

# 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

**HSI**

Hugo Sinzheimer Institut  
für Arbeits- und Sozialrecht

### Abhandlungen

- Rechtliche Anreize zur Tarifbindung im Ausland – Modell für Deutschland?**  
*Monika Schlachter* ..... Seite **205**
- Das politische Streikrecht in Deutschland – eine Bestandsaufnahme**  
*Daniel Polzin* ..... Seite **216**

### Rezensionsaufsätze

- Wolfgang Däubler/Michael Kittner (Hrsg.),  
**Geschichte der Betriebsverfassung**  
*Hermann Reichold* ..... Seite **231**
- Alexander Stöhr (Hrsg.),  
**Kleine Unternehmen – Schutz und Interessenausgleich im Machtgefüge  
zwischen Arbeitnehmern, Verbrauchern und Großunternehmen**  
*Gerald Spindler* ..... Seite **237**
- Christopher Rinckhoff (Hrsg.),  
**Die bürgengleiche Haftung im Arbeits- und Sozialrecht**  
*Daniel Hlava* ..... Seite **242**

# Pandemie und Arbeitsrecht



Däubler

## Arbeitsrecht in Zeiten der Corona-Krise

Rechte und Pflichten im Ausnahmezustand

2020. 156 Seiten, kartoniert

€ 29,90

ISBN 978-3-7663-7050-1

[www.bund-verlag.de/7050](http://www.bund-verlag.de/7050)

Die Corona-Pandemie ist auch für Betriebsräte und deren Berater eine Ausnahme-situation. Es stellen sich viele neue arbeitsrechtliche Fragen. Wolfgang Däubler geht auf alle kritischen Punkte ein, denen sich Betriebsratsgremien jetzt stellen müssen. Er gibt Hilfestellungen und zeigt pragmatische Lösungsansätze für komplexe Sachverhalte.

### Die Kerninhalte

- › Vorsorgemaßnahmen im Betrieb
- › Arbeit im Homeoffice
- › Corona-Erkrankung eines Beschäftigten
- › Arbeitsmangel und Kurzarbeit
- › Unversorgte Kinder
- › Betriebsratsbeschlüsse per Telefon- und Videokonferenz
- › Betriebe mit besonders großem Arbeitskräftebedarf

75 Fragen und Antworten zur Betriebsratsarbeit und zu individualarbeitsrechtlichen Themen in der Corona-Krise ergänzen die Darstellung. Dazu gibt es ein Interview zum Datenschutz und Vorlagen für Betriebsvereinbarungen zu Kurzarbeit, Pandemie und Homeoffice.

### Soziales Recht

6/2020

ISSN 2193-5157

Dezember 2020, 10. Jahrgang

### Herausgeber

Prof. Dr. Olaf Deinert (geschäftsführend)

Prof. Dr. Rüdiger Krause

Institut für Arbeitsrecht der

Georg-August-Universität Göttingen

### in Zusammenarbeit mit:

Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht, Frankfurt

### Redaktion

Prof. Dr. Olaf Deinert

Prof. Dr. Manfred Walser, LL.M.

### Anschrift der Redaktion

Institut für Arbeitsrecht der

Georg-August-Universität Göttingen

Platz der Göttinger Sieben 6

37073 Göttingen

Tel. 0551 / 39 – 279 48

Fax: 0551 / 39 – 272 45

E-Mail: [sekretariat.deinert@](mailto:sekretariat.deinert@jura.uni-goettingen.de)

[jura.uni-goettingen.de](mailto:sekretariat.deinert@jura.uni-goettingen.de)

### Verlag

Bund-Verlag GmbH

### Geschäftsführer

Rainer Jöde

### Geschäftsbereich Zeitschriften

Bettina Frowein (verantwortlich)

Tel. 069/79 50 10-83

### Anschrift des Verlages

Bund-Verlag GmbH

Emil-von-Behring-Straße 14

60439 Frankfurt/Main

(ladungsfähige Anschrift)

Tel. 069/79 50 10-0

Fax: 069/13 30 77-666

### Anzeigen

Peter Beuther (verantwortlich)

Thorsten Kauf

Tel. 069/79 50 10-602

[thorsten.kauf@bund-verlag.de](mailto:thorsten.kauf@bund-verlag.de)

Erscheint 6 x jährlich als Supplement

der Zeitschrift Arbeit und Recht.

Im Abonnementpreis der Zeitschrift

Arbeit und Recht enthalten.

### Umschlag und Layout

Ute Weber, Geretsried

### Druckvorstufe

Da-TeX Gerd Blumenstein, Leipzig

### Druck

Druckerei Marquardt GmbH, Aulendorf

Mit Namen gekennzeichnete Beiträge, Beilagen und Anzeigen geben nicht unbedingt die Meinung der Herausgeber, der Redaktion oder des Verlages wieder.

Alle in diesem Supplement veröffentlichten

Beiträge und Abbildungen sind

urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung – auch auszugsweise – bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages.

# Rechtliche Anreize zur Tarifbindung im Ausland – Modell für Deutschland?

Prof. Dr. Dr. hc. Monika Schlachter,

Institut für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der Europäischen Union (IAAEU), Universität Trier

## I. Tarifbindung in Westeuropa

### 1. Tatsächliches

Der Begriff der Tarifbindung wird uneinheitlich verwendet. Darunter kann verstanden werden, dass Arbeitsverhältnisse bestehenden Tarifregelungen kraft Organisationszugehörigkeit der Vertragsparteien unterliegen, dass dies auf staatlicher Anordnung beruht oder auf einer vertraglichen Inbezugnahme. Empirische Untersuchungen sind typischerweise daran interessiert, den tatsächlichen Einfluss von Tarifregelungen auf die Arbeitsbeziehungen eines Landes zu messen; daher bilden die verfügbaren Statistiken regelmäßig alle tariflich beeinflussten Arbeitsverhältnisse ab<sup>1</sup>. Dass die erfassten Wirkungsformen rechtlich nicht gleichwertig sind, ist für eine empirische Sozialforschung weniger relevant, auf die rechtstechnische Methode der Herstellung dieses Einflusses kommt es nicht an. Zur Verdeutlichung soll für diese weite Begrifflichkeit der Begriff der »Tarifwirkung« verwendet werden, der alle Situationen erfasst, in denen der Inhalt von Arbeitsverhältnissen ganz oder teilweise einem Tarifvertrag folgt, egal aus welchem Rechtsgrund.

Im juristischen Kontext haben die verschiedenen Gründe, aus denen sich Arbeitsverhältnisse nach Tarifverträgen richten, allerdings sowohl Wirkungen auf die Verbindlichkeit der Tarifregelungen wie auf die Tarifautonomie der Kollektivvertragsparteien. Gilt ein Tarifvertrag kraft beiderseitiger *Verbandszugehörigkeit*, wirken seine autonom gesetzten Bestimmungen auf die Arbeitsverhältnisse zwingend ein. Stellt eine *Bezugnahme* die Tarifwirkung in einem Arbeitsverhältnis her, fehlt es jedenfalls an der Unabdingbarkeit der Tarifregelung<sup>2</sup>. Stellt eine *staatliche Erstreckung* diese Wirkung her, handelt es sich nicht um »Selbstgesetzgebung« der Tarifparteien, sondern um hoheitliche Rechtssetzung. Der Begriff der Tarifbindung ist daher enger als der der Tarifwirkung, und im deutschen Recht von § 3 Abs. 1 TVG bestimmt. Danach hängt die Tarifbindung auf Arbeitnehmerseite

von der Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft, auf Arbeitgeberseite alternativ zur Verbandsmitgliedschaft von der Eigenschaft als Partei eines Tarifvertrages ab; in anderen EU-Mitgliedstaaten kann die Geltung von Tarifverträgen auch anders gestaltet werden; insbesondere die erga-omnes-Wirkung, die alle in einem tarifgebundenen Betrieb Beschäftigten erreicht, ist in Europa weit verbreitet<sup>3</sup>. Bereits damit wird deutlich, dass die Tarifbindung auch von dem jeweiligen Tarifrechtssystem geprägt wird.

Dass die Tarifbindung in Deutschland von einer Mitgliedschaft in den tarifschließenden Verbänden erzeugt wird, beruht auf dem Gedanken, dass ein Beitritt zum Verband dessen Rechtssetzungsbefugnis den Mitgliedern gegenüber legitimiert. Das gilt für Arbeitgeber- und Arbeitnehmerkoalitionen gleichermaßen. Von welchen Voraussetzungen der Beitritt zu einer Koalition allerdings begünstigt wird, ist für beide Seiten durchaus unterschiedlich. Arbeitgeberverbände organisieren Unternehmen, die sich gegen gewerkschaftliche Forderungen verteidigen wollen<sup>4</sup>; gibt es in einer Branche oder einem Sektor kaum organisierte Arbeitnehmer, können die Gewerkschaften aus eigener Kraft kaum Forderungen durchsetzen, für Arbeitgeber ist dann eine Verbandsmitgliedschaft eher als OT-Mitgliedschaft oder Zugehörigkeit zu einem Wirtschaftsverband attraktiv. Der Umfang der Tarifbindung in einem Land hängt damit zentral vom Organisationsgrad der Gewerkschaften ab<sup>5</sup>. Wächst er signifikant, erhöht sich

1 Lesch/Vogel/Bushoff/Giza, Stärkung der Tarifbindung, IW-Analysen Nr. 120, Köln 2017, S. 46 ff.; Visser, Database on Institutional Characteristics of Trade Unions, Wage Setting, State Intervention and Social Policy in 34 Countries between 1960 and 2018, Amsterdam 2019, abrufbar unter: [https://aias.s3.eu-central-1.amazonaws.com/website/uploads/ICTWSS\\_6\\_1\\_Codebook.pdf](https://aias.s3.eu-central-1.amazonaws.com/website/uploads/ICTWSS_6_1_Codebook.pdf) (14.10.2020).

2 Hartmann, ZfA 2020, 152, 154.

3 Kamanabrou (Hrsg.), Erga-Omnes-Wirkung von Tarifverträgen, Tübingen 2011, S. 22 f.

4 Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts 2, Halbbd. 1, 7. Aufl. Berlin ua. 1967, S. 3 f.; Hartmann, ZfA 2020, 152, 154.

5 Aus ökonomischer Perspektive: Seiwerth, RdA 2014, 358, 362; aA.: Schubert/Schmitt, European Labour Law Journal 11 (2020), 154, 157.

auch die Mitgliederzahl bei Arbeitgeberverbänden und die Tarifbindung wird insgesamt größer.

Der Organisationsgrad auf Arbeitnehmerseite ist für die Tarifbindung zwar entscheidend, aber offensichtlich schwerer zu erklären. Die Entscheidung zum Verbandsbeitritt wird dort anscheinend nicht von derselben Logik beherrscht wie auf Arbeitgeberseite<sup>6</sup>. Je prekärer die Arbeitsverhältnisse sind, je weniger Verhandlungsmacht die Einzelnen besitzen, desto seltener sind sie gewerkschaftlich organisiert. Die meiste Gefolgschaft finden Gewerkschaften neben dem öffentlichen Dienst in den wirtschaftlich überdurchschnittlich erfolgreichen Industriesektoren. In den übrigen Bereichen sinkt der Organisationsgrad seit Jahren tendenziell<sup>7</sup>, und mit ihm zugleich die Tarifbindung. Um diesen Trend abzuschwächen oder umzukehren, müssen Gewerkschaften für Nichtmitglieder attraktiver werden. Angesichts der tatsächlichen Schwierigkeiten, Mitglieder einer individualistischen Gesellschaft für kollektives Zusammenwirken zu begeistern<sup>8</sup>, sind Organisationsbemühungen bisher aber nur bescheidene Erfolge beschieden. Der DGB nennt einen Anstieg der Mitgliederzahl von 4.237.921 für 2009 auf 5.934.971 für 2019<sup>9</sup>. Als positives Signal kann das gelten, aber noch nicht als Beleg für eine Trendwende.

Die Tarifwirkung sinkt in einigen Ländern zwar ebenfalls, aber weit weniger als die Tarifbindung. Tatsächlich liegt die Tarifwirkung in den Mitgliedstaaten der EU praktisch überall höher als die Tarifbindung, teilweise ist der Abstand zwischen den Größen sogar extrem. Nach einer Erhebung des European Trade Union Institute (ETUI) für das Jahr 2016<sup>10</sup> betrug der gewerkschaftliche Organisationsgrad in Frankreich 8 %, die Tarifwirkung dagegen 98 %; in Spanien betrug der Organisationsgrad 19 % bei 70 % Tarifwirkung; in Österreich liegt das Verhältnis bei 28 % Organisationsgrad zu 95 % Tarifwirkung, in Deutschland bei 18 % zu 59 % Tarifwirkung. Nur in Dänemark (Organisationsgrad 67 % und Tarifabdeckung 80 %) und Schweden (Organisationsgrad 70 % zu 88 % Tarifwirkung) liegen die Zahlen deutlich enger beieinander. Diese Differenz beruht in erster Linie auf staatlichen Maßnahmen, die zur Erweiterung der Tarifwirkung eingesetzt werden, sobald diese wegen zu geringer Tarifbindung nicht mehr autonom hergestellt werden kann. Welche Maßnahmen dafür ergriffen werden, beeinflusst auch den Umfang der damit erreichten Wirkungen: Wenn mit zwingendem Recht geregelt wird, bleibt die Tarifwirkung nahe 100 %, losgelöst von jeder Tarifbindung. Wenn eine über die Tarifbindung

hinausgehende Tarifwirkung durch Verwaltungs- oder Gerichtsentscheidungen hergestellt wird, werden zwar nicht alle, aber doch deutlich mehr als die tarifgebundenen Arbeitsverhältnisse von der Tarifwirkung erfasst<sup>11</sup>. Nur in den nordischen Ländern wird die Tarifwirkung unmittelbar vom Organisationsgrad geprägt, eine staatliche Erweiterung der Tarifwirkung ist entbehrlich und teilweise im Tarifsysteem gar nicht vorgesehen. Daraus lässt sich schließen, dass bei schwacher Tarifbindung staatliche Maßnahmen ergriffen werden, die aber typischerweise bei der Tarifwirkung ansetzen<sup>12</sup>; das gilt auch für Deutschland, etwa durch Änderungen im AEntG, bei den Voraussetzungen der Allgemeinverbindlicherklärung und der Einführung eines Mindestlohns. Die Tarifbindung hat davon offenbar nicht profitiert, und auch die Auseinanderentwicklung der beiden Größen in anderen Ländern lässt den Rückschluss zu, dass eine direkte staatliche Erweiterung der Tarifwirkung auf die Tarifbindung kaum zurückwirkt. Das ist insoweit plausibel als ein wirtschaftlicher Anreiz zum Gewerkschaftsbeitritt eher geschwächt als gestärkt wird, wenn die Ergebnisse von Tarifverträgen durch staatliche Intervention auch Nichtmitgliedern zugutekommen.

## 2. Staatlicher Regelungsrahmen

Wie staatliche Rahmenbedingungen die Tarifwirkung gestalten, lässt sich für Deutschland schon anhand der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Koalitionsfreiheit zeigen: Nach anerkannter Interpretation von Art. 9 Abs. 3 GG ist es Aufgabe der Koalitionen, bei der Ordnung des Arbeitslebens mitzuwirken und diese autonom zu gestalten<sup>13</sup>, wofür der Gesetzgeber seine Kompetenz zur Regelung des Arbeitsrechts in den entsprechenden Bereichen »weit zurücknimmt«<sup>14</sup>. Diese zentrale Aufgabe der Koalitionen wird in

6 Grotmann-Höfling, SAE 2019, 93, 96 f.

7 Ellguth/Kohaut, WSI-Mitteilungen 2019, 290, 291 f.; Grotmann-Höfling, SAE 2019, 93, 94.

8 Zahlen bei: Grotmann-Höfling, SAE 2019, 93, 99 f.

9 Abrufbar unter: [www.dgb.de/uber-uns/dgb-heute/mitgliederzahlen](http://www.dgb.de/uber-uns/dgb-heute/mitgliederzahlen) (14.10.2020).

10 Abrufbar unter: <http://de.worker-participation.eu/Nationale-Arbeitsbeziehungen/Laender> (14.10.2020).

11 Schubert/Schmitt, European Labour Law Journal 11 (2020), 154, 160.

12 BT-Drs. 17/2600, S. 331: Organisationsgrad der Gewerkschaften und Tarifbindung auf dem deutschen Arbeitsmarkt im europäischen Vergleich.

13 Waltermann, ZfA 2000, 53, 65.

14 BVerfG, 24.5.1977 – 2 BvL 11/74 – BVerfGE 44, 322.

der Verfassung nur prinzipiell garantiert, ihre konkrete Ausgestaltung ist dem Gesetzgeber übertragen und in den Bestimmungen des TVG umgesetzt. Das bundesdeutsche Tarifrecht hat sich dabei vielfach an den Grundsätzen aus der Weimarer TVVO orientiert. Die gesellschaftliche und wirtschaftliche Situation ist mittlerweile jedoch geprägt durch andere Faktoren wie Beschäftigungszuwachs im Dienstleistungsbereich, Zunahme atypischer Beschäftigungsformen auch außerhalb des Arbeitsverhältnisses, und einen ausgeprägten Niedriglohnsektor, der kaum tariflich reguliert und deshalb von der allgemeinen Lohnentwicklung fast abgekoppelt ist<sup>15</sup>. Das Tarifsysteem erreicht einen relevanten Teil der Arbeitsbeziehungen nicht mehr. Dieser Regelungsmangel aktiviert die grundsätzlich »zurückgenommene« Regelungskompetenz des Staates und seine Verantwortung für »noch angemessene« Mindestarbeitsbedingungen und die Leistungsfähigkeit sozialer Sicherungssysteme wie Grundsicherung und Rentenversicherung<sup>16</sup>.

Dafür stehen verschiedene Handlungsoptionen zur Verfügung: Der Staat übernimmt die nach Art. 9 Abs. 3 GG grundsätzlich den Koalitionen übertragene Aufgabe gegebenenfalls selbst, oder das Tarifsysteem wird so fortentwickelt, dass es die Tarifparteien stärker als bisher dabei unterstützt, zur Verbesserung ihrer Handlungsfähigkeit für potentielle Mitglieder attraktiver zu werden. Die Alternative, die Tarifwirkung durch tarifgestützte Gesetzgebung zu verstärken, nutzt vornehmlich die fachliche Kompetenz der Tarifparteien, um den Inhalt staatlicher Regulierung zu strukturieren; die Attraktivität der Verbände wird damit aber allenfalls indirekt gefördert<sup>17</sup>. Eine gezielte Förderung der Tarifbindung scheint dann geboten, wenn strukturelle Probleme von den Verbänden aus eigener Kraft nicht bewältigt werden. Ein Gesichtspunkt, der als Indiz für das Bestehen eines strukturellen Problems sprechen könnte, liegt im ungleichen Einfluss der Tarifparteien auf den Anreiz zum Gewerkschaftsbeitritt. Arbeitgeber können mit vertragsrechtlichen Mitteln die Tarifwirkung auf Außenseiter erweitern und so die wirtschaftliche Attraktivität einer Gewerkschaftsmitgliedschaft negativ beeinflussen<sup>18</sup>. Gewerkschaften, denen eine Gestaltung von Arbeitsverträgen allein mit tariflichen Mitteln möglich ist, haben aber umgekehrt nur begrenzte Möglichkeiten, tarifliche Arbeitsbedingungen so zu gestalten, dass eine Mitgliedschaft wirtschaftlich attraktiver werden könnte<sup>19</sup>. Zwar sind tarifliche Differenzierungsklauseln nicht mehr ausgeschlossen, werden aktuell aber nur in begrenztem Umfang anerkannt<sup>20</sup>.

Noch ist allerdings nicht geklärt, ob Differenzierungsklauseln tatsächlich geeignet sind, die Bereitschaft zum Gewerkschaftsbeitritt zu fördern, indem sie einem vermuteten ökonomischen Anreiz gegen die Mitgliedschaft entgegen wirken: Sich für die tarifautonome Gestaltung des Arbeitslebens als Gewerkschaftsmitglied einzusetzen, bringt wirtschaftlich betrachtet keine Vorteile, wenn man auch ohne Engagement und ohne Mitgliedsbeitrag bei einem »großen« Arbeitgeber an den Vorteilen dieses Systems automatisch beteiligt wird, während man bei einem »kleinen« Arbeitgeber trotz dieser Eigenleistung keine hohe Erfolgswahrscheinlichkeit hat<sup>21</sup>. Tarifliche Sonder Vorteile für Gewerkschaftsmitglieder könnten dem von Bezugnahme Klauseln ausgehenden finanziellen Anreiz zum Fernbleiben etwas entgegensetzen, also die Vorteile eines »free-rider-Angebots« abschwächen. Positive Auswirkungen auf den Organisationsgrad können sie haben, sofern derartige wirtschaftliche Aspekte bei der Entscheidung für eine Mitgliedschaft ausschlaggebend sind. Empirisch ist allerdings aktuell nicht belegt<sup>22</sup>, wie stark die Entscheidung für oder gegen eine Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft von mehr wirtschaftlichen oder eher personalen Erwägungen gesteuert wird. Negativanreize könnten auch durch Gesetz kompensiert werden, um die Funktionsfähigkeit des Tarifsystems effektiv zu stützen; vorgeschlagen wurde dafür etwa eine gesetzliche Ausgleichsabgabe<sup>23</sup> oder eine teilweise Steuerbefreiung für tarifgebundenes Arbeitsentgelt<sup>24</sup>. Auch in diesem Falle hängt die Effektivität des Mittels aber von der primären Motivation der Beschäftigten ab.

15 Picker, RdA 2014, 25, 27; Waltermann, ZfA 2020, 211, 215.

16 Waltermann, SR 2014, 66, 72 ff.

17 Zur »ambivalenten Wirkung« der Allgemeinverbindlicherklärung vgl. BVerfG, 10.1.2020 – 1 BvR 4/17 – NZA 2020, 253.

18 Höpfner, ZfA 2020, 178, 188.

19 BAG, 29.11.1967 – GS 1/67 – AP Nr. 13 zu Art. 9 GG; BAG, 18.3.2009 – 4 AZR 64/08 – AP Nr. 41 zu § 3 TVG; BAG, 23.3.2011 – 4 AZR 366/09 – AP Nr. 147 zu Art. 9 GG; BAG, 21.5.2014 – 4 AZR 50/13 – AP Nr. 220 zu § 242 BGB Gleichbehandlung.

20 Nachweise bei: Deinert, RdA 2014, 129, 132 ff.

21 Franzen, Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt, Frankfurt aM. 2018, S. 77.

22 Vgl. etwa: van de Vall, Die Gewerkschaften im Wohlfahrtsstaat, Köln ua. 1966, S. 128, 179 f.

23 Höpfner, ZfA 2020, 178, 208 f.

24 Franzen, Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt (Fn. 21), S. 56, 73 ff.

Ein Vergleich mit Schweden zeigt rechtlich und tatsächlich Unterschiede zur Situation in Deutschland: Es gibt deutlich mitgliederstärkere Arbeitnehmerverbände<sup>25</sup>, deren Durchsetzungsfähigkeit vom rechtlichen Umfeld und kulturellen Traditionen offenbar begünstigt wird. Sowohl nach Verfassungsprinzipien<sup>26</sup> wie nach dem eigenen Selbstverständnis sind die schwedischen Tarifparteien bei der Ordnung des Arbeitslebens die zentralen Akteure. Der Gesetzgeber soll sich in der Sozialpolitik möglichst zurückhalten, die von den Tarifpartnern eindeutig als ihre eigene Angelegenheit angesehen wird. Schon seit ihrer grundlegenden Übereinkunft im sog. »Saltsjöbaden-Agreement« von 1938<sup>27</sup> sind beide Seiten bereit, notfalls auch schmerzhaft Kompromisse miteinander einzugehen, um staatliche Vorgaben für und Eingriffe in Arbeitskämpfe zu vermeiden. Für eine leistungsfähige autonome Gestaltung des Arbeitsmarktes benötigen beide Seiten einen starken, gut organisierten Verhandlungspartner auf der Gegenseite<sup>28</sup>, der das Ausgehandelte verlässlich umsetzt. Selbst bei Einigungsmangel, der zu Arbeitskämpfen berechtigt, nutzen langjährige Tarifpartner diese Rechte nur »verantwortungsbewusst«, um Schäden zu vermeiden, die den für das Allgemeinwohl verantwortlichen Staat zum Eingreifen bewegen könnten<sup>29</sup>.

Als Ausdruck dieses Grundverständnisses hat das schwedische Arbeitsgericht die Tarifwirkung dahingehend interpretiert, dass geltende Tarifverträge von tarifgebundenen Arbeitgebern auf alle bei ihnen Beschäftigten angewendet werden müssen<sup>30</sup>. Dies ist nicht Folge einer staatlichen Erstreckungsentscheidung oder einer freiwilligen Entscheidung des Unternehmens, sondern gilt als ungeschriebener Bestandteil des Tarifvertrages<sup>31</sup>. Den Tarifparteien verbleibt damit die Hoheit über diese Praxis. Weil die Arbeitnehmerseite ursprünglich ein Interesse an der Verhinderung von Unterbietungswettbewerb durch Arbeitslose hatte, hat sie die Gleichbehandlung grundsätzlich gefordert. Die Arbeitgeberseite hatte auch ein Interesse an der Vermeidung von Anreizen zum Gewerkschaftsbeitritt<sup>32</sup>, sodass beide diesen Kompromiss als angemessen ansehen. Wenn es aber der Gewerkschaft gelingt, für besonders dringlich erachtete Fälle Sonderregelungen für ihre Mitglieder durchzusetzen, ist eine ausdrückliche Differenzierung im Tarifvertrag möglich<sup>33</sup>, die dem ungeschriebenen Gleichbehandlungsgebot vorgeht. Die Abweichung von diesem Tarifinhalt ist für tarifgebundene Unternehmen tarifwidrig und damit

unzulässig. Zur gerichtlichen Durchsetzung des Tarifinhalts ist die Gewerkschaft aus eigenem Recht befugt, auch wenn sie kein konkret betroffener Arbeitnehmer beauftragt<sup>34</sup>.

Die schwedischen Tarifparteien sind stark genug, das Arbeitsleben selbsttätig zu regeln, staatliche Maßnahmen sind dafür überwiegend nicht erforderlich. Den Tarifparteien ist aber bewusst, dass der Staat eingreifen kann, wenn ihnen eine Problemlösung nicht gelingt. Um diesen Verlust an Regelungsmacht zu vermeiden, bemühen sie sich um tragfähige Ergebnisse, die dafür notwendige Kompromissbereitschaft und Anerkennung der Organisationsinteressen der Gegenseite bestehen. Gesetzgebung und Rechtsprechung sind dabei in erster Linie unterstützend tätig.

### 3. Inhalt und Form staatlicher Maßnahmen

Kann die Tarifwirkung im Tarifgebiet nicht durch eine breite Tarifbindung erreicht werden, kann der Staat sie bei Bedarf mit eigenen Maßnahmen erweitern.

#### a) Staatlich verantwortete Erweiterung der Tarifwirkung

Am direktesten gelingt dies durch zwingendes Gesetzesrecht, wie zB. in Österreich, wo Arbeitgebern und Arbeitnehmern eine Mitgliedschaft in Berufsvereinigungen ver-

25 Keller/Darby, International Labor and Employment Laws Vol. IIA, Arlington 2013, Kap. II C. 1/2, S. 19-45/-46.

26 Keller/Darby, International Labor and Employment Laws Vol. IIA (Fn. 25), Kap. II F. 6, S. 19-60/-61; Köhler, ZESAR 2007, 399.

27 Dieses Übereinkommen errichtet Instrumente zur Konfliktvermeidung und zum Schutz Dritter in Arbeitskämpfen, vgl. Keller/Darby, International Labor and Employment Laws Vol. IIA (Fn. 25), Kap. II C. 4, S. 19-48; Eklund/Sigeman/Carlson, Swedish Labour and Employment Law, Uppsala 2008, S. 423; Köhler, ZESAR 2007, 399, 400.

28 Keller/Darby, International Labor and Employment Laws Vol. IIA (Fn. 25), Kap. II C. 4, S. 19-47.

29 Keller/Darby, International Labor and Employment Laws Vol. IIA (Fn. 25), Kap. II C. 4, S. 19-49.

30 Blanpain (Hrsg.), International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations, Vol. 14, Köln 2009, Rn. 443, 549, 588, 564; Keller/Darby, International Labor and Employment Laws Vol. IIA (Fn. 25), Kap. II F. 4, S. 19-58/59.

31 Göransson, Hidden Clauses in Collective Agreements. The case law of the Swedish Labour Court, Scandinavian Studies in Law Vol. 34 (1990), 93, 101.

32 Blanpain (Hrsg.), International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations, Vol. 14 (Fn. 30), Rn. 527.

33 Malmberg, Scandinavian Studies in Law Vol. 43 (2002), 203 ff.; Blanpain (Hrsg.), International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations, Vol. 14 (Fn. 30), Rn. 439, 527.

34 Blanpain (Hrsg.), International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations, Vol. 14 (Fn. 30), Rn. 389, 495, 565.

pflichtend vorgegeben wird<sup>35</sup>: Alle im Lande ansässigen privaten Arbeitgeber müssen Mitglied der Wirtschaftskammer sein (§ 2 WirtschaftskammerG), alle Arbeitnehmer Mitglieder der Arbeiterkammer (§ 10 ArbeiterkammerG). Diesen Vereinigungen kommt der Status einer gesetzlichen Interessenvertretung zu, also sind sie gemäß § 4 Abs. 1 Arbeitsverfassungsg tariffähig. Obwohl Kollektivverträge auf Arbeitnehmerseite in der Regel gerade nicht von der Arbeiterkammer als gesetzlichem Interessenvertreter verhandelt und unterzeichnet werden, sondern vom ÖGB als tariffähigem Verband mit freiwilliger Mitgliedschaft, wirkt sich dies trotz des geringen Organisationsgrades kaum negativ auf die Tarifwirkung aus. Die Gesetzgebung verhindert solche Folgen, indem § 12 Abs. 1 ArbVG die Normwirkung eines Kollektivvertrages auf sämtliche Beschäftigte eines tarifgebundenen Arbeitgebers erstreckt, sodass die von den Wirtschaftskammern auf Arbeitgeberseite geschlossenen Kollektivverträge für die meisten Arbeitsverhältnisse des privaten Sektors wirken. Dieses Tarifsysteem beeinflusst den Organisationsgrad auf Arbeitnehmerseite nicht, der dem generellen europäischen Trend entsprechend seit langem rückläufig ist. Stattdessen kompensiert es diesen niedrigen Organisationsgrad dadurch, dass die Arbeitgeber zwangsweise sowohl einem tariffähigen Verband angehören wie auch alle ihre Beschäftigten tarifentsprechend beschäftigen müssen. Anreize für eine Beteiligung am Tarifsysteem sind danach entbehrlich, da sie durch zwingende Vorgaben ersetzt werden.

Doch kann eine Erweiterung der Tarifwirkung auch mit Anreizwirkungen kombiniert werden. Das französische Recht sieht sowohl eine Tarifwirkung auf alle bei einem tarifgebundenen Arbeitgeber Beschäftigten vor, erlaubt es aber weitergehend unter besonderen Umständen den Geltungsbereich von Tarifverträgen durch behördliche Entscheidung über den vereinbarten Umfang hinaus auszudehnen<sup>36</sup>. Dabei kommt sowohl eine *extension* (Art. L-2261-15 C. Trav.) in Betracht, die den Tarifvertrag auf nicht tarifgebundene Arbeitgeber im räumlichen und fachlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages erstreckt, wie ein *élargissement* (Art. L 2261-17 C.Trav.), das Tarifverträge über ihren Geltungsbereich hinaus erstrecken kann, sofern in einer Branche der Abschluss von Tarifverträgen angesichts fehlender Koalitionen anderenfalls dauerhaft unmöglich zu sein scheint. Österreich erlaubt der Verwaltung mit vergleichbarer Zielsetzung, Kollektivverträge zu Satzungen zu erklären, § 18 Abs. 3

Nr. 4 ArbVG, falls in der Branche keine anderweitigen Kollektivvertragsregelungen bestehen. Solche Anordnungen übertragen eine Regelung in Geltungsbereiche, für die die Tarifparteien besondere Kompetenzen oder Nähebeziehungen nicht einmal zu besitzen beanspruchen. Tarifpolitisch soll die Erstreckung auch Anreize zur Beteiligung an Tarifverträgen schaffen<sup>37</sup>: Sofern branchenweit keine Tarifverträge abgeschlossen werden, müssen Unternehmen damit rechnen, vom Staat an branchenfremde Regelungen gebunden zu werden. Das mag nicht unbedingt Gewähr für die Passfähigkeit des Inhalts bieten, schafft aber einen Anreiz zum Abschluss eigener Tarifregelungen.

Die Erweiterung der Tarifwirkung durch Erstreckung von Tarifverträgen auf Außenseiter-Arbeitgeber innerhalb des fachlichen und räumlichen Geltungsbereichs des Vertrages setzt in Deutschland eine auf Antrag ergehende behördliche Entscheidung zu einem konkreten Tarifwerk voraus. Weitergehend kann das Tarifrecht jedoch auch die Verbände generell ermächtigen, Normen mit Wirkung für Außenseiter zu setzen. Das spanische Recht ordnet dies (nur) für die statuarischen Kollektivverträge<sup>38</sup> an, die auf Branchenebene geschlossen werden, Art. 82 Abs. 3 (1) Estatuto de los Trabajadores. Voraussetzung ist allerdings, dass der Vertrag sowohl auf Arbeitnehmerseite von einer »besonders repräsentativen Gewerkschaft« geschlossen wurde, die bei den Wahlen zur Betriebsvertretung mindestens 10 % der Sitze im räumlichen Geltungsbereich des Kollektivvertrages erreicht hat; zugleich muss auf Arbeitgeberseite ein Verband abgeschlossen haben, der mindestens 10 % der Arbeitgeber vertritt, die insgesamt mindestens 10 % der Arbeitnehmer beschäftigen. Damit soll die Regelung von Rechtsbeziehungen für Nichtorganisierte durch Tarifverträge legitimiert werden. Auch damit könnten indirekte Anreize für die Bereitschaft zum Abschluss von Tarifverträgen bezweckt werden: Wer sich einer repräsentativen Vereinigung anschließt, deren Tarifbestimmungen voraussichtlich erstreckt werden, kann dadurch bereits im Vorfeld auf deren Verhandlungsführung und -ergebnis Einfluss nehmen.

35 Lesch/Vogel/Busshoff/Giza, Stärkung der Tarifbindung (Fn. 1), S. 48 ff.

36 Dopheide, in: Kamanabrou (Fn. 3), S. 180 ff., 195.

37 Pelissier/Auzero/Dockès, Droit du Travail, 25. Aufl., Paris 2010, Rn. 1258.

38 Übersicht dazu bei: Abele, Tarifrecht in Spanien, Trier 1996 (zugl. Trier, Univ., Diss. 1996), S. 166 ff.; Alonso Olea/Casas Baamonde, Derecho del Trabajo, 27. Aufl., Madrid 2011, S. 1048, 1156.

Diese Instrumente sind jedoch deutlich weniger verbreitet als eine behördliche Erstreckung von Tarifverträgen auf Arbeitnehmer, die bei nicht tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigt werden<sup>39</sup>. Insbesondere in Frankreich, wo neben den Kollektivvertragsparteien auch das Ministerium aus eigenem Antrieb einen solchen Erstreckungsantrag stellen kann, wird mit diesem intensiv genutzten Instrument eine hohe Tarifwirkung erzeugt<sup>40</sup>. Die staatliche Entscheidung vermittelt die demokratische Legitimation, der Regelungsinhalt wird durch die für ihren Bereich jeweils fachkundigen Sozialpartner geschaffen. Eine Anreizwirkung auf Unternehmen ist hier eher nicht deutlich, und für Arbeitnehmer schafft eine vorhersehbare Erstreckung eher einen Anreiz zum Fernbleiben, da aus wirtschaftlichen Gründen eine Gewerkschaftsmitgliedschaft entbehrlich scheint.

Auch die Rechtsprechung kann indirekt die Tarifwirkung erweitern, typischerweise in Situationen, in denen die Gesetzgebung nicht handelt, etwa in Italien, wo die von Art. 39 Abs. 4 der Verfassung vorgesehene Erweiterung der Tarifbindung durch Tarifverträge eingetragener Gewerkschaften mit »erga-omnes-Wirkung« mangels eines für die Eintragung erforderlichen Ausführungsgesetzes nicht genutzt werden kann<sup>41</sup>. Als auch die ersatzweise geplante Einführung einer Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen für verfassungswidrig erklärt wurde und deshalb unterblieb, kamen staatliche Regulierungen durch Gesetz nicht mehr in Betracht. Daher hätten Tarifverträge ausschließlich für beiderseits Tarifgebundene Wirkung entfalten können. Das Bedürfnis nach Erweiterung der Tarifwirkung bestand aber dennoch, sodass die Rechtsprechung dazu überging, Arbeitsvertragsbedingungen inhaltlich auf ihre Angemessenheit zu überprüfen, insbesondere das Entgelt. Art. 36 Abs. 1 der Verfassung gibt Arbeitnehmern nämlich ausdrücklich ein Recht auf angemessenen Lohn, der ausreichen muss, ihnen und ihrer Familie eine freie und würdige Existenz zu sichern. Die Rechtsprechung zieht als Maßstab dafür, ob eine vertragliche Entgeltabrede diesen Anforderungen entspricht, in Ermangelung eines gesetzlichen Mindestlohns den einschlägigen Tarifvertrag heran. Weil die Tarifbestimmungen dabei zur Auslegung und Konkretisierung von allgemein geltenden Rechtsnormen dienen, kommt ihnen eine generelle, auch im Verhältnis zwischen nicht tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien wirkende Maßstabsfunktion zu. Eine im

Widerspruch zur Verfassung stehende arbeitsvertragliche Entgeltbestimmung ist nichtig, der Arbeitnehmer hat einen verfassungsunmittelbaren Anspruch auf gerechte Entlohnung, den die Rechtsprechung der Höhe nach aus der einschlägigen Tarifnorm konkretisiert<sup>42</sup>. Diese Tarifwirkung kann sich, neben der verfassungsrechtlichen Bestimmung zum angemessenen Entgelt, auch auf völkerrechtliche Gewährleistungen gerechter und angemessener Arbeitsbedingungen wie Art. 4 ESC stützen<sup>43</sup>, die in Italien im einfachen Recht unmittelbar anwendbar sind.

### b) Schaffung von indirekten Anreizen

Staatliche Regulierungen können sich sogar darauf konzentrieren, einen Anreiz für die Tarifparteien zu schaffen, selbst tariflich zu regeln, wie etwa die deutschen tarifdispositiven Rechtsnormen. Sie erlauben den Tarifparteien, trotz bestehenden Gesetzesrechts eigene, abweichende Vorgaben zu errichten, sofern ihnen eine Einigung gelingt. Das sollte zur Beteiligung am Tarifgeschehen ermutigen. In Kombination mit Bezugnahme Klauseln wirkt dieser Anreiz allerdings in problematischer Weise fördernd auf einen Unterbietungswettbewerb<sup>44</sup>. Das haben die von christlichen Gewerkschaften geschlossenen Tarifverträge der Leiharbeitsbranche eindrucksvoll bewiesen. Mit dem Regelungszweck der dispositiven Gesetzesnorm ist eine tarifliche Abweichungsbefugnis daher nur vereinbar, wenn in der jeweiligen Branche starke Tarifparteien vorhanden sind<sup>45</sup>, die sich für einen Unterbietungswettbewerb nicht missbrauchen lassen. In solchen Branchen bedürfte es dann aber wohl selten eines zusätzlichen Anreizes zur Nutzung des Tarifsystems. Jedoch können staatliche Maßnahmen die tarifautonome Regelung nicht nur verstärken, sondern der Koalitionsbetätigung auch Schranken setzen, etwa durch eine Rechtsetzung, die den Tarifparteien in ihrem Geltungsbereich nur wenig Betätigungsmöglichkeiten belässt. Die Erforderlichkeit solcher gesetzgeberischen

39 BT-Drs. 17/2600, Rn. 904, 915.

40 *Dufresne/Maggi-Germain*, WSI-Mitteilungen 2012, 534; *Lesch/Vogel/Buss-hoff/Giza*, Stärkung der Tarifbindung (Fn. 1), S. 54.

41 *Treu*, in: *Blanpain* (Fn. 30), Rn. 479 ff.

42 *Treu*, in: *Blanpain* (Fn. 30), Rn. 481.

43 *Alsos/Nergaard/van den Heuvel*, *Transfer* 25 (2019), 351, 358; *Schlachter*, *SR* 2019, 165, 169 ff.

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

45 *Waltermann*, *RdA* 2014, 86, 89; *Schlachter/Klauck*, *AuR* 2010, 354 ff.



Maßnahmen wird dabei als ein Ausdruck der Dysfunktionalität tariflicher Gestaltungsmöglichkeiten schwacher Tarifparteien gewertet. Im hiesigen Kontext stellt sich allerdings gerade die umgekehrte Frage, ob ein Unterbleiben staatlicher Sozialgesetzgebung das Entstehen mitgliederstarker Gewerkschaften fördern kann. Für einen solchen Zusammenhang wird auf das Modell der gewerkschaftsverwalteten Arbeitslosenversicherung verwiesen, das als »Genter System« bekannt ist.

## II. Das Genter System am Beispiel Schwedens

Das Genter System der freiwilligen, von Gewerkschaften verwalteten Arbeitslosenversicherung, das sich in allen nordischen Ländern mit Ausnahme von Norwegen durchgesetzt hat, wird zu den Anreizinstrumenten gezählt, die den Organisationsgrad beeinflussen und direkt die Tarifbindung stärken können<sup>46</sup>. Auffällig ist, dass auch das Hauptgutachten der Monopolkommission im Jahre 2009 auf dieses Instrument Bezug genommen hatte<sup>47</sup>. Ein näherer Blick darauf lohnt sich offensichtlich. Er soll jedoch wegen der relevanten Besonderheiten jedes der beteiligten Rechtssysteme nicht länderübergreifend verallgemeinernd erfolgen, sondern sich auf Schweden konzentrieren als dem Land, dessen Organisationsgrad in Europa am eindrucksvollsten ist. Dort expandierte die gewerkschaftsgetragene Arbeitslosenversicherung bis 1992 sowohl hinsichtlich ihrer Abdeckung der Erwerbsbevölkerung als auch hinsichtlich des Leistungsumfangs; dies setzte allerdings eine hohe Staatsquote bei der Finanzierung, und damit eine enge Kooperation mit der Regierung voraus. Dadurch gelang zeitweilig ein Ersatz von (in der Spitze) bis zu 90 % des vorherigen Erwerbseinkommens, und durch eine Kombination mit bezahlter Fortbildung eine langdauernde finanzielle Absicherung<sup>48</sup>. In jüngerer Zeit hat sich allerdings eine gegenläufige Entwicklung ergeben.

In seiner historischen Reinform, in der die Arbeitslosenversicherung von Gewerkschaften geschaffen, allein ihren Mitgliedern vorbehalten und auch von diesen finanziert war<sup>49</sup>, existiert das Genter Modell heutzutage nicht mehr. Schon in den 1970er Jahren war die Gewerkschaftsmitgliedschaft in Schweden keine zwingende Voraussetzung für die Zugehörigkeit zu einer Arbeitslosenkasse mehr, doch war es für Nichtmitglieder so teuer und

schwierig, die Aufnahmevoraussetzungen zu erfüllen, dass eine Doppelmitgliedschaft zum sozialen Standard wurde<sup>50</sup>. Der Einfluss des Staates führte allerdings dazu, dass in Dänemark und Finnland ein parallel laufendes staatliches System eingerichtet wurde, während in Schweden stärker die Finanzierungs- und Bezugsvoraussetzungen verändert worden sind.

Gerade vor dem Hintergrund einer Ablösung des Genter Systems durch eine staatliche Pflichtversicherung in anderen Ländern ist in Schweden auch das Genter System angepasst worden. Die Arbeitslosenversicherung ist jedoch immer noch freiwillig und wird von privatrechtlich organisierten »A-Kassa« getragen, die der fachlichen Zuständigkeit der Gewerkschaft entsprechend Beschäftigte bestimmter Branchen oder Berufe versichern. Es wird von (im Jahre 2017) insgesamt 27 unterschiedlichen branchen- oder berufsorientierten Kassen durchgeführt. Nur eine, die sogenannte »Alfa-Kassa«, ist nicht in dieser Form strukturiert, sondern bietet unabhängig von Branche oder Beruf all denjenigen eine Versicherung an, die sich gegen eine Mitgliedschaft bei den anderen Kassen entscheiden oder deren Versicherungsvoraussetzungen nicht erfüllen<sup>51</sup>. Die Höhe der Versicherungsleistungen wie auch die Voraussetzungen der Anspruchsberechtigung werden für alle Kassen staatlich kontrolliert. Die gewerkschaftsverwalteten Kassen sind organisatorisch selbstständig und weder in die Gewerkschaften eingegliedert noch ihnen gesellschaftsrechtlich verbunden<sup>52</sup>. Dennoch besteht vor Ort vielfach personale Identität zwischen den Mitarbeitern der Gewerkschaft und der Kassen. Gewerkschaftsmit-

46 Andersen, *Comparative Political Studies* 34 (2001), 1063, 1080 ff.; Kjellberg, *Transfer* 15 (2009), 481; Pietrogiovanni, in: Carlson/Herzfeld Olson (Hrsg.), *Labour Law and the Welfare State*, Uppsala 2019, S. 187, 200 f.; Lesch/Vogel/Buschhoff/Giza, *Stärkung der Tarifbindung* (Fn. 1), S. 59; Seiwerth, *EuZA* 2014, 450, 458; ders., *RdA* 2014, 358; ders., *NZA* 2014, 708; Waltermann, *RdA* 2014, 86.

47 BT-Drs. 17/2600, Rn. 901 ff., 914, 945.

48 Anderson, *Comparative Political Studies* 34 (2001), 1063, 1080 ff.

49 Lindellee, *Beyond Retrenchment. Multi-Pillarization of Unemployment Benefit Provision in Sweden*, Lund 2018, (zugl. Lund, Univ., Diss. 2018), S. 59 ff.; Clasen/Viebrock, *Das Genter System der Arbeitslosenversicherung im Zeitalter von Aktivierung und Individualisierung*, Stirling 2005, S. 8 ff.; Waltermann, *RdA* 2014, 86, 92.

50 Rothstein, in: O'Connor/Olsen (Hrsg.), *Power Resources Theory and the Welfare State*, Toronto 1998, S. 283, 303.

51 Lindellee, *Beyond Retrenchment* (Fn. 49), S. 66; Clasen/Viebrock, *Das Genter System der Arbeitslosenversicherung* (Fn. 49), S. 23; Köhler, *ZESAR* 2007, 399, 403.

52 Studie der schwedischen Aufsichtsbehörde IAF (2014/2018), zitiert nach Lindellee, *Beyond Retrenchment* (Fn. 49), S. 3.

glieder sind nicht zwangsweise den Kassen angegliedert, müssen aber nur noch einen geringen Zusatzbetrag zum Gewerkschaftsbeitrag zahlen, um Mitglied der Kasse werden zu können. Dies ist so attraktiv, dass eine Zugehörigkeit zu beiden Einrichtungen parallel immer noch den Regelfall bildet. Dennoch ist aktuell ein Teil der Beschäftigten weder Mitglied in den gewerkschaftlichen Kassen noch in einer Gewerkschaft<sup>53</sup>.

Nicht-Gewerkschaftsangehörige können den Kassen freiwillig beitreten und zahlen dafür einen etwas höheren Beitrag, der den für Nichtmitglieder höheren Verwaltungsaufwand der Kassen ausgleicht<sup>54</sup>. Wollen sie keiner Kasse beitreten, sind sie dazu nicht verpflichtet. Bei Arbeitslosigkeit erhalten sie dann lediglich eine staatsfinanzierte Grundversicherung, die einkommensunabhängig als Einheitsleistung gewährt wird und deshalb nur ein niedriges Niveau absichert. Diese Grundversicherung erfasst alle, die auf dem Arbeitsmarkt tätig sind, einschließlich der Selbstständigen, und setzt die Zahlung einer Versicherungsprämie voraus, die sich in der Höhe an den Kassenbeiträgen orientiert, oft aber auch etwas über diesen liegt<sup>55</sup>. Ausgezahlt wird auch die Grundversicherung von den Kassen. Wer sich freiwillig bei den Kassen versichert hat, erhält zusätzlich einen Zuschlag, der die ausgezahlte Summe auf bis zu 80 % des Nettolohns aufstocken soll, allerdings nur bis zu einer politisch betragsmäßig festgeschriebenen Gesamtobergrenze. Diese liegt so niedrig, dass bereits ab einem mittleren Einkommen die in Aussicht gestellten 80 % des Nettolohns in der Regel nicht mehr erreicht werden.

Angesichts des geringen mitgliederfinanzierten Beitrags können die Kassen die versicherte Zusatzleistung allerdings nicht aus den eigenen Mitteln finanzieren. Auch dieser Anteil wird mithin, wie bei der Grundversicherung, überwiegend aus Steuermitteln gezahlt. Im Gegenzug dazu hat der Staat die Aufsicht über die gewerkschaftseigene Verwaltung der Kassen übernommen<sup>56</sup> und macht Vorgaben für die Verwaltung der Finanzen<sup>57</sup>. Die Höhe des staatlichen Finanzierungsanteils unterliegt ohnehin der politischen Entscheidung und ist entsprechend veränderlich. Von der konservativ-liberalen Regierungskoalition »Allians« wurde er im Jahre 2007 wesentlich reduziert<sup>58</sup>; die steuerliche Abzugsfähigkeit von Mitgliedsbeiträgen wurde beseitigt. Zeitgleich wurde der Bezugszeitraum für die Leistungen verkürzt und die Bezugsvoraussetzungen verschärft. Da die Kassen ihre Beiträge deutlich erhöhen

mussten, weil der Zuschuss sank und zugleich ihre eigenen Kosten unmittelbar von der Höhe des Arbeitslosigkeitsrisikos der Versicherten bestimmt wurden, wird die Beitragshöhe seither für jede Berufsgruppe separat bestimmt<sup>59</sup>. In der Folge hatten sowohl die Kassen wie die Gewerkschaften erheblichen Mitgliederrückgang zu verzeichnen<sup>60</sup>. Zwar wurde der staatliche Finanzierungsanteil nach dem nächsten Regierungswechsel wieder aufgestockt<sup>61</sup>, doch wird die Lücke zwischen der unveränderten Obergrenze der Auszahlungen und dem angestrebten Ersatz von 80 % des Nettolohns inflationsbedingt immer größer<sup>62</sup>. Die Gewerkschaften versuchen gegenzusteuern, indem sie auf eine Erhöhung des Staatsanteils drängen, was politisch allerdings nicht durchsetzbar ist.

Daher wurde bereits seit den 1970er Jahren versucht, mit einem kollektivvertraglich geregelten Mechanismus zur Abfederung von Entlassungen gekündigten Arbeitnehmern den Übergang in ein neues Arbeitsverhältnis zu erleichtern<sup>63</sup>. Durch Tarifvertrag werden von den Tarifpartnern gemeinsam betriebene Einrichtungen zur Arbeitsvermittlung und Schulung eingeführt, die auch eine finanzielle Aufstockung der Leistungen der Arbeitslosenversicherung bieten, die durch einen Arbeitgeberbeitrag finanziert wird. Um diese Beitragslast überschaubar zu halten, sind die Zugangsvoraussetzungen zu diesem System allerdings strikt: Nur langjährig unbefristet in Vollzeit tätige Personen sind anspruchsberechtigt. Offenbar deshalb scheinen diese Systeme wenig bekannt, selbst unter den von Entlassung betroffenen Beschäftigten.

53 Lindellee, Beyond Retrenchment (Fn. 49), S. 78.

54 Clasen/Viebrock, Das Genter System der Arbeitslosenversicherung (Fn. 49), S. 27.

55 Clasen/Viebrock, Das Genter System der Arbeitslosenversicherung (Fn. 49), S. 23 f.

56 Die Aufsicht führt eine Behörde, IAF (= inspektionen för arbetslöshetsförsäringen).

57 Clasen/Viebrock, Das Genter System der Arbeitslosenversicherung (Fn. 49), S. 25.

58 Lindellee, Beyond Retrenchment (Fn. 49), S. 3, 64 f.; Clasen/Viebrock, Das Genter System der Arbeitslosenversicherung (Fn. 49), S. 49; Lesch/Vogel/Busshoff/Giza, Stärkung der Tarifbindung (Fn. 1), S. 60.

59 Lindellee, Beyond Retrenchment (Fn. 49), S. 74.

60 Lindellee, Beyond Retrenchment (Fn. 49), S. 68, 71 ff.; Bandau, WSI-Mitteilungen 2018, 96, 101.

61 Lindellee, Beyond Retrenchment (Fn. 49), S. 179.

62 Lindellee, Beyond Retrenchment (Fn. 49), S. 71; Bandau, WSI-Mitteilungen 2018, 96, 100.

63 Lindellee, Beyond Retrenchment (Fn. 49), S. 89 ff.

Stattdessen bieten Gewerkschaften exklusiv für ihre Mitglieder eine zusätzliche Gruppenversicherung gegen Lohnausfall bei Arbeitslosigkeit an<sup>64</sup>, die sowohl die Geldleistung der Kassen der Höhe nach aufbessert wie ihre Bezugsdauer verlängert; insbesondere bei den Besserverdienenden findet sie Zuspruch. Da diese Gruppenversicherungen von den Gewerkschaften mit privaten Versicherungsunternehmen ausgehandelt werden, also weder die Arbeitgeber noch der Staat an der Finanzierung beteiligt sind, stehen sie nur Gewerkschaftsmitgliedern offen, andere Arbeitnehmer haben keinen Zugang. Einige Gewerkschaften bieten die Zusatzversicherung sogar teilweise als Mitgliedschaftsleistung an, für bestimmte Berufsgruppen oder für eine bestimmte kürzere Leistungszeit<sup>65</sup>. Darüberhinausgehend werden diese Zusatzleistungen aber von den Versicherten mit einem entsprechenden Beitrag direkt selbst finanziert. Dasselbe Modell der Zusatzversicherung bieten Gewerkschaften auch für die Aufstockung von Leistungen im Krankheitsfalle. Da die Konditionen dieser Angebote von versicherungsmathematischen Berechnungen der privaten Anbieter bestimmt werden, sind die Beträge weder außergewöhnlich niedrig noch subventioniert. Sie können also vor allem für Besserverdienende einen Anreiz zum Gewerkschaftsbeitritt schaffen, Problemgruppen des Arbeitsmarktes können sich weitere Zusatzzahlungen dagegen nicht leisten.

Es bleibt daher zu fragen, ob ein wenig übersichtliches, zersplittertes System der Absicherung gegen Arbeitslosigkeit mit seiner zunehmend marktkonformen Ausrichtung auf individuelle Risikostrukturen tatsächlich einen Anreiz zum Gewerkschaftsbeitritt setzt. Einerseits ist unbestritten, dass der Organisationsgrad der nordischen Länder, die ihre Arbeitslosenversicherung nach dem Genter System organisiert haben, immer noch hoch ist<sup>66</sup>, und auch noch deutlich höher als in Norwegen, das diesem System bereits länger nicht mehr folgt. Dabei ist der Organisationsgrad auch bei Beschäftigten in instabilen, prekären Arbeitsverhältnissen und im Niedriglohnsektor noch relativ hoch<sup>67</sup>, zu denen Gewerkschaften in anderen Ländern nicht leicht Zugang finden. Zudem ging die 2007 eingeführte Verringerung des Staatsanteils bei der Finanzierung der Kassen, die eine Beitragserhöhung zur Folge hatte, mit einem deutlichen Rückgang des Organisationsgrades von 77 % auf 71 % in 2008 einher<sup>68</sup>. Ein Zusammenhang zwischen Arbeitslosenkasse und Gewerkschaftszugehörigkeit liegt hier nahe.

Heftig umstritten ist allerdings<sup>69</sup>, ob dieser Zusammenhang tatsächlich ein kausaler ist, und wie stark der Einfluss des Genter Systems dabei zu werten ist. Eine rechtliche Verknüpfung von Gewerkschaftszugehörigkeit und Mitgliedschaft in den Kassen besteht gerade nicht mehr, auch wenn sie historisch dem Genter System zugrunde liegt. Dass schwedische Arbeitnehmer dennoch häufig beiden Einrichtungen beitreten, hat wohl auch historische und psychologische Gründe. Da die Kassen eine starke personelle Übereinstimmung mit den lokalen Gewerkschaftsbüros aufweisen, profitieren deren Beratungs- und Förderungsangebote für Arbeitslose von den dort verfügbaren vertieften Kenntnissen der tariflichen Ansprüche und der lokalen Arbeitsmärkte. Der Eindruck von Fürsorge in Krisensituationen wird so überzeugend vermittelt, daher fühlen sich Geringverdiener und prekär Beschäftigte gut unterstützt und suchen die Hilfe der Gewerkschaft gerade bei Arbeitslosigkeit. Das Angebot von Sondervorteilen, das vornehmlich Zugewinne von Mitgliedern im oberen Einkommenssegment gebracht hat, besteht in der gewerkschaftlich organisierten privaten Gruppenversicherung zur Erhöhung und Verlängerung des Arbeitslosengeldbezuges. In Schweden wird die Ausgestaltung der Arbeitslosenversicherung von Sozialwissenschaftlern allerdings eher kritisch gesehen<sup>70</sup>, die Entwicklung immer weiterer Zusatzangebote wird eher als Indiz einer Entsolidarisierung gewertet, vor einer Verringerung des Risikoausgleichs zu Lasten besonders von Arbeitslosigkeit bedrohter Tätigkeiten wird gewarnt<sup>71</sup>. Zudem gilt die Freiwilligkeit der Zugehörigkeit zu einer Arbeitslosenversicherung besonders für Geringverdiener, die sich aus finanziellen Gründen gegen eine ausreichende Eigenvorsorge entscheiden könnten, als problematisch<sup>72</sup>.

64 Lindellee, *Beyond Retrenchment* (Fn. 49), S. 4 f.

65 Lindellee, *Beyond Retrenchment* (Fn. 49), S. 98 ff. und 100, 104, 108 (Tabellen).

66 Lindellee, *Beyond Retrenchment* (Fn. 49), S. 64; Bandau, *WSI-Mitteilungen* 2018, 96; Clasen/Viebrock, *Das Genter System der Arbeitslosenversicherung* (Fn. 49), S. 7; Leonardi, *WSI-Mitteilungen* 2006, 79, 84.

67 Leonardi, *WSI-Mitteilungen* 2006, 79, 83.

68 Kjellberg, *Nordic Journal of Working Life Studies* 2011, 67 ff.

69 Nachweise bei: Lind, *International Journal of Employment Studies* 2007, 4 ff.; Clasen/Viebrock, *Das Genter System der Arbeitslosenversicherung* (Fn. 49), S. 49.

70 Nachweise bei: Lindellee, *Beyond Retrenchment* (Fn. 49), S. 87 ff., 181 ff.

71 Lindellee, *Beyond Retrenchment* (Fn. 49), S. 5, 183.

72 Lindellee, *Beyond Retrenchment* (Fn. 49), S. 82.

### III. Modell für Deutschland?

Angesichts der zahlreichen Möglichkeiten, mit denen Gesetzgebung, Verwaltung oder Rechtsprechung die Tarifwirkung erweitern können, und den weniger zahlreichen Optionen zur Schaffung von Anreizen für eine mitglied-schaftliche Tarifbindung ist ein möglicher Modell-Charakter ausländischer Lösungen nicht leicht zu belegen. Ganz grundsätzliche Bedenken gegen eine Übertragbarkeit ausländischer Lösungen hat bereits der Vater der europäischen Arbeitsrechtsvergleichung, *Sir Otto Kahn-Freund*, ausdrücklich formuliert<sup>73</sup>. Das kollektive Arbeitsrecht ist seiner Ansicht nach für die Übernahme ausländischer Lösungen ein besonders ungeeignetes Rechtsgebiet. Es spricht viel dafür, dass die hier geäußerten Bedenken ernst genommen werden müssen. Bestehende kulturelle Prägungen einer Gesellschaft sind für die Bedeutung und die Akzeptanz von Kollektivregelungen entscheidend, und ein Regelungsmodell, das auf einem bestimmten Selbstverständnis aufbaut, wird unter deutlich anderen Bedingungen schwer funktionieren.

#### 1. Übertragbarkeit?

Beispielsweise werfen im französischen Tarifsysteem die weitreichenden staatlichen Maßnahmen zur Erstreckung von Tarifergebnissen auf Nicht- oder Andersorganisierte deutlich weniger Legitimationsprobleme auf als in anderen Ländern, weil die zu erstreckenden Tarifabschlüsse von zahlreichen Außenseitern mit erkämpft werden<sup>74</sup>. Zwar haben die Gewerkschaften kaum Mitglieder, rufen sie aber zum Streik auf, beteiligt sich daran eine Vielzahl von Beschäftigten. Die Arbeitskämpfe werden im buch-stäblichen Sinne kämpferisch, und auch unter Einsatz von Mitteln ausgetragen, die in anderen Ländern nicht akzeptabel wären. In Schweden ist demgegenüber der Organisationsgrad hoch, und ausnahmslos alle Beschäftigten, einschließlich Polizei, Justiz und Militär, haben das Recht, sich an einem gewerkschaftlich geführten Arbeitskampf zu beteiligen<sup>75</sup>. Doch sind die Kollektivvertragsparteien darüber einig, dass sie gemeinsam Verantwortung für das Funktionieren und die positive Entwicklung des schwedischen Arbeitsmarktes übernehmen<sup>76</sup>. Konflikte durchlaufen Mediations- und Schlichtungsverfahren, in denen alles versucht wird, gemeinsam eine friedliche Lösung zu entwickeln. Beide Seiten wollen unbedingt vermeiden, dass

staatliche Maßnahmen als letztes Mittel zur Abhilfe eingesetzt werden, und ihnen damit die Problemlösungshoheit entzogen wird. Beide Seiten erkennen, dass sie dafür einen starken, verlässlichen Partner auf der Gegenseite brauchen.

Die auf den individuellen Voraussetzungen aufbauenden Systeme lassen sich nicht mit einer Erwartung vergleichbarer Wirksamkeit in ein Tarifsysteem wie das deutsche übertragen, wo es an den entsprechenden Voraussetzungen fehlt. Die Tarifbindung in Deutschland ist vergleichsweise gering, durch besondere Arbeitskampfbereitschaft zeichnen sich die Belegschaften nicht aus. Es fehlt aber auch an einer herrschenden Kultur der Verbandszugehörigkeit, und auch die berühmte »Sozialpartnerschaft« funktioniert nur in bestimmten Branchen ungebrochen. Die Regelungssysteme werden in allen Ländern durch ihre historischen Erfahrungen, wirtschaftlichen Stärken und Schwächen, das soziale Selbstverständnis der Gesellschaft, und die akzeptierte Betätigung von Sozialpartnern konstituiert und sind damit für eine Übertragung nur schlecht geeignet

#### 2. Anregungen

Das bedeutet allerdings nicht, dass die Rechtsvergleichung nicht wenigstens Anregungen bieten könnte, die Lösungen des eigenen Systems kritisch zu überdenken und zu erweitern, wenn sie mit einer konkreten Problemlage weniger gut zurechtkommt. Aus dem schwedischen System lassen sich besonders Indizien dafür gewinnen, ob die Tarifbindung gefördert und die Selbstorganisationskraft der Kollektivvertragsparteien gestärkt werden kann. Eine Übernahme des Genter Systems der Arbeitslosenversicherung ist dafür allerdings wenig überzeugend. Zwar hat sich dieses System im Inland als anpassungsfähig erwiesen; es wird zwar intern kritisiert, gilt aber keineswegs als gescheitert. Seine Wirksamkeitsvoraussetzungen sind in einer Tariflandschaft mit schwacher Tarifbindung aber kaum zu

<sup>73</sup> *Kahn-Freund*, *The modern Law Review* 37 (1974), 22 ff.

<sup>74</sup> *Lesch/Vogel/Busshoff/Giza*, *Stärkung der Tarifbindung* (Fn. 1), S. 56.

<sup>75</sup> Art. 17 der schwedischen Verfassung, *Keller/Darby*, *International Labor and Employment Laws Vol. Ila* (Fn. 25), Kap. II F. 6, S. 19-60.

<sup>76</sup> *Keller/Darby*, *International Labor and Employment Laws Vol. Ila* (Fn. 25), Kap. II G. 2, S. 19-62: »social partners have assumed certain responsibilities to use the industrial weapon in a balanced and responsible way that will make statutory regulation [...] unnecessary«.

erfüllen. Bei rechtlich nicht bestehendem Zusammenhang von Gewerkschafts- und Kassenmitgliedschaft wäre eine dadurch bewirkte Stärkung der Gewerkschaftsmitgliedschaft kaum realistisch; die Ablösung eines staatlichen Pflichtversicherungssystems würde als Reduzierung des bestehenden Anspruchsniveaus wahrgenommen, also neben verfassungsrechtlichen Bedenken auch deutliche Akzeptanzprobleme hervorrufen. Ein Rückbau staatlicher Sozialsysteme zur Förderung des Organisationsgrades selbst scheint daher auch nicht als Anreiz zur Erhöhung der Mitgliedschaftszahlen empfehlenswert.

Andere Aspekte könnten aber durchaus Hinweise darauf geben, wie Anreize zur Erhöhung des Organisationsgrades erfolgreich sein können. Dabei kommt grundsätzlich sowohl ein wirtschaftlicher wie ein personaler Ansatzpunkt für die Gestaltung von Anreizen in Betracht. Sollen Anreize die wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit der Organisationszugehörigkeit herausstreichen, muss es sich wirtschaftlich auszahlen, Gewerkschaftsmitglied zu sein. Dafür muss eine Besserstellung der Mitglieder gegenüber den Nicht-Mitgliedern bewirkt werden, und die Rechtsordnung wie auch der Tarifpartner müssen dies als legitim akzeptieren. Sollen Anreize an der personalen Vorteilhaftigkeit der Organisationszugehörigkeit ansetzen, müssen die Gewerkschaften in ihrer Kernkompetenz als Vertreter der Beschäftigteninteressen herausstreichen. Der Wunsch nach Zugehörigkeit zu einem starken Verband, der die eigene schwache Position in Krisensituationen relevant verbessern kann, wird durch das Angebot von Unterstützungsleistungen erzeugt, das über bloße geldwerte Zusatzangebote hinausgeht.

Das schwedische System scheint an beiden Aspekten parallel anzusetzen. Die Vermittlung günstiger Kredite oder Kfz-Versicherungen oder eine im Mitgliedsbeitrag eingeschlossene berufsbegleitende Weiterbildung sind zu den wirtschaftlichen Anreizen zu rechnen, ebenso wie Ergänzungsversicherungen gegen Lohnausfall bei Arbeitslosigkeit und Krankheit, die staatliche Leistungen betragsmäßig oder in der Bezugsdauer erhöhen. Zudem dürfen spezielle tarifliche Vorteile vereinbart werden, die Elemente wie längeren Elternurlaub oder besondere Überstundenzuschläge vorsehen können. Mit solchen Angeboten soll die Organisationszugehörigkeit wirtschaftlich attraktiv gemacht werden. Daneben werden aber auch Anreize auf personaler Ebene gesetzt, die die Kompetenz der Gewerkschaft herausstreichen, ihren Mitgliedern in

schwierigen Situationen Beistand zu leisten. Beispielsweise sind Gewerkschaften befugt, gegen eine Missachtung von Tarifnormen durch ein Unternehmen aus eigenem Recht Klage zu erheben. Für Mitglieder bietet das eine interessante Möglichkeit, tarifliche Ansprüche durchzusetzen, ohne sich selbst in eine Auseinandersetzung mit dem Arbeitgeber zu verstricken, da die Betroffenen der Gewerkschaft weder Rechte abtreten noch sie bevollmächtigen müssen. Aber auch den Außenseitern gegenüber kann sich die Gewerkschaft auf diese Weise als effektive Interessenvertretung profilieren. Ob und welche tariflichen Ansprüche einem Einzelnen unter welchen Voraussetzungen zustehen, kann die tarifschließende Gewerkschaft am besten erklären, und für die konfliktbelastete gerichtliche Durchsetzung ist sie ebenfalls kompetent. Das bietet zwar keine direkt geldwerten Vorteile, stärkt aber die Wahrnehmung einer Mitgliedschaft als Instrument effektiver Interessenvertretung. Ein Konflikt mit der negativen Koalitionsfreiheit<sup>77</sup> wird in Schweden für beide Anreizaspekte nicht diskutiert; diesem Einwand wird kaum Relevanz zuerkannt<sup>78</sup>, denn ein Zwang zum Koalitionsbeitritt wird in bloßen Anreizen grundsätzlich nicht gesehen.

### 3. Folgerungen für das deutsche Recht

Ein Umbau des deutschen Sozialversicherungssystems zur Schaffung freiwilliger privater Arbeitslosenversicherungen, die von Gewerkschaften organisiert werden, ist nicht empfehlenswert<sup>79</sup>; dasselbe gilt für die staatliche Zuschussung der Beiträge nur für Gewerkschaftsmitglieder<sup>80</sup>. Die bereits erwähnten Akzeptanzprobleme sind ebenfalls nicht ausgeräumt. Dieses »Modell« dürfte jedenfalls für Deutschland keinen Modellcharakter besitzen.

Der Rechtsvergleich belegt, dass direkt wirkende staatliche Maßnahmen typischerweise an der Tarifwirkung, nicht an der Tarifbindung ansetzen. Die Tarifwirkung lässt sich effektiv steuern, während die Tarifbindung – unter Beachtung der verfassungsrechtlich vorgegebenen Freiwilligkeit der Koalitionszugehörigkeit – durch staatliche Maßnahmen nur

77 BVerfG, 29.12.2004 – 1 BvR 2582/03 – NZA 2005, 153; BVerfG, 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – BVerfGE 116, 202.

78 Keller/Darby, International Labor and Employment Laws Vol. IIa (Fn. 25), Kap. II D. 6, S. 19-54.

79 Nachweise bei Seiwert, EuZA 2014, 450, 459; Waltermann, NZA 2014, 874, 878; Fornasier, SR 2017, 239, 249.

80 Seiwert, NZA 2014, 708, 711.

indirekt durch Schaffung entsprechender Anreize beeinflusst werden kann. Welcher Weg unter den Bedingungen in Deutschland der vorzugswürdige ist, lässt sich mit Mitteln der Rechtsvergleichung nicht entscheiden; stattdessen bedürfte es hier empirischer Erkenntnisse der Sozialforschung. Der Blick nach Schweden zeigt, dass eine hohe Tarifbindung in einem System fortbesteht, das in erster Linie auf die autonome Selbstgesetzgebung der Tarifpartner setzt und allenfalls die Mitgliedschaft in den Gewerkschaften fördert statt die Tarifwirkung. Dass hier allerdings eine Kausalitätsbeziehung gegeben ist, lässt sich daraus nicht schlussfolgern. Es ist durchaus

plausibel, dass die hohe schwedische Tarifbindung stärker auf den dort vorhandenen gesellschaftlichen Rahmenbedingungen beruht als auf Art und Umfang der staatlichen Regulierung. Dass der schwedische Regelungsansatz auch unter abweichenden Umständen noch funktionieren würde, kann die Rechtsvergleichung gerade nicht belegen.

Es gibt gute Gründe für staatliche Maßnahmen zur Verbesserung der Effektivität des Tarifsystems. Ob sie sich allerdings auch politisch durchsetzen lassen, ist unsicher; zu einem gewissen Grad lassen sich Anreizwirkungen wohl auch durch die Tarifpolitik selbst erzielen.

## Das politische Streikrecht in Deutschland – eine Bestandsaufnahme

Daniel Polzin,

Institut für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der Europäischen Union (IAAEU), Trier

67 Jahre sind vergangen, seit in der jungen, noch BAG-losen Bundesrepublik sechs von sieben Landesarbeitsgerichten den sog. Zeitungsstreik als politischen Streik einstufen und für rechtswidrig erklärten. Politisch motivierte Arbeitsniederlegungen waren zu jener Zeit ein vieldiskutiertes, polarisierendes Thema. Doch während in unseren Nachbarländern Generalstreiks bis heute an der Tagesordnung sind, ist es in Deutschland immer ruhiger geworden um diese einst gefürchtete Institution. Von Zeit zu Zeit geistern die Worte »politischer Streik« zwar noch durch die Medien, zuletzt in Zusammenhang mit sog. »Klimastreiks«, aber wirklich Angst scheint dieses Gespenst keinem mehr zu machen. Obwohl die EGMR-Rechtsprechung gegen ein striktes Verbot spricht, scheinen solche Streikaktionen unmöglich in das deutsche Streikrechtssystem integrierbar. Vor diesem Hintergrund versucht der folgende Beitrag den aktuellen Diskussionsstand nachzuzeichnen und Möglichkeiten eines Streikrechtsfundaments auszuloten, das einen politischen Streik zu tragen imstande ist.

### I. Einleitung

»Politischer Streik ist hierzulande nicht erlaubt – aus guten Gründen« schreibt *Henrike Roßbach* souveränen Tones in einem Kommentar für die *Süddeutsche Zeitung* aus dem September letzten Jahres.<sup>1</sup> Damit befindet sie sich ganz auf der Linie ihres Kollegen *Nikolaus Piper*, der an selbiger Stelle drei Jahre zuvor seinen Beitrag mit der knackigen Aussage betitelte: »Politische Streiks gehören verboten.«<sup>2</sup> Liest der unbefangene Leser solche Beiträge, wächst Verständnis für die Aussage *Kittners*, dass derartige (politische) Streikaktionen mit der »Aura des Unstatthaften« belegt würden.<sup>3</sup> Die Argumente gegen ein Recht zum Streik als Druck- und Ausdrucksmittel im Rahmen politi-

1 <https://www.sueddeutsche.de/politik/klimakrise-fridays-for-future-streik-arbeitsrecht-1.4602474> (22.4.2020).

2 <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/streiks-zur-em-politische-streiks-gehoren-verboten-1.3027425> (22.4.2020).

3 *Kittner*, in: Wassermann (Gesamt-Hrsg.), GG-Kommentar aus der Reihe Alternativkommentare Bd. 1, 2. Aufl., Neuwied 1989, Art. 9 Abs. 3 Rn. 66.

scher Auseinandersetzungen sind in der Tat respekteinflößend: Ihre Zulässigkeit stünde im Widerspruch zu »tragenden Grundentscheidungen der Verfassung«,<sup>4</sup> sie missachtete grundlegende Prinzipien demokratischer Ordnung<sup>5</sup> und sei eine existenzielle Gefährdung aller staatlichen Ordnung.<sup>6</sup> Die Suggestion ist, dass eine Legalisierung irgendeiner Form des sog. »politischen Streiks« dem Öffnen der Büchse der Pandora gleichkäme.<sup>7</sup> Freilich ist es durchaus richtig, dass die Beschäftigung mit diesem Thema innerhalb kürzester Zeit weg von halbwegs sicherem arbeitsrechtlichen Boden auf glattes Verfassungsseis führt. Zuzugeben ist auch, dass die Lösung nicht in der Ausblendung des rechtlichen Gesamtzusammenhangs oder der politischen Folgewirkungen liegen kann. Nichtsdestotrotz sollte Anspruch gesellschaftlichen Fortschritts gegenüber offenen Rechtssystemen<sup>8</sup> auch die Hinterfragung vermeintlich gefestigter Rechtsansichten sein. Diesen Anspruch aufgreifend, sollen im Folgenden zunächst holzschnittartig die wichtigsten mit dem politischen Streikrecht in Verbindung stehenden Veränderungen der jüngeren Rechtsprechungsgeschichte dargestellt werden (II.). Anschließend soll aufbauend auf dem aktuellen Diskussionsstand (III.) eine eigene Bewertung vorgenommen werden (IV.), die schlussendlich im Fazit mündet (V.).

## II. Jüngere Entwicklung des Streikrechts in Deutschland

Hin und wieder wird vertreten, dass ein politisches Streikrecht aufgrund der Rechtsprechungsentwicklung in den letzten 30 Jahren im Grunde schon bestehe.<sup>9</sup> Da es in den letzten Jahrzehnten tatsächlich eine Reihe bedeutender BAG-Urteile gab, soll dieser These einleitend in gebotener Kürze nachgegangen werden. Hierbei soll, wie auch im Anschluss, davon ausgegangen werden, dass ein Streik immer Ausdruck eines Interessenkonfliktes ist. Sind die sich gegenüberstehenden Interessen die eines konkreten Arbeitgebers bzw. Arbeitgeberverbandes und die konkreter Arbeitnehmer bzw. ihrer Gewerkschaften, handelt es sich um keinen »politischen Streik«. Unter einem solchen sollen jene kollektiven Arbeitsniederlegungen verstanden werden, die keinen auch nur mittelbaren Bezug zu einer konkreten Auseinandersetzung zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern haben. In Frage kommen demnach ein Streik als Ausdruck eines allgemeinen Konfliktes zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite, bspw. für die Berücksichtigung

von Arbeitnehmerinteressen im Prozess ökologisch-technischer Transformation<sup>10</sup> oder ein Streik als Ausdruck des Konfliktes zwischen Arbeitnehmern und Staat.<sup>11</sup>

### 1. Aufgabe der Kernbereichslehre

Das für den Umfang des grundrechtlich garantierten Streikrechts vielleicht bedeutendste Urteil in dieser Zeit ist die »Klarstellung« bezüglich der sog. Kernbereichslehre durch das BVerfG 1995, wonach alle koalitionspezifischen Verhaltensweisen und nicht nur ein Bereich des »Unerlässlichen« von Art. 9 Abs. 3 GG geschützt werden.<sup>12</sup> Tatsächlich fehlte bei vorangegangenen Urteilen, welche das Verbot des politischen Streiks bestätigten, fast nie der Verweis auf ebenjene nun ausdrücklich nicht mehr vertretene Beschränkung des gewerkschaftlichen Aufgabenfeldes auf einen »Kernbereich«.<sup>13</sup> Markierte dieser Verweis auch nicht den Schwerpunkt der Verbots-

4 Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, Tübingen 1975 (zugl. Tübingen, Univ., Habil.-Schr. 1973/74), S. 498.

5 Katerndahl, Tarifverhandlung und Streik als Menschenrechte, Baden-Baden 2017 (zugl. Köln, Univ., Diss. 2016), S. 368.

6 Rütters, Streik und Verfassung, Köln 1960 (zugl. Münster, Univ., Diss. 1958), S. 91.

7 Schon Mückenberger, KJ 1980, 258, 263 konstatierte nicht zu Unrecht, dass die ablehnende Haltung gegenüber dem politischen Demonstrationstreik auf den ersten Blick »unerschütterbar« wirke.

8 So heißt es im KPD-Verbotsurteil (BVerfG, 17.8.1956 – 1 BvB 2/51 – BVerfGE 5, 85), dass die grundgesetzliche Ordnung von der Verbesserungsfähigkeit und -bedürftigkeit der bestehenden, historisch gewordenen staatlichen und gesellschaftlichen Verhältnisse ausgehe.

9 Mit unterschiedlichen Argumente, siehe zB. Hopfner/Heider, DB 2012, 1684, 1688, die sich auf die Einführung des Mindestlohns stützen; nach Gooren, Der Tarifbezug des Arbeitskampfes, Baden-Baden 2014 (zugl. Leipzig, Univ., Diss. 2014), S. 302 ist der politische Demonstrationstreik mit dem europarechtlich gebotenen Wegfall des Tarifbezugs von Streiks zuzulassen; Rieble, BB 2008, 1506, 1509 vertritt, nach dem Unterstützungstreik-Urteil (BAG, 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 – AP Nr. 173 zu Art. 9 GG Arbeitskampf) müssten konsequenterweise auch politische Demonstrationstreiks zulässig sein; Bitsch, ZTR 2012, 78, 84 koppelt die Zulässigkeit politischer Streiks an die des (derzeit noch verbotenen) Beamtenstreiks.

10 Wenn es sich zB. bei der von IG Metall organisierten »FairWandel«-Demo v. 29.6.2019 um einen Streik gehandelt hätte, <https://www.igmetall.de/fairwandel/ueber-50000-setzen-zeichen-fuer-gerechte-transformation> (22.4.2020). Allerdings wäre auch die Einbettung einer solchen Demonstration in eine konkrete Auseinandersetzung möglich gewesen. Dies hängt letztlich von dem von der Gewerkschaft verkündeten Streikziel ab, wobei Unsicherheiten zu Lasten der Gewerkschaften gehen, s. Wolter/Schubert/Rödl, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2018, § 16 Rn. 10.

11 Der sich von der ersten Variante nach außen hin nur durch die ausdrückliche Adressierung der Forderungen an staatliche Organe unterscheidet.

12 BVerfG, 14.11.1995 – 1 BvR 601/92 – BVerfGE 93, 352.

13 Siehe zB. LAG München, 19.12.1979 – 9 Sa 1015/79 – LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 7; LAG Rheinland-Pfalz, 5.3.1986 – 1 Ta 50/86 – LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 26; ArbG Hagen, 23.1.1991 – 1 Ca 66/87 – AP Nr. 118 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

gründe, war er für die Richter dennoch ein sicheres Feld, auf das sie sich abseits der demokratietheoretischen Argumentation stets zurückziehen konnten. Mit der zu Recht erfolgten Absage an die »Unerlässlichkeitstheorie«, die sich im Nachgang auch in einem weiten Verständnis der politischen Interessenvertretungsmöglichkeiten der Gewerkschaften niederschlug,<sup>14</sup> ist dieser Rückzug versperrt.

## 2. Unterstützungsstreik-Urteil

Ein weiteres Urteil, in dessen Zusammenhang das politische Streikrecht häufig Erwähnung findet, stellt die BAG-Entscheidung zum sog. »Unterstützungsstreik« aus 2007 dar.<sup>15</sup> Die fehlende Übereinstimmung von Bestreiktem und Forderungsadressat, welche den Kern des Judikats ausmacht, ist auch eine für das politische Streikrecht relevante Frage.<sup>16</sup> Zwar ließen die Richter des 1. Senats, in Fortführung ihres obiter dictums aus 2002, wonach die Aufrechterhaltung des Tarifbezugs von Arbeitskämpfen möglicherweise neuer Überprüfung bedarf,<sup>17</sup> ausdrücklich offen, ob auch »reine Demonstrationsstreiks« zulässig seien.<sup>18</sup> Allerdings basieren ihre Erwägungsgründe für den nun grundsätzlich als zulässig erachteten Unterstützungsstreik weiterhin auf der Theorie des notwendigen Bezugs zu einer konkreten Tarifaueinandersetzung,<sup>19</sup> was die tatsächliche Bedeutung der zitierten Passage als fraglich erscheinen lässt. Nichtsdestotrotz bedeutet das Urteil die stückweise Anerkennung eines auf gleicher materieller Interessenlage und gesellschaftlicher Stellung von Arbeitnehmern fußenden Solidaritätsprinzips.<sup>20</sup> Damit ist die Tür in Richtung der Verallgemeinerung von Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Konflikten, welche Kennzeichen aller politischen Streiks im hier verstandenen Sinne ist, zumindest einen Spalt breit geöffnet worden.

## 3. Beamtenstreikurteil

Wiederum etwa zehn Jahre später wurde mit dem Beamtenstreikverbot ein ebenfalls mit der Materie des politischen Streikrechts zusammenhängendes Thema (erneut) vor dem höchsten deutschen Gericht verhandelt.<sup>21</sup> Gemeinsam ist beiden Streikarten, dass es um den Bezug des Arbeitskampfes zu einer Tarifaueinandersetzung und die Druckausübung auf staatliche Stellen geht.

Weil die Arbeitsbedingungen der Beamten gesetzlich geregelt werden, obliegt die Entscheidung hierüber den entsprechenden Gesetzgebungsorganen, auf die im Falle eines Streiks der Beamten auch der damit verbundene Druck ausgeübt würde. Wesentlicher Unterschied ist aber, dass die Bipolarität Arbeitgeber-Arbeitnehmer im Falle des Beamtenstreiks lediglich deshalb durchbrochen wird, weil der Staat als Arbeitgeber auftritt.<sup>22</sup> Nichtsdestotrotz wird der Beamtenstreik bis heute regelmäßig in Literatur und Rechtsprechung als unzulässiger politischer Streik angesehen.<sup>23</sup> Vom BVerfG wurde die Rechtswidrigkeit des Beamtenstreiks 2018 schließlich zwar bestätigt,<sup>24</sup> allerdings spielte die Problematik des politischen Charakters solcher Arbeitskämpfe in der Begründung praktisch kaum eine Rolle. Es wurden lediglich weitergehende Mitentscheidungsrechte der Gewerkschaften bei Beibehaltung der gesetzlichen Festlegung der Arbeitsbedingungen von Beamten mit Ver-

14 BVerfG, 6.2.2007 – 1 BvR 978/05 – NZA 2007, 394.

15 BAG, 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 – AP Nr. 173 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

16 Fütterer, Die Reichweite des Solidaritätsstreiks, Baden-Baden 2013 (zugl. Bremen, Univ., Diss. 2012), S. 50; Trabandt, Solidaritätskampf oder Sozial-schlacht?, Berlin 2012 (zugl. Köln, Univ., Diss. 2011–2012), S. 378.

17 BAG, 10.12.2002 – 1 AZR 96/02 – AP Nr. 162 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, welche die Aussage allerdings speziell im Hinblick auf Teil II Art. 6 Nr. 4 ESC bezogen.

18 BAG, 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 – AP Nr. 173 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; Rieble, BB 2008, 1506, 1507 sieht darin eine Einladung an die Gewerkschaften, es mit dem Demonstrationsstreik »doch einmal zu versuchen«.

19 So soll der Unterstützungsstreik rechtswidrig sein, wenn er offensichtlich ungeeignet ist, den (tariflichen) Hauptarbeitskampf zu unterstützen, s. BAG, 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 – AP Nr. 173 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

20 So Berg, in: ders./Kocher/Schumann (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, 6. Aufl., Frankfurt aM. 2018, Teil 3 Rn. 181; Darstellung der Diskussion über ein dem Grundgesetz zu entnehmendes Solidaritätsprinzip bei Bertke, Zur Zulässigkeit von Sympathiestreiks, Baden-Baden 2014 (zugl. Hamburg, Bucerius Law School, Diss. 2013), S. 81 ff.; abl. gegenüber der Anerkennung eines Solidaritätsprinzips: Trabandt, Solidaritätskampf oder Sozial-schlacht? (Fn. 16), S. 310 ff.

21 BVerfG, 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 – BVerfGE 148, 296.

22 Weshalb ihn viele auch von vornherein aus dem Begriff des »politischen Streiks« ausklammern, siehe zB. Ickenroth, Das deutsche Beamtenstreikverbot im Lichte der Europäischen Menschenrechtskonvention, Berlin 2016 (zugl. Köln, Univ., Diss. 2014), S. 201 f.; Lauer, Das Recht des Beamten zum Streik, Berlin 2017 (zugl. Würzburg, Univ., Diss. 2016), S. 142.

23 Bitsch, ZTR 2012, 78, 84; Rothballer, NZA 2016, 1119, 1120; Mett, Das Streikrecht im öffentlichen Dienst, Frankfurt aM. ua. 2017 (zugl. Jena, Univ., Diss. 2016), S. 129; ähnlich: Di Fabio, Das beamtenrechtliche Streikverbot, München 2012, S. 56, nach dem streikende Beamte die Durchsetzung des Mehrheitswillens »torpedieren« würden, was mit dem Demokratieprinzip nicht vereinbar wäre; für Leisner, NJW 2006, 1488, 1489 ist nicht nur der Beamtenstreik, sondern der Streik im öffentlichen Dienst im Allgemeinen ein politischer Streik; in der Rechtsprechung zum Beamtenstreik: OVG Lüneburg, 12.6.2012 – 20 BD 7/11 – NdsVBl 2012, 266.

24 Hierzu zu Recht kritisch: Klein, AuR 2018, 479 ff.; Lörcher, AuR 2019, 522 ff.; Absenger/Schubert, SR 2019, 211 ff.; eine Klage beim EGMR ist anhängig.



weis auf das Demokratieprinzip abgelehnt.<sup>25</sup> Über die Zulässigkeit von Streiks als Druckausübungsmittel sagt dies wenig aus.<sup>26</sup> Dass das Gericht im Übrigen in seinen Erwägungen ein sehr enges Verständnis des Schutzbereichs von Art. 9 Abs. 3 GG zugrunde gelegt hat, ist vor dem Hintergrund fehlender tiefergehender Ausführungen zu diesem Aspekt nicht als abschließende Aussage über den Umfang möglicher Streikziele zu interpretieren.<sup>27</sup>

#### 4. Zusammenfassung

Es ist seit der Aufgabe der Kernbereichslehre zwar eine gewisse Liberalisierungstendenz bzgl. des Umfangs gewerkschaftlicher Betätigungsfreiheit zu beobachten, die Grundlagen des wichtigsten Betätigungsmittels, des Streiks, haben sich allerdings nicht wesentlich verändert.<sup>28</sup> An der jede Form des politischen Streiks im Ergebnis ausschließenden Theorie der zwingenden Tarifbezogenheit von Streiks hält das BAG trotz vereinzelter Anzeichen des Zweifels bis heute fest.<sup>29</sup> Davon, dass in Konsequenz der jüngeren Rechtsprechungshistorie ein politischer Streik bereits als zulässig erachtet werden müsste, kann daher nicht die Rede sein.

### III. Diskussionsstand zum politischen Streikrecht

Es ist nicht einfach, eine so lange und zu einigen Zeiten sehr ausführlich geführte Debatte wie jene um das politische Streikrecht zu erfassen und in eine Darstellung der für die heutige juristische Bewertung wichtigsten Argumentationslinien zu überführen. Aus Platzgründen soll dabei auf einige spannende Aspekte, wie die Erörterung des politischen Streikrechts als Ausprägung des Widerstandsrechts nach Art. 20 Abs. 4 GG<sup>30</sup> oder die politisch-historische Bedeutung dieser Institution, verzichtet werden.

#### 1. Argumente gegen ein politisches Streikrecht

Es bietet sich an, mit den Argumenten gegen die Zulässigkeit politischer Streiks zu beginnen, da dessen Verbot seit den »Zeitungsstreik«-Urteilen<sup>31</sup> im Wesentlichen ständige Rechtsprechung ist<sup>32</sup> und viele Verteidiger eines politi-

schen Streikrechts hieran ansetzen und die dort aufgeführten Argumente zu entkräften versuchen.

#### a) Unvereinbarkeit mit Demokratieprinzipien

Nahezu jeder Text, welcher sich der Begründung des Verbots politischer Streiks annimmt, enthält einen demokratietheoretischen Teil. Weicht die konkrete Wortwahl auch häufig voneinander ab, so lässt sich der Wesensgehalt vieler Beiträge doch darauf reduzieren, dass in politisch motivierten Arbeitsniederlegungen eine unzulässige Beeinflussung parlamentarisch legitimierten Staatshandelns gesehen wird, welche die freie Willensbildung der Staatsorgane beeinträchtigt und damit die ihnen obliegende Funktion, ausschließlich den Volkswillen auszudrücken und zu vollstrecken, stört oder gar aufhebt.<sup>33</sup> Je nachdem, welche der Staatsgewal-

25 BVerfG, 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 – BVerfGE 148, 296: »Als Vertretern von Partikularinteressen dürfen den Gewerkschaften keine echten Mitentscheidungsrechte im Gesetzgebungsverfahren zukommen«; zustimmend: *Hebeler*, NVwZ 2018, 1368, 1370 f.; krit. *Klein*, AuR 2018, 479, 484.

26 Das auf diesen Punkt nicht gesondert eingegangen wurde, ist angesichts der Tatsache, dass das OVG Lüneburg (12.6.2012 – 20 BD 7/11 – NdsVBl 2012, 266) zuvor diesen Argumentationsweg noch bestritten hatte und die Gewerkschaften in ihrer Stellungnahme noch auf diesen Punkt eingegangen sind, zumindest beachtenswert.

27 So auch *Klein*, AuR 2018, 479, 484.

28 Richtig: *Klein*, in: Gagel, SGB II/SGB III, 76. EL März 2020, Vorb. § 160 SGB III Rn. 9.

29 Sehr deutlich zB. BAG, 20.11.2012 – 1 AZR 179/11 – AP Nr. 179 zu Art. 9 GG Arbeitskampf: »Ein Grundrecht auf Streik, losgelöst von seiner funktionalen Bezugnahme auf die Tarifautonomie, gewährleistet Art. 9 Abs. 3 GG nicht.«

30 S. dazu *Däubler*, in: ders., Arbeitskampfrecht (Fn. 10), § 9 Rn. 19.

31 Hintergrund des »Zeitungsstreiks« bei *Kittner*, Arbeitskampf, München 2005, S. 603 ff.; eingehend auch: *Rajewsky*, Arbeitskampfrecht in der Bundesrepublik, Frankfurt aM. 1970, S. 29 ff.

32 Zuletzt: ArbG Osnabrück, 4.6.1996 – 4 Ga 10/96 – NZA-RR 1996, 341; ArbG Lörrach, 2.10.1996 – 2 Ca 384/96 – NZA-RR 1997, 262, zuvor: LAG München, 19.12.1979 – 9 Sa 1015/79 – NJW 1980, 957; LAG Hamm (Westfalen), 17.4.1985 – 3 Sa 1723/84 – LAGE § 611 BGB Abmahnung Nr. 1; LAG Rheinland-Pfalz, 5.3.1986 – 1 Ta 50/86 – LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 26; ArbG Hagen, 23.1.1991 – 1 Ca 66/87 – AP Nr. 118 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

33 *Ohl*, Der politische Streik in verfassungsrechtlicher Sicht, Heidelberg 1955 (zugl. Heidelberg, Univ., Diss. 1956), S. 31; nach *Kaiser*, Der politische Streik, 2. Aufl., Berlin 1959, S. 33 sei er daher »Unrecht«; nach *Löwisch*, RdA 1982, 73, 80 wäre die demokratische Legitimation der Staatsgewalten »beiseitegeschoben«, wenn Träger öffentliche Gewalt durch Druck zu einem bestimmten Gebrauch dieser gedrängt werden; *Rüthers*, Streik und Verfassung (Fn. 6), S. 90 meint, die Volksvertretung sinke zum »legislativen Automaten« der Streikenden hinab; ähnlich: *Isensee*, Beamtenstreik: zur rechtlichen Zulässigkeit des Dienstkampfes, Bonn 1971, S. 119; *Zielke*, BB 2003, 1785, 1786; *Leisner*, NJW 2006, 1488, 1489; *Baur*, Der politische Streik unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten Notstandsverfassung von 1968, Würzburg 1969 (Würzburg, Univ., Diss. 1971), S. 100 ff.; *Müller*, AuR 1972, 1, 4; nach *Wahsner/Bayh*, »... Widerstand bis hin zum Generalstreik...«, Marburg 1983, S. 60 ließen sich alle gegen den politischen Streik vorgebrachten Argumente auf diesen Gesichtspunkt zurückführen; ebenso bereits *Däubler*, ZfA 1973, 201, 222 f.

ten Adressat ist, liege eine Unvereinbarkeit mit dem Prinzip der Volkssouveränität, der parlamentarischen Demokratie und Gesetzgebung, der Bindung staatlichen Handelns an Recht und Gesetz oder der richterlichen Unabhängigkeit vor.<sup>34</sup> Insgesamt verstoße der auf den Staat Druck ausübende Streik daher gegen die sich aus Art. 20 Abs. 1 und 2 GG und Art. 38 Abs. 1 GG ergebenden Prinzipien der parlamentarischen Demokratie.<sup>35</sup> Während einige Autoren den Demonstrationsstreik als bloße Meinungskundgabe ohne Druckausübung in dieser Hinsicht ausklammern wollen, vertreten andere, dass eine Differenzierung nach Intensität des Drucks normativ nicht zu begründen wäre<sup>36</sup> bzw. auch politische Demonstrationsstreiks zwangsläufig mit Druckausübung verbunden seien.<sup>37</sup> Teilweise wird auch der Einsatz bzw. die Ausübung von Gewalt als Grenze der legitimen politischen Aktivität der Bürger angesehen,<sup>38</sup> wobei umstritten ist, ob der Streik als solcher bereits Gewalt in diesem Sinne darstellt.<sup>39</sup>

Zudem läge bei Zulassung eines politischen Streikrechts ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz,<sup>40</sup> das Prinzip der Gleichgewichtigkeit der Stimmen aller Wahlberechtigten<sup>41</sup> und der Chancengleichheit bei politischer Willensbildung vor,<sup>42</sup> da dieses Mittel der Interessendurchsetzung allen Nicht-Arbeitnehmern nicht zur Verfügung stünde. In diesem Kontext spricht Rütters von der »Quasi-Diktatur« einer gesellschaftlichen Gruppe<sup>43</sup> sowie der Aufhebung des Gleichgewichts der politischen Kräfte und damit der verfassungsmäßigen Ordnung.<sup>44</sup>

## b) Einfachgesetzliche Rechtswidrigkeit

Einige Autoren sehen als heute herrschende Meinung an, dass politische Streiks zwar nicht in jedem Fall verfassungs-, aber stets rechtswidrig sind.<sup>45</sup> Danach sei die Demonstration als solche grundsätzlich durch Art. 5 und Art. 8 GG geschützt und könne daher bspw. nicht aufgelöst werden, allerdings sei für eine bloße Demonstration nicht erforderlich, in die Rechte Dritter einzugreifen.<sup>46</sup> Der Arbeitgeber dürfe nicht als eine Art »Durchgangsadressat«<sup>47</sup> zum »Objekt irgendwelcher Unmutsäußerungen« gemacht werden.<sup>48</sup> Kern dieses Argumentationsstrangs ist letztlich, dass es sich bei politisch motivierten Arbeitsniederlegungen nicht um durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Streiks handelt und die besonderen Wirkungen eines solchen Streiks im Zivilrecht, allen voran das Aussetzen der arbeitsvertraglichen Hauptpflichten, daher nicht greifen

könnten. Es bliebe bei einem nicht gerechtfertigten Vertragsbruch im Einzelarbeitsverhältnis und einer schadensersatzpflichtigen Verletzung des durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Rechts am eingerichteten und ausgeübten

34 Krichel, NZA 1987, 297, 298; ArbG Hagen, 23.1.1991 – 1 Ca 66/87 – AP Nr. 118 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

35 Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts II, 2. Halbband, 7. Aufl., Berlin/Frankfurt aM. 1970, S. 886; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht Bd. 1, München 1997, S. 1099; Kissel, Arbeitskampfrecht, München 2002, § 24 Rn. 54; Rütters, in: Brox/Rütters (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 2. Aufl., Stuttgart 1982, § 6 Rn. 104; Zielke, BB 2003, 1785, 1786; Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf, 3. Aufl., Düsseldorf 1964, S. 56 f.; Krichel, NZA 1987, 297, 298.

36 Seiter, Anm. zu EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 35; ähnlich Wank, Politik und Arbeitsrecht, Köln 1990, S. 16, der meint, es würde auf den Grad der Gewaltanwendung abgestellt, in einem Fall, in dem jede Gewaltanwendung unzulässig sei; auch Zöllner, ZfA 1973, 227, 240 hält quantitative Betrachtungen in diesem Bereich für verfehlt.

37 Tillmann, Politischer Streik und Verfassung, Bonn 1958 (zugl. Köln, Univ., Diss. 1957), S. 18; ähnlich LAG München, 19.12.1979 – 9 Sa 1015/79 – NJW 1980, 957, nach dem jeder (Demonstrations-)Streik zu einem Druckmittel gegenüber dem Staat werden könne; Seiter, Anm. zu EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 35; nach Krichel, NZA 1987, 297, 298 sei ein druckfreier politischer Demonstrationsstreik »kaum vorstellbar«; Lieb, ZfA 1982, 113, 131.

38 Nach Isensee, Beamtenstreik: zur rechtlichen Zulässigkeit des Dienstkampfes (Fn. 33), S. 118 f. würde die Entschließungsfreiheit der Legislative nicht angetastet, solange Äußerungen grundrechtlicher Freiheit nicht von Gewalt begleitet seien.

39 Müller, AuR 1972, 1: »Der Arbeitskampf ist seiner Natur nach ein Gewaltakt.«; wohl auch Wank, Politik und Arbeitsrecht (Fn. 36), S. 13, nach dem Gewaltanwendung keine Meinungsäußerung sei; aA. Abendroth, GMH 1954, 258, 260; Schmid, GMH 1954, 1, 4 f.; Wahsner/Bayh, »...Widerstand bis hin zum Generalstreik...« (Fn. 33), S. 65, nach denen der Streik der typische Fall gewaltlosen Widerstands sei. Wobei diese allerdings nicht zum »Lager« der Gegner des politischen Streikrechts zählen.

40 Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht Bd. 1 (Fn. 35), S. 1100; Baur, Der politische Streik unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten Notstandsverfassung von 1968 (Fn. 33), S. 109 f.; Ohl, Der politische Streik in verfassungsrechtlicher Sicht (Fn. 33), S. 89 f.; Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht (Fn. 4), S. 501; LAG München, 19.12.1979 – 9 Sa 1015/79 – NJW 1980, 957: »nicht gerechtfertigte Privilegierung einer Gruppe innerhalb des Volkes«; aA.: Mückenberger, KJ 1980, 258, 266: »[...] als stelle Art. 9 Abs. 3 GG kein Privileg von abhängig Beschäftigten dar«; ähnlich: Blanke, NZA 1990, 209.

41 Rütters, in: Brox/Rütters (Fn. 35), § 6 Rn. 104; Zielke, BB 2003, 1785, 1786.

42 Katerndahl, Tarifverhandlung und Streik als Menschenrechte (Fn. 5), S. 471; Krichel, NZA 1987, 297, 298.

43 Rütters, Arbeitsrecht und politisches System, Frankfurt aM. 1973, S. 64; ders., Streik und Verfassung (Fn. 6), S. 93; Kaiser, Der politische Streik (Fn. 33), S. 33 spricht vom »Angriff einer Minderheit«.

44 Rütters, Arbeitsrecht und politisches System (Fn. 43), S. 64.

45 Hueck/Nipperdey, Lehrbuch d. Arbeitsrechts II, 2. Halbband (Fn. 35), S. 887; Kaiser, Der politische Streik (Fn. 33), S. 27 ff.; Nikisch, Arbeitsrecht Bd. II, 2. Aufl., Tübingen 1959, S. 137; Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, 14. Aufl., Neuwied 2007, Rn. 289; wohl auch: Rütters, in: Brox/Rütters (Fn. 35), § 8 Rn. 141; Bünnemann, The Compatibility of the Prohibition of Political Strikes with International and EU Labour Law, Hamburg 2015, S. 31.

46 Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf (Fn. 35), S. 54; ArbG Hagen, 23.1.1991 – 1 Ca 66/87 – AP Nr. 118 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

47 Brox, in: Brox/Rütters (Fn. 35), § 3 Rn. 42.

48 Lieb, ZfA 1982, 113, 132.

Gewerbebetrieb durch die Gewerkschaft.<sup>49</sup> Im Rahmen des Art. 5 GG wird zudem ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Meinungsfreiheit nur in den Grenzen des Art. 5 Abs. 2 GG gewährleistet ist und das Einhalten von Vertragspflichten eine solche Grenze darstellt.<sup>50</sup> Ähnlich wird auch bezüglich der Versammlungsfreiheit argumentiert.<sup>51</sup>

### c) Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass es zwei Hauptargumentationslinien gegen das politische Streikrecht gibt. Dies ist zum einen die Annahme des Verstoßes gegen Prinzipien der repräsentativen Demokratie durch die Druckausübung auf politische Entscheidungsträger mit einem Mittel, dass anderen gesellschaftlichen Gruppen nicht zur Verfügung steht. Zum anderen, dass selbst wenn dieser Druck als mit Demokratieprinzipien des Grundgesetzes vereinbar angesehen würde, nichtsdestotrotz keine Rechtfertigungs- oder Suspensionswirkung im zivilrechtlichen Verhältnis zum Arbeitgeber entfaltet wird und damit sowohl ein Vertragsbruch als auch eine unerlaubte Handlung vorliegt. Die Gegner des politischen Streikrechts sind sich insoweit einig, dass jede Form der kollektiven Arbeitsniederlegung, die den Rahmen tarifrechtlicher Auseinandersetzungen verlässt, rechtswidrig ist. Unterschiedliche Meinungen gibt es in diesem »Lager« lediglich darüber, wann eine solche Arbeitsniederlegung auch verfassungswidrig ist, ob eine Differenzierung nach Intensität des Drucks auf staatliche Entscheidungsträger möglich und wenn ja, wo die Grenze zu ziehen ist.

## 2. Argumente für ein politisches Streikrecht

Die Befürworter eines politischen Streikrechts bewegen sich in aller Regel ebenfalls auf den beiden Feldern der Vereinbarkeit des politischen Streiks mit Demokratieprinzipien und der zivilrechtlichen Einordnung derartiger Aktionen.

### a) Nicht verfassungswidrig

Eine weit verbreitete These ist zunächst, dass von den in der sozialen Realität vorherrschenden Protest- und Demonstrationstreiks kein »verfassungsrechtlich problematischer Druck« auf die Regierung bzw. das Parlament ausginge.<sup>52</sup> Hierbei werden als wesentliche Merkmale solcher politischen »Demonstrationstreiks«,<sup>53</sup> in Abgren-

zung zu Erzwingungstreiks, die zeitliche Befristung<sup>54</sup> oder der Umfang der bestreikten Betriebe sowie teilnehmenden Arbeitnehmer genannt.<sup>55</sup> Inhaltliche Differenzierungen dergestalt, dass lediglich die Verhinderung politischer Entscheidungen unzulässig sei, nicht aber ihre Erschwerung, werden ebenfalls vertreten.<sup>56</sup>

Ein Demonstrationstreik sei »als öffentliche und transparente Interessenartikulation«<sup>57</sup> nicht nur nicht verboten, sondern sogar wichtig für das Parlament, um den Grad der Unterstützung einer bestimmten Auffassung durch beide Koalitionen richtig einschätzen und eine sachgemäße Entscheidung treffen zu können.<sup>58</sup> Dies sei

49 Siehe bereits eines der »Zeitungsstreik«-Urteile: LAG Freiburg, 13.4.1953 – Sal 31/52 – NJW 1953, 1278.

50 LAG Rheinland-Pfalz, 5.3.1986 – 1 Ta 50/86 – LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 26; LAG München, 19.12.1979 – 9 Sa 1015/79 – NJW 1980, 957; Löwisch, RdA 1982, 73, 82; Blanke/Sterzel, Beamtenstreikrecht, Neuwied/Darmstadt 1980, S. 85; Krichel, NZA 1987, 297, 298; für Ohl, Der politische Streik in verfassungsrechtlicher Sicht (Fn. 33), S. 77 ist die Streikhandlung hingegen bereits keine Meinungsäußerung; ebenso Wank, Politik und Arbeitsrecht (Fn. 36), S. 13.

51 Art. 8 Abs. 1 GG sei ein Abwehrrecht gegenüber Eingriffen, nicht aber eine Norm, die privatrechtliche Bindungen aufhebe, so Krichel, NZA 1987, 297, 299.

52 Berg, in: ders./Kocher/Schumann (Fn. 20), Teil 3 Rn. 191; nach Mückenberger, KJ 1980, 258, 273 werde die Grenze erst überschritten, wenn der befristete Streik »Teil eines auf weitere Eskalation zielenden Gesamtplans« sei; Wahsner/Bayh, »...Widerstand bis hin zum Generalstreik...« (Fn. 33), S. 70 nehmen an, dass auch ein auf zwei Tage befristeter Generalstreik noch keinen Zwang auf das Parlament entstehen lasse; A. Weber, Politik im Nachkriegsdeutschland, Gesamtausgabe Bd. 9, Marburg 2001, S. 592 spricht von einem zulässigen »Druck auf die öffentliche Meinung«; Reuß, AuR 1969, 353 meint »psychologischer Druck« sei zulässig; ähnlich wohl auch Jacobs, Die Rechtmäßigkeit von Sympathiearbeitskampfmaßnahmen, Hamburg 2014 (zugl. Rostock, Univ., Diss. 2014), S. 195f.; Baur, Der politische Streik unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten Notstandsverfassung von 1968 (Fn. 33), S. 42 spricht vom Druck »moralischer Art«; auch das BVerfG hat bestätigt, dass »Massenaktionen der Arbeiterschaft« grundsätzlich nicht unzulässig sind, s. BVerfG, 17.8.1956 – 1 BvB 2/51 – BVerfGE 5, 85.

53 Herausstellung der besonderen Kategorie des »Demonstrationstreiks« bereits im Rahmen der Urteile zum »Zeitungsstreik«, vgl. LAG Freiburg, 13.4.1953 – Sal 31/52 – NJW 1953, 1278; LAG Berlin, 17.8.1953 – 4 LAG 835/52 – NJW 1954, 124.

54 Diese sei nach Wroblewski, in: Däubler, Arbeitskampfrecht (Fn. 10), § 17 Rn. 177 »unabdingbar«; für A. Weber, Politik im Nachkriegsdeutschland (Fn. 52), S. 593 stellt ein Demonstrationstreik eine »befristete öffentliche Unbequemlichkeit« dar; auch für Reuß, AuR 1966, 264, 265 liegt eine unzulässige Druckausübung beim Erzwingungstreik, nicht aber zwangsläufig beim befristeten Demonstrationstreik vor; aA. Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht (Fn. 4), S. 501, nach dem eine quantifizierende Betrachtung verfehlt sei.

55 Däubler, in: ders., Arbeitskampfrecht (Fn. 10), § 13 Rn. 62 verweist diesbezüglich auf einen Referendarstreik mit ca. 40 Teilnehmern.

56 Ramm, Koalitions- und Streikrecht der Beamten, Köln 1970, S. 140; Löwisch, RdA 1982, 73, 75 merkt, bei grundsätzlicher Ablehnung eines politischen Streikrechts, an, dass die Gewerkschaft mit dem Streikaufruf die Erklärung verbinden müsste, eine von ihrer Meinung abweichende Entscheidung in jedem Fall zu akzeptieren zu wollen.

57 Berg, in: ders./Kocher/Schumann (Fn. 20), Teil 3 Rn. 193.

vor allem vor dem Hintergrund bedeutend, dass der Einfluss von Lobbyisten, Presse oder Parteienfinanzierung leicht den Blick der Abgeordneten für die »wirkliche Struktur der Willensbildung der Wählermassen« trübe.<sup>59</sup> Parlament und Regierung könnten in einer Atmosphäre des direkten und indirekten<sup>60</sup> Drucks seitens der Unternehmerschaft nicht »autonom« und am Allgemeininteresse orientiert entscheiden.<sup>61</sup> Insgesamt reiche die Druckwirkung von Demonstrationstreiks mithin nicht an die des systemimmanent oder ausdrücklich ausgeübten Drucks, zugunsten der Arbeitgeberseite zu entscheiden, heran.<sup>62</sup>

Als letztes wird von einigen Autoren auch ins Feld geführt, dass die zunehmende »Vergesellschaftung« von Reproduktionsbedingungen ein Demonstrationstreikrecht erfordere.<sup>63</sup>

## b) Nicht rechtswidrig

Es ist grundsätzlich anerkannt, dass der Schutzbereich der in Art. 9 Abs. 3 GG verbürgten Koalitionsfreiheit sich auch auf die Beeinflussung der Arbeits- und Wirtschaftspolitik durch die Koalitionen erstreckt.<sup>64</sup> Dies weiterführend, wird nun dem Argument der Rechtswidrigkeit politischer Streiks, selbst bei Anerkennung des Schutzes als Demonstration durch Meinungs- und/oder Versammlungsfreiheit, entgegengehalten, dass das System der Tarifautonomie als marktwirtschaftliches Instrument der privatkapitalistischen Eigentumsgarantie<sup>65</sup> keine Schranke des Koalitionsrechts bilden könne.<sup>66</sup> Vielmehr solle die Vertragserfüllungspflicht unter dem Vorbehalt des Streikrechts stehen.<sup>67</sup>

Die Nichterfüllbarkeit der Forderungen durch den unmittelbaren Kampfgegner sei zudem auch in anderen Konstellationen (Unterstützungstreik, Aussperrung Nichtorganisierter) unbeachtlich, einen zwingenden Rechtssatz, wonach sich der Streik nur gegen denjenigen richten dürfe, der die erhobenen Forderungen erfüllen kann, gäbe es nicht.<sup>68</sup> Da es zudem um den Ausgleich des Übergewichts der Arbeitgeberseite beim Einfluss auf politische Entscheidungen gehe, richte sich der Streik gegen eine Instanz, die Einfluss auf die Lösung der fraglichen Probleme nehmen kann.<sup>69</sup> Des Weiteren spreche das Gebot der rechtlich einheitlichen Bewertung gegen die Annahme einer Schadensersatzpflicht trotz Anerkennung der Verfassungsmäßigkeit.<sup>70</sup>

Für den Bereich rein politischer Streiks, dh. solcher, die nicht Arbeits- oder Wirtschaftsbedingungen zum Inhalt haben, wird argumentiert, dass, sofern ein Anliegen mit

hohem moralischen Gewicht verfolgt würde, eine Nebenpflicht des Arbeitgebers bestehen kann, unbezahlte Freistellung zu gewähren.<sup>71</sup>

- 
- 58 *Abendroth*, Antagonistische Gesellschaft und politische Demokratie, Neuwied 1967, S. 213; *A. Weber*, Politik im Nachkriegsdeutschland (Fn. 52), S. 592 spricht in diesem Zusammenhang von einer zulässigen »Alarmierung der staatlichen Organe«.
- 59 *Abendroth*, Antagonistische Gesellschaft und politische Demokratie (Fn. 58), S. 214 f.; ähnlich: *Wroblewski*, in: Däubler, Arbeitskampfrecht (Fn. 10), § 17 Rn. 177, nach dem der Demonstrationstreik ein »Gegengewicht« zu den vielfältigen und überwiegenden Einflussmöglichkeiten der Arbeitgeberseite schaffe.
- 60 Nach *Däubler*, ZfA 1973, 201, 223 f. sei jede (nichtrevolutionäre) Parlamentsmehrheit gezwungen, die Prinzipien der kapitalistischen Wirtschaft als Rahmenbedingungen anzuerkennen; ähnlich: *Hensche*, in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath (Hrsg.), Handkommentar Arbeitsrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2017 (im Folgenden: HK-Arbeitsrecht), GG Art. 9 Rn. 122; vgl. auch *Hoffmann*, KJ 1971, 45, 57, nach dem die sozialen Machtpositionen, insb. das Privateigentum an Produktionsmitteln, den »Handlungsrahmen« der Staatsorgane definierten.
- 61 *Däubler*, in: ders., Arbeitskampfrecht (Fn. 10), § 13 Rn. 63; daher werde das Prinzip der Volkssouveränität nicht verletzt, sondern eher gefördert, wenn Druck nicht nur von einer Seite ausgeübt werde, so *ders.*, Arbeitsrecht Bd. 1, Hamburg 2006, S. 335; *ders./Hege*, Koalitionsfreiheit, Baden-Baden 1976, S. 115.
- 62 *Berg*, in: *ders./Kocher/Schumann* (Fn. 20), Teil 3 Rn. 191; ähnlich: *Däubler*, ZfA 1973, 201, 224 f., wenn er vertritt, dass solange Investitionstreik und Kapitalflucht in Kauf zu nehmen seien, der Arbeitnehmerstreik nicht mit einem Verbot belegt werden dürfe.
- 63 *Mückenberger*, KJ 1980, 258, 271; *Däubler*, Arbeitsrecht Bd. 1 (Fn. 61), S. 334 sieht dies erst gegeben, wenn der Staat durch Hoheitsregeln die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen weitgehend »okkupieren« würde; *Hopfner/Heider*, DB 2012, 1684, 1688 sehen in der Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns sogar eine neue Qualität staatlicher Festlegung von Arbeitsbedingungen, welche eine neue Begründung des Verbots politischer Streiks erfordere.
- 64 So schon richtig LAG München, 17.4.1953 – I 2/53 – RdA 1953, 278; zustimmend: *Kaiser*, Der politische Streik (Fn. 33), S. 45; *Kempfen*, AuR 1990, 237, 237; *Poscher*, RdA 2017, 235, 242; *Berg*, in: *ders./Kocher/Schumann* (Fn. 20), Teil 3 Rn. 193; dahingehend ist es auch selbstverständlich, dass politische Parteien keine Monopolstellung bei der politischen Willensbildung des Volkes haben, vgl. *Wahsner/Bayh*, »...Widerstand bis hin zum Generalstreik...« (Fn. 33), S. 64.
- 65 Auch *Rüthers*, NZA 2010, 6, 7 bezeichnet Tarifautonomie und Arbeitskampf als »Geschwister« der Marktwirtschaft; nach *Konzen*, NZA 1995, 913, 914 ist der Tarifvertrag zwar in eine marktwirtschaftliche Ordnung eingebettet, selbst aber kein marktwirtschaftliches Instrument.
- 66 *Blanke/Sterzel*, Beamtenstreikrecht (Fn. 50), S. 99; ähnlich: *Mückenberger*, KJ 1980, 258, 265 f., der darin einen abzulehnenden »zivilrechtlichen Funktionsvorbehalt« sieht; krit. *Wank*, Politik und Arbeitsrecht (Fn. 36), S. 12, nach dem Art. 9 Abs. 3 GG für »überzogene Interpretationen offen« sei.
- 67 *Mückenberger*, KJ 1980, 258, 273; *Wroblewski*, in: Däubler, Arbeitskampfrecht (Fn. 10), § 17 Rn. 164; aA *Löwisch*, RdA 1982, 73, 81, nach dem sich auch dieses Grundrecht eine Eingrenzung durch andere geschützte Rechtsgüter »gefallen lassen« müsse.
- 68 HK-Arbeitsrecht-*Hensche* (Fn. 60), GG Art. 9 Rn. 122; *Däubler*, in: *ders.*, Arbeitskampfrecht (Fn. 10), § 13 Rn. 66.
- 69 *Däubler*, in: *ders.*, Arbeitskampfrecht (Fn. 10), § 13 Rn. 66.
- 70 *Berg*, in: *ders./Kocher/Schumann* (Fn. 20), Teil 3 Rn. 195.
- 71 *Däubler*, in: *ders.*, Arbeitskampfrecht (Fn. 10), § 13 Rn. 73; ähnlich *Berg*, in: *ders./Kocher/Schumann* (Fn. 20), Teil 3 Rn. 193, der von einem Anliegen »mit breiter gesellschaftlicher Akzeptanz und hohen politisch-moralischem Gewicht« spricht.

### c) Zusammenfassung

Von den Befürwortern eines politischen Streikrechts wird entweder vertreten, dass ein Demonstrationsstreik keinen Druck auf demokratisch legitimierte staatliche Verantwortungsträger ausüben würde oder dass eine entsprechende Druckausübung als Ausgleich des direkten und indirekten Druckes der Arbeitgeberseite gerechtfertigt wäre. Gegen die Annahme von Rechtswidrigkeit auf einfachgesetzlicher Ebene wenden sie ein, dass der politischen Demonstrationszwecken dienende Arbeitskampf zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen von Art. 9 Abs. 3 GG umfasst und somit genauso rechtmäßig wie der tarifliche Streik ist. Dies wird argumentativ teilweise noch mit der zunehmenden »Vergesellschaftung« der Reproduktions- und Arbeitsbedingungen unterfüttert. Die Vorschläge über Umfang und Grenzen eines solchen Rechts differenzieren teils stark, Einigkeit besteht weitestgehend in der Notwendigkeit einer Befristung.

### 3. Europa- und völkerrechtliche Gebotenheit

Schließlich ist für viele Autoren ein striktes Verbot jeglicher Arten des politischen (Demonstrations-)Streiks nicht mit europa- und völkerrechtlichen Verpflichtungen Deutschlands vereinbar.<sup>72</sup> Als Rechtsquellen für eine möglicherweise weitergehende Streikgarantie kommen im Wesentlichen Art. 6 Nr. 4 ESC, Art. 11 EMRK, Art. 28 Var. 2 GrCH sowie Art. 3 des ILO-Abkommens Nr. 87 in Betracht.

Eine Zulässigkeit politischer Streiks, die arbeits- und wirtschaftspolitische Fragen betreffen, wird schon lange mit Verweis auf Art. 6 Nr. 4 ESC vertreten,<sup>73</sup> neuen Wind hat diese Argumentationslinie aber vor allem durch jüngere Entscheidungen des EGMR bekommen. So sei in Anbetracht der Entscheidungen in den Rs. *Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei* und *Kaya und Seyhan/Türkei* von einer impliziten Anerkennung des (koalitions-)politischen Demonstrationsarbeitskampfes durch den EGMR auszugehen.<sup>74</sup> Es ist allerdings umstritten, ob trotz Zuordnung von arbeits- und wirtschaftspolitischen Demonstrationsstreiks zum Schutzbereich von Art. 11 EMRK den Konventionsstaaten ein weiter Beurteilungsspielraum für Beschränkungen verbleibt<sup>75</sup> oder eine Gewährleistungspflicht besteht.<sup>76</sup> Bezüglich der Anerkennung eines politischen Streikrechts durch Art. 28 Var. 2 GrCH gehen die Meinungen ebenfalls auseinander. Einige lehnen dies ab, weil es

sich um keinen Interessenkonflikt zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer handeln würde,<sup>77</sup> andere vertreten, dass auch hier die Maßstäbe der ESC Geltung beanspruchen und ein Demonstrationsarbeitskampf, der die Lebens- und Arbeitsbedingungen abhängig Beschäftigter betrifft, daher vom Schutz umfasst sei.<sup>78</sup> Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass zumindest nicht ausgeschlossen ist, dass das Verbot jeglicher Form des politischen Streiks von europäischen Gerichten für nicht vereinbar mit europarechtlichen Streikrechtsgrundlagen erklärt wird.<sup>79</sup>

Eindeutiger sind hingegen die Aussagen der ILO-Überwachungsorgane. Der ILO-Sachverständigenausschuss wie der ILO-Ausschluss für Vereinigungsfreiheit gehen explizit von der Zulässigkeit politischer (Protest-)Streiks aus, sofern sie den Bereich der Arbeits- und Wirtschaftspolitik betreffen.<sup>80</sup> Es wird zwar vertreten, dass die Emp-

72 Nach *Fütterer*, EuZA 2011, 505, 519 müssten nationale Gerichte ihre Rechtsprechung auf dem Gebiet der kollektiven Arbeitsbeziehungen insbesondere im Hinblick auf das Verbot des »(politischen) Demonstrationsstreiks« überprüfen; *Lörcher*, in: *Däubler, Arbeitskampfrecht* (Fn. 10), § 10 Rn. 93 geht davon aus, der EGMR habe das Recht auf Proteststreik insgesamt anerkannt.

73 Siehe *Däubler*, AuR 1998, 144, 145 zu den Aufforderungen an die BRD, den Schlussfolgerungen des ESC-Sachverständigenrates, ua. die Unrechtmäßigkeit der Beschränkung von Streiks auf tariflich regelbare Ziele, Rechnung zu tragen; ablehnend zuvor zB. LAG Rheinland-Pfalz, 5.3.1986 – 1 Ta 50/86 – LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 26; *Seiter*, Anm. zu EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 35.

74 *Gooren*, Der Tarifbezug des Arbeitskampfes (Fn. 9), S. 301; ähnlich: *Seifert*, EuZA 2013, 205, 216, nach dem ebenfalls vor allem aufgrund der Entscheidung in der Rs. *Enerji Yapi-Yol Sen* zu vermuten sei, dass der EGMR politischen Demonstrationsstreiks den Schutz des Art. 11 EMRK zukommen lassen würde.

75 *Schubert*, in: *Franzen/Gallner/Oetker* (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2. Aufl., München 2018, Art. 11 EMRK Rn. 29; *Katendahl*, Tarifverhandlung und Streik als Menschenrechte (Fn. 5), S. 330 bejaht einen solchen aufgrund »vielseitiger anderer Möglichkeiten zur öffentlichen Interessenkundgebung« in Deutschland.

76 So wohl *Dorssment*, in: *ders./Lörcher/Schömann* (Hrsg.), *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation*, Oxford ua. 2013, S. 354.

77 *Sagan*, Gemeinschaftsgrundrecht auf Kollektivmaßnahmen, Berlin 2008, S. 167 f.; *Jarass*, GRCh-Kommentar, 3. Aufl., München 2016, Art. 28 Rn. 7; *Thüsing/Traut*, RdA 2012, 65, 71; nach *Kohlbacher*, Streikrecht und Europarecht, Wien 2014 (zugl. Graz, Univ., Diss. 2013), S. 226 müsse die Einschränkung des Streikziels auf den Abschluss von Kollektivverträgen zulässig sein.

78 *Däubler*, AuR 2001, 380, 383; *Heuschmid/Lörcher*, in: *Boecken/Düwell/Diller/Hanau* (Hrsg.), *Gesamtes Arbeitsrecht Bd. 2*, Baden-Baden 2016 (im Folgenden: NK-GA), GRCh Art. 28 Rn. 20; *Heuschmid*, in: *Däubler, Arbeitskampfrecht* (Fn. 10), § 11 Rn. 22.

79 So zB. auch *Fornasier*, in: *Preis/Sagan* (Hrsg.), *Europäisches Arbeitsrecht*, 2. Aufl., Köln 2019, § 4 Rn. 4.141, der meint, dass sich das deutsche Recht in dieser Hinsicht als zu restriktiv erweisen könnte, sollte der EGMR seinen bisherigen methodischen Ansatz beibehalten; NK-GA-*Sagan* (Fn. 78), Art. 11 EMRK Rn. 14 sieht dies zwar kritisch, hält es aber ebenfalls für möglich.

80 *Däubler*, *Arbeitsrecht Bd. 1* (Fn. 61), Rn. 497 f.; *Lörcher*, in: *Däubler, Arbeitskampfrecht* (Fn. 10), § 10 Rn. 90; *Weiss/Seifert*, GS Zichert, 2010, S. 131.

fehlungen keine bindende Wirkung für Mitgliedsstaaten entfalten würden,<sup>81</sup> diesem formalen Argument wird allerdings zu Recht sowohl die praktische Funktion des ILO-Sachverständigenausschusses als maßgebliche Einrichtung zur Auslegung der Übereinkommen<sup>82</sup> als auch das Gebot völkerrechtsfreundlicher Handhabung der Rechtsordnung<sup>83</sup> entgegengehalten.

#### IV. Bewertung

So vielversprechend die Herleitung aus internationalen Rechtsquellen auch ist, bleibt die Schwierigkeit, den politischen Streik in irgendeiner Form in das deutsche Streikrechtssystem zu integrieren oder – sofern sich dies als nicht möglich erweisen sollte – die Frage, welche Modifikationen denkbar wären, um durch ein politisches Streikrecht erzeugte Widersprüche aufzulösen.

##### 1. Das Verlassen der Bipolarität des Interessenkonflikts als entscheidende Grenze

Das Streikrecht wird heute nahezu einhellig aus Art. 9 Abs. 3 GG abgeleitet.<sup>84</sup> Dieser schützt grundsätzlich auch das Recht zur Interessenvertretung gegenüber dem Staat und zur Meinungskundgebung in der Öffentlichkeit.<sup>85</sup> Das Problem ist, dass es nicht um reine Demonstrationen geht, sondern darum, zu streiken. Dieses Instrument, vom BAG als »scharfe Waffe« bezeichnet,<sup>86</sup> wird jedoch weiterhin an die konkrete Arbeitnehmer-Arbeitgeber-Beziehung geknüpft, weil zivilrechtlich ein Vertragsbruch in diesem Verhältnis stattfindet und ökonomisch ein konkreter Arbeitgeber den Schaden erleidet. Die gängigen Beispiele einer Nichterfüllbarkeit der Kampfforderungen durch die bekämpfte Seite, Unterstützungstreik und Aussperrung Nichtorganisierter, weichen nur insofern davon ab, als das Lager der Arbeitgeber- bzw. Arbeitnehmerseite erweitert, nicht aber diese Bipolarität grundsätzlich verlassen wird. Ähnliches gilt, wenn Gewerkschaften im Rahmen der Auseinandersetzung mit einem konkreten Arbeitgeber oder Arbeitgeberverband zwar ohne explizite Forderung, aber inhaltlich auf diese Auseinandersetzung fokussiert streiken, zB. um die Öffentlichkeit auf eben jene Auseinandersetzung aufmerksam zu machen. Dies ist keine Frage des politischen Streikrechts, sondern eine der zulässigen Mittel im Rahmen der Austragung konkreter

Interessenkonflikte zwischen Arbeitnehmern und ihren Arbeitgebern.<sup>87</sup> Richtet sich ein Streik hingegen abstrakt an die Arbeitgeberseite oder unbestimmte Teile dieser, ist von einer Mitadressierung der Öffentlichkeit bzw. des Staates und somit einem Verlassen der Bipolarität auszugehen, schließlich hätte die Gewerkschaft es selbst in der Hand, einen konkreten Adressaten auf Arbeitgeberseite zu bestimmen und damit die Konfliktgrenzen abzustecken.<sup>88</sup>

Eine Bipolarität des Interessenkonfliktes in der Form zu postulieren, dass es nur um das Verhältnis Arbeitnehmer-Staat/Öffentlichkeit ginge, überzeugt im Ergebnis ebenfalls nicht. Jede Demonstration während der Arbeitszeit greift direkt in die Rechte und Interessen des Arbeitgebers ein, unabhängig von ihrem konkreten Umfang.<sup>89</sup> Er ist nicht nur ein am Rande Betroffener, sondern zwangsläufig Konfliktpartei. Protestkundgebungen während der Arbeitszeit, sei auch nicht explizit zu einer Arbeitsniederlegung aufgerufen worden, nicht als politischen oder überhaupt als Streik anzusehen, erscheint daher nicht als plausibel.<sup>90</sup>

Bipolarität schließt freilich das Betroffensein von Interessen Dritter nicht aus. Ein Streik hat nahezu immer Auswirkungen auf die Öffentlichkeit bzw. nicht-beteiligte Dritte oder steht in mehr oder weniger engem Zusammenhang mit staatlichem Handeln.<sup>91</sup> Dies bedeutet zwar, dass auch ande-

81 ArbG Osnabrück, 4.6.1996 – 4 Ga 10/96 – NZA-RR 1996, 341; Otto, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, München 2006, § 4 Rn. 57; Löwisch/Rieble, in: Löwisch (Hrsg.), Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, Heidelberg 1997, S. 44f.; Gooren, Der Tarifbezug des Arbeitskampfes (Fn. 9), S. 168 ff.

82 Schlachter, RdA 2011, 341, 345.

83 Däubler, Arbeitsrecht Bd. 1 (Fn. 61), Rn. 499; Lörcher, in: Däubler, Arbeitskampfrecht (Fn. 10), § 10 Rn. 54.

84 Zuerst ausdrücklich von BAG, 10.6.1980 – 1 AZR 168/79 – AP Nr. 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; bestätigt durch BVerfG, 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212.

85 Ausdrücklich nochmal BVerfG, 6.2.2007 – 1 BvR 978/05 – NZA 2007, 394.

86 BAG, 20.12.1963 – 1 AZR 429/62 – AP Nr. 33 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = AuR 1964, 377, 381.

87 Wroblewski, in: Däubler, Arbeitskampfrecht (Fn. 10), § 17 Rn. 137 nennt dies einen »tariforientierten Demonstrationsstreik«.

88 Hier zeigt sich, wieviel Unsicherheit der Verzicht auf eine konkrete Streikforderung verursacht. Ohne eine solche wird im Zweifel nur schwer feststellbar sein, an wen sich die Demonstration inhaltlich richtet.

89 Ob wenige minutenlange Trauerbekundungen dies in einem solch geringen Umfang tun, dass der Arbeitgeber diesbezüglich zu einer Duldung verpflichtet ist, kann dahingestellt bleiben.

90 Richtig Abendroth, GMH 1954, 634: »Jede kollektive Arbeitsniederlegung ist der Sache nach ein Streik.«

91 So zB. Arbeitskämpfe, welche das Ziel einer tariflichen Regelung verfolgen, die im Ergebnis dazu führte, eine gesetzliche Regelung ins Leere laufen zu lassen: BAG, 27.6.1989 – 1 AZR 404/88 – AP Nr. 113 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

re Interessen als die von Arbeitgeber und Arbeitnehmer berührt sein können, ändert aber nichts daran, dass Anlass des Streikes allein der Interessenkonflikt zwischen diesen beiden Parteien bleibt.<sup>92</sup> Ebenso verhält es sich mit dem Beamtenstreik, aus dessen Anerkennung durch den EGMR teilweise auch die Zulässigkeit politischer Demonstrationstreiks geschlussfolgert wird.<sup>93</sup> Weil der Staat hier nicht nur als Arbeitgeber fungiert, sondern die Arbeitsbedingungen auch gesetzlich festlegt, sind seine Interessen bzw. die der Allgemeinheit zwar besonders betroffen, aber es bleibt ein Nebeneffekt der Auseinandersetzung zwischen Arbeitnehmern und (staatlichem) Arbeitgeber. Das mag, wenn Beamte während eines Streiks Forderungen zu ihren Arbeitsbedingungen mit solchen verbinden, die dieses Feld verlassen, im Zweifel nicht leicht festzustellen sein. Die Frage, wie Ziel und damit Charakter eines Streiks richtig bestimmt werden können und wie mit einer Vermischung von Streikzielen umgegangen wird, ist gerade im Bereich des politischen Streikrechts hochrelevant, soll an dieser Stelle aber nicht weiter vertieft werden.<sup>94</sup>

## 2. Möglichkeiten der Anerkennung eines politischen Streikrechts

### a) Erweiterung des Feldes ausgleichender Machtdisparität um den Einfluss auf Staat und Öffentlichkeit

Ihren Ursprung findet die Beschränkung des Streikrechts auf die Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Beziehung in der Theorie, dass die Koalitionsfreiheit und mit ihr das Streikrecht ihren Zweck in der Reparatur nicht funktionierender Individualvertragsfreiheit im Arbeitsverhältnis<sup>95</sup> haben, als Ausgleich struktureller Machtdisparitäten zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.<sup>96</sup> Doch weshalb muss das gewerkschaftliche Recht<sup>97</sup> der Interessenverfolgung mittels kollektiver Arbeitsniederlegung an das konkrete Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Verhältnis gebunden sein? Da Art. 9 Abs. 3 GG diese Einschränkung nicht enthält und ein Streikrecht ausdrücklich nicht kodifiziert ist, könnte sich in der Tat auf den Standpunkt gestellt werden, eine solche Beschränkung finde keine rechtliche Grundlage. Das wäre zwar nicht falsch, allein aber noch nicht zielführend. Da auf der Grundlage der Zulassung privatkapitalistischer Eigentums- und Austauschverhältnisse den Bestimmungen des Grundgesetzes (Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG) konsequenterweise auch der grundrechtliche Schutz der Arbeitgeberinteressen entnommen werden muss und Arbeitskämpfe zudem auch die Rechte Dritter berühren

können, braucht es ein Streikrechtssystem, das einen Ausgleich zwischen den betroffenen Grundrechtspositionen und ihren Trägern schafft.<sup>98</sup> Diesem Zweck dient die auf den Prinzipien einer marktwirtschaftlichen Gesellschaftsordnung fußende Regulierung des Streikrechts aus der Perspektive von Privatautonomie und Vertragsfreiheit, sprich der Streik als Annex der Tarifautonomie. Der offenkundige Vorteil dieser Strategie ist eine Harmonisierung des Rechtssystems, welche die Einhegung des »Fremdkörpers« Streik<sup>99</sup> in die zivilrechtliche Ordnung ermöglicht.

Viele Fürsprecher eines politischen Streikrechts versuchen nun, ein zentrales Element dieser Streikrechtskonzeption, nämlich das des Ausgleichs strukturellen Machtungleichgewichtes, beizubehalten, aber von der Vertragsebene zu lösen und um das Feld politischer Einflussnahme- und Druckmöglichkeiten zu erweitern.<sup>100</sup> Danach wären Lohnabhängige sozusagen im »Wettbewerb« um politischen Einfluss ebenso strukturell unterlegen wie beim Aushandeln von Arbeitsbedingungen.<sup>101</sup>

Zunächst kann es, darin ist den Vertretern dieses »Lagers« zuzustimmen, als Fiktion angesehen werden, dass es einen solchen »Wettbewerb« überhaupt nicht gäbe, weil Abgeord-

92 Frühere Ansichten, wonach auch ein tarifrechtlicher Streik ab einem bestimmten Umfang in einen politischen Streik umschlagen könne, siehe zB. *Rüthers*, Streik und Verfassung (Fn. 6), S. 127, werden inzwischen zu Recht nicht mehr vertreten.

93 *Seifert*, EuZA 2013, 205, 216.

94 Siehe dazu zB. *Fischer*, NZA 2014, 1177 ff.; *Polzin*, NZA 2019, 753 ff.

95 *Konzen*, NZA 1995, 913 f.; mit historischen Bezug: *Picker*, ZfA 1986, 199, 251 ff.; *Zöllner*, ZfA 1973, 227, 236; ähnlich: *Bayreuther*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, München 2003 (zugl. Erlangen-Nürnberg, Univ., Habil-Schr. 2003-2004), S. 58 f.; *Schlupe*, Überbordungsgefahren von Arbeitskonflikten, Bern 1973, S. 13 spricht davon, dass der Wettbewerb als »Koordinationstypus« auf dem Arbeitsmarkt nicht funktioniere.

96 Alleinige Berechtigung des Streikrechts sei die strukturelle Überlegenheit der Arbeitgeber sowie das Überangebot an Arbeitnehmern, s. *Schansker*, Die Beschränkung des Streikrechts auf tariflich regelbare Ziele, Baden-Baden 2015 (zugl. Tübingen, Univ., Diss. 2013), S. 117 f.

97 Die Frage des nichtgewerkschaftlichen Streiks soll in dieser Abhandlung außen vorbleiben und daher im Folgenden von einem gewerkschaftlich getragenen Streik ausgegangen werden.

98 Dies kommt mE. in der Ansicht von *Mückenberger*, KJ 1980, 258, die Vertragserfüllungspflicht solle grundsätzlich unter dem Vorbehalt des Streikrechts stehen, zu wenig zum Ausdruck.

99 *Picker*, ZfA 2011, 443, 455; *Wiedemann*, BB 2013, 1397, 1400.

100 Nach HK-Arbeitsrecht-*Hensche* (Fn. 60), GG Art. 9 Rn. 122 bewege sich die staatliche Wirtschafts- und Sozialpolitik im Spannungsfeld desselben sozialen Konflikts, zu dessen Austragung Art. 9 Abs. 3 GG den Arbeitnehmern die Koalitionsfreiheit garantiert; s. schon *Schmid*, GMH 1954, 1, 8.

101 Dies bedeutete, um mit *Schlupe* (Fn. 95) zu sprechen, dass der Wettbewerb als Koordinationstypus auch bei der politischen Willensbildung nicht funktioniere. Ob ein solcher in deren Rahmen überhaupt vorgesehen ist, siehe weiter unten.

nete und andere Staatsbedienstete ohne jeden Druck Entscheidungen trafen.<sup>102</sup> Gleiches gilt für die Annahme, alle Bürger wären hinsichtlich der Voraussetzungen, Druck ausüben zu können und politisch Einfluss zu nehmen, gleich. Bestimmte gesellschaftliche Gruppen haben bestimmte Möglichkeiten der Druckausübung, die anderen verwehrt sind.<sup>103</sup> So haben die Eigentümer großer Zeitungsverlage, Fernsehsender oder anderer Medien unzweifelhaft eine nicht zu unterschätzende Machtfülle bei der Druckausübung auf staatliche Entscheidungsträger,<sup>104</sup> die anderen nicht zustehen. Entscheidungsträger von Unternehmen mit mehreren Tausend oder Hunderttausend Mitarbeitern haben ebenfalls solche gruppenspezifischen Möglichkeiten der Druckausübung. Es wird kaum abgestritten werden können, dass das Androhen ausbleibender Investitionen oder die Verlagerung von Produktionseinheiten ins Ausland geeignet sind, die Entscheidungen staatlicher Funktionsträger zu beeinflussen. Den Erhalt von Arbeitsplätzen oder die wirtschaftliche Entwicklung bestimmter Regionen bzw. des Landes, werden Staatsbedienstete schwerlich ignorieren können.<sup>105</sup> Dass solche Drohungen nicht einmal ausdrücklich oder konkludent kommuniziert werden müssen, sondern die Prinzipien der Marktwirtschaft einen entsprechenden strukturellen Druck von sich aus erzeugen, wird ebenfalls bejaht werden können.<sup>106</sup> Die privatwirtschaftliche Organisation des gesellschaftlichen Zusammenlebens bewirkt eine gewisse Machtkonzentration bei privaten Rechtssubjekten, die als solche von an der Aufrechterhaltung der gesellschaftlichen Ordnung Interessierten schlichtweg berücksichtigt werden muss, auch ohne dass von den mit Macht Ausgestatteten ausdrücklich auf ihre Machtoptionen hingewiesen wird. Insofern handelt es sich um eine Folgewirkung der nicht notwendigen, aber derzeit parlamentarisch legitimierten Entscheidung für eine marktwirtschaftliche Gesellschaftsordnung.<sup>107</sup>

Nun ist *Rüthers* zwar darin zuzustimmen, dass die Bindung gesellschaftlicher Machtgruppen an die verfassungsmäßige Ordnung eine »Kernfrage aller staatlichen Existenz« ist.<sup>108</sup> Aber was sagt dies über die Zulässigkeit politischer Streiks aus? Soll die Lösung nicht in der Leugnung der Tatsache, dass eine auf Privateigentum an Produktionsmitteln, Grund und Boden oder Medien fußende Gesellschaftsordnung zwangsläufig das Bestehen nichtstaatlicher Machtgruppen zur Folge hat, bestehen, muss es darum gehen, deren Machtausübung bestmöglich, dh. vom Standpunkt des Allgemeininteresses aus, zu regulieren.<sup>109</sup> Als genuin öffentliche Aktion<sup>110</sup> ist ein politischer Streik nicht nur grundsätzlich einer staatlichen

Regulierung gegenüber offen, sondern muss sich auch der Kritik der öffentlichen Meinung als zusätzlichem Korrektiv unterwerfen.<sup>111</sup> Ein striktes Verbot führte letztlich zu einer Begünstigung intransparenter, nicht-öffentlicher Druck- und Einflussmöglichkeiten.

Freilich könnte auch eine kleine Gewerkschaft die Macht nutzen, um ein rückschrittliches, gesellschaftsfeindliches Ziel zu verfolgen.<sup>112</sup> Dieses Risiko besteht aller-

102 Richtig zB. *Däubler*, in: ders., *Arbeitskampfrecht* (Fn. 10), § 13 Rn. 63 f.; *Berg*, in: ders./Kocher/Schumann (Fn. 20), Teil 3 Rn. 191, nach dem die staatliche Wirtschafts- und Sozialpolitik sich nicht in einer abgeschotteten Sphäre ohne Druck seitens gesellschaftlicher Interessengruppen ablaufe; ähnlich: *Ridder*, Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart 1960, S. 14, der von »reziproken Druckausübungen« zwischen Staat und Gesellschaft ausgeht; s. auch Argumentation bei *Novitz*, *International und European Protection of the Right to strike*, New York 2003, S. 63.

103 Vgl. BVerfG, 14.5.1985 – 1 BvR 233, 341/81 – BVerfGE 69, 315 bezüglich der Einflussnahme im Rahmen des politischen Willensbildungsprozesses: »An diesem Prozess sind die Bürger in unterschiedlichem Maße beteiligt. Große Verbände, finanzstarke Geldgeber oder Massenmedien können beträchtliche Einflüsse ausüben, während sich der Staatsbürger eher als ohnmächtig erlebt.«

104 Siehe zB. *Kriele*, ZRP 2012, 53.

105 S. o. III.2.a).

106 Die Argumentation *Zöllners*, ZfA 1973, 227, 241, dass der Staat die »Rentabilitätsinteressen« privatwirtschaftlicher Unternehmen berücksichtigen müsse, wolle er nicht das marktwirtschaftliche System ganz abschaffen, überzeugt nicht. Es wird schwerlich geleugnet werden können, dass privatwirtschaftliche Unternehmen eben nicht nur Rentabilität im Sinne eines Minimums an Gewinn, sondern vielmehr die Maximierung jenes Gewinnes anstreben. Gerade um diese Differenz dreht sich der Großteil der Auseinandersetzungen zwischen Arbeitnehmern und Kapitalvertretern. *Zöllner* bleibt Argumente dafür schuldig, warum für politische Verantwortungsträger ein systemimmanenter Druck nur zur Berücksichtigung des Minimalgewinns, nicht aber des Maximalgewinns bestehen sollte.

107 Das BVerfG hat mehrfach festgestellt, dass das Grundgesetz grundsätzlich »wirtschaftspolitisch neutral« und die Entscheidung für eine privatkapitalistisch geprägte Wirtschaftsordnung verfassungsgemäß sei, s. BVerfG, 20.7.1954 – 1 BvR 459 – BVerfGE 4, 7; wiederholt in BVerfG, 1.3.1979 – 1 BvR 532 – BVerfGE 50, 290. Inwiefern diese Aussagen aufgrund der Wirkung des Art. 23 GG iVm. Art. 3 Abs. 3 EUV möglicherweise neuer Überprüfung bedürften, kann in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben.

108 *Rüthers*, *Streik und Verfassung* (Fn. 6), S. 44.

109 Es kann hier dahingestellt bleiben, inwieweit eine solche Regulierung, insbesondere auf lange Sicht gesehen, tatsächlich möglich ist.

110 Betonung des öffentlichen und transparenten Charakters solcher Aktionen von *Berg*, in: ders./Kocher/Schumann (Fn. 20), Teil 3 Rn. 193; schon *Abendroth*, *GMH* 1954, 258, 261 ging richtigerweise davon aus, dass der Streik seinem Wesen nach nur in einer der Öffentlichkeit zugänglichen Willensbildung vorbereitet und in öffentlich erkennbarer Weise verwendet werden kann.

111 So stellte der französische Prof. *Gérard Lyon-Caen* zu Recht fest, dass der Streik in einer Demokratie von der öffentlichen Meinung kontrolliert wird: »Die Inhaber des Streikrechts wissen, dass ein Streik, dem die öffentliche Meinung feindselig begegnet, sich selbst zerstört und die Interessen der Streikenden beeinträchtigt.«, zit. bei *Le Friant*, *NZA-Beil.* 2006, 75, 83. Mag es selbstverständlich auch Ausnahmen geben, so kann vom grundsätzlichen Bestehen dieser Korrektivfunktion dennoch ausgegangen werden.

112 Es müsste sich letztlich um ein Ziel handeln, dass weder im Interesse des Arbeitgebers ist, denn dann müsste ja nicht gestreikt werden, noch im Interesse aller übrigen Arbeitnehmer, denn dann wäre es nicht gesellschaftsfeindlich, da diese die übergroße Mehrheit der Gesellschaft darstellen.



dings grundsätzlich bei der Einräumung von Macht, auch Medien könnten ihre Macht in diesem Sinne nutzen, genauso wie Unternehmer oder Bürger in Ausübung ihrer Versammlungsfreiheit. Die Frage ist letztlich, wie weit das Machtausübungsrecht der Arbeitnehmer gehen darf, ohne dass es in diesem komplexen Machtgefüge zu einer unverhältnismäßigen Fremdbestimmung anderer Glieder der Gesellschaft kommt.<sup>113</sup> Dies zu entscheiden wäre letztlich Aufgabe des Gesetzgebers. Die vollständige Negierung des politischen Streikrechts zumindest im Bereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen wird jedoch aufgrund des eindeutig weit gefassten Wortlautes von Art. 9 Abs. 3 GG nur schwer zu begründen sein.

Von den Verteidigern des Verbots politischer Streiks wird allerdings eingewandt, dass selbst wenn die Verfügungsgewalt über Produktionsmittel und die größeren finanziellen Möglichkeiten der Arbeitgeberseite gewisse Druckausübungsmethoden ermöglichen, die Lösung nicht darin bestehen könne, die Bereinigung dieses Missstandes durch Anerkennung des politischen Streikrechts dem freien Spiel der Kräfte zu überlassen<sup>114</sup>, sozusagen ein »Gebrechen« mit einem anderen bekämpfen.<sup>115</sup> Das vermag allerdings kaum zu überzeugen, gründet doch die Zulässigkeit des tariflichen Arbeitskampfes ebenfalls darauf, ein »Gebrechen«, die nicht funktionierende Vertragsfreiheit im Arbeitsverhältnis, mit einem anderen »Gebrechen«, dem kollektiven Arbeitsvertragsbruch, zu bekämpfen.

Gewichtiger ist vielmehr das Argument, dass die quantitative Überzahl der Arbeitnehmerseite an der Wahlurne in jedem Fall eine etwaige Machtdisparität ausgleichen würde.<sup>116</sup> Es stellt sich in der Tat die Frage, warum eine Politik, die zu sehr im Sinne der an der Wahlurne als zahlenmäßige Minderheit antretenden Arbeitgeber gemacht wird, nicht einfach von den Arbeitnehmern abgewählt werden kann.<sup>117</sup> Es handelt sich dabei allerdings um eine überaus komplexe Frage politischer Willensbildungsprozesse, für deren Beantwortung an dieser Stelle nicht ansatzweise der Raum ist. Sie illustriert jedoch, dass die Idee, das politische Streikrecht der Arbeitnehmer vorrangig mit einem auszugleichenden Defizit an politischen Einflussmöglichkeiten im Vergleich zur Arbeitgeberseite zu begründen, wenn auch im Kern richtig gedacht, sich ohne weitere rechtstheoretische Unterfütterung nur schwer gegen den Vorwurf fehlender empirischer Belegbarkeit wird behaupten können.

## b) Streik als kollektive Selbstbestimmung

Doch auch dafür, dass der Kompass des Interessenausgleichs im Rahmen von Streikaktionen der Ausgleich von Machtungleichgewicht sein muss, findet sich weder in Art. 9 Abs. 3 GG noch woanders eine explizite Grundlage. So wird die Funktion der Tarifautonomie auch zu Recht nicht nur in der Kompensation struktureller Unterlegenheit auf Individualvertragsebene gesehen, sondern ebenfalls als ein Element kollektiver Selbstbestimmung.<sup>118</sup> Vermittels ihrer Organisationen verfolgen die Arbeitnehmer Ziele, die sie als Einzelne nie verfolgen könnten.<sup>119</sup> Sie können über die Macht des Kollektivs Einfluss auf die Bedingungen nehmen, die ihre konkrete Arbeits- und damit Lebenssituation entscheidend prägen.<sup>120</sup> Die Tarifautonomie dient damit nicht nur der Wiederherstellung von Vertragsfreiheit auf höherer Ebene,<sup>121</sup> sondern ist auch ein Mittel zur Überwindung von Fremdbestimmung auf

113 Schon das LAG Berlin, 17.8.1953 – 4 LAG 835/52 – NJW 1954, 124 betonte richtig, dass es darauf ankommt, bis zu welchem Punkt der durch einen Streik ausgeübte Druck noch legitim ist; nach *Reuß*, AuR 1966, 264, 265 käme es darauf an, dass die Druckausübung noch »adäquat« ist, was allerdings in dieser Vagheit wenig aussagekräftig ist; man könnte auch mit den Worten *Ramms*, Koalitions- und Streikrecht der Beamten (Fn. 56), S. 140 f. fragen, wie groß der »Freiheitsspielraum der Gesellschaft« zur »sozialen Gestaltung« ist; vgl. zudem *Depenheuer*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 89. EL Oktober 2019, Art. 8 Rn. 5 zur Versammlungsfreiheit: »Wenn die Versammlung über den Beitrag zur politischen Meinungsbildung hinausgeht, sondern der Druck der Straße als Nötigungsfaktor der Legislativorgane oder als Störfaktor der Exekutivorgane zielgerichtet und provokativ eingesetzt wird, verliert sie ihre innere Legitimation [...]«

114 *Krichel*, NZA 1987, 297, 298; ähnlich: *Baur*, Der politische Streik unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten Notstandsverfassung von 1968 (Fn. 33), S. 111.

115 *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht Bd. 1 (Fn. 35), S. 1100.

116 *Kaiser*, Der politische Streik (Fn. 33), S. 46 f.; *Krichel*, NZA 1987, 297, 298.

117 *Däubler*, in: ders., Arbeitskampfrecht (Fn. 10), § 13 Rn. 64 räumt ein, dass in »bestimmten Konstellationen« die Stimmabgabe bei Wahlen einzelne sozialpolitische Maßnahmen beeinflussen könne, dies aber keineswegs die Regel sei.

118 *Berg*, in: ders./Kocher/Schumann (Fn. 20), Teil 1 Rn. 57 ff.; *Schiek*, in: *Däubler* (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 3. Aufl., Baden-Baden 2012, Einl. Rn. 205 ff.; *Däubler*, Das Recht auf Mitbestimmung, Frankfurt aM. 1973, S. 179 ff.; *ders.*, KJ 2014, 372, 380 spricht davon, dass »Fremdbestimmung gewissermaßen halbiert und durch ein Stück weit Demokratie ersetzt« werde.

119 Vgl. *D. Ulber*, in: *Däubler* (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl., Baden-Baden 2016, Einl. Rn. 250; *Däubler*, KJ 2014, 372, 380.

120 Die zunehmend kollektive Bedingtheit von Selbstbestimmung ist mithin kein auf das Arbeitsleben beschränktes Phänomen. Desto fortgeschrittener die gesellschaftliche Organisation des Lebens und damit die Abhängigkeit des Einzelnen von gesellschaftlich bedingten Prozessen ist, umso mehr realisiert sich die Selbstbestimmung des Individuums über dessen Einfluss auf kollektive Entscheidungsprozesse, als kollektive Selbstbestimmung. Das bedeutet mithin keine Negation der individuellen Selbstbestimmung, bspw. in Gestalt der Vertragsfreiheit, sondern ihre Beschränkung auf (Lebens-)Bereiche, in denen sie unter Berücksichtigung der gesellschaftlichen Einbettung des Individuums als Entscheidungsmodell funktioniert. In diesem Sinne ist *Marx*, MEW Bd. 13, Berlin 1961, S. 615 darin zuzustimmen, dass der Mensch ein Tier sei, dass sich nur in der Gesellschaft vereinzeln könne.

121 *Däubler*, Das Recht auf Mitbestimmung (Fn. 118), S. 180 spricht von einer »Wiedergeburt« der individuellen Vertragsfreiheit auf höherer Ebene.

höherer Ebene. Denn der einzelne Arbeitnehmer befindet sich im Verhältnis zu seiner Organisation zwar ebenfalls zu einem bestimmten Grade in einem Unterordnungsverhältnis,<sup>122</sup> dennoch sichert ihm die innerorganisatorische Demokratie Einfluss auf ihn betreffende Umstände, die sich sonst vollständig seiner (Mit-)Bestimmung entzogen hätten.<sup>123</sup>

Diese Gedanken können auch herangezogen werden, um abseits des Ausgleichs struktureller Machtdisparität eine eigenständige, Fremdbestimmung verringern und damit emanzipatorische Funktion des Streiks zu begründen.<sup>124</sup> So verstanden, müsste der Streik dann aber nicht an der Grenze der Arbeitnehmer-Arbeitgeber-Beziehung Halt machen. Selbst wenn kein konkretes Übergewicht der politischen Einflussmöglichkeiten der Kapitaleseite angenommen würde, könnte den Vereinigungen der Arbeitnehmer ein *besonderes* kollektives Selbstbestimmungsrecht auch im Verhältnis zum Staat zustehen, welches das in Wahlen realisierte kollektive Selbstbestimmungsrecht des Volkes ergänzt. Das Unterordnungsverhältnis Arbeitnehmer-Staat erfährt zwar grundsätzlich unter den Bedingungen des allgemeinen Wahlrechts demokratische Legitimation, doch kommt der Zulassung gesellschaftlicher Machtausübung anerkanntermaßen eine wichtige Korrektivfunktion im System repräsentativer Demokratie zu, wie das Beispiel der Versammlungsfreiheit zeigt.<sup>125</sup> Warum soll aber das politische Streikrecht nicht imstande sein, eine solche Korrektivfunktion einnehmen zu können? Geht es um die »Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen« könnte sich die Zulässigkeit eines solchen besonderen Korrektivmechanismus aus der besonderen Lage der Arbeitnehmer ergeben. Als einziges Austauschverhältnis ist dieses gekennzeichnet durch die dauerhafte Unterordnung unter eine fremdbestimmte Ordnung, unter fremde Verfügungsgewalt.<sup>126</sup> Abhängige Arbeit wird im Wesen charakterisiert durch den Widerspruch einerseits bedeutendstes Mittel zur Selbstentfaltung des arbeitenden Individuums zu sein und dieses andererseits einem bei keiner anderen (legalen) Rechtsbeziehung anzutreffenden Grad an Fremdbestimmung zu unterwerfen.<sup>127</sup> Dies bewirkt, dass Arbeitnehmer von staatlichen Entscheidungen, die sie in ihrer Funktion als Arbeitnehmer betreffen, auf eine andere und – allgemein betrachtet – intensivere Weise betroffen sind als andere gesellschaftliche Gruppen.<sup>128</sup> Daraus könnte sich die Rechtfertigung ergeben, den Arbeitnehmern bzw. ihren Organisationen ein spezifisches Instrument der Druckausübung, nämlich das historisch gewachsene der Streiks, auch gegenüber staatlichen Stellen zuzugestehen, als korrigierendes –

und damit notwendigerweise dieser Funktion entsprechend reguliertes – Element kollektiver Selbstbestimmung im Rahmen repräsentativ legitimierten Staatshandelns.<sup>129</sup>

Wenn es sich aber beim politischen Streikrecht um ein besonderes Selbstbestimmungsrecht gegenüber dem Staat handelte, was zumindest im Ursprung nicht auf dem größeren Einfluss der Arbeitgeberseite auf diesen gründet, wie lässt sich dann deren Verantwortung zur Duldung dieser Streikmaßnahmen rechtfertigen?

122 Dahingehend durchaus richtig *D. Ulber*, in: Däubler, Tarifvertragsgesetz (Fn. 119), Einl. Rn. 254.

123 Daher sieht *Däubler*, Das Recht auf Mitbestimmung (Fn. 118), S. 184 zu Recht die demokratische Struktur der Arbeitnehmerorganisation als Bedingung der Verwirklichung des kollektiven Selbstbestimmungsrechts; *Berg*, in: *ders./Kocher/Schumann* (Fn. 20), Teil 1 Rn. 66; *Schiek*, in: *Däubler, Tarifvertragsgesetz* (Fn. 118), Einl. Rn. 207 f.

124 Zum emanzipatorischen Charakter von Streiks siehe schon *Däubler*, Der Streik im öffentlichen Dienst, 2. Aufl., Tübingen 1971, S. 205 ff. Es wäre mithin verfehlt, nur den Abschluss eines Tarifvertrages als Selbstbestimmung anzusehen und nicht auch das Mittel des Streiks. Unabhängig vom Erreichen des angestrebten Ziels stellt bereits die Möglichkeit, sich in dieser Form für eigene Zwecke einzusetzen und Einfluss auf eine die eigene Situation betreffende Entscheidung auszuüben, einen Akt der Selbstbestimmung dar.

125 *Depenheuer*, in: *Maunz/Dürig* (Fn. 113), Art. 8 Rn. 4 nennt die Versammlung einen »kritischen Kontrapunkt zur repräsentativen Demokratie«; nach *Hoffmann*, KJ 1971, 45, 57 müssen gesellschaftliche Einwirkungen auf die Staatsgewalt als freiheitsverbürgendes Korrektiv wirken können, um eine freiheitliche Demokratie und einen demokratischen Sozialstaat zu bewahren.

126 Hier kommt nicht zuletzt die entscheidende Bedeutung der ausschließlich das Arbeitsverhältnis kennzeichnenden Tatsache zum Ausdruck, dass der Gegenstand des Austauschverhältnisses zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die Arbeitskraft des letzteren, nichts außerhalb vom Arbeitnehmer Bestehendes ist, sondern vielmehr seine physische bzw. geistige Fähigkeit, Gebrauchswerte irgendeiner Art zu produzieren, vgl. *Marx*, MEW Bd. 23, Berlin 1962, S. 181; s. dazu auch *Deinert*, in: *ders./Heuschmid/Zwanziger* (Hrsg.) *Arbeitsrecht – Handbuch für die Praxis*, 10. Aufl., Frankfurt aM. 2019, § 1 Rn. 4. Im Streik weigert der Arbeitnehmer sich nicht nur, seine Fähigkeiten für die Zwecke des Arbeitgebers einzusetzen, sondern setzt dieselben gerade für die Verfolgung eigener Zwecke in Bewegung. Dieser Moment würde bspw. fehlen, wenn ein Mieter aus politischem Protest seine Miete nicht mehr zahlt oder ein Verbraucher seine Rechnungen nicht begleicht. Der Akt des Protestierens hätte in diesen Fällen über eine etwaige Druckwirkung hinaus keinen Zusammenhang zu dem Vertragsbruch.

127 *Castel*, Die Krise der Arbeit, Hamburg 2011, S. 68: »Arbeit beherrscht den Arbeiter und ist gleichzeitig das, was ihm Anerkennung verschafft.«; siehe auch *Wroblewski*, in: *Däubler, Arbeitskampfrecht* (Fn. 10), § 17 Rn. 165; damit erklärt sich auch die Rechtfertigung des von *Seiter*, Streikrecht und Aussperrungsrecht (Fn. 4), S. 99 kritisierten »Privilegs der Selbstbestimmung durch Kampfmaßnahmen«.

128 Das verkennt *Hessel*, GMH 1954, 438, 439, wenn er im Rahmen seiner Argumentation gegen den politischen Streik von den Gewerkschaften als Gruppen mit »zufällig wirksamer ökonomischer Macht« spricht. Es ist gerade kein Zufall, sondern das Vorhandensein von Rechtsverhältnissen, die dauerhafte Abhängigkeit und Fremdbestimmung bedeuten, welche den diesen Verhältnissen Unterworfenen eine gewisse »Macht« verleiht. Sinnbildlich für die vollständige Negierung dieser spezifischen Situation von Arbeitnehmern steht *Leisners*, NJW 2006, 1488, 1489 Ansicht, wonach Gewerkschaften schlicht »Bürgergruppen« seien.

129 Vgl. *Hoffmann*, KJ 1971, 45, 57 f.; *Heuschmid*, in: *Däubler, Arbeitskampfrecht* (Fn. 10), § 11 Rn. 24 bezeichnet den politischen Streik als Maßnahme zur »Flankierung der repräsentativen Demokratie«.

Die entscheidende Schnittstelle ist das Element der Fremdbestimmung. Bringt abhängige, fremdbestimmte Arbeit den Arbeitenden in eine »einzigartige Unterwerfungs- und Risikosituation«,<sup>130</sup> so bringt sie den Arbeitgeber umgekehrt in eine einzigartige Beherrschungssituation.<sup>131</sup> Gerade weil der Streik faktisch nicht das Eigentum des Arbeitgebers berührt, sondern seine Verfügungsgewalt über fremde Arbeitskraft,<sup>132</sup> die ihm temporär entzogen wird, könnte ein umfassendes Streikrecht als Pendant zur grundsätzlichen Zulässigkeit von Rechtsverhältnissen angesehen werden, die dem Arbeitgeber das Verwirklichen seiner unternehmerischen Ziele unter Nutzung fremdbestimmter Arbeit ermöglicht. In diesem Sinne ist *Kittner* darin zu folgen, im Rahmen der Auslegung von Art. 9 Abs. 3 GG eine Parteinahme für den abhängig arbeitenden Menschen aufgrund der Zwecke des Sozialstaatsprinzips und der »normativen Dominanz« der Menschenwürdegarantie für notwendig zu erachten.<sup>133</sup>

### c) Konkrete Schlussfolgerungen

Unabhängig davon, welcher der beiden Begründungsansätze gewählt wird, wäre die konkrete Ausgestaltung eines politischen Streikrechts in jedem Fall Aufgabe des Gesetzgebers, dem diesbezüglich wohl ein nicht geringer Beurteilungsspielraum eingeräumt wäre. Unter der Bedingung fortdauernder Untätigkeit des Gesetzgebers auf diesem Gebiet, ist es Aufgabe der Gerichte im Wege praktischer Konkordanz, bei Beibehaltung der bisherigen Dogmatik insbesondere im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung,<sup>134</sup> Kriterien für den Umfang des politischen Streikrechts herauszuarbeiten. Orientiert an Sinn und Zweck dieses Rechts stünden verschiedene Möglichkeiten einer Regulierung zur Verfügung.

Dies wäre zum einen die inhaltliche Beschränkung des politischen Streikrechts auf den Bereich der Arbeits- und Wirtschaftspolitik. Die explizite Betroffenheit von eigenen Interessen verleiht sowohl dem Bestreben der Arbeitnehmer nach eigenen, aktiven Einflussmöglichkeiten unter dem Gesichtspunkt der kollektiven Selbstbestimmung als auch der Wahrnehmung konkreter Gruppeninteressen unter dem Gesichtspunkt der Korrektivfunktion im System repräsentativer Demokratie ein besonderes Gewicht.<sup>135</sup>

Des Weiteren käme, da es gerade um das Verlassen des Feldes konkreter Auseinandersetzungen geht, in Betracht, einen unternehmens- bzw. konzernübergreifenden Streikaufruf zu verlangen. Denkbar wäre auch das Erfordernis

einer Unterstützung des Aufrufs von mehr als einer Gewerkschaft. Dies erhöht zwar potentiell den Umfang des Streiks, aber stellt auch eine Korrektivfunktion gegenüber der Verfolgung (klein-)gruppenegoistischer Ziele dar.

Über die Notwendigkeit einer zeitlichen Befristung besteht unter den Befürwortern eines politischen Streikrechts weitgehend Einigkeit.<sup>136</sup> Um einerseits der Korrektivfunktion der öffentlichen Meinung ausreichend Spielraum zum Wirken zu geben und andererseits eine Druckausübung nicht unmöglich zu machen, erscheint zB. eine Befristung auf einen Tag bei wöchentlicher Wiederholungsmöglichkeit als sinnvoll.<sup>137</sup> Dass dies aber nicht zwangsläufig eine Notwendigkeit ist, sollten die Erfahrungen aus anderen westeuropäischen Ländern hinreichend zeigen.

<sup>130</sup> *Kittner*, in: Wassermann (Fn. 3), Art. 9 Abs. 3 Rn. 26.

<sup>131</sup> Eine Feststellung, die mithin nichts über die grundsätzliche Zulässigkeit oder den grundrechtlichen Schutz der unternehmerischen Betätigungsfreiheit aussagt. Unterordnungs- und Fremdbestimmungsverhältnisse im privaten Rechtsverkehr werden vom Grundgesetz durchaus toleriert, andernfalls müsste der Menschenwürdegarantie ein positives Konzept für eine Arbeits- und Wirtschaftswelt entnommen werden können, was mit *Starck*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG-Kommentar Bd. 1, München 2010, Art. 1 GG Rn. 16 abzulehnen ist.

<sup>132</sup> Diese Feststellung gilt unabhängig davon, ob das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb dem Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG zugerechnet wird. In jedem Fall stellt der Streik primär eine Beeinträchtigung der Berufsfreiheit des Arbeitgebers dar, vgl. *Gooren*, Der Tarifbezug des Arbeitskampfes (Fn. 9), S. 144.

<sup>133</sup> *Kittner*, GG-Kommentar aus der Reihe Alternativkommentare, Bd. 1, Neuwied/Darmstadt 1984, Art. 9 Abs. 3 Rn. 26; mithin erscheint die Idee, das Streikrecht mehr im Lichte der Menschenwürdegarantie zu betrachten, als äußerst vielversprechend, s. dazu auch *Däubler*, Der Streik im öffentlichen Dienst (Fn. 124), S. 207 f.; *ders.*, ZfA 1973, 201, 218; *Fütterer*, Die Reichweite des Solidaritätsstreiks (Fn. 16), S. 263 ff.; abl. *Engels*, Verfassung und Arbeitskampfrecht, Berlin 2008 (zugl. Köln, Univ., Diss. 2007), S. 154, nach dem »äußerst zweifelhaft« sei, ob Streikfreiheit als Teil eines Rechts auf umfassende Selbstbestimmung begründet werden könne.

<sup>134</sup> Eingehende Kritik an diesem Merkmal: *Hensche/Wolter*, GS Zachert, 2010, S. 544 ff.

<sup>135</sup> Das bedeutet nicht, dass ein allgemeinpolitischer Streik grundsätzlich nicht zulässig wäre. Allerdings lässt sich dieser nicht auf Art. 9 Abs. 3 GG stützen (sondern Art. 5 Abs. 1 GG, ggf. noch Art. 8 Abs. 1 GG) und sollte in jedem Fall nochmal engeren Grenzen unterworfen werden, s. Fn. 71. Im Übrigen ist aber zu bedenken, dass eine solche inhaltliche Beschränkung bei der intransparenten Druckausübung der Kapitaleseite logischerweise nicht bestehen kann.

<sup>136</sup> Ausnahmen sind zB. *Hoffmann*, KJ 1971, 45, 55; *Geffken*, Seeleutestreik und Hafenarbeiterboykott, Marburg 1979 (zugl. Bremen, Univ., Diss. 1978), S. 224, 229. Andere westeuropäische Streikrechtsordnungen, in der wirtschaftspolitische Streik rechtmäßig ist, wie die französische, italienische, spanische, belgische, schwedische oder finnische kennen allerdings keine Befristung, s. *Jeschke*, Der europäische Streik, Baden-Baden 2006 (zugl. Rostock, Univ., Diss. 2005), S. 112 ff.

<sup>137</sup> *Däublers*, AuR 1998, 144, 148 Vorschlag einer Orientierung an der alten Warnstreikrechtsprechung geht in eine ähnliche Richtung. Allerdings ist die teleologische Vergleichbarkeit von Warn- und politischem Demonstrationstreik durchaus fraglich.

Zuletzt wird auch die Notwendigkeit einer Ankündigung des Streiks eine bestimmte Zeit vor Stattfinden der Aktion vertreten.<sup>138</sup> Dies ließe sich damit begründen, dass der ökonomische Schaden des Arbeitgebers zwar den Kern der Druckwirkung und damit ein wesentliches Moment jedes Streiks ausmacht, seine Verantwortlichkeit bei Adressierung der Öffentlichkeit oder des Staates aber indirekter Natur ist. Zudem würde auch über diese Bedingung die Korrektivfunktion der öffentlichen Meinung gestärkt und einer Disbalance zwischen allgemeiner kollektiver Selbstbestimmung in Form von Wahlen und besonderer kollektiver Selbstbestimmung in Form des Streiks entgegengewirkt.

### 3. Zwischenergebnis

Die Begründung der Zulässigkeit eines politischen Streikrechts aus der Notwendigkeit des Ausgleichs von Einflussmöglichkeiten der Arbeitgeberseite auf staatliche Entscheidungen heraus ist zwar im Ansatz durchaus überzeugend. Sie erklärt allerdings nur bedingt, warum Arbeitnehmern im Unterschied zu anderen strukturell unterlegenen Gesellschaftsgruppen ein besonderes Druckmittel im politischen Entscheidungs- und Willensbildungsprozess zur Verfügung stehen soll und ist praktisch zudem recht schwer empirisch nachzuweisen. Theoretisch sauberer erscheint es, das politische Streikrecht als besonderes kollektives Selbstbestimmungsrecht der Arbeitnehmer anzusehen, was die richtigen Ansätze des ersten Begründungsweges gleichsam integriert. Dies würde letztlich bedeuten, dass Ausgangspunkt der Bewertung von Streiks nicht der Versuch einer zivilrechtlichen Integration des »Fremdkörpers« Streik, sondern vielmehr eine verfassungsrechtliche Integration des »Fremdkörpers« Fremdbestimmung wäre. Als problematisch könnte sich zwar der hohe Abstraktionsgrad erweisen, welcher Schlussfolgerungen bezüglich konkreter Leitlinien der im Rahmen von Streiks notwendig vorzunehmenden Interessenabwägung schwierig macht. Wird der arbeits- und wirtschaftspolitische Streik allerdings als von Art. 9 Abs. 3 GG geschütztes Mittel kollektiver Selbstbestimmung anerkannt, könnte die Bestimmung von dessen Grenzen zumindest nicht auf anderweitige Funktionsbestimmungen des Streiks gestützt werden, sondern müsste sich an (gleich-)gewichtigen Interessen des Arbeitgebers, insbesondere an der wirtschaftlichen Existenz seines Unternehmens, sowie dem Verhältnis

von repräsentativer Demokratie und gesellschaftlicher Druckausübung orientieren.

## V. Fazit

Die gesellschaftlichen Verhältnisse, welche die Voraussetzungen für das Auftreten politischer Streiks in sich tragen – abhängige, fremdbestimmte Arbeit auf der einen, ein Arbeits- und Wirtschaftspolitik betreibender Staat auf der anderen Seite – werden wohl noch eine Weile überdauern. In einer zunehmend durch Individualisierungs- und Partikularisierungsprozesse gekennzeichneten Arbeitswelt,<sup>139</sup> welche sich auch in Integrations- und Solidaritätsproblemen der Gewerkschaften widerspiegelt,<sup>140</sup> könnte dem politischen Streik in Zukunft sogar noch eine steigende Attraktivität beschieden sein.<sup>141</sup> Dennoch ist derzeit von Seiten der Gewerkschaften in Deutschland wenig Motivation zu erkennen, Träger solcher Aktionen zu werden,<sup>142</sup> nicht zuletzt, weil sie mit hohen Schadensersatzforderungen rechnen müssten.<sup>143</sup> Dabei ließe sich, wie in diesem Beitrag versucht wurde aufzuzeigen, ein politisches Streikrecht durchaus auf Basis des Grundgesetzes begründen. Dies wird jedoch schwerlich ohne ein Denken außerhalb der gewohnten Bahnen möglich sein. Eine stärkere Akzentuierung des Aspekts der kollektiven Selbstbestimmung im Rahmen der Auslegung des Art. 9 Abs. 3 GG erscheint in diesem Kontext als ein vielversprechender, bisher aber wenig begangener Weg.

138 *Albertyn*, zit. bei *Novitz*, International und European Protection of the Right to strike (Fn. 102), S. 64.

139 *Castel*, Die Krise der Arbeit (Fn. 127), S. 303 f. spricht von einer »Entkollektivierung von Arbeitsverhältnissen«; s. auch *Wiedemuth*, WSI-Mitteilungen 2017, 614, 617.

140 *Lee/Staples*, Industrielle Beziehungen 4/2018, 495, 510f.; siehe zur deutlichen Unterrepräsentierung atypisch Beschäftigter: *Keller*, WSI-Mitteilungen 2017, 27 ff.

141 Siehe zB *Menz/Detje/Nies/Sauer*, in: Billmann/Held (Hrsg.), Solidarität in der Krise, Wiesbaden 2013, S. 39: »Gründe für Protest und Widerstand gibt es den Einschätzungen der Betroffenen nach in ausreichender Zahl; was fehlt, ist ein geeigneter Adressat [...]«; *Seeliger*, Industrielle Beziehungen 2018, 425, 432 sieht die Möglichkeit der Überbrückung konkurrierender politischer Orientierungen durch einen Generalstreik; nach *Dörre/Goes/Schmalz/Thiel*, Streikrepublik Deutschland?, 2. Aufl., Frankfurt aM. 2017, S. 186 müssten sich Gewerkschaften aufgrund fragmentierter Arbeitsbeziehungen mehr als »soziale Bewegung« verstehen.

142 Allerdings konstatiert *Berg*, in: ders./Kocher/Schumann (Fn. 20), Teil 3 Rn. 200, dass der innergewerkschaftliche Meinungsstreit über Vor- und Nachteile des politischen Streiks in den letzten Jahren wieder an Bedeutung gewonnen habe.

143 Darauf Bezug nehmend fordert *Hensche*, in: Gallas/Nowak/Wilde (Hrsg.), Politische Streiks im Europa der Krise, Hamburg 2012, S. 225 den »Mut zur kalkulierten Rechtsverletzung« zur Überwindung überkommener rechtlicher Restriktionen.

## Geschichte der Betriebsverfassung

Wolfgang Däubler/Michael Kittner, 2020, Bund-Verlag, Frankfurt aM., 621 S. (ISBN 978-3-7663-6934-5), 48,- €

Bloß zu zeigen, »wie es eigentlich gewesen ist« (*Ranke* 1824), ist heute kein Programmsatz der Geschichtsschreibung mehr – auch nicht in ihrer arbeits- und sozialgeschichtlichen Abteilung.<sup>1</sup> Zudem schreibt jede Gegenwart ihre Geschichte neu (*Th. Nipperdey* 1979). Wenn sich jetzt *Wolfgang Däubler* und *Michael Kittner* zusammengesetzt haben, um die »Geschichte der Betriebsverfassung« zu schreiben, so ist das aus (mindestens) zwei Gründen eine sehr bemerkenswerte Sache. Zum einen erwartet man von ihnen nicht, dass sie nur beschreiben, »wie es eigentlich gewesen ist«. Als der Gewerkschaftspraxis verbundene Wissenschaftler schildern sie prägnant Sozialgeschichte aus der Sicht des sich in Sprüngen entwickelnden kollektiven Arbeitsrechts hin zur Stärkung der Mitbestimmung (*Kittner* für die Zeit bis 1945, *Däubler* für die Zeit danach). Doch verhehlen sie dabei zum anderen auch nicht ihre Sorge um eine »Zukunft mit Zügen der Vergangenheit« (Vorwort). Damit wird klar, dass nicht nur die Vergangenheit der Weimarer und Bonner Republik, sondern die Gegenwart und Zukunft der Berliner Republik und ihrer kollektiven Arbeitsverfassung zur Diskussion gestellt werden soll. Es ist also weit mehr als eine Sozial- oder Wirkungsgeschichte der betrieblichen Mitbestimmung, die hier erzählt wird. Es geht auch um die Zukunftsfähigkeit der Betriebsverfassung – kann man dazu etwas aus der Vergangenheit lernen?

### I. Betriebsverfassung nur im Großbetrieb?

Auch mit Blick in den Rückspiegel können sich also wichtige Erkenntnisse ergeben. Wenn *Kittner* freilich gleich zu Beginn seiner »Großen Linien« (S. 27 ff.) die Fixierung der Industriegeschichte auf den Großbetrieb als Voraussetzung von Betriebsverfassung kritisiert, zeigt sich bereits eingangs der Lektüre eine typische Schwierigkeit im »Design« des großen Vorhabens. Denn hier ist es anders als mit der Henne und dem Ei. Ursache und Folgen können klar auseinandergehalten werden. Unzweifelhaft führte erst die »faktische« Betriebsverfassung im organisierten Kapitalismus zu Entpersonalisierung und abstrakter Regulierung in Gestalt zB. von

rigiden Fabrikordnungen. Und die fand statt im Großunternehmen. Es war die despotische »Arbeiterpolitik« der Großunternehmer, die eine erste »gesetzliche« Regelung provozierte: Mit der Einfügung der »Arbeitsordnung« in die Gewerbeordnung kam es 1891 zu der ersten staatlichen Regulierung der inneren Ordnung einer Fabrik und zur ersten Erwähnung von Arbeiterausschüssen (§§ 134a ff. GewO). Das war nur ein tastender Beginn, gewiss. Doch erfasste diese Gesetzgebung von Anfang an alle Betriebe mit »in der Regel mindestens 20 Arbeitern« – eine klare Ansage des Staates im Hinblick auf eine erwünschte Breitenwirkung. Diese »politische Setzung« (S. 29) wurde in der Folge über das BRG 1920 bis zum BetrVG 1952 bzw. 1972 auch weiterhin durch sehr kleine Schwellenzahlen kontinuierlich beibehalten, ohne deshalb aber einen Zwang zur Errichtung dieser »sozialprivatrechtlichen«<sup>2</sup> Mitbestimmungsordnung ausüben zu wollen. So gewinnt das Plädoyer von *Kittner* gegen die Fixierung auf den Großbetrieb zwar aktuelle Brisanz angesichts der schwindenden Betriebsgrößen und möglicherweise ganz verschwindender räumlicher Einheiten.<sup>3</sup> Und *Däubler* benennt notwendigerweise am Ende seiner großen Erzählung im Kapitel »Herausforderungen« (S. 543 ff.) mit der Erwähnung der Randbelegschaften, der Krisenprävention mit gesetzlichen und ungesetzlichen (»betriebliche« Bündnisse für Arbeit) Mitteln, der Internationalisierung und Globalisierung all jene Schwierigkeiten, die der Ausbreitung bzw. Erhaltung der Betriebsrats-Mitbestimmung im 21. Jahrhundert entgegen stehen könnten. Doch sollte eine Vermischung von rechtshistorischer Analyse und rechtspolitischer Forderung wie geschildert vermieden werden.<sup>4</sup> Vor allem darf nicht übersehen werden, dass erst eine nennenswerte »Bürokratisierung« von Unternehmen auch den Betriebsrat auf den Plan ruft – und sich daher Arzt- und Anwaltspraxen ebenso wie Start-Ups auch künftig eher nicht auf eine Betriebsvertretung einlassen werden...

1 Der Satz fällt dennoch bei *Kittner* auf S. 119, wenn es um die Haltung der Gewerkschaften und der Sozialdemokratie zum I. Weltkrieg geht.

2 So der richtige Titel meiner Monographie von 1995 (anders aber Rn. 5, S. 28, und Text S. 198) bei *Kittner*.

3 Vgl. auch *Kittner*, NZA 9/2020, Editorial: »Wie lange wird es noch Betriebsräte geben?«. Er fordert hier die arbeitsgerichtliche Bestellung eines Betriebsrats, ggf. unterstützt durch einen bestellten »Paten-Betriebsrat«.

4 Vgl. auch S. 198, wo das »unfassbare Defizit« in Bezug auf die RAG-Rechtsprechung zum BRG 1920 konstatiert wird, aber zB. rechtshistorische Beiträge wie die Monographie von *Knut Wolfgang Nörr* (Zwischen den Mühlsteinen, Tübingen 1988) oder *Thilo Ramms* Beiträge (zB. ZfA 1988, 157) und manch andere nicht erwähnt werden.

## II. Herkunftslinien der Betriebsverfassung

Illustrativ und anschaulich sind *Kittners* Funde aus der Frühzeit der Betriebsverfassung. Ebenso wie bei seinen Ausführungen zu den frühen Formen des Streiks im gelungenen opus magnum »Arbeitskampf«<sup>5</sup> erlaubt er sich immer wieder Bemerkungen über wirkliche oder empfundene Forschungslücken im »Vormärz«, also in der Früh- und Vorgeschichte der Mitbestimmung (S. 42 ff.). Sein Überblick über Gesellen-»Büchsen«, Knappschaftskassen, Vertrauensmänner im Bergbau oder im Textilgewerbe erweitert den Blick auf eine schon verborgen vorhandene Arbeiterselbstverwaltung als Vorgeschichte der Betriebsverfassung: Das Prinzip der »demokratischen Repräsentanz des Arbeiter-Kollektivs unter Übernahme von Verantwortung« sei schon im späten 18. und im gesamten 19. Jahrhundert geradezu Bestandteil der DNA der deutschen Arbeiterbewegung (S. 45). Ohne dass wirklich neue historische Quellen angezapft werden (*Teutebergs* historische Grundlagenarbeit von 1961<sup>6</sup> bleibt auch hier die Basis), gelingt es dem scharfen Blick von *Kittner* immer wieder, praktizierte betriebliche Mitbestimmung hinter der Kulisse der großen politischen Ereignisse von 1848 (Paulskirchen-Parlament), über die Gewerbeordnung 1869 und Massenstreiks im Ruhrbergbau 1889 bis zur Abdankung Bismarcks und dem Neuen Kurs mit der »Lex Berlepsch« 1890/91 zu entdecken. Gleichwohl wurde sie von der Sozialdemokratie wie auch von den sich formierenden Gewerkschaften trotz der gesetzlichen Aufwertung 1891 als nennenswerte Quelle der Mitbestimmung scharf abgelehnt (vgl. Resümee S. 99 ff.). Der Umschwung erfolgte laut *Kittner* erst 1911 durch eine freundliche Stellungnahme *Fettes* zur bereits damals vorgesehenen obligatorischen Einführung von Arbeiterausschüssen (S. 115, vgl. unten IV.1).

## III. Weltkrieg als Katalysator von betrieblicher Mitbestimmung

Dass ausgerechnet die Allianz von Militärverwaltung und organisierter Arbeiterschaft im Verlauf des zunehmend blutiger werdenden I. Weltkriegs nicht zur Entfremdung, sondern zur Implementierung einer paritätischen Arbeitsverfassung geführt hat, wird von *Kittner* geradezu »genüsslich« ausgebreitet (S. 121 ff.). Dank sozial aufgeschlossener

Fachbeamter (*Sichler* und *Tiburtius* im »Kriegsamt« – laut *Kittner* »silent heroes«) wurde bereits seit 1915 eine paritätische Schlichtung in sog. »Kriegsausschüssen« etabliert, welche später als »Schlichtungsausschüsse« die Streitigkeiten um sog. Abkehrbescheinigungen (dh. der Erlaubnis des Wechsels zu besser bezahlenden Betrieben) in Anwendung des sog. »Hilfsdienstgesetzes« von 1916 zu entscheiden hatten.<sup>7</sup> Zusätzlich dazu wurden in allen Betrieben mit in der Regel mindestens 50 Arbeitern »ständige Arbeiterausschüsse« zur gesetzlichen Pflicht, dem Vorbild des preußischen Berggesetzes von 1905 folgend. *Kittner* ist zuzustimmen, wenn er trotz der wenig belastbaren Empirie des HDG 1916 in der kurzen Phase bis zur Tarifvertrags-VO 1918 der »vaterländischen« Anerkennung der Gewerkschaften eine wichtige Folgewirkung für das Stinnes-Legien-Abkommen in der Revolution 1918 und darüber hinaus zuspricht (S. 133). Freilich konnte dies nichts an der Desintegration und Parteispaltung der Linken ändern, welche sich in den Munitionsarbeiterstreiks ab Januar 1918 drastisch dokumentierte. Die November-Revolution war damit vorgezeichnet, keineswegs aber die Durchsetzung einer neuen »Betriebsverfassung«.

## IV. Spannende Entwicklung und doppelte Schwächung der Weimarer Betriebsverfassung

### 1. Späte Entdeckung des Begriffs »Betriebsrat« 1919/20

Verdienstvoll an der weiteren Geschichtsschreibung von *Kittner* erscheint in der Folge, dass trotz der »unfassbar kurzen Dauer« (S. 145) der Weimarer Republik und ihrer Betriebsverfassung dennoch deren strukturprägende Linien in polit-ökonomischer und juristischer Hinsicht aufgezeigt werden, die man jeweils auch als Defizite beschreiben kann. Freilich verdiente das nur beiläufig erwähnte »weltweit nahezu einzigartige« duale Interessenvertretungssys-

<sup>5</sup> *Kittner*, Arbeitskampf, München 2005.

<sup>6</sup> *Teuteberg*, Geschichte der industriellen Mitbestimmung in Deutschland, Tübingen 1961.

<sup>7</sup> Die Erlangung besserer Arbeitsbedingungen durch Arbeitsplatzwechsel war im Zeichen des »vaterländischen Hilfsdienstes« seit 1916 nicht allein den Arbeitsvertragsparteien überantwortet, sondern unterlag ggf. der Kontrolle des Schlichtungsausschusses nach § 9 Abs. 2 HDG 1916.

tem der Arbeitnehmer in Deutschland (S. 143) schon eine etwas umfassendere Analyse. Dass ausgerechnet die zwei krassen Weltkriegs-Verlierer – Deutschland und Österreich – sich »sozialistische« Betriebsräte leisteten und bis heute daraus eine gute Tradition der Sozialpartnerschaft entwickeln konnten, die Unternehmensmitbestimmung eingeschlossen, erscheint mir kein Zufall, sondern den besonderen »politischen« Entstehungsbedingungen geschuldet zu sein.<sup>8</sup> Davon abgesehen vermisst *Kittner* zunächst beim Stinnes-Legien-Abkommen von 1918 die hinreichende Gewichtung der Arbeiterausschüsse einerseits, betont aber andererseits, dass der nur kurz funktionierende »Super-Korporatismus« á la Stinnes-Legien (S. 152) im Weiteren keiner »echten« Tarifautonomie zwischen 1920 und 1933 den Weg bahnen und damit keine Rückendeckung der frisch etablierten Betriebsräte gewährleisten konnte (S. 153). Damit wird freilich unterschätzt, dass auch ohne »praktizierte« Tarifautonomie im Großen insbesondere die Freien Gewerkschaften im Kleinen eine wichtige Stützung und Professionalisierung der Betriebsräte ermöglichen konnten (s. unten 3.).

Rechtshistorisch beachtlich scheint mir aber vor allem *Kittners* Erkenntnis, dass ohne die Revolution Ende 1918 ein bereits vorbereiteter und »elaborierter« Gesetzentwurf über Arbeiterausschüsse den Reichstag wohl noch hätte passieren können (S. 165 ff.). Das kaiserliche Reichswirtschaftsamt schien »sprungbereit« zu einer dem HDG 1916 etwa entsprechenden Regelung einer Arbeiter- bzw. Angestelltenausschuss-Gesetzgebung mit Schlichtungszwang (?), die in § 138g GewO niedergelegt werden sollte, bevor die krisenbedingte Beschleunigung mit Stinnes-Legien-Abkommen bzw. TVVO 1918 die Beratungen zur Weimarer Reichsverfassung und zum Betriebsrätegesetz in eine deutlich andere Richtung lenkten. *Kittner* ist hier zweifelsohne eine rechtshistorische Entdeckung gelungen, die allfälligen Verurteilungen des kaiserlichen Klassenstaats mit dem hier belegbaren bürgerlich-progressiven Ansatz seiner Arbeitergesetzgebung in der Endphase begegnen kann. Doch wird bei ihm auch deutlich, warum mit der Gewerbeordnung als *sedes materiae* in der Folge kein Staat mehr zu machen war. Denn die weiteren Streikaktivitäten kurz nach den Wahlen zur Nationalversammlung im Ruhrgebiet, im mitteldeutschen Bergbau und bei den Angestelltenaufständen in Berlin forderten den Reichsarbeitsminister *Bauer* 1919 als Schlichter und veranlassten ihn, die Resultate im Reichsanzeiger einem Gesetz gleich zu publizieren. Der Regierungs-

entwurf zum Betriebsrätegesetz (BRG) bezog sich dann auch ausdrücklich auf diese und andere Schlichtungsergebnisse, das »wording« musste in der Folge die Aufbruchstimmung durch die Weimarer Verfassung (Art. 165) und das zügig beratene BRG 1920 als neue Ära von Sozialisierung und »Betriebsräte«-Verfassung der Wirtschaft berücksichtigen: Betriebsräte waren angesagt, die Arbeiterausschüsse waren obsolet geworden.

## 2. Schwachstellen des BRG 1920: Betriebsrat als »wirtschaftsparlamentarisches Organ«, Schlichtung statt Rechtsdurchsetzung

Die Schwächen der realen Weimarer Betriebsverfassung in der Folge aufzuzeigen, fällt *Kittner* nicht schwer. Auch wenn sein Befund, es gäbe bislang keine »Rechtsgeschichte der Betriebsverfassung« (S. 178, Hervorhebung im Original), ein wenig gewagt erscheint,<sup>9</sup> stößt auch er bei der mikro-juristischen Sicht auf das BRG 1920 auf eine Vielzahl von Durchsetzungsschwächen in der juristischen Praxis, die sich erst nach genauer Lektüre von Gesetzgebung und zeitgenössischer Rechtsprechung bzw. Literatur erschließen. Vorherrschend war damals wegen des Räte-Artikels (Art. 165 WRV) ein besonderes »öffentlich-rechtliches« Vorverständnis der »sozialen« Rechtsmaterie und vor allem seiner Rechtsdurchsetzung. Beabsichtigt war weiche Schlichtung, nicht harte Rechtskontrolle. Zudem wartete man auf ein »Gesamt-Räte-Konstrukt« (S. 186). *Flatow* folgerte aus den Vorgaben des Art. 165 WRV den Charakter des Betriebsrats als »wirtschaftsparlamentarisches Organ«.<sup>10</sup> Der privatrechtlich agierende Arbeitgeber wurde im BRG nicht als Gegner, sondern als verständiger Gegenüber »im gleichen Boot« verstanden – welch ein böses Missverständnis! Schon *Sinzheimer* äußerte früh den berühmten Satz, dass »ein vorgeschriebener Akt, der zur Zwangseinigung führen kann, [...] nur die Arbeitsordnung ist.«<sup>11</sup> Eine solche »imperfekte« Gesetzgebung heute zu

8 So wohl auch *Böhm*, RdA 2013, 193.

9 Vgl. hierzu etwa *Becker*, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis während der Weimarer Republik und in der Zeit des Nationalsozialismus, Frankfurt aM. 2005 (zugl. Frankfurt aM., Univ., Habil. 2002), S. 113–126; *Blanke*, KJ 1995, 12; *Nörr*, ZfA 1986, 403; *ders.*, Zwischen den Mühlsteinen (Fn. 4); *Reichold*, Betriebsverfassung als Sozialprivatrecht, München 1995 (zugl. Erlangen-Nürnberg, Univ., Habil. 1992); *Weber*, Vom Klassenkampf zur Partnerschaft, Frankfurt aM. 1995.

10 *Flatow/Kahn-Freund*, Betriebsrätegesetz, 13. Aufl. 1931, Anm. I vor § 1, S. 33. Das seit dem 1.7.1927 bestehende Reichsarbeitsgericht bezeichnete die Betriebsvertretung als »öffentlich-rechtliche Körperschaft«, vgl. RAG, 13.6.1928, Bensch. 3, 39, 41; 10.7.1929, Bensch. 6, 405 (Ls. 1); 22.2.1930, Bensch. 8, 401 (Ls. 1).

11 *Sinzheimer*, Grundzüge des Arbeitsrechts. Eine Einführung, Jena 1921, S. 36.

verstehen, ist mindestens so schwierig, wie diese Gesetzgebung auf heutige Probleme überhaupt noch in Anwendung bringen zu wollen. Die schwierige Rechtsdurchsetzung vorgeblich öffentlich-rechtlicher Ansprüche in einem Beschlussverfahren (erst seit dem ArbGG 1927)<sup>12</sup> war für junge Rechtsprofessoren wie *Alfred Hueck* und *Hans Carl Nipperdey* schon anno 1930 Anlass genug, zunehmend die »Privatisierung« des Rechtsschutzes der »Ansprüche« aus dem BRG 1920 zu fordern.<sup>13</sup> Daher ist es ehrlich, aber auch ein wenig naiv, wenn *Kittner* ungläubiges Erstaunen über eine komplexe und wenig durchsetzungsstarke Gesetzgebung anno 1920 äußert – es gab damals in der Tat »keine wirkliche Mitbestimmung« (S. 188). Die rechtsdogmatischen Ursachen dieses Übels werden leider nur unscharf herausgearbeitet: Diese »öffentlich-rechtliche« Sozialverfassung hatte noch kein rechtes Verhältnis zum weithin verdamnten »individuellen« Arbeitsverhältnis gefunden. Der Arbeitgeber konnte kraft Individualarbeitsrechts jederzeit am Betriebsrat vorbei handeln (S. 190), auch die Betriebsvereinbarung hatte idR. keine zwingende Wirkung. Nur der starke Kündigungsschutz der Betriebsrats-Mitglieder und deren wichtige Mitwirkung am Kündigungsverfahren gegenüber den anderen Mitarbeitern (§ 84 BRG) veränderten bereits maßgeblich das gewöhnlich von Befehl und Gehorsam geprägte Betriebsklima.<sup>14</sup>

Beachtlich sind nicht nur die »deutlichen Worte« *Kittners* zur doch eher dürftigen Rechtslage im BRG hinsichtlich betrieblicher und unternehmensrechtlicher (S. 193 ff.) Mitwirkungsrechte. Wichtiger noch erscheint seine Würdigung der geradezu »explodierenden« Flut von wissenschaftlichen Darstellungen zum damals ganz neuen »kollektiven« Arbeitsrecht durch häufig auch ganz neue Wissenschaftler (S. 197 ff.). »Kanonische ›Leuchttürme‹« der juristisch-politologischen Auseinandersetzung wie die Analysen von *Kahn-Freund* und *Fraenkel* (1930/31) finden eine eingehende und ausgewogene Würdigung: Abgesehen von ihren diametral unterschiedlich getönten Schlussfolgerungen möchte *Kittner* auch deren ideologische Kritik am RAG mit Hinweisen auf andere Judikate heute so nicht mehr stehen lassen. Dass man alles in allem schon nach der kurzen Periode der Entfaltung des BRG 1920 bis 1932 der betrieblichen Mitbestimmung eine weitere rechtsschöpferische Weiterentwicklung durch Rechtsprechung und Wissenschaft zutrauen konnte, lässt sich nach allem nicht bestreiten. Insbesondere die »Verrechtlichung« war dank des ArbGG 1927 vorangeschritten, das Beschlussverfahren erlaubte sogar laut RAG eine Vollstreckung mittels nachgeschaltetem Urteilsverfahren.<sup>15</sup>

### 3. Betriebsverfassung unter Tarifvorbehalt

*Kittner* wäre nicht *Kittner*, würde er nicht im Anschluss an die juristische Ausdeutung und Explikation der Weimarer Betriebsverfassung noch deren Praxis beleuchten wollen: Ihm geht es da noch einmal um die Frühphase mit kommunistischen Räten und autonomen Betriebsräten, um die empirischen Erkenntnisse der zeitgenössischen Studie von *Brigl-Matthiaß*<sup>16</sup> und um die Ergebnisse der Betriebsratswahlen, die den Erfolg der freien Gewerkschaften deutlich demonstrierten. Dass die Verbreitung von Betriebsräten in den 20er/30er-Jahren mit insgesamt 30 % aller Arbeitnehmer nur um 10 % unter dem heutigen Grad der Abdeckung aller Arbeitnehmer durch Betriebsräte lag (S. 214), ist eine dann doch beachtliche und überraschende Erkenntnis. Auch die durchaus differenzierte Darstellung der Arbeitgeberpolitik im Hinblick auf den neuartigen Widerpart ist verdienstvoll und so wie hier bislang kaum beleuchtet worden. Die Mühen der Ebene im Alltag der ersten Betriebsräte und die betriebliche Lohnpolitik im Schatten der Tarifverträge erfährt sogar durch die authentische Auflistung von Rahmentarifverträgen und Kollektivabkommen der Chemie- und Metallindustrie eine besondere Würdigung (S. 224–240). Was hat das BRG den Arbeitnehmern also gebracht? Am Ende seiner bemerkenswerten Ausführungen bemüht *Kittner* mE. zu Recht das Bild vom »halb vollen Glas« (S. 234), das mit der Weimarer Betriebsverfassung eine »positive Grundstimmung« für die Betriebsratstätigkeit vor Ort eingeführt habe, welches trotz der Zeit des Nationalsozialismus zur erstaunlich schnellen Wiedereinführung von Betriebsräten 1945/46 beigetragen haben dürfte (vgl. S. 275 f.).

12 Das »Beschlussverfahren« war Inbegriff für den durch das Arbeitsgerichtsgesetz v. 23.12.1926 abgeschlossenen Wechsel von der schlichtenden (»behördlichen«) zur richtenden Tätigkeit; erstmals tauchte der Begriff als Überschrift zu § 5 der »Verordnung zur Ausführung der Verordnung über das Schlichtungswesen« v. 10.12.1923 auf, vgl. RGBl. I, 1191.

13 Dazu näher *Reichold*, ZfA 2020, 5, 17 f.; der zweite kollektiv-rechtliche Band des »Lehrbuchs des Arbeitsrechts« von *Hueck/Nipperdey* erschien erstmals anno 1930.

14 So ein wesentlicher Befund der zeitgenössischen empirischen Analyse von *Brigl-Matthiaß*, Das Betriebsräteproblem in der Weimarer Republik, Berlin 1926, S. 159.

15 Vgl. *Reichold*, ZfA 2020, 5, 18 mit Bezugnahme auf RAG, 4.12.1929, Bensch. 7, 453, 457 f.

16 Dazu bereits Fn. 14; die Schreibweise des Namens ist etwas missglückt.



## V. Ende der Weimarer Republik, »Führer-Gefolgschafts-Prinzip«

Das Ende des Teils von *Kittner* erschöpft sich nicht darin, den Ansturm der inneren Feinde der Republik zusammen mit der Deflationspolitik *Brünings* und den ständigen Lohnkürzungen qua Zwangsschlichtung zu beschreiben, welche das Arbeitsrecht schwer beschädigten, schon bevor *Hitler* an die Macht kam. Auch die Schwächung der Freien Gewerkschaften durch radikale Konkurrenz von links und rechts wird drastisch geschildert. Vielmehr werden in § 19 (»Führer-Gefolgschafts«-Prinzip im Betrieb) kenntnisreich nicht nur der NS-Staatsterrorismus zur Ausschaltung von Gewerkschaften und Betriebsräten sowie der politischen Parteien belegt, sondern auch die noch immer beachtlichen Mehrheiten für die frei gewerkschaftlich organisierten Betriebsräte bei den BR-Wahlen im März 1933 (S. 261). Als bezeichnendes Armutszeugnis der NS-Betriebsverfassung wird vermerkt, dass anstehende Betriebsräte- bzw. »Vertrauensräte«-Wahlen immer weiter nach hinten verschoben wurden, bis sie schließlich faktisch abgeschafft wurden: Damit war eine »Sollbruchstelle« (S. 273) der autoritären AOG-Betriebsverfassung drastisch bestätigt worden. Mit der personenrechtlichen Eingliederung der »Volksgenossen« in die »Betriebsgemeinschaft« war die säkulare Verrechtlichungslinie »from status to contract« (*Henry Sumner Maine*) komplett rückgängig gemacht worden...

## VI. Nachkriegsentwicklung bis zum BetrVG 1972

In dem von *Wolfgang Däubler* gestalteten zweiten Teil der »Geschichte der Betriebsverfassung« herrscht in der Folge ein etwas ruhigerer, sachlich gedämpfter Ton als im ersten Teil, der durch *Kittners* Temperament und Leidenschaft besondere Aufmerksamkeit auf sich zieht. Bei *Däublers* stets verlässlicher Darstellung werden die Interessenvertreter der »ersten Stunde« (schon am 18. Dezember 1944 wurde ein Betriebsrat im Steinkohlerevier nördlich von Aachen gewählt) ebenso erwähnt wie politische Experimente in Einzelfällen und Gewerkschaftskonzeptionen der britischen und amerikanischen Militärregierung, welche zunächst BR-Wahlen ohne Rechtsgrundlage zuließen, um dann weniger als ein Jahr nach Kriegsende das »Kontrollratsgesetz Nr. 22« am 10. April 1946 zu beschließen (S. 294 ff.).

## 1. KRG Nr. 22 und Betriebsrätegesetze der Länder

*Däubler* schildert das Kontrollratsgesetz Nr. 22 der Alliierten als ein »Ermutigungsgesetz«, das mit der deutschen »sozialpartnerschaftlichen« Tradition komplett brach und gerade wegen seiner »bargaining«-Philosophie den Betriebsräten – paradoxerweise? – einen so nie da gewesenen Freiraum für eigene Aktivitäten hätte sichern können (S. 302). Bei den Gewerkschaften kam dieses anglo-amerikanische Modell zwar nicht gut an,<sup>17</sup> doch hinderte sie dies nicht daran, in der britischen Zone Mitbestimmungs-Richtlinien zu erlassen. Auch die ersten Arbeitsgerichte konnten dieses Rumpfmotiv seit 1948 zusammen mit den neu beschlossenen Landesverfassungen zur Etablierung des Betriebsverfassungsrechts nutzen. Die dann beschlossenen Betriebsrätegesetze der Länder würdigt *Däubler* nicht nur summarisch, sondern je nach Mitbestimmungsrechten in sozialen, personellen und wirtschaftlichen Angelegenheiten: Die detaillierteren Vorgaben seien der Devise »der Spatz in der Hand ist wertvoller als die Taube auf dem Dach« geschuldet gewesen (S. 313). Insbesondere das weitgehende hessische BRG vom 31. Mai 1948 taugt dazu, wirtschaftliche Mitbestimmungsrechte zu benennen, welche sogleich von den Amerikanern suspendiert wurden – doch ab 1950 wieder bis zur Ablösung durch das BetrVG 1952 in Kraft waren (S. 319). Dass Abweichungen vom KRG Nr. 22 stillschweigend gebilligt wurden, verrät uns *Däubler* auch noch.

## 2. Debakel der Gewerkschaften und das BetrVG 1952

Die Stärke der weiteren Darstellung besteht darin, dass das Auseinanderklaffen der gewerkschaftlichen Programmatik im Hinblick auf die Bereiche »Arbeit« und »Wirtschaft« mit der realen politischen Entwicklung konfrontiert wird, ohne dass hierzu rückblickend noch irgendwelche »offenen Rechnungen« beglichen werden. Vielmehr kann *Däubler* geradezu emotionslos auf die nicht selten rechtspraktisch erreichte Einlösung vor allem der arbeitsrechtlichen Forderungen verwei-

<sup>17</sup> Bezeichnenderweise kritisierte *Fitting* die liberale Konzeption, Tarifverhandlungen auf die Betriebsebene zu übertragen, als »zweifelloso unerwünscht«, vgl. RdA 1948, 89, 90 (I. Sp.). Mit Verweis auf das BRG 1920 forderte er die Normierung durch öffentliches, dh. zwingendes Recht.

sen, wohingegen die wirtschaftspolitischen Vorstellungen des DGB anno 1947 bedeutend dramatischer scheiterten (vgl. Fazit S. 340). Berichtet wird nebenbei, wie *Nipperdey* im Auftrag des DGB das TVG schlicht, aber effizient formulierte (S. 326), dann aber die Auseinandersetzung über die Montanmitbestimmung alle anderen Felder überlagerte. Gerade dieser Sonderweg der deutschen Mitbestimmung erfährt bei *Däubler* eine sehr erhellende Würdigung (S. 344 ff.), die aber nicht verschweigt, dass im Hinblick auf die Separierung von BetrVG und PersVG der Sieg des Fuchses (*Adenauer*) über die Hühner (*Fette*) anno 1952 für die Gewerkschaften umso schmerzlicher war. Die neuen Spielregeln des BetrVG 1952 sieht *Däubler* als eine Art Verlängerung der vormaligen Landesgesetze, ohne freilich einerseits die terminologische Distanzierung von früheren »Betriebsrätegesetzen« schlüssig zu erklären, andererseits die paternalistische Gemeinwohl-Formel des § 49 Abs. 1 kritischer in den Blick zu nehmen. Das seinerzeitige, eher konfliktscheue »Ordnungdenken« in der Betriebsbeziehung änderte freilich nichts daran, dass die wirtschaftliche Mitbestimmung systemkonform – die wirtschaftsverfassungsrechtliche Entscheidung für die Marktwirtschaft war erfolgt – für den Betriebsrat nur noch »Informationsteilnahme« im Wirtschaftsausschuss bzw. im Aufsichtsrat verheißt werden konnte. Was *Däublers* Darstellung auszeichnet, ist das Aufzeigen einer teils patriarchalischen, teils betriebsratsfreundlichen Rechtsprechung des BAG zum BetrVG 1952 (S. 361 ff.). Die konkreten Verbesserungen gegenüber dem BRG 1920 werden kurz und schlüssig festgehalten (S. 367), eine »Aussöhnung« der Gewerkschaften mit dem gesellschaftlichen Status quo auch hieran festgemacht. Dass des Weiteren noch die Anfänge der »echten« betrieblichen Mitbestimmung von *Däubler* auch an der Rechtspraxis gemessen werden (S. 369 ff.), macht wie schon im I. Teil des Buchs seinen besonderen Reiz aus: So soll die Aufwertung der Betriebsräte seit 1952 besonders ihrer Mitwirkung bei der Umsetzung von Tarifverträgen zu verdanken gewesen sein (S. 374). Der »erzwungene Sonderweg des öffentlichen Dienstes« wird eher emotionslos auf knapp zehn Seiten dargelegt (S. 379 ff.).

### 3. Betriebliche Interessenvertretung in SBZ und DDR

Besonders beachtlich ist *Däublers* Darstellung der betrieblichen Interessenvertretung im Osten Deutschlands, wobei auch hier die sachliche Darstellung der betrieblichen »Kleinstrukturen« auf ca. 20 Seiten

besteht. Immerhin war ja in Thüringen am 10. Oktober 1945 das erste Betriebsrätegesetz nach dem Krieg erlassen worden, wobei hierzu von *Ulbricht* noch auf das »alte Gewohnheitsrecht« aus der Weimarer Republik verwiesen wurde (S. 390). Trotz der faktischen Anerkennung und anfangs starken Stellung der Betriebsräte wurden diese als »Störfaktoren« empfunden, sobald eine Wirtschaftslenkung von oben betriebswirtschaftliche Entscheidungen vor Ort nicht mehr als verhandelbar erscheinen lassen konnte. *Däubler* legt zwar Wert auf das humanistische Potenzial und die mitbestimmungsfreundliche Verfassung der DDR (1968), verkennt aber nicht die zentralistische Steuerung von Staat, Gesellschaft und Wirtschaft durch die SED als maximal ineffiziente Wirtschaftsordnung. Seine Schilderung der Mechanismen vor Ort, das Zusammenspiel von Betriebsleiter, Betriebsgewerkschaftsleitung und Betriebspartei-sekretär zeigen eindrücklich kleine Spielräume und große Abhängigkeiten, die einer gründlich missratenen Wirtschaftssteuerung geschuldet waren.

### VII. Von der Bonner zur Berliner Republik: Welche Zukunftschancen hat die betriebliche Mitbestimmung?

Immerhin fast 200 Seiten werden abschließend der Gegenwart und der Zukunft der betrieblichen Mitbestimmung von *Däubler* gewidmet. Damit wird eingelöst, was zu Beginn versprochen wurde: Der Blick in den Rückspiegel entbindet Autoren und Leser/innen nicht von der Frage, wie es um die Zukunftsfähigkeit der Betriebsverfassung steht. Freilich kann das BetrVG 1972 als »neues Grundgesetz« für die Betriebsräte auch in *Däublers* Darstellung zunächst Aufbruchsstimmung erzeugen. Der von der BDA organisierte wissenschaftliche Widerstand gegen den 1970 vorgelegten Gesetzentwurf von Minister *Arendt* wurde ja ebenso überwunden wie der Widerstand in der Länderkammer (S. 417). Die wesentlichen neuen Rechte für den Betriebsrat und ihre Interpretation durch das BAG wurden in der Folge durch einen sachlicheren Diskurs zwischen Richter/innen und Wissenschaft begleitet und größtenteils akzeptiert wie auch fortentwickelt. Erläuterungswerke auch für die Arbeitnehmerseite sorgten für »intellektuelles Gleichgewicht« in der juristischen

Debatte (S. 426). Der Reformschub durch das Kabinett Schröder 2001 hielt sich in Grenzen, Däubler beklagt hier sogar eine »totale Abschirmung« im Vorfeld durch das Riester-Ministerium und kritisiert das Ergebnis als den schüchternen »Kompromiss eines Kompromisses« (S. 454 bzw. 455).

Seine weiteren Ausführungen, die zuvor auch noch die Wiederauferstehung der Betriebsverfassung in der DDR anno 1989/90 und die Probleme der Entlassung aus Treuhandunternehmen kurz streifen (S. 460 ff.), um den aktuellen Stand von nur 33 % vom BetrVG erfasster Arbeitnehmer im Osten zu betonen (S. 467), kreisen dann um die »Soziologie« der Betriebsverfassung mit einer allenfalls strategisch-politisch interessanten Typisierung von Betriebsräten. Reiche Erfahrungen und Erlebnisse zum Thema werden mitgeteilt, die man vermutlich in dieser Dichte und Vielseitigkeit nur von Wolfgang Däubler erfahren kann. Die Kooperation von Betriebsrat und Gewerkschaft erscheint getrübt durch Erosionstendenzen (S. 493 f.), die besondere Rolle der Betriebsräte in Großunternehmen wird gewürdigt und problematisiert (S. 495 ff.). Schließlich werden »Betriebsrats-Bashing« und das große Defizit – Betriebe ohne Betriebsrat – in den Blick genommen. Der Leser fragt sich, ob er an das Ende der Geschichte der Betriebsverfassung oder an das Ende der Betriebsverfassung überhaupt herangeführt werden soll. Sind die »weißen Flecken« hinzunehmen? Däublers ausufernde

strategischen Erwägungen über die Zukunft der Betriebsverfassung und ihre Herausforderungen können, wie bereits eingangs vermerkt, als ein »zweites« Buch mit dem Titel »Die Betriebsverfassung darf nicht sterben« den Rezensenten vom Ende der Geschichte nicht überzeugen. Die Apokalypse wird nicht ausbrechen. Es wird auch weiterhin eine Mitbestimmung geben, wenn auch möglicherweise mit anderen Prozeduren.

## VIII. Epilog

Wie gesagt: Betriebsverfassung wird es auch weiterhin geben, nur eben nicht mehr in den bisher geübten und bewährten Prozeduren. Das Ende der Geschichte liegt zwar weiterhin im Dunkel. Doch kann den Autoren Kittner und Däubler anno 2020 bescheinigt werden, dass sie als Kenner, Könner und Akteure der Mitbestimmungsbewegung im 20./21. Jahrhundert ein großartiges Werk verfasst haben, das über die deutsche Betriebsverfassung einerseits juristisch-politologisch umfassend informiert, andererseits auch deren juristisch-politische Zeitgeschichte in außerordentlich lebendiger und prägnanter Weise beschreibt. Fast könnte man meinen, dass hier ein Testament im ursprünglichen Sinn des Wortes gelungen ist. Es sollte in keinem Bücherschrank zum Thema Mitbestimmung fehlen.

Prof. Dr. Hermann Reichold, Universität Tübingen

## Kleine Unternehmen – Schutz und Interessenausgleich im Machtgefüge zwischen Arbeitnehmern, Verbrauchern und Großunternehmen

Habilitation von Alexander Stöhr, 2020, Mohr-Siebeck, Tübingen, XXV, 576 S. (ISBN 978-3-16-156727-8), 129,- €, erschienen als Band 238 der Reihe »Jus Privatum«

### I. Einleitung

Die zu besprechende Arbeit von Stöhr über kleine Unternehmen – gleichzeitig Habilitation an der Universität Marburg – füllt eine schmerzliche Lücke in der juristischen Grundla-

genliteratur: Während zahlreiche Arbeiten sich dem Verbraucherschutz widmen,<sup>1</sup> andere sich wiederum der Kontrolle von Großunternehmen zuwenden,<sup>2</sup> fehlt es bislang

1 ZB. Tamm, Verbraucherschutzrecht. Europäisierung und Materialisierung des deutschen Zivilrechts und die Herausbildung eines Verbraucherschutzprinzips, Tübingen 2011 (zugl. Berlin, Humboldt-Univ., Habil.-Schr. 2010); Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung, Tübingen 2016 (zugl. München, Univ., Habil.-Schr. 2016); Klocke, Rechtsschutz in kollektiven Strukturen: die Verbandsklage im Verbraucher- und Arbeitsrecht, Tübingen 2014 (zugl. Halle-Wittenberg, Univ., Habil.-Schr. 2014); Reymann, Das Sonderprivatrecht der Handels- und Verbraucherverträge, Tübingen 2009 (zugl. Saarbrücken, Univ., Habil.-Schr. 2008).

2 Renner, Bankkonzernrecht, Tübingen 2019 (zugl. Berlin, Humboldt-Univ., Habil.-Schr. 2016); Schreiber, Konzernrechtsfreie Kontrolle: zivilrechtliche Möglichkeiten der Einflussnahme auf die Geschäftsführung der GmbH, Tübingen 2017 (zugl. Erlangen-Nürnberg, Univ., Habil.-Schr. 2017); Kaeding, Ungeschriebene Ausnahmen vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Verhaltenskoordinierungen?: Ein rechtsdogmatisches Plädoyer zur Beachtung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses in Art. 101 AEUV, Baden-Baden 2017 (zugl. Berlin, Freie Univ., Habil.-Schr. 2017); Mühlert, Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt: die Aktionärsrechte bei Bildung und Umbildung einer Unternehmensgruppe zwischen Verbands- und Anlegerschutzrecht, München 1995 (zugl. München, Univ., Habil.-Schr. 1994).

weitgehend an dem gerade auf europäischer Ebene häufig verfolgtem Ansatz des Schutzes von kleinen und mittelständischen Unternehmen, den »SMEs« (small and medium enterprises).<sup>3</sup> Denn gerade kleine Unternehmen sehen sich oftmals nicht in der an sich vom Verbraucherschutz- oder vom Arbeitsrecht vorgegebenen Asymmetrie des Macht- und Informationsgefälles, sondern ähneln selbst eher den jeweiligen Schutzadressaten der benannten Rechtsgebiete. So befinden sich kleine Unternehmen häufig in Abhängigkeit von Großunternehmen, etwa als Zulieferer, aber auch in der Vertriebskette; umgekehrt sehen sie sich häufig einer Vielzahl von Regulierungen gegenüber, die keine oder nur wenig Rücksicht auf die Unternehmensgröße nehmen.

## II. Methodik

*Stöhr* nimmt sich dieses Themas im Wesentlichen aus zweierlei Perspektive an:

Zum einen konstatiert *Stöhr* zu Recht, dass rechtswissenschaftliche Abhandlungen oftmals nicht die ökonomische Forschung rezipieren, insbesondere nicht die ökonomische Analyse, ebenso, dass rechtsphilosophische Grundlagen für den Schutz von kleinen Unternehmen bislang nicht existieren. Auch in rechtsvergleichender Hinsicht attestiert *Stöhr* zu Recht der deutschen Diskussion bislang weitgehende Abstinenz. Dem will die Arbeit von *Stöhr* abhelfen, indem er breit die ökonomische Forschung einbezieht, aber auch den philosophischen Diskurs und die Rechtsvergleichung nicht scheut.

Zum anderen wendet *Stöhr* dann quasi in einem »besonderen Teil« die gewonnenen Ergebnisse unter dem Blickwinkel des Verbraucherschutz- und des Arbeitsrechts an. Leider blendet *Stöhr* das Kartellrecht aus seiner Betrachtung aus (Einleitung S. 3), was zwar angesichts der zahlreichen Rechtsgebiete durchaus zu rechtfertigen ist, gerade aber im Hinblick auf den Schutz von Kleinunternehmen gegenüber marktmächtigeren Unternehmen bedeutsam wäre und angesichts der Nähe des Kartellrechts zur ökonomischen Forschung den interdisziplinären Ansatz zum Tragen gebracht hätte.<sup>4</sup>

Dementsprechend gliedert sich die Arbeit recht ausgewogen in zwei große Hauptteile, wobei der eine den methodischen bzw. interdisziplinären Grundlagen gewidmet ist, der andere der konkreten Anwendung auf Verbraucherschutz- und arbeitsrechtliche Fragestellungen.

## III. Grundlagen

In seinem ersten Hauptteil geht *Stöhr* zunächst auf die Frage ein, was eigentlich unter einem »kleinen« Unternehmen zu verstehen ist. Verf. mustert hier die verschiedenen gesetzlichen Grundlagen durch, wie etwa derjenige des Kleingewerbetreibenden nach § 1 Abs. 2 HGB, wobei er – insoweit wenig überraschend – zum Ergebnis gelangt, dass es jenseits dezisionistischer Schwellenwerte keine allgemeingültigen Kriterien gibt (19). Anschließend befasst sich *Stöhr* mit rechtstatsächlichen Daten, wobei er einen Fokus auf die sog. Solo-Selbständigen und Existenzgründungen sowie die Faktoren für deren Scheitern legt, wobei *Stöhr* auch Erkenntnisse der behavioral economics einbezieht. Sodann wendet er sich einer der Kernfragen zu, nämlich derjenigen nach der allgemeinen Schutzwürdigkeit von kleinen Unternehmen (35 ff.), hier zunächst der rechtsphilosophischen und verfassungsrechtlichen Legitimation des Schutzes der Schwächeren, die *Stöhr* im Sozialstaatsprinzip verankert sieht. Darüber hinaus sieht *Stöhr* zusammen mit der wohl ganz h.M. im heutigen Zivilrecht dessen Aufgabe nicht nur in der Wahrung der Effizienz, sondern auch der sozialen Dimension (43). Dem stellt *Stöhr* Überlegungen zur Schutzwürdigkeit von kleinen Unternehmen nach allgemeinen Gemeinwohlinteressen zur Seite, die *Stöhr* zunächst generell im Rahmen verfassungsrechtlicher wie philosophischer und rechtsökonomischer Ansätze herleitet (55 f.).

Vor diesem Hintergrund entfaltet *Stöhr* die Schutzwürdigkeit der kleinen Unternehmen, zunächst im Rahmen des individuellen Schutzbedürfnisse, wozu er ihre betriebswirtschaftlichen Stärken und Schwächen gegenüberstellt, hier vor allem die in Relation zur Größe intensiven Kosten einer Regulierung, die keinerlei Rücksicht auf die Größe von Unternehmen nimmt (60 ff.). Gut begründet, aber durchaus auch (angenehm) überraschend ist die Feststellung des Verf., dass gegenüber Großunternehmen sich nicht unbedingt empirisch eine besondere Schutzwürdigkeit wegen struktureller Unterlegenheit der Kleinunter-

<sup>3</sup> S. dazu die ausdrückliche Erwähnung in Art. 173 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV sowie den Vorschlag der EU-Kommission zu einem Small Business Act für Europa, KOM (2008) 394, ferner die Empfehlung der EU-Kommission für die Definition kleiner Unternehmen (Empfehlung 2003/361/EG).

<sup>4</sup> S. etwa den »More economic approach« der EU-Kommission, hierzu etwa *Buerne*, WRP 2004, 567; *Schmidtchen*, WuW 2006, 6; *Böge*, WuW 2004, 726; ausführlich *Schmidtchen/Albert/Voigt*, The More Economic Approach to European Competition Law, Tübingen 2007.

nehmen annehmen lässt (74). Ausführlich behandelt *Stöhr* sodann die volkswirtschaftlichen Implikationen von kleinen Unternehmen und stellt die sich wandelnden Perspektiven von Visionen eines Großkapitalismus hin zu kleinen, flexiblen, dynamischen und anpassungsfähigen Wirtschaftseinheiten mit durchaus beachtlichen Einfluss auch auf die Schaffung von Arbeitsplätzen vor (79 ff., 89 f.). Interessant sind ferner die Ausführungen des Verf. zur sozialen Schutzwürdigkeit der kleinen Unternehmen, hier im Hinblick auf die Qualität der Arbeit; entgegen einem landläufigen Eindruck kann dies empirisch nicht belegt werden, sodass *Stöhr* zum Ergebnis gelangt, dass eine Einschränkung des Arbeitnehmerschutzes nicht unbedingt effizient ist (97 f.).

Im Anschluss zieht Verf. »grundlegende Schlussfolgerungen« aus den vorherigen Darlegungen, die sich allerdings zunächst in einer Art Bestandsaufnahme verfassungsrechtlicher Aussagen zur Legitimation von kleine Unternehmen schützenden Regelungen sowie politischen Aussagen niederschlagen (98 ff.). Verf. betont hier zu Recht die Möglichkeit der Typisierung, ohne dass jede Form eines kleinen Unternehmens erfasst werden müsste. Dies schlägt sich auch in der berechtigten Forderung nieder, dass kein Schutz konkret individueller Unternehmen, sondern nur ein genereller Schutz legitim sein kann, zudem kein absoluter, sondern nur ein relativer bzw. situationsgebundener Schutz (113). Bezüglich der spezifischen Problematik von Neugründungen ist *Stöhr* hingegen wohlthuend skeptisch und lehnt einen »übermäßigen Gründungsoptimismus« ab (110 ff., 113).

Das nächste Kapitel ist der Verwirklichung des Schutzes kleiner Unternehmen, hier zunächst einem historischen Abriss der Regelungen zu kleinen Unternehmen vornehmlich in Deutschland gewidmet (114 ff.), insbesondere in der Entstehung der Mittelstandspolitik, wie sie sich in Art. 164 der Weimarer Reichsverfassung niederschlug, aber eher nur in geringem Maße in tatsächlichen gesetzgeberischen Umsetzungen. Dem schließt sich eine Rechtsprechungsanalyse der Bedeutung von kleinen Unternehmen in der Praxis auf der Grundlage einer Suchwort gestützten Datenbankanalyse von JURIS an (141 ff.), wobei sich erstaunlicherweise relativ wenig Urteile des EuGH und der obersten Bundesgerichte ergeben, in denen dieser Topos eine entscheidende Rolle in der Argumentation spielen würde. Im Folgenden wendet Verf. sich dann den verfassungsrechtlichen Ansätzen zu (150 ff.), hier zunächst

den Abwehrgrundrechten aus Art. 12, 14 GG im Hinblick auf unverhältnismäßige Kosten für kleine Unternehmen (155 ff.), wohingegen Verf. zutreffend die Verletzung einer Schutzpflicht ablehnt (158 f.). *Stöhr* hält insgesamt mit guten Gründen fest, dass die Verfassung keinen »immanenten Auftrag (beinhalte), kleine Unternehmen zu schützen« (175). Auch der besondere volkswirtschaftliche Nutzen bleibe daher weitgehend angesichts der wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes außer Betracht (176). Etwas unvermittelt wendet *Stöhr* sich dann der eigentlichen ökonomischen Analyse des Schutzes von kleinen Unternehmen zu (176 ff.), zunächst unter Zugrundelegung der (bekannten) wohlfahrtstheoretischen Effizienzkriterien, etwa des Kaldor-Hicks-Kriteriums (180 ff.), wobei Verf. vor allem die Studie von *Bradford*<sup>5</sup> referiert. Konkrete Folgerungen allerdings vermisst man an dieser Stelle. Wenig überraschend – und daher leider auch wenig zielführend – ist dann die Schlussfolgerung von *Stöhr* hinsichtlich der Anwendung des Kaldor-Hicks-Kriteriums, dass die Effizienz des Schutzes nicht pauschal, sondern nur in Bezug auf konkrete Maßnahmen bestimmt werden kann (193) – was aber mutatis mutandis für den gesamten effizienz-orientierten Ansatz gilt. Im Folgenden wendet *Stöhr* sich der rechtlichen Umsetzung zu (193 ff.), worunter Verf. letztlich eine Folgenorientierung anhand der ökonomisch gewonnenen Kriterien versteht, was Verf. zum Anlass zu einer mehr allgemeinen, nicht mehr spezifisch an dem Schutz der kleinen Unternehmen orientierten Auseinandersetzung mit der Legitimität der Auslegung anhand ökonomischer Effizienzkriterien nimmt (201 ff.). Letztlich gelangt *Stöhr* selbst wieder zu einer einzelfallbezogenen Argumentation der Berücksichtigung von spezifischen Vor- und Nachteilen von kleinen Unternehmen bei der verfassungsrechtlichen Auslegung zurück (215). Ferner unterzieht Verf. schließlich die Ansätze zur Feststellung der Schutzwürdigkeit kleiner Unternehmen einer umfassenden rechtsphilosophischen Analyse, wobei *Stöhr* sich vor allem dem Capability approach von *Sen* anschließt, der Schranken für kleine Unternehmen abschaffen bzw. errichten will (255 f., 257). Schlussendlich plädiert *Stöhr* zum Ende seines ersten allgemeinen Hauptteils für ein bewegliches System à la *Wilburg*, um die kleinen Unternehmen in die klassischen Schutzkategorien einzuordnen (258 f.).

<sup>5</sup> *Bradford*, The Journal of Small & Emerging Law Business 2004, 1 ff.

#### IV. Anwendung auf bestimmte Rechtsgebiete

Im zweiten Hauptteil wendet *Stöhr* sich dann der Anwendung der allgemeinen Grundsätze auf bestimmte Rechtsgebiete zu, hier zunächst des Arbeitsrechts und seiner Legitimationsgrundlagen, die Verf. kritisch hinterfragt (274 ff.). *Stöhr* rezipiert dabei im Wesentlichen die bekannte Kritik an der Inflexibilität und Intransparenz des Arbeitsrechts, die sich letztlich wegen der Rücknahme von an sich begünstigenden Leistungen durch Arbeitgeber negativ auswirke, sodass er zur Forderung einer teilweisen Deregulierung des Arbeitsrechts bei gleichzeitiger Transparenz der Regeln vor allem im Hinblick auf Kleinunternehmer gelangt (283 ff.). In diesem Rahmen beleuchtet *Stöhr* dann die verschiedenen im Arbeitsrecht geltenden Schwellenwerte, die er einerseits insoweit mit guten Gründen angesichts ihrer Vielzahl und Intransparenz kritisiert, er andererseits aber wiederum für eine gewisse Streuung der Schwellenwerte plädiert (300 f.). Insgesamt spricht sich *Stöhr* für die Verfassungsmäßigkeit der Schwellenwertregelung in § 23 KSchG aus, hält aber die Anknüpfung an den Betrieb für überholt. Im Übrigen spricht sich *Stöhr* für eine größere Öffnung der Betriebsverfassung für Vereinbarungen und gegen eine spezielle Betriebsverfassung für Kleinbetriebe im Gefolge des Gutachtens von *Junker* zum DJT 2004 aus (322 ff.).

Im Anschluss befasst sich *Stöhr* mit der Anwendung des Arbeitsrechts auf Selbständige bzw. auf kleine Unternehmen zu deren Schutz, wobei er sowohl die europäischen Bemühungen der Kommission als auch die nationalen Regelungen zum Schutz von Handelsvertretern einbezieht. Wiederum macht *Stöhr* sein »bewegliches System« fruchtbar, indem er kleinen Unternehmen jedenfalls teilweise einen arbeitsrechtlichen Schutz gegenüber größeren Auftraggebern angedeihen lassen will (359 ff.), was *Stöhr* auf verfassungsrechtlich gebotene Gleichbehandlung mit arbeitnehmerähnlichen Personen gründet (363 ff.), wobei er allerdings auch auf die damit verbundene Kostenerhöhung hinweist. Dieses Ergebnis sichert *Stöhr* mit einem rechtsvergleichenden Blick auf verschiedene Rechtsordnungen in Europa im Hinblick auf deren Einordnung des Arbeitnehmers und der punktuellen Gleichstellung mit abhängigen Selbständigen ab. Vor diesem Hintergrund diskutiert Verf. dann verschiedene Lösungsansätze, etwa dem Ansatz einer Neukonzeption

des Arbeitsrechts, wie sie vor allem im angloamerikanischen Bereich debattiert wird<sup>6</sup> (378 ff.), oder der Ausdehnung des Arbeitsrechts auf alle wirtschaftlich Abhängigen (389 ff.) bis hin zu punktuellen analogen Anwendung des Arbeitsrechts, mit denen *Stöhr* in erster Linie aus Kostengründen sympathisiert. Dabei nimmt *Stöhr* auch das neue Phänomen des »crowdworking« in den Blick (418 ff.), plädiert hier aber für die Schaffung eines eigenen Regimes, welches sich an den Regelungen des Heimarbeitsgesetzes orientieren soll; *Stöhr* befindet sich mit diesen (und weiteren) Forderungen etwa nach Ausdehnung des Sozialversicherungspflicht) in guter Gesellschaft.<sup>7</sup> Insgesamt will *Stöhr* daher Parallelen zu § 89 HGB ebenso wie die Ausdehnung des betriebsbedingten Kündigungsschutzes auf wirtschaftlich Abhängige empfehlen.

Das abschließende inhaltliche Kapitel ist den kleinen Unternehmen im Bürgerlichen Recht gewidmet (427 ff.), hier zunächst mit dem Fokus auf dem Verhältnis des Verbraucherschutzes zu kleinen Unternehmen. Dabei stellt *Stöhr* heraus, dass kleine Unternehmen häufig unter denselben Restriktionen wie Verbraucher leiden, etwa Ressourcenmangel oder Informationsasymmetrien (439 ff.). In diesem Zusammenhang bezieht *Stöhr* auch Erkenntnisse der behavioral economics ein, etwa des Überoptimismus oder der kognitiven Dissonanz, für die er ebenso eine stärkere Vergleichbarkeit von kleinen Unternehmen mit Verbrauchern als mit Großunternehmen feststellt (449 f.). Ähnlich wie schon für das Arbeitsrecht beleuchtet *Stöhr* sodann aufgrund des Gleichbehandlungsgedankens sowie Gerechtigkeitsüberlegungen eine Gleichstellung der kleinen Unternehmen mit Verbrauchern, plädiert aber gleichzeitig im Hinblick auf die schwer zu prognostizierenden ökonomischen Folgen für ein gewisses Augenmaß (454). Eher skeptisch steht *Stöhr* dagegen rechtspolitischen Versuchen gegenüber, kleine Unternehmen von den Belastungen des Verbraucherschutzes zu befreien, da hier größere Unwägbarkeiten zu Lasten der kleinen Unternehmen zu befürchten seien, indem Verbraucher eher größere Unternehmen mit höherem Verbraucherschutzniveau bevorzugen könnten (458). De lege lata sieht *Stöhr* einen Ansatz in einer Analogie zu § 13 BGB für Arbeitnehmerähnliche, da sie sich den glei-

<sup>6</sup> S. die Beiträge von *Freedland* etwa im Sammelband von Davidov/Langville (Hrsg.), *Boundaries and Frontiers of Labour Law*, Oxford ua. 2006.

<sup>7</sup> S. vor allem *Krause*, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Gutachten B zum 71. Deutschen Juristentag, München 2016, S. 107 f.

chen Restriktionen bzw. Ungleichgewichtslagen wie Verbraucher gegenübersehen (461), nicht aber wegen methodischer Bedenken für die Behandlung von Existenzgründern als Verbraucher (468). De lege ferenda schließt sich *Stöhr* den Vorschlägen von *Micklitz* im Rahmen seines für den DJT 2012 erstatteten Gutachtens an, der für ein bewegliches System zur Bestimmung des Verbrauchers plädiert, und will seinerseits das Kleinunternehmen als neue Kategorie zur punktuellen Anwendung des Verbraucherschutzrechts einführen, etwa für vorvertragliche Informationspflichten (477) (nicht aber der Verbrauchsgüterkauf), wobei Verf. die Anwendung neben den für Kleinunternehmen nach der Mittelstandsempfehlung der EU-Kommission geltenden Kriterien von Arbeitnehmerzahl sowie Bilanzsummen auch von der Höhe der Transaktion, hier eines Nettodarlehensbetrags, abhängig machen will (481).

Schließlich erörtert *Stöhr* noch die Anwendung der AGB-Inhaltskontrolle im Hinblick auf kleine Unternehmen (482 ff.). Für Kleinunternehmen als Verwender gegenüber Verbrauchern will *Stöhr* die bisherige Anwendung der AGB-Inhaltskontrolle unangetastet lassen, wohl aber die Interessen der Kleinunternehmen im Rahmen der Abwägung nach § 307 Abs. 1 BGB stärker berücksichtigen (489 f.). Hinsichtlich der Kleinunternehmen als Vertragspartner von (Groß-) Unternehmen sieht *Stöhr* mutatis mutandis eine starke Rechtfertigung der auch im unternehmerischen Verkehr eingreifenden Inhaltskontrolle (498). Auch hier will *Stöhr* im Rahmen der abstrakt-überindividuellen generalisierenden Betrachtungsweise die Interessen der kleinen Unternehmen berücksichtigen. De lege ferenda spricht sich *Stöhr* für die Verfolgung des Vorschlags der Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts im unternehmerischen Rechtsverkehrs aus (2012), der bei selbstbestimmten unternehmerischen Entscheidungen eine Zurückdrängung der AGB-Kontrolle vornimmt; in diesem Rahmen will *Stöhr* aber durch eine Technik der Regelbeispiele die Anwendung verfeinern (515).

## V. Fazit

Die Arbeit besticht durch ihre methodisch durchgängig verwirklichte Konzeption einer Trias von verfassungsrechtlichem Gleichbehandlungsgebot, interdisziplinären Erkenntnissen, insbesondere ökonomischen Studien, sowie rechtsphilosophischen Überlegungen aus dem Gerechtigkeitspostulat heraus. Diesen Ansatz, den *Stöhr* in seinem Allgemeinen Teil herausdestilliert, wendet er konsequent dann auf die benannten Rechtsgebiete an, was größtenteils zu überzeugenden Ergebnissen führt. Allerdings kann man auch Zweifel an der Vereinbarkeit des von *Stöhr* favorisierten »beweglichen Systems« mit der gleichfalls propagierten Transparenz von eindeutigen Schwellenwerten äußern; beide Elemente, das der Einzelfallgerechtigkeit und dasjenige der Rechtssicherheit, stehen bekanntlich in einem unauflösbaren Dilemma. Eher beckenmesserischer Natur angesichts der ausgreifenden Darlegungen des Verf. fällt naturgemäß der Hinweis von einem Wirtschaftsrechtler aus, der kartell- und gesellschaftsrechtliche Darlegungen vermisst; denn gerade bei wirtschaftlich abhängigen Selbstständigen bzw. kleinen Unternehmen fällt die Gratwanderung zwischen Arbeitsrecht auf der einen Seite und Kartell- bzw. Gesellschaftsrecht auf der anderen Seite schwierig aus. Gerade die Macht großer Unternehmen gegenüber kleineren Unternehmen, gleichviel auf welcher Marktseite, ist eines der Paradefelder des Kartellrechts, aber auch im Bereich der Abhängigkeit des Wirtschaftsrechts.

Dies vermag indes nichts daran zu ändern, dass *Stöhr* eine hervorragende, interdisziplinär ausgerichtete Analyse eines Phänomens vorgelegt hat, das leider viel zu oft in seinen Grundlagen vernachlässigt wurde. Die Habilitationsschrift ist daher nachdrücklich nicht nur Arbeits-, sondern auch Zivil- und gerade Wirtschaftsrechtlern zur intensiven Lektüre zu empfehlen.

*Prof. Dr. Gerald Spindler, Georg-August-Universität Göttingen*

## Die bürgengleiche Haftung im Arbeits- und Sozialrecht

Dissertation von Christopher Rinckhoff, 2019, Verlag Peter Lang, Berlin ua., XXV, 311 S. (ISBN: 978-3-631-78328-3), 70,- €, Band 33 der Reihe »Studien zum Arbeitsrecht und zur Arbeitsrechtsvergleichung«

### I. Bedeutung des Themas

Die im Jahr 2018 von der Universität Jena angenommene Dissertation von *Christopher Rinckhoff* trifft trotz ihres auf den ersten Blick etwas sperrig anmutenden Themas einen Nerv der Zeit. Es steht im größeren Zusammenhang mit vielfach diskutierten Fragen: Welche Verantwortung tragen Unternehmen für ihre Lieferketten und die Vergabe von Aufträgen an preisgünstigere Nachunternehmer? – sei es (vermeintlich) weit entfernt in bengalischen Textilfabriken oder ganz nah in Unternehmen der Fleischindustrie, bei entsandten Erntehelfern etc. *Rinckhoff* befasst sich in seiner lesenswerten und mit einem angenehmen Schreibstil gut lesbaren Arbeit mit den unterschiedlichen Normen des Arbeits- und Sozialrechts, die eine bürgengleiche Haftung von Dritten für Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis begründen.

Über das Rechtskonstrukt der bürgengleichen Haftung werden Dritte (idR. Auftraggeber) für Verbindlichkeiten des Arbeitgebers gegenüber seinen Arbeitnehmern in die Pflicht genommen, obwohl zwischen dem Dritten und dem Arbeitnehmer keine vertragliche Beziehung besteht, jener aber von der Arbeitsleistung profitiert. Solche Konstellationen gibt es zuhauf. Zu denken ist nur an die Arbeitnehmerüberlassung oder -entsendung, bei der fremde Arbeitnehmer im eigenen Betrieb zugunsten des Entleihers bzw. für das Einsatzunternehmen tätig werden. Weiter betrifft dies auch das weit verbreitete Outsourcen von Werk- oder Dienstleistungen an Subunternehmer, das durch die zunehmende Digitalisierung der Arbeitswelt zudem neue Formen annimmt (Stichwort: Plattformökonomie und Crowdwork). Es ist vielfach ein sozialpolitisches Anliegen, dass die Weitervergabe von eigenen Aufträgen nicht dazu führt, dass damit auch die soziale Verantwortung für die Einhaltung grundlegender arbeits- und sozialrechtlicher Schutzbestimmungen gänzlich mit ausgelagert werden kann.<sup>1</sup> Eine – wie auch immer geartete – Inanspruchnahme von Auftraggebern bei Rechtsverstößen ihrer

Auftragnehmer im Zusammenhang mit der outgesourceten Tätigkeit erscheint daher erstrebenswert.

Wie die kurze historische Einordnung von *Rinckhoff* zur bürgengleichen Haftung zeigt, wurde dies bereits früh ähnlich gesehen. Im Sozialrecht existiert bereits seit den Anfängen der Bismarck'schen Sozialversicherung eine Haftungsnorm für Generalunternehmer – wenn auch damals noch begrenzt auf die Baubranche. So sah das Unfallversicherungsrecht seit 1887 eine bürgengleiche Haftung des Bauherrn für die Sozialversicherungsbeiträge (nicht gewerblicher) Bauunternehmer vor (ursprünglich in § 729 Abs. 2 RVO; heute findet sich die Generalunternehmerhaftung in der Baubranche in § 28e Abs. 3a SGB IV). Seitdem etablierte sich die bürgengleiche Haftung im Sozialrecht, aber auch im Arbeitsrecht für verschiedene Branchen (praktisch relevant zB. § 14 AEntG). Auch in der jüngeren Zeit wurde dieses Instrument weiter ausgebaut, so im 2015 in Kraft getretenen Mindestlohngesetz (§ 13 MiLoG) sowie für die Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen in der Fleischwirtschaft und zuletzt auch für Paketboten<sup>2</sup>. Die grundlegende Dissertation *Rinckhoffs* wird daher auch zukünftig nicht an Bedeutung verlieren.

Den unterschiedlichen Haftungsnormen kommen mehrere Funktionen zu. Sie erfüllen, wie *Rinckhoff* herausarbeitet, allesamt eine Ausgleichfunktion (Verhinderung eines Vorteils durch die Beauftragung eines pflichtwidrig handelnden Auftragnehmers), eine Effektivitätsfunktion (keine Verlagerung von Zahlungspflichten an einen zahlungsunfähigen Auftragnehmer), teilweise eine Schutzfunktion (Entgeltsicherung der Arbeitnehmer) sowie eine Steuerungsfunktion (Einhaltung der rechtlichen Rahmenbedingungen und Marktberichtigung für effektiven Arbeitnehmerschutz und fairen Wettbewerb).

### II. Nachunternehmer- vs. Generalunternehmerhaftung

Der noch recht junge § 13 MiLoG statuiert eine bürgengleiche Haftung des Auftraggebers für die Zahlung des gesetzlichen Mindestlohns. Die Norm verweist hierfür entsprechend auf die Bürgenhaftung im Arbeitnehmerentsenderecht (§ 14 AEntG). Beide sind verschuldensunab-

<sup>1</sup> Vgl. in Bezug auf § 13 MiLoG auch *Hlava*, SR 2016, 17, 29.

<sup>2</sup> Hierzu auch *Rinckhoff*, NZA 2019, 1667 ff.



hängig ausgestaltet. In der Literatur ist umstritten, ob Haftungsadressat nach § 13 MiLoG nur Generalunternehmer sind oder alle gewerblichen Auftraggeber. *Rinckhoff* erkennt die Problematik und hält im Ergebnis für den Regelungsbereich des MiLoG an dem von der Rechtsprechung zu § 14 AEntG entwickelten Verständnis<sup>3</sup> fest, wonach nur Generalunternehmer erfasst sein sollen (S. 87).<sup>4</sup> Diese Ansicht ist zwar nachvollziehbar begründet, hätte jedoch zum Schutz der betroffenen Arbeitnehmer mindestens genauso gut auch weiter im Sinne einer Nachunternehmerhaftung verstanden werden können, wofür es in der Literatur näher begründete Ansätze gibt.<sup>5</sup>

### III. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der verschuldensunabhängigen Haftung

Nach einer Einordnung der Haftungsregelungen, die sich im Spannungsfeld zur verfassungs- und unionsrechtlich geschützten unternehmerischen Freiheit bewegen, kommt *Rinckhoff* zu dem überraschenden Schluss, dass die verschuldensunabhängigen Haftungsnormen in § 14 AEntG und § 13 MiLoG verfassungswidrig seien (Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG). Das wesentliche Argument hierfür ist, dass sie keine Exkulpationsmöglichkeit für den Auftraggeber enthalten (S. 135).

*Rinckhoff* kommt zu diesem Ergebnis, nachdem er sich mit der zugrundeliegenden Rechtsprechung des BVerfG auseinandergesetzt hat. Das BVerfG sah seinerzeit für die Vorgängervorschrift in § 1a AEntG (aF.) die dortige verschuldensunabhängige Bürgenhaftung als gerechtfertigt an, da der Hauptunternehmer eine hinreichende Mitverantwortung für die Einhaltung der Mindestlohnvorschriften in den Subunternehmen trage.<sup>6</sup> Wann eine solche »hinreichende Verantwortungsbeziehung« für eine Fremdvergabe im Sinne der Haftungsnormen anzunehmen ist, wird darauf von *Rinckhoff* näher untersucht. Anknüpfend an Literaturmeinungen sei dies der Fall, wenn »die Erledigung der Leistung durch eigene Arbeitnehmer erwartet werden kann« (S. 130)<sup>7</sup>. Er konkretisiert diesen Ansatz, indem er stärker an die verfassungsrechtliche Argumentation anknüpft. So dürfe einem Unternehmen eine bürgengleiche Haftung auferlegt werden, wenn es ihm zumutbar gewesen wäre, den vergebenen Auftrag mit eigenen Arbeitnehmern auszuführen. In den Worten *Rinckhoffs* müsse für eine Rechtfertigung der Haftung die

»Beschäftigung eigener Arbeitnehmer [...] eine sinnvolle und unternehmerisch nicht unvertretbare Möglichkeit darstellen« (S. 131). Dies könne auch bei Tätigkeiten außerhalb des Betriebszwecks des Auftraggebers der Fall sein (überzeugend S. 131).

Ein Kriterium für die Beurteilung der »sinnvollen Möglichkeit«, anstelle der Fremdvergabe eine Tätigkeit mit eigenen Arbeitnehmern auszuführen, könne die Regelmäßigkeit der betroffenen Tätigkeit sein. Für seltene Tätigkeiten, wie die Reparatur einer Kaffeemaschine, werden im Betrieb sinnvollerweise keine eigenen Arbeitnehmer angestellt, für das regelmäßige Reinigen der Betriebskantine wäre dies aber durchaus denkbar. Diese Argumentation ist gut nachvollziehbar. Bei der Reinigung von Produktionsanlagen gilt es jedoch zu differenzieren. So erscheint es nicht abwegig, wenn auch für Wartung und Reparaturen an größeren Anlagen oder solchen, die mehrfach im Unternehmen betrieben werden, sinnvollerweise eigene Arbeitnehmer beschäftigt werden und die Vergabe dieser Dienstleistung an Subunternehmer damit durchaus in den Anwendungsbereich von § 14 AEntG bzw. § 13 MiLoG fallen könnte. Für geleaste oder sehr spezielle Produktionsanlagen, für deren Reparatur Spezialisten herangezogen werden müssen, würde es dagegen an der unternehmerischen Vertretbarkeit des Einsatzes eigener Arbeitnehmer fehlen – insoweit wäre *Rinckhoff* zu folgen.

Nach Ansicht *Rinckhoffs* sind zudem die ökonomischen Beschäftigungsmöglichkeiten des Auftraggebers zu berücksichtigen. Es sei verfassungsrechtlich erforderlich, dass es für Auftraggeber, die sich in einer nachweisbaren wirtschaftlichen Härtesituation befinden, eine Befreiungsmöglichkeit von der Auftraggeberhaftung gibt. Die verschuldensunabhängig ausgestaltete Regelung des § 14 AEntG bzw. § 13 MiLoG werde dieser verfassungsrechtlichen Anforderung jedoch nicht gerecht. Aus diesem Grund kritisiert *Rinckhoff* die gegensätzliche Rechtsauffassung des BVerfG zum Verantwortungsbegriff. Eine Verantwortungsbeziehung zwischen Auftraggeber und den

<sup>3</sup> Vgl. nur BAG, 28.3.2007 – 10 AZR 76/06 – NZA 2007, 613.

<sup>4</sup> S. auch *Bayreuther*, NZA 2015, 961, 962 f.

<sup>5</sup> So bei *Heuschmid/Hlava*, NJW 2015, 1719, 1720; *Schubert/Jerchel/Düwell*, Das neue Mindestlohngesetz, Baden-Baden 2015, Rn. 228.

<sup>6</sup> BVerfG, 20.3.2007 – 1 BvR 1047/05 – NZA 2007, 609.

<sup>7</sup> So auch *Reinfelder*, in: *Düwell/Schubert* (Hrsg.), Mindestlohngesetz: Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2017 (im Folgenden: HK-MiLoG), § 13 Rn. 13; *Hlava*, SR 2016, 17, 27.

Arbeitnehmern des Subunternehmers stelle nur dann einen Rechtfertigungsgrund für die Auftraggeberhaftung dar, wenn entweder schuldhaft unzuverlässige Auftragnehmer beauftragt wurden oder wenn der Einsatz eigener Arbeitnehmer unternehmerisch vertretbar wäre (S. 167).

Nach seiner verfassungsrechtlichen Bewertung prüft *Rinckhoff* die Vereinbarkeit der verschuldensunabhängigen Haftung mit der über Art. 16 EU-GRC unionsrechtlich geschützten unternehmerischen Freiheit (S. 135 ff.). Mit ähnlicher Argumentation kommt er zu dem Ergebnis, dass eine undifferenzierte verschuldensunabhängige Haftung gegen das dort verbürgte Grundrecht verstoße. Einem Unternehmer dürfe »kein wirtschaftlich sinnwidriges oder gar existenzgefährdendes Verhalten abverlangt werden« (S. 142). Er argumentiert, dass eine Haftung, die an ein aus unternehmerischen Gesichtspunkten zwingendes Verhalten anknüpft – gemeint ist die Fremdvergabe von Tätigkeiten –, nicht gerechtfertigt sein könne. Im Anwendungsbeereich von Art. 16 EU-GRC verstießen daher § 14 AEntG und § 13 MiLoG gegen die Charta. Gleiches gelte auch für die sekundärrechtlich eröffnete Möglichkeit einer verschuldensunabhängigen Haftung nach Art. 12 RL 2014/67/EU sowie Art. 8 Abs. 4 RL 2009/52/EG.

Mit den Normen zur Unternehmerhaftung geht auch eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) einher – jedenfalls für die Auftragnehmer. *Rinckhoff* überprüft daher, ob die verschiedenen Haftungsnormen mit dieser Grundfreiheit vereinbar sind. Hier kommt er zu dem Ergebnis, dass die Haftungsnormen allesamt Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen.

### IV. Ausgestaltung der Bürgenhaftung

Anschließend befasst sich *Rinckhoff* unter Kapitel E mit der Rechtsfigur der bürgengleichen Haftung. Einen Schwerpunkt bildet dabei die Frage, ob sich der bürgende Auftraggeber darauf berufen kann, dass der Vertragsarbeitgeber vorrangig in Anspruch zu nehmen ist. Im Gegensatz zu den ursprünglichen Haftungsnormen in der RVO wird die Einrede der Vorausklage in den heutigen Vorschriften ausgeschlossen. Es handelt sich demnach um eine selbstschuldnerische Haftung, die dem Gläubiger ein Wahlrecht lässt, welchen Schuldner – seinen Arbeitgeber oder dessen Auftraggeber – er in Anspruch nehmen möchte.<sup>8</sup> Gerade in Bereichen, in denen unübersichtliche Subunternehmerket-

ten Gang und Gänge sind, und in schwarzarbeitsgefährdeten Branchen haben die betroffenen Arbeitnehmer (und Sozialversicherungsträger) durch dieses Wahlrecht die Möglichkeit, sich an einen solventen Schuldner zu wenden. Zu Recht weist *Rinckhoff* aber auch auf die rechtlichen Feinheiten des Wahlrechts hin. So bleibt es letztlich für den Arbeitnehmer unumgänglich, (auch) gegen den Arbeitgeber Klage zu erheben, um einer Verjährungseinrede zu entgehen.<sup>9</sup> Hieran wird zu Recht kritisiert, dass der Arbeitnehmer damit zusätzlichen Prozesskosten ausgesetzt wird. Die zum Schutz des Bürgen in § 768 Abs. 1 BGB eröffnete Möglichkeit der Einrede der Verjährung der Hauptverbindlichkeit erscheint hier – insbesondere bei der Haftung für Mindestentgelte – nicht zielführend. *Rinckhoff* spricht sich daher für ein tatsächliches Wahlrecht aus (S. 178 f.). Lediglich in Bezug auf die sozialrechtlichen Haftungsnormen in § 28e Abs. 2 S. 2 SGB IV wird von Gesetzes wegen vor der Inanspruchnahme des Auftraggebers eine vorangegangene (erfolglose) Mahnung des Arbeitgebers gefordert, die von *Rinckhoff* im Übrigen als rein bürokratische Hürde abgelehnt wird.

Am Beispiel des § 21 Abs. 2 HAG werden sodann die Vor- und Nachteile diskutiert, die sich aus einer Umgestaltung der bürgengleichen in eine gesamtschuldnerische Haftung ergeben würden. Daran anknüpfend betrachtet *Rinckhoff* weitere Modelle als Alternative zur gesamtschuldnerischen Haftung (konkret das Verrechnungsmodell des § 48 EStG, einen Ausgleich über das Bereicherungsrecht und die Hinterlegung einer Sicherung). Daneben nimmt er öffentlich-rechtliche Sanktionen als Haftungsalternative in den Blick. Solche existieren bereits in verschiedenen Ausformungen, bspw. in Form von Bußgeldern, dem Ausschluss von öffentlichen Vergabeverfahren oder – bei illegaler Ausländerbeschäftigung – in der Auferlegung von Abschiebekosten. Im Vergleich zu den Haftungsnormen werden staatliche Sanktionen als weniger effektiv angesehen. Dieser Auffassung ist zuzustimmen, da die notwendigen Kontrollen aufgrund von personellen Engpässen bei den Kontrollbehörden (Finanzkontrolle Schwarzarbeit<sup>10</sup>, etc.) noch zu selten stattfinden (können), sodass sich hieraus keine hinreichend abschreckende Wirkung erzielen lässt.

<sup>8</sup> Berndt, DStR 2014, 1878, 1883; HK-MiLoG-Reinfelder (Fn. 7), § 13 Rn. 15; Schubert/Jerchel/Düwell, Das neue Mindestlohngesetz (Fn. 5), Rn. 231; Heuschmid/Hlava, NJW 2015, 1719, 1721.

<sup>9</sup> Vgl. hierzu LAG Hessen, 30.4.2014 – 18 Sa 1169/13 – juris, Rn. 26.

<sup>10</sup> Hierzu Bundesrechnungshof, Bericht an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages, 2019, S. 12.

Der Umfang der Haftung ist mit Ausnahme weniger Branchen auf den Nettolohn beschränkt und umfasst damit keine Sozialversicherungsbeiträge. Da dies aber im Baugewerbe, der Fleischwirtschaft und den Paketdiensten gleichwohl der Fall ist, lässt sich sachlich nicht nachvollziehen, weshalb in anderen, ebenfalls schwarzarbeitsgefährdeten Branchen (zB. im Gaststättengewerbe und in der Gebäudereinigung) keine Haftung für Sozialversicherungsbeiträge vorgesehen ist. Eine systemkonforme und sachgerechte Lösung wäre es, hier alle elf Branchen einzubeziehen, die in § 2a SchwarzArbG als schwarzarbeitsgefährdet genannt werden, wofür auch *Rinckhoff* plädiert (S. 202).<sup>11</sup> Insoweit war es auch wichtig und richtig, dass mit dem Paketboten-Schutz-Gesetz Ende 2019 eine Auftraggeberhaftung für Sozialversicherungsbeiträge in der Paketbranche eingeführt wurde.<sup>12</sup>

Während es im Grundsatz schlüssig ist, die Haftung auf Tätigkeiten im Zusammenhang mit Werk- und Dienstverträgen zu beschränken, zeigt *Rinckhoff* anhand der Fleischwirtschaft anschaulich auf, weshalb es sinnvoll sein kann, in Ausnahmefällen auch im Zusammenhang mit Kaufverträgen eine Unternehmerhaftung zu etablieren. Supermärkte hätten durch die derzeitige Beschränkung auf eine Auftragshaftung keinen großen Anreiz, ihre Lieferketten zu hinterfragen bzw. zu kontrollieren und begnügen sich stattdessen mit dem Ankauf von Fleischprodukten bei ihren Zwischenhändlern (S. 208) – ein Einwand, der gerade vor dem Hintergrund der jüngsten, im Zuge der Covid-19-Pandemie verschärft zutage getretenen Skandale um die Arbeitsbedingungen in Teilen der Fleischindustrie diskussionswürdig ist.

## V. Exkulpationsmöglichkeiten

Anknüpfend an das von ihm zuvor gefundene Ergebnis, dass eine verschuldensunabhängige Haftung – von wenigen Ausnahmen abgesehen – verfassungswidrig sei, untersucht *Rinckhoff* verschiedene Konzepte, wie eine Exkulpationsmöglichkeit de lege ferenda etabliert werden könnte. Eine grundsätzliche Anforderung für einen Haftungsausschluss wäre die sorgfältige Auswahl und/oder Überwachung des Nachunternehmers durch den Auftraggeber. Zum Nachweis der erforderlichen Sorgfalt könnte beim zuständigen Sozialversicherungsträger eine Unbedenklichkeitsbescheinigung für den Auftragnehmer eingeholt werden (Legitimationslösung). Eine andere Variante wäre, die von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien für »Fahrlässigkeit« im Sinne

der einschlägigen Bußgeldnormen (§ 404 Abs. 1 SGB III, § 23 Abs. 2 AEntG, § 21 Abs. 2 MiLoG) heranzuziehen. Interessant ist hier auch der Blick auf § 16 Abs. 1 Nr. 2 AÜG, der eine Sanktion für die illegale Beschäftigung von ausländischen Leiharbeitnehmern vorsieht. Fahrlässigkeit ist dem Entleiher danach bereits anzulasten, wenn er sich keine Aufenthaltsgenehmigung des Leiharbeitnehmers vorlegen lässt und demnach seine Kontrollaufgabe nicht ausübt (S. 214).<sup>13</sup> Denkbar sei ferner eine Entlastungsmöglichkeit nach dem Vorbild des § 98a AufenthG, wonach sich Auftraggeber, die keine (unmittelbare) vertragliche Beziehung zum rechtswidrig handelnden Nachunternehmer haben, auf ihre fehlende Kenntnis vom Rechtsverstoß berufen können. Die Konzeption von § 98a Abs. 4, 5 AufenthG wird jedoch von *Rinckhoff* zu Recht als misslungen abgelehnt.

Die im SGB IV vom Gesetzgeber angebotene Lösung, Unbedenklichkeitsbescheinigungen einzuholen, ist angesichts der Vielzahl an Krankenkassen und der begrenzten Gültigkeitsdauer der Bescheinigung mit hohem bürokratischen Aufwand verbunden.<sup>14</sup> Außerdem ist ihre Aussagekraft zumindest fragwürdig. Sinnvoller erscheint dagegen eine Exkulpation mittels Präqualifikation, bei der vorgelagert und unabhängig von einem konkreten Anlass bzw. Auftrag von einer privaten Präqualifizierungsstelle geprüft wird, ob die Eignungsvoraussetzungen für eine Teilnahme an Vergabeverfahren in der Baubranche vorliegen. Ist dies der Fall, werden die präqualifizierten Betriebe in ein Register eingetragen, das online eingesehen werden kann.<sup>15</sup> Eine Präqualifizierung entfaltet nicht nur gegenüber Sozialversicherungsträgern Wirkung. Auch für die SOKA-BAU sind Auftraggeber präqualifizierter Nachunternehmer von der Bürgenhaftung für Urlaubskassenbeiträge ausgenommen (S. 226).<sup>16</sup> Insgesamt misst *Rinckhoff* aber auch einer Präqualifizierung nur eine begrenzte Aussagekraft bei, weshalb er dieses Instrument – jedenfalls als alleiniges Entlastungsargument – ablehnt.

11 Ebenso *Hlava*, Magazin Mitbestimmung 3/2019; vgl. auch *Rinckhoff*, NZA 2019, 1667, 1670: »Gleichwohl fällt doch ins Auge, dass der Gesetzgeber begleitet von zähen Auseinandersetzungen schrittweise und mühsam den Katalog der in § 28a IV 1 SGB IV genannten, besonders für Schwarzarbeit anfälligen Branchen abarbeitet.«

12 Hierzu ferner *Hlava*, Magazin Mitbestimmung 1/2020.

13 Vgl. auch *Wank*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Aufl., München 2020, § 16 AÜG Rn. 12.

14 BT-Drs. 17/11920, S. 8.

15 Vgl. Verein für die Präqualifikation von Bauunternehmen e.V., abrufbar unter [www.pq-verein.de](http://www.pq-verein.de) (2.9.2020).

16 <https://www.soka-bau.de/arbeitgeber/teilnahme-beitraege/bescheinigungen/> (2.9.2020).

Im Ergebnis spricht sich *Rinckhoff* bei der Haftung für Mindestentgelte (§ 13 MiLoG und § 14 AEntG) für eine eigene Auswahl- und Überwachungspflicht des Auftraggebers aus. Auf Unbedenklichkeitsbescheinigungen und Präqualifizierung könne (nur) als Nachweis für eine sorgfältige Auswahlentscheidung zurückgegriffen werden. Eine fehlerhafte Auswahl müsse für den geschädigten Arbeitnehmer aber weiterhin nachweisbar sein.

Es ist keinesfalls unüblich, dass Aufträge nicht nur von einem Subunternehmer ausgeführt werden, sondern es zum Teil eine lange Kette an weiteren Sub-Subunternehmern gibt. Die §§ 13 MiLoG und 14 AEntG statuieren eine Haftung des Auftraggebers für Rechtsverstöße aller nachgeordneten Auftragnehmer. Diese von *Rinckhoff* als sinnvoll bewertete Kettenhaftung müsse nach seiner Ansicht ebenfalls mit einer Exkulpationsmöglichkeit versehen werden. Im Ergebnis sollte ein Auftraggeber in einem weiter entfernten Glied der Subunternehmerkette nur noch für die sorgfältige Auswahl der Subunternehmer haftbar gemacht werden können. Eine Überwachungspflicht für die gesamte Subunternehmerkette lehnt er aus Praktikabilitätsabwägungen ab. Dieses Argument ist zwar nachvollziehbar, aber äußerst kritisch zu sehen. So liegt es letztlich in der Verantwortung des Auftraggebers, dass er durch die Vergabe sonst selbst auszuführender Aufgaben das Risiko von Rechtsverletzungen – auch bei einer Weitervergabe an Sub-Subunternehmer – selbst geschaffen hat. Zum Schutz der oftmals prekär beschäftigten Arbeitnehmer, die am Ende der Auftragskette stehen, sollte keine Abkehr von der Überwachungspflicht erfolgen, die eben aus dieser sozialen Verantwortung des Auftraggebers für das, was mit seinem Auftrag geschieht, folgt. Spätestens dann, wenn der Auftraggeber Kenntnis von einem Rechtsverstoß erlangt, muss er auch tätig werden.

## VI. Effektivität der Haftung in Entsendekonstellationen

Eine eingehende Auseinandersetzung mit der Effektivität der Haftung wird in der Dissertation ebenfalls nicht ausgespart (S. 271 ff.). *Rinckhoff* spricht die praktischen Probleme an, die sich bei der Auftraggeberhaftung stellen. Vorgelagert betrifft dies die Frage, wer überhaupt der Auftraggeber ist.

Speziell bei der Geltendmachung der Urlaubskassenbeiträge durch die SOKA-BAU zeigen sich hier in der Praxis

Schwierigkeiten. In Entsendekonstellationen könne § 18 Abs. 1 AEntG eine Hilfestellung bieten. Hierüber werden Arbeitgeber im Ausland verpflichtet, bereits vor Beginn der Entsendung verschiedene Angaben an die Zollbehörden zu übermitteln, die diese sodann an die SOKA-BAU weitergeben. Ergänzend könnten Angaben aus den A1-Bescheinigungen Hinweise liefern. Eine weitere Möglichkeit zur Ermittlung des Auftraggebers bietet das Werkvertragsverfahren nach § 29 Abs. 1 S. 1 BeschV – anwendbar für die Staaten Türkei, Serbien, Bosnien-Herzegowina und Mazedonien. Die nach diesem Verfahren durch die Bundesagentur für Arbeit geprüften Werkverträge werden an die SOKA-BAU weitergeleitet. Liegt keine Entsendekonstellation vor, könnten sich die benötigten Angaben aus der Geltungsbereichsprüfung (§ 1 Abs. 2 VTV 2015) und im Wege der Einsichtnahmemöglichkeiten und Auskunftspflichten bei den Bauunternehmern ergeben. Insgesamt stünden bei Inlandssachverhalten jedoch deutlich weniger Kontrollmöglichkeiten zur Verfügung als in Entsendekonstellationen, was jedenfalls gegenüber Unternehmen im EU-Ausland Gleichbehandlungsfragen aufwirft. Als Lösung schlägt *Rinckhoff* einen regelmäßigen zwingenden Versand der nach § 28f Abs. 1a SGB IV zu erstellenden Lohnunterlagen an den Zoll vor, der diese wiederum an die SOKA-BAU weiterleitet. Dies kann auch vor dem Hintergrund des erweiterten, über reine Mindestentgeltsätze hinausgehenden Lohnbegriffs der reformierten Entsenderichtlinie bzw. des neuen § 2a AEntG<sup>17</sup> sinnvoll sein.

Den Ausführungen *Rinckhoffs* merkt man in diesem Abschnitt besonders an, dass er durch Interviews Hintergrundwissen zu der Thematik gesammelt hat. Es ist zu begrüßen, dass in seiner Arbeit an verschiedenen Stellen die Rechtswirklichkeit mit einbezogen wird, was es ermöglicht, praxisgerechte Lösungen zu finden. Eine Verzahnung und ein sich gegenseitig aufeinander Beziehen von Theorie und gelebter Praxis sollte allgemein mehr zu einer Selbstverständlichkeit werden.

## VII. Rechtsdurchsetzung

Besonderes Augenmerk richtet *Rinckhoff* sodann auf die Geltendmachung der Bürgenhaftung durch Arbeitnehmer. Speziell bei der Durchsetzung von Vergütungsansprüchen eines

<sup>17</sup> Vgl. BT-Drs. 19/19371, S. 25.

illegal beschäftigten Ausländers (§ 98a Abs. 3, 4 AufenthG) zeigt sich ein Dilemma: Möchte der Betroffene seine Rechte geltend machen, läuft er Gefahr, dass er den Behörden Hinweise für seinen illegalen Aufenthalt liefert. Wie auch andere Literaturstimmen sieht *Rinckhoff* daher vor dem Hintergrund unionsrechtlicher Vorgaben für die effektive Durchsetzung der Haftung einen dringenden Reformbedarf. Doch auch in anderen Konstellationen können sich Arbeitnehmer gehemmt sehen, ihre Rechte geltend zu machen. Es ist kein Geheimnis, dass Ansprüche im Rahmen eines bestehenden Arbeitsverhältnisses vergleichsweise selten vor Gericht geltend gemacht werden. Dies stellt auch im Kontext der Bürgenhaftung ein faktisches Rechtsdurchsetzungsproblem dar, da es sich bei den bürgenden Auftraggebern um Geschäftspartner ihres Arbeitgebers handelt. Hinzu kommen sprachliche Barrieren, bspw. bei der Arbeitnehmerentsendung.

Eine Lösung wäre nach *Rinckhoff* die Einführung eines Verbandsklagerechts. Ein solches schätzt er insbesondere für § 13 MiLoG, § 14 AEntG und § 98a Abs. 3, 4 AufenthG als sinnvoll ein. Gewerkschaften sieht er jedoch mangels eigener Möglichkeiten zur Kontrolle der Unternehmen und als Interessenvertreter (nur) für ihre Mitglieder nicht als hinreichend geeignet an, sondern spricht sich stattdessen für eine staatliche Stelle als Durchsetzungsinstanz aus (bspw. den Zoll). Hierbei bleibt jedoch unberücksichtigt, dass Gewerkschaften häufig Anlaufstellen für Arbeitnehmer sind, denen ihre Rechte verwehrt werden. Zudem sind sie in den Betrieben präsenter und kennen die Gegebenheiten und Probleme vor Ort besser als dies bei staatlichen Stellen der Fall ist. Mit guten Gründen wird ein Verbandsklagerecht für Gewerkschaften daher allgemein im Arbeitsrecht gefordert.<sup>18</sup> Dies dürfte insgesamt die niedrigschwelligere Form der kollektiven Rechtsdurchsetzung darstellen (abgesehen davon, dass es sich bei einer staatlichen Durchsetzung technisch gesehen nicht mehr um ein Verbandsklagerecht handelt).

## VIII. Haftung im Insolvenzfall

Schließlich wendet sich *Rinckhoff* noch einem weiteren Thema zu, das die Effektivität der Haftung beeinflusst – die Haftung des Bürgen im Fall der Insolvenz des Auftragnehmers. Damit hängt die Frage zusammen, ob bei der Zahlung von Insolvenzgeld auch der Entgeltanspruch gegenüber dem bürgenden Auftraggeber auf die Bundesagentur für Arbeit übergeht. Das BAG lehnt dies ab, da die bür-

gengleiche Haftung ein selbstständiges Sicherungsrecht begründe und kein bloßes Hilfsrecht im Sinne von § 401 BGB sei.<sup>19</sup> *Rinckhoff* wendet sich mit guten Argumenten gegen diese Rechtsprechung und bejaht einen Anspruchsübergang auf die Bundesagentur für Arbeit (S. 295 ff.).

## IX. Bürgengleiche Haftung abseits der Unternehmerhaftung

In Kapitel H (S. 305 ff.) werden Konstellationen bürgengleicher Haftung jenseits der Unternehmerhaftung beleuchtet, also jener Haftung, die sich nicht auf eine unsorgfältige Auswahl eines Auftragnehmers zurückführen lässt, sondern die durch ein besonderes Verhältnis zum Arbeitnehmer geprägt ist. Hierunter fällt die in der Praxis wohl inzwischen weniger bedeutsame Haftung von Bergwerksbetreibern (§ 28e Abs. 2a SGB IV) und Reedern (§ 4 Abs. 4 SeeArbG, § 28e Abs. 3 SGB IV). Relevanter dürfte hier im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung die Haftung des Entleihers für die Gesamtsozialversicherungsbeiträge der bei ihm eingesetzten Leiharbeiter sein (§ 28e Abs. 2 SGB IV).

## X. Reformvorschläge

*Rinckhoff* belässt es nicht dabei, Reformbedarfe aufzuzeigen, sondern entwickelt auch eigene Vorschläge zur Anpassung des Rechts. Interessant ist hier bspw. die bereits angesprochene Ausweitung der Haftung auf Einzelhandelsunternehmen für die Zahlung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags für Arbeitnehmer in der Fleischindustrie (§ 28e Abs. 3d SGB IV-neu). Wünschenswert wäre es gewesen, auch zur vorgeschlagenen Verbandsklage im AEntG, MiLoG und AufenthG einen konkreten Gesetzesvorschlag zu bieten, da es hier sehr unterschiedliche Ausgestaltungsmöglichkeiten gibt. Die Arbeit schließt mit 29 zusammenfassenden Thesen.

<sup>18</sup> S. hierzu auch das HBS-Gutachten von *Kocher*, Gesetzentwurf für eine Verbandsklage im Arbeitsrecht, Düsseldorf 2002.

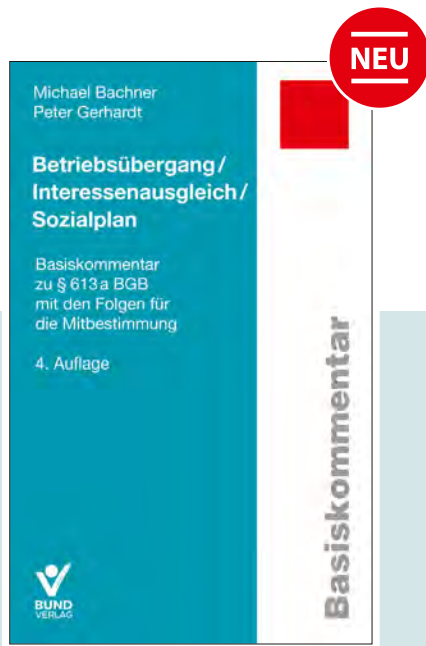
<sup>19</sup> BAG, 8.12.2010 – 5 AZR 95/10 – AP Nr. 4 zu § 1a AEntG.

### XI. Fazit

Die vorliegende Arbeit ist jedem zu empfehlen, der oder die sich in Wissenschaft oder Praxis mit der bürgengleichen Haftung im Arbeits- und Sozialrecht befasst. Das Werk zeichnet sich dadurch aus, dass es die Haftungsfragen nicht nur aus der Perspektive eines Rechtsbereichs heraus beleuchtet, sondern sie im Gesamtzusammenhang von Arbeits- und Sozialrecht darstellt. Gemeinsame Strukturen werden so herausgearbeitet, aber auch Unterschiede und Widersprüche aufgezeigt. Dabei belässt es *Rinckhoff* nicht bei einer rechtswissenschaftlichen Betrachtungsweise, sondern scheut auch im Rahmen der Dissertation nicht davor zurück, die Regelungen vor dem Hintergrund

rechtstatsächlicher Erkenntnisse auch kritisch zu diskutieren. In der differenzierten Auseinandersetzung und Bewertung der unterschiedlichen Konzepte zur Ausgestaltung der Haftung liegt eine besondere Stärke der Arbeit. Ein Gewinn ist die Arbeit daher auch für politische Entscheidungsträger, Gewerkschaften und Verbände, denen der Verfasser Vorschläge zur Hand gibt, wie mit den herausgearbeiteten Problemen auf gesetzlicher Ebene umgegangen werden könnte. Überlegenswert bleiben die meisten Regulierungsvorschläge selbst dann, wenn man die verfassungsrechtliche Bewertung der verschuldensunabhängigen Haftung nicht teilen mag.

*Dr. Daniel Hlava, Hugo Sinzheimer Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Hans-Böckler-Stiftung*



Bachner / Gerhardt

## Betriebsübergang / Interessenausgleich / Sozialplan

Basiskommentar zu § 613 a BGB mit den Folgen für die Mitbestimmung  
4., aktualisierte und überarbeitete Auflage

2021. 365 Seiten, kartoniert

€ 34,90

ISBN 978-3-7663-6963-5

[www.bund-verlag.de/6963](http://www.bund-verlag.de/6963)

# Betriebsübergang Was Betriebsräte wissen sollten

Betriebsübergänge, Unternehmensumwandlungen und Betriebsänderungen haben für Mitarbeiter oft unangenehme Folgen. Wenn neu strukturiert wird, geraten betriebliche und tarifliche Regelungen schnell ins Wanken. Dann sind Betriebsräte gefordert, die Interessen der Belegschaft zu schützen.

Der Basiskommentar behandelt alle wichtigen Fragen, die auf Interessenvertreter und Beschäftigte zurollen, wenn Unternehmen ihre Strukturen ändern. Im Fokus steht besonders § 613a BGB (Betriebsübergang). Dieser Paragraph enthält wichtige Schutzbestimmungen für Beschäftigte und sichert, dass die Arbeitsverhältnisse beim Betriebsübergang auf den neuen Inhaber übergehen. Ausführlich kommentieren die Autoren die wesentlichen Vorschriften des Umwandlungsgesetzes und des Betriebsverfassungsgesetzes, insbesondere die §§ 111, 112 BetrVG (Interessenausgleich und Sozialplan).

### Schwerpunkt der Neuauflage ist die Betriebsrats Tätigkeit:

- › Welche Auswirkungen hat ein Betriebsübergang auf das Betriebsratsamt?
- › Wie ist die Interessenvertretung am Verfahren bis zum Abschluss eines Interessenausgleichs zu beteiligen?
- › Welche Beteiligungsrechte haben die Gremien bei Verhandlungen zum Sozialplan oder Nachteilsausgleich?
- › Welche besonderen Rechte hat der Wirtschaftsausschuss?

### Einfach online bestellen:

1. Einsteigen auf [www.bund-verlag.de/6963](http://www.bund-verlag.de/6963) 2. Daten eingeben 3. Absenden  
oder Coupon ausfüllen und abschicken:

Expl.	Best.-Nr. 978-3-7663-	Autor / Kurztitel	Preis / €
	6963-5	Bachner / Gerhardt Betriebsübergang / Interessenausgleich / Sozialplan	34,90

Absender:  Frau  Herr

Name / Vorname: \_\_\_\_\_

Firma / Funktion: \_\_\_\_\_

Straße / Nr.: \_\_\_\_\_

PLZ / Ort: \_\_\_\_\_

Telefon: \_\_\_\_\_

E-Mail: \_\_\_\_\_

Datum / Unterschrift: \_\_\_\_\_



**BUND  
VERLAG**

Bund-Verlag GmbH  
60424 Frankfurt am Main

Infotelefon:  
069 / 79 50 10-20

Fax:  
069 / 79 50 10-11

E-Mail:  
kontakt@bund-verlag.de

[www.bund-verlag.de](http://www.bund-verlag.de)

### Immer topaktuell informiert sein

- Ja, ich möchte den kostenlosen Newsletter für **Betriebsräte** nutzen.
- Ja, ich möchte den kostenlosen Newsletter für **Personalräte** nutzen.  
Den Newsletter kann ich jederzeit wieder abbestellen.

# NEUE HERAUSFORDERUNGEN

# – NEUER KITTTNER 2021



Innen und außen völlig neu.  
Mit erweiterten Online-  
Funktionen.

**Jetzt  
vorbestellen!**

[www.mein-kittner.de](http://www.mein-kittner.de)  
[kontakt@bund-verlag.de](mailto:kontakt@bund-verlag.de)  
Bestellhotline 069 / 79 50 10 20

**Lieferbar ab 15. Februar 2021**



Online-Zugriff auf  
alle Inhalte  
Alle Gesetze im Volltext  
Richtsprache im Volltext

