

# Zukunft des Sozialrechts – Sozialrecht der Zukunft

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

## I. Einleitung

### 1. Sozialrecht trägt die Gesellschaft, wird aber wenig geschätzt

Entwickelte Gesellschaften verfügen über Alterssicherung, Unfallschutz, Kranken- und Arbeitslosenversicherung, Kinderbetreuung, Kindergeld sowie Sozialhilfe und schützen die Menschen mit Behinderung. Das alles verbürgt Sozialrecht, das Rechtsansprüche auf solche Leistungen begründet. Es besteht schon seit Jahrhunderten; seine zentrale Mission begann ausgangs des 19. Jahrhunderts. Nach dem Ersten Weltkrieg wurde es entfaltet und machte bei Verwirklichung seiner Ziele seither weitere Fortschritte. Es sichert heute die elementaren Lebensbedürfnisse der Menschen und erlangte damit auch zentrale Bedeutung für die Gesellschaft.

Trotz seiner elementaren Rolle wird das Sozialrecht von den Menschen aber weder bewundert noch geschätzt, sondern eher skeptisch und mit Blick auf die Gegenwart oft als unzulänglich und mit Blick auf die Zukunft einerseits als unsicher und andererseits als schwerlich zu sichern wahrgenommen. Ein unablässiges Genörgel am Sozialrecht bildet geradewegs das Grundrauschen einer Gesellschaft, die vom Sozialrecht wie von wenig anderem mehr geprägt ist. Das Bild vom Sozialrecht schwankt daher zwischen Extremen. Denn es gibt nicht nur, sondern – um dies zu können – nimmt auch und fordert von vielen Beiträge und Steuern beträchtlichen Umfangs. Die einen meinen deshalb, es will viel zu viel, den anderen dagegen gibt es zu wenig.

Dieser auf den ersten Blick paradoxe Befund folgt aus der Differenz zwischen dem Versprechen des Sozialrechts und seiner Einlösung in der Wirklichkeit. Ersteres verheißt Schutz bei sozialen Risiken und sozialer Not. In der Praxis bleibt dieser aber hinter den geweckten Erwartungen oft zurück und enttäuscht die Berechtigten deswegen nicht selten. Leidet Sozialrecht an einem utopischen Überschuss – oder grundsätzlicher: Wie verhält es sich zu der Zeit, dh. einmal zur Gegenwart, in der es steht, und zum

anderen zur Zukunft, für die es umfassend »soziale Sicherheit« verspricht?

Das Sozialrecht steckt voller Paradoxien. Seine Garantien werden durch Bürokratien entfaltet. Der Umgang mit ihnen ist mühsam, belastet es die Berechtigten doch mit der Darlegung ihrer Anspruchsberechtigung und macht sie damit zu Bittstellern. Sie müssen ihre Ansprüche oft mühsam und gegen Widerstand durchsetzen. Das Sozialrecht befasst sich mit Alter, Unfall, Krankheit, Arbeitslosigkeit und Armut mit unangenehmen, belastend wahrgenommenen Lebenslagen, die daher aus dem Gesichtskreis verdrängt werden. Sozialrecht macht es den Berechtigten schwer und hat es mit seinen Berechtigten auch schwer.

### 2. Sozialrecht steht in der Zeit

Sozialrecht und Zukunft sind untrennbar verbunden. Denn Sozialrecht enthält ein Zukunftsversprechen! Wenn es in der ungewissen Zukunft Schutz verspricht, nimmt es für die Berechtigten wie die Gesellschaft die Zukunft vorweg. Sozialversicherung und Sozialhilfe lösten das Versprechen ein: Einrichtungen aus dem 19. oder gar 15. Jahrhundert. Das Versprechen leitet sich aus den Erfahrungen der Vergangenheit ab. Ob die aktuell gegebenen Antworten auf der Höhe der Zeit sind, wird landauf landab bezweifelt. Denn Sozialrecht gestaltet Zukunft aus Erfahrungen der Vergangenheit. Kann es so sein gegebenes Versprechen künftig einhalten angesichts der damit erwartbar verbundenen wirtschaftlichen Lasten?

Wer sich mit dem Sozialrecht befasst, wird deshalb notwendig mit der Zeitlichkeit konfrontiert; zum einen mit den Hoffnungen der Einzelnen, zum anderen mit Anforderungen an den Staat, welcher die geweckten Hoffnungen wahr machen muss. Das auf die Zukunft gerichtete Sozialrecht bezieht seine Regeln wie Leitbilder aus der Vergangenheit. Auch seine Berechtigungen reifen in der Vergangenheit. Damit steht es in der Zeit und befindet sich doch zugleich permanent im Fluss.

Nirgendwo außerhalb des Sozialrechts ist so oft vom »Wandel« die Rede. Sozialrecht ist für eine sich wandelnde

Gesellschaft gemacht. Es drängt sich damit die Frage nach dem Wandel des Sozialrechts auf. Dieser Befund ist jedoch paradox. Denn »mere change without conservation is a passage from nothing to nothing. [...] Mere conservation without change cannot conserve.«<sup>1</sup> Das Sozialrecht ist damit gleichermaßen auf Vergangenheit wie Zukunft verwiesen. Das als soziale Sicherheit verheißene Zukunftsversprechen sichert die Menschen in sozialen und existenziellen Notlagen. Not wird sozial, wenn sie aus wirtschaftlicher Unselbständigkeit erwächst, und existentiell, wenn die Befähigung zur Selbstbetreuung fehlt.

Forderungen nach radikalen Brüchen mit dem bestehenden sozialen Schutz begleiten das Sozialrecht seit seiner Entstehung. Zukunftshoffnung wie -angst sind zwei Seiten derselben Medaille. Wer das Sozialrecht näher befragt, kommt deshalb an seinem Zukunftsgehalt nicht vorbei. Die Frage nach der Zukunft des Sozialrechts mündet damit notwendig in die Frage nach dem Sozialrecht der Zukunft.

### 3. Ausblick auf die weiteren Erörterungen

Dafür sind folgende Fragen zu beantworten:

- Was sind die ökonomischen und lebensweltlichen Wirkungen von Sozialrecht (II.),
- wie steht es um Alternativen in und zu ihm (III.),
- was folgt aus dem vom Sozialrecht gegebenen Zukunftsversprechen (IV.) und
- was folgt daraus für das Sozialrecht der Zukunft (V.)?

## II. Was hat Sozialrecht bewirkt?

### 1. Lebenspraktische Bedeutung des Sozialrechts

Wie sähe eine Welt ohne Sozialrecht aus? Keine Renten, kostenfreie Krankenbehandlung, Unfallverhütung oder Unfallschutz, Arbeitslosenversicherung, Grundsicherung oder Sozialhilfe, öffentliche Einrichtungen der Kinderbetreuung, kein Kinder- oder Elterngeld. Manche dieser sozialen Rechte sind noch nicht alt. Viele Ältere haben ihre Kinder noch ohne öffentliche frühkindliche Betreuung oder Elterngeld großgezogen. Aber Alter ohne Rente oder Krankheiten und deren Behandlung nur gegen hohe Zahlungen können wir uns schon lange nicht mehr vorstellen.

In Deutschland lebten 2016 über 17,5 Millionen Menschen über 65 Jahre<sup>2</sup> wirtschaftlich unabhängig, weil es die Rentenversicherung gibt. Alter ist zur eigenen Lebensphase geworden. Sie schließt sich an eine inzwischen länger gewordene Kindheits- und bis in das dritte Lebensjahrzehnt reichende Jugendphase sowie eine gemessen an früher kürzere Erwerbsphase an. Dieser »dritte Lebensabschnitt« (»troisième âge«) währt für mehrere Jahrzehnte: Eine in der Geschichte der Menschheit neue Erfahrung und ermöglicht durch Sozialrecht.

Nicht allen Rentner(innen) geht es gut, manche sind auch arm. Denn sie müssen die Rente mit Grundsicherung aufstocken. Das ist belastend und entmutigend. Aber es sind derzeit 3 % der Rentner(innen)<sup>3</sup>; vielen anderen ist im Alter ein jedenfalls bescheidener Wohlstand möglich. Opern und Theater werden von Älteren aufgesucht und auch Kreuzfahrten, Busreisen und Hotels bauen auf sie.

Heute sind viele Krankheiten bekannt und zu behandeln. Krankheiten, die Lebensmöglichkeiten einst beschränkten oder Leben vorzeitig beendigten, sind heute medizinisch beherrschbar – dank Organübertragungen, künstlicher Gelenke, der Versorgung von Frühgeburten und Reproduktionsmedizin. Letztere machte übrigens auch ganz neue Familienformen möglich. Daran haben auf Grund Sozialrechts alle Anteil – eine weitere Errungenschaft. Krankheit ist Teil des Lebens. 1792 formulierte *Wilhelm von Humboldt* treffend: »Ehe es Ärzte gab, kannte man nur Gesundheit oder Tod.«<sup>4</sup> Krankheit als Zustand jenseits von Gesundheit und Tod gibt es, weil Ärzte die Krankheiten erkennen und Wege zu deren Linderung oder zur Wiedererlangung der Gesundheit aufzeigen. Krankenversicherung eröffnet Versicherten ein immer weiter gewordenen Spektrum an Medizin.

Die Unternehmer(innen) finanzieren die Unfallversicherung. Diese verpflichtet zur Unfallprävention und setzt für jene wirtschaftliche Anreize, dem nachzukommen. Unfallverhütung erspart vielen Beschäftigten vor allem

1 Hall (Hrsg.), *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo*, New York 1947, S. 251, 255.

2 Statistisches Bundesamt, *Statistisches Jahrbuch Deutschland 2018*, Wiesbaden 2018, S. 31.

3 BMAS, *Lebenslagen in Deutschland: Der Fünfte Armuts- und Reichtumsbericht*, 2017, S. 423 ff.; allerdings mit steigender Tendenz: DIW, *Anstieg der Altersarmut in Deutschland: Wie wirken verschiedene Rentenreformen?*, Gütersloh 2019.

4 *Von Humboldt*, *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen*, 1792, Nachdruck 1995, S. 35.

Leid und manche Widrigkeit. Weniger Unfälle bedeuten auch weniger Unfallrenten und dies führt schließlich zu niedrigen Beiträgen.

Die Arbeitslosenversicherung – inzwischen zur Arbeitsförderung fortentwickelt – bemüht sich um die Vermittlung und Qualifizierung Arbeitsuchender. Sie war die Antwort auf die in den 1920er Jahren gewonnene Erkenntnis, dass an der Vollbeschäftigung der soziale Friede und die Demokratie hängen. Es ist deswegen ein Rechtsgebot, Menschen ohne Arbeit in das Arbeitsleben zu führen und finanziell und praktisch zu unterstützen. Es geht um das Versprechen des Sozialstaats auf Erwerbsbeteiligung aller Menschen: international »Recht auf Arbeit« genannt und weltweit als soziales Menschenrecht anerkannt<sup>5</sup>.

Wer sich mit dem Sozialrecht befasst, wird auf große Geldbeträge verwiesen, in denen sich abstrakt die sozialpolitischen Ziele konkret ausdrücken. Ausweislich des Statistischen Jahrbuches von 2018 belief sich das Sozialbudget 2016 auf 953,8 Mrd. € und machte damit 29 % des Bruttoinlandsprodukts aus.<sup>6</sup> Für Alter, Invalidität, Hinterbliebene wurden danach 294 Mrd. €, für Krankheit und Pflege 252 Mrd. €, für Familienleistungen 89 Mrd. € und für die Leistungen bei Arbeitslosigkeit 71 Mrd. € ausgegeben. Allein 294 Mrd. € zahlte die Rentenversicherung, die Krankenversicherung 222 Mrd. €, die Pflegeversicherung 30 Mrd. € und die Unfallversicherung 13 Mrd. €. Auf die Arbeitsförderung entfielen 27 Mrd. €, auf die Leistungssysteme des öffentlichen Dienstes 74 Mrd. €, die der Arbeitgeber 84 Mrd. € und auf die Sozialhilfe 40 Mrd. €.

## 2. Öffentliche Wahrnehmungen des Sozialrechts

Wird das Sozialrecht deswegen landauf, landab als kultureller Fortschritt, weil als Befreiung des Menschen aus Not und Elend gefeiert? Nein – im Gegenteil: Es wird privat wie öffentlich eher kritisch beurteilt. Viele betonen dessen Unzulänglichkeiten – eine niedrige Rente nach langer, harter Arbeit, die schwierige Terminlage bei Fachärzten oder die oft achtlose, fast mechanische Pflege. Fast alle leiden unter der als umständlich wahrgenommenen Sozial-Bürokratie mit ihren Formularen und schwer verständlichen Fragen.

Andere stehen dem Sozialrecht prinzipiell reserviert gegenüber. Sie halten ihm vor, die Gesellschaft habe sich

mit ihm zu viel vorgenommen, weil es Junge und Leistungsstarke überfordere. Sie beklagen, dass die Menschen »vom Staat« lebten und fordern mehr Eigenverantwortung und -vorsorge. Nur selten machen sie dabei aber klar, wie sich dies für die allermeisten und nicht nur die wenigen sehr vermögenden Menschen konkret darstellte. Oft aus persönlichen und speziellen Erfahrungen gespeist, wird das ganze System als verfehlt verdammt, ohne dass sich die Kritiker im Ansatz die Mühe machen, seine Regeln und Institutionen zu verstehen.

Anderen erscheint das Sozialrecht als zu kompliziert, technisch und schon deswegen verdächtig, ja zutiefst ungerecht. Sie träumen vom bedingungslosen Grundeinkommen, das sie nicht als Lösung für einzelne Probleme, sondern als Erlösung von allen Problemen begreifen. Sie behaupten: Flösse allen zu allzeitig unter allen Umständen von der Wiege bis zur Bahre der genau gleiche Betrag wiederkehrend zu, herrschte wahre Gleichheit unter den Menschen. Sozialrecht hat es mithin schwer, als hilfreich und nützlich auf- und angenommen zu werden.

## 3. Soziologische Sichtweise des Sozialrechts

Das Sozialrecht beruht auf voraussetzungsvollen Annahmen, was es in einen prinzipiellen Gegensatz zu anderen Rechtsgebieten bringt. Während Straf- und Privatrecht methodisch individualistisch geleitet sind – den Täter als eigenverantwortliches Subjekt und den Vertrag als Mittel der Selbstverwirklichung begreifen – geht das Sozialrecht vom Menschen als gesellschaftliches Wesen aus, sieht ihn nicht als Einzelnen, sondern als Mitglied der Gesellschaft.<sup>7</sup> Wegen dieser Bindung kann Sozialrecht Menschen Rechte gegen die und zugleich Pflichten gegenüber der Gesellschaft zumessen. Während das Sozialrecht auf der Sozialbindung der Einzelnen aufbaut, betrachten Straf- und Zivilrecht diese als autonome Individuen. Das Sozialrecht wird so von der soziologischen Sicht auf Menschen und Gesellschaft geleitet. Denn es beruht auf der Grundannahme, dass die Menschen voneinander abhängen, daher füreinander eintreten und schließlich deswegen ihr Zusam-

<sup>5</sup> Eichenhofer, Soziale Menschenrechte im Völker-, europäischen und deutschen Recht, Tübingen 2012, S. 95 ff.

<sup>6</sup> Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch Deutschland 2018 (Fn. 2), S. 236.

<sup>7</sup> Stammler, Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung, Leipzig 1896, S. 90.

menleben gemeinsam rechtlich organisieren.<sup>8</sup> Das Recht ist deshalb nicht primär Garant individueller Freiheiten, sondern Inbegriff der Anordnungen über menschliches Zusammenleben.<sup>9</sup> »Der Stoff des sozialen Lebens [ist] das auf Bedürfnisbefriedigung gerichtete menschliche Zusammenleben.«<sup>10</sup>

Sozialrecht steht damit in der Tradition »sozialistischen« Denkens, das nach *Emile Durkheim*<sup>11</sup> wirtschaftliche Funktionen in ihren Auswirkungen auf Leitung und Bewusstsein der Gesellschaft umschreibt. Das Sozialrecht ist bestrebt, sämtliche wirtschaftlichen Vorgänge dem diese gestaltenden Anspruch der Gesellschaft zu unterwerfen<sup>12</sup>, wodurch dem Recht eine zentrale gesellschaftliche Steuerungsfunktion zufällt. Recht als »wertebeziehendes Verhalten« ist eine »Kulturerscheinung, dh. wertbezogene Tatsache«<sup>13</sup>. Der Rechtsbegriff ist eine Gegebenheit, »die den Sinn hat, die Rechtsidee zu verwirklichen. Recht kann ungerecht sein (summa ius – summa iniuria), aber es ist Recht nur, weil es den Sinn hat, gerecht zu sein. Die Idee des Rechts kann keine andere sein als die Gerechtigkeit.«<sup>14</sup>

Die menschlichen Freiheiten sind in der Gesellschaft angelegt, weil diese jene schafft und damit die Bedingungen für die Entfaltung der individuellen Freiheiten hervorbringt und deren Gebrauch sichert.<sup>15</sup> Für Sozialrecht wie Soziologie sind soziale Lagen die Folgen sozialer Verhältnisse. Sozialrecht zielt auf die Veränderung sozialer Lagen mittels sozialer Maßnahmen.

Sozialrecht wendet sich den Schwachen zu; die »Schwachen« sind aber keine soziale Gruppe, die den »Starken« gegenüberträte. Stärke und Schwäche begleiten vielmehr alle Menschen im Verlauf des Lebens. *Hermann Hesses* Einsicht »Wahrlich, keiner ist weise, der nicht das Dunkel kennt!«<sup>16</sup> enthüllt die existentielle Dimension des Sozialrechts. Sozialrecht wird nötig, wenn die guten Tage im Leben schwinden und die dunklen und schlechten Tage beginnen. Dann gilt es, das Versprechen des Grundgesetzes und der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte einzulösen, auch unter diesen Bedingungen ein der Menschenwürde gemäßes Leben zu sichern. Diesen Auftrag hat das Sozialrecht zu erfüllen. Sein Ziel wird »soziale Gerechtigkeit« genannt.

Gerechtigkeit ist ein absoluter Wert, der aus keinem anderen folgt.<sup>17</sup> Aber der Inhalt der Forderung nach Gerechtigkeit ist nicht klar. Alle Revolutionen, Kriege und Umwälzungen beriefen sich auf sie.<sup>18</sup> Sie fordert im Grundansatz die Gleichheit. Allerdings ist Gleichheit ein

formales Prinzip, nämlich die Gleichbehandlung alles Gleichen. Konkrete Gerechtigkeit bedarf hingegen eines konkreten Maßstabes, zB. Gleichheit im Hinblick auf Person, Werk, Gegenleistung, Bedürfnis, Rang oder Leistung. Daraus folgt das Problem, dass sich die Gerechtigkeitsforderungen unterscheiden und sogar einander widersprechen können. Mit der Vervielfachung der Maßstäbe werden auch die wechselseitigen Abgrenzungen erschwert. Damit wird die Gerechtigkeitsforderung vage und thematisch offen.<sup>19</sup>

Vieles davon, was theoretische Betrachtung lehrt, ergibt sich auch unmittelbar aus der Sozialgesetzgebung selbst. § 1 Abs. 1 SGB I bestimmt: »Das Recht des Sozialgesetzbuches soll zur Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit und sozialer Sicherheit Sozialleistungen [...] gestalten«. Mit solchen abstrakten Attributen und ihrem hohen Ton können nicht alle etwas anfangen. Die sich daraus ergebenden Botschaften haben aber Gewicht. Sozialleistungen beruhen auf individuellen Rechtsansprüchen und gründen in sozialen Rechten. Sie sind weder einseitig gewährte staatliche Vergünstigungen noch aus Mitleid erbrachte Almosen, sondern begründen Ansprüche der Berechtigten von bisweilen erheblichem Vermögenswert. Wer über Sozialrecht redet, kann über die sozialen Rechte also nicht schweigen. Sie sind im Völker- und Europarecht als Menschenrechte niedergelegt<sup>20</sup> und wurden schon in der Wei-

8 *Stammler*, *Wirtschaft und Recht* (Fn. 7), S. 27.

9 *Radbruch*, *Rechtsphilosophie*, Stuttgart 1970, S. 128.

10 *Stammler*, *Wirtschaft und Recht* (Fn. 7), S. 137.

11 *Durkheim*, *Le socialisme*, Paris 1928, S. 49: »On appelle socialiste toute doctrine qui réclame le rattachement de toutes les fonctions économiques [...] aux centres directeurs et conscients de la société.«

12 *Honneth*, *Die Idee des Sozialismus. Versuch einer Aktualisierung*, Frankfurt aM. 2015, S. 24 ff.

13 *Radbruch*, *Rechtsphilosophie* (Fn. 9), S. 95.

14 *Est autem ius a iustitia sicut a matre sua, ergo prius fiat iustitia quam ius* (Glosse zu I.1.pr.D.1.1).

15 *Raz*, *The Morality of Freedom*, Oxford 1986, S. 307–311.

16 *Hesse*, *Im Nebel*, 1905: »Seltsam, im Nebel zu wandern! Einsam ist jeder Busch und Stein, Kein Baum sieht den andern, jeder ist allein. Voll von Freunden war mir die Welt, Als noch mein Leben licht war; Nun, da der Nebel fällt, ist keiner mehr sichtbar. Wahrlich, keiner ist weise, Der nicht das Dunkel kennt, Das unentrinnbar und leise Von allen ihn trennt. Seltsam, im Nebel zu wandern! Leben ist Einsamsein. Kein Mensch kennt den andern, Jeder ist allein.«

17 *Radbruch*, *Rechtsphilosophie* (Fn. 9), S. 124.

18 *Perelman*, *Über die Gerechtigkeit*, München 1967, S. 15.

19 *Perelman*, *Über die Gerechtigkeit* (Fn. 18), S. 28 ff.

20 *Eichenhofer*, *Soziale Menschenrechte im Völker-, europäischen und deutschen Recht* (Fn. 5), S. 95 ff.

marer Reichsverfassung 1919 als Grundrechte formuliert und deren Entfaltung dem Gesetzgeber verpflichtend auferlegt<sup>21</sup>.

Soziale Rechte und soziale Gerechtigkeit unterstellen die wechselseitige Verbundenheit der Menschen. Daraus folgt ein Füreinander-Einstehen-Müssen namentlich der Leistungsfähigen gegenüber den Bedürftigen.<sup>22</sup> Das Sozialrecht beruht auf der Annahme, dass die Leistungsfähigkeit aller Einzelnen zur Hilfe für Bedürftige sozial verpflichtete. In der Verfassung der Schweiz heißt es dazu bündig: »Die Stärke des Volkes misst sich am Wohl der Schwachen.«<sup>23</sup> Sozialrecht verdeutlicht, dass Sozialleistungen im Recht ihren Grund und ihre Grenze finden. Die in §§ 3–10 SGB I enthaltene Aufzählung sozialer Rechte und Institutionen zeigt, dass das Sozialrecht<sup>24</sup> der Bedarfs- (§§ 7 ff. SGB I), Chancen- (§§ 3, 6, 10 SGB I) sowie Leistungsgerechtigkeit (§§ 4 f. SGB I) und damit unterschiedlichen Leitbildern von Gerechtigkeit verpflichtet ist. Soziale Gerechtigkeit verlangt mithin nach deren Kombination und Bündelung als »komplexe Gleichheit«<sup>25</sup>.

Das heutige Recht wird vom Sozialrecht begründet und bestimmt. Denn dieses führt im Recht kein Einsiedlerdasein, sondern wirkt als dessen Teil auf viele andere Rechtsgebiete ein und steht mit diesen in engen Wechselbeziehungen.<sup>26</sup> Sozialleistungen werden auch durch Steuern finanziert; steuerrechtliches Nehmen wird damit die Voraussetzung für sozialrechtliches Geben. Der Vollzug des Sozialrechts geschieht durch Verwaltungsrecht und bedient sich dafür dessen Rechtsformen. Strafrecht ahndet die Verletzung sozialversicherungsrechtlicher Pflichten (vgl. § 266a StGB) und stellt die missbräuchliche Inanspruchnahme von Sozialleistungen als Betrug (§ 263 StGB) unter Strafe. Die Sozialversicherung ist eine Versicherung und damit durch den »Versicherungsfall« geprägt.<sup>27</sup> Sozialrechtliche Leistungsansprüche gleichen in Entstehung, Ausgestaltung und Struktur schuldrechtlichen Ansprüchen. Sozialleistungsträger sind Körperschaften oder Anstalten, wodurch eine Nähe zum Organisationsrecht begründet wird.

Sozialrecht gestaltet öffentlichrechtlich eine privatrechtlich bestimmte Lebenswelt. Sozialrecht und Privatrecht haben deshalb gemeinsame Aufgaben, etwa die Sicherung des Einkommens aus abhängiger Beschäftigung, falls ein Arbeitnehmer nicht oder nicht mehr zur Erbringung der Arbeitsleistung imstande ist.<sup>28</sup> Sozialrecht

und Familienrecht wirken zur Daseinssicherung von Familienangehörigen zusammen.<sup>29</sup> Der privatrechtlich verfasste und ausgeformte Unterhaltsverband Familie wird durch sozialrechtliche Ansprüche auf Kinder- und Elterngeld sowie Ausbildungsförderung in seiner Leistungsfähigkeit gestärkt. Sozialrecht sichert die Existenz bedürftiger Familienangehörigen durch Unterhaltsvorschutz, Grundsicherung, Jugend- oder Sozialhilfe, soweit ein leistungspflichtiger Familienangehöriger seinen Pflichten nicht nachkommt. Beim Tod eines Unterhaltspflichtigen treten an die Stelle todesbedingt entfallenden Unterhalts Witwen-, Witwer- oder Waisenrenten aus Renten- und Unfallversicherung oder sozialer Entschädigung.

Sozialrecht und Privatrecht wirken schließlich gemeinsam beim Ausgleich nach Personenschädigungen zusammen.<sup>30</sup> Der Schädiger schuldet dem Geschädigten nach Privatrecht Schadensersatz.<sup>31</sup> Ist der Personenschaden auch ein Sozialleistungsfall – Krankheit, Erwerbsminderung oder Pflegebedürftigkeit – so entstehen auch sozialrechtli-

21 Eichenhofer, SGB 2018, 664 ff.

22 Gilbert, *Welfare Justice*, New Haven ua. 1995; Goodin, *Reasons for Welfare*, Princeton 1988; Kersting, *Theorien der sozialen Gerechtigkeit*, Stuttgart ua. 2000; Margalit, *Politik der Würde*, Berlin 1997; Marshall, in: Marshall/Botommore (Hrsg.), *Citizenship and social class*, London 1992; Sen, *Inequality Re-examined*, New York 1992.

23 Präambel der Schweizer Bundesverfassung.

24 Zacher, in: Zacher (Hrsg.), *Abhandlungen zum Sozialrecht*, Teil 1, Heidelberg 1993 (im Folgenden: Zacher, *Abhandlungen zum Sozialrecht*, Teil 1), S. 308 ff.

25 Walzer, in: Krebs (Hrsg.), *Gleichheit oder Gerechtigkeit*, Frankfurt aM. 2000, S. 172.

26 Titmuss, *Social Policy*, London 1974, S. 15: »It is clear that the study of social policy cannot be isolated from the study of society as a whole in all its social, economic and political aspects«; vgl. auch: Gitter/Schmitt, *Sozialrecht*, 5. Aufl., München 2001, Rn. 35 ff.; von Maydell, in: Ruland/Becker/Axer (Hrsg.), *Sozialrechtshandbuch (SRH)*, 6. Aufl., Baden-Baden 2018, §§ 1–39 ff.; Wannagat, *Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts*, Bd. 1, Tübingen 1965, S. 193 ff.

27 Wallrabenstein, *Versicherung im Sozialstaat*, Tübingen 2009 (zugl. Gießen, Univ., Habil.-Schr. 2008).

28 Deimert, *Privatrechtsgestaltung durch Sozialrecht*, Baden-Baden 2007 (zugl. Rostock, Univ., Habil.-Schr. 2006); Fuchs, *Zivilrecht und Sozialrecht*, München 1992 (zugl. München, Univ., Habil.-Schr. 1990/91); Eichenhofer, NZS 2004, 169 ff.; Neuner, *Privatrecht und Sozialstaat*, München 1999 (zugl. München, Univ., Habil.-Schr. 1997), S. 248 ff., 274 ff.

29 Becker, JZ 2004, 929; Eichenhofer, FS Martiny, 2014, S. 867; ders., in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), *Verhandlungen des 64. DJT*, Gutachten B, München 2002; Ricken, FS Schnapp, 2008, S. 509; Zacher-Zacher, *Abhandlungen zum Sozialrecht*, Teil 1 (Fn. 24), S. 555.

30 Deutsch, in: Deutscher Sozialgerichtsverband (Hrsg.), *Sozialrechtsprechung*, Bd. 2, Köln ua. 1979, S. 497; Fuchs, *Zivilrecht und Sozialrecht* (Fn. 28), S. 157 ff.

31 Fuchs, in: Eichenhofer/Rische/Schmähl (Hrsg.), *Handbuch der gesetzlichen Rentenversicherung*, 2. Aufl., Köln 2012 (im Folgenden: Eichenhofer/Rische/Schmähl, *Handbuch der gesetzlichen Rentenversicherung*), Kap. 31.

che Ansprüche. In diesem Fall erwerben die Sozialversicherungsträger die privatrechtlichen Schadensersatzansprüche gegen den Schädiger kraft Gesetzes (§ 116 SGB X). Ist die Schädigung zugleich ein Verbrechen und wird deshalb der Schädiger zu einer Freiheitsstrafe verurteilt, so ist der privatrechtliche Anspruch wirtschaftlich wertlos, weil der Schädiger während der Verbüßung der Straftat keine Erwerbstätigkeit ausübt und deshalb auch seine Ersatzpflicht nicht erfüllen kann. Diese Lücke schließt die sozialrechtliche Entschädigung für Gewaltopfer; sie sichert anstelle des Deliktsrechts die Entschädigung des Opfers. Das Sozialrecht ist deshalb ein maßgeblicher Teil des Rechts unserer Zeit, weil auch andere Rechtsgebiete auf seinem Wirken aufbauen.

### III. Das Sozialrecht und seine fundamentalen Kritiker

#### 1. Spielarten der Fundamentalkritik

Das Sozialrecht sieht sich nicht nur allgegenwärtigem Genörgel und oft aus frustrierenden Einzelerfahrungen stammender Kritik im Detail ausgesetzt, sondern hat sich auch fundamentaler Kritik zu erwehren. Fundamentale Kritiker weigern sich, die Vergangenheit zu extrapolieren und den Status Quo fortzuschreiben, sondern entwerfen neue Prinzipien des Sozialen für eine neue Gesellschaft. Die Kritik stammt von denen, welche Sozialrecht entgegenhalten, zu viel zu wollen oder umgekehrt zu wenig zu geben.

Diejenigen, welche behaupten, das Sozialrecht wolle zu viel, fordern den Ersatz der Sozialversicherung durch die Privatversicherung und die Rückführung der Sozialhilfe auf die »wirklich Bedürftigen«. Der Lohn solcher Politik wäre ein »schlanker« Staat, der deshalb auch mit weit weniger Steuern und Beiträgen auskommen könnte. Davon profitierten »alle« – freilich nicht in gleichem Umfang, sondern die am stärksten steuerlich und mit Beiträgen Belasteten profitierten davon am allermeisten. Dagegen gewönnten diejenigen, welche wenig Steuern und Beiträge zahlten, wenig, verlören aber viel. Die Befolgung dieser Forderung erhöhte die Ungleichheit, statt sie zu senken.

Diejenigen, welche dem Sozialstaat entgegenhalten, er biete zu wenig, kritisieren vor allem die vom Sozialrecht

selbst ausgelöste Knappheit: Die Kritik mündet in ein weithin undifferenziertes »mehr, mehr, mehr« aus. Den dafür nötigen Preis mögen dann die Einkommensstarken und Vermögenden tragen. Ein expandierendes Sozialrecht muss aber von allen Berechtigten finanziell getragen werden. Die Ausweitung sozialer Berechtigungen führt notwendig zur Steigerung sozialer Belastungen – wer das eine will, muss das andere daher notwendig in Kauf nehmen.

#### 2. Das bedingungslose Grundeinkommen

In der Debatte taucht darüber hinaus seit langem und immer wieder die Forderung nach einem bedingungslosen Grundeinkommen auf. Sie fordert das Sozialrecht prinzipiell heraus, weil sie dessen Grundansatz der Differenzierung der Leistungen für differenzierte Lebenslagen eine konzeptionelle Alternative in Gestalt einer vollständigen Entdifferenzierung von Leistungsanlässen und -inhalten entgegengesetzt. Der Staat soll allen Bewohnern periodisch einen bestimmten, für alle gleichen Geldbetrag zur Verfügung stellen, unabhängig von Arbeitsbereitschaft, Vermögen und sonstigen Sozialleistungen, welche sich dann auch gänzlich erübrigten. In populärer Umschreibung lautet der Vorschlag: »Geld für alle! Vom Staat. Ohne Gegenleistung. Einfach so. An alle: ob arm oder reich, jung oder alt, ob mit oder ohne Familie, alleinlebend oder zusammen mit anderen. Menschen mit und ohne Behinderung, Hilfs-, Fach- oder Führungskräfte: Allen wird gleichermaßen vom Staat Monat für Monat ein exakt identischer Geldbetrag auf das persönliche Konto überwiesen.«<sup>32</sup>

Der Vorschlag findet großen Anklang. Er wird deshalb von seinen Verfechtern auch mit Aplomb vertreten, möchte er doch Sozialpolitik von »Grund« neu denken, sei er doch »radikal gerecht«<sup>33</sup>. Zweifel werden weggewischt: »Eine radikale Forderung. Das kann nicht gehen! Falsch: Die Vision muss Realität werden – lieber früher als zu spät!«<sup>34</sup> Der Vorschlag beruhe zwar auf »einer irritierenden Idee« und stelle »gewohnte Sichtweisen und kollektive Gewissheiten auf den Kopf«, sei aber die beherzte Antwort

32 *Straubhaar*, Radikal gerecht. Wie das bedingungslose Grundeinkommen den Sozialstaat revolutioniert, Hamburg 2017, S. 7; *Schmidt*, Sozialer Fortschritt 2017, 517, 529f.

33 *Straubhaar*, Radikal gerecht (Fn. 32), S. 7.

34 Ebd.

gegen den »Konventionalismus, also die Haltung, die jegliche Veränderung scheue«.<sup>35</sup>

»Das bedingungslose Grundeinkommen ersetzt komplett die heutigen Sozialleistungssysteme«<sup>36</sup> – dieser Vorschlag ist einfach, klar und verständlich. Der Rechtsanspruch auf ein bedingungsloses Grundeinkommen verlangt nur, dass jemand in einem Staat wohnt. Auf Geld- oder Arbeitsvermögen oder Ansprüche auf Arbeitsentgelt, Unterhalt, Schadensersatz kommt es nicht an.

Er wird zunächst aus der Kritik am gegenwärtigen Sozialleistungssystem entwickelt. Dieses erfordere einen »gewaltigen Bürokratieapparat«, was zur »Machtausübung der Bürokraten führt«<sup>37</sup>. Das Grundeinkommen bedeute dagegen den Sieg des »mündigen Bürgers gegen Betreuungsbürokratie«<sup>38</sup>. Der bestehende Sozialstaat beruhe auf »Arbeitszwang, Bedürftigkeitsprüfungen, Sozialleistungen unter der Armutsgrenze und finanzieller Inhaftnahme der Angehörigen«<sup>39</sup> und die Leistungsgewährung gehe mit der »Erniedrigung, auf Ämtern um Hilfe betteln zu müssen«<sup>40</sup>, einher. Das bedingungslose Grundeinkommen schaffe hingegen einen Rechtsanspruch und »Bürokratieabbau«<sup>41</sup>!

Die Forderung ist eng mit utopischem Denken verbunden, das seit jeher Sozialpolitik trägt und prägt. Der Wohlfahrtsstaat gewann und gewinnt seinen Schwung und Antrieb durch die Kritik an ungerechtfertigten Bevorzugungen Einzelner. Alle Sozialutopien, welche den Wohlfahrtsstaat trugen und antrieben, gründeten sich auf eine egalitäre Sicht der Gesellschaft. *Thomas Morus* zeichnete in »Utopia« eine Gesellschaft, in der ein jeder und eine jede den gleichen Anteil an den von allen erzeugten Gütern und Diensten haben sollte. *Edouard Bellamy* schlug vor, jedem einen gleichen Anteil an den Erträgen gemeinsamer Produktion zu geben (»social dividend, social credit«) verbunden mit einem gleich hohen Mindesteinkommen für jedermann zur Sicherung des Überlebens. Frühsozialisten wie *Thomas Paine*, *Charles Fourier* und Liberale wie *John Stuart Mill* haben sich für das Grundeinkommen erklärt und der Begründer der Anthroposophie *Rudolf Steiner* forderte auch die Trennung von Arbeit und Einkommen<sup>42</sup>. *Gracchus Babeuf* stellte fest, dass eine faire Gesellschaft nur jenseits von Reichtum und Armut errichtet werden könne: »Einer wahren Gesellschaft sollten weder Reiche, noch Arme angehören; Reiche, welche ihre Überflüssigkeit nicht

dadurch aufgeben, dass sie den Armen helfen, sind die Feinde des Volkes.«<sup>43</sup>

*T. H. Marshall* porträtiert den Wohlfahrtsstaat als eine »Art elementarer menschlicher Gleichheit verbunden mit der vollen mitgliedschaftlichen Zugehörigkeit, die nicht unvereinbar mit einer Superstruktur wirtschaftlicher Ungleichheit [ist]«<sup>44</sup>. Er spitzt zu: »Gleichbehandlung betrifft nicht so sehr die Klassen, sondern die Einzelnen in der Bevölkerung, welche für diesen Zweck so behandelt werden, als ob sie eine Klasse wären. Gleichheit der gesellschaftlichen Stellung ist bedeutsamer als Gleichheit der Einkommen.«<sup>45</sup>

Das bedingungslose Grundeinkommen gebe auf den Wandel von Arbeit und Familie und die damit verbundene soziale Exklusion und prekäre Lebensbedingungen eine angemessene Antwort. Es gebe der heutigen Arbeitswelt Ausdruck und reagiere auf den Druck der Finanzindustrie<sup>46</sup>, ihr die Vorsorge für die Lebensrisiken zu überantworten. Es leite sich aus dem kraft Geburt erworbenen Lebensrecht jedes Menschen ab. Es umfasse den bedingungslosen Anspruch auf Beteiligung am Gemeinbesitz<sup>47</sup> und fordere einen »diskriminierungsfreien Transfer«<sup>48</sup>. Das Grundeinkommen beruhe nicht auf einem »Transfer im finanzi-

35 *Fischer*, in: Meyer/Vorholt (Hrsg.), *Bedingungsloses Grundeinkommen in Deutschland und Europa*, Bochum/Freiburg 2016, S. 11, 12.

36 *Werner*, in: Meyer/Vorholt (Fn. 35), S. 35.

37 *Varoufakis*, in: Hornemann/Steuernagel (Hrsg.), *Sozialrevolution*, Frankfurt a.M./New York 2017, S. 107.

38 *Seibert*, in: Osterkamp (Hrsg.), *Auf dem Prüfstand: Ein bedingungsloses Grundeinkommen für Deutschland?*, Baden-Baden 2015, S. 171 ff.

39 *Kipping*, in: Blaschke/Otto/Schepers (Hrsg.), *Grundeinkommen Geschichte – Modelle – Debatten*, Bonn 2010, S. 293, 294.

40 Ebd.

41 *Schmidt*, *Sozialer Fortschritt* 2017, 517, 529.

42 *Kunz*, *Bedingungsloses Grundeinkommen und soziale Marktwirtschaft*, Marburg 2016 (zugl. Erfurt, Univ., Diss. 2014), S. 50 ff.; *Blaschke*, in: *Blaschke/Otto/Schepers* (Fn. 39), S. 9 ff.

43 *Pojmann/Westmoreland* (Hrsg.), *Equality*, Oxford 1997, S. 45, 51.

44 *Marshall*, in: *Marshall/Bottomore*, *Citizenship and social class* (Fn. 22), S. 45: »kind of basic human equality, associated with full community membership, which is not inconsistent with a superstructure of economic inequality«.

45 Ebd.: »Equalisation is not so much between classes as between individuals within a population which is now treated for this purpose as though it was one class. Equality of status is much more important than equality of incomes«.

46 *Adamo*, *Bedingungsloses Grundeinkommen. Sozialromantik oder Zukunft des Sozialstaates?*, Darmstadt 2012, S. 9 ff.

47 *Vogt*, *Wirtschaft anders denken. Vom Freigeld bis zum Grundeinkommen*, München 2016, S. 163.

48 *Krempmann/Poreski*, in: Göpfert (Hrsg.), *Nachhaltige Grundsicherung: Armut überwinden – natürliche Lebensgrundlagen erhalten*, Potsdam 2015, S. 133, 141.

ellen Sinne«, sondern schaffe »ein neues Fundament für ein selbstbewusstes Leben«<sup>49</sup>. Es beseitige die »Armut«<sup>50</sup>, keine »Vergötterung«<sup>51</sup> der Erwerbsarbeit finde mehr statt! »Niemand muss mehr um seine Existenz ringen«, auf dass »alle zu Kulturmenschen werden können.«<sup>52</sup>

Das Grundeinkommen gebe auf die »Automatisierung« und »Rationalisierung« die angemessene Antwort, überwinde Lohnarbeit wie Kapitalismus<sup>53</sup> und die Stagnation bei politischer und ehrenamtlicher Beteiligung, schaffe die work-life-balance und belebe Familie und Bildung<sup>54</sup>. Daraus entstehe die »Gesellschaft für alle«<sup>55</sup>. Wegen Automatisierung und Digitalisierung gehe der Arbeitsgesellschaft die Arbeit aus.<sup>56</sup> »Der Kapitalismus liege am Boden und leide an einem Krampf, verursacht durch seine eigenen technologischen Erfindungen«<sup>57</sup>. »Künstliche Intelligenz wird in sehr naher Zukunft – und tut es vielfach bereits heute – alle repräsentative, routinemäßige oder algorithmische Arbeit erledigen.«<sup>58</sup> »Für menschenunwürdige Jobs gibt es Roboter.«<sup>59</sup> »Die meisten Arbeiten können heute Maschinen übernehmen, die Digitalisierung und weltweite Vernetzung veränderten die Zeit, wie wir zusammenarbeiten«<sup>60</sup>.

Der Vorschlag wird zugleich als liberal, sozialdemokratisch, konservativ, ökologisch, gleichstellungs- und demokratiefördernd<sup>61</sup> angepriesen – ganz so, als ob er alle historischen, weltanschaulichen und programmatischen Gegensätze überwinden und harmonisch in sich vereinen könnte!

### 3. Würdigung

Der Ersatz des Sozialrechts durch Eigenvorsorge oder mehr Sozialrecht zulasten der Reichen sind weit verbreitete Forderungen. Sie sind intellektuell aber eher anspruchslos und politisch zu verwerfen. Die Verfechter der Privatisierung der Sozialversicherung haben die historische Lektion nicht gelernt, dass die Sozialversicherung eingeführt wurde, weil die Privatversicherung den nötigen Schutz mit ihren Mitteln – Freiwilligkeit hinsichtlich des Ob und Wie des Schutzes – nicht zu verwirklichen vermochte.

Die Gegenposition lebt aus einem populistischen Impuls, der die allgegenwärtige Unzufriedenheit über den Sozialstaat im Konkreten in den Dienst nimmt und sie ins Allgemeine wendet – und damit die Illusion nährt, dass mehr Sozialstaat mehr sozial hülfe! Das Sozialrecht gibt

nicht nur, sondern muss – in dem Ausmaß wie es mehr gibt – auch mehr nehmen und zwar nicht nur bei wenigen, sondern bei allen, die ihn durch Steuer- und Beitragszahlung tragen. Eine faire Eigentums- und Vermögensverteilung ist zwar Voraussetzung eines Sozialstaates. Aber diese lässt sich nicht mit den Mitteln des Sozialrechts, sondern nur mithilfe des Steuer- und Tarifrechts schaffen.

Das bedingungslose Grundeinkommen ist als Konzept gesellschaftlich weit folgenreicher und damit anspruchsvoller. Statt Wettbewerb und entfremdete Arbeit verheißt es eine Welt jenseits davon.<sup>62</sup> Falls kein Mensch mehr arbeiten müsste, um seine Lebensbedürfnisse zu befriedigen, weil das der Staat für ihn tut, fragt sich: Wird dann noch irgendjemand arbeiten, und wenn ja zu welchen Löhnen?

Dazu lässt sich allerlei behaupten, aber nichts ist klar. Kein Mensch weiß, wie die Ökonomie einer auf das bedingungslose Grundeinkommen setzenden Gesellschaft funktioniert: Werden die Menschen – falls aus der Not der Arbeit entlassen – die dann zu leistende Arbeit nur gegen mehr Lohn erbringen<sup>63</sup>, weil das bedingungslose Grundeinkommen die Arbeit verknappt oder wird umgekehrt die Arbeit entwertet, weil der Lohn von der Existenzsiche-

49 Fischer, in: Meyer/Vorholt (Fn. 35), S. 11, 13.

50 Opielka, Welche Zukunft hat der Sozialstaat?, Berlin 2017, S. 15.

51 Fischer, in: Meyer/Vorholt (Fn. 35), S. 11, 27.

52 Werner, in: Meyer/Vorholt (Fn. 35), S. 35, 39.

53 Reitter, in: Bareis/Wagner (Hrsg.), Politik mit der Armut. Europäische Sozialpolitik und Wohlfahrtsproduktion »von unten«, Münster 2015, S. 127 ff.; dessen Ende soll »überüberübermorgen« eintreten (S. 140) – wann ist das?

54 Hoffmann/Grieser/Hässig/Boyen/Berger-Lenz (Hrsg.), Bedingungsloses Grundeinkommen: Allheilmittel für soziale Probleme?, Norderstedt 2013, S. 63 ff., 124 ff.

55 Opielka, Welche Zukunft hat der Sozialstaat? (Fn. 50), S. 15.

56 Kunz, Bedingungsloses Grundeinkommen und soziale Marktwirtschaft (Fn. 42), S. 51 ff. – wesentliches Argument für Erich Fromm und Ralf Dahrendorf für ein solches Modell.

57 Varoufakis, in: Hornemann/Steuernagel (Fn. 37), S. 101.

58 Varoufakis, in: Hornemann/Steuernagel (Fn. 37), S. 101, 103.

59 Straubhaar, Radikal gerecht (Fn. 32), S. 22.

60 Werner, in: Meyer/Vorholt (Fn. 35), S. 35, 38.

61 Fischer, in: Meyer/Vorholt (Fn. 35), S. 11, 12; Opielka, Welche Zukunft hat der Sozialstaat? (Fn. 50), S. 15, 16 bezeichnet das bedingungslose Grundeinkommen als »Vierten Weg« jenseits von und zugleich zwischen Liberalismus, Sozialismus und Konservativismus.

62 Firlei, in: Mosler/Pfeil (Hrsg.), Mindestlohn im Spannungsfeld zwischen Kollektivvertragsautonomie und staatlicher Sozialpolitik, Wien 2016, S. 97 ff., 116 ff.

63 So Kipping, in: Blaschke/Otto/Schepers (Fn. 39), S. 293, 295.

rung losgelöst ist und deshalb nicht mehr ausreichen muss, um die elementaren Lebensbedürfnisse der Menschen zu decken<sup>64</sup>?

Es ist ferner unklar, was konkret die Bedarfsdeckung in der Welt des bedingungslosen Grundeinkommens kostet. Beruht diese noch auf der Arbeitsteilung<sup>65</sup>, und falls ja, vollzieht sich Wirtschaften unter den Bedingungen des Grundeinkommens in gleicher Weise wie ohne dieses<sup>66</sup>?

Manche seiner Verfechter meinen, dass auch beim bedingungslosen Grundeinkommen das zentrale Motiv des Gelderwerbs als Leistungs- und Arbeitsanreiz erhalten bleibe<sup>67</sup>. Sie behaupten, bei dessen »Kritikern [sei] das Missverständnis verbreitet, dass das Grundeinkommen Einkommen von Arbeit entkoppelt. Das gilt jedoch nur für das Existenzminimum«. Die meisten Verfechter des Grundeinkommens fordern indes die Entkoppelung von Einkommen und Arbeit.<sup>68</sup> Jedenfalls ist fraglich, weshalb die Armen von der Erwartung zur Arbeit dispensiert sein sollen, wenn die Gesellschaft des Grundeinkommens weiterhin vom Warentausch geprägt ist. Teilnahme am Erwerbsleben hilft gerade bei Armut, sich daraus zu lösen. Jedenfalls nimmt das Grundeinkommen den Anreiz für Arme zu arbeiten.<sup>69</sup> Was wird in dieser Welt noch produziert und von wem und unter welchen Bedingungen? Gar nichts, weil es nichts bringt, oder alles, was es bisher gegeben hat. Falls letzteres gälte: Würde es auch zu gleichen Preisen produziert?

Soll die Logik des Marktes nicht ersetzt, sondern das Grundeinkommen auf den Markt aufgesetzt werden, lässt ein hohes Grundeinkommen die Nachfrage nach Arbeit sinken. Dies bedeutet weniger Waren und Dienste, was diese verteuert.<sup>70</sup> Die Verknappung der Arbeitsnachfrage dürfte dann den Lohn erhöhen, was den Preis der erzeugten Gegenstände und Dienste erhöhte.

Kann das bedingungslose Grundeinkommen die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Bedingungen schaffen, die seine Protagonisten verheißen<sup>71</sup>? Die Entfremdung der Arbeit folgt aus der Arbeitsteilung, welche Basis der Arbeitsgesellschaft ist. Diese beruht auf der Regel: Wer arbeiten kann, soll arbeiten und dafür im Gegenzug die nötigen Mittel der Sicherung der eigenen Existenz erwerben.<sup>72</sup> An dieser Grundvoraussetzung der Arbeitsgesellschaft rührt der Vorschlag eines bedingungslosen Grundeinkommens, weil er die Mitwirkung des Einzelnen an gesellschaftlicher Arbeit in das Belieben eines jeden Einzelnen stellt.<sup>73</sup>

Führt das bedingungslose Grundeinkommen zu Löhnen auf niedrigstem Niveau, weil der Lohn für die Existenzsicherung seine Bedeutung verloren und daher auch die Tarifautonomie<sup>74</sup> und die Sozialversicherung<sup>75</sup> als zentrale Institutionen zum Schutz der Arbeit entbehrlich würden, so hat dies unmittelbare Auswirkungen auf den Preis der Güter und Dienste, aber auch auf die Lebensbedingungen aller Menschen.

Entsteht eine Welt ökonomischer Inaktivität, gäbe es keine Arbeitsteilung mehr und damit gar nichts mehr, was gegen Geld erworben werden könnte! In dieser Welt fände keiner sein Auskommen, einerlei ob mit oder ohne Grundeinkommen. Oder entstünde eine Welt ökonomischer Hyperaktivität, weil alle nun ganz ohne Entfremdung arbeiten, weshalb die Springquellen des Reichtums im Überfluss flößen. Dann fragte sich: Wieso sollte solche Aktivität nicht auch individuell ent- und damit belohnt werden? Falls dann alle aus dem Ertrag ihrer Arbeit gut leben könnten, bedürfte es des Grundeinkommens nicht. Entstünde schließlich hinsichtlich Arbeit und Erzeugung dieselbe Erwerbsbeteiligung und dasselbe Ausmaß an Gütern und Diensten, so fragte sich, was dessen Einführung ändern soll?

Die vom Grundeinkommen geforderte Entkoppelung von Arbeit und Einkommen kennzeichnet ja nicht nur

64 So *Opielka*, Welche Zukunft hat der Sozialstaat? (Fn. 50), S. 15, 21 der sich vom Grundeinkommen eine Dynamisierung des Arbeitsmarkts erhofft, »weil nun auch geringe Einkommen die Leistungsmotivation nicht mehr unterterminiert«, weil es in dieser Welt wohl vor allem Vergnügen bereitet, für wenig Geld zu arbeiten.

65 *Fratzcher*, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik 2017, 522; *Firlei*, in: Mosler/Pfeil (Fn. 62), S. 97, 118; *Bäcker*, SozSich 2017, 452, 457 f.

66 *Fratzcher*, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik 2017, 522; *Firlei*, in: Mosler/Pfeil (Fn. 62), S. 97, 118.

67 *Straubhaar*, Radikal gerecht (Fn. 32), S. 157.

68 *Werner*, in: Meyer/Vorholt (Fn. 35), S. 35, 38.

69 *Fratzcher*, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik 2017, 522; *Bäcker*, SozSich 2017, 452, 457.

70 *Kunz*, Bedingungsloses Grundeinkommen und soziale Marktwirtschaft (Fn. 42), S. 180; *Fratzcher*, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik 2017, 522; *Schmidt*, Sozialer Fortschritt 2017, 517, 533.

71 *Butterwegge*, Armut in einem reichen Land, 4. Aufl., Frankfurt aM. ua. 2016, S. 114 f.

72 *Schmidt*, Sozialer Fortschritt 2017, 517, 533 f.

73 *Schmidt*, Sozialer Fortschritt 2017, 517, 534; *Firlei*, in: Mosler/Pfeil (Fn. 62), S. 97, 119 prognostiziert für den Fall der Einführung des bedingungslosen Grundeinkommens einen »Kollaps mit schrecklichen Folgen«.

74 *Firlei*, in: Mosler/Pfeil (Fn. 62), S. 97, 118; *Herwig/Möcher*, WiSt 2016, 496 ff. leiten aus den mit Einführung des Grundeinkommens entfallenden Tarifbindungen Beschäftigungseffekte ab.

75 *Butterwegge*, SozSich 2017, 446 ff.; *Bäcker*, SozSich 2017, 452, 457 f.

dieses, sondern auch die Sozialhilfe und Sozialversicherung<sup>76</sup>. Um die Entkoppelung von Arbeit und Einkommen zu sichern, muss das Grundeinkommen also wahrlich nicht eingeführt werden. Auch die durchaus zahlreichen Defizite geltenden Sozialrechts werden durch Grundeinkommen nicht annähernd behoben, sondern sie kommen bei den Verfechtern des bedingungslosen Grundeinkommens nicht vor, weil sie ganz aus ihrem Horizont fallen.

Die für alle gleiche Leistung für alle nimmt dem Sozialtransfer jede Zielgenauigkeit<sup>77</sup>; es kommt zum Gießkanneneffekt.<sup>78</sup> Ja mehr: Wer jedem das Gleiche gibt, gibt keinem das Nötige! Denn dieses folgt sich nicht aus abstrakten Rechtsstellungen, sondern aus individuellen und konkreten Bedarfslagen.

Die Verfechter des bedingungslosen Grundeinkommens schlagen ein soziales Experiment in einer nationalstaatlich geschlossenen Gesellschaft vor. Kann ein solcher Versuch erfolgreich aber in einer globalen Wirtschaft unternommen werden?<sup>79</sup> Wird eine solche Gesellschaft aber alle bei sich aufnehmen oder sich abschotten, notfalls mit Metallzäunen, Mauern und Stacheldraht und bewachten Grenzen, in denen Hundertausende Tag und Nacht ihren Dienst tun müssen (wobei nicht ganz klar ist, wodurch sie dazu bewegt werden sollen)?

Der Vorschlag für ein bedingungsloses Grundeinkommen ist und bleibt fiktiv. Er ist allenfalls eine scheinbar große Idee für eine ziemlich kleine Welt. Seine Verfechter haben auch wenig Interesse für die dem Sozialrecht konkret gestellten Aufgaben. Der Vorschlag lässt unbeantwortet, wie soziale Dienste auf Krankenbehandlung und Pflege erbracht und gesichert sind, und er fragt nicht nach der Lage der Menschen in Not und ist deshalb vollständig ohne Empathie. Deshalb gehen alle geläufigen sozialen Fragen an dem Vorschlag vorbei. Angesichts dessen kann schwerlich behauptet werden, dass er auch nur im Ansatz eine Antwort auf die wichtigen sozialpolitischen Fragen geben könnte.

Des Weiteren kann nicht gesagt werden, wie und ob die Ökonomie in einer Welt des bedingungslosen Grundeinkommens funktioniert. Der Vorschlag ist und bleibt eine Utopie – anders formuliert: ein Vorschlag, der keinen Ort hat! Denn er ist für eine Gesellschaft entworfen, die weder eine Arbeitsgesellschaft sein will und soll, noch eine Gesellschaft, in der Not, Behinderung, Leid vorkommt – dies ist ein in jeder Hinsicht unwirklicher Ort.

## IV. Reformfragen an das gegenwärtige Sozialrecht

### 1. Herausforderungen an das Sozialrecht der Zukunft

Das Sozialrecht steht vor gewichtigen ökonomischen, demographischen und technischen Herausforderungen.<sup>80</sup> Das wirtschaftliche Wachstum der deutschen Volkswirtschaft stößt an Grenzen. Ihr Wohlstand gründete auf der Fähigkeit, besser, schneller und wirtschaftlicher als andere die im Ausland auftretenden Bedarfe nach Geräten, Produkten und Fertigungsweisen zu befriedigen. Diese Fähigkeit schwindet, weil andere aufgeholt haben. Wirtschaften vollzieht sich in globalen Märkten: Produktion ist global organisiert und Erzeugnisse oder Dienste werden weltweit nachgefragt. Der globale Wettbewerb verschärft sich – namentlich für Zukunftstechnologien und Produkte<sup>81</sup>.

Die Wohnbevölkerung altert. Infolge wachsender Lebenserwartung und sinkender Geburtenraten steigt der Anteil der Älteren, wogegen der Anteil von Kindern und Jugendlichen zurück geht. Deshalb werden die Aufwendungen für die Alters- und Gesundheitssicherung zunehmen und die Zahl junger Menschen sinken, die aufgrund ihres Lebensalters eine Innovation der wirtschaftlichen Strukturen erwarten lassen, so dass jene nicht mehr wie bisher in die Beschäftigungsverhältnisse drängen werden. Die Gefahr sozialer Stagnation droht, hervorgerufen durch stagnierende Produktion und Innovation.

Technik ersetzt menschliche Arbeit. An oberster Stelle der sozialen Werteskala steht die Gesundheit. Technik zielt

76 Bäckler, *SozSich* 2017, 452, 457f.

77 Butterwegge, *Armut in einem reichen Land* (Fn. 71), S. 117.

78 Osterkamp, in: Osterkamp, *Auf dem Prüfstand* (Fn. 38), S. 131, 135; *Fratzscher, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik* 2017, 522 nennt das leitende Verteilungsprinzip »ungewöhnlich eng«.

79 Butterwegge, *Armut in einem reichen Land* (Fn. 71), S. 116; *Fratzscher, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik* 2017, 522, 523.

80 BMG (Hrsg.), *Nachhaltigkeit in der Finanzierung der sozialen Sicherungssysteme*, Berlin 2003; *Butterwegge, Krise und Zukunft des Sozialstaats*, 5. Aufl., Wiesbaden 2014; *Castel, Die Krise der Arbeit*, Hamburg 2011; *Eichenhofer, Sozialer Schutz unter den Bedingungen der Globalisierung*, Berlin 2009; *Giddens, Die Frage der sozialen Ungleichheit*, Frankfurt aM. 2001; *Leisering (Hrsg.), Die Alten der Welt*, Frankfurt aM. 2011; *Lessenich, Die Neuerfindung des Sozialen*, 2. Aufl., Bielefeld 2009; *Masuch*, in: *Juristische Gesellschaft Bremen (Hrsg.), Jahrbuch der Juristischen Gesellschaft Bremen* 2009, Bremen 2009, S. 45; *World Bank (Hrsg.), Averting the Old Age Crisis*, Oxford 1994.

81 *Eichenhofer, Sozialer Schutz unter den Bedingungen der Globalisierung* (Fn. 80).

auf die Verbesserung der Lebensbedingungen der Menschen. Sie wird künftig die Möglichkeit zur Behandlung von Krankheiten erweitern und so die Lebenserwartung der Menschen verlängern. Dies wird zu erhöhten Aufwendungen für Kranken- und Rentenversicherung führen. Die anstelle der Industriegesellschaft tretende wissensbasierte Dienstleistungsgesellschaft stellt hohe Qualifikationsanforderungen an Arbeitnehmer und bringt neue Arbeitsformen hervor. Die Anforderungen an Bildung und Arbeit werden deshalb steigen. Dies alles führt zur Erhöhung der Transferleistungen; die Aufgaben der sozialen Sicherheit werden also wachsen und gleichzeitig wird die wirtschaftliche Fähigkeit, diese Lasten zu tragen, sinken<sup>82</sup>.

## 2. Sozialrecht sichert soziale Teilhabe an und in der Arbeitsgesellschaft

Soziale Gleichheit ist das Kernversprechen des Sozialrechts, es ist jedoch differenziert einzulösen. Seit 500 Jahren erfährt das Sozialrecht fortgesetzte Differenzierungen von Unterstützungslagen und Hilfen. Es entwickelte sich durch eine Zunahme von Leistungsanlässen und -gründen – durchlebte in seiner Entwicklung also das Gegenteil einer radikalen Vereinfachung! Das hatte einen guten und einfachen Sinn: Ältere und Jüngere, Männer und Frauen, Erwachsene und Kinder, Gesunde und Kranke haben nicht den gleichen Lebensbedarf. Die angemessene Befriedigung aller Lebensbedarfe ist auch nicht nur eine Frage nach Geld, sondern auch nach sozialen Diensten. Sozialrecht verlangt jedenfalls nicht danach, dass jeder und jedem in jeder Lebensphase das Gleiche gegeben werden müsste. Denn nicht alle Menschen sind zu allen Zeiten gleich hilfebedürftig. Alle Menschen sind vor dem Gesetz zwar gleich, aber daraus folgt keineswegs, dass sie alle zu allen Zeiten der gleichen Unterstützung bedürften.

Ausgangspunkt für das Sozialrecht ist die individuelle Freiheit der Einzelnen zu einem selbstbestimmten, auf und in Arbeit gründenden Leben.<sup>83</sup> Soziale Ungleichheit ist für alle auf Individualfreiheiten gründenden Gesellschaften Voraussetzung wie Folge ihrer Existenz.<sup>84</sup> Ein Staat, der umfassend Gleichheit schaffen wollte, müsste sämtliche Freiheiten beseitigen.<sup>85</sup> Freiheit setzt Unterschiede unter den Menschen voraus und ihr Gebrauch bringt ihrerseits Ungleichheiten hervor.

Außerdem wäre ein ökonomischer Egalitarismus kein moralisches Ideal.<sup>86</sup> Das Sozialrecht erstrebt nicht, dass

möglichst viele das Gleiche erhalten, sondern dass jeder genug hat. Armut ist nicht ein »relatives quantitatives Missverhältnis«, sondern ein »qualitativer Missstand«<sup>87</sup>. »Der grundlegende Fehler des ökonomischen Egalitarismus besteht in der Annahme, es sei moralisch von Bedeutung, ob einer weniger hat als ein anderer, unabhängig davon, wie viel jeder von beiden hat, und unabhängig davon, welchen Nutzen jeder aus dem ziehen kann, was er hat.«<sup>88</sup> »Ungleichheit ist [...] eine formale Eigenschaft des Verhältnisses zwischen zwei Dingen« und »besagt nichts über die Wünschbarkeit oder den Wert beider Dinge oder des Verhältnisses zwischen ihnen«<sup>89</sup>.

Soziale Sicherheit schützt in einer auf Tauschverkehr beruhenden Wirtschaft alle, die darin ihren Lebensunterhalt aus eigener Kraft nicht bestreiten könnten; gibt ihnen, was sie brauchen. Es folgt damit sich aus der Anerkennung eines jeden Menschen als Träger von Würde und Rechten abgeleiteten *principle of sufficiency*<sup>90</sup> und schützt dadurch primär die Freiheit. Soziale Gleichheit versagt sich jedem Schematismus. Es fordert nicht die Gleichmacherei ohne Ansehen der Einzelnen, sondern Gleichheit unter den Bedingungen und angesichts der Verschiedenheit unter den Menschen. Soziale Gerechtigkeit verlangt mithin nach Kombination und Bündelung unterschiedlicher Zuteilungsregeln, was zur »komplexen Gleichheit« führt.<sup>91</sup>

Die Herstellung sozialer Gleichheit ist deswegen eine komplexe Aufgabe, die sich jeder Verkürzung entzieht. Die aus Beiträgen finanzierte Sozialversicherung belastet die Versicherten zwar prozentual gleich und führt bei unterschiedlichem Lohn zur Belastung des Einkommens mit unterschiedlichen Geldbeträgen. Rechtfertigen Einkommensunterschiede unterschiedliche Beitragsbelastungen,

82 Castel, Die Krise der Arbeit (Fn. 80); Eichhorst/Kaufmann/Konle-Seidl (Hrsg.), *Bringing the Jobless into Work?*, Berlin/Heidelberg 2008; *Stendahl/Erhag/Devetzi*, A European Work-First Welfare State, Göteborg 2008.

83 *Ehrenberg/Fuchs*, Sozialstaat und Freiheit, Frankfurt aM. 1980, S. 29 ff.

84 *Davy*, in: *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (Hrsg.), *Erosion von Verfassungsvoraussetzungen*, VVDStRL 68, Berlin 2009, S. 122 ff.; *Axer*, in: ebd., S. 177 ff.; *Nussberger*, DVBl 2008, 1081.

85 *Dahrendorf*, Über den Ursprung der Ungleichheit unter den Menschen, 2. Aufl., Tübingen 1966; *Pojmann/Westmoreland* (Hrsg.), *Equality* (Fn. 43).

86 *Frankfurt*, Ungleichheit. Warum wir nicht alle gleich viel haben müssen, Berlin 2016.

87 *Frankfurt*, Ungleichheit (Fn. 86), S. 49.

88 *Frankfurt*, Ungleichheit (Fn. 86), S. 53 f.

89 *Frankfurt*, Ungleichheit (Fn. 86), S. 71, 79.

90 *Frankfurt*, Ungleichheit (Fn. 86), S. 17.

91 *Walzer*, in: *Krebs*, Gleichheit oder Gerechtigkeit (Fn. 25), S. 172.

so darf sich dies auch bei den Geldleistungen (Rente, dem Verletzten-, Kranken- und Arbeitslosengeld) zeigen. Sie dürfen unterschiedlich hoch sein, wenn die Versicherten zuvor unterschiedlich hoch belastet worden sind.

Das Gebot der Gleichheit entsprechend der Einkommensunterschiede gilt aber nur für Geldleistungen, nicht für die Dienst- und Sachleistungen. Gleichheit fordert daher Gleichbehandlung aller Menschen in der Kranken- und Langzeitpflege ohne Ansehen ihrer Person und ihres Einkommens, weil einzig der individuelle Hilfebedarf den Leistungsanspruch bestimmen und bestimmen soll. Dies müsste auch die einheitliche Organisation und Finanzierung dieses Schutzes bedeuten.

Soziale Sicherheit und Sozialrecht beruhen auf der Annahme<sup>92</sup>, dass Erwachsene den eigenen Lebensunterhalt durch Teilnahme am Tauschverkehr – Kauf von Lebensmitteln, Anmietung von Wohnraum –, namentlich durch Ausübung einer Erwerbstätigkeit, sichern. Der Sozialstaat beruht auf der und formt die Arbeitsgesellschaft.<sup>93</sup> Soziale Gerechtigkeit ist mit Teilhabe (»stakeholding«<sup>94</sup>) zu übersetzen. Teilhabe soll gleiche Chancen für alle Menschen in einer Gesellschaft sichern: Dies hat nicht primär durch Transfers, sondern durch die Einräumung von sozialen Rechten und die damit verbundene Ermöglichung sozialer Chancen zu geschehen. Deswegen sind soziale Gerechtigkeit und soziale Rechte konzeptionell eng miteinander verbunden.

### 3. Paradoxien des Sozialrechts

Wie lässt es sich erklären, dass Sozialrecht historisch Beachtliches hervorgebracht hat und dennoch immer wieder öffentlich so wenig ge- und beachtet wird? Das Sozialrecht ist in seiner Gesetzgebung vergangenheitsorientiert, in seinen elementaren Rechten aber zukunftsgerichtet. Daraus erwächst ein umfassendes Potential für Enttäuschungen, das aus dem utopischen Überschuss der sozialen Rechte herrührt. Geltendes Sozialrecht bleibt angesichts dessen notwendig hinter dem Versprochenen zurück, weil es aus der Anschauung zurückliegender Notlagen formuliert ist und Neues erst nach Verbreiterung der Not und deren Wahrnehmung bewältigt. Zugleich eröffnet das Sozialrecht jeder und jedem eigene Zukunftsperspektiven, weil es den sozialen Schutz nicht nach Maßgabe des Vergangenen, sondern mit Wirkung für die Zukunft verheißt.

Die Einsicht in die aus dem Auftrag zur komplexen Gleichheit erwachsende komplexe Struktur des Sozialrechts enthält eine weitere Quelle für Enttäuschungen. Solches Sozialrecht mutet seinen Berechtigten wie Verpflichteten eine Fülle von intellektuellen und informativischen Anstrengungen zu. Je kompliziertes dieses Recht wird, desto schwieriger wird es, das Ganze noch zu verstehen und zu durchschauen und schließlich als in dieser Differenziertheit als gerecht zu erkennen.

Dabei folgt das Recht jedes und jeder einzelnen aus dem objektiven Recht. Aber die Fälle sind nicht aus sich heraus klar: »Cases do not unfold their principles for the asking«<sup>95</sup> – anders formuliert: Die Fälle offenbaren dem Fragenden nicht die Grundsätze für ihre Lösung. Gerichte werden vielmehr mit unterschiedlichen, gar entgegengesetzten Erwartungen konfrontiert. Recht sprechen heißt daher vor allem, Recht vom Unrecht zu unterscheiden; darin findet auch Rechtswissenschaft seit dem Römischen Recht seinen Gegenstand.<sup>96</sup> Jede rechtliche Entscheidung folgt zwar aus dem Gesetz; aber es gibt viele Gesetze und diese enthalten viele Bestimmungen. Recht sprechen heißt daher, die verschiedenen einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen miteinander verträglich zu machen.<sup>97</sup> Dazu sind auch die »hinter dem Gesetz stehenden Rechtsgedanken«<sup>98</sup> oder die deren Erlass leitenden Vorstellungen<sup>99</sup> heranzuziehen. Es besteht die Schwierigkeit, dass das objektive Recht immer auch subjektiv betrachtet wird.<sup>100</sup>

Ein solches System hat aber nicht im Hinblick auf seine Vielgestaltigkeit, technische Raffinesse und Differenziertheit ein Problem für seine Akzeptanz, sondern öffnet auch

92 Kramer, Soziale Gerechtigkeit, Berlin 1992, S. 104 ff.; Heinig, in: Bahr/Heinig (Hrsg.), Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung, Tübingen 2006, S. 251 ff.; Häberle, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl., Heidelberg 2004 §§ 22–60, 72–74; Zacher, SGB 1982, 329 ff.

93 Eichenhofer, FS Höland, 2015, S. 261.

94 Ackerman/Alstott, The Stakeholder Society, New Haven ua. 1999; Blasche/Döring (Hrsg.), Sozialpolitik und Gerechtigkeit, Frankfurt aM./New York 1998.

95 Hall (Hrsg.), Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo (Fn. 1), S. 107, 116.

96 Institutionen Corpus Juris I 1: Iuris prudentia est iusti atque iniusti scientia.

97 Eichenhofer, SGB 2016, 545, 547.

98 Engisch, Einführung in das juristische Denken, 5. Aufl., Stuttgart ua. 1971, S. 188.

99 Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956, S. 210.

100 Hall (Hrsg.), Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo (Fn. 1), S. 153: »The perception of objective rights takes the color of the subjective mind.«

eine offene Flanke gegenüber allen Annäherungen aus der Perspektive der Selbstbetroffenheit. Es ist nicht nur legitim, sondern vom Sozialrecht geradezu vorgezeichnet, die eigene Not als Rechte begründend anzusehen. Das einzelne Notlagen und darauf erfolgende Reaktionen differenziert regelnde Sozialrecht – das alle sozialen Rechte aller Berechtigten gleich wichtig zu nehmen hat – zwingt dann aber dazu, das einzelne Begehren mit den gleichartigen Begehren aller anderen Berechtigten in Beziehung zu setzen und schließlich in letzter Konsequenz zwischen den dann in Widerstreit tretenden – also rivalisierenden – Berechtigungen vergleichend abzuwägen.

Darüber hinaus muss das Sozialrecht mit anderen Rechtsgebieten im Einklang stehen. Sie verfolgen andere, mitunter gar entgegengesetzte Ziele. So muss das Sozialrecht bei der Beitragserhebung darauf Rücksicht nehmen, dass sich Arbeit für Arbeitnehmer und deren Beschäftigung auch für Unternehmer lohnen. Auch die Vorsorge für die weitere Zukunft muss abgewogen werden gegenüber den Konsumansprüchen in der Gegenwart und den Lebensgestaltungen in der näheren Zukunft. Der gegenüber konkurrierenden Berechtigungen zurückgesetzte Anwärter wird sich dann notwendig als benachteiligt, gar entrechtet vorkommen.

Ein letzter Grund für die angesprochene Enttäuschungsanfälligkeit des Sozialrechts liegt in der Dezentralität der Entscheidungsbefugnisse im Sozialrecht. Eine die komplexe Gleichheit verwirklichende Sozialrechtsordnung zwingt notwendig zu einem, jedenfalls nach Risiken unterscheidenden gegliederten System sozialer Sicherheit. In diesem sind dann unterschiedliche Gesetze und Parlamentsausschüsse an der Ausgestaltung beteiligt und die Befugnisse der Selbstverwaltung der Träger gehen mit zahlreichen Rechtssetzungsbefugnissen von unterschiedlichen Organen einher. In der Krankenversicherung werden die für die Versorgung entscheidenden Parameter über die Verordnungsfähigkeit von Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln und damit über Therapien von dem gesetzgeberisch wenig kontrollierten und kontrollierbaren Gemeinsamen Bundesausschuss (GBA) getroffen. Die Landesplanung entscheidet über die Versorgungsstruktur und die gemeinsame Selbstverwaltung schafft die Rahmenbedingungen für die medizinische Versorgung einschließlich ihrer Honorierung. Gerichte können dies kontrollieren, müssen aber die Autonomie der berufenen Rechtssetzungs- und Entscheidungsorgane

strikt wahren. Was gilt ist dem weithin unkoordinierten Wirken unterschiedlicher Instanzen wie Entscheidungsträgern zuzuschreiben.

Auch im Rechtsstaat werden die Entscheidungen durch die Privaten oder die Verwaltungen autonom getroffen – und nicht alle Entscheidungen in der Gesellschaft haben die Gerichte zu treffen. Die mitunter tatbestandlich offenen und nicht ganz klaren Regeln des Rechts zur Begrenzung der Rechtsmacht von Privaten oder der Verwaltung führen zu einer gerichtlichen Kontrolldichte, so dass sich Gerichte, Private oder Verwaltung blockieren können.<sup>101</sup> Justiz darf aber nicht alles kontrollieren und auch nicht das Geschäft Privater oder der Verwaltung besorgen wollen. Dies verlangt nach gerichtlicher Zurückhaltung. Gerichte dürfen das gesetzte Recht nie beiseiteschieben, sondern vielmehr diesem vor allem zu Klarheit, Anschaulichkeit und Verständlichkeit verhelfen.<sup>102</sup> Hier berühren sich die Aufgaben von Rechtspraxis und Wissenschaft ganz elementar.

## V. Umriss eines Sozialrechts der Zukunft

### 1. Sozialrecht ist hochtechnisiert

All die zahlreichen Unzulänglichkeiten des Sozialrechts verlangen nach dessen weiterer Reform und Fortentwicklung. Sie gelingt jedoch nicht durch dessen Preisgabe oder Ablösung durch neue Systeme. Ein Weniger an Sozialstaat bringt stets und notwendig weniger sozialen Schutz. Ein neuer Sozialstaat mag einzelnen einzelnen Verbesserungen bringen; es bleibt aber ungewiss, ob ein reformierter Sozialstaat dasselbe wie der bisherige Sozialstaat leisten würde. Wie sagt der Volksmund so treffend: Neue Besen kehren gut, aber alte machen sauber!

Was an allgemeinen Regeln konkret wirksam wird, ist das Ensemble einer Vielzahl von Rechtssetzungsakten auf unterschiedlichen Ebenen. Der zeitgenössische Sozialstaat bewirkt viel und vieles für viele. Aber dies geschieht in hochtechnisierter Form durch schwer durchschaubare Gesetze. Sie stellt in ihrer wachsenden Differenziertheit ein Stück rechtliche Hightech dar. Ihrer bedient sich die

<sup>101</sup> Eichenhofer, SGB 2016, 545, 549 f.

<sup>102</sup> Eichenhofer, SGB 2016, 545, 550.

Gesellschaft selbstverständlich auch in anderen Sphären des Lebens, durchschauen sie aber immer weniger, ohne sich der Mühe zu unterziehen, die das Sozialrecht leitenden Grundsätze auszumachen.

## 2. Alle Entwicklungsperspektiven des Sozialrechts sind daher notwendig reformistisch

Diese Entwicklung wirft die Frage auf: Was ist zu tun? Oder bescheidener: Was kann überhaupt getan werden? Ein Weg drängt sich auf: mehr Eigenvorsorge! Diese Empfehlung klingt plausibel, ist aber nur begrenzt tauglich. Denn private Vorsorge will ebenso wie soziale Sicherung finanziert sein. Auch wenn die Alterssicherung von der Sozialversicherung auf die Privatversicherung umgestellt und jedem aufgegeben würde, eine eigene Prämie für die eigene Alterssicherung an eine Versicherung zu zahlen, wäre damit Sicherheit für die Zukunft noch nicht verbürgt. Denn die Ungewissheit, welche das Umlageverfahren angesichts zukunftsöffener Entwicklungen auszeichnet, kennzeichnet auch jede privatversicherungsrechtliche Alternative. Kapitalmärkte sind höchst volatil.

Darüber hinaus können die bestehenden Sicherungen für langfristige Risiken (Erwerbsunfähigkeit, Alter, Krankheit und Pflegebedürftigkeit) nicht kurzzeitig von der Umlagefinanzierung auf die Kapitaldeckung umgestellt werden, sondern fordern einen Jahrzehnte währenden Übergangszeitraum, währenddessen die aus der sozialrechtlichen Sicherung begründeten Erwartungen auf Leistungen befriedigt werden müssen.

Das im Generationenvertrag angelegte Sozialversicherungsrecht finanziert die durch Beitragszahlungen aus der Vergangenheit begründeten Anrechte und, indem sie dies tut, schafft zugleich Anrechte für die Beitragszahler in der und für die Zukunft. Alle Entwicklungsperspektiven des Sozialrechts sind daher notwendig reformistisch.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG sind Beschränkungen des Rentenrechts dann gerechtfertigt, wenn sie der »Erhaltung der Funktions- und Leistungsfähigkeit der gesetzlichen Rentenversicherung« dienen.<sup>103</sup> Der Schutz der auf eigener Beitragsleistung beruhenden Rentenanwartschaften rangiert dabei höher als der auf solidarischem Ausgleich beruhenden Rechte<sup>104</sup>. Das Ausmaß des Eigentumsschutzes hängt daher davon ab, inwieweit Rentenrechte auf eigener Beitragszahlung oder solidarischer Leistung beruhen.<sup>105</sup> Die erstgenannten Anrechte verfü-

gen über einen höheren Eigentumsschutz als letztere. Rentenrechten kommt demnach ein »gestufter Eigentumsschutz« zu.

Mit dieser abstrakten, ahistorischen Formel ist aber praktisch wenig gewonnen. Deutschland war um 2000 – vereinigungs- wie durch überholte Wirtschafts- und Sozialstrukturen bedingt – in seiner Wirtschaftskraft geschwächt und galt wegen hoher Verschuldung, kostspielig gewordener Sozialversicherungen, daraus folgender steigender Beitrags- und Steuerlasten und dadurch schließlich hervorgerufener hoher Arbeitslosigkeit und geringer Produktivität als »der kranke Mann« Europas. Damals wurde gewarnt, ein »Festhalten an den überkommenen Finanzierungsstrukturen« gefährde die soziale Sicherheit mehr als Globalisierung und Alterung der Bevölkerung!<sup>106</sup> Die Nachhaltigkeits-Kommission erkannte, dass angesichts einer alternden Bevölkerung bei stagnierender Wirtschaft aus der Lohn- und Arbeitszentrierung der Finanzierung sozialer Sicherheit massive »Funktionsverluste« erwachsen, die sich namentlich als Beschäftigungshürden und Wachstumsschwäche auswirkten.<sup>107</sup>

Aus dieser Einsicht erklären sich als Reaktionen auf die wirtschaftlichen und sozialen Veränderungen im Verhältnis von Beitragszahlern und Rentenberechtigten. In dem sie vorbereitenden Kommissions-Bericht hieß es: »Die mittel- und langfristige sozio-demografische Entwicklung führt zu Konflikten zwischen den Zielen eines gemäßigten Beitragssatzanstiegs und einem stabilen Rentenniveau. Eine nachhaltige Finanzierung der Rentenversicherung setzt insbesondere eine Festigung der Finanzierungsgrundlagen, dh. eines hohen Beschäftigungsgrades voraus. Die Begrenzung des Beitragsanstiegs ist hierfür eine wichtige Voraussetzung. [...] Sie fordert zudem die Generationengerechtigkeit.«<sup>108</sup> Ein Festhalten an der überkomme-

103 BVerfG, 11.11.2008 – 1 BvL 3/05 – BVerfGE 122, 151, 182.

104 Adam, Eigentumsschutz in der gesetzlichen Rentenversicherung, Berlin 2010 (zugl. Berlin, Freie Univ., Diss. 2007/08), S. 114 ff.

105 Etwa Ausbildungszeiten (BVerfG, 1.7.1981 – 1 BvR 874/77 – BVerfGE 58, 81, 115) oder nach dem Fremdrengengesetz anzuerkennende Zeiten vormaliger Beschäftigung in einem »Vertreibungsstaat«, zB. Sowjetunion, Rumänien, Polen (BVerfG, 13.6.2006 – 1 BvL 9/00 – BVerfGE 116, 96, 122).

106 Rürup, in: FNA (Hrsg.), Das Soziale in der Alterssicherung, Jahrestagung 2005, Berlin 2005, S. 23, 29.

107 Rürup, in: FNA (Hrsg.), Alterssicherung im Mehr-Säulen-System: Akteure, Risiken, Regulierungen, Jahrestagung 2008, Berlin 2008, S. 86; BMG, Bericht der Kommission Nachhaltigkeit in der Finanzierung der Sozialen Sicherungssysteme, Berlin 2003, S. 5.

108 BMG, Bericht der Kommission Nachhaltigkeit (Fn. 107), S. 32.

nen Finanzierung der Rentenversicherung wäre mit wachsender »intergenerativer Ungleichbehandlung«<sup>109</sup> einhergegangen.

Es wird damit eine – rechtlich bisher so noch nicht klar erkannte – Wechselwirkung zwischen der Globaläquivalenz und der einkommensproportionalen Teilhabe sichtbar.<sup>110</sup> Um jene dauerhaft zu sichern, sind und waren Korrekturen der einkommensproportionalen Teilhabe gerechtfertigt, ja geboten. Damit gerät die Relation zwischen Lastentragung und Leistungsberechtigung und deren Entwicklung im Zeitverlauf als Bestimmungsgröße für individuelle Rentenansprüche ins Blickfeld und ist mit dem Begriff der Generationengerechtigkeit<sup>111</sup> belegt. Ihr geht es um das Verhältnis zwischen Globaläquivalenz und einkommensproportionaler Teilhabe. Lasten und Leistungen der Rentenversicherung sind danach auch über Generationen hinweg auszugleichen.<sup>112</sup> Dieses Gebot verlangt nach einem tendenziell konstanten Beitragssatz und damit der Annäherung des Leistungsniveaus an diese Vorgabe. Nachhaltigkeit fordert also nicht nur die langfristige finanzielle Stabilität von Sozialversicherung<sup>113</sup>, sondern bei Änderungen in der Zusammensetzung der Solidargemeinschaft notfalls auch Beschränkungen sozialer Rechte.

Diese Beschränkungen rechtfertigen sich aus der die Eigentumsgarantie prägenden »Sozialbindung« (Art. 14 Abs. 2 GG); dass der Gebrauch von Eigentum zugleich dem Allgemeinwohl dienen soll, bedeutet für das Renteneigentum: Weil Leistungsberechtigte ihre Rechte aus Beiträgen realisieren, bedarf es um der Wohlfahrt aller Willen des sozialen Ausgleichs durch einen die Rechte beider Gruppen einander annähernden Kompromiss, falls das Leistungsvolumen der Rentenversicherung steigt und gleichzeitig infolge demografischer Veränderungen oder Wachstumsschwäche das Beschäftigungsvolumen sinkt.

In dieser Erwägung wird auch der Zusammenhang von Arbeitsmarkt, Beschäftigungs- und Entlohnungsbedingungen und der auf Ermöglichung der Vereinbarkeit von Familie und Erwerbsarbeit ausgerichtete Familienpolitik einerseits und Rentenversicherung andererseits sichtbar.<sup>114</sup> Daraus ergibt sich die nicht ganz neue, aber nach wie vor elementare Erkenntnis, dass das Renten- und Beschäftigungsniveau elementar miteinander verbunden sind.

Die zur Sicherung der Nachhaltigkeit der Renten ergriffene Maßnahme der Niveauabsenkung rechtfertigt sich durch die Finanzierungsstruktur der Rentenversiche-

rung. Um das Ausmaß der Beitragszahlung wirtschaftlich vertretbar zu halten, können und müssen die Rechte der Rentenempfänger begrenzt werden. Darin äußert sich die in Art. 14 Abs. 2 GG nicht nur erlaubte, sondern geforderte Sozialbindung des Renteneigentums.

Angesichts dessen würde in der Phase des Übergangs von der Umlagefinanzierung zur Kapitaldeckung für die Beitrags- und Prämienzahler eine doppelte Belastung eintreten – nämlich um sozialrechtlich begründete Ansprüche abzugelten und gleichzeitig durch Prämienzahlung die Eigenvorsorge zu begründen. Eine Überforderung! Daher kann und sollte nur eine graduelle und schrittweise Ausweitung der Eigenvorsorge angestrebt werden.

Ein anderer Weg geht dahin, die Leistungen zu beschränken. Aber auch diesem Weg stehen rechtliche, soziale und wirtschaftliche Grenzen entgegen. Eine rechtliche Grenze folgt aus dem Versicherungsgedanken, der alle Vorsorge prägt. Wer jahrzehntelang Beiträge zur Renten-, Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung gezahlt hat, kann nicht bei Eintritt des Versicherungsfalls mit seinem Leistungsbegehren mit der Begründung abgewiesen werden, angesichts begrenzter ökonomischer Mittel sei nun die Leistungskraft der Versicherung erschöpft. Unverhältnismäßige Leistungsbeschränkungen enttäuschen Menschen, die auf den Fortbestand des Systems sozialer Sicherung vertraut haben. Löst ein Staat Verlassensängste aus, entfremdet er die Menschen vom Staat und gefährdet sich damit selbst!

### 3. Ein abschließendes reformistisches Plädoyer

Eine große und perfekte Lösung, welche die angedeuteten Herausforderungen bewältigen könnte, gibt es nicht. Im Gegenteil: Das Recht trägt zur Verfestigung tradierter Muster sozialer Sicherheit bei und befördert die Pfad-

109 *Rürup*, in: FNA, Alterssicherung im Mehr-Säulen-System (Fn. 107), S. 89.

110 Lediglich Andeutungen bei *Adam*, Eigentumsschutz in der gesetzlichen Rentenversicherung (Fn. 104), S. 231 ff.

111 *Börsch-Supan*, in: FNA (Hrsg.), Gerechtigkeitskonzepte und Verteilungsströme in der gesetzlichen Alterssicherung, Jahrestagung 2010, Berlin 2010, S. 47 ff.; *Christen*, Politische Ökonomie der Alterssicherung, Marburg 2011, (zugl. Bremen, Univ., Diss. 2009), S. 153 ff.

112 *Kolb*, in: *Schmähl* (Hrsg.), Versicherungsprinzip und soziale Sicherung, Tübingen 1985, S. 120, 128: »Teilhabeprinzip«.

113 *BMG*, Bericht der Kommission Nachhaltigkeit (Fn. 107), S. 45 ff.; *Sesselmeier*, Sozialer Fortschritt 2000, 138.

114 *Reimann*, Vierteljahreshefte für Wirtschaftsforschung 2014, 61.

abhängigkeit wohlfahrtsstaatlicher Entwicklung. Politik kann und muss sich um kleine und punktuelle Lösungen bemühen, die für sich genommen die angedeuteten Gefahren begrenzen und so durch Anpassung die soziale Sicherheit fortentwickeln.

Derartige Versuche wurden schon seit Jahrzehnten ergriffen. Alle Zweige sozialer Sicherung durchliefen schon manche Reform und dies wird sich auch in der Zukunft fortsetzen. Die wichtigsten Schritte auf diesem Wege sind: Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen; Überwindung der ökologischen Herausforderungen; Erhaltung und Fortentwicklung einer Arbeitsgesellschaft, in der die Grundregel verwirklicht ist, dass jeder, der arbeiten kann, auch auskömmliche Arbeit finden kann.

Darüber hinaus bedarf es eines Steuersystems, das die aus Marktprozessen hervorgehende Einkommens- und Vermögensverteilung korrigiert und Einkommen wie Vermögen nach dem Prinzip der Leistungsfähigkeit die Menschen entsprechend ihrer unterschiedlichen Leistungskraft unterschiedlich belastet und diejenigen am stärksten belastet, die die meisten Lasten tragen können. Nur eine faire Einkommens- und Vermögensverteilung sichert auskömmliche Sozialversicherungsleistungen und begrenzt die Sozialhilfeabhängigkeit auf wenige. Weil ein ausgebauter Sozialstaat viel Steuern und Beiträge erfordert, können diese sachgerecht nur von möglichst vielen finanziert werden, die dazu möglichst viel beitragen können. Eine faire Verteilung von Einkommen und Vermögen ist daher eine Grundvoraussetzung für einen funktionierenden Sozialstaat.

Dazu gehört ferner, dass von dem Sozialleistungssystem keine Fehlanreize zur Nichtarbeit ausgehen. Dies entspricht den Bemühungen der EU, durch Begrenzung der Lohnnebenkosten Erwerbsarbeit gegenüber der Inanspruchnahme von Sozialleistungen wirtschaftlich anziehender zu machen (make work pay)<sup>115</sup>.

Die Herausforderungen an das Sozialrecht verdeutlichen: Der Sozialstaat ist zukunfts offen – Ergebnis eines Prozesses und auf Fortentwicklung angelegt! Diese wird nicht nur von den wirtschaftlichen Wandlungen »von außen«, sondern auch durch die sozialrechtlichen Entwicklungen selbst »von innen« befördert.<sup>116</sup> Die vergangenen Jahrzehnte zeigten: Der Sozialstaat vermag nicht zu überdauern, wenn ein signifikanter und steigender Anteil der Menschen von ihm abhängig wird. Daher hat der Sozi-

alstaat sich darauf zu konzentrieren, Hilfen zur (Wieder-) Eingliederung sozial oder gesundheitlich Exkludierter in die Erwerbsprozesse zu sichern (welfare to work). Dieser Prozess ist durch neue Arbeits- und Arbeitszeitstrukturen zu flankieren.

Denn nur bei einem hohen Beschäftigungsstand kann soziale Sicherheit auf hohem Niveau dauerhaft bereitgestellt und finanziert werden. Dies erfordert ein umweltverträgliches Wachstum, das seinerseits Voraussetzung für die Ausweitung bezahlter Beschäftigung ist. Die durch die demographische Entwicklung angedeuteten Herausforderungen fördern dieses Anliegen. Die relative Abnahme des Anteils jüngerer Menschen an der Gesamtbevölkerung hilft mittelfristig, die Arbeitslosigkeit zu lindern und gleichzeitig die gebotenen Voraussetzungen für die Verlängerung der Lebensarbeitszeit zu schaffen<sup>117</sup> Dadurch können die finanziellen Belastungen der Rentenversicherung vermindert werden.

Die Rentenversicherung ist ferner mit dem gestiegenen Wohlstandsniveau abzustimmen; dieses erlaubt eine geringere öffentliche Vorsorge als in der Vergangenheit, und zwar in dem Maße wie Alter vom Risiko zur Gewissheit geworden ist. Gleichzeitig ist die private Eigenvorsorge zu stärken, die dem Einzelnen die Bestimmung von Ausmaß und Formen der über die öffentliche Vorsorge hinausgehenden Alterssicherung einräumt.<sup>118</sup> Weder ein radikaler Systemwechsel einer völligen Privatisierung der Altersvorsorge noch der Ersatz der beitragsfinanzierten einkommensproportionalen Rente durch eine für alle Einwohner gleiche Grundrente – oder gar eines bedingungslosen Grundeinkommens für jedermann – kommen als realistische Alternative in Betracht.

Denn der Systemwechsel wäre mit Zusatzkosten für die aktive Generation des Übergangs verbunden. Sie hätten die unter dem bisherigen System begründeten Anrechte zwar zu finanzieren, Ansprüche vergleichbaren Ausmaßes von dem System aber nicht zu erwarten; sie würden daher

115 KOM (2003) 842 endg.

116 Zacher, ZgS 134 (1978), 15 ff.; Davy, in: Deutscher Sozialrechtsverband (Hrsg.), Sozialrechtsgeltung in der Zeit, Frankfurt aM. 2006, S. 103 ff.; Stolleis, in: ebd., S. 153 ff.

117 Boecken, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 62. DJT, Bd. 1, München 1998; dazu Eichenhofer, JZ 1998, 808.

118 Borchert, Renten vor dem Absturz, Frankfurt aM. 1993; Miegel/Wahl, Solidarische Grundsicherung – private Vorsorge, München 1999.

überproportional und damit unter Verletzung der Generationengerechtigkeit belastet.<sup>119</sup>

Ein bedingungsloses Grundeinkommen heißt Ausstieg aus der Arbeitsgesellschaft – ein unter Bedingungen der Globalisierung nicht gangbarer Weg. Statt des radikalen Systemwechsels ist aber ein entschiedener Systemwandel bereits durch die Gesetzgebung eingeleitet. Die Alterssicherung hat sich seit zwei Jahrzehnten tiefgreifend gewandelt.<sup>120</sup> So gab die Alterssicherung das Ziel der Lebensstandardsicherung auf und zeigte sich mit der Sicherung eines einkommensproportionalen Altersgrundeinkommens von inzwischen unter 50 % des individuellen Netto-Lohnes nach 40 Versicherungsjahren zufrieden. Denn bei Bestimmung der Leistungshöhe wird künftig der demographische Wandel sowie der Wandel der Arbeit berücksichtigt.

In der Krankenversicherung sind alle Rationalisierungsreserven auszuschöpfen, um mehr Wettbewerb auch im europäischen Binnenmarkt zu kostengünstigen Bedingungen zu erlangen.<sup>121</sup> Gleichwohl werden die Ausgaben für das Gesundheitswesen langfristig steigen, weil der medizinische Fortschritt, die Zunahme des Altenanteils und die Wohlstandsentwicklung weitere Steigerungen der Aufwendungen für Gesundheit nach sich ziehen müssen.

119 Eichenhofer, RdA 2003, 264.

120 Eichenhofer/Rische/Schmähl-Schmähl, Handbuch der gesetzlichen Rentenversicherung (Fn. 31), Kap. 6.

121 Wille/Albring (Hrsg.), Reformoptionen im Gesundheitswesen, Frankfurt aM. ua. 1998.

## Europäer als Arbeitnehmer in der Schweiz

*Prof. em. Dr. iur. Dr. hc. Thomas Geiser, Universität St. Gallen*

### I. Grundsätze des schweizerischen Ausländerrechts

#### 1. Ausgangslage

Als kleines Land ist für die Schweiz der Bezug zum Ausland von doppelter Bedeutung: Zum einen war die Schweiz schon immer auf ausländische Arbeitskräfte angewiesen. Für eine völlig eigenständige wirtschaftliche Entwicklung ist die Schweiz zu klein. Die topographische Beschaffenheit der Schweiz schafft zudem Regionen, welche nicht an den Landesgrenzen halt machen. Bei Zentren, wie Genf und Basel, ist das Einzugsgebiet zwingend teilweise im Ausland. Zum andern ist die Schweiz aber auch auf den Handel mit dem Ausland angewiesen. Mit Ausnahme von Energie und Wasser verfügt die Schweiz über keine eigenen Rohstoffe und muss sie folglich importieren. Entsprechend braucht es aber auch Exportgüter. Der internationale Handel ist unumgänglich.

Geschichtlich können mehrere Phasen im schweizerischen Ausländerrecht unterschieden werden: Nachdem die Schweiz lange ein klassisches Auswandererland war,

erfolgte mit der Industrialisierung Ende des 19. Jahrhunderts bis zum Ersten Weltkrieg eine starke Zuwanderung, die auch durch Niederlassungsverträge mit diversen europäischen aber auch mit außereuropäischen Ländern abgesichert wurde. Mit dem Ersten Weltkrieg fand der Geist der Freizügigkeit ein jähes Ende. Nach dem Krieg entstanden in dieser dritten Phase des schweizerischen Ausländerrechts auch auf Bundesebene die wesentlichsten ausländerrechtlichen Gesetze. Die Weltwirtschaftskrise mit der großen Arbeitslosigkeit in Deutschland führte zu einer weiteren Abschottung, die sich während des Zweiten Weltkrieges fortsetzte und zu einer sehr unrühmlichen Flüchtlingspolitik führte. Nach dem Zweiten Weltkrieg öffnete sich die Schweiz wiederum, womit die vierte Phase begann. Mit einer vom Krieg unversehrten Infrastruktur erfuhr die Schweiz ein unglaubliches Wirtschaftswachstum, wofür allerdings auch ausländische Arbeitskräfte notwendig waren. Diese kamen hauptsächlich aus Italien. Sie waren als Arbeitskräfte willkommen; in weiten Kreisen bestand aber eine Angst vor »Überfremdung«. Es wurden mehrere Volksinitiativen ergriffen, welche die Zuwanderung bremsen sollten. Sie wurden alle – wenn auch teilweise sehr

knapp – abgewiesen.<sup>1</sup> Auf die Ängste in der Bevölkerung reagierten die Behörden mit einer strengen Reglementierung, welche insbesondere den Familiennachzug sehr stark einschränkte. Die Zuwanderer durften praktisch nur hier arbeiten und mussten nach Beendigung der Arbeit die Schweiz wieder verlassen. Eine Integration war unerwünscht.

Diese Regeln konnten selbstverständlich so nicht mehr aufrechterhalten werden, als sich die Schweiz gegen Europa öffnete. Es zeigte sich zudem, dass diese strengen Regeln es kaum erlaubten qualifizierte Arbeitskräfte anzuziehen und mit der wirtschaftlichen Erholung von Europa nach dem Zweiten Weltkrieg verlor die Schweiz zusätzlich an Attraktivität für die Einwanderung qualifizierter Arbeitnehmer. Eine Neuausrichtung erwies sich als zwingend und die schweizerische Ausländerpolitik trat in eine fünfte Phase.

## 2. Rechtsgrundlagen

Die wichtigste Rechtsgrundlage für die Arbeit von Ausländern und Ausländerinnen in der Schweiz ist das Ausländer- und Integrationsgesetz<sup>2</sup> mit seinen Verordnungen. Dieses entspricht allerdings – wie noch zu zeigen sein wird – keineswegs dem Europäischen Recht. Für europäische Ausländer ist dieses Gesetz deshalb auch nur mit Einschränkungen gültig. Es gilt nur soweit die staatsvertraglichen Normen keine abweichenden Regeln vorsehen. Das Gesetz behält sowohl die Verträge mit der EU wie auch jene im Rahmen der EFTA ausdrücklich vor.<sup>3</sup>

Entsprechend ist zweite zentrale Rechtsquelle das Personenfreizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der EU und ihren Mitgliedstaaten<sup>4</sup> sowie das Entsendegesetz<sup>5</sup> und die entsprechende Verordnung.<sup>6</sup>

## 3. Bewilligungen für nicht-europäische Ausländer

Will ein Ausländer in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausüben, bedarf er grundsätzlich einer Bewilligung. Handelt es sich um eine abhängige Arbeit, ist die Bewilligung von der Arbeitgeberin einzuholen.<sup>7</sup> Es gibt allerdings gewisse Ausnahmen von der Bewilligungspflicht, namentlich sind kurzfristige sogenannte grenzüberschreitende Dienstleistung von der Bewilligungspflicht ausgenommen, wenn sie nicht länger als acht Tage dauern. Darunter

wird die Ausübung einer zeitlich befristeten Dienstleistung in der Schweiz im Rahmen eines Vertragsverhältnisses durch eine Person oder ein Unternehmen mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland verstanden.<sup>8</sup> Je nach beabsichtigter Dauer des Arbeitsverhältnisses gibt es verschiedene Bewilligungen. Diese dienen nicht nur der Kontrolle, sondern auch der Begrenzung der Zuwanderung. Die meisten Bewilligungen werden nur erteilt, solange die von der Regierung festgesetzten Kontingente nicht ausgeschöpft sind.<sup>9</sup> Zudem können Ausländerinnen und Ausländer zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit nur zugelassen werden, wenn nachgewiesen wird, dass keine dafür geeigneten inländischen Arbeitskräfte oder Angehörige von Staaten, mit denen ein Freizügigkeitsabkommen abgeschlossen wurde, gefunden werden können.<sup>10</sup> Beschränkungen bestehen auch bezüglich der Möglichkeiten, Familienangehörige in die Schweiz nachzuziehen.<sup>11</sup>

## 4. Arbeitsbedingungen

Der schweizerische Arbeitsmarkt wird zusätzlich vor ausländischer Konkurrenz geschützt, indem die Arbeitsbewilligung nur erteilt werden darf, wenn die orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen eingehalten werden.<sup>12</sup> Diese bestimmen sich nicht bloß nach den gesetzlichen Vorschriften, Gesamt- und Normal-

1 Zum Ganzen vgl. *Thürer*, in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser (Hrsg.), Handbuch für die Anwaltspraxis, Bd. VIII, Ausländerrecht, Basel 2009; Rn. 1.14 ff.

2 Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG) v. 16.12.2005 (SR 142.20).

3 Art. 2 AIG.

4 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, abgeschlossen am 21.6.1999 (SR 0.142.112.681).

5 Bundesgesetz über die flankierenden Maßnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz, EntsG) v. 8.10.1999 (SR 823.20).

6 Verordnung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (EntsV) v. 21.5.2003 (SR 823.2001).

7 Art. 11 AIG.

8 Art. 3 VZAE; vgl. *Klaus*, in: Portmann/von Kaenel (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zürich 2018 (im Folgenden: Portmann/von Kaenel, Fachhandbuch Arbeitsrecht), Rn. 22.76 ff.

9 Art. 20 AIG.

10 Sog. Inländervorrang; Art. 21 f. AIG.

11 Vgl. dazu Portmann/von Kaenel-Klaus, Fachhandbuch Arbeitsrecht (Fn. 8), Rn. 22.94 ff.

12 Art. 22 AIG.

arbeitsverträgen. Vielmehr ist zu klären, welche Lohn- und Arbeitsbedingungen für die gleiche Arbeit im selben Betrieb und in derselben Branche üblich sind. Es geht nicht nur um das Einhalten minimaler Arbeitsbedingungen, sondern des üblichen guten Standards. Es sind folglich Ergebnisse von statistischen Lohnerhebungen zu berücksichtigen.<sup>13</sup> Damit die Behörde prüfen kann, ob die üblichen Arbeitsbedingungen eingehalten werden, muss ein schriftlicher Arbeitsvertrag eingereicht werden, obgleich in der Schweiz ein Arbeitsvertrag keiner besonderen Form bedarf.<sup>14</sup>

Diese öffentlich-rechtliche Regelung hat auch zivilrechtliche Konsequenzen. Der Arbeitnehmer kann den vom Amt genehmigten Lohn einfordern, auch wenn die Parteien einvernehmlich einen tieferen Lohn vereinbart haben.<sup>15</sup> Das gilt selbst dann, wenn die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer schwarz beschäftigt und folglich gar keine Arbeitsbewilligung vorliegt. Das Zivilgericht hat dann selbst den Lohn festzusetzen, wie es dies bei einem korrekten Vorgehen die Behörde getan hätte.<sup>16</sup>

## II. Besondere Regelungen für europäische Ausländer

### 1. Anspruch auf Freizügigkeit

Nachdem der Beitritt zum EWR in der Volksabstimmung vom 6. Dezember 1992 mit einem Zufallsmehr von 50,3% abgelehnt worden war, schloss die Schweiz mit der EU die sogenannten Bilateralen Verträge bezüglich verschiedener Wirtschaftssektoren ab. Kernstück dieser Verträge bildet das Freizügigkeitsabkommen (FZA).<sup>17</sup> Durch die sogenannten Guillotine-Klausel<sup>18</sup> hat die EU sichergestellt, dass alle in diesem Paket abgeschlossenen Bilateralen Verträge automatisch dahinfallen, wenn die Schweiz das FZA kündigt. Ziel des FZA ist insbesondere die Einräumung des Rechts auf Einreise, Aufenthalt, Zugang zu einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit und die Niederlassung als selbstständig Erwerbender. Zudem soll die Erbringung von Dienstleistungen, insbesondere kurzzeitiger, im jeweils anderen Hoheitsgebiet erleichtert werden.<sup>19</sup>

Das verbietet es der Schweiz nicht, die Arbeit eines europäischen Ausländers einer Art Bewilligungspflicht zu unterstellen. Auf Grund des FZA hat jeder Europäer aber Anspruch auf eine solche Bewilligung, wenn die entspre-

chenden Voraussetzungen gemäß FZA erfüllt sind. Eine Kontingentierung der Bewilligungen und damit der Zuwanderung aus Europa ist somit ausgeschlossen. Genau dies verlangte aber eine Volksinitiative, welche am 9. Februar 2014 wiederum mit einem Zufallsmehr von 50,3% angenommen wurde. Dass dies dem FZA widersprach, war auch den Initianten bewusst. Der nunmehr Verfassung gewordene Initiativtext<sup>20</sup> verlangt deshalb eine Neuverhandlung von Staatsverträgen. Was gelten soll, wenn diese Verhandlungen aber nicht zu einem Ergebnis führen, ließen die Initianten bewusst offen. Da sich die entsprechenden Verhandlungen mit der EU als hoffnungslos erwiesen, bestand die Gefahr, dass mit der Umsetzung der Verfassungsbestimmung durch das Parlament und die Regierung entweder Völkerrecht verletzt wird oder das FZA gekündigt werden muss und damit die gesamten Bilateralen Verträge I mit der EU dahinfallen. In dieser Situation wurde eine zweite Volksinitiative lanciert, die sogenannte »RASA-Initiative«,<sup>21</sup> welche die Streichung der neuen Verfassungsbestimmung forderte, dh. dass die Abstimmung von 2014 wiederholt wird. Mit dieser Initiative konnte genügend politischer Druck aufgebaut werden, so dass das Parlament die genannte Verfassungsbestimmung nur in sehr abgeschwächter Form und in einer mit dem FZA vereinbaren Weise umsetzte und die RASA-Initiative am 12. Dezember 2017 zurückgezogen werden konnte.

Kernstück der neuen Regelung bezüglich des Arbeitsmarktes bildet der sogenannte »Inländervorrang light«. <sup>22</sup> Liegt in einer Berufsgruppe, einem Tätigkeitsbereich oder einer Wirtschaftsregion die Arbeitslosigkeit über dem

13 Art. 22 Abs. 1 VZAE.

14 Klaus, in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser (Hrsg.), Handbuch für die Anwaltspraxis, Bd. VIII, Ausländerrecht, Basel 2009 (im Folgenden: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser, Ausländerrecht), Rn. 17.55 ff.

15 BGer, 16.10.2012 – 4A\_292/2012 – BGE 138 III 751 E. 2.3; BGer, 18.7.2003 – 4C.126/2003 – BGE 129 III 621 E. 5.1 und 6.1; BGer, 8.5.1996 – BGE 122 III 114f. E. 4d.

16 BGer, 8.5.1996 – BGE 122 III 116 E. 4e.; vgl. auch BGer, 10.4.2018 – 4A\_425/2017, E. 3.1.; BGer, 14.12.2017 – 4A\_434/2017, E. 1.3.

17 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, abgeschlossen am 21.6.1999 (SR 0.142.112.681).

18 Sogenannte Guillotine-Klausel. Vgl. Art. 25 Ziff. 4 Freizügigkeitsabkommen.

19 Art. 1 lit. a und b FZA.

20 Art. 121a und 197 Ziff. 11 BV.

21 Volksinitiative »Raus aus der Sackgasse! Verzicht auf die Wiedereinführung von Zuwanderungskontingenten«; vgl. Botschaft des Bundesrates Botschaft v. 26.4.2017; BBL 2017, 3341 ff.

22 Art. 21a Abs. 3 AIG.

Durchschnitt, kann der Bundesrat (Regierung) Arbeitgeberinnen verpflichten, offene Stellen der öffentlichen Arbeitsvermittlung zu melden. Der Zugriff auf die Informationen über die gemeldeten Stellen wird dann für eine befristete Zeit auf Personen beschränkt, die bei der öffentlichen Arbeitsvermittlung in der Schweiz angemeldet sind. Damit soll den sich bereits auf dem schweizerischen Arbeitsmarkt befindlichen Personen eine bessere Ausgangslage für die Stellensuche geboten werden. Die Maßnahme hat zu einem erheblichen administrativen Aufwand geführt, der selbstverständlich neue Stellen schuf. Ob die Maßnahme allerdings irgendeine relevante Auswirkung auf den Arbeitsmarkt hat, ist bis jetzt vollständig offen. Zudem hat sie zur Folge, dass Arbeitnehmer, die in einem der Meldepflicht unterliegenden Wirtschaftszweige eine Anstellung haben, aber einen Stellenwechsel beabsichtigen, die Informationen bezüglich offener Stellen nicht erhalten. Sie können sich ja nicht bei der staatlichen Stellenvermittlung melden, weil sie in ungekündigter Stellung stehen.

Trotz diesen politischen Verwerfungen blieb für Arbeitnehmer aus Europa die Rechtslage unverändert: Sie brauchen zwar grundsätzlich sowohl eine Aufenthalts- wie auch eine Arbeitsbewilligung für eine Erwerbstätigkeit in der Schweiz. Sie haben aber auch einen Anspruch auf diese Bewilligungen, unabhängig von der Anzahl der Ausländer in der Schweiz. Es besteht für sie keine Kontingentierung. Inzwischen steht allerdings eine weitere Volksinitiative zur Abstimmung an, welche die Kündigung der Bilateralen Verträge mit der EU fordert.

Es können folgende Bewilligungen unterschieden werden:<sup>23</sup>

- **Aufenthaltsbewilligung (B-EU/EFTA):** Die Aufenthaltsbewilligung ist fünf Jahre gültig. Sie wird nach Vorlage eines Arbeitsvertrages mit einer Dauer von mindestens einem Jahr oder unbefristet erteilt.
- **Kurzaufenthaltsbewilligung (L-EU/EFTA):** Wird auf Vorlage eines Arbeitsvertrages mit einer Dauer von drei Monaten bis zu einem Jahr erteilt. Arbeitsverhältnisse unter drei Monaten im Kalenderjahr bedürfen für EU-25-Angehörige keiner Bewilligung, sondern sind über das sog. Meldeverfahren zu regeln. Die Gültigkeit der Bewilligung entspricht der Dauer des Arbeitsvertrages. Es besteht die Möglichkeit der Erneuerung und Verlängerung der Bewilligung, ohne dabei das Land verlassen zu müssen. Es besteht ein Recht auf geografische und berufliche Mobilität.

- **Grenzgängerbewilligung (G-EU/EFTA):** Es handelt sich nicht um eine eigentliche Bewilligung, sondern bloß um eine Bescheinigung.<sup>24</sup> Sie ist auf die Dauer des Arbeitsvertrages beschränkt, wenn der Arbeitsvertrag eine Gültigkeit von drei bis zwölf Monaten hat. Auf Vorlage eines Arbeitsvertrages mit einer Dauer von zwölf Monaten oder mehr (oder unbefristet) ist die Grenzgängerbewilligung fünf Jahre gültig. Die Grenzgänger müssen nur noch einmal pro Woche an ihren ausländischen Wohnort zurückkehren.
- **Niederlassungsbewilligung (C-EU/EFTA):** Bürger der EU-17-Staaten (außer Malta und Zypern) und der EFTA erhalten aufgrund von Niederlassungsverträgen oder aus Gegenrechtsüberlegungen nach einem ordnungsgemässen und ununterbrochenen Aufenthalt von fünf Jahren die Niederlassungsbewilligung. Für Malta, Zypern, die EU-8-Staaten, Rumänien und Bulgarien bestehen keine derartigen Vereinbarungen. Das Aufenthaltsrecht ist unbeschränkt und darf nicht an Bedingungen geknüpft werden. Bei EU/EFTA-Angehörigen richtet sich die Erteilung der Niederlassungsbewilligung nach den Bestimmungen des schweizerischen Ausländergesetzes und der Niederlassungsvereinbarungen. Das Freizügigkeitsabkommen mit der EU enthält keine Bestimmungen über die Niederlassungsbewilligung.

## 2. Diskriminierungsverbot

Das FZA bezweckt es europäischen Arbeitnehmern in der Schweiz die gleichen Lebens-, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen zu garantieren wie den Inländern.<sup>25</sup> Art. 2 FZA verbietet deshalb, Staatsangehörige einer Vertragspartei, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei aufhalten, bei der Anwendung des Abkommens zu diskriminieren. Dieses Diskriminierungsverbot wird bezüglich der Arbeitnehmer in den Art. 7 lit. a und b FZA und Art. 9 Anhang I FZA zu einem eigentlichen Inländergleichbehandlungsgebot verstärkt.<sup>26</sup>

<sup>23</sup> Vgl. Dokumentation unter [https://www.bfm.admin.ch/bfm/de/home/themen/aufenthalt/eu\\_efta.html](https://www.bfm.admin.ch/bfm/de/home/themen/aufenthalt/eu_efta.html) (16.4.2020); sowie: [https://www.bfm.admin.ch/bfm/de/home/themen/fza\\_schweiz-eu-efta/eu-efta\\_buerger\\_schweiz/factsheets.html](https://www.bfm.admin.ch/bfm/de/home/themen/fza_schweiz-eu-efta/eu-efta_buerger_schweiz/factsheets.html) (16.4.2020).

<sup>24</sup> Art. 7 Abs. 2 Anhang I FZA.

<sup>25</sup> Art. 1 lit. d FZA.

<sup>26</sup> *Pärli*, Stämpfli's Handkommentar Entsendegesetz, Bern 2018, Einl. N. 6.

### a) Minimale Arbeitsbedingungen

Das hat weitreichende Konsequenzen. Bei der Anstellung eines europäischen Ausländers dürfen nur jene Vertrags-schranken gelten, die auch für die Einstellung eines schweizerischen Arbeitnehmers gelten. Das schweizerische Arbeitsrecht ist sehr liberal. Das muss folglich auch gelten, wenn ein Europäer angestellt wird. Salopp ausgedrückt: Die Gleichbehandlung gebietet es, dass ein Europäer sich ebenso durch schlechte Arbeitsbedingungen ausbeuten lassen darf wie ein Schweizer.

Anders als bei Arbeitnehmern, die nicht aus dem EU/EFTA-Raum stammen, besteht keine Verpflichtung, branchenübliche Arbeitsbedingungen zu bieten. Es müssen nur die zwingenden arbeitsrechtlichen Minimalbedingungen eingehalten werden. Auch ein Schweizer darf sich mit schlechteren als den üblichen Arbeitsbedingungen anstellen lassen. Das muss folglich auch für einen EU/EFTA-Bürger gelten. Welche Regeln zwingend sind, ergibt sich in erster Linie aus dem Gesetz. Es besteht insbesondere ein komplexes Regelwerk bezüglich maximal zulässiger Arbeitszeiten und deren Verteilung über die Woche. Zudem bestehen Vorschriften bezüglich Ferien, Freizeit, der Lohnsicherung, Spesen etc. Demgegenüber kennt die Schweiz grundsätzlich keinen staatlichen Mindestlohn. Vielmehr können die Parteien des Einzelarbeitsvertrages diesen weitgehend beliebig und damit auch beliebig tief festsetzen. Allerdings enthalten Tarifverträge – sogenannte Gesamtarbeitsverträge (GAV) – unter Umständen verbindliche Mindestlohnvorschriften. Zweck der GAV ist es, den Arbeitnehmern über den gesetzlichen Minimalstandard hinausgehende Arbeitsbedingungen zu sichern. Sie enthalten zu diesem Zweck sogenannte normative Bestimmungen, welche dann den Mindeststandard für die Einzelarbeitsverträge darstellen. Nach schweizerischem Recht gelten diese normativen Bestimmungen aber nur für die beteiligten Arbeitgeberinnen und beteiligten Arbeitnehmer.<sup>27</sup> Als Beteiligte sind jene Personen anzusehen, welche Mitglieder eines den GAV abschließenden Verbandes – oder selbst Vertragspartei des GAV – sind. Der GAV hat deshalb grundsätzlich nur Gültigkeit für die Arbeitsverhältnisse der Gewerkschaftsmitglieder, welche bei einem Mitglied des Arbeitgeberverbandes angestellt sind. Er gilt nicht, wenn entweder die Arbeitgeberin nicht Verbandsmitglied oder der Arbeitnehmer nicht Gewerkschaftsmitglied ist. Anders als in ausländischen Rechtsordnungen kennt die Schweiz keine Fernwirkung, dh. die Ausdehnung

des Geltungsbereiches tritt nicht von Gesetzes wegen ein. Für die Arbeitsverhältnisse solcher Arbeitgeber, die nicht selbst am GAV beteiligt sind, entfaltet dieser keine normative Wirkung. Solche Bestimmungen können unter gewissen Umständen aber dennoch Einfluss auf die Arbeitsverhältnisse haben und Bestandteil derselben werden.

Das Gesetz sieht gewisse Möglichkeiten vor, wie die normative Wirkung eines GAV auch auf Arbeitsverhältnisse ausgedehnt werden kann, bei denen entweder die Arbeitgeberin oder der Arbeitnehmer (oder beide) nicht Mitglied der vertragsschließenden GAV-Parteien sind. Es sind dies: der nachträgliche Beitritt, der formelle Anschluss, ausdehnende Klauseln, die Unterstellungserklärung und einzelvertragliche Abreden.<sup>28</sup> Die meisten dieser Rechtsinstitute sind ausschliesslich dem Privatrecht zuzuordnen und schränken die Vertragsfreiheit nicht ein, sondern erweitern diese viel mehr, weil sie es den Parteien des Einzelarbeitsvertrages ermöglichen, die Wirkungen des GAV auf ihr Rechtsverhältnis auszudehnen, ohne einem Verband beitreten zu müssen. Die Verbände können im GAV diese Möglichkeiten in beschränktem Rahmen erweitern oder einschränken. Sie können insbesondere vorsehen, dass Arbeitgeberinnen und Arbeitnehmer, die sich dem GAV unterstellen wollen, sogenannte Solidaritätsbeiträge bezahlen müssen. Die Nicht- oder Andersorganisierten sollen auf diese Weise Abgaben zur Deckung der Kontroll- und Vollzugskosten, aber auch als Vorteilsausgleich für den Genuss der günstigeren Arbeitsbedingungen leisten. Die Höhe solcher Solidaritätsbeiträge ist begrenzt, da sie nicht zu einem indirekten Verbandszwang führen dürfen. Ein Anschluss mit Solidaritätsbeitrag kommt relativ häufig vor. Technisch wird dann in der Regel so vorgegangen, dass die Arbeitgeberin die entsprechenden Beträge direkt vom Lohn der einzelnen Mitarbeitenden abzieht und sie zusammen mit den eigenen Beiträgen auf ein Konto, welches Gewerkschaft und Arbeitgeberverband gemeinsam verwalten, einbezahlt. Die im Tarifvertrag festgelegten minimalen Arbeitsbedingungen müssen dann auch im durch diese Maßnahmen erweiterten Anwendungsbereich wie Gesetznormen eingehalten werden. Sie gelten im erweiterten Anwendungsbereich – aber nur in diesem – folglich auch für Anstellungen von europäischen Ausländern.

<sup>27</sup> Art. 356 Abs. 1, 356b Abs. 1 OR.

<sup>28</sup> Geiser/Müller/Pärli, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2019, Rn. 838 ff.

Eine hoheitliche Erweiterung des persönlichen Geltungsbereiches ist sodann durch die Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) möglich.<sup>29</sup> Die AVE von GAV bewirkt die Ausdehnung des persönlichen Geltungsbereiches auf alle Arbeitnehmer und -geber des Berufes oder des Wirtschaftszweiges, unabhängig davon, ob sie Verbandsmitglied sind oder nicht. Sie erfolgt auf Antrag aller Vertragsparteien durch behördlichen Akt, der gegenüber den Antragstellern ein Verwaltungsakt und gegenüber den Aussenseitern eine Rechtsverordnung darstellt. Zuständige Behörde ist der Bundesrat (Regierung), falls sich der GAV über mehrere Kantone erstreckt, bzw. eine kantonale Behörde mit Genehmigung des Bundesrates, wenn der GAV nur für das Gebiet eines Kantons Geltung beansprucht. Sie erfolgt in der Regel nur für einen Teil der Bestimmungen des GAV<sup>30</sup>. In den letzten Jahren hat die AVE erheblich an Bedeutung gewonnen.<sup>31</sup>

Wird der Tarifvertrag allgemeinverbindlich erklärt, so kommen die entsprechenden Bestimmungen wie ein zwingendes Gesetz auf alle in den sachlichen Anwendungsbereich des GAV fallenden Arbeitsverhältnisse zur Anwendung. Die Parteien des Einzelarbeitsvertrages können nur – aber immerhin – zu Gunsten des Arbeitnehmers von den entsprechenden Bestimmungen abweichen. Es kann im Einzelfall erhebliche Schwierigkeiten bereiten festzustellen, ob die individuelle Vereinbarung tatsächlich für den Arbeitnehmer günstiger ist oder nicht. Was günstiger ist, ist nach einem objektiven Massstab zu bestimmen, dh. es gilt, was ein vernünftiger Arbeitnehmer als günstiger betrachten würde. Dabei wird der sogenannte Gruppenvergleich<sup>32</sup> von Lehre und Rechtsprechung<sup>33</sup> als geeignetste Vergleichsmethode anerkannt. Mit dem Gruppenvergleich werden eng zusammenhängende Bestimmungen des GAV mit den entsprechenden Regelungen im Einzelarbeitsvertrag verglichen<sup>34</sup>.

Die AVE hat zwei Nebenwirkungen, welche ihre Beliebtheit im Zusammenhang mit der Öffnung des Arbeitsmarktes nach Europa erklären. Gemäß dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers müssen die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages auch von einem Personalverleihunternehmen eingehalten werden, welches Arbeitnehmer einem Betrieb verleiht, der dem GAV untersteht.<sup>35</sup> Damit gelten die entsprechenden Bestimmungen für alle Arbeitnehmer im entsprechenden Bereich. Darauf gründet die zweite und im vorliegenden

Zusammenhang zentrale Nebenwirkung: Weil die allgemeinverbindlich erklärten normativen Bestimmungen wie zwingende gesetzliche Bestimmungen wirken, sind sie auch gegenüber Arbeitnehmern aus dem europäischen Ausland einzuhalten. Überdies können sie auch gegenüber Arbeitgebern aus dem europäischen Ausland durchgesetzt werden, welche ihre Arbeitnehmer in die Schweiz entsenden. Sie sind nach den Regeln des Entsendegesetzes einzuhalten.<sup>36</sup>

In den Tarifverträgen wird meistens auch die Durchsetzung geregelt. Die wichtigste Art der Durchsetzung ist die Geltendmachung der Ansprüche durch den Arbeitnehmer auf dem Zivilprozessweg. Aus dem GAV selber ergibt sich von Gesetzes wegen ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Leistung. In einem zwischen Verbänden geschlossenen GAV können die Vertragsparteien zudem vereinbaren, dass ihnen gemeinsam ein Anspruch auf Einhaltung des Vertrages gegenüber den einzelnen Arbeitgeberinnen und Arbeitnehmern zusteht<sup>37</sup>. Diesfalls können die Verbände auf Feststellung klagen, dass beispielsweise eine Arbeitgeberin zu wenig Lohn bezahlt hat. Im GAV kann auch eine Konventionalstrafe vereinbart werden, die dann von den Verbänden gemeinsam bei der Arbeitgeberin eingefordert werden kann. Demgegenüber steht den Verbänden kein Anspruch zu, den zu wenig bezahlten Lohn einzuklagen. Zur Leistungsklage ist nur der einzelne Arbeitnehmer legitimiert.

## b) Anspruch auf Gleichbehandlung

Das Diskriminierungsverbot sorgt aber nicht nur für die Einhaltung der minimalen Anstellungsbedingungen. Es geht vielmehr im Sinne eines Gleichbehandlungsgebotes

29 Geiser/Müller/Pärli, Arbeitsrecht in der Schweiz (Fn. 28), Rn. 846f.

30 Geiser/Müller/Pärli, Arbeitsrecht in der Schweiz (Fn. 28), Rn. 846ff.

31 Geiser/Müller/Pärli, Arbeitsrecht in der Schweiz (Fn. 28), Rn. 847.

32 Dh. der Vergleich von eng zusammengehörenden Bestimmungen des GAV und des Einzelarbeitsvertrages.

33 BGer, 21.3.1990 – BGE 116 II 153; BGer, 6.6.2012 – 4A\_629/2011; vgl. Vischer/Müller, Der Arbeitsvertrag, 4. Aufl., Basel 2014, S.466, die sich für den sog. Gruppenvergleich, aber gegen den Gesamtvergleich ausspricht.

34 BGer, 6.6.2012 – 4A\_629/2011.

35 Art. 20 Abs. 1 Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG) v. 6.10.1989 (SR 823.11).

36 Art. 2 Bundesgesetz über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Maßnahmen (Bundesgesetz über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer) v. 8.10.1999 (SR 8223.20).

37 Art. 357b OR.

weiter: Ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger einer Vertragspartei ist, darf auf Grund seiner Staatsangehörigkeit im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, insbesondere im Hinblick auf Entlohnung, Kündigung und, falls er arbeitslos geworden ist, im Hinblick auf berufliche Wiedereingliederung oder Wiedereinstellung nicht anders behandelt werden als die inländischen Arbeitnehmer.<sup>38</sup> Nicht vollständig geklärt ist die Frage, ob diese Bestimmung nur die Vertragsparteien des FZA trifft oder ob sie self-executing ist und sich der einzelne Arbeitnehmer auch in seinem vertraglichen Verhältnis zur Arbeitgeberin darauf berufen kann. Während sich die Lehre klar für die direkte Anwendbarkeit ausspricht,<sup>39</sup> ist die höchstrichterliche Rechtsprechung schwankend. Während das Bundesgericht in mehreren Entscheiden ohne weiteres von einer direkten Anwendbarkeit ausgegangen ist,<sup>40</sup> hat es in einem neusten Entscheid die Frage offengelassen.<sup>41</sup>

Die Frage ist immer wieder von großer praktischer Bedeutung, weil Unternehmen namentlich – aber nicht nur – nach der massiven Aufwertung des Schweizer Frankens im Januar 2015 dazu übergehen wollten, Grenzgänger nur noch in Euro zu bezahlen. Gemäß Art. 323b Abs. 1 OR ist der Geldlohn dem Arbeitnehmer in gesetzlicher Währung während der Arbeitszeit auszubezahlen, sofern nichts anderes vereinbart oder üblich ist. Entsprechend ist der Lohn grundsätzlich in Schweizer Franken zu bezahlen. Nach schweizerischem Recht sind Geldschulden allerdings Bringschulden.<sup>42</sup> Von daher lässt es sich vertreten, dass Grenzgängern der Lohn in Euro ausbezahlt wird, weil dieser am Erfüllungsort die gesetzliche Währung ist. Unabhängig vom Erfüllungsort können sich zudem die Parteien sehr wohl auf eine ausländische Währung einigen, was namentlich Sinn ergeben kann, wenn beim Arbeitnehmer wesentliche Teile seiner Lebenskosten in einer anderen Währung anfallen. Darum ging es in den fraglichen Fällen aber gar nicht. Vielmehr wollten die Arbeitgeber die Grenzgänger in Euro gemäß einem Wechselkurs vor der Aufwertung des Schweizer Frankens bezahlen. Sie wollten den Grenzgängern schlicht einen tieferen Lohn bezahlen als den in der Schweiz wohnenden Angestellten. Das widerspricht dem sich aus den genannten Bestimmungen des FZA ergebenden Gleichbehandlungsgebot. Daraus ergibt sich, dass Grenzgänger, die in der Schweiz arbei-

ten, nicht zu schlechteren Arbeitsbedingungen angestellt werden dürfen als Schweizer. Entsprechend ist eine solche Ungleichbehandlung unzulässig, wie das Kantonsgericht Basel-Landschaft mit Entscheid vom 17. Dezember 2012 festgestellt hat.<sup>43</sup>

Das Bundesgericht hatte nun allerdings in zwei Fällen die entsprechenden Klagen, in denen Grenzgänger mit entsprechenden Lohnvereinbarungen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Diskriminierung geltend machten und entsprechende Beträge für die letzten Jahre nachforderten, abgelehnt, allerdings ohne die Zulässigkeit solcher Vereinbarungen zu prüfen. Das Bundesgericht begründete seinen Entscheid vielmehr damit, dass das Vorgehen der Arbeitnehmer rechtsmissbräuchlich sei und deshalb keinen Rechtsschutz verdiene. Die Kläger hätten in Kenntnis der Sachlage und der entsprechenden Rechtsnormen den tieferen Lohn akzeptiert und es sei folglich ein treuwidriges Verhalten, wenn sie nun nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses darauf zurückkämen.<sup>44</sup> Mit dieser Argumentation begibt sich das Bundesgericht allerdings auf einen gefährlichen Weg und läuft Gefahr in Widerspruch zu seiner eigenen Rechtsprechung zu geraten. Es ist im Arbeitsrecht häufig, dass Arbeitnehmer ihre Rechte erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend machen. Wenn ein Arbeitnehmer mit der Arbeitgeberin vereinbart, dass das Feri-

38 Art. 9 Abs. 1 Anhang I zum FZA.

39 *Junghanss*, in: Pärli/Baumgartner/Demir/Junghanss/Licci/Uebe (Hrsg.), *Arbeitsrecht im internationalen Kontext*, Zürich/St. Gallen 2017 (im Folgenden: *Pärli/Baumgartner/Demir/Junghanss/Licci/Uebe*, *Arbeitsrecht im internationalen Kontext*), Rn. 1183.

40 BGer, 26.9.2005 – I 728/04 – BGE 131 V 397f., E. 5.2; BGer, 19.4.2007 – I 816/06 – BGE 133 V 322f., E. 3; BGer, 13.1.2012 – 2C\_842/2010 – BGE 138 II 47, E. 3.1.; BGer, 2.2.2006 – I 582/04 – BGE 132 V 190, E. 5.; BGer, 26.8.2014 – 9C\_254/2014 – BGE 140 V 392, E. 4.2.; BGer, 7.5.2019 – 8C\_660/2018 – BGE 145 V 238, 6.4.

41 BGer, 15.1.2019 – 4A\_215/2017, 4A\_230/2018.

42 Art. 74 Abs. 1 Ziff. 1 OR.

43 Das Kantonsgericht Basel-Landschaft sowie seine Vorinstanz haben erwo-gen, dass die Arbeitgeberin bei der Kürzung des Lohnes ihrer Arbeitnehmer nicht an deren ausländischen Wohnsitz anknüpfen darf. Tiefere Lebenshaltungskosten im Ausland stellen keinen sachlichen Rechtfertigungsgrund für eine Lohnreduktion dar. Eine diesbezügliche GAV-Bestimmung wird durch das FZA verdrängt und ist nicht anwendbar. Der Wechselkurs Euro – Schweizer Franken gehört zum Betriebsrisiko, welches nicht auf die Arbeitnehmer überwält werden darf. Mangels Rechtfertigungsgrund stellte deshalb die an den Arbeitnehmer gerichtete Offerte zur Vertragsanpassung mit tieferem Lohn eine unzulässige Diskriminierung gemäß Art. 2 FZA iVm. Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA dar (Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, 17.12.2012 – 400 12 152); vgl. auch *Geiser/Müller/Pärli*, *Arbeitsrecht in der Schweiz* (Fn. 28), Rn. 391d.

44 BGer, 15.1.2019 – 4A\_215/2017, 4A\_230/2018.

engeld im laufenden Lohn eingeschlossen ist, jedoch die von der Rechtsprechung für die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung aufgestellten Voraussetzungen nicht erfüllt sind, schützt das Bundesgericht die nachfolgende Klage auf Ferienlohn und verwirft ausdrücklich den Einwand des Rechtsmissbrauchs.<sup>45</sup> Eine nach Art. 2 Abs. 2 ZGB rechtsmissbräuchliche Geltendmachung eines Rechts liegt unter anderem vor, wenn sie im Widerspruch zu einem früheren Verhalten steht und dadurch erweckte berechnete Erwartungen enttäuscht. Soweit es aber um den Widerspruch zwischen der Zustimmung zu einer Vereinbarung und der nachträglichen Geltendmachung ihrer Ungültigkeit wegen Verstoßes gegen zwingendes Recht geht, darf Rechtsmissbrauch nur angenommen werden, wenn zusätzliche besondere Umstände gegeben sind. Andernfalls würde der Zweck zwingenden Rechts vereitelt. Dieses will eine Partei vor sich selbst schützen. Solche Umstände können gemäß Bundesgericht insbesondere vorliegen, wenn die Partei sich auf zwingendes Recht beruft, welche die dagegen verstößende Vereinbarung in eigenem Interesse und in Kenntnis ihrer Unzulässigkeit selber vorgeschlagen und damit beim Rechtsanwerb unredlich gehandelt hat oder wenn mit der Geltendmachung der Nichtigkeit der Vereinbarung so lange zugewartet wurde, dass die Gegenpartei deshalb ihre Interessen nicht wahrnehmen konnte.<sup>46</sup> Rechtsmissbrauch darf nur auf Grund der Besonderheiten des Einzelfalles angenommen werden. Er dient als korrigierender »Notbehelf«, um krasses Unrecht zu verhindern. Rechtsmissbrauch ist restriktiv anzunehmen. Der Widerspruch zu früherem Verhalten kann nur dann als Verstoß gegen Treu und Glauben einen Rechtsmissbrauch begründen, wenn dieses Verhalten ein schutzwürdiges Vertrauen begründet hat, das durch die neuen Handlungen enttäuscht wird. Einen Grundsatz der Gebundenheit an das eigene Handeln gibt es nicht.<sup>47</sup> Auch mit diesen Einschränkungen bedeutet der genannte Entscheid des Bundesgerichts zum Lohn in Euro wohl, dass auch bei Lohndiskriminierungen nach dem Gleichstellungsgesetz<sup>48</sup> der Lohn wegen Rechtsmissbrauchs nicht mehr nachgefordert werden kann, wenn der Arbeitnehmer in Kenntnis der Diskriminierung mit dem tieferen Lohn einverstanden war und den diskriminierungsfreien Lohn erst Jahre später nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nachfordert.<sup>49</sup> Das ist freilich neu und wohl auch kaum wirklich gewollt.

### III. Europäische Arbeitnehmer in der Praxis

#### 1. Europäer mit Wohnsitz in der Schweiz als Arbeitnehmer

Auf Grund des FZA steht Europäern ein subjektives Recht auf Einreise, Aufenthalt und Zugang zu einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz zu.<sup>50</sup> Als Arbeitnehmer hat jeder Europäer Anspruch auf Aufenthalt in der Schweiz. Dabei hat immer wieder zu Diskussionen Anlass gegeben, wann jemand seine Arbeitnehmereigenschaft und damit sein Aufenthaltsrecht verliert, wenn er arbeitslos wird.<sup>51</sup> Das Bundesgericht entschied, dass eine Person, welche während 18 Monaten arbeitslos war und in dieser Zeit Arbeitslosenentschädigung und anschließend Sozialhilfe bezogen hat, nunmehr ihre Arbeitnehmereigenschaft verliert.<sup>52</sup> Selbstverständlich kann die Person diese Eigenschaft wieder erhalten bzw. nahtlos fortsetzen, wenn sie wieder eine Anstellung findet. Im Zusammenhang mit der Umsetzung des neuen Art. 121a BV hat der Gesetzgeber die Frage nun allerdings ausdrücklich geregelt. Der Zeitpunkt des Verlusts des Aufenthaltsrechts als Arbeitnehmer hängt von der bisherigen Dauer des Aufenthalts in der Schweiz und der Art der Aufenthaltsbewilligung ab. Verliert ein Arbeitnehmer aus Europa seine Stelle in der Schweiz unfreiwillig, so erlischt sein Aufenthaltsrecht grundsätzlich nach sechs Monaten. Erhält er aber dann noch Arbeitslosenentschädigung, berechtigt ihn dies zum weiteren Aufenthalt in der Schweiz. Hat der Aufenthalt vor dem Verlust der Arbeitsstelle mehr als ein Jahr gedauert, so beginnt die Frist von sechs Monaten erst mit dem Ende des Bezugs von Arbeitslosengeldern.<sup>53</sup>

45 BGer, 19.3.2018 – 4A\_561/2017, E. 4.

46 BGer, 22.8.2018 – 4A\_389/2018, E. 3.1.; vgl. auch BGer, 25.6.2003 – 4C.72/2003 – BGE 129 III 497 f. E. 5.1.

47 BGer, 22.8.2018 – 4A\_389/2018, E. 3.1.; BGer, 20.10.2017 – 4A\_208/2017 – BGE 143 III 666 E. 4.2.

48 Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GlG) v. 24.3.1995 (SR 151.1).

49 Vgl. Geiser, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU, Zürich/St. Gallen 2019, S. 196 ff.

50 Art. 3f. FZA; Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser-Klaus, Ausländerrecht (Fn. 14), Rn. 17.46.

51 Vgl. dazu: Pärli/Baumgartner/Demir/Junghanss/Licci/Uebe-Junghanss, Arbeitsrecht im internationalen Kontext (Fn. 39), Rn. 1169 ff.

52 BGer, 10.4.2014 – 2C\_390/2013, E. 4.3.

53 Art. 61a AIG.

Dauert die Anstellung weniger als drei Monate, bedarf der Arbeitnehmer aus Europa keiner Aufenthaltsbewilligung; die Arbeitgeberin hat den Arbeitseinsatz nur zu melden. Ist eine Anstellung von mehr als drei Monaten vorgesehen, werden aber zwölf Monate nicht überschritten, ist eine Kurzaufenthaltsbewilligung (L-EU/EFTA) zu beantragen. Ist eine Anstellung von mindestens einem Jahr oder unbefristet vorgesehen, so bedarf der Arbeitnehmer einer Aufenthaltsbewilligung (B-EU/EFTA). Wenn die entsprechenden Voraussetzungen nach dem AIG gegeben sind, kann selbstverständlich auch eine Niederlassungsbewilligung (C-EU/EFTA) erteilt werden.

Bezüglich der Arbeitsbedingungen gelten für den aus Europa stammenden Arbeitnehmer die gleichen Regeln wie für einen schweizerischen Arbeitnehmer. Eine Besonderheit besteht allerdings darin, dass das schweizerische Arbeitsrecht kein allgemeines Gleichbehandlungsgebot kennt.<sup>54</sup> Nur einzelne Formen der Diskriminierung sind verboten. Von größter Bedeutung ist selbstverständlich das Verbot der Diskriminierung auf Grund des Geschlechts. Auf Grund von Art. 2 FZG, Art. 7 lit. a und b FZA sowie Art. 9 Anhang I FZA geniessen Arbeitnehmer aus Europa einen zusätzlichen Schutz vor Diskriminierung. Zu beachten ist allerdings, dass die prozessuale Ausgestaltung von Klagen auf Grund der Diskriminierung des Geschlechts und der Ausländerdiskriminierung sich stark unterscheiden. Während die sich auf das FZA und seine Anhang stützenden Forderungen in einem gewöhnlich arbeitsrechtlichen Zivilprozess geltend gemacht werden müssen, sieht das Gesetz im Bereich der Geschlechtsdiskriminierung besondere Regeln vor. Namentlich besteht hier eine wesentliche Beweiserleichterung, weil bezüglich der Aufgabenteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts vermutet wird, wenn diese von der betroffenen Person glaubhaft gemacht ist.<sup>55</sup> Zudem können Organisationen, die nach ihren Statuten die Gleichstellung von Frau und Mann fördern oder die Interessen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer wahren, im eigenen Namen wenigstens feststellen lassen,<sup>56</sup> dass eine Diskriminierung wegen des Geschlechts vorliegt, wenn der Ausgang des Verfahrens sich voraussichtlich auf eine größere Zahl von Arbeitsverhältnissen auswirken wird.<sup>57</sup> Diese Möglichkeit besteht nicht, wenn es um die Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit geht. Das kann zu Schwierigkeiten führen,

wenn im konkreten Fall nicht klar ist, ob der Lohnunterschied auf das Geschlecht oder die Staatsangehörigkeit zurückzuführen ist.

## 2. Grenzgänger aus Europa

Grundsätzlich sind Grenzgänger Personen, die im Ausland wohnen und in der Schweiz arbeiten, so dass sie täglich zweimal die Grenze passieren.<sup>58</sup> Im Gegensatz zu Angehörigen von Drittstaaten<sup>59</sup> können EU/EFTA-Bürger als Grenzgänger in der ganzen Schweiz arbeiten.<sup>60</sup> Sie brauchen auch nicht grenznahe zu wohnen. Das schränkt auch die Pflicht ein, täglich an den Wohnort zurückzukehren. Es genügt, dass sie wöchentlich an den Wohnort zurückkehren. Entsprechend definiert Art. 7 Abs. 1 FZA die Grenzgänger als Staatsangehörige einer Vertragspartei mit Wohnsitz im Hoheitsgebiet einer Vertragspartei, die eine Erwerbstätigkeit als Arbeitnehmer im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei ausüben und in der Regel täglich oder mindestens einmal in der Woche an seinen Wohnort zurückkehren.

Dem Freizügigkeitsrecht unterstehende Grenzgänger benötigen keine Aufenthaltserlaubnis. Sie erhalten jedoch eine Grenzgängerbescheinigung EU/EFTA, die aber nur deklaratorischen Charakter hat.<sup>61</sup>

Bezüglich der Arbeitsbedingungen ergeben sich für Grenzgänger keine Besonderheiten. Für sie gelten die zwingenden Bestimmungen des Arbeitsrechts wie für Schweizer und Schweizerinnen. Sie profitieren zudem wie Arbeitnehmer aus der EU mit Wohnsitz in der Schweiz vom Diskriminierungsverbot.<sup>62</sup> Besonderheiten ergeben sich allerdings mit Blick auf den Wohnsitz im Ausland bezüglich der Steuern. Sie unterliegen mit einer auf das Erwerbseinkommen beschränkten Steuerpflicht der Quel-

54 Vgl. dazu: Geiser, FS Rehbinder, 2002, S. 37 ff.

55 Art. 6 GlG.

56 Demgegenüber ist ihnen die Leistungsklage verwehrt.

57 Art. 7 GlG.

58 Portmann/von Kaenel-Suter, Fachhandbuch Arbeitsrecht (Fn. 8), Rn. 19.17.

59 Art. 25 AIG.

60 Art. 4 Abs. 3 Verordnung über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union und deren Mitgliedstaaten sowie unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation (Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs, VEP) v. 22.5.2002 (SR 142.203).

61 Art. 7 Abs. 2 Anhang I FZA.

62 Art. 2 FZA.

lensteuer.<sup>63</sup> Doppelbesteuerungsabkommen verhindern, dass dieses Einkommen zweimal besteuert wird.

Komplexer sind die Regeln bezüglich der sozialen Sicherheit. Aufgrund des FZA hat die Schweiz die Regeln über die Koordination der sozialen Sicherheit in der EU weitgehend übernommen.<sup>64</sup> Daraus folgen insbesondere der Grundsatz, dass jemand immer nur dem Sozialversicherungsrecht eines einzigen Landes untersteht, und das Beschäftigungslandprinzip.<sup>65</sup> Entsprechend unterstehen Europäer, welche als Grenzgänger in der Schweiz arbeiten, grundsätzlich dem schweizerischen Sozialversicherungsrecht.<sup>66</sup> Das trifft allerdings dann nicht zu, wenn der Grenzgänger gleichzeitig in seinem Wohnsitzstaat auch eine Erwerbstätigkeit ausübt und es sich dabei um einen wesentlichen Teil seiner Tätigkeit handelt.<sup>67</sup> Als wesentlich wird dabei eine Tätigkeit angesehen, wenn sie mehr als 20 % ausmacht. Entsprechend untersteht das ganze Arbeitsverhältnis sozialversicherungsrechtlich nicht mehr dem schweizerischen Recht, sondern jenem des Wohnsitzstaates, wenn der Grenzgänger mehr als einen Tag zu Hause arbeitet. Das verhindert bei Grenzgängern weitgehend Home-Office.

### 3. Entsandte Arbeitnehmer aus Europa

Die Schweiz hat mit der EU die Personenfreizügigkeit und über weite Bereiche auch den freien Güter- und Kapitalverkehr vereinbart. Demgegenüber besteht grundsätzlich keine allgemeine Freizügigkeit bezüglich Dienstleistungen. Indessen vermittelt das FZA ein zeitlich auf 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr beschränktes Recht auf die Erbringung von Dienstleistungen in der Schweiz durch Personen oder Unternehmen aus der EU und umgekehrt.<sup>68</sup> Möglich ist auch, dass auf Grund von anderen Staatsverträgen oder auch auf Grund schweizerischer Normen ein ausländisches Unternehmen Mitarbeiter in die Schweiz entsenden kann, um hier eine Dienstleistung zu erbringen. Als flankierende Maßnahme gegen eine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen in der Schweiz hat der Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Öffnung des Arbeitsmarktes die Entsendung von Arbeitnehmenden in die Schweiz normiert.<sup>69</sup> Das Gesetz regelt die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für die von ausländischen Arbeitgeberinnen in die Schweiz entsendeten Arbeitnehmer und die Kontrolle, ob diese Arbeitsbedingungen tatsächlich eingehalten werden.<sup>70</sup> Es verfolgt damit nicht nur die Interessen

der Arbeitnehmer sondern schützt in effizienter Weise die Unternehmen, namentlich das Gewerbe, vor der ausländischen Konkurrenz, weil diese nicht mit billigeren Arbeitskräften als die Schweizer Unternehmen in der Schweiz arbeiten darf und überdies gewisse zusätzliche administrative Hindernisse überwinden muss. Während ersteres ohne weiteres mit dem Europäischen Recht vereinbar ist, hat letzteres immer wieder zu Beschwerden von Seiten der EU geführt.

Die Entsendung von Arbeitnehmern kann dadurch erfolgen, dass eine Arbeitgeberin Arbeitnehmer in die Schweiz entsendet, entweder damit diese dort eine Arbeitsleistung erbringen oder dass sie die Arbeitnehmer in einer ausländischen Niederlassung oder einem Betrieb einsetzt, der zur Unternehmensgruppe der Arbeitgeberin gehört.<sup>71</sup> Nicht zulässig ist demgegenüber der Personalverleih aus dem Ausland in die Schweiz.<sup>72</sup>

Auf die Arbeitsverhältnisse von entsandten Arbeitnehmern wird nach dem Internationalen Privatrecht in der Regel nicht schweizerisches Recht, sondern jenes des Entsendestaates anwendbar sein.<sup>73</sup> Das Entsendegesetz bestimmt nun aber, dass unabhängig vom anwendbaren Recht für diese Arbeiten in der Schweiz die Mindestregeln für die schweizerischen Arbeitsverhältnisse gelten. Entsprechend sind nicht nur die zwingenden Arbeitnehmerschutzbestimmungen des Arbeitsgesetzes bezüglich Arbeitszeiten, Pausen etc. und die zwingenden Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts, sondern auch die weitergehenden Vorschriften von Tarifverträgen einzuhalten,

63 Art. 91 Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG) v. 14.12.1990 (SR 642.11).

64 VO (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, geändert durch VO (EG) Nr. 988/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.9.2009 (Abl. L 284 v. 30.10.2009, S. 43 ff.).

65 Portmann/von Kaenel-Kieser, Fachhandbuch Arbeitsrecht (Fn. 8), Rn. 14.11.

66 Art. 11 Abs. 1 VO (EG) 833/2004.

67 Art. 13 Abs. 1 lit. a VO (EG) 833/2004.

68 Art. 5 FZA.

69 Entsendegesetz (Fn. 5).

70 Art. 1 Abs. 1 EntsG.

71 Art. 1 Abs. 1 lit. a und b EntsG; Botschaft zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG v. 23.6.1999, BBl. 1999, 266 f.

72 Geiser/Müller/Pärli, Arbeitsrecht in der Schweiz (Fn. 28), Rn. 981. Der Vermittler muss im schweizerischen Handelsregister eingetragen sein (Art. 13 Abs. 1 lit. a Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG) v. 6.10.1989 (SR 823.11)).

73 Art. 117 Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) v. 18.12.1987 (SR 291).

sofern diese allgemeinverbindlich erklärt worden sind.<sup>74</sup> Allerdings gelten die Mindestvorschriften für die Entlohnung und die Ferien nicht, für die Montage oder den erstmaligen Einbau, wenn die Arbeiten weniger als acht Tage dauern und Bestandteil eines Warenlieferungsvertrages bilden oder für Arbeiten von geringem Umfang.<sup>75</sup> Als »geringer Umfang« gelten Arbeiten, wenn alle dafür in die Schweiz entsandten Arbeitnehmer zusammen nicht mehr als 15 Arbeitstage mit ihr beschäftigt sind.<sup>76</sup> Allerdings gelten diese Ausnahmen nicht für Arbeiten im Bereich des Baugewerbes sowie für das Hotellerie- und das Gastgewerbe.<sup>77</sup> In diesen Wirtschaftszweigen müssen die minimalen Arbeitsbedingungen nach schweizerischem Recht auch bei sehr kurzen Einsätzen eingehalten werden.

Aus dem europäischen Raum entsandte Arbeitnehmer bedürfen für die Einsätze von weniger als 90 Tagen keinerlei Aufenthaltsbewilligung. Die Einsätze müssen aber vorangemeldet werden, damit die zuständigen Kontrollorgane stichprobeweise die Einhaltung der minimalen Arbeitnehmerschutzvorschriften prüfen können. Die Anmeldung hat grundsätzlich acht Tage vor dem Einsatz zu erfolgen. Das Anmeldeverfahren ist zwar sehr einfach. Dennoch stellt diese Anmeldefrist für ausländische Unternehmen unter Umständen ein erhebliches Hindernis für die Erledigung kurzfristiger Aufträge dar.

#### IV. Folgerungen

Trotz politischen Schwierigkeiten ist es bis jetzt der Schweiz gelungen, die Personenfreizügigkeit gemäß den Verträgen mit der EU und ihren Mitgliedstaaten zu gewähren und den Arbeitsmarkt gegenüber Europa offen

zu halten. Flankierende Maßnahmen, wie das Entsendegesetz und die Erleichterung der AVE von Tarifverträgen sowie die Möglichkeit, sektoriell Mindestlöhne behördlich festzusetzen,<sup>78</sup> haben nicht nur zur Akzeptanz der Marktöffnung beigetragen, sondern wohl real verhindert, dass das Lohnniveau in der Schweiz ins Rutschen kam. Die Öffnung des Arbeitsmarktes hat die Schweiz aber auch vor einem massiven Mangel an Arbeitskräften bewahrt. Auch wenn es äußerst schwierig ist, die Wirkungen einer Marktöffnung genau zu bestimmen – jede Entwicklung hat mehrere Ursachen – hat sich die Personenfreizügigkeit als Erfolgsmodell erwiesen. Der rege Grenzverkehr und die zahlenmäßig große Präsenz von Deutschen, Österreichern, Italienern und Franzosen in der Schweiz zeigt auch, dass jedenfalls mit den Nachbarländern der Personenverkehr problemlos funktioniert. Der bürokratische Aufwand für die Anstellung eines Deutschen in der Schweiz hält sich in vertretbaren Grenzen. Nicht vollständig befriedigend ist die Koordination der Sozialversicherungen bei den Grenzgängern. Zudem verbleiben für die Erbringung von kurzfristigen Dienstleistungen in der Schweiz durch ausländische Unternehmen nach wie vor erhebliche Hürden.

74 Art. 2 EntsG. Das Gesetz und die Verordnung präzisieren genau, welche Normen zu beachten sind. Es liegt auf der Hand, dass das nicht für alle gelten kann, weil der Einsatz in der Schweiz ja nur teilweise erfolgt, neben der Arbeit im Ausland.

75 Art. 4 Abs. 1 EntsG.

76 Art. 3 Abs. 1 Verordnung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer v. 21.5.2003 (SR 832.201); vgl. *Pärli, Stämpfli* Handkommentar Entsendegesetz (Fn. 26), N. 10 zu Art. 4 EntsG.

77 Art. 4 Abs. 3 EntsG.

78 Sogenannte Normalarbeitsverträge mit Mindestlöhnen; Art. 360a ff. OR.

# Auswirkungen des digitalen Wandels auf die Arbeitswelt – Befunde aus der Arbeitsforschung jenseits von Mythen und Visionen

Dr. Marc Schietinger, Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf

## I. Einleitung

Die Digitalisierung und ihre Auswirkungen auf die Arbeitswelt sind in den letzten Jahren zu einem zentralen Thema in Wirtschaft und Gesellschaft geworden. Sehr schnell wurde deutlich, dass die mit dem Label der »Industrie 4.0« verbundenen Zukunfts- und Modernisierungsversprechen der Digitalisierung auch ihre negativen Seiten haben. Spätestens nach der Veröffentlichung der berühmt-berüchtigten »Osbourne und Frey«-Studie<sup>1</sup>, die massive Arbeitsplatzverluste durch die mit der Digitalisierung verbundene Automatisierung prognostizierte, werden mögliche Risiken breit diskutiert. Nicht selten prägen Mythen und vorschnelle Prognosen die Debatten. In der Regel werden die technischen Potenziale der digitalen Technologien in den Mittelpunkt gerückt und nicht deren tatsächliche Diffundierung und Umsetzung in Unternehmen.

Die Hans-Böckler-Stiftung hat daher in den letzten drei Jahren mehrere große empirische Forschungsprojekte in Auftrag gegeben, die einen Blick auf die betriebliche Realität werfen sollen.<sup>2</sup> Denn nur wenn aufgezeigt wird, wie die Digitalisierung in Unternehmen tatsächlich vonstattengeht, kann herausgearbeitet werden, wo Beschäftigte und ihre Interessenvertretungen ansetzen können und welche Regelungen bzw. Regulierungen (auch in Gesetzen) notwendig sind.

Anhand der folgenden Leitfragen sollen die wichtigsten Erkenntnisse aus diesen Forschungen vorgestellt werden:

- Wie laufen Einführungsprozesse von neuen digitalen Technologien in den Betrieben ab?
- Welche Auswirkungen hat dies auf die Arbeitsorganisation?
- Was sind die Auswirkungen auf die Arbeitsbedingungen?
- Wie verändern sich benötigte Kompetenzen und Qualifizierungsanforderungen?
- Und welche Ansatzpunkte bieten sich für Betriebsräte, um die Digitalisierung im Sinne der Beschäftigten zu gestalten?

Hierbei handelt es sich um erste Befunde über Entwicklungspfade der Digitalisierung, die überwiegend in Industrieunternehmen erhoben wurden. In aller Regel handelt es sich um qualitative Forschungsansätze basierend auf Fallstudien in mehreren Dutzend Betrieben.<sup>3</sup>

## II. Einführungsprozesse von digitalen Technologien in Betrieben

Zunächst gilt anzumerken, dass digitale Technologien in Betrieben schon seit mehreren Jahrzehnten fester Bestandteil der Produktionssysteme sind. Wie Abbildung 1 veranschaulicht, finden sie sich in nahezu jedem Betrieb in Deutschland wieder.

Auch hat es in den letzten Jahrzehnten immer wieder arbeits- und technikoziologische Debatten gegeben, die sich um die Folgen der Einführung neuer (digitaler) Technologien drehen. Inwieweit die Einführung von neuen Industrie-4.0-Technologien tatsächlich revolutionäre Umbrüche nach sich zieht, bleibt umstritten. Nicht selten blenden diese Visionen organisationale und institutionelle Aspekte aus, wie zB. die betriebliche Arbeitsteilung, das Vorhandensein von Mitbestimmungsorganen in Betrieben oder bestehende Produktionssysteme.<sup>4</sup>

1 Frey/Osborne, The future of employment: How susceptible are jobs to computerisation?, Oxford 2013.

2 Vertiefende Informationen zu den Forschungsaktivitäten der Hans-Böckler-Stiftung sind abrufbar unter: <https://www.boeckler.de/de/digitalisierung-im-betrieb-2730.htm> und <https://www.boeckler.de/de/digitalisierung-in-branchen-18484.htm> (11.5.2020).

3 Vertiefende Analysen zu den Fragestellungen in Falkenberg/Haipeter/Krzywdzinski/Kuhlmann/Schietinger/Virgillito, Digitalisierung in Industriebetrieben. Auswirkungen auf Arbeit und Handlungsansätze für Betriebsräte. Hans-Böckler-Stiftung, Forschungsförderung Report Nr. 6, Düsseldorf 2020, abrufbar unter: [http://www.boeckler.de/pdf/p\\_fofoe\\_report\\_006\\_2020.pdf](http://www.boeckler.de/pdf/p_fofoe_report_006_2020.pdf) (16.4.2020).

4 Schietinger, AiB Extra 2015, 7 ff.

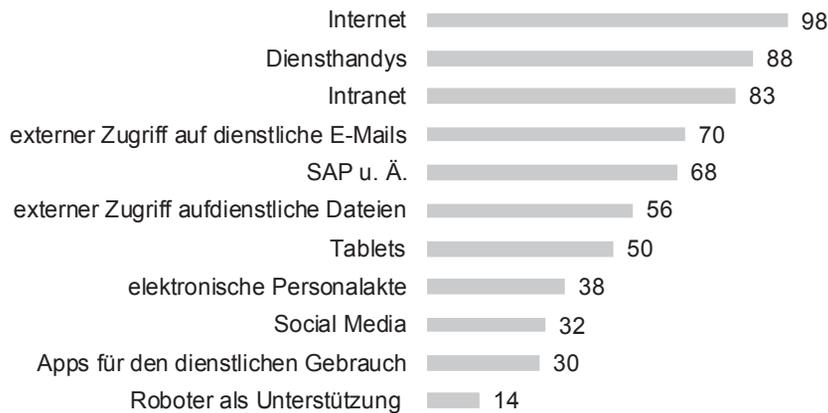


Abbildung 1: Verbreitung digitaler Technologien

Der nüchterne Blick in die Unternehmen zeigt nun, dass keineswegs von einer einheitlichen Technikentwicklung im Sinne »der« Industrie 4.0 gesprochen werden kann. Dies liegt zum einen daran, dass sich hinter diesem Begriff viele unterschiedliche Technologien verbergen. Dazu zählen zB. neue Software- und Steuerungssysteme genauso wie Leichtbauroboter oder der 3D-Druck. Zum anderen führen Unternehmen diese Technologien sehr unterschiedlich ein: Die einen nehmen nur punktuell Veränderungen vor, während andere übergreifende Strategien der digitalen Vernetzung und Integration verfolgen.<sup>5</sup> Hierbei gibt es auch erhebliche Unterschiede, ob es sich um Großbetriebe oder KMU handelt oder aus welchen Branchen die Betriebe stammen.

Vor allem in zwei Dimensionen der Digitalisierung werden viele der untersuchten Industriebetriebe aktiv: die Vernetzung von Daten und Informationsflüssen sowie die Automatisierung durch neue Maschinentechнологien. Bei der Vernetzung von Betriebsdaten versuchen Unternehmen ihre häufig in sogenannten »Silos« befindlichen Datenbestände zu integrieren. Ziel ist es, die Daten, die in den Bereichen Beschaffung, Planung, Produktion und Vertrieb entstehen, so zusammenzufassen, dass Schnittstellen reduziert werden. So sollen zB. Programme zur Arbeitsvorbereitung und -planung direkt an Maschinen geleitet werden oder entstehende Ersatzteilbedarfe in der Produktion ohne menschliche Beteiligung Bestellungen bei Zulieferern auslösen. In der Praxis zeigt sich allerdings, dass diese Form der Vernetzung sehr kleinteilig, mühsam und ressourcenintensiv ist. Auch bei etablierten und standardisierten Programmen wie etwa SAP müssen viele Schnittstellen zwischen den Datensilos bearbeitet werden

und nicht selten (aufwändige) Änderungen in der Arbeitsorganisation vorgenommen werden.

Bei der Automatisierung durch neue Maschinentechнологien sollen menschliche Tätigkeiten ganz oder teilweise technisch substituiert werden.<sup>6</sup> Maschinen und Systeme können Beschäftigten die nächsten Arbeitsschritte vorgeben bzw. steuern sich komplett selbst. Ein Blick in die untersuchten Betriebe zeigt, dass die Unternehmen noch weit weg davon sind, solche Technologien (flächendeckend) in ihrer Produktion einzusetzen. Vielmehr werden sie als Musterarbeitsplätze, Prototypen oder Insellösungen eingeführt. Auch dieser Schritt der Digitalisierung erweist sich als langwieriger und mühsamer als viele der Anbieter versprechen es zunächst suggerieren. Dementsprechend halten sich die Automatisierungsgewinne in Grenzen und es findet (noch) kein Beschäftigungsabbau in den Betrieben statt.

#### » Beschäftigungseffekte der Digitalisierung

Vor allem Prognosen zu Beschäftigungseffekten der Digitalisierung erreichen regelmäßig hohe öffentliche Aufmerksamkeit. In der Regel werden dort hohe Beschäftigungsverluste durch Automatisierungs- und Rationalisierungseffekte vorhergesagt. Wie zwei Metastudien im Auftrage der Hans-Böckler-Stiftung zeigen, basieren diese ökonomischen Prognosen nicht selten auf kritisierbaren Modellannahmen sowie realitätsfernen Annahmen, was die technologische Durchdringung von digitalen Technologien angeht. Es gibt inzwischen einige neuere Ansätze und Studien, die angepasste Modellparameter benutzen. Sie kommen

<sup>5</sup> Siehe Falkenberg/Haipeter/Krzywdzinski/Kuhlmann/Schietinger/Virgillito, Digitalisierung in Industriebetrieben (Fn. 3), S. 4 f.

<sup>6</sup> Siehe Falkenberg/Haipeter/Krzywdzinski/Kuhlmann/Schietinger/Virgillito, Digitalisierung in Industriebetrieben (Fn. 3), S. 5.

auf sehr viel geringere Substitutionseffekte durch digitale Technologien.<sup>7</sup>

Als Fazit lässt sich festhalten, dass Unternehmen sehr vorsichtig bei der Einführung digitaler Technologien vorgehen. Diese werden nur schrittweise und inkrementell eingeführt, große Eingriffe in die Arbeitsorganisation und bei den Produktionsprozessen werden vermieden. Dies ist vor dem Hintergrund der Komplexität der Veränderungen und der nicht selten noch unausgereiften technischen Lösungen nicht nur nachvollziehbar, sondern auch betriebswirtschaftlich rational.

Bei genauerer Analyse der Einführungsprozesse von digitalen Technologien in Unternehmen lassen sich typische Muster feststellen:<sup>8</sup> So kann man zB. recht weitgehende Strategie- und Umsetzungsdefizite konstatieren. Die Entscheidung, Prozesse zu digitalisieren, wird häufig vom Management top-down getroffen, ohne vorher ausreichend mit dem betroffenen Beschäftigten oder Betriebsräten zu kommunizieren. Dies stellt nicht nur die Akzeptanz der Beschäftigten in Frage, sondern die Kompetenzen der Beschäftigten als Experten ihrer Arbeit bleiben unberücksichtigt. Es zeigt sich immer wieder, dass auch die Management-Seite nur einen unvollständigen Überblick hat, welche Digitalisierungsprojekte in den Unternehmen laufen und wie hier sinnvolle Verknüpfungen herzustellen sind. Daher verlaufen solche Aktivitäten nicht selten im Sande oder dauern in ihrer Umsetzung viel länger als ursprünglich geplant.

### III. Auswirkungen auf Arbeit

Die Einführung von digitalen Technologien hat Folgen für das betriebliche Produktionssystem und die Arbeitsorganisation. Daraus abgeleitet können sich auch neue Anforderungen an Kompetenzen und Qualifikationsniveaus ergeben sowie Arbeitsbedingungen verändern. Bislang gibt es unterschiedliche Szenarien, wie sich Digitalisierung auf Arbeit auswirken kann.<sup>9</sup> Vielfach wird die Befürchtung geäußert, dass die Digitalisierung zu einer breiten Dequalifizierung von Arbeit beiträgt und gerade Beschäftigte mit mittleren Fachqualifikationen aus Betrieben verschwinden werden. Übrig bleiben dann hochqualifizierte Beschäftigte wie zB. IT-Experten und Ingenieure, die für die Steuerung der Systeme unerlässlich sind sowie

(wenige) unqualifizierte bzw. angeleitete Beschäftigte, die einfache Aufgaben übernehmen, bei denen sich eine weitere Automation betriebswirtschaftlich nicht lohnt. Dies wird in der Arbeitsforschung auch als Polarisierungsszenario bezeichnet.

Dem wird aus gewerkschaftlicher Perspektive ein Positivszenario gegenübergestellt.<sup>10</sup> Digitale Technologien werden genutzt, um ein Upgrading von Tätigkeiten und Qualifikationen zu erreichen. Hier steuern die Systeme nicht die Menschen im Arbeitsprozess, sondern die Technologien werden als ein »Werkzeug« eingesetzt, damit Beschäftigte produktiver arbeiten können und von belastenden bzw. eintönigen Tätigkeiten entlastet werden. Dies setzt allerdings voraus, dass die Beschäftigten ausreichend qualifiziert und an den Veränderungsprozessen von Anfang an substantiell beteiligt werden.

Es ist keineswegs ausgemacht, wohin sich digitalisierte Arbeit entwickeln wird. Beide Szenarien sind denkbar. Es wird vor allem auf die Gestaltungskompetenzen und -möglichkeiten der Betriebsräte und Gewerkschaften ankommen, damit Digitalisierung nicht zu Dequalifizierung von Arbeit und Entlassungen führt. Erste Blicke in die Praxis stimmen hier erst einmal optimistisch. In den Betriebsfallstudien der Forschungsprojekte finden sich keine Anzeichen für ein Polarisierungsszenario.<sup>11</sup> Es gibt zwar in den Betrieben durchaus auch Beispiele, dass Tätigkeiten durch digitale Technologien substituiert werden und einzelne Arbeitsplätze wegfallen. In den überwiegenden Fällen geben die Beschäftigten jedoch an, dass die Tätigkeitsanforderungen bei der Einführung von digitalen Technologien gestiegen sind. Auch Betriebsräte berichten von steigenden Qualifizierungsbedarfen. Gerade bei zunehmendem Technikeinsatz bleibt berufliches Fachwissen und langjährige berufspraktische Erfahrung

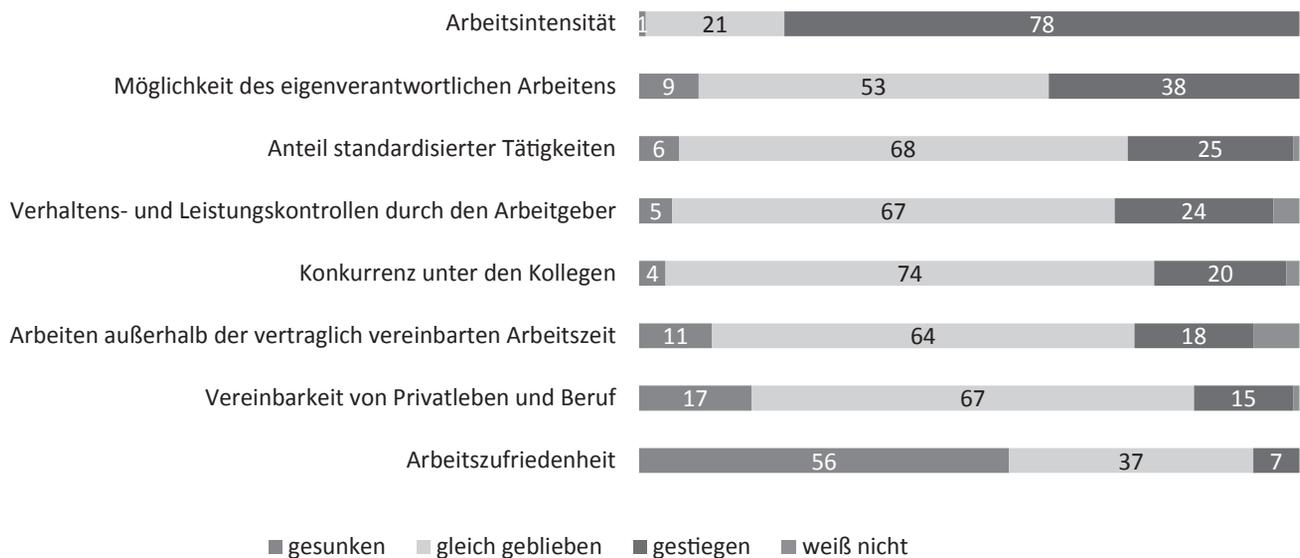
7 Weitere Informationen sind abrufbar unter: [https://www.boeckler.de/pdf/p\\_foefoe\\_WP\\_157\\_2019.pdf](https://www.boeckler.de/pdf/p_foefoe_WP_157_2019.pdf) und [https://www.boeckler.de/pdf/p\\_foefoe\\_WP\\_162\\_2019.pdf](https://www.boeckler.de/pdf/p_foefoe_WP_162_2019.pdf) (16.4.2020).

8 Siehe Falkenberg/Haipeter/Krzywdzinski/Kuhlmann/Schietinger/Virgillito, Digitalisierung in Industriebetrieben (Fn. 3), S. 14 f.

9 Ittermann/Niehaus, in: Hirsch-Kreinsen/Ittermann/Niehaus (Hrsg.), Digitalisierung industrieller Arbeit. Die Vision Industrie 4.0 und ihre sozialen Herausforderungen, 2. Aufl., Baden-Baden 2018.

10 IG Metall Bezirksleitung NRW (Hrsg.), Ganzheitlich zu Arbeit 4.0. Wege zur Mitgestaltung durch Beschäftigte und Betriebsräte, abrufbar unter: [https://www.arbeit2020.de/fileadmin/Arbeit2020/4.1\\_Broschueren/IG\\_Metall-Ganzheitlich\\_zu\\_Arbeit\\_4.0.pdf](https://www.arbeit2020.de/fileadmin/Arbeit2020/4.1_Broschueren/IG_Metall-Ganzheitlich_zu_Arbeit_4.0.pdf) (26.2.2020).

11 Falkenberg/Haipeter/Krzywdzinski/Kuhlmann/Schietinger/Virgillito, Digitalisierung in Industriebetrieben (Fn. 3), S. 7.

Abbildung 2: Veränderung von Arbeitsbedingungen bei der Einführung neuer digitaler Technologien<sup>12</sup>

gen unerlässlich, um die neuen digitalen Technologien effizient nutzen zu können. Es bleibt allerdings anzumerken, dass diese Befunde keine Entwarnung darstellen. Es besteht nach wie vor das Risiko, dass sich die Digitalisierung doch in Richtung von Polarisierung der Arbeitswelt und Entwertung von Arbeit entwickelt. Das hängt maßgeblich davon ab, welche Ausprägungen und Folgen die nächsten Digitalisierungswellen in den Unternehmen haben. Die Interessenvertretungen der Beschäftigten bleiben weiterhin aufgefordert, ihre Gestaltungsansprüche und -kompetenzen in diesen Transformationsprozess einzubringen.

Auch wenn in den Unternehmen tendenziell eher Upgrading-Prozesse feststellbar sind, bedeutet dies nicht, dass sich die Arbeitsbedingungen automatisch verbessern. Es kann sogar das Gegenteil festgestellt werden. Nicht nur in den erwähnten betrieblichen Fallstudien finden sich solche Befunde. Auch Umfragen unter Betriebsräten und Beschäftigten zeigen, dass in den letzten Jahren vor allem die Arbeitsintensität und der Stress zugenommen haben – und dies von den Betroffenen in direkten Zusammenhang mit der Einführung und Nutzung neuer digitaler Technologien gebracht wird.

Die Gründe dafür sind vielfältig.<sup>13</sup> In der Praxis zeigt sich häufig, dass die gemachten Versprechungen der Technikanbieter hinsichtlich Rationalisierung und Effizienz nicht wie versprochen eintreten. Erst langfristig und nur unter erheblichen zusätzlichen Aufwand der Beschäftigten stellen sich diese ein. Die Beschäftigten

werden bei der Ausgestaltung der Systeme eher selten und dann fast immer zu spät eingebunden. Häufig passen dann die neuen Systeme nicht zu Arbeitsabläufen bzw. fehlen wichtige Funktionalitäten etc. Zudem werden Beschäftigte in aller Regel nicht ausreichend für die neuen Technologien qualifiziert. Dies sorgt für zusätzliche Belastungen, ua. weil sich mühsam im »Learning-by-doing«-Modus mit den Funktionsweisen und Möglichkeiten der neuen Technologien vertraut gemacht werden muss.

Alles in allem können neue digitale Technologien auch »alte« arbeitspolitische Probleme in den Betrieben nicht auflösen, wie zB. der Kosten- und Zeitdruck, knappe Personalbemessungen, fehlende Fachkräfte usw. Es zeigt sich, dass die Digitalisierung nicht völlig neue Arbeitsbelastungen hervorbringt, sondern vielmehr bereits vorhandene arbeitspolitische Trends verstärkt. Neben der Leistungsintensivierung ermöglicht sie es, die Flexibilisierung von Arbeits- und Beschäftigungsformen sowie von Personal- und Arbeitseinsatzstrategien zu forcieren (zB. Plattformarbeit). Auch der Standardisierung und Formalisierung von Arbeitsabläufen in den administrativen Bereichen (zB. durch digitale Workflows) leistet die Digitalisierung Vorschub. Zudem sorgt die Digitalisierung für eine höhere Transparenz nicht nur in der industriellen Produktion,

<sup>12</sup> Ahlers, WSI Report Nr. 40, abrufbar unter: [https://www.boeckler.de/pdf/p\\_wsi\\_report\\_40\\_2018.pdf](https://www.boeckler.de/pdf/p_wsi_report_40_2018.pdf) (16.4.2020).

<sup>13</sup> Falkenberg/Haipeter/Krzywdzinski/Kuhlmann/Schietinger/Virgillito, Digitalisierung in Industriebetrieben (Fn. 3), S. 9.

sondern auch bei Dienstleistungsprozessen. Die Überwachung und Kontrolle der Arbeitsprozesse kann dadurch erheblich gesteigert werden, was wiederum zusätzlichen Stress für die Beschäftigten bedeutet.

#### IV. Gestaltungsmöglichkeiten von Betriebsräten

Die Untersuchungen zeigen, dass es keinen technikdeterminierten Entwicklungspfad für digitalisierte Arbeit gibt. Vielmehr bestimmen viele Faktoren, wie Arbeit zukünftig gestaltet wird. Dies ist ein zentraler Ansatzpunkt für Interessenvertretungen der Beschäftigten. Es ergibt sich ein Handlungsauftrag, die Entwicklung so zu beeinflussen, dass die Digitalisierung nicht nur Beschäftigung schafft, sondern auch zu guten Arbeitsbedingungen und Entwicklungschancen für Beschäftigte beiträgt. Die Betriebsräte bewegen sich dabei in einem Akteursfeld, das neben dem Management bzw. den Unternehmensleitungen auch Technikentwickler und IT-Experten aufweist.

So haben die betrieblichen Fallstudien in den von der Hans-Böckler-Stiftung geförderten Forschungsprojekten gezeigt, dass nicht nur die Beschäftigten verunsichert sind, wenn es um die Digitalisierung und ihre Folgen geht.<sup>14</sup> Auch dem Management ist häufig nicht klar, in welchen Bereichen Digitalisierungsbedarf besteht, welche digitalen Lösungen sinnvoll sind und in welcher Geschwindigkeit diese Prozesse vorangetrieben werden sollten. Während in vielen KMU noch abwartend reagiert wird, treiben Großunternehmen Erprobungen, Pilotversuche, Demofabriken etc. voran. Es herrscht nach wie vor ein hoher Diskussions- und Klärungsbedarf in den Führungsebenen der Unternehmen. Diese Situation bietet Betriebsräten eine sehr gute Gelegenheit mit der Managementseite ins Gespräch zu kommen.

Der zweiten Akteursgruppe der IT-Experten und Technikentwickler kommt im Zuge der Digitalisierung eine besonders wichtige Rolle zu. Diese Akteursgruppe stammt sowohl aus traditionellen IT- und Engineering-Firmen als auch aus Ausgründungen etablierter Unternehmen und Startups. Die dort entwickelten Lösungen und Produkte haben einen großen Einfluss auf die Arbeitsgestaltung. Allerdings – so die Befunde aus den Untersuchungen – haben die Software- und Technikent-

wickler kaum Erfahrungen mit Problemen und Anforderungen der Arbeitsgestaltung im Betrieb sowie mit den Institutionen und Praktiken der Mitbestimmung. Wie erste Untersuchungen zu sogenannten »Wearables« in der Produktion und der Logistik zeigen, werden diese Technologien von ihren Entwicklern ausschließlich als Mittel zur Rationalisierung von Arbeitsabläufen betrachtet. Menschliche Arbeitskräfte gelten als potentielle Fehlerquelle. Die Interessen der Beschäftigten stehen nur dann im Mittelpunkt, wenn es um das Thema Ergonomie geht.<sup>15</sup> Die Arbeitsorganisation und die innerbetriebliche Arbeitsteilung werden nicht als Ganzes ins Auge gefasst. Es wird auch selten reflektiert, was diese Technologien leisten müssten, damit nicht nur die Qualität der Arbeit verbessert wird, sondern auch die Leistungsfähigkeit der Arbeitsprozesse insgesamt. Dies liegt unter anderem daran, dass ein direkter und intensiver Kontakt zwischen den Technikentwicklern und Betriebsräten die Ausnahme ist. Technikentwickler lehnen diesen Kontakt gar nicht ab. Es sind vielmehr Kommunikationsstrukturen im Unternehmen schuld, bei denen die IT-Abteilung der wichtigste Ansprechpartner ist.

Hieran wird deutlich wie komplex und voraussetzungsvoll die Aufgabe von Betriebsräten bei der Gestaltung der Digitalisierung ist. Das Betriebsverfassungsgesetz bietet zwar gute Ansatzpunkte, jedoch müssen Betriebsräte ihren eigenen Weg finden, vor allem wenn es um die frühzeitige Einflussnahme im Vorfeld einer Technikeinführung geht.<sup>16</sup> Erste Analysen zeigen, dass Betriebsräte sehr unterschiedlich vorgehen. Es gibt sehr aktive Betriebsräte, die an Fragen der Unternehmensstrategie, Innovationen und Arbeitsgestaltung stark interessiert sind, und solche, die eher reaktiv agieren und sich eng am Rahmen des Betriebsverfassungsgesetzes sowie an den Aktivitäten des Managements orientieren. Diese Handlungsmuster hängen häufig mit der unterschiedlichen Ausstattung an Ressourcen und Kompetenzen der Betriebsräte ab. Gerade Betriebsräte aus großen Betrieben können auf Freistellungen, Fachreferenten, vorhan-

<sup>14</sup> Falkenberg/Haipeter/Krzywdzinski/Kuhlmann/Schietinger/Virgillito, Digitalisierung in Industriebetrieben (Fn. 3), S. 14.

<sup>15</sup> Falkenberg/Haipeter/Krzywdzinski/Kuhlmann/Schietinger/Virgillito, Digitalisierung in Industriebetrieben (Fn. 3), S. 16.

<sup>16</sup> Eine ausführliche Befassung mit dieser Thematik bietet: Haipeter, Interessenvertretung in der Industrie 4.0. Das gewerkschaftliche Projekt Arbeit 2020, Baden-Baden 2019.

denes Know-how, Zugang zu Gewerkschaften etc. zurückgreifen. Daher findet man häufig in Großbetrieben Betriebsräte, die längerfristige Strategien verfolgen und versuchen, früh Einfluss auf die Einführung neuer Technologien zu nehmen.<sup>17</sup>

Die Untersuchungen zeigen, dass es vor allem dann gelingt, die Einführung von digitalen Technologien im Sinne der Beschäftigten zu gestalten, wenn Betriebsräte eine aktive Rolle einnehmen und das klassische »top-down-Muster« unterbrochen wird.<sup>18</sup> Dabei stellen sich vier Handlungsfelder als besonders wichtig heraus:<sup>19</sup>

1. Beschäftigten müssen »echte« Mitgestaltungsmöglichkeiten eingeräumt werden. Dabei geht es nicht nur um Akzeptanz für die neuen Technologien. Vielmehr geht es darum, Beschäftigte schon im Stadium der Technikentwicklung mit einzubeziehen, da ansonsten Praxisgesichtspunkte viel zu spät ins Spiel kommen. Auch müssen funktions- und hierarchieübergreifende Kooperationen angestoßen werden, damit die neuen Systeme ihre Potenziale entfalten können.
2. Aufgabenzuschnitte und Rollendefinitionen menschlicher Arbeit müssen ins Zentrum gerückt werden. Ziel muss es sein, Arbeit aufzuwerten und möglichst ganzheitliche und kooperationsförderliche Aufgabenzuschnitte zu definieren. Zugleich sollen Belastungen reduziert und eine Leistungsverdichtung vermieden werden. Dies ist bei der Einführung neuer digitaler Technologien anspruchsvoll, da diese in aller Regel die Standardisierung und Formalisierung von Arbeitsprozessen forcieren und für bessere Kontrollmöglichkeiten sorgen.
3. Die Vereinbarkeit von Prozesstransparenz und Beschäftigten(daten)schutz muss gewährleistet werden. Eine höhere Prozesstransparenz ist immer ein zentrales Ziel von Digitalisierungsbemühungen. Häufig wird diese Transparenz übrigens von den Beschäftigten erwünscht und eingefordert, weil sie in aller Regel die tägliche Arbeit erleichtert. Allerdings ist darauf zu achten, dass die Transparenz die Arbeit der Beschäftigten besser zurückverfolgen lässt. Daher gilt es die Persönlichkeits- und Schutzrechte der Beschäftigten zu wahren. Zum Beispiel

sollten solche Daten nicht zur personenbezogenen Leistungsüberwachung herangezogen werden. Entsprechende Betriebsvereinbarungen sind auszuhandeln.

4. Qualifizierung muss ein höherer Stellenwert im Betrieb eingeräumt werden. Nach wie vor zeigen alle wissenschaftliche Befunde, dass Unternehmen zu wenig in die (digitale) Weiterbildung ihrer Beschäftigten investieren. Dies führt nicht nur zu vermeidbaren Arbeitsbelastungen, wenn Beschäftigte mit neuen Anwendungen und Geräten arbeiten müssen, auf die sie nicht ausreichend vorbereitet wurden. Vielmehr besteht die Gefahr, dass Beschäftigte neuen Technologiesprüngen nicht mehr folgen können und schlicht und ergreifend nicht in der Lage sind, die neuen Technologien zu bedienen. Dies kann sowohl für Beschäftigte das Risiko einer möglichen Arbeitslosigkeit bedeuten als auch für Unternehmen zur Gefahr werden. Nämlich dann, wenn sie in Zeiten eines stärker werdenden Fachkräftemangels diese Fachkräfte nicht mehr (so einfach) auf dem Arbeitsmarkt rekrutieren können.

## V. Fazit

Eine durchgängige Automatisierung und Digitalisierung der Produktion sowie der vor- und nachgelagerten Leistungsprozesse ist heute noch nicht erkennbar. Unternehmen und Geschäftsführungen gehen sehr zurückhaltend und mit vielen Unsicherheiten behaftet an neue Digitalisierungsprojekte heran. Die Einführungsprozesse verlaufen häufig suboptimal. Das heißt, die Einführung wird nicht richtig vorbereitet, es fehlen funktions- und hierarchieübergreifende Ansätze und Sichtweisen, Beschäftigte und Betriebsräte werden nicht ausreichend einbezogen und vorbereitet. Damit verfehlen diese Digitalisierungs-

<sup>17</sup> Falkenberg/Haipeter/Krzywdzinski/Kuhlmann/Schietinger/Virgillito, Digitalisierung in Industriebetrieben (Fn. 3), S. 16.

<sup>18</sup> Wie und mit welchen Ansätzen und Mitteln dies funktionieren kann, wurde im Gewerkschaftsprojekt »Arbeit 2020« in Nordrhein-Westfalen erprobt; siehe unter <https://www.arbeit2020.de> (16.4.2020).

<sup>19</sup> Falkenberg/Haipeter/Krzywdzinski/Kuhlmann/Schietinger/Virgillito, Digitalisierung in Industriebetrieben (Fn. 3), S. 18.

projekte nicht selten ihre Ziele bezüglich einer Steigerung der Produktivität.

Die führt auch dazu, dass bislang noch keine größeren Beschäftigungseinbußen bzw. größere arbeitspolitische Verwerfungen erkennbar sind. Positiv zu bewerten ist, dass in der Breite bislang keine Abwertungstendenzen bei den Arbeitsanforderungen aufgetaucht sind. Vielmehr ist tendenziell ein (leichtes) Upgrading erkennbar, da Beschäftigte zusätzlich EDV-Erkenntnisse benötigen, komplexer werdende Produktionsprozesse beherrschen müssen und gestiegenen Kommunikationsanforderungen innerhalb wie außerhalb des Unternehmens genügen sollen. Allerdings reagieren Unternehmen darauf nicht ausreichend, indem sie zB. genügend Ressourcen für Weiterbildung oder ggf. zusätzliches Personal zur Verfügung stellen. Daher verwundert es nicht, wenn Befragungen bei Beschäftigten und Betriebsräten unisono Arbeitsverdichtungen und gestiegene psychische Arbeitsbelastungen konstatieren.

Dieser erste Blick in den »Maschinenraum« der Digitalisierung hat wichtige Erkenntnisse gebracht. Grundsätzlich kann festgehalten werden, dass die Digitalisie-

rung bei den Produktionsprozessen sehr unterschiedlich aber doch überwiegend evolutionär, dh. schrittweise erfolgt. »Die« Industrie 4.0 als einheitliche Technologieentwicklung ist so nicht auffindbar. Allerdings sollte daraus nicht der Schluss gezogen werden, dass dieser Wandel identisch ist mit einem geringen Handlungs- und Gestaltungsbedarf für Interessenvertretungen der Beschäftigten. Vielmehr eröffnet dieser schrittweise Prozess Chancen für arbeitspolitische Aktivitäten. Diese Chancen gilt es zu nutzen. Denn es muss nicht immer beim derzeitigen eher langsamen Wandel bleiben. Ein Strukturbruch liegt durchaus im Bereich des Möglichen. Gerade beim schnellen Wandel von Geschäftsmodellen zB. in der Plattformökonomie oder durch neue Player auf dem Weltmarkt können bewährte Produkte und Produktionsprozesse schnell über den Haufen geworfen werden. In einigen Branchen wie zB. der Automobilindustrie oder dem Handel deuten sich solche Umbrüche schon seit längerem an. Die digitale Transformation bleibt daher eine der größten Herausforderungen für Gewerkschaften und Betriebsräte.

## Karl Korsch zwischen Rechts- und Sozialwissenschaft: ein Beitrag zur Thüringischen Rechts- und Justizgeschichte

Herausgegeben von Achim Seifert/Klaus Vieweg/Axel Ecker/  
Eberhard Eichenhofer, 2018, Boorberg Verlag, Stuttgart, 198 S.  
(ISBN 978-3-415-06145-3), 38,- €

Der Name *Karl Korsch* (1886–1961) dürfte den wenigsten heutigen Juristinnen und Juristen noch ein Begriff sein. Dabei kann *Korsch* mit einer wissenschaftlich wie auch politisch interessanten Vita aufwarten, die ihn als Mitglied der KPD ua. zum Universitätsprofessor in Jena und im Jahr 1923 zum kurzzeitigen thüringischen Justizminister werden ließ. Umso bemerkenswerter ist, dass sich eine interdisziplinäre Gruppe von Juristen, Philosophen und Sozialwissenschaftlern an der Universität Jena mit dem vorliegenden Sammelband daran gemacht hat, dem Wirken *Korsch*s im Umfeld ihrer Universität nachzugehen.

Geboren am 15. August 1886 in Tostedt in der Lüneburger Heide besuchte *Korsch*, durch einen Umzug der Familie bedingt, das Gymnasium im thüringischen Meiningen.<sup>1</sup> Ein Studium der Rechtswissenschaften in Jena, Berlin, München und Genf schloss er 1909 ab. In Jena engagierte er sich in der »Freien Studentenschaft«, die im Gegensatz zu den damals an Universitäten dominierenden Burschenschaften eine liberale und demokratische Studierendenvertretung bilden wollte. In Jena begann zugleich auch *Korsch*s wissenschaftlicher Werdegang. Im Jahr 1910 wurde er bei *Heinrich Gerland* mit »Die Anwendung der Beweislastregeln im Zivilprozeß« promoviert; einer Arbeit, die zumindest soweit Beachtung fand, als sich auch *Leo Rosenberg* in seinem Standardwerk zur Beweislast im Zivilprozess mit *Korsch*s Arbeit auseinandersetzte. Nach Ableistung des Wehrdienstes ging *Korsch* nach England, wo er sich weiterhin mit Fragen des Zivilrechts und des Internationalen Privatrechts befasste. Politisch bedeutsam wurde für *Korsch*, der 1912 in die SPD eingetreten war, insbesondere der wissenschaftsbasierte reformistische Politikansatz der Fabian Society.<sup>2</sup> Kurz vor Kriegsausbruch nach Deutschland zurückgekehrt, weigerte sich *Korsch* zwischenzeitlich aktiv zu kämpfen, blieb aber letztlich bis Kriegsende im Militär und auch an der Front. Im Jahr 1918 gehörte *Korsch* zu den Mitgründern des Arbeiter- und Soldatenrates in Meiningen. Politisch aufgesogen wurde er bald von der auf Reichsebene eingesetzten Sozialisie-

rungskommission, bei der er teilweise als Sekretär tätig war und dabei auch zu Fragen von Sozialisierung und Rätedemokratie publizierte. Politisch begann *Korsch* sich weiter nach links zu wenden und gelangte über die Unabhängige Sozialdemokratie im Zuge der Vereinigung des linken Flügels der USPD mit der KPD im Jahr 1920 in die Kommunistischen Partei und wurde dort aktiv. Nach der Tätigkeit in der Sozialisierungskommission kehrte *Korsch* nach Jena zurück, wo er mit der Arbeit »Recht und Rechtsschutz im englischen Zivilprozeß« habilitiert wurde. Nach einer Zeit als Privatdozent wurde er durch den damaligen thüringischen Kultusminister zum Universitätsprofessor für Zivil-, Prozess- und Arbeitsrecht berufen. *Korsch* trat die Stelle jedoch zunächst nicht an, da er vom 16. Oktober bis zum 12. November 1923 in einer gemeinsamen Landesregierung von SPD und KPD als Justizminister von Thüringen amtierte. Nach der erfolgreichen Reichsexekution gegen die Landesregierung polizeilich gesucht, tauchte *Korsch* für einige Wochen unter und kehrte erst in die Öffentlichkeit zurück, als er Anfang 1924 in den Thüringer Landtag und kurze Zeit später in den Reichstag gewählt wurde und damit über Immunität vor Strafverfolgung verfügte. Zugleich betrieb *Korsch* seine Rückkehr an die Universität und kündigte öffentlich an, nun seine Tätigkeit als Professor aufnehmen zu wollen. Konflikte mit Fakultät und Studierendenschaft führten dazu, dass dies nicht gelang. Nach gerichtlichen Auseinandersetzungen einigte sich *Korsch* mit dem Land Thüringen, keine Vorlesungen zu halten, aber die sonstigen Rechte aus der Professur zu behalten.

Innerhalb der KPD betätigte er sich zunächst auf dem »ultralinken« Flügel, der zeitweilig die Ausrichtung der Partei bestimmte und von der Möglichkeit einer baldigen weiteren revolutionären Erhebung ausging. Als Gegner der zunehmenden Stalinisierung wurde er 1926 aus der KPD ausgeschlossen und engagierte sich im weiteren Verlauf der Weimarer Republik in kleineren linken Zusammenhängen. 1933 ins Exil gezwungen, ging *Korsch* zunächst nach Dänemark und Großbritannien und dann ab 1936 in die USA. Hier hielt sich *Korsch* mit Lehraufträ-

1 Zur Biographie *Korsch*s siehe beispielsweise *Buckmiller*, in: Kritische Justiz (Hrsg.), Streitbare Juristen, Baden-Baden 1988, S. 254 ff.

2 Zur politisch-theoretischen Entwicklung *Korsch*s siehe etwa *Buckmiller*, in: Pozzoli (Hrsg.), Jahrbuch Arbeiterbewegung, Bd. 1: Über Karl Korsch, Frankfurt a.M. 1973, S. 15 ff.; sowie *ders.*, in: *ders.* (Hrsg.), Karl Korsch Gesamtausgabe, Recht, Geist und Kultur. Schriften 1908–1918, Frankfurt a.M. 1980, S. 11 ff.

gen und Auftragsarbeiten über Wasser, die angestrebte ordentliche Professur erhielt er nicht. Nach schwerer Krankheit starb er 1961 in Belmont, Massachusetts.

Neben seiner Tätigkeit als Rechtswissenschaftler erlangte *Korsch* vor allem als politischer Philosoph bleibende Aufmerksamkeit.<sup>3</sup> So bezeichnete etwa *Bertolt Brecht* *Korsch* als seinen Lehrer im marxistischen Denken.<sup>4</sup> Bereits im Jahr 1923 hatte *Korsch* zudem an der »Marxistischen Arbeitswoche« bei Arnstadt in Thüringen teilgenommen, die gemeinhin als Ausgangspunkt für die Gründung des späteren Instituts für Sozialforschung gilt. Neben *Georg Lukacs* gilt *Korsch* manchen daher als einer der wichtigsten marxistischen Philosophen der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts. Zu seinen bekanntesten Veröffentlichungen zählen »Arbeitsrecht für Betriebsräte« (1922), »Marxismus und Philosophie« (1923) sowie »Karl Marx« (zunächst auf Englisch, auf Deutsch erstmals 1967 erschienen). Insbesondere im Rahmen der Studentenbewegung der späten 1960er und 1970er Jahre entstand neues Interesse an *Korsch*, der hier vor allem als undogmatischer Marxist sowohl in Abgrenzung zum Parteikommunismus sowjetischer Prägung wie auch zur klassischen Sozialdemokratie rezipiert wurde.<sup>5</sup> Seit 1980 wird an einer Gesamtausgabe gearbeitet, die noch nicht abgeschlossen ist.

Der vorliegende im Jahr 2018 erschienene Band umfasst Referate einer Tagung in Jena aus dem Jahr 2014. Die zehn Beiträge sind in die Abschnitte »Jenenser und Thüringer Kontext«, »Marxismus und Rechtswissenschaft« sowie »Rezeptionsprozesse im Werk von Korsch« eingeteilt.

*Meike G. Werner* widmet sich der Zeit *Korschs* als Student in Jena und stellt ua. dessen Aktivitäten in der »Freien Studentenschaft« sowie im jugendbewegten »Sera-Kreis« um den Verleger *Eugen Diederichs* vor. *Korsch* engagierte sich dabei als Chefredakteur der freistudentischen »Jenaer Hochschulzeitung« (15 f.) und organisierte politische Vorträge ua. mit *Eduard Bernstein* und *Karl Liebknecht* (16). Sozialismus sei für *Korsch* damals noch kein politisches, sondern ein »ethisch-geistiges, partikuläre Partei- und Nationalinteressen überspannendes Programm« gewesen (16).

Einen Überblick über den Werdegang des Hochschullehrers *Korsch* gibt der anschließende Beitrag von *Gerhard Lingelbach*. Hierbei zitiert er ausführlich aus dem Briefwechsel mit seinem akademischen Lehrer *Heinrich Gerlach* aus dem Jahr 1919, in dem beide sich insbesondere

über Themen und Möglichkeiten einer Habilitation in Jena austauschen. *Heinrich Gerlach*, der sich auch als Politiker für die liberale Deutsche Demokratische Partei (DDP) engagierte, war auf die hergebrachte Zivilrechtswissenschaft orientiert. In den Briefen präsentiert sich *Korsch* selbstbewusst, beschreibt was er während des Krieges an Literatur durcharbeiten konnte und schildert seinen aktuellen intellektuellen Entwicklungsgang. Thematisch bietet *Korsch* als mögliche Habilitationsthemen eine Arbeit zum englischen Prozessrecht, eine Kommentierung des Sozialisierungsgesetzes vom 23. März 1919 sowie »Rechtliche und organisatorische Grundlagen eines sozialisierten Einzelbetriebs« an (38 f.). Im Oktober 1919 wurde *Korsch* letztlich mit der Arbeit »Recht und Rechtsschutz im englischen Zivilprozeß« habilitiert (41). Die von ihm als Privatdozent angebotenen Lehrveranstaltungen waren durchaus breit angelegt. So las er »Rechtsphilosophie« und »Übungen über Hegels Rechtsphilosophie« ebenso wie das »Recht der Schuldverhältnisse« und »Internationales Privat-, Prozess-, und Verwaltungsrecht« (41). *Lingelbach* beschreibt außerdem ausführlich den Widerstand der Fakultät gegen *Korsch* (44 ff.) und die zunehmende Distanz seines bisherigen akademischen Förderers *Gerlach*. Der Autor listet dabei die möglichen Kritikpunkte der Fakultät überblicksartig auf, ohne hierzu eine Einordnung und Bewertung vorzunehmen. Bei *Gerlach* vermutet er dessen grundsätzliche Ablehnung einer politischen Wissenschaft – wie bereits bei der Auswahl des Habilitationsthemas angeklungen – als den entscheidenden Grund der persönlichen Entfremdung und Distanzierung (48 ff.).

*Matthias Steinbach* wendet sich im folgenden Beitrag dem Skandal um die – durch massive Proteste verhinderte – Antrittsvorlesung *Korschs* als ordentlicher Professor am 9. Mai 1924 zu. *Korsch* hatte zu »Jus belli ac apcis im Arbeitsrecht« sprechen wollen und entsprechend auch für diese Vorlesung öffentlich geworben. Eine Blockade der Eingänge zur Universität durch Studenten und Professoren führte letztlich dazu, dass *Korsch* mit seinen Anhängern ins Jenaer Volkshaus umziehen musste und dort

3 Siehe hierzu beispielsweise *Gerlach*, in: ders. (Hrsg.), *Karl Korsch, Marxismus und Philosophie*, Frankfurt aM. 1972, S. 9 ff.

4 Zur Beziehung zu *Brecht* siehe beispielsweise *Brüggemann*, in: *Pozzoli* (Fn. 2), S. 177 ff.

5 *Negt*, in: *Pozzoli* (Fn. 2), S. 107 ff.; siehe auch *Perels*, in: *Kritidis* (Hrsg.), *Zur Aktualität von Karl Korsch und seine Bedeutung für die Entwicklung der sozialistischen Linken*, 2013, abrufbar unter: <https://www.sopos.org/buecher/Korsch2013.pdf> (18.4.2020), S. 1 ff.

seine Vorlesung hielt. *Steinbach* steht den politischen Beweggründen *Korsch*s erkennbar kritisch gegenüber, dieser habe wohl nicht gegen den aufkommenden Faschismus, sondern gegen die Verfassung von Weimar rebelliert (63 f.). Etwas fragwürdig bleibt die abschließende Einordnung *Steinbach*s im Rahmen einer kontrafaktischen Frage, was geschehen wäre, wenn *Korsch* 1924 an der Universität verblieben wäre: Der Verfasser bezweifelt, ob es *Korsch* überhaupt möglich gewesen wäre »eine liberale Gelehrtenkultur in ihrem konservativen Korpsgeist wie elitären Individualismus zu tolerieren« (64). Ob dies der tatsächlichen politischen Einstellung der Mehrheit der Jenenser Professoren zu der Zeit nahe kommt oder hier die reaktionären Einstellungsmuster hinter der »liberalen Gelehrtenkultur« eher verharmlosend eingeordnet werden, wäre weiter zu diskutieren. Das gesamte Gepräge der Verdrängung von *Korsch* spricht eher gegen diese These. Dies gilt umso mehr, als für die Universitäten in der Weimarer Zeit insgesamt eher von einem verbreiteten reaktionären Klima bei Lehrkörper und Studentenschaft ausgegangen werden muss. Auch die allgemeinere Schlussfolgerung des Autors kann nicht überzeugen, wenn er schreibt, es stelle sich einmal mehr die Frage, »ob Wissenschaft und Politik als Berufe kompatibel« seien (64). »Die Geschichte spricht wohl eher dagegen«. Dieser nicht weiter ausgeführte Befund kann nicht unwidersprochen bleiben. Interessant wäre hier zumindest die Frage gewesen, in welchen gesellschaftlichen und politischen Zusammenhängen denn zahlreiche andere Professoren der Fakultät völlig selbstverständlich aktiv sein konnten, ohne dass dies als »politisch« gewertet wurde. Interessant sind die am Ende des Beitrags abgedruckten Artikel aus der örtlichen kommunistischen, sozialdemokratischen und bürgerlichen Presse.

Zum Abschluss der Beiträge zum »Jenenser Kontext« widmet sich *Axel Ecker* »Karl Korsch im Thüringen der Weimarer Republik«. Wichtig erscheint dabei vor allem die Feststellung des Autors, dass der nach dem Ende der SPD/KPD-Koalition regierende »Thüringer Ordnungsbund« aus DDP, DVP und DNVP und Landbund mit Tolerierung der Nationalsozialisten nicht nur bisherige Reformansätze beendet habe, sondern »die Reformkräfte systematisch aus der Landespolitik, der Landesverwaltung, dem Bildungs- und Hochschulwesen« ausgeschlossen und damit frühzeitig das fortschrittlich-republikanische Potential im Freistaat Thüringen unterminiert habe (79).

Im nächsten Abschnitt zu »Marxismus und Rechtswissenschaft« widmet sich *Bertram Zwanziger Korsch* und dem Arbeitsrecht. Dabei besteht ein großer Teil des Beitrags zunächst in der Vorstellung des zeitgenössischen Arbeitsrechts selbst und der zugrunde liegenden politischen Auseinandersetzungen. *Korsch*s »Arbeitsrecht für Betriebsräte« ordnet *Zwanziger* als »Arbeit des Klassenkampfes« – aber auf »rechtsdogmatisch hohem Niveau« ein (96). *Korsch* habe das »Recht als reale Ordnung« akzeptiert, das »soziale« Arbeitsrecht aber nur als Teil einer revolutionären Entwicklung zu sehen habe ihm den Blick darauf verstellt, dass arbeitsrechtliche Regelungen und die Beteiligung der Arbeitnehmer an sozialen Prozessen ein Wert an sich seien und die »emanzipative Beteiligung der Arbeitnehmer an der gesellschaftlichen Entwicklung« ermögliche (100).

Im anschließenden Beitrag wendet sich *Eberhard Eichenhofer Korsch* und dem Sozialrecht der Weimarer Republik zu. Für *Korsch* habe es Transformation nur ganz oder gar nicht gegeben (105). Die Möglichkeit zu einer grundlegenden Humanisierung der bestehenden Gesellschaft habe er gelehnt. Dieser Wertung kann nicht ganz gefolgt werden, da über die Frage der Möglichkeiten und des Erfolgs einer Humanisierung der Weimarer Gesellschaft zumindest mit Blick auf ihr Ende tatsächlich gestritten werden kann. Zudem wird es der durchaus sorgfältigen Auseinandersetzung *Korsch*s mit der bestehenden Rechtslage nicht ganz gerecht, schließlich hatte dieser nicht einem juristischen Nihilismus das Wort geredet, sondern das Recht durchaus als Möglichkeit, zumindest im Rahmen der Kämpfe für eine große Transformation genutzt werden zu können, anerkannt.

*Achim Seifert* zeichnet »Karl Korsch in der Sozialisierungsdebatte der Weimarer Republik« nach. Letztlich erkennt der Autor bei *Korsch* zwar das Bemühen, die Sozialisierung auch konzeptionell zu unterfüttern, dies aber nicht wirklich einzulösen. So habe er im Konzept der industriellen Autonomie nicht klar machen können, wo die Trennlinie zwischen zentraler und dezentraler Steuerung liege (130). Auch habe *Korsch* nicht konkretisiert, in welchen Rechtsformen die Kontrolle der Unternehmen durch die Allgemeinheit erfolgen solle (130). Bemerkenswert sei zudem, dass die Gewerkschaften in *Korsch*s Überlegungen praktisch keinen eigenständigen Stellenwert besäßen (135).

Die drei Beiträge des dritten Abschnitts widmen sich der philosophischen Dimension im Werk von *Korsch*.

Klaus Vieweg beschäftigt sich mit der der Hegel-Rezeption von *Korsch*. Diese überzeuge allerdings nicht, da *Korsch* fälschlicherweise eine Entwicklungslinie von *Hegel* zu *Marx* ziehe (148). *John Abromeit* stellt in einem englischsprachigen Beitrag *Korsch* neben den jungen *Max Horkheimer*, deren Arbeiten beide für die Entwicklung in der frühen Phase der Kritischen Theorie von großer Bedeutung seien (152) und ordnet beide letztlich in die Linie eines undogmatischen Marxismus ein (172 f.). *Amos Nascimento* wendet sich in einem weiteren englischsprachigen Beitrag den Bezügen *Korsch*s zur University of Washington zu, an der dieser im Exil zwar lehrte, die erhoffte Professur aber nicht erhielt.

Die in den Beiträgen von *Zwanziger* und *Eichenhofer* mit unterschiedlicher Intensität anklingende Feststellung, *Korsch* habe zu wenig auf die Möglichkeiten des bestehenden Rechts gesetzt, kann nicht völlig überzeugen. *Korsch* selbst postulierte, Ziel der Schrift »Arbeitsrecht für Betriebsräte« sei, »zum ersten Male ein ganzes Rechtsgebiet bis in seine konkreten Einzelheiten unter dem methodisch streng durchgeführten Gesichtspunkt des Klassenkampfes darzustellen.«<sup>6</sup> Die bürgerliche Klasse betrachte das Arbeitsrecht wesentlich unter dem Gesichtspunkt des »Arbeitsvertrages«, die proletarische Klasse dagegen unter dem Gesichtspunkt der »Arbeitsverfassung«.<sup>7</sup> Für die Betriebsräte sei es notwendig, ihre allgemeine Stellung innerhalb der Gesamtverfassung der kapitalistischen Gesellschaft wie auch »ihre besondere Stellung in den kapitalistischen Einzelbetrieben auf das genaueste kennenzulernen«. Defensiv dürften sie von den errungenen Positionen nichts aufgeben, offensiv müssten sie von den gewonnenen Positionen weiter vordringen. Die Schrift solle allgemeine Erläuterungen des Arbeitsrechts nicht ersetzen, sondern »durch eine schärfere Betonung des revolutionären Klassenkampfgedankens ergänzen«.<sup>8</sup> *Korsch* formulierte mit dem Postulat der »juristischen Aktion« ausdrücklich die Idee, bestehendes Recht zu nutzen. Ziel sei die theoretische Kritik der bürgerlichen Rechtsauffassung durch einen »proletarisch-sozialrechtlichen Standpunkt« sowie »durch solidarische Aktion den arbeitsrechtlichen Normen einen proletarisch-revolutionären Inhalt zu geben und sie dadurch weiter zu entwickeln.«<sup>9</sup> Auch wenn *Korsch* diesen Ansatz selbst nicht immer konsequent durchgehalten habe, so habe die Rezeption dieses Ansatzes beispielsweise in Zeiten der Studentenbewegung dazu beigetragen, sich über juristi-

sche Fragen gerade nicht mit großer Geste hinwegzusetzen und »Rechtstheorie und die Feinheiten der juristische(n) Argumentation als Teil einer übergreifenden politischen Strategie nicht preiszugeben.«<sup>10</sup> Auch aktuell wird gelegentlich auf das Konzept der »Juristischen Aktion« Bezug genommen, so bei *Andreas Fischer-Lescano*: Orientierungspunkt fortschrittlicher Rechtstheorie könne »eine Rechtsmobilisierungsstrategie« bieten, die *Korsch* im Kontext des Arbeitsrechts konzipiert habe, die »Juristische Aktion«.<sup>11</sup>

In den Beiträgen des besprochenen Bandes wird *Korsch* meist eher als dogmatischer und wenig auf tatsächliche Realitäten orientierter Marxist skizziert. Beim Blick in manche Texte von *Korsch* wirkt die teils äußerst polemisch vorgetragene Ablehnung reformistisch-sozialdemokratischer Arbeitsrechtler wie etwa von *Hugo Sinzheimer* ausgesprochen irritierend.<sup>12</sup> Dies beachtet allerdings nicht, dass er in seiner Rezeptionsgeschichte im Gegensatz dazu auch und gerade als undogmatischer Kritiker gegen eine sich marxistisch verstehende Orthodoxie gelesen wurde, für den Marxismus gerade keine »Legitimationswissenschaft«, sondern tatsächlich eine Erkenntnis-methode sein sollte.<sup>13</sup> Ausgangspunkt von *Korsch*s Denken war der eigene »Klassenstandpunkt« als Akteur der Arbeiterbewegung.<sup>14</sup> Möglicherweise ergibt sich daraus die entscheidende Differenz bei der Interpretation *Korsch*s im vorliegenden Band: *Korsch* sah zumindest während der ersten Jahre der Weimarer Republik noch eine historisch offene Phase, in der das Weitertreiben der Umwälzungen der Jahre 1918/19 noch möglich schien und politisch zu erkämpfen war. Vor diesem Hintergrund nahm er das neue Arbeitsrecht der Weimarer Republik tatsächlich in erster Linie höchstens als Zwischenschritt wahr, der vor allem für den Kampf um mehr genutzt werden sollte. Unterschätzt hat *Korsch* dabei sicherlich, wie

6 *Korsch*, in: Buckmiller (Hrsg.), Karl Korsch Gesamtausgabe, Rätebewegung und Klassenkampf, Schriften zur Praxis der Arbeiterbewegung 1919–1923, Frankfurt aM. 1980, S. 279 ff., 281.

7 *Korsch*, Karl Korsch Gesamtausgabe, 1919–1923 (Fn. 6), S. 285.

8 *Korsch*, Karl Korsch Gesamtausgabe, 1919–1923 (Fn. 6), S. 383 f.

9 *Buckmiller*, in: Karl Korsch Gesamtausgabe, 1919–1923 (Fn. 6), S. 1 ff., 70.

10 *Seifert*, in: *Kritidid* (Fn. 5), S. 3 ff., 7.

11 *Fischer-Lescano*, *Kritische Justiz* 2019, 407 ff., 426 f.

12 *Korsch*, Karl Korsch Gesamtausgabe, 1919–1923 (Fn. 6), S. 493 ff.

13 *Negt*, in: *Pozzoli* (Fn. 2), S. 137; siehe auch *Krätke*, in: *Kritidid* (Fn. 5), S. 22 ff.

14 *Deml*, *Sozialismus* 1/2012, 51 ff.

manche der von ihm als eher wirkungsschwach beschriebenen Normen bei konsequenter Arbeit von Betriebsräten und Gewerkschaften genutzt werden konnten. Angelegt ist ein solches Verständnis in seinen Texten allerdings durchaus. Diese bei *Korsch* gelegentlich zu beobachtende Diskrepanz zwischen grundsätzlich-theoretischer Stringenz und teils eher kursorischer Anwendung auf konkrete Sachverhalte wird auch in positiv auf *Korsch* bezugnehmenden Texten bemerkt.<sup>15</sup> Möglicherweise führt dieser Widerspruch zwischen *Korsch*s theoretischer Arbeit und den dann doch nicht hinreichend ausbuchstabierten Handlungsmöglichkeiten dazu, dass je nach persönlicher Einschätzung entweder ein Stehenbleiben vor den eigentlichen und realistischen Lösungsansätzen oder aber der bemerkenswerte Ausgangspunkt für ein künftiges Weiterdenken im Sinne einer Transformation des Systems gesehen wird.

In diesem Sinne wirft der Band einige respektvoll-nüchterne Schlaglichter auf das Denken und Wirken *Korsch*s –

und bietet damit auch Anknüpfungspunkte, wo vertiefende weitere Beschäftigung mit *Korsch*s Werk interessant sein könnte. Insbesondere der Beitrag von *Lingelbach* lässt zudem erkennen, wie selbstverständlich sich *Korsch* mit dem positiven Recht und seiner Vermittlung beschäftigt hat – und damit die allgemeinen Anforderungen an einen universitären Rechtslehrer fraglos erfüllt hat. *Karl Korsch* stand allerdings für eine Politisierung von (Rechts-)Wissenschaft in dem Sinne, dass sie (auch) mittels einer Gesellschaftstheorie nach Profiteuren und Benachteiligten von rechtlichen Regelungen fragt und nach Wegen der Veränderung sucht. Hier dürfte der eigentliche Grund für die Verdrängung *Korsch*s aus der Rechtswissenschaft der Weimarer Zeit – und darüber hinaus – zu finden sein. Der vorliegende Band holt ihn nun ein kleines Stück zurück.

*Thilo Scholle, Ass. iur, Oberregierungsrat, Berlin*

<sup>15</sup> *Seifert*, in: *Kritidis* (Fn. 5), S. 3 ff.

## Zusammenfassungen

### Eichenhofer: Zukunft des Sozialrechts – Sozialrecht der Zukunft

SR 4/2020, S. 125–141

Vor dem Hintergrund zahlreicher Reformvorschläge erläutert der Verfasser das deutsche Sozialrecht und dessen gesellschaftliche Akzeptanz. Dabei stellt er die ökonomischen und lebensweltlichen Wirkungen von Sozialrecht, denkbare Alternativen und das aus dem Sozialrecht folgende Zukunftsversprechen dar. Statt eines radikalen Systemwechsels solle auch das bestehende System weiterentwickelt werden.

### Geiser: Europäer als Arbeitnehmer in der Schweiz

SR 4/2020, S. 141–151

Der Verfasser geht der Frage nach, unter welchen Voraussetzungen und zu welchen Bedingungen Europäer in der Schweiz arbeiten dürfen. Geschichtlich könne zwischen verschiedenen Phasen unterschieden werden. Er beleuchtet diverse Fallgestaltungen und die jeweils relevanten schweizerischen Rechtsgrundlagen. Trotz einer grundsätzlich optimistischen Bewertung sieht er mehrere Aspekte durchaus kritisch.

### Schietinger: Auswirkungen des digitalen Wandels auf die Arbeitswelt – Befunde aus der Arbeitsforschung jenseits von Mythen und Visionen

SR 4/2020, S. 152–158

Erste Forschungsbefunde in der Industrie zeigen ein differenziertes Bild: Da die Unternehmen eher zögerlich und schrittweise ihre Produktionsprozesse weiter digitalisieren, zeigen sich keine großen Beschäftigungsverluste. Auch eine Entwertung und Dequalifizierung der Arbeit lässt sich nicht feststellen. Allerdings werden der Digitalisierung eine Intensivierung der Arbeit sowie gestiegene psychische Arbeitsbelastungen zugeschrieben.

## Abstracts

### Eichenhofer: Future of Social Security Law – Social Security Law of the future

SR 4/2020, pp. 125–141

Against the background of numerous reform proposals, the author explains German social security law and its social acceptance. In doing so, he presents both the economic and personal effects of social security law, conceivable alternatives, and the promise for the future resulting from social security law. Instead of a radical system change, the existing system should be developed further.

### Geiser: Europeans as workers in Switzerland

SR 4/2020, pp. 141–151

The author explores the question of under what conditions and on what terms Europeans may work in Switzerland. Historically, a distinction can be made between two different phases. He examines various cases and the relevant Swiss legal bases. Despite a fundamentally optimistic assessment of the current legal situation, he formulates criticism regarding different aspects.

### Schietinger: Effects of digital change on the world of work – Findings from labour research beyond myths and visions

SR 4/2020, pp. 152–158

Initial research findings in industry show a differentiated situation: As companies are rather hesitant to further digitalise their production processes, doing it step by step, no major job losses are apparent. Nor is there any evidence of devaluation or de-skilling of work. However, an intensification of work and increased mental workloads are attributed to digitalisation.

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

### Abhandlungen

- *Hermann Unterhinninghofen: NS-Zwangsarbeit und Entschädigung – Der Beitrag des Arbeits- und Sozialrechts*
- *Johanna Wenckebach: Crowdwork oder: von Abhängigkeit und Selbstständigkeit in der digitalen Arbeitswelt*
- *Marta J. Glowacka: 9 to 5 – überholte Realität?*

### Rezensionsaufsatz

- Edith Gräfl/Stefan Lunk/Hartmut Oetker/Yvonne Trebinger (Hrsg.): **100 Jahre Betriebsverfassung** (*Michael Kittner*)
- Wolfgang Däubler/Michael Kittner (Hrsg.): **Geschichte der Betriebsverfassung** (*Hermann Reichold*)
- Alexander Stöhr: **Kleine Unternehmen** (*Gerald Spindler*)