

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

**Mitgliederexklusivität der Tarifbindung versus Tariferstreckung:
Paradoxon oder kommunizierende Röhren?**

Raimund Waltermann Seite **177**

Grundfragen des Arbeitszeitrechts im 21. Jahrhundert

Daniel Ulber Seite **189**

Hegels Rechtsphilosophie und das soziale Recht

Eberhard Eichenhofer Seite **205**

TzBfG ungelöst – der Basiskommentar klärt auf



Holwe / Kossens / Pielenz / Räder

Teilzeit- und Befristungsgesetz

Basiskommentar zum TzBfG

7., aktualisierte Auflage

2021. Ca. 430, kartoniert

ca. € 39,-

ISBN 978-3-7663-7079-2

www.bund-verlag.de/7079

Das Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverhältnisse (Teilzeit- und Befristungsgesetz – TzBfG) hat erhebliche Auswirkungen auf das Arbeitsleben.

Zu vielen zuletzt diskutierten Detailfragen liegt inzwischen umfangreiche Rechtsprechung vor. Der gesetzlich geregelte Teilzeitananspruch hat dadurch Konturen angenommen. Wichtige neue Urteile gibt es zu den Regelungen der Befristung und zur betrieblichen Mitbestimmung bei Ablehnung eines Antrags auf Teilzeit.

Die Autor:innen erläutern alle Vorschriften des Gesetzes umfassend und mit Blick für die Praxis. Die neueste Rechtsprechung und Gesetzgebung ist berücksichtigt. Auch die für das deutsche Teilzeit- und Befristungsrecht bedeutsamen Vorgaben des EU-Rechts, einschließlich der EuGH-Rechtsprechung, werden in den Blick genommen.

Das handliche Werk ist vor allem für Betriebs- und Personalräte, aber auch für Rechtsanwälte, Richter und Personalere eine nützliche Hilfestellung.

Soziales Recht

5/2021

ISSN 2193-5157

Oktober 2021, 11. 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 Arbeits- und Sozialrecht

(HSI) der Hans-Böckler-Stiftung, 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@

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)

Heike Sandrock

Tel. 069/79 50 10-602

anzeigen@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,

Saulgauer Str. 3, 88326 Aulendorf

Bezug Einbanddecken und Buchbindeservice

Tel. 02776/92288-0 oder

bund-verlag@schaefermedien.de

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.

Mitgliederexklusivität der Tarifbindung versus Tariferstreckung: Paradoxon oder kommunizierende Röhren?

Prof. Dr. Raimund Waltermann, Universität Bonn*

I. Ausgangslage

1. Gegenwärtiger Zustand

Die rechtsvergleichend in besonderem Maß auf Mitgliedschaft aufbauende deutsche Tarifautonomie mit normativ wirkender Gestaltung war vor 100 Jahren Avantgarde.¹ Noch am 23. Dezember 1918, wenige Wochen nach dem Ausbruch der Novemberrevolution und der Ausrufung der Republik, wurde auf der Grundlage des Abkommens der Zentralarbeitsgemeinschaft vom 15. November 1918 die Tarifvertragsverordnung (TVVO) erlassen, deren Struktur das Tarifvertragsrecht bis heute folgt. Die Weimarer Reichsverfassung vom 11. August 1919 brachte die verfassungsrechtliche Verankerung des zuvor im Abkommen der Arbeitsgemeinschaft anerkannten Prinzips der kollektiven Gestaltung von Arbeitsbedingungen (Art. 165 Abs. 1 S.2 WRV) und garantierte die Koalitionsfreiheit (Art. 159 WRV).

Heute, gut 100 Jahre später ist die Situation ambivalent. Nach wie vor bleibt die Tarifautonomie in einigen Bereichen (der Bauwirtschaft, der Chemiebranche, der Metall- und Elektroindustrie, im Öffentlichen Dienst) stark und vital. Das deutsche Arbeitsrecht hält den geeigneten Rechtsrahmen für eine aus der Gesellschaft kommende, auf dem Gedanken des Pluralismus aufbauende Gestaltung der Arbeitsbeziehungen bereit. Das erlaubt, wie sich aktuell zeigt, auch die Bewältigung von Anpassungsprozessen durch die schnell voranschreitende Digitalisierung der Arbeitswelt, und die Tarifautonomie hilft in Sondersituationen, wie sie die Finanzkrise 2008/2009 und die Corona-Pandemie hervorgebracht haben. Die Tarifautonomie bietet ein geeignetes Verhandlungsmodell, das auf Institutionen und auf rechtlich garantierten Regeln aufbaut. Die Tarifautonomie ist dabei nicht auf die Gestaltung von Arbeitsverhältnissen beschränkt, sie kann in einer digitalisierten Arbeitswelt auch die Arbeitsbeziehungen Kleiner Selbständiger, auch über den durch § 12a

TVG gesetzlich bereits erfassten Personenkreis hinaus, gestalten.² Der Gesetzgeber könnte dafür den rechtlichen Rahmen verbessern.

Aus dem Skizzierten folgt allerdings nicht, dass man in den vitalen Bereichen der Tarifautonomie die Hände beruhigt in den Schoß legen dürfte. Auch hier ist die Mitgliederbasis nicht gesichert. Und neben den vitalen Bereichen der Tarifautonomie liegen, allseits erkannt,³ große Flächen ohne Tarifautonomie. In vielen heute wichtigen Bereichen, namentlich in der niedrig vergüteten Dienstleistungsarbeit und im Niedriglohnssektor allgemein, ist die Tarifautonomie nicht präsent.⁴

2. Pflegebranche als Prüfstein

Ein eindrucksvolles Beispiel für die schwierige Lage der Tarifautonomie in Zeiten des Rückgangs der industriellen Arbeit bildet die Pflegebranche. In der Pflegebranche herrscht Vollbeschäftigung. Zugleich sind die vor allem in Arbeitsverhältnissen mit privaten Arbeitgebern, die keine Tarifbindung haben, gezahlten Löhne vergleichsweise niedrig. Dies setzt diejenigen Träger unter Druck, die Tariflöhne oder an Tariflöhne angelehnte oder über diesen liegende Vergütungen nach kirchenrechtlichen Regelungen zahlen.

* Der Autor ist Direktor des Instituts für Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherheit der Universität Bonn. Der Aufsatz beruht auf einem Vortrag, gekürzt gehalten auf dem IX. Tarifsymposium der Bauwirtschaft »Mitgliederexklusivität oder staatliche Unterstützung? Stärkung der Tarifbindung durch Tarifvertrag und Gesetz« am 6.5.2021. Die Vortragsform ist zum Teil beibehalten.

1 Siehe näher nur Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. II, 2. Halbbd., 7. Aufl., München 1967, S. 212 ff.

2 Zum hier vertretenen Standpunkt Waltermann, ZfA 2020, 211, 234 ff.; ausführlicher, auch zum Streitstand, ders., FS Moll, 2019, S. 727 ff., jeweils mN.

3 Siehe etwa Monopolkommission, 18. Hauptgutachten 2008/2009, BT-Drs. 17/2600, Rn. 914, 945; Bepler, Verhandlungen des 70. DJT Hannover 2014, Bd. I, Gutachten B, München 2014.

4 Zum Befund aus neuerer Zeit stv. Greiner, SR 2019, 17 ff.; Höpfner, ZfA 2020, 178 ff.

Im ausgehenden 19. Jh. hätten die Arbeiter ihr Interesse an guter Bezahlung unter den tarifrechtlichen Bedingungen, die wir heute haben, wahrscheinlich tarifautonom verfolgt, also die Arbeit niedergelegt. Eine vergleichbare tarifautonome Vitalität der heute in der Pflegebranche Beschäftigten ist, wie in vielen anderen Bereichen auch, nicht erkennbar. Die Tarifautonomie hat in der Pflegebranche allerdings auch deshalb einen schweren Stand, weil die Kirchen eigene kollektivarbeitsrechtliche Wege gehen und daher rund ein Drittel der Beschäftigten für die Tarifautonomie des demokratischen Rechtsstaats von vornherein verloren ist.

3. Zwei mögliche Wege

Es gibt, um die Tarifautonomie unter diesen Bedingungen breiter aufzustellen, im Großen und Ganzen zwei Wege: Man kann versuchen, die auf Mitgliedschaft gründende Tarifautonomie als solche zu stärken, also die Attraktivität von Tarifbindung zu erhöhen.⁵ Das kann auf verschiedene Weise geschehen, etwa durch tarifvertragliche Mitgliedervorteile, also durch Tarifautonomie, oder durch den Gesetzgeber. Der Gesetzgeber könnte den Verbandsbeitritt durch einen fühlbaren Steuervorteil attraktiver machen.⁶ In letzter Zeit hat der Gesetzgeber die Stärkung der Tarifbindung durch eine fortentwickelte Ausgestaltung des tarifdispositiven Gesetzesrechts angestrebt; Abweichungen von arbeitsrechtlichen Gesetzesregeln sind für tarifgebundene Arbeitgeber reserviert. Die andere Möglichkeit liegt darin, zur Bewältigung der Funktionsschwäche der Tarifautonomie die Wirkung von Tarifverträgen durch Ausweitung der personellen Reichweite tarifautonomer Gestaltungen zu vergrößern; diesen Weg hat in den letzten 25 Jahren der Gesetzgeber vor allem gewählt und Schritt für Schritt ausgebaut. Beide Wege sind im Titel des mir aufgegebenen Vortrags angesprochen. Paradoxon oder kommunizierende Röhren? Lassen Sie uns dem nachgehen.

II. Erstreckung von Tarifinhalten

1. Der Befund

Die Gesetzgebung nimmt seit Jahren den Weg der Ausweitung der Tarifwirkung durch die Erstreckung von Tarifinhalten auf Außenseiter. Der Gesetzgeber hat insbeson-

dere durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz von 2014 diesen Weg ausgebaut. Er hat die Allgemeinverbindlicherklärung renoviert⁷, dabei insbesondere auch den Rechtsrahmen zugunsten gemeinsamer Einrichtungen verbessert, und die Möglichkeiten einer Erstreckung von tarifvertraglich vereinbarten Inhalten über Rechtsverordnungen nach dem AEntG erweitert. In der Pflegebranche hat der Gesetzgeber zuletzt mit dem im November 2019 in Kraft getretenen Pflegelöhneverbesserungsgesetz die Möglichkeit erleichtert, tarifvertraglich normierte Mindestarbeitsbedingungen auf der Grundlage von § 7a AEntG durch Rechtsverordnung zu erstrecken. Beide Male wurde ein bereits vorhandenes Erstreckungsmodell ertüchtigt. Das Pflegelöhneverbesserungsgesetz präzisiert neben dem Erstreckungsmodell nach Maßgabe von § 7a AEntG das alternative Verfahren des 2009 eingeführten Kommissionsmodells gemäß §§ 10–13 AEntG. Der tarifgestützte Weg über § 7a AEntG genießt dabei gemäß § 13 S. 1 AEntG den Vorrang gegenüber einer Rechtsverordnung nach dem Kommissionsmodell. Da die beiden großen Kirchen den ausgehandelten flächendeckenden Tarifvertrag und dessen Erstreckung mit Hilfe des Staates nicht mittragen, stellt nun der Gesetzgeber sicher, dass Pflegeeinrichtungen ihre Pflege- und Betreuungskräfte nach Tarif bezahlen.⁸

2. Problematik des Wegs

a) Der vom Gesetzgeber in den letzten Jahren ausgebaute Weg einer Ausweitung der Tarifgeltung ist nicht unproblematisch, und dieser Weg steht in einem Spannungsverhältnis zu dem Weg über die Stärkung der auf Mitgliedschaft gründenden Tarifautonomie an sich. Das BVerfG hat in einer Kammerentscheidung vom 10. Januar 2020 formuliert: Die Allgemeinverbindlicherklärung »stärkt den konkreten Tarifvertrag, schwächt aber die Attraktivität der Mitgliedschaft in einer Koalition«.

5 Zum hier vertretenen Standpunkt bereits *Waltermann*, NZA 2014, 874; *ders.*, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag in der auf Mitgliedschaft aufbauenden Tarifautonomie, Frankfurt aM. 2016, S. 21 ff.

6 Ausführlich *Franzen*, Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt, Frankfurt aM. 2018.

7 Zu verbliebenen Defiziten *Waltermann*, RdA 2018, 137, 144 ff. mN.

8 Vgl. Gesetz zur Weiterentwicklung der Gesundheitsversorgung, BR-Drs. 511/21, S. 41 f. Der Bundesrat hat das Gesetz am 25.6.2021 gebilligt.

Das hat in der Tat etwas widersinniges, paradoxes. Es handelt sich bei Modellen, die tarifliche Gestaltungen erstrecken, erst recht bei Vorschlags- und Ausschussmodellen⁹, nicht um Tarifautonomie im traditionellen Sinn. Jene beruht auf kollektiver Selbstorganisation, handelt aus sich heraus und erhält vom Staat nur einen auszugestaltenden Rechtsrahmen für das autonome Handeln. Die Erstreckung dagegen schafft auf gesetzlicher Grundlage in gewisser Weise »tarifgestützte Arbeitsbedingungen«. Überwiegend nimmt man an, dass durch eine von der Tarifbindung durch Mitgliedschaft losgelöste Tarifgeltung (durch Erstreckungsmodelle, aber auch durch die gesetzliche Gestaltung einer Erga-Omnes-Wirkung) abnehmende Organisationsgrade bei den Gewerkschaften und damit indirekt bei den Arbeitgeberverbänden beflügelt werden.¹⁰

b) Aus rechtswissenschaftlicher Perspektive liegt ein Kritikpunkt darin, dass der auf eine breitere Tarifgeltung ausgerichteten Gesetzgebung bis heute eine grundsätzliche konzeptionelle Perspektive fehlt, welche die auf Mitgliedschaft aufbauende Ausrichtung der deutschen Tarifautonomie mitdenkt. Wie auch der Blick in das Ausland zeigt, erhöht man auf diesem Weg nicht die Attraktivität von Tarifbindung durch Mitgliedschaft. Es entsteht die auch in anderen Rechtsordnungen mit Erga-Omnes-Wirkung des Tarifvertrags zu beobachtende Distanz zwischen denen, die an der Schaffung der Gestaltung beteiligt sind und denen, die der Regelung unterworfen werden. Etwas zugespitzt formuliert sind wir bei der Weiterentwicklung des Tarifwesens längst im Begriff, ohne Debatte auf leisen Sohlen die auf Mitgliedschaft gründende Tarifautonomie aus dem Blick zu verlieren und die Koalitionen in die Richtung von Verbraucherschutzverbänden zu entwickeln. Vor 100 Jahren Avantgarde, schließen wir uns demnächst vielleicht den in anderen Bereichen, wie dem Verbraucherschutz, erprobten Verfahren kollektiver Interessenwahrnehmung mit Verbandsklage an.¹¹

3. Paradoxon oder kommunizierende Röhren?

a) Wenn das BVerfG richtig sagt, die Allgemeinverbindlicherklärung stärke den konkreten Tarifvertrag, schwäche aber die Attraktivität der Mitgliedschaft in einer Koalition, ist der vom Gesetzgeber in den letzten Jahren ausgebaute Weg, gemessen an der in Art. 9 Abs. 3 GG angelegten und durch das TVG gesetzlich ausgestalteten Konzeption der deutschen Tarifautonomie, durchaus paradox. Das Tarif-

vertragsgesetz geht vor dem Hintergrund von Art. 9 Abs. 3 GG in den §§ 4 Abs. 1, 3 Abs. 1 TVG davon aus, dass tarifvertragliche Rechtsnormen nur an Mitglieder gerichtet sein sollen. Bislang wird aber für die Stärkung der Mitgliederbasis, die sich heute nicht mehr von selbst ergibt, wenig getan. Und die Rechtsprechung steht der Anreizbildung durch differenzierende Tarifverträge nach wie vor reserviert gegenüber. Man könnte mehr tun, auch in dem Bestreben, den Sinn für kollektive Muster in der Gesellschaft zu beleben.¹² Die demokratischen Rechtsstaaten sind auf Institutionen und auf Partizipation aufgebaut.

b) Die Ausrichtung auf die Mitgliedschaft ist allerdings nicht die ganze Wahrheit. Die Tarifautonomie ist, auch in der gesetzlichen Ausgestaltung des TVG und erst recht in der Praxis, von jeher auf eine Wirkung über ihren Ausgangspunkt bei der Mitgliedschaft hinaus angelegt. Das belegen etwa § 3 Abs. 2 und Abs. 3 TVG oder § 613a Abs. 1 S. 2–4 BGB. Das Gesetz verweist ferner in § 4a TVG und in § 1 S. 2 AEntG auf eine Ordnungs- und Befriedungsfunktion des Tarifvertrags, die praktisch auch durch die arbeitsvertragliche Bezugnahme vermittelt wird. Man hat in der arbeitsrechtlichen Lehre von jeher angenommen, dass die Koalitionsbetätigung im Bereich der Tarifautonomie nicht auf den Schutz der Interessen der Mitglieder beschränkt ist.¹³ Auch das BVerfG und das BAG bejahen in Einklang mit der vorherrschenden Lehre eine Ordnungsfunktion der Tarifautonomie für den Lebensbereich der abhängigen Arbeit; den Koalitionen ist, wie das BVerfG von Anfang an deutlich gemacht hat, die sinnvolle Ordnung des Arbeitslebens zur Aufgabe gemacht.¹⁴ Trotz des Ausgangspunktes der deutschen Tarifautonomie bei der Mitgliedschaft ist den Gewerkschaften und den Arbeitgeberverbänden institutionell die

⁹ Zur Einordnung s. Waltermann, RdA 2014, 86, 90.

¹⁰ Vgl. stv. Bepler (Fn. 3), S. B 105; Franzen, NZA-Beil. 2017, 66, 67; ders. (Fn. 6), S. 13 f.; Greiner, ZfA 2017, 309 f.; Junker, ZfA 2016, 81, 90; Lobinger, JZ 2014, 810, 811; Rieble, in: Giesen/Junker/Rieble (Hrsg.), Neue Tarifpolitik?, München 2014, S. 67, 98; Waltermann, NZA 2014, 874, 876.

¹¹ Siehe bereits Waltermann, RdA 2014, 137, 150; ebenso Greiner, SR 2019, 17.

¹² Zu Recht angesprochen von Greiner, SR 2019, 17 ff.

¹³ Vgl. Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. I, München 1997, S. 291 f.; Hueck/Nipperdey (Fn. 1), S. 190 ff.; Säcker/Oetker, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie, München 1992, S. 62 ff.; Waltermann, ZfA 2000, 53, 77 f.; Wiedemann, RdA 1969, 321 ff.

¹⁴ BVerfG, 18.11.1954 – 1 BvR 629/52 – BVerfGE 4, 96, 101; BVerfG, 24.5.1977 – 2 BvL 11/74 – BVerfGE 44, 322, 341; BVerfG, 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290, 367; BVerfG 20.10.1981 – 1 BvR 404/78 – BVerfGE 58, 233, 246 f.; ebenso zB. BAG, 21.12.1982 – 1 ABN 30/82 – BAGE 41, 209, 228; BAG, 25.9.1987 – 7 AZR 315/86 – BAGE 56, 155, 169.

Aufgabe zugewiesen, die abhängige Arbeit autonom zu ordnen. Auch in der Praxis zeigt die weit verbreitete Tarifgeltung durch Bezugnahme in den Arbeitsverträgen, dass die auf Mitgliedschaft aufbauende deutsche Tarifautonomie mit den Außenseitern in Verbindung steht, also (im Sinn unseres Themas) kommuniziert. Das Bild ist ambivalent.

Dass die deutsche Tarifautonomie trotz ihrer Wurzel in der Mitgliedschaft auf die autonome Ordnung des gesamten Arbeitslebens ausgerichtet ist, belegt auch § 5 TVG. Die Allgemeinverbindlicherklärung stützt seit 1918 die auf Mitgliedschaft aufbauende Tarifautonomie ab, um Unterbietungswettbewerb zugunsten der Tarifgebundenen zu verhindern.¹⁵ Tarifbindung durch Mitgliedschaft (§ 3 Abs. 1 TVG) und Tariferstreckung mit Hilfe des Staates (§ 5 TVG) stehen hier in einem Zusammenhang.

Und unter dem Strich ist Tarifgeltung über die Wege der Bezugnahme, der Allgemeinverbindlicherklärung und über Rechtsverordnungen nach dem AEntG (§§ 7, 7a AEntG) in der Praxis bedeutsamer als die auf Mitgliedschaft beruhende Tarifbindung gemäß § 3 Abs. 1 TVG. Auch mit ihrer Anknüpfung an die Mitgliedschaft tendiert die deutsche Tarifautonomie sowohl in der gesetzlichen Ausgestaltung als auch in der praktischen Handhabung zu einer Vereinheitlichung, die mehrere Wege kennt.

4. Politische Hintergründe des »staatlichen« Wegs

Wichtig ist zu bedenken, dass der Gesetzgeber den Weg der Tariferstreckung nicht nur ausbaut, um die Arbeitsbeziehungen zu gestalten. Das Pflegelöhneverbesserungsgesetz zeigt, dass im Hintergrund auch Anliegen stehen, die über Gestaltungsfragen des Arbeitsrechts hinausreichen. Dasselbe konnte man bereits bei der ersten Fassung des AEntG beobachten.

a) Die politischen Gründe betreffen natürlich wesentlich die Gestaltung des Arbeitsrechts. Solange Möglichkeiten einer Stärkung der auf Mitgliedschaft aufbauenden Tarifautonomie, auch unter Mitwirkung der Rechtswissenschaft, nicht gefunden und umgesetzt sind, ist die Erstreckung von Tarifinhalten vielleicht der einzig mögliche pragmatische Weg, um mit tarifgestützten Arbeitsbedingungen eine noch weiter ausgreifende staatliche Gestaltung des Arbeitsrechts, wie sie das MiLoG vornimmt, aufzuhalten. Es geht auch darum, wie weit das deutsche Arbeitsrecht staatlich gestaltet sein soll oder nicht. Je weniger die Tarifautonomie gestaltet, desto mehr

gelangen die Arbeitsbeziehungen in das Zentrum der allgemeinen politischen Auseinandersetzung. Die Allgemeinverbindlicherklärung und die Erstreckung von Tarifinhalten nach Maßgabe des AEntG verfolgen immerhin die Ausweitung tarifautonom entstandener Arbeitsbedingungen. Diesen Weg zieht der Gesetzgeber der gesetzlichen Gestaltung vor, wie sie im MiLoG verwirklicht ist.

b) Das Pflegelöhneverbesserungsgesetz verdeutlicht, dass der Gesetzgeber den Weg über eine Erstreckung von Tarifinhalten aber nicht nur einschlägt, um Funktionsschwächen der auf Mitgliedschaft aufbauenden Tarifautonomie bei der Gestaltung der Arbeitsbeziehungen aufzufangen. Eine außerhalb der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen liegende starke Triebfeder liegt darin, dass der Gesetzgeber zugleich weitere Gemeinwohlziele verfolgt, welche die Tarifautonomie, wenn sie funktioniert, miterledigt. Würden Tarifverträge in der Pflegebranche eine geeignete Vergütungsstruktur herstellen, die in der alternden Gesellschaft eine Pflege mit guten Pflegekräften in ausreichender Zahl unterstützen könnte, wäre das Pflegelöhneverbesserungsgesetz nicht nötig. Würden im Niedriglohnssektor Tarifverträge für eine nachhaltige Entgeltstruktur sorgen, sodass bei lebenslanger Beschäftigung eine über der Grundsicherung liegende Altersvorsorge erreicht werden kann, würde man kein Mindestlohngesetz benötigen, um die Sozialversicherungssysteme stabil zu halten. Auch das zum 1. Januar 2021 in Kraft getretene Arbeitsschutzkontrollgesetz¹⁶ reagiert auf Missstände, die über Belange der Arbeit hinausgehen, bei guter tarifautonomer Gestaltung der Arbeitsbeziehungen in der Fleischindustrie jedoch in den die Arbeitsbeziehungen betreffenden Hinsichten nicht auftreten dürften. Die Tariferstreckung wird die Politik im öffentlichen Interesse weiterhin ausbauen, wenn die Tarifautonomie im Hinblick auf die Mitgliedschaft nicht auf die Beine kommt.

III. Stärkung der auf Mitgliedschaft beruhenden Tarifautonomie

Alle Formen der Erstreckung von Tarifinhalten, sei es aufgrund vertraglicher Bezugnahme oder aufgrund gesetzlicher Anordnung, führen zu Tarifgeltung, nicht zu Tarif-

¹⁵ Ausführlich mN. Waltermann, RdA 2018, 137, 138 ff.

¹⁶ BGBl. I 2020, S. 3334.

bindung gemäß §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG. Es werden Tarifinhalte für andere als die Mitglieder in Geltung gesetzt. Könnte man die auf Mitgliedschaft beruhende Tarifautonomie als solche stärken?¹⁷

1. Verantwortung der Verbände und Möglichkeiten

Die Verantwortung für eine Stärkung der Tarifautonomie liegt zunächst bei den Verbänden und nicht beim Staat.¹⁸ Der Blick richtet sich dabei zuerst auf die Gewerkschaften, nicht auf die Arbeitgeberverbände.¹⁹ Die deutsche Tarifautonomie gestaltet nach wie vor in den Bereichen, in denen die Gewerkschaften genug Mitglieder haben und also Kraft entfalten können. Natürlich hängt die tatsächliche Praxisbedeutung der Tarifautonomie letzten Endes von der Tarifbindung der Arbeitgeber ab.²⁰ Die Arbeitgeber haben jedoch den Zusammenschluss im Rückblick immer dann gesucht, wenn sie es mussten.²¹

a) Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit

Ein arbeitsrechtlicher Dauerbrenner mit erstaunlich emotional geführter Debatte betrifft die Frage, inwieweit auf tarifautonomen Wegen rechtswirksam nach der Gewerkschaftszugehörigkeit differenziert werden kann. Durch Differenzierungsklauseln kann Anreiz für Mitgliedschaft gesetzt werden. Differenzierungsklauseln werden seit etwa 15 Jahren im Hinblick auf Möglichkeiten der Anreizbildung (wieder) durchgehend diskutiert.

(1) Geklärtes

Den streitigen Rechtsfragen ist hier nicht im Einzelnen nachzugehen.²² Man wird zusammengefasst die folgenden Gesichtspunkte als geklärt ansehen können: Die üblichen Differenzierungsklauseln (einfache Differenzierungsklauseln und auch Spannenklauseln) verletzen nicht die negative Koalitionsfreiheit, solange sie einen Anreiz setzen und nicht entscheidungserheblichen Beitrittsdruck bei Außenseitern auslösen.²³ Das BVerfG legt im Hinblick auf den Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit zu Recht einen strengen Maßstab an.²⁴ Soll ein Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit vorliegen, dürfen die Außenseiter faktisch nicht mehr frei sein, sie müssen sich individuell gezwungen sehen. Das BVerfG hat das bisher in keinem Fall angenommen. Zu bedenken ist weiter, dass im Fall

der Bejahung eines Eingriffs in die negative Koalitionsfreiheit dieser Eingriff nach den Maßstäben der Verhältnismäßigkeit immer noch gerechtfertigt sein kann; das wird im Arbeitsrecht nicht immer bedacht.

Die durch Differenzierungsklauseln aufgeworfene entscheidende Frage liegt, wie heute zu Recht erkannt ist, bei der Frage einer Verletzung der Vertragsfreiheit.²⁵ Aber auch aus der Vertragsfreiheit folgt keine Begrenzung für die Vereinbarung von einfachen Differenzierungsklauseln. Durch einfache Differenzierungsklauseln wird die Vertragsfreiheit schon nicht berührt, weil einfache Differenzierungsklauseln der arbeitsvertraglichen Bezugnahme oder der vertraglichen Vereinbarung des Vorteils nicht entgegenstehen; zu Recht hat im Jahr 2009 das BAG einfache Differenzierungsklauseln für rechtlich möglich gehalten.²⁶

(2) Spannenklausel

Nach wie vor umstritten ist, ob Spannenklauseln möglich sind. Spannenklauseln könnten den mit Mitgliedervorteilen verbundenen Anreiz wirksam absichern. Das BAG hat die Rechtswirksamkeit von Spannenklauseln 2011 verneint.²⁷ Ich würde dem nicht folgen.²⁸ Wenn man mit

17 Die nachfolgenden Darlegungen fassen die Überlegungen in Waltermann, ZfA 2020, 211, 216 ff. zusammen.

18 Vgl. stv. Bepler (Fn. 3), S. B 42; Lobinger, JZ 2014, 810, 811; Waltermann (Fn. 5), S. 17 f.

19 Zum hier vertretenen Standpunkt Waltermann, NZA 2014, 874, 875.

20 Siehe nur Dorsemont/Walser, SR 2015, 41 ff.

21 Vgl. Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. II/1. Halbbd., 7. Aufl., München 1967, S. 3 f.

22 Zum hier vertretenen Standpunkt ausführlicher Waltermann, ZfA 2020, 211, 217 ff.; Waltermann (Fn. 5); Grundsätzlich Leydecker, Der Tarifvertrag als exklusives Gut, Berlin 2005; Neumann, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, Berlin 2012; siehe zuletzt Greiner, ZfA 2017, 309 ff.; Höpfner, RdA 2019, 146 ff.

23 Vgl. BVerfG, 14.11.2018 – 1 BvR 1278/16 – NZA 2019, 112 ff.; BAG, 18.3.2009 – 4 AZR 64/08 – BAGE 130, 43 ff.; Leydecker (Fn. 22), S. 193; Neumann (Fn. 22), S. 155 ff. mN.; Höpfner, RdA 2019, 146, 158 ff.; Waltermann (Fn. 5), S. 45 ff.; in demselben Sinn im Hinblick auf das Sozialkassenverfahren EuGH, 2.6.2016 – C-252/14 – NZA 2016, 1519 ff. (Geotech); dazu Walser, NZA 2016, 1510 ff.

24 Vgl. BVerfG, 24.5.1977 – 2 BvL 11/74 – BVerfGE 44, 322, 352; BVerfG, 3.7.2000 – 1 BvR 945/00 – NZA 2000, 947, 948; BVerfG, 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – BVerfGE 116, 212, 218 = NZA 2007, 42, 44; BVerfG, 14.11.2018 – 1 BvR 1278/16 – NZA 2019, 112; instruktiv Kingreen, NZA 2021, 1, 3 ff.

25 Siehe nur Franzen, RdA 2006, 1, 5 ff.; Höpfner, RdA 2019, 146, 153 ff.; Neumann (Fn. 22), S. 194 ff.; Waltermann (Fn. 5), S. 50 ff. jew. mN.

26 BAG, 18.3.2009 – 4 AZR 64/08 – BAGE 130, 43 ff.

27 BAG, 23.3.2011 – 4 AZR 366/09 – BAGE 137, 231 ff.

28 Vgl. Neumann (Fn. 22), S. 194 ff., 199, 201 f.; Waltermann (Fn. 5), S. 50 ff., 72 ff.

einer verbreiteten Lehre²⁹ annimmt, dass Spannenklauseln so zu verstehen sind (oder so formuliert sein sollten), dass ihr listiger Mechanismus nur ausgelöst wird, wenn der Arbeitgeber die Leistung den Außenseitern kollektiv gewährt, also namentlich durch seine AGB, nicht aber, wenn er sie im konkreten Einzelfall vereinbart, dann können Spannenklauseln verhältnismäßig sein.³⁰ Dass die Spannenklausel den Arbeitgeber zwar nicht rechtlich, aber doch tatsächlich daran hindert, Außenseitern durch eine *kollektive* Gestaltung (im Formulararbeitsvertrag oder durch Gesamtzusage) den Vorteil zu geben, schränkt im Ergebnis zwar die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers ein. Dieser Eingriff kann jedoch wegen des wichtigen Belangs, zur Abstützung der Tarifautonomie beizutragen, gerechtfertigt sein.³¹ Art. 9 Abs. 3 GG in seiner objektiv-rechtlichen Funktion ermöglicht Regelungen, welche die Funktionsfähigkeit des Systems der Tarifautonomie sichern sollen. Das gilt auch für Regelungen in Tarifverträgen. Differenzierungsklauseln, die der nachhaltigen Funktionsstörung der Tarifautonomie abhelfen sollen, können im Hinblick auf die Vertragsfreiheit der Arbeitgeber verhältnismäßig sein. Die nicht oder anders organisierten Arbeitnehmer haben kein Recht auf einen bestimmten Vertragsschluss; darauf, was den potentiellen Vertragspartner hindert, kommt es nicht an.

(3) Fazit

Die Abneigung in Rechtsprechung und Schrifttum gegenüber Differenzierungsklauseln lässt sich unter dem Strich mit der auf Mitgliedschaft aufbauenden deutschen Tarifautonomie nicht in Übereinstimmung bringen. Dass intuitive Drängen zur Egalität von Mitgliedern und Außenseitern war in den 1960er Jahren im Rückblick verständlich. Bei Vollbeschäftigung kam damals praktisch die untertarifliche Bezahlung von Außenseitern nicht in Betracht, es ging den Unternehmen im Gegenteil darum, dass das damals übertarifliche Lohngefüge auch die Außenseiter erreichte. Und die gesamtgesellschaftliche Repräsentationsfunktion der Koalitionen, die zu Recht vom BAG weiterhin betont wird,³² stand damals stärker im Blick als heute.³³ In der weiteren Entwicklung bekam dann aber der mitgliedschaftliche Bezug der Tarifautonomie eine größere Bedeutung, was auch die in einigen Bereichen entstandene Gewerkschaftskonkurrenz belegt. In der Bildung von erfolversprechenden Anreizen zum Verbandsbeitritt – durch die Verbände (etwa in Gestalt

von Differenzierungsklauseln) und auch durch den Gesetzgeber – liegt heute die Möglichkeit, die auf Mitgliedschaft aufbauende Tarifautonomie zu stärken und Egalität innerhalb von Institutionen herzustellen, anstatt die Egalität von Mitgliedern und Außenseitern zu betonen, die weder in Art. 9 Abs. 3 GG noch im TVG angelegt ist. Im Grunde verkörpern Differenzierungsklauseln in Tarifverträgen die Verknüpfung von Tarifbindung und Mitgliedschaft. Das Tarifvertragsgesetz geht vor dem Hintergrund von Art. 9 Abs. 3 GG in den §§ 4 Abs. 1, 3 Abs. 1 TVG mit Selbstverständlichkeit davon aus, dass tarifvertragliche Rechtsnormen nur an Mitglieder gerichtet sein sollen. Die Tarifautonomie ist in ihrer Grundkonzeption im deutschen Recht auf Differenzierung, eben nicht auf Gleichbehandlung von Organisierten und Nichtorganisierten angelegt. Eine nicht zu eng ausgelegte Möglichkeit, nach der Gewerkschaftszugehörigkeit zu differenzieren, erhält den Verbänden und auch dem Gesetzgeber die Chance, wirksamen Anreiz für Mitgliedschaft in Koalitionen zu setzen.

b) Differenzierung nach der Verbandszugehörigkeit

Kurz zu erwähnen ist eine im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe von einer Gewerkschaft und einem Arbeitgeberverband, möglicherweise erstmals, *gemeinschaftlich* angestrebte Differenzierung nach der Verbandszugehörigkeit mit dem Ziel, Mitgliedschaft in der Gewerkschaft und in dem Arbeitgeberverband zu fördern.³⁴ Die Tarifvertragsparteien haben dazu den persönlichen Geltungsbereich eines Tarifvertrags, mit dem eine vom ArbZG abweichende werktägliche Höchstarbeitszeit (§ 3 Abs. 1 ArbZG) im Rahmen des tarifdispositiven Gesetzesrechts (vgl. § 7 Abs. 2a ArbZG) gestaltet wird, bewusst eng gefasst. Der Tarifvertrag gilt fachlich für die ordentlichen Mitglieder des Arbeitgeberverbands, und er gilt persönlich für

29 Vgl. stv. *Däubler/Heuschmid*, RdA 2013, 1, 6; *Gamillscheg*, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, Berlin 1966, S. 74 f.; *Hueck*, Tarifausschlussklausel und verwandte Klauseln im Tarifvertragsrecht, München 1966, 16; *Leydecker* (Fn. 22), S. 171 ff.; *Neumann* (Fn. 22), S. 199; *Waltermann* (Fn. 5), S. 72; *Zöllner*, Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln, Düsseldorf 1967, S. 17.

30 Ausführliche kritische Bewertung des Urteils bei *Waltermann* (Fn. 5), S. 50 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

31 Vgl. *Neumann* (Fn. 22), S. 201 f.; *Deinert*, RdA 2014, 129, 131 f.; *Gamillscheg*, NZA 2005, 146, 148; *Waltermann*, (Fn. 5), S. 72 ff.

32 Vgl. BAG 18.3.2009 – 4 AZR 64/08 – NZA 2009, 1028, 1036 f.

33 Deutlich wird dies in den Überlegungen *Wiedemanns*, RdA 1969, 321 ff.

34 Näher dargelegt bei *Waltermann*, ZfA 2020, 211, 221 ff.

Arbeitnehmer, die in einem Arbeitsverhältnis mit einem Mitglied des Arbeitgeberverbands stehen. Außenseitern soll die Möglichkeit der arbeitsvertraglichen Bezugnahme (§ 7 Abs. 3 S. 1 ArbZG) auf den Tarifvertrag versperrt bleiben. Im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe fallen regelmäßig und in erheblichem Umfang Arbeitsbereitschaft oder Bereitschaftsdienste in die Arbeitszeit, sodass eine branchenspezifische tarifliche Abweichung von den gesetzlichen Bestimmungen des ArbZG gemäß § 7 Abs. 2a ArbZG naheliegt.

In meiner Bewertung ist die Engführung des persönlichen Geltungsbereichs vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BAG im Rahmen des Gestaltungsspielraums der Koalitionen und unter Berücksichtigung der rechtlichen Auswirkungen (Austritt aus dem Verband; Erstreckung durch Allgemeinverbindlicherklärung und Rechtsverordnung gemäß §§ 7, 7a AEntG; Beschränkung der Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 BetrVG) zu diesem Zweck möglich,³⁵ und die damit verbundene Differenzierung nach der Verbandszugehörigkeit rechtmäßig.³⁶ Die rechtlichen Grenzen derartiger Differenzierung nach der Verbandszugehörigkeit entsprechen den skizzierten Grenzen einer Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit. Auch hier entspricht die Ungleichbehandlung von Organisierten und Nichtorganisierten der Logik der auf Mitgliedschaft aufbauenden Tarifautonomie.

2. Verbände und Staat: Differenzierungsklauseln und Allgemeinverbindlicherklärung

Ich komme zu einer Frage, die man auch im Bereich der Bauwirtschaft stellt, wobei dann Besonderheiten des Tarifvertrags über eine gemeinsame Einrichtung (§ 5 Abs. 1a TVG) zu berücksichtigen sind. Ist es rechtswirksam möglich, einen Tarifvertrag, der eine »mitgliederexklusive« Differenzierungsklausel enthält, für allgemeinverbindlich zu erklären? Diese bisher nicht höchstrichterlich entschiedene Frage ist umstritten.³⁷ In meiner Bewertung ist das rechtswirksam möglich.

a) Differenzierungsklausel als Hindernis für die Allgemeinverbindlicherklärung?

Zunächst ist zu fragen, ob eine in einen Tarifvertrag aufgenommene Differenzierungsklausel der Allgemeinverbindlicherklärung grundsätzlich entgegensteht. Es geht

dabei nicht um die Selbstverständlichkeit, dass nur rechtsgültige Tarifverträge für allgemeinverbindlich erklärt werden können³⁸; Gegenstand der nachfolgenden Überlegungen ist die wirksame Differenzierungsklausel.

Es gibt keinen Rechtsgrund, einem Tarifvertrag mit einer Differenzierungsklausel die grundsätzliche Eignung abzusprechen, für allgemeinverbindlich erklärt zu werden.³⁹ § 5 TVG lässt nicht erkennen, dass über das in Abs. 1 S. 1, S. 2 TVG geforderte öffentliche Interesse hinaus von Rechts wegen inhaltliche Anforderungen an den zu erstreckenden Tarifvertrag gestellt sind.⁴⁰ Weshalb die Erstreckung gemäß § 5 TVG, wenn ein Mitgliedervorteil ausgehandelt ist, dem Wesen der Allgemeinverbindlicherklärung zuwiderlaufen könnte, wie zum Teil angenommen wird,⁴¹ ist nicht erkennbar.⁴² Der hauptsächliche Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung liegt nach der überzeugenden Rechtsprechung⁴³ und nach der überwiegenden Auffassung im Schrifttum⁴⁴ darin, Unterbietungswettbewerb zu verhindern, sodass Tarifgebundene gegenüber nicht tarifgebundenen Konkurrenten nicht benachteiligt sind. Dieser Zweck kann durch Allgemein-

35 Vgl. BAG, 21.1.2015 – 4 AZR 797/13 – NZA 2015, 1521, 1527 ff.

36 Näher Waltermann, ZfA 2020, 211, 220 ff.

37 Ausführliche Auseinandersetzung mit der Frage bei Leydecker (Fn. 22), S. 236 ff.; Neumann (Fn. 22), S. 222 ff., jew. mN.

38 Vgl. BAG, 21.3.2018 – 10 ABR 62/16 – NZA-Beil. 2018, 8, Rn. 55.

39 Böttcher, Die gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, Heidelberg 1966, S. 111 ff. (Böttcher hält bereits Differenzierungsklauseln für rechtswidrig, weil sie nicht für eine Allgemeinverbindlicherklärung geeignet sind); Hueck/Nipperdey (Fn. 21), S. 169 Fn. 34b und S. 668; stv. Gamillscheg (Fn. 1), S. 364; ders. (Fn. 5), S. 90 f.; Leydecker (Fn. 22), S. 239 ff.; Neumann (Fn. 22), S. 223 ff.; Zöllner (Fn. 29), S. 49.

40 Vgl. BAG, 21.3.2018 – 10 ABR 62/16 – NZA-Beil. 2018, 8 ff., Rn. 104.

41 Vgl. Böttcher (Fn. 39), S. 111 ff., 117; Thüsing/von Hoff, ZfA 2008, 77, 102.

42 Vgl. BAG, 18.3.2009 – 4 AZR 64/08 – NZA 2009, 1028, 1036; Biedenkopf, Verhandlungen des 46. DJT Essen 1966, München 1966, S. 97, S. 120 ff.; Neumann (Fn. 22), S. 223 f., 225; Säcker (Fn. 13), S. 131 f.

43 BVerfG, 24.5.1977 – 2 BvL 11/74 – BVerfGE 44, 322, 342 f.; BVerwG, 3.11.1988 – 7 C 115/86 – NJW, 1989, 1495, 1498; BAG, 21.3.2018 – 10 ABR 62/16 – NZA-Beil. 2018, 8 ff., Rn. 130. Es wäre erstaunlich, wenn in der auf Mitgliedschaft aufbauenden deutschen Tarifautonomie ausgerechnet der Schutz der Außenseiter im Vordergrund stehen sollte, also derjenigen, die nicht Mitglieder sind. So aber Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl., München 2017, § 5 Rn. 1 ff.; Sittard, Voraussetzungen und Wirkungen der Tarifnormerstreckung nach § 5 TVG und dem AEntG, München 2010, S. 216.

44 Siehe stv. Biedenkopf (Fn. 42), S. 97, 121 f.; Gamillscheg (Fn. 13), S. 885; Greiner, FS von Hoyningen-Huene, 2014, S. 103, 108 ff.; Höpfner, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis – Historische, ökonomische und legitimatorische Grundlagen des deutschen Koalitions- und Tarifrechts, Baden-Baden 2015, S. 466 ff., insb. 471 ff.; Kamanabrou, Arbeitsrecht, München 2017, Rn. 1912; Preis/Greiner, Kollektivarbeitsrecht, 5. Aufl., Köln 2020, Rn. 636; Wank, in: Wiedemann (Hrsg.), TVG, 8. Aufl., München 2019, § 5 Rn. 8; Waltermann, Arbeitsrecht, 19. Aufl., München 2018, Rn. 649; Wiedemann, RdA 1987, 262, 265.

verbindlicherklärung prinzipiell auch erreicht werden, wenn ein Tarifwerk eine Differenzierungsklausel (oder einzelne Differenzierungsklauseln) enthält.

b) Differenzierungsklausel als Anspruchsvoraussetzung

Wesentlich für die richtige Einordnung der Frage ist sodann, dass tarifvertragliche Differenzierungsklauseln nicht den persönlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags gestalten, sondern innerhalb des Geltungsbereichs des Tarifvertrags eine Anspruchsvoraussetzung für einen bestimmten Anspruch, den betreffenden Sondervorteil, normieren.⁴⁵ Die Allgemeinverbindlicherklärung kann den Geltungsbereich eines Tarifvertrags nicht erweitern (vgl. § 5 Abs. 4 S. 1 TVG). Deshalb wäre die Allgemeinverbindlicherklärung von vornherein nicht zielführend, wenn die Differenzierungsklausel den persönlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags beschränken würde. Denn durch die Allgemeinverbindlicherklärung wird lediglich die Reichweite des Tarifvertrags über die gemäß § 3 Abs. 1 TVG Gebundenen hinaus erweitert.⁴⁶ Neben die Tarifbindung gemäß §§ 4 Abs. 1, 3 Abs. 1 TVG tritt damit Tarifgeltung gemäß § 5 Abs. 4 S. 1 TVG für Außenseiter. Der Tarifvertrag bestimmt dann auch für Außenseiter, wem Ansprüche zustehen und wem nicht.

c) Differenzierungsklausel und öffentliches Interesse

Die Allgemeinverbindlicherklärung setzt gemäß § 5 Abs. 1 S. 1, S. 2 TVG voraus, dass die Erstreckung im öffentlichen Interesse geboten erscheint. Auch dafür ist der Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung von wesentlicher Bedeutung.⁴⁷

Dem Hauptzweck der Allgemeinverbindlicherklärung, Unterbietungswettbewerb zu verhindern, steht die Erstreckung eines Tarifvertrags, der eine Differenzierung nach der Gewerkschaftsangehörigkeit enthält, nicht entgegen.⁴⁸ Auch dann kann die grundrechtsstabilisierende Funktion der Allgemeinverbindlicherklärung⁴⁹ zur Verwirklichung kommen. Es spricht nichts dagegen, wenn die antragstellenden Tarifvertragsparteien die zur Verhinderung von Unterbietungswettbewerb angestrebte Vereinheitlichung aus ihnen sinnvoll erscheinenden Gründen in den differenzierend ausgestalteten Hinsichten aufheben. Die Tarifvertragsparteien können, im Licht von Art. 9 Abs. 3 GG in seiner objektiv-rechtlichen Funktion betrachtet, grundsätzlich die Erstreckung ihres Tarifvertrags gemäß § 5 TVG betreiben und zugleich mit dem Tarifvertrag weitere

legitime Ziele verfolgen, also das in der gegenwärtigen Situation der Tarifautonomie wichtige Ziel, die Attraktivität von Tarifbindung durch rechtswirksame Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit zu unterstreichen. Mitgliederexklusivität und Tariferstreckung können nebeneinander treten. Die nichtorganisierten Arbeitnehmer bleiben durch die Allgemeinverbindlichkeit jenseits der (in der Praxis einzelne Leistungen betreffenden) Differenzierung geschützt⁵⁰, und ihr Arbeitgeber kann den Vorteil vertraglich gewähren.

Das BMAS hat, ausgehend von diesem Grundsatz, im konkreten Fall bei der Beurteilung des öffentlichen Interesses⁵¹ und bei der Ausübung seines Ermessens⁵² die Einzelheiten zu gewichten.⁵³ Art. 3 Abs. 1 GG, an den das BMAS gemäß Art. 1 Abs. 3 GG gebunden ist, erlaubt die sachlich gerechtfertigte Ungleichbehandlung von Organisierten und Außenseitern, die in Art. 9 Abs. 3 GG und im TVG angelegt ist.

d) Allgemeinverbindlicherklärung ohne die Differenzierungsklausel?

In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, ob das BMAS den Tarifvertrag ohne die differenzierende Regelung für allgemeinverbindlich erklären könnte, wenn dadurch Bedenken im Hinblick auf das öffentliche Interesse ausgeräumt würden. Das BAG ist in seinem Urteil zur Zulässigkeit einfacher Differenzierungsklauseln 2009 davon ausgegangen, dass das BMAS einzelne Bestimmungen eines Tarifvertrags von der Allgemeinverbindlichkeit ausnehmen kann.⁵⁴ Im Schrifttum ist die Frage umstritten

45 Vgl. Franzen, RdA 2006, 1, 2; Sittard (Fn. 43), S. 214.

46 Vgl. BAG, 21.1.2015 – 4 AZR 797/13 – NZA 2015, 1521, 1528.

47 Vgl. Leydecker (Fn. 22), S. 241 f.; Neumann (Fn. 22), S. 222 ff.

48 Löwisch/Rieble (Fn. 43), § 5 Rn. 106 nehmen an, die Allgemeinverbindlicherklärung sei stets ermessensfehlerhaft, weil Organisationshilfe für Gewerkschaften bei tariffreien Arbeitgebern nicht im öffentlichen Interesse des auf Koalitionsneutralität verpflichteten Staates liegen könne.

49 Vgl. Waltermann, ZfA 2020, 211, 230 mN.

50 Richtig, Neumann (Fn. 22), S. 225; Reinfelder, SR 2011, 73, 75.

51 Vgl. BAG, 21.3.2018 – 10 ABR 62/16 – NZA-Beil. 2018, 8 ff., Rn. 104, 110, 112 ff.

52 Vgl. zum hier vertretenen Standpunkt Waltermann, RdA 2018, 137, 148 mN.

53 Vgl. BAG, 18.3.2009 – 4 AZR 64/08 – NZA 2009, 1028, 1036: »Es ist Sache des zuständigen Bundesministers, bei seiner Entscheidung zu überprüfen, ob auch eine solche Wirkung im öffentlichen Interesse nach § 5 Abs. 1 S. 2 TVG geboten erscheint«.

54 BAG, 18.3.2009 – 4 AZR 64/08 – NZA 2009, 1028, 1036; Siehe ferner Gamillscheg (Fn. 13), S. 891.

ten.⁵⁵ Der Rechtsprechung ist zuzustimmen. Das BMAS kann im Hinblick auf das für die Erstreckung vorausgesetzte öffentliche Interesse und bei der Ermessensausübung zu dem Ergebnis kommen, dass nicht das gesamte Regelwerk allgemeinverbindlich werden soll, auch wenn damit die von den Urhebern geschaffene Vertragsbalance nicht gewahrt bleibt⁵⁶. Das folgt aus der hybriden Entstehung der Allgemeinverbindlichkeit.

e) Tarifvertrag über gemeinsame Einrichtungen

Im Baubereich stellt sich die spezielle Frage, ob Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen für allgemeinverbindlich erklärt werden können, wenn sie exklusive Leistungen für Mitglieder der Tarifvertragsparteien auf Arbeitnehmerseite und auf der Arbeitgeberseite enthalten. Das ist Stoff für einen eigenständigen Vortrag, der zu zahlreichen speziellen Streitfragen Stellung nehmen müsste.⁵⁷ Ich spreche die mir wesentlich erscheinenden Gesichtspunkte kurz an.

(1) Ausgangslage

(aa) Für gemeinsame Einrichtungen ist die Allgemeinverbindlicherklärung essentiell. Der Finanzierungsaufwand gemeinsamer Einrichtungen setzt die breite Arbeitgeberbeteiligung voraus.⁵⁸ Durch die Allgemeinverbindlichkeit wird erreicht, dass auch nicht dem Verband angehörende Arbeitgeber Beiträge zahlen. Weil es darum geht, die Einrichtung funktionsfähig zu machen, ist der Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung also anders ausgerichtet als im Allgemeinen.⁵⁹

(bb) Sowohl das BVerfG⁶⁰ als auch der EGMR⁶¹ haben gegenüber der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen erhobene Bedenken im Hinblick auf die Verfassung beziehungsweise das Konventionsrecht angesichts des angestrebten sozialen Schutzes und der vorgesehenen Leistungen nicht geteilt. Der Gesetzgeber hat 2014 die Bedingungen für die Erstreckung von Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen durch die spezielle Vorschrift des § 5 Abs. 1a TVG ertüchtigt.⁶² Daneben kann, das formuliert die Gesetzesbegründung⁶³ und dafür spricht die Systematik des § 5 TVG, der Tarifvertrag über eine gemeinsame Einrichtung auch gemäß § 5 Abs. 1 TVG (dann nicht mit den Wirkungen des Abs. 4 Satz 2) für allgemeinverbindlich erklärt werden; § 5 Abs. 1a TVG ist ein spezieller Fall, der die Erstreckung nach der allgemeinen Regel des § 5 Abs. 1

TVG nicht überdeckt.⁶⁴ Sollte also etwa eine differenzierende Tarifklausel über Mitgliedervorteile im Zusammenhang mit Weiterbildung nicht unter den Begriff »Ausbildung« im Sinn von § 5 Abs. 1a Satz 1 Nr. 3 TVG fallen, bleibt die Erstreckung unter den Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 TVG möglich.

(cc) Die Voraussetzungen der auf gemeinsame Einrichtungen zugeschnittenen Allgemeinverbindlicherklärung gemäß § 5 Abs. 1a TVG hätte man nach der Regelbeispielmethode gestalten sollen.⁶⁵ In meiner Bewertung mündet aber auch *de lege lata* nicht allein das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 5 Abs. 1a TVG in Verbindung mit der Zielsetzung, die Funktionsfähigkeit der Einrichtung zu sichern, in der Allgemeinverbindlicherklärung. Das BMAS hat auch im Anwendungsbereich des § 5 Abs. 1a TVG ein öffentliches Interesse an der Allgemeinverbindlicherklärung zu prüfen und seiner Ermessensentscheidung zugrunde zu legen.⁶⁶ Dabei spricht das Vorliegen der Voraussetzungen des § 5 Abs. 1a TVG für das öffentliche Interesse, das aber am Ende unter Würdigung des konkreten Einzelfalls bejaht werden muss.⁶⁷ Nur dann basiert die Allgemeinverbindlicherklärung auf der sozusagen hybriden Grundlage tarifautonomer Entstehung verbunden mit gemeinsamer Antragstel-

55 Für die Möglichkeit der Herausnahme einer differenzierenden Regelung *Löwisch/Rieble* (Fn. 43), S. 117 ff.; *Hueck/Nipperdey* (Fn. 21), S. 674; *Sittard* (Fn. 43), S. 216; aA. *Nikisch*, *Arbeitsrecht*, Bd. II, 2. Aufl., Heidelberg 1959, S. 496 f.; *Reinfelder*, SR 2011, 73, 74.

56 Vgl. *Franzen*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 21. Aufl., München 2021 (im Folgenden: *ErfK*), § 5 TVG Rn. 8; *Kempen/Zachert/Seifert* (Hrsg.), *TVG*, 5. Aufl., Frankfurt a.M. 2014, § 5 Rn. 59; *Sittard* (Fn. 51), S. 136; *Strippelmann*, *Rechtsfragen der gemeinsamen Einrichtungen*, Berlin 2016, S. 107.

57 Vgl. *Strippelmann* (Fn. 56), S. 80–102; *Thüsing/von Hoff*, *ZfA* 2008, 77 ff.

58 Siehe EGMR, 2.6.2016 – 23646/09 – NZA 2016, 1519 ff. (Geotech), Rn. 54.

59 Vgl. BAG, 21.3.2018 – 10 ABR 62/16 – NZA-Beil. 2018, 8 ff., Rn. 136; anschaulich *Strippelmann* (Fn. 56), S. 165 f.

60 BVerfG, 15.7.1980 – 1 BvR 24/74 na. – NJW 1981, 215.

61 EGMR, 2.6.2016 – 23646/09 – NZA 2016, 1519 ff. (Geotech).

62 Vgl. § 5 Abs. 1a, Abs. 4 S. 2 TVG in der Fassung des Tarifautonomiestärkungsgesetzes, BGBl. I 2014, S. 1356.

63 BT-Drs. 18/1558, S. 49.

64 Vgl. BAG, 21.3.2018 – 10 ABR 62/16 – NZA-Beil. 2018, 8 ff., Rn. 135; überzeugend *Strippelmann* (Fn. 56), S. 168 f.

65 *Deinert*, *Verhandlungen des 70. DJT Hannover 2014*, München 2014, S. K 23; siehe auch den Vorschlag von *Bepler* (Fn. 3), S. B 113; *Strippelmann* (Fn. 56), S. 182 ff.

66 Vgl. BAG, 21.3.2018 – 10 ABR 62/16 – NZA-Beil. 2018, 8 ff., Rn. 137 ff.

67 Vgl. *ErfK-Franzen* (Fn. 56), § 5 TVG Rn. 14c; *Strippelmann* (Fn. 56), S. 180 f.; siehe auch die Gesetzesbegründung BT-Drs. 18/1558, S. 49.

lung und staatlichen Segens, die auch der EGMR in der Sache *Geotech* anspricht.⁶⁸ Die Verneinung eines öffentlichen Interesses an der Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags über eine gemeinsame Einrichtung, welcher der Sicherung ihrer Funktionsfähigkeit dient, kommt jedoch nur in Betracht, wenn ganz besonders gewichtige Umstände oder überragende Interessen der Allgemeinverbindlicherklärung entgegenstehen.⁶⁹

(2) Paradoxon

Kann unter den skizzierten Rahmenbedingungen der Tarifvertrag über eine gemeinsame Einrichtung für allgemeinverbindlich erklärt werden, wenn er eine oder mehrere mitgliederexklusive Regelungen enthält oder wäre das widersinnig? Ich halte das für grundsätzlich möglich.

(aa) Nur auf den ersten Blick erscheinen bei Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen mitgliederexklusive Regelungen und Allgemeinverbindlichkeit paradox. Bei näherem Hinsehen ist auch im Anwendungsbereich von § 5 Abs. 1a TVG nicht erkennbar, was prinzipiell dagegen sprechen sollte, das Ziel, die gemeinsame Einrichtung auf breite Schultern zu setzen, mit dem legitimen Ziel zu verbinden, etwas für die Mitgliederbasis zu tun, indem man eine für sich genommen rechtmäßige Differenzierungsklausel in den Tarifvertrag nimmt – auch wenn dieser Tarifvertrag, wie in der Praxis üblich, von Anfang an auf die Allgemeinverbindlichkeit ausgelegt ist.

(bb) Ohnehin ist ja den gemeinsamen Einrichtungen die Ausrichtung auf die tarifgebundenen Arbeitnehmer im Ausgangspunkt immanent. § 4 Abs. 2 TVG ist eine gewissermaßen »gesetzliche Differenzierungsklausel«⁷⁰, weil die arbeitsvertragliche Bezugnahme durch Außenseiter ein evidenter Vertrag zu Lasten der die gemeinsame Einrichtung Finanzierenden wäre.⁷¹ Zusätzlich sind Außenseiterarbeitgeber meist finanziell nicht in der Lage, vergleichbare Leistungen vertraglich anzubieten. Auch hier gilt unter dem Strich, dass in der deutschen Rechtsordnung gemäß Art. 9 Abs. 3 GG, §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG – und auch § 4 Abs. 2 TVG – die ungleiche Behandlung von Tarifgebundenen und Außenseitern angelegt ist.

(cc) Wird nun eine – in der Praxis auf Allgemeinverbindlichkeit angelegte – Tarifgestaltung mit eingebauten Mitgliedervorteilen dem BMAS zur Erstreckung vorgelegt, spricht auch bei Tarifverträgen über gemeinsame

Einrichtungen prinzipiell nichts dagegen, wenn eine Teilregelung von der Erstreckungswirkung ausgenommen bleibt. Rechtsfragen stellen sich nicht im Grundsatz, sondern im Detail. Bei der Beurteilung des öffentlichen Interesses ist insbesondere die Beitragspflicht der Außenseiterarbeitgeber in den Blick zu nehmen. Ihren Beiträgen kann eine geringere Ausbeute gegenüberstehen, wenn in ihrem Unternehmen wenige tarifgebunden sind, und es spielt eine Rolle, inwieweit Beiträge der Außenseiter Besserstellungen von Mitgliedern mitfinanzieren dürfen.⁷² Hier ist aber auch zu bedenken, dass bei jeder Beitragsbemessung vorkommende Pauschalierungen hinzunehmen sind, solange diese nicht willkürlich oder sachwidrig sind.

Entscheidende Bedeutung hat, dass tarifvertragliche Differenzierungen die in Bedrängnis gekommene Funktionsfähigkeit des Systems der Tarifautonomie absichern sollen und können. Es hat nicht nur gemäß Art. 9 Abs. 3 GG der Gesetzgeber eine entsprechende Ausgestaltungsbefugnis⁷³, von der er im Zusammenhang mit tarifdispositivem Gesetzesrecht in letzter Zeit Gebrauch macht (vgl. § 1 Abs. 1b AÜG; § 9a Abs. 6 TzBfG; § 6a Abs. 3 GSA Fleisch). Auch das BMAS kann, kraft Gesetzes in die Allgemeinverbindlicherklärung eingebunden, im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative die Erstreckung anordnen, auch wenn eine Vorteilsregelung im Tarifvertrag vereinbart ist. Wenn man dem folgen wollte, wären also Mitgliedervorteile zur Stärkung der Tarifautonomie und die Erstreckung von Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen grundsätzlich nebeneinander möglich. Die »Kommunikation der Röhren« dürfte aber aufgehoben sein, wenn man es mit der Differenzierung zu weit treibt. Es darf kein unangemessener Beitrittsdruck entstehen. Ansonsten geht es lediglich um eine erlaubte Regelungswirkung.⁷⁴

68 EGMR, 2.6.2016 – 23646/09 [*Geotech*] – NZA 2016, 1519, Rn. 56.

69 Vgl. BAG, 21.3.2018 – 10 ABR 62/16 – NZA-Beil. 2018, 8 ff., Rn. 139 ff.

70 Zum hier vertretenen Standpunkt Waltermann (Fn. 5), 2016, S. 89 ff.

71 Siehe ErfK-Franzen (Fn. 56), § 4 TVG Rn. 25; Krause, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert (Hrsg.) Tarifvertragsrecht, 2. Aufl., München 2013, § 4 Rn. 111; Löwisch/Rieble (Fn. 43), § 3 Rn. 690; Thüsing/von Hoff, ZfA 2008, 77, 99.

72 Vgl. EGMR, 2.6.2016 – 23646/09 – NZA 2016, 1519 ff. (*Geotech*), Rn. 55.

73 Vgl. zu gesetzlicher Tariföffnung Kingreen, NZA 2021, 1, 5.

74 Vgl. Ossenbühl/Cornils, Tarifautonomie und staatliche Gesetzgebung, Bonn 2000, S. 81.

3. Stärkung durch Gesetzgebung

Die Stärkung der auf Mitgliedschaft aufbauenden deutschen Tarifautonomie kann auch durch Gesetzgebung verfolgt werden. Zwei Aspekte sollen kurz zur Sprache kommen⁷⁵.

a) Mitgliederexklusivität bei tarifdispositivem Gesetzesrecht

Der gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG zuständige Gesetzgeber hat in letzter Zeit die Stärkung der Tarifautonomie durch eine fortentwickelte Ausgestaltung des tarifdispositiven Gesetzesrechts angestrebt. Bis 2017 erlaubten alle Gesetzesbestimmungen, die tarifdispositives Gesetzesrecht gestalten, die Nutzung der tarifvertraglich geschaffenen Inhalte auch durch die nicht tarifgebundenen Arbeitgeber, und zwar in aller Regel durch arbeitsvertragliche Bezugnahme. Dies hat der Gesetzgeber in neueren Gesetzen in einigen punktuellen Hinsichten geändert; in der Tat ist die Bezugnahme, auch wenn sie selbstverständlicher Teil einer freiheitlichen Rechtsordnung und aus Arbeitgebersicht naheliegend ist, ein Killer der Tarifbindung und Belohnung des Trittbrettfahrens. Es ist also nicht fernliegend, wenn auch der Gesetzgeber hier ansetzt.

Das erste Beispiel bildet § 1 Abs. 1b AÜG. Die Bestimmung ermöglicht die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf eine Tarifregelung zur vom AÜG abweichenden Überlassungshöchstdauer für nicht tarifgebundene Entleiher nur in Grenzen. Im Geltungsbereich eines Tarifvertrags von Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche über eine abweichende Überlassungshöchstdauer können die tarifvertraglichen Regeln in Betrieben nicht tarifgebundener Entleiher nur durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung übernommen werden. Können aufgrund eines Tarifvertrags von Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche abweichende Regelungen in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung getroffen werden, dann kann auch in Betrieben eines nicht tarifgebundenen Entleihers (bis zu einer Überlassungshöchstdauer von 24 Monaten) davon Gebrauch gemacht werden. Ein zweites Beispiel findet sich im Zusammenhang mit der 2018 eingeführten Brückenteilzeit. § 9a Abs. 6 TzBfG erlaubt zu Ungunsten der Arbeitnehmer die Abweichung von dem gesetzlichen Zeitrahmen für die Verringerung der vertraglichen Arbeitszeit allein durch den Tarifvertrag. Ein drittes Beispiel findet sich in § 6a Abs. 3 GSA Fleisch.

Ich teile nicht die im Hinblick auf die negative Koalitionsfreiheit, die Vertragsfreiheit und den allgemeinen Gleichheitssatz auf Seiten der Unternehmen und im Hinblick auf die positive Koalitionsfreiheit auf Seiten der tarifgebundenen Arbeitnehmer vorgebrachten rechtlichen Bedenken.⁷⁶ Der Gesetzgeber macht von seiner Aufgabe Gebrauch, die Tarifautonomie auszugestalten.⁷⁷ Der Anreizweg ist jedoch kompliziert, und die Anreizregelungen betreffen Nebenpunkte der Arbeitsbeziehungen, was richtig ist; wie wenig tarifdispositives Gesetzesrecht geeignet ist, wenn gesetzliche Regeln zu Hauptpunkten der Arbeitsbeziehungen zur Disposition gestellt werden, hat die Entwicklung im Recht der Arbeitnehmerüberlassung eindrucksvoll gezeigt.⁷⁸ Die zielführende Gestaltung tarifdispositiven Gesetzesrechts setzt starke Gewerkschaften gedanklich voraus, erst recht dann, wenn es um die Abweichung von gesetzlich gewährtem Schutz geht. Wenn man diesen, in meiner Bewertung ambivalenten, Weg verfolgt, sollte man auf die Tarifbindung des Arbeitgebers abstellen. Es handelt sich nicht um den Königsweg.

b) Anreizbildung im Steuerrecht

Erfolgsversprechender könnte neben den dargelegten Möglichkeiten der Verbände das Unterfangen sein, den Verbandsbeitritt auf der Arbeitnehmerseite durch Anreiz im Steuerrecht attraktiv zu machen.⁷⁹ Der Arbeitsminister plant einen Steuervorteil in der Weise, dass Gewerkschaftsbeiträge neben den Werbungskosten gesondert berücksichtigt werden sollen⁸⁰; diese würden dann nicht mehr in die Werbungskostenpauschale fallen, die von den Beschäftigten meist geltend gemacht wird. Der vom Arbeitsminister geplante Anreiz ist jedoch zu zaghaft; er beträgt bei einem etwa durchschnittlichen Jahresentgelt von 40.000 € rund 145 €. Wenn man diesen Weg, neben

75 Näher mN. zum hier vertretenen Standpunkt Waltermann, ZfA 2020, 211, 222 ff.

76 Dazu Waltermann, ZfA 2020, 211, 223 f.; überzeugend Kingreen, NZA 2021, 1 ff.; ders., Exklusive Tariföffnungsklauseln, Frankfurt aM. 2020; der Gesetzgeber bestimmt, unter welchen Voraussetzungen gesetzlicher Standard ausnahmsweise unterschritten werden darf.

77 Vgl. Kingreen, NZA 2021, 1, 7.

78 Zum hier vertretenen Standpunkt zuletzt Waltermann, ZfA 2020, 211, 224 f.

79 Ausführlich Franzen (Fn. 6); zum hier vertretenen Standpunkt Waltermann, ZfA 2020, 211, 225 ff.

80 BMAS, Zukunftsdialog neue Arbeit. Neue Sicherheit. Anpacken. Ergebnisbericht Handlungsempfehlungen, September 2019, S. 28 f., abrufbar unter https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Arbeitsmarkt/ergebnisbericht-anpacken.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (13.7.2021).

den dargelegten Möglichkeiten der Verbände, gehen möchte, muss der Anreiz kräftig sein, damit er wirkt – und damit mit dem Steuervorteil ein beachtlicher politischer Effekt verbunden ist,⁸¹ weil eine Streitige gesellschaftliche Debatte über die politische Rechtfertigung des steuerrechtlichen Anreizes entstehen könnte. Auch soziale Normen können durch Anreiz und Diskurs beeinflusst werden.

IV. Schlussbemerkung

Mein Votum für einen kräftigen Anreiz im Steuerrecht leitet über zu zwei Schlussbemerkungen.

1. Vor 100 Jahren Avantgarde, steht die Tarifautonomie in unserer Gesellschaft der Singularitäten⁸² ungünstigen Zeitumständen gegenüber.⁸³ Sie wird es allein nicht schaffen. Tarifautonomer und staatlicher Anreiz sollten in Zukunft nebeneinanderstehen. Die Tarifautonomie ist ein bedeutendes Format gesellschaftlicher Beteiligung von kulturellem Wert und eine Institution, die gesellschaftliche Teilhabe im Weg des Verhandeln

verwirklichen und gesellschaftlichen Zusammenhalt fördern kann. Je weniger die Tarifautonomie gestaltet, desto mehr wird das Arbeitsrecht staatliches Arbeitsrecht sein und desto mehr werden die Arbeitsbeziehungen in das Zentrum der allgemeinen politischen Auseinandersetzung gelangen.

2. Der Gesetzgeber wird, notgedrungen, weiterhin auf die Verbreiterung von Tarifinhalten durch Erstreckungsmodelle und sonstige Stützung setzen (müssen). Er sollte aber deutlich mehr als bisher der Tarifautonomie als solcher unter die Arme greifen und Mitgliedschaft fördern. Das BAG könnte Vorbehalte gegenüber Differenzierungsklauseln überdenken. Von Rechts wegen besteht die Möglichkeit, Egalität innerhalb von Institutionen herzustellen, anstatt die Egalität von Mitgliedern und Außenseitern zu betonen.

81 Näher zum hier vertretenen Standpunkt *Waltermann*, ZfA 2020, 211, 225 ff.

82 Vgl. *Reckwitz*, Die Gesellschaft der Singularitäten, 5. Aufl., Berlin 2018; *ders.*, Das Ende der Illusionen. Politik, Ökonomie und Kultur in der Spätmoderne, Berlin 2019.

83 Näher zum hier vertretenen Standpunkt *Waltermann*, ZfA 2020, 211, 215 f. mN.

Grundfragen des Arbeitszeitrechts im 21. Jahrhundert

Prof. Dr. Daniel Ulber, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg*

Kaum ein Rechtsgebiet im Arbeitsrecht ist im Moment so sehr in der rechtspolitischen Diskussion wie das Arbeitszeitrecht.¹ Die abgeschlossene Legislatur wurde von der Brückenteilzeit² und der nicht umgesetzten sogenannten Experimentierklausel im Arbeitszeitgesetz³ geprägt. Auch das Unionsrecht hat – etwa mit der Entscheidung in der Rechtssache CCOO⁴ – weitere Impulse gesetzt. Hinzu kommt die auch durch die Corona-Pandemie weiter befeuerte Debatte über die Auswirkungen der Digitalisierung auf das Arbeitszeitrecht.

Diese aktuellen Fragestellungen, die auch auf technischen Umwälzungen beruhen, sollten aber nicht den Blick auf das gesellschaftliche Umfeld verstellen, in dem das Arbeitszeitrecht wirkt. Das ArbZG stammt in seinen Grundstrukturen aus Zeiten in denen in Familien Sorgearbeit einseitig verteilt, Doppelverdienerstrukturen nicht verbreitet und eine gemeinsame Teilhabe am Arbeitsleben jedenfalls kein Leitbild in Partnerschaften war.⁵ All das ging überwiegend zu Lasten der Erwerbstätigkeit von Frauen und deren Umfang, mit beachtlichen Negativfolgen für ihre Alterssicherung.⁶ Das Arbeitszeitrecht insgesamt basiert auf diesem, mittlerweile auf dem Rückzug befindlichen, Modell einer innerfamiliären Kompensation ungünstiger Arbeitszeiten. Diese Grundannahme steht aber heute in Frage. Dementsprechend können Familien nicht mehr in dem gleichem Umfang wie früher durch kostenlose Sorgearbeit ungünstige Arbeitszeiten auffangen. Damit steigt der Druck innerhalb von Arbeitsverhältnissen, weil weniger Möglichkeiten für Arbeitnehmer bestehen, zu beliebigen Zeiten tätig zu sein. Während früher Kampagnen unter dem Motto »Sams-tags gehört Vati mir«⁷ liefen, geht es nunmehr längst darum, die Lage der Arbeitszeit in Familien so zu organisieren, dass Arbeit beider Elternteile und gemeinsame Kinderbetreuung möglich ist.

Nicht nur diese Entwicklungen geben daher Anlass, die Entwicklung und die zukünftigen Herausforderungen einer Regulierung der Arbeitszeit in Deutschland zu beleuchten. Dazu soll zunächst ein Überblick über die historische Entwicklung des Arbeitszeitrechts und seine Funktion gegeben

werden. Anschließend sind die veränderten gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen in den Blick zu nehmen, die Zukunftsfragen für das Arbeitszeitrecht aufwerfen. Schließlich sollen Lösungsansätze für die sich aus diesen Veränderungen ergebenden Folgeprobleme aufgezeigt werden.

I. Koordinaten des Arbeitszeitrechts

Hinsichtlich Begriff und Funktion des Arbeitszeitrechts ist zu differenzieren zwischen dem Arbeitszeitrecht im engeren Sinne, welches insbesondere die Normen des Arbeitszeitgesetzes als öffentliches Gefahrenabwehrrecht umfasst, und dem Arbeitszeitrecht im weiteren Sinne, das die Gestaltung der arbeitszeitbezogenen Arbeitsbedingungen im Übrigen, also etwa Teilzeitarbeitsverträge, betrifft.⁸ Ganz zweifelsohne hat die Arbeitszeit immer auch eine enge Verbindung zu Fragen der Vergütung. Gleichwohl soll diese Dimension hier nur am Rande eine Rolle spielen.

* Der Beitrag beruht auf der Antrittsvorlesung, die der Verfasser am 22.6.2018 hielt. Der Beitrag wurde für die Veröffentlichung leicht erweitert und um die Entwicklungen im Zuge der Corona-Pandemie aktualisiert sowie um einige Fußnoten ergänzt.

1 ZB. bei Hanau, EuZA 2019, 423; Günther/Böglmüller, NZA 2015, 1025; Bissels/Meyer-Michaelis, DB 2015, 2331; Krause, NZA-Beil. 2019, 86.

2 BT-Drs. 19/3452, gültig seit dem 1.1.2019.

3 BMAS, Weißbuch Arbeiten 4.0, Stand: November 2016, Berlin 2016, S. 193.

4 EuGH, 14.5.2019 – C-55/18 (CCOO) – NZA 2019, 683 = AuR 2019, 418 (Entscheidungsformel).

5 Gärtner et al., Kinder, Haushalt, Pflege – wer kümmert sich? Ein Dossier zur gesellschaftlichen Dimension einer privaten Frage, S. 22 f., Institut für Sozialarbeit und Sozialpädagogik und Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Berlin 2020.

6 Riedmüller/Schmalreck, Eigenständige Alterssicherung von Frauen – Bestandsaufnahme und Handlungsbedarf, S. 26 ff., Expertise im Auftrag der Abteilung Wirtschafts- und Sozialpolitik der Friedrich-Ebert-Stiftung, Bonn 2011.

7 Slogan der DGB-Kampagne für die Einführung der Fünftagewoche mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden, 1.5.1956, Quelle: <https://www.zdf.de/nachrichten/heute/dgb-70-jahre-statistik-arbeit-100.html> (30.6.2021).

8 Merath, GWR 2020, 298.

1. Arbeitszeitrecht als öffentliches Gefahrenabwehrrecht

Seinen Ursprung findet das Arbeitszeitrecht in seiner Funktion als öffentliches Gefahrenabwehrrecht.⁹ Das ArbZG beinhaltet nicht nur zwingendes Recht, das abweichenden vertraglichen Vereinbarungen entgegensteht.¹⁰ Seine Gebote und Verbote sind auch durch Ordnungswidrigkeitentatbestände (§ 22 ArbZG) und – in engen Grenzen – sogar Normen des Strafrechts (§ 23 ArbZG) gesichert. Seine Einhaltung wird durch die Ordnungsbehörden kontrolliert (§ 17 ArbZG). Auf den Schutz durch das ArbZG kann daher grundsätzlich nicht verzichtet werden¹¹ und eine fehlende Geltendmachung, ja sogar ein Einverständnis des Arbeitnehmers mit einem Verstoß, ändert an der Pflicht und der Möglichkeit der Ordnungsbehörden, die Beachtung der Vorschriften des ArbZG durchzusetzen, nichts. Es ist in dieser Hinsicht der Domäne des Arbeitsschutzrechts zuzuordnen.

a) Schutz von Arbeitnehmerinteressen

Der Achtstundentag, wie er in Deutschland nach § 3 S. 1 ArbZG gilt, war zweifelsohne auch Resultat eines jahrzehntelangen Kampfes engagierter Vertreter von Arbeitnehmerinteressen.¹² Es ging hier in erster Linie um den Schutz von Arbeitnehmerinteressen an Gesundheitsschutz und Freizeit. Damit dient das Arbeitszeitrecht in dieser Hinsicht dem Schutz individueller Interessen.

b) Schutz von Interessen der Allgemeinheit und des Arbeitgebers

Verengt man den Blick auf diesen Aspekt geraten aber die Interessen von Arbeitgeber und Allgemeinheit¹³ an einer Regulierung und Beschränkung der Arbeitszeit aus dem Blick. Ein Beispiel aus den Anfängen der Regulierung der Arbeitszeit vor rund 100 Jahren zeigt dies.¹⁴ Während des ersten Weltkriegs kam es in amerikanischen Munitionsfabriken zu Lieferschwierigkeiten.¹⁵ In der Folge wurde aufgrund einer Intervention des Militärs die Umstellung auf einen Achtstundenschichtbetrieb erzwungen, um die hierüber bestehenden Auseinandersetzungen zwischen Belegschaften und Arbeitgebern zu beenden. Begrenzung von Arbeitszeit dient immer auch der Vermeidung von Arbeitsfehlern aufgrund von Überlastung.¹⁶

Das entspricht auch den wohlverstandenen Interessen des jeweiligen Arbeitgebers. Arbeits- und Produktionsausfall durch Arbeitsfehler werden so vermieden. Insofern hat

das Arbeitszeitrecht durch seine Begrenzung von Ausbeutung und Selbstausschöpfung immer auch die Funktion, gesundheitsschädliche und leistungsmindernde Beschäftigungsformen zu verhindern. Das führt nicht zu weniger, sondern zu mehr Produktivität, geringeren Krankenständen und weniger Kosten wegen Arbeitsunfällen und Arbeitsfehlern. Daran haben Gesellschaft wie Arbeitgeber ein vitales Interesse, vor allem auch diejenigen Arbeitgeber, die ansonsten über die sozialen Sicherungssysteme überlastende Arbeitsmodelle ihrer Konkurrenz quersubventionieren müssten, indem sie die dadurch entstandenen Folgekosten in der Sozialversicherung mittragen.

c) Sicherung der Funktionsfähigkeit der Sozialversicherung

Arbeitszeitschutzrechtliche Regelungen dienen daher auch insoweit dem Allgemeinwohl, als sie die Funktionsfähigkeit der Sozialversicherungssysteme absichern.¹⁷ Denn die hohe Gesundheitsschädlichkeit von Überarbeit¹⁸ und besonders belastenden Arbeitsformen wie Nacht- oder Schichtarbeit¹⁹ führt zu kurz-, mittel- und langfristigen Kosten im Sozialversicherungssystem²⁰. Insofern ist die These, Arbeitnehmer müssten selbst entscheiden können, ob sie sich durch potentiell gesundheitsschädliche Arbeitszeiten schädigen wollten und sich dafür lediglich monetär kompensieren lassen, schief. Denn die Kosten für dieses Geschäft trägt die Allgemeinheit bzw. die Konkurrenz des jeweiligen Vertragsarbeitgebers über die Folgekosten daraus resultierender Erkrankungen und

⁹ *Ulber D.*, SR 2018, 85, 94; *Gallner*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 3. Aufl., München 2020, RL 2003/88/EG Art. 1 Rn. 1a; *Buschmann/Ulber J.*, Arbeitszeitrecht, 2019 Frankfurt aM., Einl. Rn. 49 ff.

¹⁰ BAG, 24.8.2016 – 5 AZR 129/16 – AP Nr. 10 § 3 ArbZG.

¹¹ Ebd.

¹² Ausf. *Buschmann/Ulber J.* (Fn. 9), Einl. Rn. 1 ff.; gezeigt durch: Verlag von Eduard Schulzes Buchhandlung (Hrsg.), Der Kampf um den Achtstundentag – Festschrift zum 1. Mai 1890, Leipzig 1890.

¹³ *Ulber D.*, SR 2018, 85, 94.

¹⁴ *Gregg*, Harvard Law Review, Vol. 33 No. 1 (1919), 39, 53 ff.

¹⁵ Ebd.

¹⁶ *Folkard/Lombardi*, American journal of industrial medicine, 49/2006, 953.

¹⁷ *Ulber D.*, SR 2018, 85, 94.

¹⁸ *Wöhrmann/Gerstenberg et al.*, BAuA, Arbeitszeitreport Deutschland, Dortmund 2016, S. 37 ff.

¹⁹ *Wöhrmann/Gerstenberg et al.*, BAuA, Arbeitszeitreport Deutschland, Dortmund 2016, S. 49 ff.

²⁰ Als Anhaltspunkt: BAuA, Volkswirtschaftliche Kosten durch Arbeitsunfähigkeit, Dortmund 2019.

Langzeitschäden. Damit erweisen sich derartige »privatautonome« Vereinbarungen letztendlich als Vertrag zu Lasten Dritter, die die mit dem Vertragsschluss verbundenen negativen Externalitäten finanzieren und versichern sollen.

d) Drittschützende Wirkung des Arbeitszeitrechts

Das Arbeitszeitrecht hat zudem wegen seiner Funktion, die menschliche Leistungsfähigkeit zu sichern, immer auch eine drittschützende Wirkung.²¹ Besonders deutlich wird sie an der strikten Regulierung der Arbeits- und vor allem der Lenkzeiten von LKW-Fahrern²². Sie mag aber auch im Bereich von Dienstleistungen, bei denen Rechtsgüter Dritter von der Arbeitsleistung von Arbeitnehmern betroffen sind, wie in Kliniken, eine Rolle spielen.²³ Es ist allerdings bemerkenswert, wenn man Menschen nicht zutraut, längere Zeit fehlerfrei Lastkraftwagen zu fahren, hinsichtlich der Möglichkeit, nach 24 Stunden Arbeit qualifiziert eine komplizierte medizinische Operation durchzuführen, aber lange Zeit kaum Bedenken bestanden. Hier zeigt sich, dass allgemein auf alle Menschen wirkende Prozesse wie etwa Ermüdungsdruck offenbar bei hochqualifizierten Tätigkeiten als weniger problematisch empfunden werden. Indes ist der über den Tag zunehmende Ermüdungsprozess bei allen Menschen, ungeachtet individueller Eigenheiten, im Prinzip gleich.²⁴

e) Zusammenfassung

Diese Umstände zeigen, warum das ArbZG gerade nicht privatrechtlichen, sondern öffentlich-rechtlichen Ursprungs ist. Die fehlenden privatrechtlichen Dispositionsmöglichkeiten stützen sich sowohl darauf, dass individuelle Gesundheitsschäden zu vermeiden sind, als auch auf Allgemeinwohlinteressen und den Schutz Dritter. Das erklärt aber auch, warum Fragen der Entgeltgestaltung im ArbZG nur eine ganz untergeordnete Rolle spielen, etwa in § 6 Abs. 5 ArbZG. Als problematisch kann sich aus heutiger Perspektive aber die – historisch begründete – Verengung des Blickwinkels auf die rein physischen Aspekte der Vermeidung von Überlastung erweisen. Denn diese Betrachtungsweise basiert möglicherweise auf einem unvollständigen Blick auf die mit der Lage von Arbeitszeit verbundenen Belastungen, die auch gesundheitliche Rückwirkungen haben können. Der weite Gesundheitsbegriff der WHO zeigt, dass diese Wirkungen in die Betrachtung einbezogen werden müssen.

2. Der Achtstundentag als Fixpunkt des deutschen Arbeitszeitrechts

Ausgehend von diesen Funktionen und den vorhandenen arbeitsmedizinischen Erkenntnissen hat das ArbZG einen Fixpunkt. Dieser liegt im sog. Achtstundentag, der sich sowohl im deutschen²⁵, aber auch im internationalen²⁶ Arbeitszeitrecht seit langem durchgesetzt hat. Seine historische Entwicklung und die hinter der Norm stehenden Grundgedanken sind eng mit den geschilderten Hintergründen für die öffentlich-rechtliche Ausgestaltung des ArbZG verknüpft. Zudem bezieht sich auf den in § 3 ArbZG verankerten Grundsatz ein Großteil der Kritik am gegenwärtigen Arbeitszeitrecht. So wird mit Blick auf diese Vorschrift immer wieder eine stärkere Rolle der Tarifpartner und eine stärkere Flexibilisierung gefordert. Für das Verständnis der rechtspolitischen Diskussion und von weitergehenden Überlegungen zur Gestaltung des Arbeitszeitrechts in Zukunft, sind Entstehungsgeschichte und Funktion der Norm daher von erheblicher Bedeutung.

a) Arbeitszeitrecht und Tarifautonomie

Seit der Achtstundentag 1918 im Stinnes-Legien-Abkommen²⁷ gleichzeitig mit der vollständigen Aufgabe der Koalitionsverbote und der Etablierung der Tarifautonomie vereinbart wurde, prägt er das deutsche Arbeitszeitrecht. Es ist durchaus nicht unwichtig, dass der Achtstundentag gleichzeitig mit der Tarifautonomie etabliert wurde und erkennbar niemand auf die Idee gekommen ist, dass beide Bestrebungen im Widerspruch zueinander stünden. Mit der historischen Entwicklung der grundrechtlichen Gewährleistung der Tarifautonomie wäre eine solche Überlegung jedenfalls inkompatibel. Die Tarifautonomie

21 BVerwG, 19.9.2000 – 1 C 17.99 – BVerwGE 112, 51, Rn. 18.

22 Geregelt durch das Fahrpersonalgesetz und die Fahrpersonalverordnung.

23 Ausf. *Sczesny*, Gestaltung der Arbeitszeit im Krankenhaus – Zur Umsetzung neuer Nachtarbeitsregelungen unter Berücksichtigung arbeitswissenschaftlicher Erkenntnisse, *Dortmund* 2007; *Schäfer*, ZIFP 1/2017, 34; *Büchner/Stöhr*, NJW 2012, 487.

24 *Blasche*, Psychologie in Österreich 1 & 2, 2019, 74, 75.

25 § 3 ArbZG.

26 ILO-Übereinkommen Nr. 1 (1919): Übereinkommen über die Begrenzung der Arbeitszeit in gewerblichen Betrieben auf acht Stunden täglich und achtundvierzig Stunden wöchentlich; vgl. zum Recht der ILO *Zimmer*, in: *Schlachter/Heuschmid/Ulber D. (Hrsg.)*, Arbeitsvölkerrecht, Heidelberg 2019, § 5 Rn. 179 ff.

27 Satzung für die Arbeitsgemeinschaft der industriellen und gewerblichen Arbeitgeber und Arbeitnehmer Deutschlands, v. 15.11.1918; vgl. dazu *Buschmann/Ulber J. (Fn. 9)*, Einl. Rn. 12 ff.

gegen den Gesundheitsschutz durch das ArbZG in Stellung zu bringen, wie es letztendlich auch im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD mit der sogenannten Experimentierklausel geschieht, ist daher jedenfalls aus verfassungsrechtlicher Perspektive keine gebotene Vorgehensweise.²⁸

Ungeachtet dessen ist der Achtstundentag seit 1918 eine Konstante im Arbeitszeitrecht. Das hat auch mit arbeitsmedizinischen Erkenntnissen zu tun. Denn es ist nachweisbar, dass kein Mensch länger als acht Stunden täglich arbeiten kann, ohne dass Ermüdung und Erschöpfung zu einem Leistungsabfall führen.²⁹ Das gilt noch verschärft für Nacht-³⁰ und Schichtarbeiter³¹. Die Gesundheitsschäden sind hier weitaus größer und bei regelmäßiger Nachtarbeit nahezu zwangsläufig.

b) Bestehende Flexibilisierungsmöglichkeiten

Gleichwohl erkennt das geltende Recht an, dass eine tw. Überschreitung der durch das ArbZG gesetzten Grenzen zulässig sein kann, tw. allerdings nur auf kollektivvertraglicher Grundlage³². Es gibt also den Gesundheitsschutz für bestimmte Sonderkonstellationen preis und lässt damit seine Ökonomisierung zu.

Beim Grundsatz des Achtstundentags handelt es sich daher weniger um eine strikte Regel als einen Ausgangspunkt für diverse Flexibilisierungsmöglichkeiten. So kann bereits nach § 3 S.2 ArbZG die tägliche Arbeitszeit auf zehn Stunden verlängert werden, wenn die Arbeitszeit im Durchschnitt von sechs Monaten 48 Stunden wöchentlich beträgt.³³ Je nach Anzahl der Arbeitstage lassen sich damit – bei entsprechendem Zeitausgleich zu einem späteren Zeitpunkt – 50–60 Stundenwochen realisieren. Diese Möglichkeit wird noch durch weitere Flexibilisierungsmöglichkeiten für die Tarifvertragsparteien ausgeweitet.

Welche Problematik dadurch entsteht, zeigen bereits die bestehenden Abweichungsmöglichkeiten vom ArbZG und die nach wie vor problematischen Regelungen zur Arbeitszeit im Bereich von Krankenhäusern: Hier wird auf Grundlage von Ausnahmetatbeständen und Sonderregeln ein wesentlicher Teil des Schutzes des Arbeitszeitgesetzes beiseitegeschoben, um 24-Stundendienste mit Bereitschaft möglich zu machen.³⁴

Arbeitsmedizinische Erkenntnisse zeigen indes, dass ein normaler Mensch, der 24 Stunden nicht geschlafen hat, die physische Leistungsfähigkeit eines mit ca. 1,0 Promille Alkoholisierten hat.³⁵ Weitere Untersuchungen zu

Nadelstichverletzungen von Ärzten legen ebenso nahe, dass diese Form der Arbeitsgestaltung gesundheitlich alles andere als tragfähig ist.³⁶

Es irritiert daher, wenn tw. reklamiert wird, es bestehe eine Überregulierung. Für »normale« Beschäftigungsverhältnisse scheint ein Korridor des geschilderten Umfangs für die wöchentliche Arbeitszeit reichlich großzügig bemessen und dürfte bei regulärer Vollzeitarbeit eine befristete Ausweitung auf 150 % der Arbeitszeit ermöglichen.

3. Die Ergänzung durch die Ruhezeiten

Die Beschränkung der täglichen Höchstarbeitszeit wird durch die gesetzlich vorgeschriebenen Mindestruhezeiten ergänzt. Nach den Vorgaben der Arbeitszeitrichtlinie und des ArbZG (§ 5 Abs. 1 ArbZG) müssen zwischen zwei Arbeitseinsätzen grundsätzlich elf Stunden Ruhezeit liegen.

a) Keine Unterbrechungsmöglichkeit

Eine zwingende Anforderung an diese Ruhezeit ist, dass sie ununterbrochen sein muss (§ 5 Abs. 1 ArbZG). Dieses Kriterium entstammt Art. 3 der Arbeitszeitrichtlinie³⁷ und ist Gegenstand heftiger Kritik³⁸. Denn die Arbeitszeitrichtlinie kennt zwar keine unmittelbare werktägliche Höchstarbeitszeit, so dass sie punktuell auch tägliche Arbeitszeiten von mehr als zehn Stunden zulässt. Sie kompensiert diese Ausweitungsmöglichkeit allerdings mit der

28 Vertiefend hierzu: *Ulber D.*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, Heidelberg 2011 (zugl. Köln, Univ., Diss. 2010).

29 *Folkard/Lombardi*, American journal of industrial medicine, 49/2006, 953.

30 BVerfG, 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82 ua. – BVerfGE 85, 191, zu C.I.2.a der Gründe; BAG, 15.7.2020 – 10 AZR 123/19 – NZA 2021, 44, 46, Rn. 27, mwN.; BAG, 21.3.2018 – 10 AZR 34/17 – BAGE 162, 230, Rn. 49; BAG, 18.10.2017 – 10 AZR 47/17 – BAGE 160, 325, Rn. 39; *Ulber D.*, Anm. zu BAG AP Nr. 14 zu § 6 ArbZG.

31 *Rundnagel*, IGM: Nacht- und Schichtarbeit – Arbeitshilfe 15, Frankfurt a.M. 2003, S. 18 f.

32 ZB. §§ 7, 12 ArbZG.

33 Ausf. dazu *Buschmann/Ulber J.* (Fn. 9), § 3 Rn. 10 ff.

34 Ausf. dazu: *Huster/Kaltenborn* (Hrsg.), Krankenhausrecht, 2. Aufl., München 2017, § 13 Rn. 53 ff.

35 *Lamond/Dawson*, J Sleep Res. Vol. 8 No. 1 (1999), 255.

36 *Ilhan et al.*, Journal of Advanced Nursing 56 (5), 563.

37 Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung.

38 *Maier*, DB 2016, 2723, 2726; *Schlegel*, NZA-Beil. 1/2014, 16, 19.

täglichen Mindestruhezeit von elf Stunden und einer strengen Handhabung des Kriteriums der »Ununterbrochenheit«.³⁹

Im Schrifttum wird immer wieder gefordert, dass geringfügige Unterbrechungen der Ruhezeit, etwa aufgrund des kurzzeitigen Lesens von E-Mails oder der Annahme eines Telefonats, nicht zu einer Unterbrechung führen dürfen.⁴⁰ Der Hintergrund liegt in der ansonsten eintretenden Rechtsfolge, dass die Ruhezeit vor Aufnahme der nächsten Arbeitstätigkeit elf ununterbrochene Stunden betragen muss. Wer also seinen Mitarbeiter um 23 Uhr noch einmal anruft, darf diesen, wenn man von einer Unterbrechung der Ruhezeit ausgeht, erst ab zehn Uhr am Folgetag wieder beschäftigen. Das wird in der Praxis verbreitet als unbefriedigend empfunden. Gleichwohl sollte man sich vergegenwärtigen, was von elf Stunden Zeit noch bleibt, wenn in diese Zeit die Hin- und Rückfahrt von der Arbeit nach Hause, die Aufnahme von Nahrung und ein Mindestmaß an Schlaf fällt. Insofern kann gegen das Kriterium der Ununterbrochenheit als solchem wenig gesagt werden. Ein Problem entsteht aber in ganz bestimmten Bereichen von Wissensarbeit dann, wenn Arbeitsstrukturen so organisiert werden, dass niemand anders das notwendige Wissen hat, um in Abwesenheit einer bestimmten Person tätig zu werden oder diese nicht möchte, dass jemand anders an ihrer Arbeit »herumfummelt«. Beides sind aber in erster Linie Probleme, die durch eine (mangelhafte) Arbeitsorganisation von Unternehmen und nicht durch das ArbZG verursacht werden. Und die Legitimität der gegenwärtigen gesetzlichen Konzeption im Allgemeinen hängt auch nicht an der speziellen Konstellation der E-Mail am Abend. Wer hier Probleme sieht, könnte aber einen Weg über Sonderregeln und Ausnahmenvorschriften finden, die in unionsrechtskonformer Weise punktuelle Verkürzungen von Ruhezeiten bei bestimmten Tätigkeiten zulassen, wenn hierfür ein entsprechender Ausgleich gewährt wird.

b) Die unionsrechtliche Absicherung der Mindestruhezeit

Eine einschränkende Auslegung des Begriffs der Ruhezeit in der Arbeitszeitrichtlinie wird durch den EuGH allerdings explizit abgelehnt.⁴¹ Insbesondere sieht er es als nicht zulässig an, nach dem Grad der Beanspruchung durch tatsächlich geleistete Arbeit zu differenzieren, soweit es um die Unterbrechung von Ruhezeiten geht.⁴² Hintergrund dafür ist, dass der Gesundheitsschutz im

Unionsrecht in erster Linie durch die Gewährung von Mindestruhezeiten und nicht von Höchstarbeitszeiten gewährleistet wird.⁴³

Zu bedenken ist auch, dass der Gesundheitsbegriff des Unionsrechts etwas umfassender ist als der des deutschen Arbeitszeitrechts. Der EuGH bedient sich des Begriffs der Satzung der Weltgesundheitsorganisation.⁴⁴ Danach ist Gesundheit ein Zustand vollständigen körperlichen, geistigen und sozialen Wohlbefindens.⁴⁵ Der EuGH war damit seiner Zeit voraus. Denn neuere Studien der Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin zeigen, dass Arbeitnehmer, deren Arbeitsbeziehung von ständiger Erreichbarkeit geprägt ist, dadurch Verschlechterungen ihres Gesundheitszustandes erleiden.⁴⁶

c) Die Funktion von Ruhezeiten

Es fällt auf, dass auf dieser Grundlage auch die sozialen Beziehungen des Arbeitnehmers zu seiner Umwelt in den Blick des EuGH geraten. Dies ist ein wesentlicher Gedanke der Kriterien, mittels derer er zwischen Arbeitszeit und Ruhezeit differenziert. Nach Auffassung des EuGH kommt es darauf an, ob der Arbeitnehmer in hinreichendem Maße frei seinen Interessen und Neigungen nachgehen kann.⁴⁷ Die Ruhezeit wird damit zu einem Refugium, das auch die Teilhabe am sozialen und familiären Leben in den Blick nimmt.⁴⁸

39 EuGH, 14.10.2010 – C-428/09 – Slg. 2010, I-9961 (Union syndicale Solidaires Isères), Rn. 37; EuGH, 9.9.2003 – C-151/02 – Slg. 2003, I-8389 (Jaeger), Rn. 92; ausf. *Ulber D.*, in: Preis/Sagan (Hrsg.), *Europäisches Arbeitsrecht*, 2. Aufl., Köln 2019, § 7.148 ff.

40 *Baack/Winzer*, NZA 2020, 96, 99; *Bissels/Domke/Wisskirchen*, DB 2010, 2052, 2054.

41 EuGH, 14.10.2010 – C-428/09 – Slg. 2010, I-9961 (Union syndicale Solidaires Isères), Rn. 37; EuGH, 9.9.2003 – C-151/02 – Slg. 2003, I-8389 (Jaeger), Rn. 92.

42 EuGH, 21.2.2018 – C-518/15 – NJW 2018, 1073, 1075 (Matzak), Rn. 56; *Schliemann*, EuZW 2018, 274, 276.

43 Erwägungsgrund 5 RL 2003/88/EG; dazu *Ulber D.*, in: Preis/Sagan (Fn. 39), § 7.94 ff.

44 EuGH, 9.9.2003 – C-151/02 – Slg. 2003, I-8389 (Jaeger), Rn. 93; EuGH, 2.11.1996 – C-84/94 – NZA 1997, 23 (Vereinigtes Königreich/ Rat), Rn. 15; *Ulber D.*, in: Preis/Sagan (Fn. 39), § 7.46.

45 Präambel der WHO-Satzung; EuGH, 9.9.2003 – C-151/02 – Slg. 2003, I-8389 (Jaeger), Rn. 93.

46 *Pangert/Pauls/Schüpbach*, Die Auswirkungen arbeitsbezogener erweiterter Erreichbarkeit auf Life-Domain-Balance und Gesundheit, Dortmund 2016, S.24 ff.

47 EuGH, 21.2.2018 – C-518/15 – NZA 2018, 293 (Matzak), Rn. 63.

48 EuGH, 21.2.2018 – C-518/15 – NZA 2018, 293 (Matzak), Rn. 63; EuGH, 9.3.2021, C-344/19 – NZA 2021, 485 (D.J. / Radiotelevizija Slovenija), Rn. 66; EuGH, 9.3.2021 – C-580/19 – NZA 2021, 485 (RJ/Stadt Offenbach am Main), Rn. 61.

Diese Sichtweise ist dem deutschen Recht übrigens nicht fremd. Der soziale, kulturelle, politische und religiöse Teilhabegedanke ist zentrales Element des verfassungsrechtlich überformten Schutzes des arbeitsfreien Sonntags.⁴⁹ Auch dieser dient nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dazu, dass ein Mindestmaß an gleichzeitiger Freizeit einer Vielzahl von Menschen gesichert wird. Ihnen wird damit die Chance zu gemeinsamer sozialer und familiärer Interaktion gegeben.⁵⁰ Die Bedeutung dieser sozialen Interaktionsmöglichkeiten für die Gesundheit ist durch die Corona-Pandemie noch einmal deutlicher geworden.⁵¹

Diese Überlegungen zeigen, dass Freizeitschutz und Gesundheitsschutz nicht getrennt zu betrachten sind, wenn es um die Schutzfunktion des Arbeitszeitrechts geht. Vielmehr wird die Absicherung hinreichender Freizeiträume aus unionsrechtlicher Perspektive zum integralen Bestandteil des Gesundheitsschutzes.

4. Arbeitszeitrecht als Sicherung von Freiräumen zur Erholung durch soziale Interaktion

Es lassen sich damit weitere Funktionen des Arbeitszeitrechts identifizieren, die zwar einem ruhezeitbezogenen Arbeitsmodell entstammen, aber universell gelten. Das Arbeitszeitrecht hat auch die Aufgabe, hinreichende Freiräume für die Persönlichkeitsentfaltung zu sichern. Zudem ermöglicht es die familiäre, soziale, kulturelle und politische Teilhabe.⁵²

Damit ist man bei den aktuellen Konflikten im Arbeitszeitrecht. Denn gerade dieser Teilhabeschutz verlangt, wenn auch zugegebenermaßen in unterschiedlicher Intensität, eine gewisse Planbarkeit von Arbeitszeiten. Und er erschöpft sich auch nicht im Gesundheitsschutz, sondern weist darüber hinaus. Denn in wirtschaftlicher Hinsicht bedeutet ein Mehr an flexiblen Einsatzmöglichkeiten für Arbeitnehmer, dass sich das Äquivalenzverhältnis verschiebt. Der Arbeitnehmer muss mehr an zeitlichen Freiräumen zur Verfügung stellen. Umgekehrt kann der Arbeitgeber bei engeren Zeitkorridoren weniger Einsatzmöglichkeiten für die identische Vergütung bekommen. An dieser Stelle weist das Arbeitszeitrecht seit jeher eine enge Verbindung zu Fragen des Äquivalenzverhältnisses auf. Diese Verbindung wird in der gegenwärtigen Situation häufig zu wenig benannt. Sie macht deutlich, warum es

eben nicht nur um ein Mehr an »Flexibilität« geht, sondern zumindest auch um eine Verschiebung des Gegenleistungsverhältnisses.

5. Zwischenergebnis

Insgesamt erstaunt es vor dem Hintergrund der historischen Entwicklung des Arbeitszeitrechts doch etwas, wenn immer wieder der Achtstundentag als Ausdruck obrigkeitstaatlicher Regulierungswut angesehen wird, wenn er doch eigentlich Ausdruck des Abschieds von undemokratischen Zeiten ist. Man sollte auch die Gewährleistung des Freiraums von Arbeit für die Möglichkeit demokratischer Partizipation und gesellschaftlicher Teilhabe nicht verkennen. Arbeitszeitrecht ist als öffentliches Gefahrenabwehrrecht funktional nicht nur auf den Gesundheitsschutz, sondern auch die mit diesem verbundenen nachteiligen sozialen und privaten Folgewirkungen von Arbeit gerichtet. Diese umfassende Betrachtungsweise und der weite Gesundheitsbegriff des EuGH deuten auch bestehende Regulierungsdefizite im deutschen Recht an. Denn für diese sozialen, familiären und privaten Aspekte werden verbreitet andere gesetzliche Regelungen, wie prominent das Recht der Teilzeit, für zuständig erklärt. Diese aber speisen sich nicht aus einer gefahrenabwehrrechtlichen Perspektive. Damit bleibt der Problemzugriff solcher Regelungen unvollständig. Das gilt umso mehr, wenn man sich den gesellschaftlichen Wandel vergegenwärtigt, der seit den Anfängen des letzten Jahrhunderts hinsichtlich der Erwerbstätigkeit in Partnerschaften eingetreten ist.

II. Das veränderte gesellschaftliche und wirtschaftliche Umfeld für eine Regulierung des Arbeitszeitrechts

Damit zu den Veränderungen des ökonomischen und sozialen Umfeldes in den letzten Dekaden, die neue Anforderungen an das Arbeitszeitrecht stellen.

49 BVerfG, 1.12.2009 – 1 BvR 2857/07 ua. – BVerfGE 125, 39; *Buschmann/Ulber J.* (Fn. 9), § 9 Rn. 1 ff.; *Preis/Ulber D.*, NZA 2010, 729 ff.

50 BVerfG, 1.12.2009 – 1 BvR 2857/07 ua. – BVerfGE 125, 39, Rn. 140 ff.

51 *Dragano/Reuter*, Bundesgesundheitsblatt 3/2020, 267, 272 f.

52 *Ulber D.*, in: *Preis/Sagan* (Fn. 39), § 7 Rn. 94; EuGH, 21.2.2018 – C-518/15 – NZA 2018, 293 (Matzak), Rn. 63; *Buschmann*, AuR 2018, 303, 305.

1. Veränderte gesellschaftliche Rahmenbedingungen

Das heutige soziale Umfeld, auf das das Arbeitszeitrecht trifft, unterscheidet sich fundamental von der Situation vor 100 Jahren. Während Frauenerwerbsarbeit damals allenfalls eine marginale Bedeutung hatte und familiäre Lasten einseitig verteilt waren, diversifizieren sich Erwerbsmodelle in Beziehungen und Familien heute zunehmend.⁵³

Ehen, in denen die Partner sich dem traditionellen Familienmodell nach Erwerbs- und Familienarbeit als getrennte Bereiche teilen, sind in langen Zeitläufen betrachtet auf dem Rückzug.⁵⁴ Doppelverdienerstrukturen und die Erwerbstätigkeit von Frauen nehmen immer weiter zu.⁵⁵ Hinzu kommt das Problem der Armut bzw. Armutsgefährdung von alleinerziehenden Personen, die in Teilzeit arbeiten.⁵⁶

2. Technische Veränderungen

Zugleich erodieren aufgrund verschiedenster Entwicklungen, etwa im Recht der Ladenöffnungszeiten, aber auch durch moderne Kommunikationsmittel, immer mehr Rückzugzeiträume ins Private, in denen ein Abruf von Arbeitsleistungen früher nicht in Betracht kam.⁵⁷ Arbeiten *anyplace anytime* ist für einen Teil von Beschäftigten heute selbstverständlich möglich. Als das ArbZG 1994 in Kraft trat, war eine solche Entwicklung noch am Anfang.

3. Gesellschaftliche Veränderungen

Die dargestellten Veränderungen stellen das Arbeitszeitrecht zunehmend vor Regulierungsprobleme, die sich von denen zu Beginn des 20. Jh. unterscheiden. Das Arbeitszeitrecht hatte früher den Zweck, die Erwerbsfähigkeit des familiären Alleinverdieners langfristig zu sichern. Innerfamiliäre Betreuungskonflikte konnten außer Betracht bleiben.⁵⁸ Die Lage der Arbeitszeit war unter diesem Gesichtspunkt kein Konfliktfeld.

Heute geht es aber zunehmend darum, wie sich die Lage und Länge der Arbeitszeit mit den privaten Belangen von Arbeitnehmern und der Erwerbstätigkeit ihrer Partner in Einklang bringen lassen. Aus gesellschaftlicher Sicht geht es um die Möglichkeit einer gleichberechtigten Teilhabe am Arbeitsmarkt und einer Beseitigung bestehender Benachteiligungen von Frauen auch in dieser Hin-

sicht. Das schafft ein Konfliktfeld, das mit dem Instrument des Schutzes vor »zu viel« Arbeit nicht adäquat zu lösen ist. Das gleiche Arbeitsvolumen kann in diesen Konstellationen auf Grund seiner Lage völlig unterschiedliche Belastungen hervorrufen.

a) Teilzeitarbeit als Lösung?

Als Lösung dieser Problematik hat man lange die Teilzeit begriffen. Während Teilzeitarbeit lange Zeit als Ausdruck eines Flexibilitätsgewinns für individuelle Bedürfnisse von Arbeitnehmern verstanden werden konnte, zeigt sich nunmehr, dass sie differenzierter betrachtet werden muss.⁵⁹ Denn ist eine Teilzeit nach § 8 TzBfG einmal beantragt und gewährt, ist die Rückkehr von Teilzeit in Vollzeit ungleich schwerer. Das gleiche gilt, wenn eine Teilzeitstelle einmal angetreten worden ist. Damit droht die Teilzeitarbeit für Beschäftigte zur Falle zu werden, die ihre Arbeitszeit wieder erhöhen wollen oder könnten.

Aufgrund der Kumulation von strukturell niedrigeren Entgelten und einer bei Frauen deutlich überwiegenden Inanspruchnahme von Teilzeitarbeit⁶⁰, besteht insbesondere bei Letzteren ein erhöhtes Risiko für Altersarmut⁶¹. Derartige Beschäftigungsverhältnisse und die aus ihnen resultierenden Erwerbsbiographien belasten die Allgemeinheit mit den Kosten für Sozialleistungen, mit denen der Lohn auf Grundsicherungsniveau gebracht werden

53 Vgl. Institut für Demoskopie Allensbach, Weichenstellungen für die Aufgabenteilung in Familie und Beruf – Untersuchungsbericht zu einer repräsentativen Befragung von Elternpaaren im Auftrag des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Allensbach 2015.

54 Wagner, Entwicklung von Erwerbstätigkeit, Arbeitszeit und Arbeitsvolumen nach Geschlecht, Insitut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB), Nürnberg 2020, S. 25 f.

55 Ebd.

56 Tophoven/Lietzmann/Reiter/Wenzig, Aufwachsen in Armutslagen – Zentrale Einflussfaktoren und Folgen für die soziale Teilhabe, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB), Nürnberg 2018, S. 39 ff.

57 Dazu zB.: Weimann, Nutzung von Mitarbeiterpotenzialen durch Arbeitszeitflexibilisierung – Entwicklung eines optimierten Arbeitszeitmodells für eine Abteilung im Einzelhandel, Working Paper No. 54, Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin, Berlin 2010.

58 Schon deshalb, weil das BGB dadurch, dass die Erwerbstätigkeit von Frauen die Erlaubnis des Ehegatten voraussetzt, ein einseitiges familieninternes Lösungsmodell für dieses Problem zur Verfügung stellte.

59 Allmendinger et al., WZBrief Arbeit 13, August 2012, 5.

60 Allmendinger/Ebner, Zeitschrift für Arbeits- u. Organisationspsychologie 2006/4, 227, 231.

61 Trischler/Kistler, Wandel im Erwerbsverlauf und Rentenanspruch – Der Einfluss des Wandels der Erwerbsverläufe auf die individuellen Anwartschaften in der gesetzlichen Rentenversicherung, Hans-Böckler-Stiftung, Stadtbergen 2011, S. 61 f.

muss oder nicht auskömmliche Altersrenten aufgestockt werden müssen.⁶² Sie erweisen sich damit immer auch als Vertrag zu Lasten Dritter, wenn nicht die Alternative der vollständige Verzicht auf eine Erwerbstätigkeit ist, Beschäftigte also – aus unterschiedlichen Gründen – nicht mehr arbeiten können.

Es ist aber nicht so, dass Teilzeitarbeit durchweg auf den Wünschen von Arbeitnehmern beruhen würde. Vielmehr existiert auch das Phänomen der sogenannten »unfreiwilligen Teilzeit«, bei der Beschäftigte mehr arbeiten wollen, der Arbeitgeber ihnen aber trotz vorhandener Stellen eine Aufstockung verweigert.⁶³

Personen, die eine klassische Teilzeit beantragen, stehen damit vor einem doppelten Dilemma. Einerseits muss der Teilzeitantrag hinsichtlich seines Umfangs bedürfnisgerecht sein, andererseits muss er eventuellen Veränderungen dieser Bedürfnislage Rechnung tragen, weil unsicher ist, ob eine Rückkehr zur Vollzeit oder eine weitere Teilzeit möglich ist. Hinzu kommt, dass für Teilzeitanträge nach § 8 Abs. 6 TzBfG eine Bindungsfrist von zwei Jahren besteht, innerhalb derer sich der Arbeitgeber nicht auf einen neuen Teilzeitantrag einlassen muss. Einen Teil dieser Probleme geht die Brückenteilzeit (dazu sogleich) an. Zu berücksichtigen ist zudem, dass mit dem Pflegezeitgesetz und dem BEEG mit der Elternteilzeit weitere Gestaltungsinstrumente bestehen, die für einen befristeten Zeitraum Arbeitnehmern mit besonderem Betreuungsbedarf eine Möglichkeit zur Arbeit in Teilzeit mit einem Rückkehrrecht in Vollzeit verschaffen. Es darf aber nicht verkannt werden, dass der Anspruch substantiell dadurch eingeschränkt ist, dass er nur für einen zuvor festgelegten Zeitraum geltend gemacht werden kann. Nach dessen Ablauf nach einem bis fünf Jahren steht eine Sperrwirkung für mindestens ein Jahr.

Das Regelungsproblem wird damit aber nur tw. gelöst. Denn häufig handelt es sich bei der Verkürzung der Arbeitszeit um eine Ausweichbewegung, die einer fehlenden Planbarkeit ihrer Lage folgt.⁶⁴ Wer sicherstellen will, dass er genügend Zeit für die Kinderbetreuung hat, plant Puffer ein, um das Direktionsrecht des Arbeitgebers hinsichtlich der Lage der Arbeitszeit zu kompensieren.⁶⁵ Das gilt, obwohl dann, wenn Teilzeit beantragt wird, auch eine bestimmte Lage der Arbeitszeit angege- ben werden kann.

b) Die Lage der Arbeitszeit als Kernkonflikt des Arbeitszeitrechts des 21. Jh. / Das Direktionsrecht hinsichtlich der Lage der Arbeitszeit

Damit sind wir bei dem Konflikt im Arbeitszeitrecht, der das 21. Jh. prägen wird: Die Lage und die Planbarkeit der Arbeitszeit. Hier gerät offenkundig weniger die geschuldeten vertragliche Arbeitszeit, sondern das Direktionsrecht des Arbeitgebers hinsichtlich ihrer Lage in den Fokus.⁶⁶

Nach § 106 S. 1 GewO kann der Arbeitgeber von seinem Direktionsrecht Gebrauch machen, soweit ihm die konkrete Weisung nicht durch Gesetz, Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag untersagt ist.⁶⁷ Die konkrete Weisung unterliegt einer Ausübungskontrolle.⁶⁸ An sich ist damit eine Stellschraube für die Berücksichtigung familiärer Belange bei Weisungen hinsichtlich der Lage der Arbeitszeit gegeben.

Arbeitgeber können ihr Weisungsrecht allerdings immer wieder neu ausüben und halten damit eine permanente Modifikationsmöglichkeit in der Hand. Planbarkeit von Arbeitszeiten und die Möglichkeiten eines abgestimmten Verhaltens in Partnerschaften sind durch die Schranken des Direktionsrechts damit kaum gesichert. Das mochte in Zeiten, in denen eine Ansprache von Arbeitnehmern nur am Arbeitsplatz stattfand und aufgrund mangelnder moderner Kommunikationsmittel auch nur begrenzt außerhalb des Arbeitsplatzes Sinn machte, noch überzeugen. Die Digitalisierung setzt Zugriffsbedürfnissen dieser Art indes, spätestens mit der Entstehung des Internets, kaum noch Grenzen. Seit ungefähr 30 Jahren erodiert also eine natürliche Sperre der Inanspruchnahme von Beschäftigten, die das geltende Arbeitszeitrecht aber impli-

62 Statistisches Bundesamt: Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung: https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2020/04/PD20_140_228.html;jsessionid=7276425C2D76A724CBA9DCDB919D5DB2.live?732 (17.8.2021).

63 Ausführlich: *Tobsch/Holst*, Potenziale unfreiwilliger Teilzeit in Deutschland, SOEPpapers on Multidisciplinary Panel Data Research, No. 1032, Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung (DIW), Berlin 2019.

64 *Wanger*, Ungenutzte Potenziale in der Teilzeit: Viele Frauen würden gerne länger arbeiten, IAB-Kurzbericht 9/2011, Nürnberg 2011 und *ders.* Arbeitszeitpolitik: Teilzeitarbeit fördert Flexibilität und Produktivität, IAB-Kurzbericht 07/2006, Nürnberg 2006.

65 Ebd.

66 Dort setzt auch der Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales – Entwurf eines Gesetzes zur mobilen Arbeit (Mobile Arbeit-Gesetz – MAG) vom 26.11.2020 – an.

67 *Preis*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Aufl., München 2021 (im Folgenden: *ErfK*), GewO § 106 Rn. 5 ff.

68 *ErfK-Preis* (Fn. 67), GewO § 106 Rn. 12; BAG, 13.6.2012 – 10 AZR 296/11 – NZA 2012, 1154, Rn. 31.

zit voraussetzt. Mit dem Wegfall dieser natürlichen Barrieren stellt sich die Frage, ob hier nicht rechtlich nachgesteuert werden muss, um das ursprüngliche materielle Schutzniveau von Beschäftigten wiederherzustellen.

c) Das Direktionsrecht als eigentliches Problemfeld

Das lenkt den Blick auf die hier bereits genannten Schranken des Direktionsrechts. Hier ist auffällig, dass das BAG seit langem eine strikt restriktive Interpretation arbeitsvertraglicher Grenzen für Weisungen des Arbeitgebers verfolgt.⁶⁹ Im Kern darf man die Rechtsprechung des BAG so verstehen, dass Arbeitnehmer sich hier auf nichts verlassen können außer die Außenschranken des Direktionsrechts.⁷⁰ Auch das trägt zu dem Problem bei, dass Arbeitnehmer sich ohne klare rechtliche Schranken hinsichtlich der Lage der Arbeitszeit auf nichts verlassen können, auch nicht auf eine langjährige Praxis bei der Lage der Arbeitszeit.⁷¹

In dieser Situation schafft die gegenwärtige Konzeption des Direktionsrechts hinsichtlich der Lage der Arbeitszeit ein Potential für überschießende Teilzeitanträge bzw. eine von vorne herein reduzierte Aufnahme der Arbeitstätigkeit durch Personen die Sorgearbeit leisten. Die daneben bestehende Ausübungskontrolle bei Weisungen ist für Arbeitnehmer weitgehend nutzlos. Denn selbst dann, wenn ein Arbeitnehmer unter Verweis auf die Inkompatibilität mit familiären Belangen die Arbeitsleistung zu bestimmten Zeiten verweigert, bleibt die disziplinierende Wirkung einer deswegen drohenden Kündigung bzw. Abmahnung. Beschäftigte sind so gezwungen, ins Risiko zu gehen. Denn gegen die Weisung als solche vorzugehen, ist ein wenig probates Mittel, weil es dem Arbeitnehmer nichts nützt, wenn nach monatelangem Verfahren festgestellt wird, dass er zu einem bestimmten Zeitpunkt nicht zur Arbeitsleistung herangezogen werden durfte. Das gilt umso mehr, als direkt nach dieser Feststellung die nächste anderweitige Ausübung des Direktionsrechts zu einer Kaskade derartiger Rechtsstreitigkeiten führen kann. Rechtssicherheit, Transparenz und Planbarkeit verlangen hier andere Regulierungsmechanismen. Das gilt übrigens auch im Interesse des Arbeitgebers, der ja ebenfalls vorab wissen sollte, was er an Arbeitsleistung fordern kann und was nicht. Rechtsfrieden wird aber nur eintreten, wenn der Vereinbarkeitskonflikt ex ante, jedenfalls für eine gewisse Zeit, gelöst wird und nicht als Schmelzbrand ins Arbeitsverhältnis einzieht. Das geht aber nur dann, wenn

mehr Souveränität und Mitbestimmung durch die Beschäftigten selbst ermöglicht werden, als dies bislang der Fall ist.

4. Veränderte ökonomische Umstände

Wendet man sich in diesem Kontext der Arbeitgeberseite zu, zeigen sich in den letzten Dekaden auch hier gewisse Verschiebungen in der Bedürfnislage. Diese verschärfen aber den dargestellten Konflikt noch weiter.

Denn während Anfang des letzten Jahrhunderts in einer stark durch Industriearbeit geprägten Gesellschaft eher um das Arbeitsvolumen als solches, also die Länge der Arbeitszeit, gestritten wurde, erzeugen veränderte technische Möglichkeiten, aber auch der Übergang zu einer globalisierten Dienstleistungsgesellschaft neue Bedürfnisse.⁷² Insofern entsteht auch Druck auf die Arbeitgeberseite, die diesen in die Arbeitsverhältnisse der Beschäftigten weiterträgt, etwa im Bereich internationaler Projekte. Zudem wird von Arbeitgeberseite immer stärker eine Ausrichtung des Personaleinsatzes an einem schwankenden Arbeitsanfall präferiert.⁷³ Das führt zu Arbeitszeitmodellen, die möglichst flexibel und schnell anpassungsfähig sind und starre Einsatzmodelle möglichst meiden. Damit wird die Lage und Planbarkeit der Arbeitszeit immer mehr zum Konfliktfeld, weil der Interessensgegensatz sich immer weiter vertieft.

a) Die Auflösung des Arbeitsplatzes und ihre Konsequenzen für das Arbeitszeitrecht

Zudem vollzieht sich – bei weitem nicht nur im Dienstleistungssektor – eine Entgrenzung der Arbeit. Diese Entwicklung läuft unter der Überschrift Arbeiten 4.0 oder Digitalisierung und Arbeitsrecht.⁷⁴ Die Details können

69 BAG, 13.6.2012 – 10 AZR 296/11 – NZA 2012, 1154, Rn. 30; BAG, 28.11.1989 – 3 AZR 118/88 – BAGE 63, 267 II.a); BAG, 21.7.2009 – 9 AZR 404/08 – NZA 2009, 1369, Rn. 22.

70 BAG, 15.9.2015 – 9 AZR 757/08 – NZA 2009, 1333; krit. *Preis/Ulber D.*, NZA 2009, 729 ff.

71 *ErfK-Preis* (Fn. 67), GewO § 106, Rn. 31; BAG, 15.9.2009 – 9 AZR 757/08 – NJW, 2010, 394, Rn. 54; krit. *Preis/Ulber D.*, NZA 2009, 729 ff.

72 Ausführlich: *Bornewasser/Zülch*, Arbeitszeit – Zeitarbeit: Flexibilisierung der Arbeit als Antwort auf die Globalisierung, Berlin 2012.

73 *Absenger et al.*, Arbeitszeiten in Deutschland: Entwicklungstendenzen und Herausforderungen für eine moderne Arbeitszeitpolitik, WSI Report No. 19, Düsseldorf 2014, S. 36 ff.

74 Dazu: *Krause*, NZA-Beil. 2017, 53; *Steffan*, NZA 2015, 1409; *Haußmann*, RdA 2019, 131.

hier nicht ausgeführt werden; Ergebnis der genannten Prozesse ist aber, dass wir gegenwärtig eine Entgrenzung der Arbeit durch Auflösung des Arbeitsplatzes erleben.

Moderne Kommunikationsmittel ermöglichen es heute, anders als noch vor 30 Jahren, den Arbeitnehmer auch jenseits seines Arbeitsplatzes praktisch jederzeit zu erreichen.⁷⁵ Zudem kann die Arbeitsleistung nunmehr von nahezu jedem beliebigen Standort aus erbracht werden. Der technologische Fortschritt hat damit eine räumliche und zeitliche Entgrenzung der Arbeit ermöglicht und die Arbeitsleistung in vielen Fällen von einem konkreten Arbeitsplatz entkoppelt.⁷⁶ Diese Entgrenzung des Arbeitsplatzes führt aber auch zu Herausforderungen für das Arbeitszeitrecht.⁷⁷ Denn die Abgrenzung von Arbeit und Freizeit, die früher klarer durch die räumliche Anwesenheit am Arbeitsplatz vermittelt wurde, löst sich auf.

b) Mobile Arbeit und das Unionsrecht

Dieser Prozess ist keineswegs auf die Digitalisierung begrenzt. Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Tyco*⁷⁸ zeigt das in aller Deutlichkeit. Hier ging es um ein Unternehmen, das auf den Vertrieb und Einbau von Alarmanlagen spezialisiert war. Früher begannen die mit der Montage Beschäftigten ihre Einsätze in der Unternehmenszentrale und kehrten abends dorthin zurück. Die Dauer und Lage der geleisteten Arbeitszeit war durch Ankunft und Rückkehr zur Betriebsstätte klar bestimmbar. Das Unternehmen löste allerdings in der Folge seine Zentrale auf. Die Beschäftigten konnten nunmehr mit ihren Dienstwagen von zu Hause aus ihre Tätigkeit aufnehmen. Lediglich einmal pro Woche fuhren sie in ein Lager, um Materialien für die Aufträge aufzunehmen. Der aus dieser Auflösung des Bezugspunktes der Arbeitszeit resultierende Rechtsstreit zeigt das Problem für das Arbeitszeitrecht. Unter anderem ging es um Fahrten von ca. 300 km Länge zu einem Kunden. Der Arbeitgeber vertrat den Standpunkt, die Arbeitszeit beginne mit dem Erreichen des Arbeitsplatzes, also dem Standort der jeweils ersten Kunden am Tag. Die Arbeitnehmerseite meinte, nunmehr beginne die Arbeitszeit mit der Abfahrt zu Hause. Der EuGH hat in diesem Fall die Fahrtzeiten als Arbeitszeit eingeordnet.⁷⁹ Dieses Ergebnis kann niemanden, der den Gesundheitsbegriff des EuGH kennt, überraschen. Der Fall gibt aber einen ersten Vorgeschmack auf die Abgrenzungsprobleme, die aufgrund der Auflösung des Arbeitsplatzes noch bevorstehen, zB. wenn Arbeitnehmer mit einem Mobiltelefon im Zug

sitzen und darauf zwischendurch E-Mails lesen.⁸⁰ Es geht hier auch um Anrechnungsprobleme auf die Höchstarbeitszeit, die eine Erfassung von Arbeitszeiten voraussetzt.⁸¹ Arbeit lässt sich nunmehr stärker in die Übergänge ins Private verlagern. Diese Abgrenzungsfrage, wo Freizeit beginnt und Arbeit aufhört, wird damit zu einer weiteren zentralen Zukunftsfrage des Arbeitszeitrechts.

c) Zunehmende Spezialisierung

Zu diesen Problemen treten spezifische Bedürfnisse bei Tätigkeiten mit ungleichmäßigem Arbeitsanfall hinzu, wie etwa bei der Arbeit in Kliniken oder bei der Feuerwehr. Schließlich besteht ein Problem dort, wo einzelne Arbeitnehmer aufgrund von Spezialwissen oder besonderen Kompetenzen eigentlich rund um die Uhr als Ansprechpartner benötigt werden. Dass, sobald eine solche Konstellation dazu führt, dass der Arbeitnehmer gebraucht wird, obwohl er nicht mehr arbeiten darf, die Personalplanung und nicht das Arbeitszeitrecht das Problem ist, wird häufig nicht gesehen.

Das lässt sich am Beispiel verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen zeigen, die die behördliche Genehmigung von an sich nach § 9 ArbZG unzulässiger Sonntagsarbeit an zwei Standorten eines großen Versandhändlers betreffen.⁸² Dieser hatte beantragt, an allen vier Adventssonntagen Sonntagsarbeit durchführen zu dürfen, weil ansonsten die Paketflut in der Vorweihnachtszeit nicht zu beherrschen sei. Die Behörden genehmigten die Sonntagsarbeit, die Verwaltungsgerichte erklärten die Genehmigung für rechtswidrig.⁸³ Der Grund lag darin, dass es für niemanden überraschend ist, dass in der Vorweihnachtszeit mehr Pakete versendet werden als sonst. Dem betroffenen

75 Arbeit 3.0 – Arbeiten in der digitalen Welt, BITCOM 2011, S. 25 ff.

76 *Monz/Vogl*, Zeitschrift für Arbeitswissenschaft 74/2020, 178.

77 Dazu: *Haußmann*, RdA 2019, 131; *Bissels/Meyer-Michaelis*, DB 2015, 2331.

78 EuGH, 10.9.2015 – C-266/14 – NJW 2016, 145 (Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras /Tyco Integrated Security SL und Tyco Integrated Fire & Security Corporation Servicios SA).

79 EuGH, 10.09.2015 – C-266/14 – NJW 2016, 145 (Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras /Tyco Integrated Security SL und Tyco Integrated Fire & Security Corporation Servicios SA), Rn. 50.

80 Ausf. zum Problem der Dienstreise *Preis*, jM 2020, 367 ff. und *Preis/Schwarz*, Dienstreisen als Rechtsproblem, 2020.

81 Dazu auch: EuGH, 14.05.2019 – C-55/18 – NJW 2019, 1861 (CC.OO).

82 OVG Münster, 11.12.2019 – 4 A 738/18 – juris und VG Düsseldorf, 15.1.2018 –29 K 8347/15 – juris mittlerweile Revision zurückgewiesen durch BVerwG, 27.1.2021 – 8 C 3.20 – NZA-RR 2021, 290.

83 BVerwG, 27.1.2021 – 8 C 3.20 – NZA-RR 2021, 290, Rn. 23 ff.

Unternehmen gelang es auch nicht, darzulegen oder nachzuweisen, dass eine frühzeitige Personalplanung und die Einstellung befristeten Personals ohne Aussicht auf Erfolg gewesen wären. Im Grunde genommen hatte das Unternehmen dies lediglich substanzlos behauptet. Das reichte den Verwaltungsgerichten nicht aus, um das Vorliegen besonderer Verhältnisse iSd. § 13 Abs. 3 Nr. 2 lit. b ArbZG anzunehmen. Das Beispiel zeigt, dass zwischen extern und intern erzeugten Bedürfnissen nach sogenannter Arbeitszeitflexibilisierung differenziert werden muss.

5. Zwischenergebnis

Auf Arbeitnehmerseite hat sich das Interesse an einer Beschränkung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit, für die die gesetzliche Grenze in Deutschland bei durchschnittlich 48 Stunden liegt, sicher nicht erledigt. Es wird aber überlagert von Interessen an Planbarkeit und innerfamiliärer Koordinierung von Arbeitszeit. Das wird in Zukunft dazu führen, dass familiäre Vereinbarkeitskonflikte immer stärker in das Berufsleben Einzug halten, weil in Familien die gleichberechtigte Teilhabe am Erwerbsleben zunimmt. In rechtlicher Hinsicht geht es damit nicht mehr primär darum, diesen Konflikt durch eine Einschränkung der Erwerbstätigkeit, sondern eine möglichst bedürfnisgerechte Organisation und Verteilung der Arbeitszeit aufzulösen. Solche Abstimmungsprozesse erfordern aber die Möglichkeit, die Arbeitgeberseite entsprechend zu binden bzw. einzuschränken, was das Direktionsrecht hinsichtlich der Lage der Arbeitszeit betrifft.

Der Konflikt wird dadurch noch verschärft, dass ökonomische Rahmenbedingungen und eine veränderte Arbeitswelt, Arbeitgeber genau in die gegenteilige Richtung streben lassen. Auf Arbeitgeberseite möchte man die Spielräume für die werktägliche Arbeitszeit erweitern. Zudem geht es der Arbeitgeberseite um möglichst flexible und möglichst kurzfristige Möglichkeiten, den Arbeitnehmer rund um die Uhr für Arbeitsschritte, wenn auch nur kurzzeitig, aktivieren zu können. Bindungen hinsichtlich der zeitlichen Lage der Arbeitszeit sollen soweit möglich vermieden werden.

Der schonende Ausgleich dieser Interessen ist nicht einfach. Wichtig wäre aber, dass die rechtspolitische Diskussion ihre Verengung auf die Frage nach den Außenschranken des Direktionsrechts in Form des ArbZG aufgibt und sich auch des hier dargestellten Problems annimmt.

III. Die Rolle der Sozialpartner

Damit ist man dann auch bei der Rolle der Sozialpartner bei der Gestaltung der Arbeitszeit. Denn aktuell wird etwa im *Weißbuch Arbeiten 4.0* erwogen, die Lösung der genannten Probleme den Sozialpartnern als Interessenvertreter beider Gruppen und Zuständige für den Interessensausgleich zu übertragen.⁸⁴ Dazu sollen Experimentierräume im ArbZG geschaffen werden. Auf den ersten Blick ist diese Lösung charmant. Bei genauerer Betrachtungsweise ist sie im besten Fall naiv.⁸⁵ Das gilt nicht nur wegen der mangelnden Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie in einigen Wirtschaftssektoren (dazu unter 1.), sondern vor allem auf immanenten Defiziten des tariflichen Normsetzungsverfahrens (dazu unter 2.).⁸⁶ Insgesamt ist die Idee, die Sozialpartner Regelungen unterhalb des bestehenden Schutzniveaus des ArbZG treffen zu lassen, damit mindestens problematisch.⁸⁷

1. Funktionsfähige Tarifautonomie und tarifdispositives Arbeitszeitrecht

Der Erosionsprozess der Mitgliederzahlen in Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften in den letzten Dekaden ist zwar mittlerweile gestoppt, aber gleichwohl erheblich.⁸⁸ Die Tarifautonomie in Deutschland ist nunmehr bereits seit mehreren Dekaden strukturell geschwächt.⁸⁹ In einigen Branchen und Regionen stehen mittlerweile keine flächendeckenden Tarifverträge mehr zur Verfügung.⁹⁰ In manchen Bereichen ist den Gewerkschaften aufgrund der Auflösung einzelner Arbeitgeberverbände sogar der Sozialpartner abhandengekommen.⁹¹ Überall hier bringt eine Tariföffnung von vornherein nichts, weil die Akteure fehlen, die von ihr Gebrauch machen könn-

84 BMAS, Weißbuch Arbeiten 4.0, Stand: November 2016, Berlin 2016, S. 193.

85 Ulber D., SR 2018, 85 ff.

86 Ausf. Preis/Ulber D., FS Kempfen, 2013, S. 13 ff.

87 Dazu auch Ulber D., SR 2018, 85 ff.

88 Infografik Mitglieder in den Gewerkschaften des Deutschen Gewerkschaftsbundes von 1951 bis 2018; abrufbar unter: <https://www.dgb.de/uber-uns/bewegte-zeiten/geschichte-des-dgb/gewerkschaftsgeschichte-in-zahlen/++co++d6213e5a-a700-11e9-a996-52540088cada> (13.7.2021)

89 Dieke/Lesch, IW-Trends 3/2017, 25.

90 BT-Drs. 18/1558, S. 26.

91 Behrens/Helfen, Employers' Exit from Multi-Employer Bargaining. Organizational Change in German Employers' Association, in: Proceedings of the 9th IIRA European Congress, 29 June–1 July 2010, Copenhagen 2010.

ten. Und auch die kleineren Unternehmen der Digitalwirtschaft sind keine Domäne der Regulierung durch Tarifvertrag, bilden aber ein Feld ab, auf dem aufgrund der Digitalisierung besonderer Handlungsbedarf gesehen werden könnte. Insofern hilft der Rückgriff auf Tarifvertrag nur in einigen Branchen.

2. Immanente Defizite des Verhandlungsprozesses

Neben diesen Funktionsstörungen im Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite muss allerdings noch eine weitere Schwäche von Kollektivverträgen in den Blick genommen werden. Innerhalb von Kollektivvertragsparteien können Repräsentanzprobleme bestehen, die zu einer Benachteiligung einzelner Beschäftigtengruppen führen können.⁹² Gewerkschaften sind in erster Linie Interessenvertreter ihrer Mitglieder und keine dem Gemeinwohl verpflichteten Ersatzgesetzgeber. Bestimmte Personengruppen innerhalb von Gewerkschaften können durchaus gegenläufige Interessen verfolgen und damit besteht die Gefahr der mangelnden Berücksichtigung der Interessen von Minderheiten.⁹³ Gerade bei der Regulierung der Arbeitszeit sind daher differenzierende Regelungen, die die Interessen von Personengruppen mit Sorgearbeit in den Vordergrund rücken, nur begrenzt zu erwarten. Gesetzgeber und Tarifvertragsparteien können hier unterschiedliche Prioritäten setzen. Die bloße Hoffnung, das Problem könnte partiell durch Tarifverträge gelöst werden, scheint jedenfalls gegenwärtig nicht auszureichen, um auf gesetzliche Regelungen zu verzichten. Personen mit Betreuungskonflikten können auch nicht mehr darauf warten, ob das Problem irgendwann einmal durch einen Tarifvertrag für sie gelöst wird.

3. Auswirkungen auf kollektive Interessenvertretungen und Arbeitszeit

Der Interessenkonflikt in Bezug auf die Arbeitszeit dürfte auch auf einen Generationenkonflikt innerhalb des Arbeitnehmerlagers verweisen. In Deutschland besteht im Arbeitsrecht, wie auch in Tarifverträgen, ein langjährig geprägtes Denken in Altersstufen.⁹⁴ Diesen Grundpfeiler der Arbeitsbeziehungen in Deutschland hat bekanntermaßen der EuGH in den Nullerjahren geschliffen, weil das Unionsrecht die Altersdiskriminierung verbietet.⁹⁵ Gleichwohl hat man

die Vorgaben des EuGH partiell dadurch umschifft, dass man nunmehr auf die Betriebszugehörigkeit abstellt.⁹⁶

In einer überalterten und überalternden Gesellschaft⁹⁷ kann es, wenn man die Altersstruktur der Mitglieder von Gewerkschaften⁹⁸ in Rechnung stellt, nicht als gesichert angesehen werden, dass kollektive Vertragssysteme die Interessen von Personen mit betreuungsbedürftigen Personen in den Vordergrund rücken. Im Grunde genommen liegt nahe, dass umgekehrt der Interessenausgleich eher zu ihren Lasten ausgeht. Wer meint, dass Gewerkschaften Arbeitnehmervertreter seien und damit jegliches Interesse durch sie adäquat gewahrt werde, übersieht, wie heterogen die Zusammensetzung der Mitgliedschaft von Gewerkschaften einerseits ist⁹⁹ und wie stark Mehrheitsgruppierungen bei einer mitgliederorientierten Tarifpolitik die Interessen von Minderheiten nivellieren können. Das wird auch etwa an der kurzen Vollzeit, wie sie die IG Metall als großen tarifpolitischen Erfolg erreicht hat, deutlich.¹⁰⁰ Diese Regelung mag man würdigen, für Personen mit Betreuungsbedarf bringt sie allenfalls – wenn überhaupt – versehentlich etwas. Im Gegenteil werden auf Arbeitgeberseite zur Verfügung stehende Flexibilisierungsspielräume für familiengerechte Arbeitszeitmodelle, nun von Personen »verbraucht«, die keinen Betreuungskonflikt haben. Und Personen, die wegen echter Betreuungskonflikte bereits in Teilzeit sind, dürften ebenfalls keinen Nutzen aus diesem Instrument ziehen können. Es wäre zudem verheerend, wenn Beschäftigten mit Betreuungskonflikt von der Arbeitgeberseite nunmehr entgegengehalten wird, eine bedürfnisgerechte Arbeitszeit sei für sie nicht mehr zu organisieren, weil eine Vielzahl von Arbeitnehmern ohne Betreuungskonflikt diese durch Inan-

92 Schiek, in: Däubler (Hrsg.), TVG, 3. Aufl., Baden-Baden 2012, Einl. Teil C Rn. 233.

93 2020 lag der durchschnittliche Frauenanteil aller DGB-Gewerkschaften laut Angaben des DGB bei 34,1 %, bei der IG Metall z.B. lag er bei 18,2 % Quelle: <https://www.dgb.de/uber-uns/dgb-heute/mitgliederzahlen/2020-2029>, (13.7.2021).

94 ZB. § 14 Abs. 3 TzBfG und § 1 KSchG.

95 EuGH, 22.11.2005 – C-144/04 – Slg. 2005, I-9981 (Mangold).

96 Beispiel Abfindungen: *Laßmann/Riegel*, Interessenausgleich und Sozialplan, Düsseldorf 2017, S. 106 ff.

97 BT-Drs. 14/8800.

98 *Dieke/Lesch*, Gewerkschaftliche Mitgliederstrukturen im europäischen Vergleich, IW-Trends 3/2017, Köln 2017, S. 29 f.

99 Übersichtlich dazu: *Ebbinghaus/Göbel/Koos*, Mitgliedschaft in Gewerkschaften: Inklusions- und Exklusionstendenzen in der Organisation von Arbeitnehmerinteressen in Europa, Mannheimer Zentrum für Europäische Sozialforschung, Mannheim 2008.

100 IG Metall, Metallzeitung, 1.9.2018, <https://www.igmetall.de/service/publikationen-und-studien/metallzeitung/waehle-jetzt-deine-arbeitszeit> (13.7.2021).

spruchnahme kurzer Vollzeit oder ähnlicher Modelle »verbraucht« hat. Eine undifferenzierte Forderung nach mehr Arbeitszeitsouveränität für alle Arbeitnehmer schafft daher auch Probleme und erweist sich letztendlich unter Umständen sogar als problematisch, solange nicht die Personengruppen, die besondere Interessen haben, hinreichend davor geschützt sind, dass zu ihren Gunsten bestehende Flexibilisierungspotentiale nivelliert werden.

Darin liegt ein weiterer Grund, der dagegenspricht, das Regulierungsproblem familiengerechter Arbeitszeit dem tarifautonomen Interessenausgleich allein zu überlassen. Im Gegenteil scheint aus diesem Grund der Weg zur Lösung des Problems nur durch eine gesetzliche Regelung zu bestehen.

4. Schlussfolgerungen für das Arbeitszeitrecht

Damit ist man letztendlich beim Befund, dass die gegenwärtig geltenden Normen vom Gesetzgeber eigenständig angepasst werden müssen und er den Tarifvertragsparteien nicht seine unerledigten Hausaufgaben übertragen sollte.

IV. Gegenwärtig diskutierte Lösungen der Zukunftsfragen des Arbeitszeitrechts

Für die hier dargestellten Interessenkonflikte sind im rechtspolitischen Diskurs durchaus Lösungsvorschläge unterbreitet worden. Einige davon sollen hier näher betrachtet werden. Besondere Beachtung soll dabei die Frage finden, welchen Beitrag diese Vorschläge zur Lösung des geschilderten Konflikts um die Lage der Arbeitszeit leisten.

1. Abschaffung der werktäglichen Höchst Arbeitszeit

Verbreitet findet sich der Vorschlag, man solle die gesetzliche Höchst Arbeitszeit von acht Stunden in § 3 ArbZG einfach streichen.¹⁰¹ Vielmehr solle lediglich eine durchschnittliche wöchentliche Höchst Arbeitszeit von 48 Stunden vorgegeben werden und im Übrigen lediglich eine tägliche Ruhezeit von elf Stunden.¹⁰² Diese soll allerdings bei unwesentlicher kurzzeitiger Inanspruchnahme, etwa durch ein Telefonat oder das Beantworten einer Mail, nicht als unterbrochen gelten.¹⁰³ In Österreich ist man schon weiter.¹⁰⁴

Zweifelsohne löst man auf diesem Weg die Probleme auf Arbeitgeberseite. Damit wird eine 78 Stundenwoche ebenso möglich, wie den Arbeitnehmer rund um die Uhr als intellektuelle Reserve vorzuhalten. Spontan nicht ersichtlich ist, welchen Nutzen diese Anpassungen für die Arbeitnehmer haben sollten. Hier wird argumentiert, diese Regelungen würden es für Arbeitnehmer ermöglichen, etwa an drei Tagen 38,5 Stunden zu arbeiten und damit ihre Arbeitsleistung innerhalb einer Dreitageweche zu erbringen.¹⁰⁵ Das sei ein für viele Familien vorzugswürdiges Modell.¹⁰⁶ Auch könne Arbeitszeit nunmehr besser zur Bewältigung von Betreuungskonflikten verteilt werden. Unglücklicherweise hat diese Argumentation einen Pferdefuß. Wer nämlich in den gegenwärtigen Vorschlägen dieser Art einen Anspruch von Arbeitnehmern sucht, eine derartige Verteilung der Arbeitszeit zu verlangen, bleibt ratlos zurück.

Ruft man sich die Reichweite des Direktionsrechts in Erinnerung, dann wird deutlich, worin das eigentliche Problem einer einseitigen Ausweitung der Handlungsoptionen der Arbeitgeberseite im Arbeitszeitrecht besteht. Sie führt zu keinerlei Verbesserung der bestehenden Vereinbarkeitsprobleme. Sie erweitert lediglich das Direktionsrecht. Das aber ist kontraproduktiv, wenn man sich mehr Beschäftigungschancen für Personen mit Betreuungskonflikten wünscht. Denn wenn Arbeitnehmer damit rechnen müssen, dass der Arbeitgeber einen noch größeren Freiraum zur Zuweisung von Arbeit erhält, muss die Reaktion von Arbeitnehmern mit Familie erst Recht eine Flucht in die Teilzeit bzw. eine weitere Reduktion ihrer Arbeitszeit verbunden mit einem Antrag auf eine konkrete Lage der Arbeitszeit sein. Betreuungskonflikte werden so nicht gelöst, sondern verschärft. Das ArbZG ist damit die falsche Stellschraube zur Lösung des Problems.

101 Jacobs, NZA 2016, 733, 736; Jacobs, Schutz vor psychischen Belastungen durch die Individualisierung des Arbeitszeitrechts, Baden-Baden 2019, S. 57 ff.; Günther/Böglmüller, NZA 2015, 1025, 1028.

102 BDA, Positionspapiere zur Digitalisierung von Wirtschaft und Arbeitswelt, Berlin Mai 2015, 3, BDA zum Grünbuch »Arbeiten 4.0«, Berlin November 2015, 6 sowie BDA zum Weißbuch »Arbeiten 4.0«, Berlin Dezember 2016, 3; BDA, Germany Reloaded, Berlin 2018, 22 f.

103 Baeck/Winze, NZA 2020, 96, 99; Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052, 2054.

104 Mittlerweile umgesetzt (seit 1.9.2018): § 4 AZG Andere Verteilung der Normalarbeitszeit.

105 Bissels/Meyer-Michaelis, DB 2015, 2331, 2333.

106 Steffan, NZA 2015, 1409, 1412 f.; Bissels/Meyer-Michaelis, DB 2015, 2331, 2333.

2. Die Brückenteilzeit

Einen Teilaspekt der dargestellten Vereinbarkeitsprobleme soll die Brückenteilzeit lösen. Sie sieht vor, dass Arbeitnehmer für einen befristeten Zeitraum einen Antrag auf Teilzeit stellen können und danach wieder zur Vollzeit zurückkehren können.¹⁰⁷ Die Interessen des Arbeitgebers sollen durch eine Ablehnungsmöglichkeit bei überwiegenden betrieblichen Belangen, Ankündigungsfristen und eine von Anfang an festgelegte Dauer der Teilzeit gewahrt werden. Dieses Modell ist vor dem Hintergrund des oben angesprochenen gesellschaftlichen Interesses, Teilzeitarbeitsverhältnisse so weit wie möglich zu vermeiden, begrüßenswert. Es stellt einen Ausweg aus der Teilzeitfalle dar. Rechtspolitisch umstritten ist hingegen, ob die Arbeitgeberinteressen hier hinreichend gewahrt werden.¹⁰⁸ Nicht zu verkennen ist, dass die Brückenteilzeit keinen individuellen Betreuungskonflikt voraussetzt, sondern von allen Arbeitnehmern in Anspruch genommen werden kann. Das kann zu Folgeproblemen und Interessenkonflikten führen, wenn Arbeitgeber bei starker Inanspruchnahme des Instruments Personen mit Betreuungskonflikten keine weitere Arbeitszeitanpassung mehr gewähren (können), weil Personen ohne Betreuungskonflikte das dafür zur Verfügung stehende Flexibilisierungspotential bereits verbraucht haben. Die Brückenteilzeit macht daher eine Einschränkung des Weisungsrechts bei der Lage der Arbeitszeit für diese Personengruppen nicht obsolet und löst das Grundproblem auch nur teilweise.

3. Tarifdispositivität

Diskutiert wird auch immer wieder über eine stärkere Tarifdispositivität des ArbZG als Option für flexiblere Arbeitszeitmodelle in der Praxis. Zweifelsohne haben Kollektivverträge bei der Regulierung der Arbeitszeit eine eminente Bedeutung. Gleichwohl erscheint aus den an anderer Stelle dargestellten Gründen eine solche Vorgehensweise schon verfassungsrechtlich und unionsrechtlich bedenklich. Vor allem aber wäre sie wohl mit Blick auf den Schutzzweck des Gesetzes kontraproduktiv. Das zeigt, dass der Gesetzgeber bei Abweichungen Leitplanken einziehen muss, die dazu führen, dass ein obligatorischer (Freizeit-) Ausgleich bei Abweichungsbefugnissen vorgesehen werden muss, wenn man das ArbZG anpasst. Das gilt auch und gerade gegenüber den Tarifvertragsparteien, weil der Gesundheitsschutz nicht zum Verrechnungsfaktor in Tarif-

verhandlungen degeneriert werden darf. Eine Experimentierklausel, so wie sie der Koalitionsvertrag für diese Legislatur vorsah, wäre daher sowohl verfassungs- wie auch unionsrechtswidrig. Auf ihrer Basis abgeschlossene Tarifverträge wären nichtig. Wer der Praxis Flexibilisierungspotentiale durch Tarifvertrag verschaffen möchte, muss daher den Weg einer relativ stark durch gesetzliche Leitplanken begleiteten Öffnung gehen. Auch diese Möglichkeiten werden aber nicht dazu führen, dass individuelle Betreuungskonflikte besser gelöst werden können. Diese werden nicht durch ein zu viel an Arbeitszeitschutz, sondern zu wenig Selbstbestimmung der betroffenen Beschäftigten hinsichtlich der Lage ihrer Arbeitszeit verursacht.

4. Vereinbarkeit von Familie und Beruf

Das eigentliche Problem liegt damit in der Weite des Direktionsrechts nach § 106 S. 1 GewO. Dieses muss eingeschränkt werden, und zwar nicht für alle Beschäftigten, sondern primär und vorrangig hinsichtlich Personen mit Betreuungskonflikten. Dass ungeachtet dessen Arbeitszeitouveränität ein Thema für alle Beschäftigten ist, sollte nicht verkannt werden. Nur müssen die Prioritäten dort gesetzt werden, wo die Probleme am drängendsten sind.

Von eminenter Bedeutung wird angesichts der veränderten Familienmodelle und zunehmender gleichberechtigter Teilhabe (oder doch zumindest dem Bedürfnis hiernach) am Arbeitsmarkt die weitere Anpassung des Arbeitszeitrechts an diese veränderten gesellschaftlichen Realitäten sein. Hinsichtlich der besseren Vereinbarkeit von Betreuung und Beruf ist sicherlich das Gesetz zur Brückenteilzeit ein erster sinnvoller Baustein. Wenn Arbeitnehmer befristet in Teilzeit gehen und aus dieser wieder zurückkehren können, wird dies einen Teil der bestehenden Vereinbarkeitsprobleme lösen. Insgesamt muss aber die Arbeitszeit flexibler strukturiert werden. Das betrifft kurz-, mittel- und langfristige Aspekte. Dazu soll hier ein Überblick über einige denkbare Lösungsansätze gegeben werden.

¹⁰⁷ BT-Drs. 19/3452, gültig seit dem 1.1.2019 – § 9a TzBfG.

¹⁰⁸ Dafür: *Bayreuther*, NZA 2018, 1577; *Benkert*, NJW-Spezial 2018, 396; dagegen: *Baack/Winzer/Abend*, NZG 2018, 816; *Boecken/Hackenbroich*, DB 2018, 956.

a) Lebensarbeitszeitkonten

Nachdenken kann man etwa über Lebensarbeitszeitkonten¹⁰⁹, in denen in bestimmten Berufsphasen Arbeitszeit nicht vergütet wird, sondern etwa bei den Sozialversicherungsträgern »eingezahlt« wird. Reduziert der Arbeitnehmer später im Leben seine Arbeitszeit, kann ihm dieses Guthaben ausbezahlt werden. Bleibt es unaufgebraucht, so erhöht sich die Altersrente. Mit diesem Instrument könnten Beschäftigte ihre Lebensphasen besser selbstbestimmt gestalten. Auch die mit Teilzeitarbeit verbundenen sozialpolitischen Folgeprobleme könnten gedämpft werden. Zumindest bei Geringverdienenden könnte man auch an eine staatliche Förderung denken. Damit verringern sich zwar die ökonomischen Probleme. Auch dieses Konzept ist letztendlich aber das einer Ausweichbewegung, die eine Umorganisation von Arbeitszeit und ihrer Lage vermeiden hilft bzw. zur Bewältigung einer Verweigerung eines solchen Vorgehens dient.

b) Anspruch auf Festlegung einer bestimmten Lage der Arbeitszeit

Von zentraler Bedeutung ist damit eine Stärkung der Arbeitszeitsouveränität. Nach der bislang im TzBfG geregelten Rechtslage kann ein Teilzeitantrag mit einem Antrag auf eine bestimmte Lage der Arbeitszeit verbunden werden. Allerdings ist es nicht möglich, und hier besteht Nachbesserungsbedarf, ohne einen Teilzeitantrag einen »nackten« Antrag auf Festlegung der Lage der Arbeitszeit zu stellen. Dies sollte geändert werden, soweit ein solcher Antrag von Beschäftigten gestellt wird, die Sorgearbeit leisten.

c) Recht auf Nichtarbeitszeit

Häufig geht es Beschäftigten zudem gar nicht darum, dass sie zu bestimmten Zeiten arbeiten wollen, sondern darum, als dass sie zu bestimmten Zeiten nicht arbeiten wollen.¹¹⁰ Wer sich morgens um die Kinder kümmert, dem kann die Zusage nicht vor 9:00 Uhr mit der Arbeit beginnen zu müssen ausreichen, wenn nachmittags der Partner die Betreuung übernimmt. Umgekehrt kann diesem die Zusage reichen, nicht in einem bestimmten Zeitraum am Nachmittag beschäftigt zu werden. Daher ist es sinnvoll über einen komplementären Anspruch auf eine sog. Nichtarbeitszeit nachzudenken. Dieser kann ebenfalls helfen, Betreuungskonflikte zu vermeiden, weil für bestimmte Zeiträume von Sorgearbeit eine Freistellung von der Arbeitsverpflichtung erreicht werden kann. Ein

solcher Anspruch würde das Direktionsrecht im Übrigen auch möglicherweise weniger beschneiden, weil nur die Konfliktzeiten gesperrt werden. Dem Arbeitgeber bleibt mehr Spielraum als bei einer starren Lage der Arbeitszeit.

d) Klarstellung des Direktionsrechts hinsichtlich der Lage der Arbeitszeit

Zudem wird kein Weg daran vorbeiführen, das Direktionsrecht des Arbeitgebers insoweit einzuschränken, als dass eine Änderung der Lage der Arbeitszeit einer strengeren Billigkeitskontrolle unterzogen wird, wenn sie gegenüber Personen ausgeübt wird, die Betreuungspflichten haben. Weisungen, die zu Betreuungskonflikten führen, sollten nur zulässig sein, wenn zunächst versucht wurde, allen anderen Personen ohne Betreuungskonflikte andere Arbeitszeiten zuzuweisen. Insoweit sollte den Arbeitgeber nicht nur die Darlegungs- und Beweislast treffen, sondern auch der Nachweis eines Mindestmaßes an betrieblicher Organisation, das derartige Probleme zumindest zu vermeiden sucht. Und umgekehrt sollten Personen die Sorgearbeit leisten, deutlich in ihrer Möglichkeit gestärkt werden, die Lage ihrer Arbeitszeit vorab festzulegen oder selbst zu bestimmen, solange die Sorgearbeit geleistet wird.

e) Anreize zur Rückkehr in Vollzeit

Des Weiteren müssen Anreize für Beschäftigte gesetzt werden, Teilzeitarbeitsverhältnisse möglichst wieder auf Vollzeit aufzustoßen. Insoweit ist sicherlich ein Schritt in die richtige Richtung, dass der Gesetzgeber die Beweislastverteilung in § 9 TzBfG leicht verändert hat, sodass nunmehr die Arbeitgeberseite darlegen und beweisen muss, dass kein freier Arbeitsplatz vorhanden ist, bzw. es an der gleichen Eignung der den Antrag auf Arbeitszeitverlängerung Stellenden fehlt. Indes wird mit Recht darauf hingewiesen, dass dies nur eine leichte Verbesserung der geltenden Rechtslage ist¹¹¹, die das Grundsatzproblem nicht löst. Es muss zu den zentralen Aufgaben des Arbeitszeitrechts gehören, unfreiwillige Teilzeitarbeit so weit wie möglich zurückzudrängen und Hindernisse zu beseitigen,

109 Dazu ausf. Gerhartsreiter, Arbeitszeitkonten zur Flexibilisierung der betrieblichen Arbeitszeit (Flexikonten) – Darstellung und Untersuchung des rechtlichen Rahmens arbeitsvertraglich vereinbarter Flexikonten, Hamburg 2019 (zugl. Hamburg, Univ., Diss. 2019); Steffan, NZA 2015, 1409, 1411.

110 Brauner et al., BAuA-Arbeitszeitbefragung: Arbeitszeitwünsche von Beschäftigten in Deutschland, Dortmund 2018, S. 47.

111 Krit. Bayreuther, NZA 2018, 566, 567.

die einer Aufnahme von Vollzeitarbeit oder doch jedenfalls einer Tätigkeit in einem Umfang, die langfristig zu einer auskömmlichen Altersrente führt, entgegenstehen.

f) Flexible Arbeitszeit durch Stückelung und Bündelung

Zuletzt die wohl schwierigste Frage: Soll man eine nach dem Unionsrecht mögliche Stückelung der Arbeitszeit über den Tag bzw. Mehrarbeit an einzelnen Tagen zulassen, um Arbeitnehmern zu ermöglichen, ihre Arbeitszeit flexibler und interessengerechter einzuteilen?

Bei Arbeitnehmervertretern lösen solche Überlegungen nicht unberechtigte Angstreflexe aus, weil man sich sowohl mit der zugrunde liegenden Argumentation schwertut, als auch fürchtet, dass es zu Missbrauch solcher Möglichkeiten kommt.¹¹² Wer allerdings die Regelungsnotwendigkeit bestreitet, blendet Arbeitsrealitäten und Bedürfnisse von Menschen aus. Echte Arbeitszeitsouveränität zu sichern ist auch rechtstechnisch etwas anderes, als die Außengrenzen des ArbZG zu schleifen. Man muss den Gesundheitsschutz für alle überhaupt nicht antasten, ja noch nicht einmal bestehende Normen anpassen, um bestimmten Beschäftigtengruppen mehr Autonomie bei der Verteilung ihrer Arbeitszeit zu gewähren. Dafür sind an diese Personengruppen adressierte Sonderregelungen möglich, die weder tarifvertraglicher Regelungsvorbilder bedürften, noch durch Tarifvertrag entwickelt werden müssen.

An Betreuungslagen anknüpfende Rechte von Arbeitnehmern auf Unterbrechung ihrer Arbeitszeit kann man sich daher durchaus vorstellen. Diese würden es den Betroffenen überlassen zu entscheiden, ob und in welchem Umfang sie ihre Arbeitszeit anders gestalten wollen.

Es geht hier anders als bei einer Lösung über die Aufgabe der werktäglichen Höchstarbeitszeit auch gerade nicht darum, die arbeitsschutzrechtlichen Höchstgrenzen hinsichtlich der Höchstarbeitszeit oder hinsichtlich der Ruhezeiten zu sprengen. Es soll lediglich ermöglicht werden, die Arbeit zu unterbrechen, etwa um Kinder von der Kita abzuholen, und die Arbeit später wieder aufnehmen zu können. Und sollte man dafür tatsächlich eine Abweichung von der Ruhezeit benötigen, was als pauschale Annahme zu bezweifeln ist, dann sollte diese davon abhängig gemacht werden, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer auch tatsächlich Arbeitszeiten zuweist, die hinsichtlich ihrer Lage den Betreuungskonflikt des Arbeitnehmers lösen. Für alle anderen Beschäftigten braucht man dafür das geltende Recht nicht zu ändern.

V. Fazit

Das Arbeitszeitrecht steht unter Anpassungsdruck. Dieser wird in Zukunft durch den drohenden Fachkräftemangel noch verschärft.¹¹³ Das geltende Recht bietet gleichwohl bereits heute ein erhebliches, tw. ungehobenes Flexibilisierungspotential. Die zweifelsohne bestehenden Probleme, die die Digitalisierung der Arbeitswelt im Arbeitszeitrecht bereitet, müssen und können in unionsrechtskonformer Weise nicht durch seinen Abbau, sondern nur durch seinen Umbau gelöst werden. Wer das Thema rechtspolitisch instrumentalisiert, um, unter dem Deckmantel der Anpassung an veränderte wirtschaftliche Umstände, geltende arbeitsschutzrechtliche Standards zurückzudrängen, handelt nicht nur unverständig, sondern im Regelfall auch außerhalb dessen, was das geltende Unions- und Verfassungsrecht zulassen. Das gilt auch und gerade für »Experimente« am Gesundheitsschutz durch Tarifverträge.

Lösbar sind allerdings die Konflikte um die Lage der Arbeitszeit. Hier können Chancen liegen, die Vereinbarkeit von Sorgearbeit und Beruf zu verbessern und dadurch auch bisher verlorene Beschäftigungspotentiale zu heben. Wer stärker bestimmen kann, wann und wo er arbeitet, wird im Zweifelsfall mehr Arbeitsleistung zur Verfügung stellen können. »Leisten« sich Beschäftigte aus diesem Grund eine Ausweitung ihres Arbeitsvolumens, können auch Arbeitgeber davon profitieren. Die Sozialversicherung profitiert ebenfalls. Und begreift man das Arbeitszeitrecht nicht nur als Gesundheitsschutz, sondern als Sicherung eines Mindestmaßes an sozialer, kultureller und gesellschaftlicher Teilhabe, dann dürfen auch diese Effekte nicht geringgeschätzt werden. Eine demokratische Gesellschaft lebt vom Diskurs und der zumindest prinzipiellen Möglichkeit aller, an diesem teilzunehmen. Nicht zuletzt, diese zu sichern, kann und sollte eine Aufgabe des Arbeitszeitrechts auch in Zukunft sein.

112 DGB, Arbeitszeiten: Schon heute flexibel und fair möglich, <https://www.dgb.de/themen/++co++2771b248-f65c-11e5-bbaa-52540023ef1a> (7.6.2021).

113 Vgl. etwa Malin et al., KOFA-Studie 2/2019 – Fachkräfteengpässe in Unternehmen, Köln 2019.

Hegels Rechtsphilosophie und das soziale Recht

Prof. Dr. Dr. hc. Eberhard Eichenhofer, Friedrich-Schiller-Universität Jena

I. Fragestellung

1821 – also vor genau 200 Jahren – erschienen *Hegels* »Grundlinien einer Philosophie des Rechts« (RPh) – ein bis heute kontroverses Werk. Schon sein Erscheinen löste unterschiedliche Reaktionen aus und seit Anbeginn war seine Bedeutung für die Rechts- und Sozialphilosophie umstritten. Die sie einleitende Aussage erregte besonders Anstoß: »Was vernünftig ist, das ist wirklich; und was wirklich ist, das ist vernünftig«¹. Darin entsagt *Hegel* utopischem Denken als dem Versuch, »einen Staat, wie er seyn soll, konstruieren zu sollen«². Er versteht stattdessen »den Staat als ein in sich Vernünftiges«³ und diesen habe die Rechts- und Sozialphilosophie zu begreifen. Staat und Recht werden von *Hegel* als vernünftig verstanden und er will auch zeigen, warum dies so ist und woraus dies folgt.

Viele lasen diesen Satz als eine Anbiederung an das reaktionäre Preußen. *Ernst Bloch*⁴ nannte *Hegel* deshalb einen »preußischen Staatsphilosophen«. Die Aussage zeige ein »Janusgesicht«: Ihr Anfang sei revolutionär, ihr Ende dagegen reaktionär⁵. *Hegel* wurde aber auch kritisiert, den preußischen Staat seiner Zeit fälschlich als konstitutionelle Monarchie – und damit als »Republik in monarchischem Gewand« – bezeichnet zu haben, wiewohl sich Preußen erst nach 1848 eine Verfassung gab.⁶ *Ferdinand Lassalle* dagegen belobigte *Hegels* RPh als »Versuch, das Recht als einen vernünftigen, sich aus sich selbst entwickelnden Organismus nachzuweisen«. Sie habe so »die positive Rechtswissenschaft selbst vom philosophischen Gedanken zu entwickeln und zu erzeugen«⁷ geholfen.

Karl Marx schätzte *Hegels* Werk als »kritische Analyse des modernen Staats und der mit ihm zusammenhängenden Wirklichkeit«, kritisierte es aber als »spekulative Rechtsphilosophie«⁸. *Hegel* folge dem Idealismus, wenn er die sozialen Konflikte seiner Zeit zwar sehe, daraus aber keine praktischen Konsequenzen ziehe. Dagegen postulierte *Marx*, dass der »Mensch das höchste Wesen für den Menschen« sei, woraus der »kategorische Imperativ« fol-

ge, »alle Verhältnisse umzuwerfen, in denen der Mensch ein erniedrigtes, ein geknechtetes, ein verlassenes, ein verächtliches Wesen ist«⁹. *Marx* behauptete damit, Recht solle statt aus der Analyse von Staat und Gesellschaft aus den alltäglichen Lebensumständen der Menschen und damit letztlich durch Sozialkritik erschlossen werden. Ist nicht solches Unterfangen eher spekulativ?

Hegels Werk ist für das soziale Recht bedeutsam. Denn er veranschaulicht darin, wie der zu seinen Lebzeiten entfaltete liberale Staat in den sozialen Staat übergeht. Er beschreibt damit die Zäsur, wie der sich zu *Hegels* Lebzeiten entfaltende Kapitalismus in einen Wohlfahrtsstaat überführt wurde, und legte die Gründe dafür dar. *Hegel* erfasste also schon zu Anfang des 19. Jh. die Veränderungen, welche sich im 20. Jh. weltweit zutragen.

Die RPh bezeugt deshalb nicht die servile Anpassung *Hegels* an die in Preußen vorherrschenden Machtverhältnisse seiner Zeit, sondern offenbart einen Weitblick für die Entwicklungen einer sich tiefgreifend wandelnden Gesellschaft. Für die geistigen Bemühungen um das soziale Recht ist diese Schrift also von nachgerade elementarer Bedeutung. Sie ist allerdings in Anlage und Argumentationsduktus »außerordentlich schwer zugänglich«¹⁰. Sie soll deshalb in ihren Kernaussagen im Folgenden zunächst eingehend dargelegt und sodann in ihrer Tragweite für das soziale Recht gewürdigt werden.

1 Vorrede.

2 Vorrede.

3 Vorrede.

4 *Bloch*, Ernst *Naturrecht und menschliche Würde*, Frankfurt aM. 1972, S. 140 ff.

5 *Bloch* (Fn. 4), S. 150.

6 *Schubarth*, in: Riedel (Hrsg.), *Materialien zu Hegels Rechtsphilosophie*, Bd. 1, Frankfurt aM. 1975, S. 249, 250 ff.

7 *Lassalle*, in: Riedel (Fn. 6), S. 411, 414.

8 *Marx*, *Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie*, in: *Marx/Engels*, Werke, Bd. 1, Ost-Berlin 1972, S. 378, 384.

9 *Marx* (Fn. 8), S. 388.

10 *Ilting*, *Die Struktur der Hegelschen Rechtsphilosophie*, in: Riedel (Hrsg.), *Materialien zu Hegels Rechtsphilosophie*, Bd. 2, Frankfurt aM. 1975, S. 52 ff.

Die RPh bestimmt das Recht zunächst als Abstraktum, das aber zugleich durch Moralität und Sittlichkeit geprägt ist. *Hegel* gab damit der überkommenen Unterscheidung von bürgerlicher Gesellschaft und Staat eine neue Wendung. Die Gesellschaft wird als Ort gemeinsamer Freiheitsentfaltung und der Staat als »Wirklichkeit der konkreten Freiheit« bestimmt (II). Die bürgerliche Gesellschaft verbindet die Menschen mit ihren Unterschieden zum wechselseitigen Nutzen; dies beruht auf den Ungleichheiten unter den Menschen und die Verbindung schafft und vertieft diese Ungleichheiten zugleich (III). Eine von sozialen Konflikten geprägte Gesellschaft (IV) fordert zu deren Überwindung den Staat, der soziale Aufgaben wahrnimmt und soziale Rechte begründet (V). Damit trug *Hegel* zur Entwicklung und Herleitung des sozialen Rechts Entscheidendes bei (VI).

II. Bürgerliche Gesellschaft und Staat

1. Recht, Freiheit und Wirklichkeit

»Die Idee des Rechts ist die Freiheit« (§ 1 RPh). Sie umfasst den Begriff des Rechts und seine Verwirklichung. Ausgangs des 18. Jh. wurden die Menschenrechte revolutionär durchgesetzt. Diese entstammten der Einsicht, dass die Menschen nicht primär Pflichten ausgesetzt sein, sondern Träger von Rechten werden sollten. Einzig die Autonomie befähigt die Menschen zu selbständigem Leben. Rechte sichern den Einzelnen nicht primär staatsfreies Handeln oder bewahren vor staatlicher Bevormundung, sondern befähigen zur Selbstbestimmung. *Hegel* greift diesen Impuls auf und rückt ihn in den Mittelpunkt seines Rechtsverständnisses.

In ihm geht es zunächst um das Verhältnis von Recht und Wirklichkeit. Das Recht der Person wird zunächst als »abstraktes Recht« bestimmt, weil darin das abstrakte, formelle, allgemeine Wollen Ausdruck findet¹¹. »Dieß, daß ein Daseyn überhaupt, Daseyn des freien Willens ist, ist das Recht. – Es ist somit überhaupt die Freiheit, als Idee« (§ 29 RPh). Recht ist der Inbegriff aller Rechte aller Einzelner¹² und damit zugleich und vor allem: »die konkrete Freiheit des Menschen in seiner Gesellschaft«¹³. Der rechtlich anerkannte und geschützte Wille ist nicht als persönliche Willkür, sondern als Einheit des vernünftigen Willens mit dem einzelnen Willen zu verstehen. Freiheit ist nicht Beliebigkeit zu unvernünftigem Tun, sondern

tätiger Vernunftgebrauch. Recht und Freiheit gehen so als »tätiger Prozess der Selbstbestimmung zusammen«¹⁴: »Die Freiheit ist das Recht«¹⁵.

Anders als *Kant* und *Rousseau*¹⁶ sieht *Hegel* die Freiheit daher nicht als die in der Person begründete subjektive Berechtigung, sondern eine in den Rechtsverhältnissen angelegte und verwirklichte Stellung jedes und jeder Einzelnen. Wille und Tat gehen deshalb zusammen, weil Freiheit nur in Bezug auf andere sinnvoll ist. Freiheit ist die »Einheit von Intelligenz und Wollen, theoretischer und praktischer Vernunft«¹⁷. Sie kann nur sozial gedacht werden als eine allen Berechtigten zukommende Befugnis.

Das Rechtsverständnis wandelt sich: »Hat jemand kein Interesse als sein formelles Recht, so kann dieses reiner Eigensinn seyn, wie einem beschränkten Herzen und Gemüthe oft zukommt, denn der rohe Mensch steift sich am Meisten auf sein Recht, indeß der großartige Sinn darauf sieht, was die Sache sonst noch für Seiten hat« (§ 37 RPh Z). Die ihrer Stellung inne gewordenen, geläuterten Rechtsinhaber sehen nicht nur das eigene Recht und auf den eigenen Vorteil, sondern setzen das eigene Recht zu den Rechten anderer in Bezug.

2. Hegel und das Naturrecht

Hegel überwand damit die Naturrechtslehre.¹⁸ Er unterschied »philosophisches Recht« und »gesetztes Recht«, die er zugleich aufeinander bezieht. Freiheit entfaltet sich in Recht, Moralität wie Sittlichkeit (§ 33 RPh) und steht in der Geschichte.¹⁹ Das Recht leitet sich deswegen nicht aus einem vorgestellten Naturzustand her. »Die Beschränkung, die der einzelne Mensch durch das Recht erfährt, ist also die Einschränkung des isolierten Individuums zu seiner Gesellschaft«²⁰. Freiheit wird zur Basis von Recht,

11 *Vieweg*, Das Denken der Freiheit. Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts, Paderborn 2012, S. 99.

12 *Riedel*, in: ders. (Fn. 10), S. 109 f.; *Vieweg* (Fn. 11), S. 24 ff.

13 *Liebrucks*, in: *Riedel* (Fn. 10), S. 13, 35.

14 *Vieweg* (Fn. 11), S. 43.

15 *Binder*, in: *Binder/Busse/Larenz*, Einleitung in Hegels Rechtsphilosophie, Berlin 1931, S. 56, 68.

16 *Liebrucks* (Fn. 13), S. 13 ff.; *Bobbio*, in: *Riedel* (Fn. 10), S. 81, 100.

17 *Binder* (Fn. 15), S. 64.

18 *Bobbio*, in: *Riedel* (Fn. 10), S. 86 ff.

19 *Liebrucks* (Fn. 13), S. 16; *Bobbio*, in: *Riedel* (Fn. 10), S. 90 f.

20 *Liebrucks* (Fn. 13), S. 44.

Moral und Sittlichkeit; diese findet ihre Grundlage im Volk, das der Freiheit des Einzelnen vorausgeht, weil sie darin gründet²¹.

Wie *Kant* und *Hobbes* geht *Hegel* davon aus, dass die Menschen als Träger von Rechten ihre Mitmenschen als Personen anerkennen²². »Die Person weiß sich in ihrer Einzelheit als das Freie und Allgemeine; darin liegt, daß sie auch die anderen als Personen als Erscheinungen der Allgemeinheit und Freiheit, weiß.«²³ *Hegel* geht darin nicht so weit wie später *Pierre-Joseph Proudhon*, dem die Freiheit und Solidarität identisch sind, weswegen die Freiheit aller die umfassende Pflicht zur Hilfe für alle²⁴ begründe.

Aber auch für *Hegel* ist die Freiheit nicht entscheidend das Recht Einzelner, sondern vielmehr das Recht aller. Freiheit und Gemeinschaft sind deshalb verbunden, weshalb das Füreinander-Einstehen der Menschen in einer Gruppe in den Mittelpunkt der Betrachtungen über die Freiheit rückt. Dies führt zur Annahme einer Gemeinschaft, »in der die Mitglieder sich miteinander so viel Anteilnahme entgegenbringen, dass sie sich um des jeweils anderen willen wechselseitig zur Verminderung ihrer begründeten Bedürfnisse verhelfen.«²⁵ Das Volk ist bei *Hegel* mehr als »eine Menge Menschen« (*Kant*).²⁶ Der Volksgeist kommt auch bei *Savigny* vor, wird von ihm aber irrational verstanden, wogegen ihn *Hegel* als Inbegriff des »vernünftigen Staatswillens« und mithin rational denkt.²⁷

3. Recht und Nationalstaat

Das Recht ist keine Konstante jenseits von Raum und Zeit, sondern gilt für bestimmte Gesellschaften in bestimmter Zeit. Die Positivität des Rechts folgt aus seiner Setzung, in der sich der besondere »Nationalcharakter eines Volkes« äußern soll (§ 3 RPh). Gesetzgebung ist ein »abhängiges Moment Einer Totalität, im Zusammenhange mit allen übrigen Bestimmungen, welche den Charakter einer Nation oder einer Zeit ausmachen; in diesem Zusammenhange erhalten sie ihre wahrhafte Bedeutung, so wie damit ihre Rechtfertigung« (§ 3 RPh).

»Der Boden des Rechts ist überhaupt das Geistige, und seine nähere Stelle und Ausgangspunkt der Wille, welcher frei ist, so daß die Freiheit seine Substanz und Bestimmung ausmacht, und das Rechtssystem das Reich der verwirklichten Freiheit, die Welt des Geistes aus ihm Selbst hervorgebracht, als eine zweite Natur, ist« (§ 4 RPh).

Damit sind Positivität wie Nationalität des Rechts als weitere Eigenheiten des Rechts ausgangs des 18. Jh. markiert. »Das Recht ist objektiv wirklich gesetztes Recht und ist durch diese Bestimmung positives Recht überhaupt«²⁸. Recht hat mittels seiner Positivierung und Nationalisierung an der Sittlichkeit des Staates teil. Die Sittlichkeit ist »das Bleibende und die Macht [...], durch welche das Leben der Individuen regiert wird« und was den »Völkern als die ewige Gerechtigkeit« erscheint (§ 145 RPh).

»Die Sittlichkeit ist die Idee der Freiheit, als das lebendige Gute, das in dem Selbstbewußtsein sein Wissen, Wollen, und durch dessen Handeln seine Wirklichkeit, so wie dieses an dem sittlichen Seyn an und für sich seyende Grundlage und bewegenden Zweck hat – der zur vorhandenen Welt und zur Natur des Selbstbewußtsein gewordene Begriff der Freiheit« (§ 142 RPh). Damit wendet sich *Hegel* gegen den Individualismus des Naturrechts.²⁹ Nicht alles vom individuellem Willen getragene Handeln ist darin legitimiert; *Hegel* denkt die jedem freien Handeln gesetzten Grenzen von Moral und Sittlichkeit stets mit.

Die Sittlichkeit wird von dem am Aufenthaltsort durch die dort herrschenden Gepflogenheiten und Gebräuche bestimmt; die Eigentümergesellschaft steht, weil Teil des Volkes »einer Nation, die somit einen gemeinschaftlichen natürlichen Ursprung hat« (§ 181 RPh). Damit wird alles gesellschaftliche und wirtschaftliche Handeln einem bestimmten Nationalstaat zugeordnet. In diesem erscheinen Gesellschaft und Marktverkehr räumlich begrenzt und beide werden in dieser Gemeinschaft kulturell geprägt und politisch geregelt. Der in der Gesellschaft stattfindende Freiheitsgebrauch ist damit durch die lokal vorherrschenden Rechtsregeln, Moralforderungen und Gebräuche vorherbestimmt: »Das Recht der Sittlichkeit ist also das in seiner Positivität begriffene Recht«³⁰.

21 *Bobbio*, in: Riedel (Fn. 10), S. 86.

22 *Ilting* (Fn. 10), S. 53.

23 *Binder* (Fn. 15), S. 70.

24 *Proudhon*, Bekenntnisse eines Revolutionärs, Reinbek 1969, S. 150.

25 *Honneth*, Die Idee des Sozialismus, Versuch einer Aktualisierung, Berlin 2015, S. 46 f.

26 *Kant*, Rechtslehre, § 43.

27 *Bobbio*, in: Riedel (Fn. 10), S. 85.

28 *Binder* (Fn. 15), S. 92.

29 *Horstmann*, in: Riedel (Fn. 10), S. 276, 279.

30 *Binder* (Fn. 15), S. 88.

Die Sittlichkeit verpflichtet; aus ihr erwächst aber nicht eine Beschränkung für den Einzelnen, sondern »substantielle Freiheit« (§ 149 RPh). »Das Sittliche, insofern es sich an dem individuellen durch die Natur bestimmten Charakter, als solchem reflektiert, ist die Tugend, die, insofern sie nichts zeigt, als die einfache Angemessenheit des Individuums an die Pflicht der Verhältnisse, denen es angehört, Rechtschaffenheit ist« (§ 150 RPh). Alles Wirtschaften und jeder zivilgesellschaftliche Verkehr haben sich deshalb an Regeln lokaler Rechtschaffenheit auszurichten.

Diese Einsicht reflektiert die zu Hegels Lebzeiten entstandenen Gesetzgebungen, die anfangs des 19. Jh. in Frankreich in Code Civil in Code Pénal und Ende des 19. Jh. in Deutschland in Strafgesetzbuch und Bürgerlichem Gesetzbuch Gestalt annahmen. Jede Kodifikation versteht das Recht eines Staates als System, das darin anschaulich wird und zur Anschauung gebracht wird. Sie schafft den Adressaten des Rechts Klarheit für ihr Handeln und alles Recht kann auf dem Boden des Gesetzes bestimmt werden³¹. Die Gesetzgebung ermöglicht und formt die Freiheit und schränkt diese nicht ein. Im Freiheitsgebrauch werden Allgemeines und Besonderes zur Einheit. Recht ermöglicht den freien Willen, der nicht nur ein abstraktes Postulat ist, sondern auch konkrete Wirklichkeit wird.³²

III. Konflikte in der bürgerlichen Gesellschaft und Versuche ihrer Überwindung

1. Bürgerliche Gesellschaft zwischen Rechtsgleichheit und tatsächlicher Ungleichheit

Hegels Theorie beruht auf der Unterscheidung von Gesellschaft als dem Ort der Freiheit aller und dem Staat als Ausdruck des Allgemeinwohls.³³ Hegel lehnt jedoch die naturrechtliche Vorstellung vom Staat als der Organisation der Gesellschaft ab: »Wenn der Staat vorgestellt wird als eine Einheit verschiedener Personen, als eine Einheit, die nur Gemeinsamkeit ist, so ist damit die bürgerliche Gesellschaft gemeint. Viele der neueren Staatsrechtslehrer haben es zu keiner anderen Ansicht vom Staate bringen können« (§ 182 RPh Z).

Hegel geht von der Differenz von Staat und Gesellschaft aus und richtet diese neu aus.³⁴ Die Gesellschaft steht nicht mehr allgemein für die »Societät« und als die Verbindung durch den »privatrechtlich geregelten Verkehr bürgerlicher

Privatleute«³⁵. Schon vor Hegel wurde zwischen Gesellschaft und Staat unterschieden³⁶, weil die staatliche Souveränität die bürgerliche Gesellschaft ermöglichen und schützen soll. Neuzeitliches Denken überwand so die ältere, auf Aristoteles³⁷ zurückgehende Vorstellung, welche die Gesellschaft und Staat als Einheit betrachteten, wobei letzterem zufalle, das gute Leben der Einzelnen unmittelbar zu ermöglichen.

Nach Thomas Hobbes³⁸ sollte der Staat den Rechtsfrieden schützen, weil sich nur auf seinem Boden die liberale Gesellschaft entfalten und Wohlfahrt schaffen könne. Kant³⁹ bestimmt den Staat als »Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen«, welche die Wohlfahrt erzeugen. Für Hegel erscheint der Staat dagegen nicht als Produkt des Vertrages seiner Bürger⁴⁰; der Staat erklärt sich für ihn auch nicht aus dem »Socialitätstrieb« der Menschen (§ 258 RPh). Für Hegel ist der Staat deshalb nicht Folge des Gesellschaftsvertrages. Dieser wird nicht zum Produkt der in ihm zusammenlebenden und -wirkenden Individuen. Die bürgerliche Gesellschaft ist zunächst Eigentümergesellschaft (§§ 33, 182 RPh). Eigentum beruht auf der Anerkennung des Besitzes durch die anderen (§ 45 RPh)⁴¹; sie erlaubt allen Mitgliedern der Gesellschaft, ihre wirtschaftlichen Zwecke zu verfolgen.

Die bürgerliche Gesellschaft erlaubt den Einzelnen dank der Freiheiten, ihre Bedürfnisse zu befriedigen und ihren Interessen nachzugehen, und dafür auf dem Markt als Freie durch Verträge zu agieren. Diese sind auf den Verkehr unter Privaten beschränkt⁴² und finden ihren zentralen Gegenstand im Austausch von Waren und Diensten gegen Geld. Die soziale Kooperation erklärt sich daraus, dass Verträge den Beteiligten zum wechselseitigen persönlichen Vorteil gereichen.⁴³

31 Riedel, in: Riedel (Fn. 10), S. 109, 113 ff.

32 Riedel, in: Riedel (Fn. 10), S. 118.

33 Böckenförde (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, Darmstadt 1976.

34 Horstmann, in: Riedel (Fn. 10), S. 277.

35 Habermas, Theorie und Praxis, Frankfurt aM. 1971, S. 53.

36 Angermann, Das Auseinandertreten von »Staat« und »Gesellschaft« im Denken des 18. Jahrhunderts, in: Böckenförde (Fn. 33), S. 109 ff.

37 Aristoteles, Politik.

38 Hobbes, Leviathan.

39 Kant, Metaphysik der Sitten, § 45.

40 Baruzzi, in: Maier/Rausch/Denzer (Hrsg.), Klassiker des politischen Denkens, München 1987, S. 159, 167 ff., 172.

41 Baruzzi, in: Maier/Rausch/Denzer (Hrsg.) (Fn. 40), S. 167 ff.

42 Bobbio, in: Riedel (Fn. 10), S. 88; Landau, in: Riedel (Fn. 10), S. 176 ff.

43 Amartya, Die Idee der Gerechtigkeit, München 2010, S. 231.

2. Markt als öffentlicher Ort

Der Markt wird nicht als ein von Regeln freier Tummelplatz individuell sich darstellender und agierender Anbieter und Nachfrager vorgestellt, sondern wird als ein öffentlicher und rechtlich geregelter Ort verstanden. »In der unbestimmten Vervielfältigung und Verschränkung der täglichen Bedürfnisse ergeben sich in Rücksicht auf die Herbeiführung und den Umtausch der Mittel ihrer Befriedigung« Notwendigkeiten zu »gemeinnützigen Veranstaltungen [...] Aufsicht und Vorsorge der öffentlichen Macht« (§ 235 RPh). Namentlich im Hinblick auf divergierende Interessen von Produzenten und Konsumenten »wird, wenn sich zwar das richtige Verhältniß zum Ganzen von selbst herstellt, so bedarf die Ausgleichung auch einer über beiden stehenden mit Bewußtseyn vorgenommenen Regulierung« (§ 236 RPh): dies sichert die »Polizei« (vgl. unten III.3).

Der Markt wird deshalb nicht nur durch das Vertragsrecht ermöglicht, sondern fordert auch den Ausgleich der Interessenunterschiede und -gegensätze durch Gesetzgebung; sie ordnet und flankiert den Marktverkehr. Denn der marktlich geregelte Warenverkehr richtet sich an das »Publikum« (§ 236 RPh) – die Allgemeinheit.

Auch die bürgerliche Gesellschaft ist Teil der Sittlichkeit. *Hegel* weicht hierin von früheren Deutungen ab, gibt namentlich die Vorstellung von der *societas civilis* preis.⁴⁴ Sie erschien nur »als das notwendige Mittel für den besonderen Wohlstand der Einzelnen, die Vereinigung hat lediglich die Einzelnen zum besonderen Inhalt seines Zwecks«.⁴⁵ Gesellschaftliche Beziehungen der Menschen – unter Einschluss von deren Bezügen zur Natur auf dem Boden des Systems der Bedürfnisse – bewegen sich innerhalb der Sittlichkeit.⁴⁶

Die bürgerliche Gesellschaft erlaubt den Menschen die Entfaltung ihrer zahlreichen Besonderheiten und damit der Verfolgung ihrer vielseitigen Interessen.⁴⁷ Die den Einzelnen zustehenden Befugnisse sollen nicht selbstsüchtig, sondern mit Rücksicht auf andere wahrgenommen werden.

Wenn das Recht in der bürgerlichen Gesellschaft von Sittlichkeit und Moral überformt und in seinem Inhalt bestimmt wird, erklärt diese Einsicht, dass Beschränkungen der Freiheiten den Berechtigten nicht von außen – gar einer fremden Macht – aufgezwungen, sondern von Beginn an in der zugemessenen Freiheit schon angelegt

sind. Freiheit wird diese vom einseitigen und scheinbar grenzenlosen »Dürfen« zu einer Berechtigung, welche die Belange anderer und der Allgemeinheit in sich aufnimmt. »Als Beschränkung kann die bindende Pflicht nur gegen die unbestimmte Subjektivität oder abstrakte Freiheit, und gegen die Triebe des natürlichen, oder das sein unbestimmtes Gute aus seiner Willkür bestimmenden moralischen Willens erscheinen. Das Individuum hat aber in der Pflicht vielmehr seine Befreiung [...] In der Pflicht befreit sich das Individuum zur substantiellen Freiheit« (§ 149 RPh).

»In dieser Identität des allgemeinen und besonderen Willens fällt somit Pflicht und Recht in Eins, und der Mensch hat durch das Sittliche insofern Rechte, als er Pflichten, und Pflichten insofern er Rechte hat« (§ 155 RPh). Rechte und Pflichten sind miteinander verbunden. In der auf Tausch beruhenden Gesellschaft sind Leistung und Gegenleistung miteinander verknüpft und die aus Verträgen erwachsenden Pflichten lösen regelmäßig auf Seiten des Berechtigten damit verbundene Pflichten zur Gegenleistung aus.

Mit der Pflichtengebundenheit der Rechte wird deutlich, dass jedes Recht auf seine Verwirklichung im Zusammenwirken mit anderen Berechtigten ausgelegt und angewiesen ist. »Die konkrete Person, welche sich als Besondere Zweck ist, als ein Ganzes von Bedürfnissen und eine Vermischung von Naturnothwendigkeit und Willkür, ist das eine Prinzip der bürgerlichen Gesellschaft, – aber die besondere Person als wesentlich in Beziehung auf andere solche Besonderheit, so daß jede durch andere und zugleich schlechthin nur als durch die Form der Allgemeinheit, das andere Prinzip vermittelt sich geltend macht und befriedigt« (§ 182 RPh). Die Bedürfnisbefriedigung beruht auf den Ergebnissen menschlicher Arbeit (§ 196 RPh). Diese ist jedoch abstrakt hinsichtlich der »Spezifizierung der Mittel und Bedürfnisse« (§ 198 RPh). Die Arbeit orientiert sich an typischen und nicht an individuell artikulierten Bedarfslagen. Auch aus arbeitsteiliger Produktion erwächst wechselseitige Abhängigkeit unter den daran Beteiligten (§ 198 RPh).

44 Riedel, in: ders. (Fn. 10), S. 247 ff.

45 Vieweg (Fn. 11), S. 278.

46 Riedel, in: ders. (Fn. 10), S. 124.

47 Vieweg (Fn. 11), S. 269.

Die bürgerliche Gesellschaft verbindet die Mitglieder einer Gesellschaft und ermöglicht dadurch den an ihr Beteiligten die umfassende Bedürfnisbefriedigung. »Die Individuen sind als Bürger dieses Staates Privatpersonen, welche ihr eigenes Interesse zu ihrem Zwecke haben. Da dieser durch das Allgemeine vermittelt ist, das ihnen soweit als Mittel erscheint, so kann er von ihnen nur erreicht werden, insofern sie selbst ihr Willen, Wollen und Thun auf allgemeine Weise bestimmen, und sich zu einem Gliede der Kette dieses Zusammenhangs machen« (§ 187 RPh). Da die Vermittlung des Bedürfnisses und die Befriedigung des Einzelnen durch seine Arbeit und durch die Befriedigung der Bedürfnisse aller abhängen – das System der Bedürfnisse – (§ 188 RPh A) waltet statt Selbstsucht die Rücksicht auf andere. »Dadurch, daß ich mich nach dem Anderen richten muß, kommt hier die Form der Allgemeinheit hernein« (§ 192 RPh).

Dadurch können sie ihre unterschiedlichen Bedürfnisse befriedigen und werden so miteinander umfassend gesellschaftlich verbunden.⁴⁸ Die Abhängigkeit ergibt sich daraus, dass jeder den anderen zur Befriedigung der eigenen Bedürfnisse braucht.⁴⁹ Die auf der Grundlage des Austauschs entstehenden Vertragsbeziehungen erfordern eine sich am Allgemeinwohl ausrichtende und damit staatliche Regelung.⁵⁰

Das Wirken des Marktverkehrs wird aus den Bedürfnissen der Menschen erläutert (§ 190 RPh). Die bürgerliche Gesellschaft wird als Wirtschaftsgesellschaft sichtbar, die – auf Bedürfnis und Arbeit gegründet – von den dafür zusammenwirkenden Privatleuten getragen wird.⁵¹ Der privatrechtlich geregelte Verkehr bedeutet aber nicht nur die Ermöglichung von Arbeit zur wechselseitigen Befriedigung abstrakter Lebensbedürfnisse der daran beteiligten Menschen, sondern führt zugleich zu Ungleichheiten unter den Menschen. Der »selbstsüchtige Zweck in seiner Verwirklichung, so durch die Allgemeinheit bedingt, begründet ein System allseitiger Abhängigkeit, daß die Subsistenz, und das Wohl und Recht des Einzelnen und sein rechtliches Daseyn in die Substanz, das Wohl und Recht Aller verflochten, darauf gegründet und nur in diesem Zusammenhange wirksam und gesittet ist. – Man kann dieß System zunächst als den äußeren Staat,- Noth- und Verstandes-Staat ansehen« (§ 183 RPh).

Der Markt befördert durch die Ermöglichung arbeitsteiliger Produktion das Wohlergehen Einzelner, soweit diese daran maßgeblich teilhaben; der Markt birgt aber

auch die Gefahr sozialer Entzweiung⁵². Dieser Austausch ist aber mit den Gefahren des Verderbens und des Elends verbunden (§ 185 RPh). »Die bürgerliche Gesellschaft beinhaltet das Frei-Werden der Besonderheit und erscheint als Kampfplatz der individuellen Privatinteressen Aller gegen Alle (§ 289 RPh)«.

»Die Gleichheit des Rechts aller auf Freiheit und damit auf privates Eigentum führt vielmehr nach seiner Analyse zur Ungleichheit der Fähigkeiten und des Vermögens im Konkurrenzkampf der bürgerlichen Gesellschaft«⁵³. »Die Besonderheit für sich ist das Ausschweifende und Maaßlose, und die Form dieser Ausschweifung selbst ist maßlos« (§ 185 RPh Z). Armut folgt nicht nur aus ungünstigen Veranlagungen, sondern ist im Markt selbst angelegt. Die Entzweiung in der bürgerlichen Gesellschaft überwinden Polizei – staatliche Verwaltung – und Korporation. Beide tragen zur Regulierung (§ 236 RPh) und Versittlichung (§ 253 RPh) bei.

3. Bürgerliche Gesellschaft, Polizei und Korporation

Zwischen der bürgerlichen Gesellschaft und dem Staat bestehen zwei vermittelnde Kräfte, die Polizei und die Korporation⁵⁴. Die Polizei steht dabei für die Institutionalisierung und Bürokratisierung der sich im 17. und 18. Jh. entfaltenden Verwaltung⁵⁵. Der Markt ist Ort der Geschäfte. »Diese allgemeinen Geschäfte und gemeinnützigen Veranstaltungen fordern die Aufsicht und Vorsorge der öffentlichen Macht« (§ 235 RPh). Sie nimmt die Polizei wahr. Sie sucht damit, die »ungehinderte Wirksamkeit der Gesellschaft« zu begrenzen⁵⁶. Der Markt ist deshalb eine öffentliche Angelegenheit. Die auf seiner Basis stattfindende und gelingende Versorgung steht auch im elementaren Gegensatz zu einer vollständig öffentlich geregelten Versorgung. Während der Staat bei dieser alles

48 Vieweg (Fn. 11), S. 270.

49 Vieweg (Fn. 11), S. 275.

50 Horstmann, in: Riedel (Fn. 10), S. 292.

51 Riedel, in: Riedel (Fn. 10), S. 265.

52 Vieweg, FS Eichenhofer, 2015, S. 683, 695.

53 Illing (Fn. 10), S. 56.

54 Riedel, Der Begriff der bürgerlichen Gesellschaft und das Problem seines geschichtlichen Ursprungs, ARSP 48 (1962), S. 247, 266.

55 Riedel, in: Riedel (Fn. 10), S. 266.

56 Ebd.

bestimmt, konzentriert sich der den Markt regulierende Staat auf partikuläre Begebenheiten und formt Regeln. »Die polizeiliche Aufsicht und Vorsorge hat den Zweck, das Individuum mit der allgemeinen Möglichkeit zu vermitteln, die zur Erhöhung der individuellen Zwecke vorhanden ist: Sie hat für Straßenbeleuchtung, Brückenbau, Taxation der täglichen Bedürfnisse, so wie für Gesundheit Sorge zu tragen« (§ 236 RPh Z.). Marktregulierung geschieht, um das Marktgeschehen mit den Belangen des Allgemeinwohls in Einklang zu bringen. Diese Regeln sind nötig, denn »die Gewerbefreiheit darf nicht von der Art seyn, daß das allgemeine Beste in Gefahr kommt« (§ 236 RPh Z.).

Die Polizei hat eine Schlüsselstellung bei der Bekämpfung von Armut: »Die allgemeine Macht übernimmt die Stelle der Familie bei den Armen, ebenso sehr in Rücksicht ihres unmittelbaren Mangels, als der Gesinnung der Arbeitsscheu, Bösigkeit und der weiteren Laster, die aus solcher Lage und dem Gefühl ihres Unrechts entspringen« (§ 241 RPh).

Die Verwaltung hat also den gefahrlosen Marktverkehr zu sichern und der Armut doppelt entgegenzuwirken, zum einen durch tätige Hilfe für die Armen und zum anderen durch Überwindung von zur Armut führenden Lebenslagen, die als »Unrecht« markiert sind. Armen zu helfen, ist nicht nur ein moralisches Gebot für den Einzelnen; dieses reicht aber nicht zu. Deswegen wird das »Zufällige des Almosens, der Stiftungen wie des Lampenbrennens bei Heiligenbildern u.s.f. [...] ergänzt durch öffentliche Armenanstalten, Krankenhäuser, Straßenbeleuchtung u.s.w.« (§ 242 RPh). Insgesamt hat die Polizei eine doppelte Aufgabe: »Die polizeiliche Vorsorge verwirklicht und erhält zunächst das Allgemeine, welches in der Besonderheit der bürgerlichen Gesellschaft enthalten ist, als eine äußere Ordnung und Veranstaltung [...] so wie als höhere Leitung Vorsorge für die Interessen, die über diese Gesellschaft hinausführen, trägt« (§ 249 RPh).

Die Korporation verbindet die durch die Arbeit in der bürgerlichen Gesellschaft isolierten Individuen.⁵⁷ Sie hat zu bewirken, »daß eine das Sittliche als ein Immanentes in die bürgerliche Gesellschaft zurück« kehrt. Die Korporation erwächst aus gemeinsamer Arbeit und bezweckt, daß der selbstsüchtige Zweck allgemein wird (§ 251 RPh). »Die Korporation hat nach dieser Bestimmung unter der Aufsicht der öffentlichen Macht das Recht, ihre eigenen innerhalb ihrer eingeschlossenen Interessen zu besorgen

[...] überhaupt für sie als zweite Familie einzutreten« (§ 252 RPh). Familie und Korporation werden damit zu zwei »in der bürgerlichen Gesellschaft gegründeten Wurzeln des Staates« (§ 255 RPh). Die Korporation »enthält die Momente der subjektiven Besonderheit und der objektiven Allgemeinheit in substantieller Einheit« (§ 255 RPh).

Weil die Bürger nur beschränkt an der Gestaltung des Staates Anteil hätten, gewährt die Korporation »dem sittlichen Menschen außer seinem Privatzwecke eine allgemeine Tätigkeit« (§ 255 RPh). Die Korporation ist keine Zunft, sondern bezweckt die Versittlichung des Gewerbes. Polizei und Korporation bewirken insgesamt, daß die bürgerliche Gesellschaft allgemeinen Zwecken dient und so in den Staat übergeht (§ 256 RPh).

IV. Staat verbindet Rechte Einzelner mit Allgemeinwohl

1. Staatliches Handeln folgt nicht der Gesellschaft, sondern der Vernunft

Hegel vergegenwärtigt den Staat als eine von nationalen Traditionen geprägte Gemeinschaft.⁵⁸ Dies geschieht in wuchtigen, wegen seines Pathos und der Erfahrungen mit den Folgen von Nationalismus heute mit Reserve aufgenommenen Worten: »Der Staat ist die Wirklichkeit der sittlichen Idee, – der sittliche Geist, als der offenbare, sich selbst denkende, substantielle Wille, der sich denkt und weiß und das was er weiß, und insofern er es weiß, vollführt. An der Sitte hat er seine unmittelbare, und an dem Selbstbewußtseyn des Einzelnen, dem Wissen und Tätigkeit desselben seine vermittelte Existenz, so wie dieses durch die Gesinnung in ihm, als seinem Wesen, Zweck und Produkte seiner Tätigkeit, seine substantielle Freiheit hat« (§ 257 RPh).

Der von *Hegel* gezeichnete Staat ist nicht auf die Erhaltung von Leben und Eigentum der Bewohner beschränkt, denn er ist etwas »Höheres« (§§ 75, 100 RPh). Dieses kann heute Leben und Eigentum in Anspruch nehmen und dessen Aufopferung fordern.⁵⁹ Der Staat legitimiert sich aus dem Sittlichen, an dem die Bürger des Staates teilhaben.

⁵⁷ Riedel, in: Riedel (Fn. 10), S. 268.

⁵⁸ Iltting (Fn. 10) S. 68.

⁵⁹ Bloch (Fn. 4), S. 143.

Der Staat ist als »die Wirklichkeit des substantiellen Willens, die er in dem zu seiner Allgemeinheit erhobenen besonderen Selbstbewußtseyn hat, das an und für sich Vernünftige. Diese substantielle Einheit ist absoluter unbewegter Selbstzweck, in welchem die Freiheit zu ihrem höchsten Recht kommt, so wie dieser Endzweck das höchste Recht gegen die Einzelnen hat, deren höchste Pflicht es ist, Mitglieder des Staates zu seyn« (§ 258 RPh).

Die »Vereinigung als solche ist selbst der wahrhafte Inhalt und Zweck, und die Bestimmung der Individuen ist ein allgemeines Leben zu führen; ihre weitere besondere Befähigung, Thätigkeit, Weise des Verhaltens hat dieß Substantielle und Allgemeingültige zu seinem Ausgangspunkte und Resultate« (§ 258 RPh).⁶⁰ »Der Staat an und für sich ist das sittliche Ganze, die Verwirklichung der Freiheit, und es ist absoluter Zweck der Vernunft, daß die Freiheit wirklich sey« (§ 258 RPh Z). Der Staat wird veredelt und schließlich sogar transzendent erhöht: »es ist der Gang Gottes in die Welt, daß der Staat ist: sein Grund ist die Gewalt der sich als Wille veranschaulichenden Vernunft« (§ 258 RPh Z).

2. Überhöhung des Staates?

Überhöht *Hegel* den Staat und macht die Menschen ihm untertan? Wenn er die konstitutionelle Monarchie zur »wahrhaften Gestaltung sittlichen Lebens« (§ 273 RPh) erhebt, geschieht dies, weil der Staat gegenüber Privatwohl, Familie und bürgerlicher Gesellschaft keine äußerliche Notwendigkeit oder ein lästiges Übel, sondern deren immanenter Zweck ist. Als »Einheit seines allgemeinen Endzwecks und das besondere Interesse der Individuen« ist ihm daran gelegen, »daß sie insofern Pflichten gegen ihn haben, als sie zugleich Rechte haben« (§ 261 RPh). Der Staat als die »Wirklichkeit der konkreten Freiheit« (§ 260 RPh) ist der Organismus, der den Einzelnen nicht gegenüber- oder entgegentritt, sondern in die Allgemeinheit einbezieht. »Das Princip der modernen Staaten hat diese ungeheure Stärke und tiefe, das Princip der Subjektivität sich zum selbständigen Extreme der persönlichen Besonderheit vollenden zu lassen, und zugleich es in die substantielle Einheit zurückzuführen und so in ihm selbst diese zu erhalten« (§ 260 RPh). Es gibt deshalb »keine Freiheit außer dem Staate und ohne den Staat; es gibt ja auch kein individuelles Leben außer der Gemeinschaft«⁶¹.

Der Staat bedient sich für seine Aufgaben der an Gesetze gebundenen Staatsbeamten (§ 289 RPh); regieren geschieht arbeitseilig und ist Behörden übertragen. Diese nehmen sich der »besonderen Staatsgeschäfte« an, »welche die Monarchie den Behörden übergiebt« (§ 293 RPh). Dies führt zum »Auseinandergelegtseyn der Allgemeinheit in die Besonderheit, die als eine selbständige erscheint, obgleich sie nur im Ganzen getragen und gehalten wird« (§ 270 RPh Z). Der Staat wird also nicht durch Willkür und Selbstgefälligkeit des von allen Gesetzen losgelösten Monarchen, sondern stattdessen durch Gesetzesbindung, Fach- und Sachlichkeit geprägt.

Der Staat ist nicht auf sich bezogen, sondern erweist sich in der Sicherung der Freiheiten aller seiner Bürger. »Das Wesen des neuen Staates ist, daß das Allgemeine verbunden sey mit der vollen Freiheit der Besonderheit und dem Wohlergehen der Individuen, daß also das Interesse der Familie und bürgerlichen Gesellschaft sich zum Staate zusammen nehmen muß, daß aber die Allgemeinheit des Zwecks nicht ohne das eigene Wissen und Wollen der Besonderheit, die ihr Recht behalten muß, fortschreiten kann. Das Allgemeine muß also bethätigt seyn, aber Subjektivität auf der anderen Seite ganz und lebendig entwickelt werden« (§ 260 RPh). Der Staat erscheint statt als bevormundende und unterjochende Instanz als Garant der Freiheit der Einzelnen »und damit und dadurch als die alleinige Bedingung der Erreichung des besonderen Zwecks und Wohls« (§ 261 RPh Z).

Die Individuen erkennen sich im Staat zugleich in ihrer Einzelheit wie Allgemeinheit, sodass sie »in den Institutionen, als dem an sich seyenden Allgemeinen ihrer besonderen Interessen ihr wesentliches Selbstbewußtseyn haben«, so »daß sie ihren ein auf einem allgemeinen Zweck gerichtetes Geschäft und Thätigkeit in der Kooperation gewähren« (§ 264 RPh). Ein die Freiheiten aller gewährleistender Staat wirkt seinen Bürgern gegenüber nicht als Despot.

60 *Maihofer*, FS *Husserl*, 1969, S. 234–273; zit. nach *Riedel* (Fn. 10), S. 361, 363.

61 *Binder* (Fn. 15), S. 94.

3. Staat und der Patriotismus seiner Bürger

Das Wissen um die staatliche Bedingtheit der Freiheit aller wird zur Basis des Patriotismus, weil die Bürger »den Staat als ihre Substanz wissen, weil er ihre besonderen Sphären, deren Berechtigung und Autorität wie deren Wohlfahrt, erhält« (§ 289 RPh). Dieser Auftrag verpflichtet den Staat zur »regulativen Gestaltung der Sphäre des Besonderen«⁶². »Darin, daß es Bürger eines guten Staates ist, kommt erst das Individuum zu seinem Recht« (§ 153 RPh Z). Darin liegt auch die Befugnis der Bürger zur Partizipation an und im Staat begründet, auf dass die allgemeine Sache des Staates das besondere Interesse des Individuums werde.⁶³

Dem Volk und damit dem Citoyen steht als Souverän die Gesetzgebungsgewalt zu⁶⁴ und diese ist auf der Grundlage der religiösen, kulturellen, ethnischen und sozialen Verschiedenheit seiner Bürger (§ 270 RPh) auf dem Boden von Toleranz und Offenheit zu entfalten. Wenn *Hegel* der konstitutionellen Monarchie bescheinigt als »ein Werk der neuern Welt« in ihr »die substantielle Idee die unendliche Form« gefunden zu haben (§ 273 RPh), so kennzeichnet dies die Staatsbegründung aus der Volkssouveränität, die im Monarchen verkörpert wird. Daraus folgt aber zugleich, dass dieser in und auf Grund der Verfassung zu handeln hat (§ 279 RPh); außerdem betont *Hegel*, die Volkssouveränität werde auch durch die Republik verwirklicht.

Der Staat ist auf Teilnahme seiner Bürger und auf Fürsorge für und damit Teilhabe durch seine Bürger ausgerichtet⁶⁵. Eine so umschriebene »organische Selbstbeherrschung verlangt nach Teilhabe an der Staatswillensbildung«⁶⁶. »Die sittliche Idee, als deren Wirklichkeit *Hegel* den Staat bezeichnet, wird von ihm als die Einheit der aus solcher Selbstbestimmung (und nicht Naturbestimmung) des Menschen hervorgehenden objektiven und subjektiven Momenten aufgefasst« und zwar objektiv in der Sitte und subjektiv im Bewusstsein der Handelnden.⁶⁷

Der Staat ist »nicht bloß ein beherrschender Apparat oder ein bloßer Inbegriff von Rechtsnormen, sondern das ganze natürliche, gesellige, sittliche Leben seiner Bürger in seiner Gesamtheit«⁶⁸. Er ist daher kein Selbstzweck oder gar Endziel menschlicher Existenz; aber umgekehrt eben auch weit mehr als eine Last, oder gar ein notwendiges Übel. Der Staat, der selbstbestimmtes Leben der Bürger

sichert, wird nicht Despotie, sondern ist auf Teilhabe der Bürger angelegt wie angewiesen – einerlei ob Republik oder Monarchie.

V. Der soziale Staat überwindet die soziale Frage

1. Der Staat schützt die Freiheiten aller in der Gesellschaft

Wenn der Staat, die »Individuen zur notwendigen Wirklichkeit zu machen und dann ihr Wohl, das jeder zunächst für sich besorgt, das schlechthin eine allgemeine Seite hat, zu befördern, die Familie zu schützen und die bürgerliche Gesellschaft zu leiten« hat, dann ist dieser ein Sozialstaat⁶⁹. Er schützt nicht nur die Rechte jedes, sondern aller Einzelnen und setzt sie zueinander ins Verhältnis, indem er die dafür verbindenden Institutionen formt. »Staat und Gesellschaft stellen sich heute nicht mehr als autarke Ordnungen dar, sondern als eine dialektische Einheit. In dieser dialektischen Zuordnung, die Diversität und Identität umschreibt, bildet der Staat die Antithese zur Gesellschaft und die umfassende einheitsstiftende Synthese«.⁷⁰

Der Sozialstaat bezweckt vor allem die Herstellung der persönlichen Freiheiten der abhängigen Schichten.⁷¹ Die Sicherung der realen Teilhabe der Bevölkerung wird Mittel realer Freiheitssicherung.⁷² »Das Kernprinzip der so verstandenen Sozialverantwortung ist also die sittliche Maxime, daß jeder Einzelne für Alle, aber auch Alle für jeden Einzelnen in der Gesellschaft verantwortlich sind«⁷³.

62 *Vieweg* (Fn. 11), S. 383.

63 *Vieweg* (Fn. 11), S. 384.

64 *Vieweg* (Fn. 11), S. 425 f.

65 *Huber*, Nationalstaat und Verfassungsstaat, Stuttgart 1965, S. 127, 130.

66 *Böckenförde*, FS Brunner, 1963, S. 248.

67 *Maihofer* (Fn. 60), S. 366.

68 *Binder* (Fn. 15), S. 94.

69 *Binder* (Fn. 15), S. 367.

70 *Isensee*, in: *Böckenförde* (Fn. 33), S. 317, 323.

71 *Huber* (Fn. 65), S. 142.

72 *Böckenförde*, FS Brunner, 1963, S. 249.

73 *Huber* (Fn. 65), S. 241, 262.

In der auf Privatautonomie beruhenden Wirtschaftsgesellschaft ist jeder seines Glückes Schmied, und in ihr sind Erfolg und Misserfolg jedes Einzelnen miteinander eng verbunden. Aber diese stehen nicht in individuellem Belieben. Der Staat hat deshalb seinen Auftrag zur Freiheitssicherung nicht schon erfüllt, wenn er jedem den Genuss der privaten Rechte sichert.

In der bürgerlichen Gesellschaft ist die Gefahr der Verarmung angelegt, ohne dass dies auf individuelles Fehlverhalten zurückgeht. »Aber ebenso als die Willkür, können zufällige, physische und in den äußeren Verhältnissen (§ 200) liegende Umstände Individuen zur Armuth herunter bringen, einem Zustande, der ihnen die Bedürfnisse der bürgerlichen Gesellschaft läßt, und der, indem sie ihn zugleich die natürlichen Erwerbsmittel (§ 217) entzogen und das weitere Band der Familie als eines Stammes aufhebt (§ 181), dagegen sie aller Vortheile der Gesellschaft, Erwerbsfähigkeit von Geschicklichkeiten und Bildung überhaupt, auch der Rechtspflege, Gesundheitsorge, selbst oft des Trostes der Religion, u.s.f. mehr oder weniger verlustig macht. Die allgemeine Macht übernimmt die Stelle der Familie bei den Armen, ebenso sehr in Rücksicht ihres unmittelbaren Mangels, als der Gesinnung der Arbeitsscheu, Bösartigkeit, und der weiteren Laster, die aus solcher Lage und dem Gefühl ihres Unrechts entspringen« (§ 241 RPh).

Armen beizustehen, gebietet die Moral; aber die Armenpflege als öffentliche Aufgabe muss hinzutreten: »Das Zufällige des Almosens, der Stiftungen [...] wird ergänzt durch öffentliche Armenanstalten, Krankenhäuser, Straßenbeleuchtung u.s.w.« (§ 242 RPh). Hegel folgt der bei *Pufendorf* angelegten Lehre von der Sozialität, wonach der Mensch nicht nur der Hilfe bedarf, sondern dazu auch fähig ist, ihm aber die Hilfsbereitschaft fehle, weshalb der Staat sie zur Hilfe anhalten soll.⁷⁴ Die Entdeckung der sozialen Frage und der Notwendigkeit zum sozialstaatlichen Ausgleich macht *Hegels* RPh noch heute bedeutsam.

2. Sozialstaat der Arbeit

Hegel macht den »sozialen Charakter menschlicher Arbeit zur Grundlage seiner Staatsidee«⁷⁵. »Seine politische Philosophie war so geradezu darauf angelegt, zu einem liberalen Sozialismus entwickelt zu werden«⁷⁶. Diese Pflicht umschließt für den Staat die Aufgabe, die physischen und

ökonomischen Bedingungen für ein selbstbestimmtes Leben zu sichern: »die Sicherung der Subsistenz und des Wohls des Einzelnen – daß das besondere Wohl als Recht behandelt und verwirklicht sey« (§ 230 RPh).

Der Staat, dessen erste Aufgabe in der Sicherung des Rechts und des Wohls aller liegt, muss Besonderes mit Allgemeinem vereinen und die Subjektstellung der Person mit der allgemeinen Ordnung in Einklang bringen.⁷⁷ Der Staat wird zum organischen Ganzen⁷⁸ und daraus leitet sich letztlich der Patriotismus⁷⁹ ab.

»Wenn die bürgerliche Gesellschaft sich in ungehinderter Wirksamkeit befindet, so ist sie innerhalb ihrer selbst in fortschreitender Bevölkerung und Industrie begriffen. – Durch die Verallgemeinerung des Zusammenhangs der Menschen durch ihre Bedürfnisse, und der Weisen, die Mittel für diese zu bereiten, und herbeizubringen, vermehrt sich die Anhäufung der Reichtümer, denn aus dieser gedoppelten Allgemeinheit wird der größte Gewinn gezogen, – auf der einen Seite, wie auf der anderen Seite die Vereinzelung und Beschränktheit der besonderen Arbeit und damit die Abhängigkeit und Noth der an diese Arbeit gebundenen Klasse, somit die Unfähigkeit der Empfindung und des Genusses der weiteren Freiheiten und besonders der geistigen Vortheile der bürgerlichen Gesellschaft zusammenbring« (§ 243 RPh).

»Hegel hat in Deutschland überhaupt zuerst begriffen, daß die kommende bürgerliche Gesellschaft in der ›Anhäufung der Reichtümer‹ und in der ›Abhängigkeit und Not der an die Arbeit gebundenen Klasse‹ (§ 243 RPh) sich gerade auf Grund der durch die gesetzlichen Eigentumsverhältnisse in einer Umwälzung aller geschichtlichen Verhältnisse durchsetzen wird«⁸⁰. Der Sozialstaat liegt in den Konstruktionsbedingungen der bürgerlichen Gesellschaft somit unmittelbar angelegt.

Die Marktwirtschaft nutzt die Verschiedenheit der Menschen zur wechselseitigen Bedürfnisbefriedigung und macht dafür die zwischen ihnen bestehenden Unterschiede sichtbar. Sie zeigt eine Tendenz zur ökonomischen

74 Ehmke, in: Böckenförde (Fn. 33), S. 240, 250.

75 Ilting (Fn. 10), S. 72.

76 Ilting (Fn. 10), S. 72.

77 Maihofer (Fn. 60), S. 368.

78 Horstmann, in: Riedel (Fn. 10), S. 292.

79 Avienieri, in: Riedel (Fn. 10), S. 393, 396; Rosenzweig, in: Riedel (Fn. 10), S. 341 ff.

80 Ritter, in: Riedel (Fn. 10), S. 152, 157.

Abschließung Schwacher. Die Wettbewerbsgesellschaft nutzt zwar die Besonderheiten unter den Einzelnen; indem sie dies tut, macht sie aber die Unterschiede sichtbar. Erfolg und Misserfolg sind zwei Seiten derselben Medaille, weil sie beide auf dem Prinzip des Wettbewerbs beruhen.

»Das Herabsinken einer großen Masse unter das Maaß einer gewissen Subsistenzweise, die sich von selbst als die für ein Mitglied der Gesellschaft nothwendige regulirt, – und damit zum Verluste des Gefühls des Rechts, der Rechtlichkeit und der Ehre, durch eigene Thätigkeit und Arbeit zu bestehen, – bringt die Erzeugung des Pöbels hervor, die hinwiederum zugleich die größere Leichtigkeit, unverhältnismäßige Reichthümer in wenigen Händen zu konzentrieren, mit sich führt« (§ 244 RPh).

In der bürgerlichen Gesellschaft selbst ist deshalb immer ein sozialer Gegensatz angelegt. Die massenhafte Verarmung bedeutet eine Gefahr für den Staat. Gleichzeitig begünstigt sie die Entstehung von Reichtum in den Händen weniger. Die bürgerliche Gesellschaft bringt also bei der Verteilung von Gütern, Einkommen und Vermögen zahlreiche Ungleichheiten hervor, welche den Staat zu untergraben und die Rechte Einzelner zu verletzen.

»Die Armuth an sich macht Keinen zum Pöbel: dieser wird erst bestimmt durch die mit der Armuth sich verknüpfende Gesinnung, durch die ihre Empörung gegen die Reichen, gegen die Gesellschaft, die Regierung u.s.w.« (§ 244 RPh Z). Denn »der Mensch, der auf die Zufälligkeit angewiesen ist«, wird »leichtsinnig und arbeitsscheu« (§ 244 RPh Z). »Somit entsteht im Pöbel das Böse, daß er die Ehre nicht hat, seine Subsistenz durch seine Arbeit zu finden, und doch seine Subsistenz zu finden als sein Recht anspricht. Gegen die Natur kann kein Mensch ein Recht behaupten, aber im Zustande der Gesellschaft gewinnt der Mangel sogleich die Form eines Unrechts, was dieser oder jener Klasse angethan wird. Die wichtige Frage, wie der Armuth abzuhelpen sey, ist eine vorzüglich die moderne Gesellschaft bewegende und quälende« (§ 244 RPh Z). Der Staat wird damit vor eine große und umfassende Aufgabe der Armutsbekämpfung gestellt. Denn Armut wird Unrecht und Arme erhalten deshalb soziale Rechte auf Hilfe.

3. Inhalt des sozialstaatlichen Auftrags

Wie soll der Staat diesem Auftrag nachkommen? Er ist jedenfalls nicht gehalten, die Armen einseitig zu versorgen, um damit die Gesellschaft zu befrieden. Ähnlich wie

bei Kennzeichnung der Wirtschaft (§ 236 RPh), spricht sich *Hegel* bei der Armutsbekämpfung gegen einseitige staatliche Versorgungen nach Art eines bedingungslosen Grundeinkommens aus. Denn dies verletzt das »Princip der bürgerlichen Gesellschaft und des Gefühls der Individuen von ihrer Selbständigkeit und Ehre« (§ 245 RPh).

Aus der Einsicht, »daß bei dem Uebermaße des Reichthums die bürgerliche Gesellschaft nicht reich genug ist, d. h. an dem ihr eigenthümlichen Vermögen nicht genug besitzt, dem Uebermaße der Armuth und der Erzeugung des Pöbels zu steuern« (§ 245 RPh) und »durch diese ihre Dialektik wird die bürgerliche Gesellschaft über sich hinausgetrieben, um außer ihr in anderen Völkern [...] die nötigen Subsistenzmittel zu suchen« (§ 246 RPh), wird der Sozialstaat desto dringlicher, je umfassender die Gesellschaft bei der Bedürfnisbefriedigung dem Marktprinzip folgt. Selbst Außenwirtschaft und Überschüsse im internationalen Handel sind dem Sozialstaat förderlich.

»Die Herrschaft als Staat setzt in der Freiheit des Rechts voraus, daß der Menschen nicht mehr als Naturwesen genommen werden kann [...] Daher ist das Verhältnis, in dem Personen sich in Sachen das Dasein teilen, der Anfang der Freiheit«⁸¹. Wird das Nutzungsrecht an Sachen als persönliches Recht begriffen, umfasst es die Herrschaft über Sachen, und die eigene Person. Der Verkauf der eigenen Arbeitskraft als Vertrag wird möglich und erscheint als bessere Alternative zur Sklaverei.⁸² Auch das hergebrachte Verständnis von Sozialrecht wird traditionell als obrigkeitlicher Schutz des Einzelnen gedacht, dem Rechte einseitig öffentlich gewährt werden. Der staatliche Schutzauftrag umschließt arme, erwerbsgeminderte, alte Menschen, damit Rechtsfriede herrsche. Sozialrecht erscheint deshalb herkömmlich als einseitige Gewährung und nicht als Recht der Bedürftigen.

Der Staat als Wirklichkeit der konkreten Freiheit (§ 260 RPh) erwächst so aus der Selbstbestimmung des Einzelnen, der sich als Besonderes und Allgemeines weiß⁸³, und findet in der Realisation der Freiheit seinen absoluten Endzweck⁸⁴. Die Theorie zielt auf einen Staat jenseits von Ohnmacht und Übermacht:⁸⁵ Sie vermag zu

81 *Ritter*, in: Riedel (Fn. 10), S. 161.

82 *Ritter*, in: Riedel (Fn. 10), S. 165.

83 *Maihofer* (Fn. 60), S. 369.

84 *Maihofer* (Fn. 60), S. 375.

85 *Maihofer* (Fn. 60), S. 378.

erklären, dass der soziale Schutz nicht nur eine Pflicht des Staates, sondern das individuelle Recht der zu schützenden Menschen ist und als solches anerkannt werden muss. Der soziale Rechtsstaat ist also nicht primär ein Staat, welchen soziale Pflichten treffen, sondern ein Staat, der soziale Rechte begründet.⁸⁶ »Aus der Einsicht, dass der Mensch nicht des Staates wegen da ist, sondern der Staat des Menschen wegen, beginnen wir auch die Wirklichkeit des Staates einzig und allein danach zu beurteilen, was sie für die Verwirklichung des Menschen leistet«⁸⁷.

Nur der Sozialstaat ist daher ein vollkommener Staat »dessen Vollkommenheit nicht in sich selbst besteht, sondern in der vollkommenen Anerkennung des Rechts und damit der Würde, wie der vollkommenen Beförderung des Wohles und damit des Glücks des Menschen«⁸⁸.

VI. Hegels Beitrag zur Deutung sozialen Rechts

1. Recht und Wirklichkeit

Das soziale Recht wird bisweilen – auf die Tradition *Max Webers* Bezug nehmend – als die Materialisierung des Formalrechts beschrieben. »Nun aber entstehen mit dem Erwachen moderner Klassenprobleme materiale Anforderungen an das Recht von Seiten eines Teils der Rechtsinteressenten (namentlich der Arbeiterschaft) einerseits, der Rechtsideologen andererseits, welches sich gerne gegen diese Alleingeltung solcher nur geschäftssittlicher Maßstäbe richten und ein soziales Recht auf der Grundlage sittlicher Postulate («Gerechtigkeit«, «Menschenwürde») verlangen. Dies aber stellt den Formalismus des Rechts grundsätzlich in Frage«; sie beruhen auf »antiformalen Normen, die nicht juristischen oder konventionellen oder traditionellen, sondern rein ethischen Charakter haben: maximale Gerechtigkeit statt formaler Legalität beanspruchen«⁸⁹.

Hegels Sicht zeigt, dass das Recht nicht abstrakt und formal ist, sondern notwendig und zugleich in höchstem Maße konkret zu sein hat, weil das abstrakte Recht der Konkretisierung bedarf – denn alles Recht ist notwendig konkret. Dies geschieht durch Moral und Sitte und verwirklicht sich in der Positivierung von Recht, in der das Allgemeine mit dem Konkreten verbunden wird. Das Recht ist also nicht wesentlich reine Idee und bloße äußere

Form, sondern stets auch Teil der sozialen Wirklichkeit. Dieser Blick auf das Recht ist der Rechtswissenschaft eigen; für diese ist Recht stets und notwendig beides: Gebot und Tatsache, Vernünftiges und Gelingendes – und beide Seiten lassen sich voneinander nicht trennen. Recht normiert soziale Realität und richtet sie an Vernunftgeboten aus. *Hegels* Sicht auf das Recht deckt sich also mit der juristischen, dass Recht für die Juristen eine Tatsache darstellt⁹⁰. Das Recht ist zunächst gesetzt und es wirkt auch regelmäßig tatsächlich. Recht ist gemacht und soll zur Gegebenheit werden; es bezeichnet den Inbegriff von Institutionen, die etwas bewirken und dadurch wirken. *Hegels* RPh ist für die Rechtswissenschaft deswegen bedeutend, weil sich beide Ansätze dem Recht mit dem gleichen Grundverständnis annähern und es als System verstehen.

Sein Ansatz deckt sich mit dem von *Karl Renner*, der unter dem Pseudonym *Joseph Karner*⁹¹ eine der ersten rechtssoziologischen und sich dabei an *Karl Marxens* Analyse der im 19. Jh. entfaltenen kapitalistischen Gesellschaft ausrichtende Studie über »die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion« und damit im deutschsprachigen Raum das Denken über »soziales Recht« maßgeblich anregte.

Darin zeigte er, dass Recht die Wirklichkeit bestimmt, wie umgekehrt diese auch das Recht prägt. »Norm und Substrat sind einander so unähnlich, so unvergleichbar, so inkommensurabel, daß im Grunde nicht mehr die Eigentumsnorm, sondern das konkrete Rechtsinstitut das Eigentum erklärt und seine Funktion begrifflich macht«⁹². Recht ist also keine Idee, sondern eine von Ideen bestimmte Wirklichkeit. Es kann umfassend nur ermessen werden, wenn der vom Recht normierte soziale Gegenstand durchdrungen wird. *Hegel* ist damit zunächst einer der ersten Vertreter einer soziologischen Sicht auf das Recht.

86 Eichenhofer, DVBl. 2016, 78.

87 Maihofer (Fn. 60), S. 384.

88 Maihofer (Fn. 60), S. 387.

89 Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen 1976, Kap. VII § 8.

90 Hart, in: *Hart*, *Recht und Moral*, Göttingen 1971, S. 14 ff., 21.

91 Renner, *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion*, Stuttgart 1969.

92 Renner (Fn. 91), S. 197 f.

2. Rechtssetzung und Nationalstaat

Werden durch Recht unter den Individuen maßgeblich wechselseitige Verbindungen begründet, so werden die Menschen durch staatliche Rechtssetzung nicht nur in ihren Freiheiten voneinander abgegrenzt, sondern zugleich aufeinander bezogen und damit zu wechselseitiger Unterstützung angehalten und verpflichtet. Ein durch die Sozialgesetzgebung geprägter Staat ist deswegen nicht auf die Beseitigung des Kapitalismus und dessen Ersatz durch eine staatliche gelenkte Wirtschaft aus, sondern auf die Veränderung der den Kapitalismus ermöglichenden Institutionen in einem diese sozial machenden Sinne.

Eduard Heiman behauptete, Sozialpolitik sei Sozialismus, wenn sie die Kerninstitutionen des Kapitalismus sozial ausrichte.⁹³ Der Grundgedanke des Sozialismus lag in der Durchsetzung und Verwirklichung der Motive Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit auch im Hinblick auf die Arbeiter und deren Erreichung in der wirtschaftlichen Sphäre.⁹⁴ Sozialismus heißt Verwirklichung der sozialen Freiheit in der Welt der Wirtschaft.⁹⁵

Die reale Analyse der in der bürgerlichen Gesellschaft des 19. Jh. herrschenden Rechtsverhältnisse zeigt, dass die von dieser dem Arbeitgeber als Eigentümer- und Unternehmerfreiheit zuerkannten Menschenrechte die Arbeitnehmer rechtlos werden lassen: »Das friedsame Haben der eigenen Sache verwandelt sich in drakonische Herrschaft über fremde Arbeitskräfte, gebiert eine neue soziale Arbeitsordnung, härter und in den Anfangszeiten grausamer als die Feudalzeit und die Pharaonen – man denke nur an die Kinderarbeit! Dieses friedsame Haben der eigenen Sache wird zur ständigen Aneignung des Produkts fremder Arbeit.«⁹⁶ Man könne aber sehen, dass »auf dem Gebiete des Rechts in dem Schoße der alten Gesellschaft die neue vorbereitet ist.«⁹⁷ Darin äußere sich Sozialismus, zu verstehen als der »Schrei nach der Gesellschaft, nach bewußter, freier Tat der menschlichen Gesellschaft, nach ihrer souveränen Normschöpfung.«⁹⁸

Die sich unter der alten privatrechtlichen Ordnung vollziehende Neubestimmung durch Sozialpolitik beschreibt er mit folgenden Worten: »Das öffentliche Recht hat längst erkannt, daß eine Sache, mit der grundsätzlich eine ganze Gesellschaft befasst ist, nicht länger als eine Privatsache behandelt werden dürfe. Und so hat sie neben das Privatrecht an der Sache das öffentliche Recht der Sache zu setzen begonnen, zunächst vorsichtig tastend, bald entschlossener, endlich mit vollem Bewußtsein.«⁹⁹

»Das Verwaltungsrecht wird eine eigene Rechtsdisziplin, und bald wird die Wirtschaftsverwaltung dessen umfangreichster Zweig. Eigentum und Lohnvertrag auf die Fabrik ausgeweitet, schaffen Mißstände, also hilft das Verwaltungsrecht nach. Der Normalarbeitstag, die Fabrikinspektion, Kinder- und Frauenschutz werden komplementäre Institutionen des öffentlichen Rechts neben jenen privaten Rechtsinstitutionen. Kranken-, Unfalls-, Altersversicherung folgen nach, öffentliche Arbeitsvermittlungsstellen ersetzen den privaten Arbeitsmarkt usw. Am Ende ist das Arbeitsverhältnis zu neun Zehnteln *publici juris* und nur der Rest ruht auf einer privatrechtlichen Basis.«¹⁰⁰

Wird die Arbeiterschaft Trägerin von Menschenrechten, erlangte sie bürgerliche Freiheiten, auch die Vereinigungsfreiheit, und politische Freiheiten wie das allgemeine Wahlrecht. Dies ermöglichte der Arbeiterschaft die Bildung eigener Interessenvertretungen = Koalitionen; sie dienten der politischen Durchsetzung von Forderungen, welche die Lebensbedingungen der Arbeiterschaft verbesserten.

Die Sozialgesetzgebung zielte nicht auf die Übertragung der Eigentümerstellung und deshalb erstrebte sie nicht die Übertragung privater Eigentumstitel auf den Staat an, sondern bezweckte, die bestehenden sozialen Beziehungen durch Umgestaltung des Inhalts von Rechtsverhältnissen zu verändern. Es macht einen Unterschied für das Unternehmenseigentum, ob Unternehmer Arbeitnehmer nach Tarifvertrag zahlen, Betriebsräte beteiligen, gesetzliche Arbeitszeit- und sonstige Schutzregeln beachten und Beiträge zur Sozialversicherung für ihre Beschäftigten entrichten müssen oder nicht. Es macht auch einen Unterschied, ob Vermieter die Miethöhe nur im Rahmen gesetzlicher Festlegungen vereinbaren können und bei der Kündigung frei sind oder einem gesetzlichen Verbot unterliegen. Obgleich der Sozialstaat in einen Staat und dessen lokale, regionale wie nationale Traditionen eingebunden ist, weist die ihn legitimierende Idee der sozialen als universaler

⁹³ *Heiman*, Soziale Theorie des Kapitalismus. Theorie der Sozialpolitik, Frankfurt a.M. 1980, S. 290 ff.

⁹⁴ *Honneth* (Fn. 25), S. 47.

⁹⁵ *Honneth* (Fn. 25), S. 117.

⁹⁶ *Renner* (Fn. 91), S. 199.

⁹⁷ *Renner* (Fn. 91), S. 201.

⁹⁸ *Renner* (Fn. 91), S. 202.

⁹⁹ *Renner* (Fn. 91), S. 203.

¹⁰⁰ *Renner* (Fn. 91), S. 204.

Freiheit über den Nationalstaat hinaus; wie die Idee des Sozialismus¹⁰¹ war und ist der Auftrag des Sozialstaates stets notwendig ein internationaler. Die durch den Sozialstaat geformte Gesellschaft wird nicht primär durch deren Bürger, sondern der in einem Staat Beschäftigten und Wohnenden ausgerichtet, denn die Systeme sozialen Schutzes integrieren Menschen in den Staat auf Grund Beschäftigung und Wohnsitz. Sein Adressat ist der Mensch als Mitglied der bürgerlichen Gesellschaft – der bourgeois – und nicht als Träger des Staates – des citizen.

3. Verwaltung und Korporation als Medien des Sozialstaats

Der Sozialstaat erscheint als interventionistischer Staat, weil er potentiell die gesamte Breite gesellschaftlicher Interaktionen normiert und alle Lebensäußerungen zu normieren vermag und notfalls auch normiert, um die umfassende Gestaltung sozialer Teilhabe zu verwirklichen. Der Sozialstaat ist also ein in die Privatwirtschaft zum Schutz der Arbeitnehmer, Konsumenten oder der Allgemeinheit vielfältig und unter Einsatz von Vorschriften, Ge- und Verboten in das Wirtschaftsleben vielfach intervenierender Staat. Wenn mit Blick auf die umfassend öffentlich-rechtlich regulierte, auf Privateigentum und Unternehmerfreiheit gegründete Ökonomie von einer gemischten Wirtschaft (mixed economy) gesprochen wird, so entspricht dies der im Sozialstaat der Gegenwart entfalteten Funktion des Staates, welche *Hegel* mit dem Begriff der Polizei belegt hatte.

Mit der Figur der Korporation schafft *Hegel* eine Denkfigur für die selbst organisierte Sozialgestaltung durch sich selbst verwaltende Verbände. Sie haben im Zuge der sozialrechtlichen Entwicklung im Arbeitsleben in Gestalt von Tarifautonomie und Betriebsverfassung und im System sozialen Schutzes in den Institutionen sozialer Selbstverwaltung Gestalt angenommen.

Sie bilden ein Refugium der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Selbstbestimmung aus, welche zentrale Aufgabengebiete der Regulierung wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Vorgänge den davon direkt Betroffenen in Eigenverantwortung überlässt. Der Staat hält sich in den Korporationen überlassenen Aufgabengebieten von jeglicher Intervention fern – darauf bauend, dass das Allgemeinwohl von den freien Korporationen wahrgenommen wird – und nicht dieses unter dem Einfluss partikulärer Interessen Schaden nimmt.

4. Rechte und Pflichten

Recht und Pflicht auf Arbeit sind keine Gegensätze, sondern sämtliche soziale Rechte sind pflichtengebundene Rechte. Gerade in *Hegels* RPh wird dieser Zusammenhang sichtbar. Das Recht auf Bildung verpflichtet zur geistigen, physischen und mentalen Anstrengung, das Recht auf Gesundheit zu dessen gesundheitsförderlichem Gebrauch; das Recht auf sozialen Schutz verpflichtet auf lange Zeit und in großem Umfang zur Beitragszahlung und zur Mitwirkung bei Eintritt sozialer Risiken. Das Recht auf Arbeit verpflichtet zur Integration in den Arbeitsmarkt und unterscheidet sich genau darin prinzipiell und wohltuend von einem bedingungslosen Grundeinkommen.

5. Soziale Rechte und politische Teilhabe

Können die Motive der Nationenbildung, sozialen Bürgerstellung oder Demokratie den Sozialstaat legitimieren? Diese Herleitung entstammt der Gründungsphase des Sozialstaats in Kriegszeiten und der wohlfahrtsstaatlichen Unterstützung von Kriegsopfern. Historisch kann der Sozialstaat daher als die wohlthätige Form eines Nationalstaates verstanden werden, der die Gesellschaft in eine in sich geschlossene Gemeinschaft überführen soll, wobei der Bürgerstellung die Schlüsselrolle bei der Zuweisung sozialer Rechte zufällt. Auch in *Hegels* Staatskonzept hat diese Vorstellung eine konzeptionelle Basis.

Unter den Gegebenheiten internationaler Allianzen – in Europa der Europäisierung – und der sich weltweit herausbildenden globalen Governance werden die Sozialstaaten aller Staaten zunehmend offener füreinander. Wenn der Zugang zu den Sozialstaaten anderer Staaten ohne Beschränkung möglich ist, können daraus auch in Arbeit und Aufenthalt gründende soziale Rechte aus Arbeit und auf sozialen Schutz entstehen. Völkerrecht prägt nicht nur die Sozialpolitik der Staaten und vereinheitlicht diese damit auch. Dies geschieht nicht wegen prinzipieller Rangvorränge des Völkerrechts gegenüber den Staaten, sondern wegen der dort inzwischen etablierten Regelungsdichte internationaler Normen über die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte.¹⁰² Diese

101 *Honneth* (Fn. 25), S. 154 ff.

102 *Eichenhofer*, Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Menschenrechte, Frankfurt aM. 2021.

Rechte zeigen, dass in zentralen Themenfeldern der Innenpolitik – nämlich der Politik sozialen Schutzes – auf internationaler Ebene formulierte Menschenrechte den veritablen Inhalt nationaler Sozialpolitik prägen.

Legitimieren die Motive der Nationenbildung, sozialen Bürgerstellung oder Demokratie den Sozialstaat? In seiner Gründungsphase in Kriegszeiten und der wohlfahrtsstaatlichen Unterstützung von Kriegsoffizieren war der Sozialstaat die wohlthätige Form eines Nationalstaates, der die Gesellschaft in eine in sich geschlossene Gemeinschaft überführt und der Bürgerstellung die Schlüsselrolle bei Zuweisung sozialer Rechte zufällt. Soziale Rechte waren mit politischen Teilhaberechten verbunden. *Hegels* Ansatz beruht genau auf dieser Sicht.

Sie scheint mir aber kritikwürdig, weil nationalstaatlich und damit auch nationalistisch verengt. Weder Nationenbildung, noch die »soziale Bürgerstellung« (social citizenship)¹⁰³, noch die Demokratie vermögen den Sozialstaat letztlich zu begründen. Obgleich die »organische Selbstbeherrschung nach Teilhabe an der Staatswillensbildung verlangt«¹⁰⁴ gehören Sozialstaat, Demokratie und Freiheiten nicht untrennbar zusammen.

Die internationale Sozialgesetzgebung entstand im Zusammenhang mit der Entwicklung internationalen

Handels¹⁰⁵. Nach 1830 entstanden international handelnde Vereinigungen von Mitgliedern religiöser und philanthropischer Ideen. Sie forderten die internationale Kooperation in Wirtschaft, Politik, und Kultur. Sie waren davon überzeugt, dass die Vertiefung der weltweiten Arbeitsteilung den wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt befördern könnte. Unter den Gegebenheiten internationaler Allianzen – in Europa der Europäisierung – und der sich weltweit herausbildenden globalen Governance werden die Sozialstaaten aller Staaten zunehmend offener füreinander. Der Sozialstaat einer demokratischen Gesellschaft sichert die Freiheiten – nicht primär der Bürger, sondern der in ihm arbeitenden und wohnenden Menschen und verwirklicht damit nicht einen nationalen, sondern einen internationalen Auftrag.

103 *Marshall*, *Social Citizenship and Social Class*, Cambridge 1950; *Marshall/Bottomore* (eds.), *Citizenship and Social Class*, 1950, p. 3; *Bosniak*, *The Citizen and the Alien, Dilemmas of Contemporary Membership*, Princeton 2008; *Kochenov*, in: *Penning/Vonk* (eds.), *Research Handbook on European Social Security Law*, Cheltenham 2015, p. 32.

104 *Böckenförde*, FS Brunner, 1963, S. 248.

105 *Diller*, in: *Shelton* (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford 2013, p. 295.

Zusammenfassungen

Waltermann: Mitgliederexklusivität der Tarifbindung versus Tariferstreckung: Paradoxon oder kommunizierende Röhren?

SR 5/2021, S. 177–188

Waltermann untersucht, inwiefern die Tarifautonomie durch mitgliedschaftliche Tarifbindung oder Tarifnormerweiterung gestärkt werden kann. Zwischen beiden Wegen bestehe zwar eine Spannungslage, dennoch müssten sie nebeneinander gegangen werden – auch um in Branchen mit gering ausgeprägter Tarifautonomie Gemeinwohlinteressen zu sichern.

Ulber: Grundfragen des Arbeitszeitrechts im 21. Jahrhundert

SR 5/2021, S. 189–204

Ulber beleuchtet die Entwicklungen und die zukünftigen Herausforderungen einer Regulierung der Arbeitszeit in Deutschland. Der Autor hält dabei unter anderem fest, dass im Arbeitszeitrecht ein hoher Anpassungsdruck herrsche. Vor allem die Arbeitszeitflexibilisierung und die Auswirkungen der Digitalisierung der Arbeitswelt stellen Herausforderungen für die Regulierung des Arbeitszeitrechtes dar.

Eichenhofer: Hegels Rechtsphilosophie und das soziale Recht

SR 5/2021, S. 205–219

Eichenhofer erörtert die Kernaussagen von Hegels »Grundlinien einer Philosophie des Rechts« und arbeitet die Tragweite dieser Schrift für das soziale Recht heraus. Hegel habe mit diesem Werk entscheidend zur Entwicklung und Herleitung des sozialen Rechts beigetragen.

Abstracts

Waltermann: Member exclusivity of collective bargaining coverage versus tariff extension: Paradox or communicating tubes?

SR 5/2021, pp. 177–188

Waltermann examines how collective autonomy can be strengthened through enhancing membership in collective bargaining parties or through extending the binding nature of collective agreements. Although there is a tension between the two paths, they must be pursued side by side – also in order to safeguard the public interest in sectors with little collective bargaining autonomy.

Ulber: Basic questions of working time law in the 21st century

SR 5/2021, pp. 189–204

Ulber examines the developments and future challenges of regulating working time in Germany. The author notes, among other things, that there is a strong pressure to adapt working time law. Above all, the flexibilisation of working time and the effects of the digitalisation for the working environment pose challenges for the regulation of working time law.

Eichenhofer: Hegel's Philosophy of Law and Social Law

SR 5/2021, pp. 205–219

Eichenhofer discusses the core statements of Hegel's »Elements of the Philosophy of Rights« and elaborates the scope of this writing for social law. He states that Hegel made a decisive contribution to the development and derivation of social law with this work.

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

Abhandlungen

- Peter Stein: Kopftuch – die neue Runde
- Raphaël Callsen: Pandemie und Arbeitsrecht
- Daniel Hlava: Stärkung der Tarifautonomie durch Sozialrecht

Rezensionsaufsätze

- Christian Hess: Dynamische AGB-Kontrolle – Zum maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt der Wirksamkeit von AGB im Dauerschuldverhältnis (Stephan Seiwert)



Betriebliches Eingliederungsmanagement

BEM – Das Erfolgsmodell

Das Betriebliche Eingliederungsmanagement ist fest in der Arbeits- und Personalpolitik vieler Betriebe etabliert. Es ermöglicht Betroffenen eine individuelle Wiedereingliederung in den Arbeitsalltag. Dieser Wiedereingliederungsprozess hat umfangreichen Qualitätskriterien zu entsprechen und ist laufend den individuellen Anforderungen in Branchen, Betrieben und Dienststellen anzupassen. Welche Faktoren in der persönlichen Beratung und Fallbearbeitung wegweisend für ein erfolgreiches Durchführen des Betrieblichen Eingliederungsmanagements sind, zeigt das nun in zweiter Auflage erschienene »Werkbuch«. Die Beiträge wurden komplett aktualisiert und sind auf Stand Mai 2021.

Feldes / Niehaus / Faber (Hrsg.)

Werkbuch BEM – Betriebliches Eingliederungsmanagement

Strategien für Betriebs- und Personalräte

2., aktualisierte Auflage

2021. 299 Seiten, gebunden

€ 39,90

ISBN 978-3-7663-7087-7

www.bund-verlag.de/7087

Aus dem Inhalt:

- › Arbeitsrechtliche Fragen und Rechtsdurchsetzung
- › Sozialrechtliche Fragen
- › Datenschutz
- › Arbeitsschutz und Arbeitsgestaltung
- › Abgrenzung von Krankenrückkehrgesprächen
- › Qualitätsmanagement und Evaluation
- › Erfolgsbedingungen – Aspekte der Unternehmenskultur
- › Aufgaben und Rolle des Betriebsarztes
- › Interessenvertretungen berichten aus dem Eingliederungsalltag
- › Betriebs- und Dienstvereinbarungen
- › Unterstützungsstrukturen für Klein- und Mittelbetriebe
- › Beamte und kirchliche Einrichtungen

Einfach online bestellen:

1. Einsteigen auf www.bund-verlag.de/7087 2. Daten eingeben 3. Absenden
oder Coupon ausfüllen und abschicken:

Expl.	Best.-Nr. 978-3-7663-	Autor / Kurztitel	Preis / €
	7087-7	Feldes / Niehaus / Faber (Hrsg.) Werkbuch BEM – Betriebliches Eingliederungsmanagement	39,90

Absender: Frau Herr

Name / Vorname:

Firma / Funktion:

Straße / Nr.:

PLZ / Ort:

Telefon:

E-Mail:

Datum / Unterschrift:



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

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.

NEU



Deinert / Treber

Europäische Arbeits- und Sozialordnung

Richtlinien und Verordnungen · Einleitungen · Rechtsprechung

2021. 1.208 Seiten, kartoniert

inklusive Online Zugriff auf alle Inhalte und Rechtsprechung im Volltext
€ 44,90

ISBN 978-3-7663-7066-2

www.bund-verlag.de/7066

Die EU-Standards im Arbeits- und Sozialrecht

Das Arbeits- und Sozialrecht ist schon seit Langem nicht mehr allein durch nationales Recht geprägt. Das Recht der Europäischen Union setzt zunehmend neue Standards. Die Kenntnis des europäischen Arbeits- und Sozialrechts ist deshalb unerlässlich, um die Rechte und Pflichten im Arbeitsverhältnis zuverlässig ermitteln zu können. Die umfangreiche Textsammlung enthält fast 50 Europäische Verträge, Verordnungen und Richtlinien im Wortlaut oder in wichtigen Teilen.

Rechtsnormen aus folgenden Bereichen:

- > Primärrecht
- > Gleichbehandlungs- und Antidiskriminierungsrecht
- > Dienstleistungsfreiheit und Arbeitnehmerfreizügigkeit
- > Atypische Arbeitsverhältnisse
- > Arbeitsbedingungen
- > Arbeitsschutz
- > Kollektives Arbeitsrecht
- > Gerichtlicher Rechtsschutz und alternative Streitbeilegung

Vorteile auf einen Blick:

- > Alle wichtigen europäischen Verträge, Verordnungen, Richtlinien
- > Mit Einleitungen zu Rechtsquelle, Intention, aktuellen Fragen, Rechtsprechung
- > Online-Zugriff auf alle Inhalte und die höchstrichterliche Rechtsprechung im Volltext

Einfach online bestellen:

1. Einsteigen auf www.bund-verlag.de/7066 2. Daten eingeben 3. Absenden oder Coupon ausfüllen und abschicken:

Expl.	Best.-Nr. 978-3-7663-	Autor / Kurztitel	Preis / €
	7066-2	Deinert / Treber Europäische Arbeits- und Sozialordnung	44,90

Absender: Frau Herr

Name / Vorname:

Firma / Funktion:

Straße / Nr.:

PLZ / Ort:

Telefon:

E-Mail:

Datum / Unterschrift:

Bund-Verlag GmbH
60424 Frankfurt am MainInfotelefon:
069 / 79 50 10-20Fax:
069 / 79 50 10-11E-Mail:
kontakt@bund-verlag.dewww.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.