmern im Betrieb mehr als überfällig. Dies gilt auch für die Mitbestimmungsrechte zur Gestaltung der digitalen Arbeitswelt. Auch die Verbreitung der Mitbestimmungsorgane – insbesondere der Betriebsräte in Klein- und Mittelbetrieben – muss weiter erleichtert werden, damit Belegschaften ohne Angst vor Kündigungen oder Repressalien tätig werden können. Diese Zukunftsaufgabe muss nun leider ohne Karl Schiewerling erfolgen. Ich bin mir sicher, dass er gerne mitgeholfen hätte, hier konstruktive Lösungen für die Bedürfnisse der Praxis zu finden. So wie er es auch in vielen anderen Bereichen getan hat und sich dabei auch gegen seine eigenen Unionsfraktionsmitglieder letztlich argumentativ durchsetzte.

31 BAG, 7.7.2010 – 4 AZR 549/08 – AP Nr. 140 zu Art 9 GG.

32 Antrag des Freistaates Bayern im Bundesrat, BR-Drs. 294/15.

33 BVerfG, 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 ua. – NZA 2017, 915, Rn. 138, 140.

Die Katholische Soziallehre und das Arbeitsrecht – von der Notwendigkeit eines Dialogs

Prälat Dr. Karl Jüsten / Uta Losem,
Kommissariat der deutschen Bischöfe – Katholisches Büro in Berlin

Politik geschieht nicht aus sich selbst heraus. Politik will Ziele erreichen, Aufgaben bewältigen, Lösungen großer oder kleinerer Probleme finden. Dafür braucht sie einen Kompass – Wegweiser, an denen sie sich auf dem Weg zum Ziel orientieren kann. Für *Karl Schiewerling* und viele andere Politiker kommen diese aus dem christlichen

Menschenbild und der Verantwortung vor Gott. Die gerechte Ordnung des Arbeitslebens und die angemessene soziale Sicherung derer, die dauerhaft oder zeitweise ohne Beschäftigung sind, ist eine große Aufgabe, bei der einen Konsens zu finden oftmals nicht einfach ist. Die Soziallehre kann hier Richtschnur sein und Argumente

liefern, die es zu bedenken gilt, nicht aber stets Lösungen im Klein-Klein des Einzelfalls.¹ Gerade aber die jüngeren Gesetzesinitiativen zeigen, wie nah oftmals auch ältere Stellungnahmen der Kirche an den aktuellen Problemen sind. Einige Beispiele und ein Wunsch in holzschnittartiger Skizze:

Die große Koalition brachte auf Initiative des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales den Mindestlohn auf den Weg. *Karl Schiewerling* hat als arbeitsmarkt- und sozialpolitischer Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion den Gesetzentwurf im Bundestag mit großem Engagement begleitet. Das Gesetz berührt zentrale Forderungen auch der Kirche: »Die Arbeit ist so zu entlohnen, dass dem Arbeiter die Mittel zu Gebote stehen, um sein und der Seinigen materielles, soziales, kulturelles und spirituelles Dasein angemessen zu gestalten« – jedoch nur »gemäß der Funktion und Leistungsfähigkeit des Einzelnen, der Lage des Unternehmens und unter Rücksicht auf das Gemeinwohl« heißt es dazu schon im Katechismus der Katholischen Kirche (Abschn. 2434), der seinerseits auf die Pastoralkonstitution über die Kirche in der Welt von heute *Gaudium et spes* Bezug nimmt, die vom Zweiten Vatikanischen Konzil formuliert und am 7. Dezember 1965 von Papst Paul VI. promulgiert wurde.² Wer arbeitet, der soll davon leben können, und zwar auch die Seinigen – und nicht nur in materieller Hinsicht. Auch das soziale, kulturelle und spirituelle Dasein soll angemessen gestaltet werden können – der Mensch lebt nicht nur vom Brot allein. Dass die Produktivität eines Arbeitsverhältnisses dabei nicht unberücksichtigt bleiben kann, wird gleichfalls genannt. So wird der Konflikt, mit dem auch die Politik gerungen hat, offensichtlich und zugleich die Richtschnur vorgegeben: »Wenn also auch immerhin die Vereinbarung zwischen Arbeiter und Arbeitgeber, insbesondere hinsichtlich des Lohnes, beiderseitig freigeschieht, so bleibt dennoch eine Forderung der natürlichen Gerechtigkeit bestehen, die nämlich, dass der Lohn nicht etwa so niedrig sei, dass er einem genügsamen, rechtschaffenen Arbeiter den Lebensunterhalt nicht abwirft«, heißt es schon vor über 100 Jahren in der Sozialenzyklika *Rerum Novarum*.³ Denn: »Die natürliche Gerechtigkeit ist der Vertragsfreiheit vor- und übergeordnet« heißt es wiederum prägnant im Kompendium der Katholischen Soziallehre.⁴

Der gesetzliche Mindestlohn sollte nicht seinerseits negative Impulse auf den Arbeitsmarkt haben und zu

Ausgrenzung und Ungerechtigkeit führen. Die deshalb im Parlament debattierten etwaigen negativen beschäftigungspolitischen Folgen scheinen – glaubt man der Mehrzahl der Ökonomen – nicht oder nur in geringem Maße eingetreten zu sein – der Schritt zum Mindestlohn war richtig. *Karl Schiewerling* hat es so formuliert: »Die Einführung des Mindestlohns war eine Operation am offenen Herzen der sozialen Marktwirtschaft. Das Experiment ist geglückt. Der Mindestlohn hat nicht zu nennenswerten Verwerfungen geführt, wie zunächst von einigen Seiten befürchtet.«⁵

Ein weiteres großes arbeitsrechtliches Projekt der letzten Legislaturperiode war das Tarifeinheitsgesetz, dessen Verfassungskonformität im Kern jüngst vom BVerfG bestätigt wurde⁶ und Gegenstand intensiver fraktions- und koalitionsinterner Diskurse war. Ein funktionierendes Tarifsysteem und die Stärkung der Tarifautonomie sind *Karl Schiewerling* ein Anliegen: »Zur Sicherung des Betriebsfriedens und einer funktionierenden Sozialpartnerschaft ist ein gutes Miteinander von Gewerkschaften wichtig.«⁷ Und: »Mit dem Gesetz verfolgen wir das Ziel, die Tarifeinheit und die innerbetriebliche Solidarität zu stärken.«⁸ Auch hier steht er auf dem Boden der Soziallehre: »Das Lehramt erkennt die grundlegende Bedeutung der Arbeitnehmergewerkschaften an, deren Daseinsberechtigung in dem Recht der Arbeitnehmer besteht, Vereinigungen und Verbände zu gründen, um die lebenswichtigen Interessen derer zu schützen, die in den verschiedenen Bereichen beschäftigt sind.« Die Gewerkschaften sind »unverzichtbarer Bestandteil des gesellschaftlichen Lebens«. Die beiden großen christlichen

1 Hierzu bereits engagiert der Fraktionskollege *Zimmer*, in: Thielen/Zimmer (Hrsg.), *Die Zukunft der Arbeit*, St. Augustin/Berlin 2013, S. 23 ff.; aus juristischer Perspektive *Hohn*, BB 1995, 2647; s. auch *Reuter*, RdA 1995, 1. Argumente der katholischen Soziallehre aufgreifend auch *Thüsing*, *Mit Arbeit spielt man nicht!*, München 2015, passim. Aus dem US-Schrifttum *Flanagan* (2011) 50 *Journal of Catholic Legal Studies*, 205; *Sasiadek* (2011) 50 *Journal of Catholic Legal Studies*, 257–278.

2 *Gaudium et spes*, 1965, Abschn. 67.

3 *Leo XIII.*, *Rerum Novarum*, 1891, Abschn. 34.

4 Päpstlicher Rat für Gerechtigkeit und Frieden (Hrsg.), *Kompendium der Soziallehre der katholischen Kirche*, Freiburg iB. 2004, Abschn. 302.

5 <http://karl-schiewerling.de/ein-jahr-mindestlohn-mdb-karl-schiewerling-zieht-positive-bilanz> (11.9.2017).

6 BVerfG, 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 ua. – NZA 2017, 915.

7 <http://karl-schiewerling.de/tarifeinheit-und-sozialpartnerschaft-staerken> (11.9.2017).

8 <https://www.cducsu.de/themen/familie-frauen-arbeit-gesundheit-und-soziales/tarifeinheit-sichert-betriebsfrieden> (11.9.2017).

Kirchen haben das 2014 im gemeinsamen Sozialwort konkretisiert: »Problematisch wirken sich auf dem Arbeitsmarkt auch gewisse Tendenzen einer Entsolidarisierung aus: Innerhalb von Belegschaften eines Betriebes bilden sich teilweise mehrere kleinere Spartengewerkschaften heraus, die ohne Rücksicht auf die Gesamtbelegschaft ihre kurzfristigen Eigeninteressen verfolgen. Dies kann auch den sozialen Frieden gefährden, der sich bisher in Deutschland als wichtiges Gut erwiesen hat. Durch die rechtliche Stärkung der Tarifeinheit könnte der betriebliche Zusammenhalt gefördert werden.«⁹

Hoffen wir, dass das Gesetz seine Ziele erreichen wird. Der Gesetzgeber wird nachjustieren müssen – so das BVerfG – um sicher zu stellen, dass auch die Minderheiten in der Mehrheitsgewerkschaft Gehör finden. Auch dies wäre dann ein Schritt zu mehr Solidarität – einem der Grundbausteine der Soziallehre.

Um soziale Gerechtigkeit und faire Arbeits- und Wettbewerbsbedingungen im Sinne der katholischen Soziallehre ging es *Karl Schiewerling*, als er sich dafür stark machte, dass die Koalitionsfraktionen am Ende der Legislaturperiode noch im beschleunigten Verfahren das Gesetz zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten in der Fleischwirtschaft im Bundestag beschlossen: »Mit dem neuen Gesetz schaffen wir faire Bedingungen in der Fleischindustrie. Wir schützen die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und verhindern Missbrauch in der Branche.«¹⁰

Und auch ein anderes Projekt der großen Koalition berührt ganz grundsätzliche Fragen der sozialen Gerechtigkeit: Das Entgelttransparenzgesetz will die Diskriminierung von Frauen bei der Vergütung helfen zu reduzieren. Es ist ein Skandalon, das es zu bekämpfen gilt. Mag das Instrument in seiner technischen Seite auch zuweilen vielfach kritisiert worden sein¹¹ – die Beseitigung bestehender Ungerechtigkeiten ist Voraussetzung für die Teilhabe am Berufsleben. Hierbei darf es freilich nicht bleiben. Es muss mehr getan werden zur besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf.

Das Pflegezeitgesetz und das Familienpflegezeitgesetz waren wichtige Schritte dahin. Für *Karl Schiewerling* sind Arbeits- und Sozialpolitik eng mit der Familienpolitik verbunden, der deshalb auch stets sein besonderes Augenmerk galt. Schon Papst Benedikt verlangte, *bessere Voraussetzungen für eine Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu schaffen. Auch die Wirtschaft trage Verantwortung dafür, die Interessen und den Schutz der Familie als Keimzelle der Gesellschaft zu berücksichtigen.* Das Ziel ist ein »harmonisches Zusammenspiel« der verschiedenen Stakeholder.¹²

Bei all dem ist für *Karl Schiewerling* klar: Die Argumentation, die sich nicht nur mit ökonomischen, sondern auch mit sozialetischen Überlegungen absichern kann, besitzt eine größere Legitimität und damit auf Dauer die größeren Chancen, akzeptiert zu werden. Der arbeitsrechtlichen Herausforderungen gibt es genug. Wir danken dem nun ausscheidenden besonnenen Sozialpolitiker und bekennenden Katholiken für seine wichtigen Impulse und hoffen, dass er uns und auch den Katholischen Verbänden weiter mit Rat und Tat zur Seite steht und dass er hilft, den Dialog zwischen Kirche und Politik, zwischen Soziallehre und Parteiprogramm lebendig zu halten. Wir brauchen ihn für eine gerechte Ordnung des Arbeitslebens.

9 Sozialinitiative der DBK und der EKD, Gemeinsame Verantwortung für eine gerechte Gesellschaft, Hannover/Bonn Februar 2014, S. 47.

10 <http://karl-schiewerling.de/faire-bedingungen-in-der-fleischindustrie> (11.9.2017).

11 Kritisch etwa *Bauer/Günther/Romero*, NZA 2017, 809; ergänzend zu *Bauer/Romero*, NZA 2017, 409.

12 Ansprache am 15.10.2011 vor Teilnehmern einer internationalen Konferenz über die katholische Soziallehre, abrufbar unter <http://www.domradio.de/nachrichten/2011-10-15/papst-fordert-bessere-vereinbarkeit-von-familie-und-arbeit> (11.9.2017). S. bereits *Laborem Exercens*, Abschn. 10: »Die Arbeit bildet eine Grundlage für den Aufbau des *Familienlebens*, welches ein Recht und eine Berufung des Menschen ist [...]. Die Arbeit ist in gewisser Hinsicht Vorbedingung für die Gründung einer Familie, da diese für ihren Unterhalt Mittel braucht, die sich der Mensch normalerweise durch die Arbeit erwirbt. Arbeit und Fleiß prägen auch den gesamten Erziehungsprozess in der Familie, eben deshalb, weil jeder unter anderem durch die Arbeit ›Mensch wird‹ und dieses Mensch-werden gerade das Hauptziel des ganzen Erziehungsprozesses ist.«

Arbeits- und Sozialrecht im christlich-sozialen Geiste

*Karl-Josef Laumann, Minister für Arbeit, Gesundheit und Soziales
des Landes Nordrhein-Westfalen*

I.

Mit dem Arbeits- und Sozialrecht beantwortet der Gesetzgeber die Soziale Frage. Staatliches Recht ist nicht die einzige Antwort auf diese Soziale Frage, aber es bildet den Rahmen – auch für das Handeln der Sozialpartner und der Betriebsparteien, der Sozialversicherungen und vieler anderer Akteure. Gerade das macht unseren Sozialstaat aus: die Vielzahl der »Player«, das Ineinandergreifen der unterschiedlichen Ebenen. Genauso wenig wie wir »laissez faire« akzeptieren, wollen wir die eine zentrale Institution, die alles regelt. Denn unser Sozialstaat, auch unser Arbeits- und Sozialrecht atmen den Geist der christlichen Gesellschaftslehre: Im Mittelpunkt steht der Mensch mit seiner unantastbaren Würde. Und das Recht soll einen Rahmen schaffen, der dieser Würde Rechnung trägt – mit Blick auf die Entlohnung der arbeitenden Menschen, auf den Arbeitsschutz, auf die Absicherung bei Krankheit, Erwerbsminderung, Alter, Unfall, Arbeitslosigkeit und Pflege. Das Arbeits- und Sozialrecht schafft damit zugleich einen Rahmen für Solidarität. Aber diese Solidarität organisieren wir auf subsidiäre Weise: Die Lohnfindung etwa ist in erster Linie Sache der Tarifvertragsparteien; mit der im Grundgesetz geschützten Koalitionsfreiheit und dem TVG hat der Gesetzgeber dafür den Rahmen geschaffen. Und unsere sozialen Sicherungssysteme sind keine staatlichen, sondern (nur) gesetzliche Sozialversicherungen – mit Selbstverwaltung! Es sind überdies Institutionen, gegenüber denen die Versicherten Ansprüche durch Beitragszahlungen erwerben – und denen sie damit nicht als Bittsteller gegenüber treten müssen. Und wenn das Arbeits- und Sozialrecht die Menschenwürde zum Maßstab nimmt, so heißt das zugleich, dass es gerade die berechtigten Interessen derer durchsetzen will, die nicht die lauteste Lobby haben. In diesem Sinne beantwortet es nicht nur die Soziale Frage, sondern auch die »Neue Soziale Frage«.

II.

Genau in diesem Geist – dem Geist der Menschenwürde, der Solidarität und Subsidiarität – hat die Politik das Arbeits- und Sozialrecht in den vergangenen Jahren fortentwickelt. Und auch wenn dies ein Fachartikel ist, sei der Hinweis erlaubt: Karl Schiewerling hat dazu entscheidende Beiträge geleistet, denn er steht wie kaum ein anderer Politiker für diesen christlich-sozialen Politikansatz. Einige Beispiele: Weil mit der Tarifautonomie allein Niedriglöhne nicht mehr zu verhindern waren, hat der Gesetzgeber zum 1. Januar 2015 den Mindestlohn eingeführt. Aber er hat zugleich festgelegt, dass nicht die Politik über die Anpassungen der Höhe entscheidet, sondern eine sozialpartnerschaftliche Kommission – ein zutiefst subsidiärer, christlich-sozialer Ansatz. Wie so oft hat die Politik auch in der 18. Wahlperiode Änderungen in den SGB II und III vorgenommen. Dabei ging es aber nicht nur um abstrakte Instrumente und anonyme Geldleistungen: Der Gesetzgeber hat mit dem neuen § 16h im SGB II auch die gesetzliche Grundlage dafür geschaffen, dass junge Menschen aus schwierigen Problemlagen zurück in Bildungs- und Ausbildungsprozesse geholt werden können – nach dem Vorbild des von Karl Schiewerling initiierten Modellprojekts »RESPEKT«. Das ist christlich-soziale Politik pur; eine Politik, die ganz konkret den einzelnen Menschen im Blick hat – und nicht jene, die die lautesten Forderungen stellen. Und das Gleiche gilt für ein weiteres Gesetz: Das »Gesetz zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten in der Fleischwirtschaft«. Es mag Branchen geben, die über einen höheren gewerkschaftlichen Organisationsgrad verfügen oder in denen mehr Menschen arbeiten, um deren Wählerstimmen die Politik buhlt. In wenigen Branchen in Deutschland aber sind die Arbeitsbedingungen so schlecht wie auf den Schlachthöfen. Oft sind es Osteuropäer, die darunter leiden. Da wird gegen Arbeitsschutzvorschriften verstoßen, da wird vom kargen Lohn noch Geld für überbezahlte Unterkünfte, Schutzkleidung und Arbeitsmaterial einbehalten. Das ist Ausbeutung, das sind unwürdige Zustände. Schon in der ersten Sozialenzyklika *Rerum*

Novarum 1891 heißt es: »Arbeiter dürfen nicht wie Sklaven angesehen und behandelt werden. Ihre persönliche Würde werde stets heilig gehalten.« In diesem Sinne will das oben genannte Gesetz die menschenunwürdigen Zustände in der Fleischwirtschaft beenden. Karl Schiewerling hat dieses Gesetz ohne große öffentliche Begleitmusik durchgebracht – weil ihm der Erfolg im Interesse der Menschen wichtiger ist als die eigene mediale Inszenierung.

III.

In den kommenden Jahren gilt es, weitere christlich-soziale Akzente im Arbeits- und Sozialrecht zu setzen, also eine Politik zu betreiben, die sich an der Menschenwürde, an Solidarität und Subsidiarität orientiert.

- Das, was mit dem Modellprojekt »RESPEKT« und mit dem § 16h des SGB II begonnen wurde, muss fortgesetzt und ergänzt werden – etwa um Familienlotsen als Schnittstelle zwischen Schule, Jugendamt, Jobcenter und freien Trägern. Wir müssen uns besonders um die Kinder kümmern, deren Eltern langzeitarbeitslos sind, weil sie es besonders schwer haben. Sie brauchen konkrete, personenbezogene Unterstützung und Begleitung. Wenn alle Menschen die gleiche Würde haben, haben auch alle die gleichen Chancen verdient. Dafür müssen wir arbeiten.
- Wenn wir einen subsidiär aufgebauten Sozialstaat für richtig halten, müssen wir auch den Rahmen dafür sichern. Wenn der Staat nicht alles regeln soll, sondern etwa auch die Tarifpartner und Betriebsparteien sozialstaatliche Aufgaben wahrnehmen sollen, müssen auch möglichst viele Beschäftigte unter einen Tarifvertrag fallen und durch Betriebsräte vertreten werden. Dafür muss der Gesetzgeber die Voraussetzungen schaffen – etwa indem er Betriebsratsgründungen erleichtert und die Tarifbindung stärkt. Die Tarifbindung ist in den vergangenen zwei Jahrzehnten leider zurückgegangen: Im Jahr 2016 fielen laut Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung noch 51 % der

Beschäftigten in Westdeutschland unter einen Tarifvertrag, zwanzig Jahre zuvor waren es noch 70 %. Hier müssen wir gegensteuern – etwa indem wir Allgemeinverbindlicherklärungen weiter erleichtern oder der Tarifflicht durch Ausgliederungen entgegenwirken.

- Und wenn sich in unserer Wirtschaft so viel so schnell ändert – Stichworte: Digitalisierung, Industrie 4.0, Transformation –, gilt es dafür Sorge zu tragen, dass die Menschen damit Schritt halten können. Deswegen muss uns der Durchbruch beim Thema »Weiterbildung« gelingen. Auch das ist ein christlich-sozialer, subsidiärer Ansatz: Die Menschen sollen auch in einer sich rasant wandelnden Arbeitswelt in der Lage sein, für sich selbst und ihre Familien zu sorgen. Wenn die Beschäftigten sich weiterbilden wollen und sollen, benötigen sie Zeit und Geld – für Lehrgangsgebühren und als Entgeltausgleich, wenn zugunsten der Qualifizierung die Arbeitszeit reduziert wird. Und sie benötigen passende Angebote und Transparenz. Zu alledem leistet die Politik schon einen Beitrag, etwa mit dem Aufstiegs-BAföG und Bildungsschecks. Das müssen wir ausbauen. Aber auch das müssen wir subsidiär im Zusammenwirken der Sozialpartner und der unterschiedlichen Akteure tun – und nicht, indem wir das Thema allein der Bundesagentur für Arbeit zuschieben.

Menschen bloß zu alimentieren, wie es neuerdings unter der Überschrift »Bedingungsloses Grundeinkommen« propagiert wird, ist übrigens das Gegenteil christlich-sozialer Politik. »In der Tüchtigkeit im Berufe liegt ein Hauptgrund der inneren Zufriedenheit, des rechten, zuständigen Selbstbewusstseins«, wusste schon Adolph Kolping, in dessen Namen Karl Schiewerling so viele Jahre ehren- und hauptamtlich gewirkt und dessen Geist auch Karl Schiewerlings politisches Handeln geprägt hat. Von Kolping stammt auch dieser Satz: »Schön reden tut's nicht, die Tat ziert den Mann.« In diesem Sinne lassen Sie uns ans Werk gehen und weiterhin für ein Arbeits- und Sozialrecht arbeiten, das sich an Menschenwürde, Solidarität und Subsidiarität orientiert.

Der Ausschluss von öffentlichen Aufträgen als Sanktion von Arbeitsrechtsverstößen: Gedankensplitter zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

FAArbR Wilfried Oellers, MdB, Mitglied des Ausschusses für Arbeit und Soziales (18. Legislaturperiode)

Gesetze sind einzuhalten. Ein einfacher Satz, der in der Praxis nicht immer eingehalten wird. Es ist daher unerlässlich, dass ein Gesetzesverstoß zu Sanktionen führen muss. Nicht nur im Europarecht gilt: Ohne effektive Sanktionen läuft ein Gesetz Gefahr, als bloß unverbindlicher Appell, nicht aber als zwingende Regulierung verstanden zu werden.¹ Der Rechtsstaat muss Möglichkeiten haben, gesetzwidriges Verhalten zu bestrafen, damit diejenigen, die sich rechtskonform verhalten, kein Nachteil widerfährt. Im Bereich des Arbeitsrechts geht es dabei auch darum, dass sich Arbeitgeber nicht auf Kosten ihrer Arbeitnehmer Wettbewerbsvorteile gegenüber konkurrierenden Unternehmen verschaffen können.

Allerdings müssen Sanktionen in ihrer konkreten Ausgestaltung stets verhältnismäßig sein und auf den konkreten Einzelfall bezogen angemessen ausgesprochen werden. Und auch dies gilt eben allgemein – nicht nur im Strafrecht.² Wichtig ist hierbei aber zunächst, dass die gesetzlichen Regelungen, die die Sanktionen normieren, so gefasst werden, dass sie den Behörden auch verhältnismäßige Sanktionen in der praktischen Anwendung ermöglichen.

Das Bußgeld ist dabei die häufigste Form der Sanktion und ist aufgrund der anzusetzenden Höhe im Einzelfall verhältnismäßig festsetzbar. Der Gesetzgeber gibt jedoch mit dem Bußgeldrahmen vor, wie schwer er einen solchen Verstoß ansieht. Je höher die maximale Höhe des Bußgeldes im Gesetz festgesetzt wird, desto schwerer wiegt der Verstoß gegen die jeweiligen Regelungen.

Neben der Sanktion des Bußgeldes wird nun häufiger die Sanktion des Ausschlusses von öffentlichen Vergabeverfahren in Gesetzen aufgenommen. Wir finden sie gerade in jüngerer Gesetzgebung (insb. § 21 AEntG, § 19 MiLoG) aber auch in älterer, längst eingemotteter Gesetzgebung (§ 16 MiArbG). Diese Form der Sanktion ist durchaus im Interesse des Gesetzgebers und der öffentlichen

Hand, damit sichergestellt ist, dass öffentliche Aufträge und damit Steuergelder nur an Unternehmen vergeben werden, die sich gesetzeskonform verhalten.³ Sie hat allerdings für Unternehmen auch sehr weitreichende Folgen. Wird ein Unternehmen durch eine Sanktion von öffentlichen Vergabeverfahren ausgeschlossen, so verliert das Unternehmen eine Möglichkeit, Aufträge zu erlangen.

Was noch verhältnismäßig ist und wann die Grenze zur Unverhältnismäßigkeit überschritten wird, muss ausgiebig diskutiert werden. Dabei sind die Art des Verstoßes, die Größe des Ausmaßes, die innere Willensrichtung des Handelnden sowie dessen bisheriges Verhalten bei der Festlegung der Sanktion entscheidende Kriterien.⁴ Danach gemessen sollte eine derartige Sanktion erfolgen, wenn es sich um einen groben Verstoß mit großem Ausmaß oder um einen wiederholten erheblichen Verstoß handelt. Vorsatz sollte stets sanktioniert werden.

Die Sanktion des Ausschlusses von öffentlichen Vergabeverfahren unter höhere Voraussetzungen zu setzen, ist geboten, da sie existentielle Auswirkungen haben kann. Deswegen ist auch eine gründliche Prüfung der jeweiligen Sachverhalte unerlässlich. Eine voreilige, nicht ausreichend ermittelte Sachlage mit einer derartigen Sanktion zu belegen, wäre nicht verhältnismäßig.

¹ Zum europarechtlichen Gebot effektiver Sanktionierung bei der Umsetzung von Richtlinien beispielhaft das Anti-Diskriminierungsrecht und hier die Rs. EuGH, 22.4.1997 – C-180/95 – Slg. 1997, I-2195 (Draehmpaehl), Rn. 16 ff.

² Zum Verfassungsverbot unverhältnismäßiger Pönalisierung anschaulich BVerfG, 20.3.2002 – 2 BvR 794/95 – NJW 2002, 1779.

³ Aus der Kommentarliteratur Greiner, in: Rolfs et al. (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, München Stand: 1.9.2017, § 19 MiLoG Rn. 1.

⁴ Exemplarisch aus neuerer Zeit die Regeln für die Bußgeldzumessung der Datenschutz-Grundverordnung in Art. 83 Abs. 3, hierzu Frenzel, in Paal/Pauly (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, München 2017, Art. 83 Rn. 18 ff.

Nach dem AEntG und dem MiLoG soll nun ein Ausschluss von öffentlichen Vergabeverfahren erfolgen, wenn ein Fehlverhalten mit einem Bußgeld von 2.500,- € belegt worden ist. Berücksichtigt man dabei, dass die maximale Bußgeldhöhe in beiden Gesetzen bei 500.000,- € liegt, so soll diese erhebliche Sanktion bereits verhängt werden, wenn 0,5 % der maximalen Bußgeldhöhe erreicht wird. Damit besteht die Möglichkeit, dass bereits bei relativ geringen Verstößen diese existenzgefährdende Sanktion verhängt werden kann. Dem obigen Kriterium der Erheblichkeit der Verstöße wird mit dieser Regelung nicht Rechnung getragen. Denn von einem erheblichen Verstoß kann man – gegriffene Zahl – in meinen Augen erst dann sprechen, wenn mit dem verhängten Bußgeld 50 % der maximalen Bußgeldhöhe erreicht worden sind. Nur unter besonderer Voraussetzung, wie zB. einer besonderen kriminellen Energie, sollte dies bei einem geringen Bußgeld möglich sein.

Die Regelungen in den beiden genannten Gesetzen geben dies jedoch nicht her. Alleine darauf zu verweisen und zu vertrauen, dass die zuständigen Sachbearbeiter schon die richtige Sanktion finden und behutsam mit einer solchen Regelung umgehen, kann nicht der richtige Weg sein.⁵ Schließlich sagt das Gesetz, dass der Ausschluss von öffentlichen Vergabeverfahren bei einem Bußgeld von 2.500,- € erfolgen »soll«. Zwar handelt es sich dabei nicht um eine Ermessensreduzierung auf null. Allerdings wird mit der Formulierung »soll« vorgegeben, dass der Gesetzgeber bei dem Erreichen des Bußgeldbetrages von 2.500,- € die Verhängung dieser Sanktion erwartet. Eine reine Ermessensentscheidung ist hier nicht mehr möglich.

Deswegen sollte der Gesetzgeber künftig überdenken, ob eine derartige Regelung angebracht ist oder nicht eine Abänderung in der oben genannten Form erfolgen sollte. Schließlich geht es bei Sanktionen nicht darum, ein Unter-

nehmen bei einem ersten Verstoß sofort existentiell zu gefährden, sondern wieder auf den gesetzestreuen Weg zu bringen. Dabei soll das Bußgeld durchaus den erlangten wirtschaftlichen Vorteil zuzüglich einer entsprechenden Strafe umfassen, damit zum einen die Wettbewerbsgleichheit wieder hergestellt wird und zum anderen ein darüber hinausgehender Geldbetrag als Strafe zu zahlen ist. Sollte es dann erneut zu erheblichen Verstößen kommen, so ist ab der dritten Zuwiderhandlung auch der Ausschluss bei öffentlichen Vergabeverfahren auszusprechen. Schließlich müssen alle Betroffenen vor diesen gesetzwidrig Handelnden geschützt werden.

Wichtig ist allerdings, dass in sämtlichen Fallgestaltungen stets ein ordnungsgemäßes Bußgeldverfahren durchgeführt wird. Eine vorschnelle Entscheidung darf nicht erfolgen. Dafür ist die Sanktion des Ausschlusses von öffentlichen Vergabeverfahren zu gravierend, als dass man damit leichtfertig umgehen darf. Ist der Bescheid einmal in der Welt, ist es ungemein schwierig, die Existenzbedrohung noch abzuwenden, selbst wenn sich nachher die Vorwürfe als falsch erwiesen haben sollten. Denn während des gesamten Verfahrens bis hin zur gerichtlichen Entscheidung wird das Unternehmen von dem Ausschluss bei öffentlichen Vergabeverfahren betroffen sein und keine entsprechenden Aufträge erhalten. Amtshaftungsansprüche wären dann die Folge.

Um eine derartige Situation nicht aufkommen zu lassen, ist eine richtige Weichenstellung des Gesetzgebers erforderlich. Diese Verantwortung darf der Gesetzgeber nicht auf die zuständigen Behörden übertragen.

⁵ S. die Gesetzbegründung: BT-Drs. 18/1558, 41.

Grußworte

Karl Schiewerling – ein Parlamentarier mit Leidenschaft und Grundwerten

Karl Schiewerling kenne ich, seit er 2005 in den Deutschen Bundestag eingezogen ist – mit respektablen 51,6% der Erststimmen. Richtig gut zusammenarbeiten konnten wir seit 2013 als Mitglieder im Ausschuss für Arbeit und Soziales, wo er die Funktion des Vorsitzenden der AG »Arbeit und Soziales« der CDU/CSU-Fraktion innehatte und ich den Ausschussvorsitz. Dass wir so viele erfolgreiche Gesetze reibungslos oder doch zumindest reibungsarm gemeinsam umsetzen konnten, ist nicht zuletzt seiner ausgleichenden, ruhigen und zuverlässigen Art geschuldet. Dafür bedanke ich mich auch an dieser Stelle nochmals herzlich! *Karl Schiewerling* ist als Mensch und Kollege über alle Parteigrenzen hinweg gleichermaßen geschätzt und beliebt.

Karl Schiewerling ist als arbeits- und sozialpolitischer Sprecher der CDU/CSU-Fraktion tief in der katholischen Soziallehre verankert. In seiner letzten Rede im Plenum des Deutschen Bundestages am 23. Juni 2017 zum Thema »sachgrundlose Befristung« hat er das selbst so formuliert: »In der katholischen Soziallehre, im Konzilsdekret ›Gaudium et Spes‹ heißt es: Ursprung, Ziel und Zentrum allen Wirtschaftens ist der Mensch. – Das ist aber keine Aufforderung an den Staat und seine Gesetzgebung allein; das ist eine Frage nach dem Verständnis, wie wir unsere Wirtschaft gestalten. Geld allein, Umsatzrenditen allein, Kapital allein ist kein Selbstzweck, es hat dem Menschen zu dienen«. Diese tiefe Verwurzelung in der katholischen Soziallehre prägt das politische Denken und Handeln von *Karl Schiewerling*. Wir alle im Bundestag haben gemerkt, wie ihn das in Inhalt und Stil seiner Arbeit leitet. Der Mensch steht für den Katholiken *Schiewerling* im Mittelpunkt des gesellschaftlichen Handelns.

Gerne haben wir uns darüber ausgetauscht, dass ich als engagierte Protestantin mit Berufung auf die protestantische Sozialethik und er mit seiner Verankerung vieles gemeinsam haben, aber mit einem Augenzwinkern die Unterschiede auch nicht vergessen. Zum 50. Geburtstag hat er mir eine Biographie von Papst Franziskus geschenkt, wohlwissend, dass mich das Buch sehr interessiert, aber niemals zum Konfessionswechsel motivieren kann. Was uns auch verbindet,

ist die Prägung durch die kirchliche Jugendarbeit. *Karl Schiewerling* als langjähriger Bundessekretär des BDKJ (Bund der deutschen katholischen Jugend) und Diözesansekretär des Kolpingwerkes in Münster und meine Herkunft aus der evangelischen Jugendarbeit, da gibt es Parallelen. Wie es überhaupt im Deutschen Bundestag oft so ist, dass man durch das Engagement in der Jugendverbandsarbeit Gemeinsamkeiten über Parteigrenzen hinweg findet, ähnlich wie durch das kirchliche Engagement.

Auf der Grundlage der katholischen Sozialethik hat sich *Karl Schiewerling* für eine Sozialpolitik, die die Schwachen nicht aus den Augen verliert, eingesetzt. Als engagierte Protestantin ist mir eine Verankerung politischen Handelns auf christlicher Grundlage vertraut, die evangelische Sozialethik sieht das nicht anders. Ein gut geerdeter moralischer Kompass ist im oft hektischen politischen Leben in Berlin sehr nützlich. Er hilft Kurs zu halten auch in stürmischen Zeiten. Nicht immer waren wir einer Meinung über den Weg dieses Kurses – schließlich gehören wir verschiedenen Parteien an – aber viele seiner Grundüberzeugungen teile auch ich: dass besonders diejenigen, die keine laute Lobby haben, die Behinderten, die Langzeitarbeitslosen, unsere Unterstützung und Hilfe brauchen, dass wir Politik für alle Kinder und Jugendlichen machen und Familien unterstützen wollen.

Die Unterstützung von Familien ist *Karl Schiewerling* immer ein besonders Anliegen gewesen. Er hat 2006 im Kreis Coesfeld die Initiative »Familie – Arbeit – Mittelstand« gegründet, die seit 2009 mit Hilfe des Landes und mehrerer Städte auf größerer kommunaler Ebene die Familienfreundlichkeit seines Wahlkreises verbessert.

In Sachen Rente ist *Karl Schiewerling* ein Kenner aus der Praxis. Seit 1986 ist er Mitglied der Vertreterversammlung der Deutschen Rentenversicherung Westfalen und seit 1999 Vorsitzender dieses Gremiums. Wenn man weiß, welch erheblich hohen Anteil die Rente am Finanzvolumen des Haushaltes für Arbeit und Soziales und am Bundeshaushalt insgesamt ausmacht, ist es gut, Experten dazu in den politischen Entscheidungsgremien zu haben. *Karl Schiewerling* hat mit dieser Erfahrung oft die Realitäten gerade gerückt, wenn so mancher Oppositionspolitiker in rentenpolitischen Debatten das Unmögliche forderte.

Ein besonderer Coup ist *Karl Schiewerling* am Ende seiner Zeit als Mitglied des Bundestages gelungen. Er hat maßgeblich dazu beigetragen, dass die Arbeitsbedingungen für Beschäftigte in der Fleischindustrie verbessert wurden. Trotz der geänderten Regelungen im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz herrschten in dieser Branche noch immer schlimme Bedingungen für die Beschäftigten. Am 1. Juni 2017 haben wir im Bundestag per Gesetz den Missbrauch von Werkverträgen in der Fleischindustrie gestoppt. Diese Initiative der Regierungskoalition geht auf *Karl Schiewerling* zurück. Eine gesetzliche Regelung war notwendig, denn die Fleischindustrie hatte zwar eine freiwillige Selbstverpflichtung abgegeben, die Arbeitsbedingungen ihrer häufig aus Osteuropa stammenden, in Subunternehmen beschäftigten, Mitarbeiter bis zum Herbst 2016 zu verbessern, aber nicht alle Unternehmen hatten sich beteiligt und die Zustände waren weiterhin unerträglich. Die Arbeitsbedingungen und die tatsächlich gezahlten Löhne sind sehr oft inakzeptabel. Mitarbeiter sind mit Werkverträgen über Subunternehmer beschäftigt, die über verschachtelte Vertragskonstellationen mit Briefkastenfirmen im Ausland laufen. Werkvertragsunternehmer konnten sich so der Verantwortung für die Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge entziehen. Es kam zu fürchterlichen Zuständen, die den Menschen und Politiker *Karl Schiewerling* – zu Recht – so aufgeregt haben, dass er einen so gar nicht der klassischen CDU-Linie entsprechenden Vorschlag entwickelt hat: staatliche Regulierungsmaßnahmen und detaillierte Verschärfung von Vorschriften und Kontrollen durch neue gesetzliche Regelungen. Mit der Generalunternehmerhaftung sind nun die Schlachthofbetreiber für die ordnungsgemäße Entlohnung der Beschäftigten auch in Subunternehmen verantwortlich. Außerdem dürfen den Schlachtern und Zerlegern Arbeitsmaterialien wie Messer und Schutzkleidung nicht mehr vom Lohn abgezogen werden. Anderenfalls drohen Geldbußen von 30.000 bis 50.000 €. Uns Sozialdemokratinnen und Sozialdemokraten hat es natürlich gefreut, dass wir mit *Karl Schiewerling* einen versierten Mitstreiter aus den Reihen des Koalitionspartners CDU/CSU hatten, der sich für dieses wichtige Thema engagiert eingesetzt hat. Wir werden ihn in Zukunft als verlässlichen Verhandlungspartner vermissen.

Ich werde ihn als Kollegen im Bundestag vermissen, auf dessen Wort und auf dessen grundsätzliche sozialpolitische Wertorientierung man sich verlassen konnte. Alles Gute!

Kerstin Griese, MdB, Vorsitzende des Ausschusses für Arbeit und Soziales (18. Legislaturperiode)

Karl Schiewerling – Politik mit Haltung, Verstand und christlichen Wurzeln

Für Karl Schiewerling einen Beitrag in einer Festschrift schreiben, das mache ich gern. Und das ist besonders. Eine »Rote« für einen »Schwarzen«. Ja, eine Sozialpolitikerin für einen Sozialpolitiker. Für einen, dessen Wort gilt und der soziale Politik mit Haltung, Vertrauen und christlichen Wurzeln verbindet.

Mit Karl Schiewerling habe ich in den letzten vier Jahren 40 Vorhaben und Gesetze in der Arbeitsmarkt- und Sozialpolitik verhandelt und am Ende auch durchgesetzt. Mit keinem anderen habe ich so viele Wochenenden am Telefon verbracht, SMS geschrieben und in Berlin in Sitzungszimmern gegessen. Was ich dabei bis heute schätze, ist, dass man sich auf Karl – wir duzen uns – verlassen kann. Wenn wir etwas vereinbart haben, wussten wir beide: Das gilt.

Vertrauen ist ein hohes Gut in der politischen Arbeit – ohne geht es nicht. Leider wird es oft gebrochen. Bei Karl niemals. Es liegt in der Natur der Sache, dass wir oft nicht einer Meinung waren, sind und bleiben. Doch wir waren immer fair im politischen Wettbewerb, unsere Zusammenarbeit war von Anfang an von Vertrauen geprägt. Sie war zudem respektvoll und von gegenseitiger Wertschätzung für die Argumente des anderen getragen – auch das ist nicht immer eine Selbstverständlichkeit, wenn es politisch hart zur Sache geht. Vielleicht liegen die Wurzeln dafür in unseren Biografien. Karl hat, lange bevor er das Gesicht und Stimme der CDU für die Arbeitsmarkt- und Sozialpolitik wurde, eine Ausbildung zum Industriekaufmann absolviert. Ich selbst eine Banklehre. Das prägt fürs Leben. Kreißaal, Hörsaal, Plenarsaal – das war nicht unser beider Weg. Ging es um die Chancen von jungen Menschen, waren die Gespräche mit Karl immer von einer hohen Lebenswirklichkeit und fachlichen Tiefe geprägt.

Das gilt bis heute, wenn es um die Perspektiven von Langzeitarbeitslosen geht. Für uns beide hat die konkrete politische Arbeit meist dann begonnen, wenn Menschen drohten, zwischen den Sozialgesetzbüchern durch das Netz zu fallen. Karl konnte dabei immer auf seine langjährige Erfahrung bei Kolping zurückgreifen, ich konnte dabei immer aus meiner eigenen Lebenserfahrung als Kind einer alleinerziehenden Mutter mit vier Kindern schöpfen.

Wir haben in den letzten vier Jahren viel erreicht. Als Sozialdemokratin hätte ich mir noch mehr vorstellen können, aber: Wir haben den flächendeckenden, gesetzlichen Mindestlohn durchgesetzt, zahlreiche Verbesserungen in der Rentenpolitik erreicht und erstmals mit einem Bundesteilhabegesetz elementare Verbesserungen für Menschen mit Behinderungen auf den Weg gebracht.

Von Beginn an war bei aller politisch unterschiedlichen Auffassung klar: Wir wollen, dass diese Gesetze am Ende beschlossen und im Bundesgesetzblatt stehen. Das waren manchmal auch sehr harte Auseinandersetzungen, bei der wir bis aufs Komma gerungen und verhandelt haben. Nie sind wir danach aber so auseinander gegangen, dass wir uns nicht mehr hätten in die Augen schauen können. Und was vertraulich war, blieb und bleibt vertraulich. Klar ist, als Sozialdemokratin wollte ich immer mehr – manchmal

mit seiner Unterstützung aber gegen extremen Widerstand in der Union, manchmal auch ohne seine Unterstützung und dann wurde auch nix draus.

Karl ist ein Politiker mit starken christlichen Wurzeln. Deshalb sind wir uns in gesellschaftspolitischen Fragen nicht immer einig. Aber die vielen Gespräche, an die ich mich hier erinnere, waren immer fruchtbar.

Zum Abschluss ein Blick in die Zukunft der Sozialpolitik in Deutschland. Ich wünsche mir, dass wir weiter ein Land bleiben, das Lebensrisiken solidarisch absichert und allen bestmögliche Chancen bietet. Dann geht es gerecht zu. Ich glaube, da sind wir näher bei einander als viele vermuten. Lieber Karl, du bist nicht nur lang, du bist ein Großer!

Katja Mast, MdB, Sprecherin für Arbeit & Soziales der SPD-Bundestagsfraktion (18. Legislaturperiode)

Vorschau | In einer der nächsten Ausgaben von »Soziales Recht« werden Sie voraussichtlich lesen:

Abhandlungen

- *Wilma Liebman: Debating the Gig Economy, Crowdwork, and New Forms of Work*
- *Sudabeh Kamanabrou (Hrsg.): Rechtsangleichung im Recht der Kettenbefristungen (Bernd Waas)*
- *Matteo Fornasier: Alternativmodelle zur Geltungserstreckung von Tarifverträgen – eine rechtsvergleichende Betrachtung*