

Soziales Recht

Wissenschaftliche Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht

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



in Zusammenarbeit mit



**Sonderausgabe aus Anlass des VIII. Tarifsymposiums der Bauwirtschaft:
Tarifverträge 4.0 – Tarifautonomie als Gestaltungsinstrument für die Zukunft der Arbeit**

Grußwort: Sozialpartnerschaft stärken <i>Matthias Bartke</i>	Seite	1
Tarifautonomie und die Zukunft der Arbeit <i>Gregor Asshoff / Manfred Purps</i>	Seite	2
Selbständige im Tarif- und Koalitionsrecht <i>Frank Bayreuther</i>	Seite	4
Zwei Regelungsvorschläge für problematische Beschäftigungsverhältnisse <i>Klaus Bepler</i>	Seite	12
Grenzen und Entwicklungsmöglichkeiten der Tarifpolitik – vom Ausland lernen? <i>Stefan Greiner</i>	Seite	17
Plattformökonomie – Sachverhalte und Regelungsbedarfe <i>Thilo Scholle</i>	Seite	28
Die tarifautonome Gestaltung der modernen Arbeitswelt – Beitrag und Potentiale des Sozialkassenmodells <i>Daniel Ulber</i>	Seite	34

Sozialpartnerschaft stärken



Dr. Matthias Bartke,
MdB, Vorsitzender
des Ausschusses für
Arbeit und Soziales

Arbeit 4.0 ist das Schlagwort der Stunde – allein bei Google Deutschland kommt man auf über 21 Millionen Treffer. Der Begriff meint die Arbeitswelt, die sich durch Digitalisierung verändert. Das umfasst alle rechtlichen und politischen Aufgaben, die mit der Digitalisierung einhergehen, und besonders die neuen arbeitsrechtlichen Fragen bei zunehmender Flexibilisierung von Arbeitszeit und Arbeitsort. Die Frage ist: Wie kann Tarifpolitik die Arbeitswelt der Zukunft gestalten?

Ich finde: Die Sozialpartner sollen unsere digitale Gesellschaft prägen. Und sie müssen auch den Anspruch haben, das zu tun!

Die Sozialpartnerschaft ist ein wesentlicher Teil unserer Sozialen Marktwirtschaft, die Deutschland Wohlstand und sozialen Fortschritt gebracht hat. Sozialpartnerschaft bedeutet für die Arbeitnehmer eine annähernde Lohngleichheit in Berufsgruppen nach dem Prinzip »Gleicher Lohn für gleiche Arbeit«. Sozialpartnerschaft bedeutet für die Unternehmen den Schutz vor einem Wettbewerb um die niedrigsten Personalkosten.

Auch für unsere neue vernetzte Welt gilt: Arbeitnehmer brauchen gute Arbeit und gute Löhne. Mit Tarifverträgen sind die Kernbedingungen der Arbeit besser als ohne: Bessere Entgelte, bessere Arbeitszeiten, sicherere Jobs, bessere Entwicklungschancen für alle.

Für die Ziele der Sozialpartnerschaft ist eine starke Tarifbindung wichtig.

Wir sehen mit Sorge, dass die Tarifbindung stetig zurückgeht, wenn man die Entwicklung der letzten 20 Jahre betrachtet. So ist sie zwischen 1998 und 2017 in Westdeutschland über alle Branchen von 76 auf 57 % gesunken. In Ostdeutschland sogar von 63 auf 44 %. Die Gründe hierfür sind vielfältig: Ein Grund ist die zunehmend zersplitterte Arbeitswelt, die kollektivrechtliche Vereinbarungen erschwert. Auch die Digitalisierung mit ihren neuen Erwerbsformen stellt die Sozialpartnerschaft vor große Aufgaben. An die Stelle »klassischer« Arbeitsverhältnisse treten vermehrt neue Geschäftsmodelle, die noch vor ein paar Jahren völlig unbekannt waren. Sie sind mit den Werkzeugen

des »klassischen« Arbeitsrechts schwer zu fassen: Ein prominentes Beispiel ist die plattformvermittelte bezahlte Arbeit durch sog. Crowdworker.

Bei dieser Form von Arbeit stehen verhältnismäßig wenige Auftraggeber einer großen Anzahl an potenziellen (meist anonymen) Auftragnehmern – der Crowd – gegenüber. Diese neuen Geschäftsmodelle, wie zB. die plattformvermittelte Arbeit, bieten Chancen, aber auch Risiken.

Chancen liegen zB. darin, dass man die Arbeit flexibler gestalten kann. Man kann auch einem größeren Personenkreis Arbeitsmarktzugang oder Möglichkeiten eines Zuverdienstes verschaffen. Risiken liegen darin, dass massenweise niedrig oder unsicher vergütete und sozial nicht ausreichend abgesicherte Beschäftigung entsteht. Risiken liegen auch darin, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Home-Office kaum noch Kontakt zu Kollegen haben und dass Interessenvertretung dadurch immer komplizierter wird. Denn für Gewerkschaften kann es schwer werden, unter solchen Bedingungen Fuß zu fassen.

Ziel muss es dennoch sein, die Sozialpartnerschaft auch in diesen neuen Geschäftsfeldern zu stärken, wie es die Bundesregierung auch im Koalitionsvertrag festgehalten hat.

Die Politik setzt sich mit den neuen Geschäftsmodellen wie zB. der Plattformökonomie schon jetzt auseinander, um auch gesetzgeberischen Handlungsbedarf einschätzen zu können. Und auch die Sozialpartner machen sich intensiv Gedanken, wie die Sozialpartnerschaft in den neuen Geschäftsfeldern gelebt werden kann.

Man kann schlichtweg sagen: Zum ersten Mal in der Geschichte ist Arbeit fast so mobil wie Kapital. Das heißt: Die Sozialpartner müssen die Arbeiter und Arbeiterinnen auf neuen Wegen erreichen. Mit einem Infostand der Gewerkschaft am Werkstor erreicht man die neuen Crowdworker mit Sicherheit nicht mehr.

Die Sozialpartner müssen durch ein attraktives Angebot für das Engagement in einem Verband werben. Nur mit mitgliedstarken Verbänden, die hohe Akzeptanz bei Arbeitgebern und Arbeitnehmern genießen, kann die Sozialpartnerschaft die Herausforderungen der Digitalisierung annehmen. Sozialpartner und Politik haben ein gemeinsames Ziel: Die Sozialpartnerschaft in bewährten Geschäftsfeldern auszubauen und in neuen Geschäftsfeldern zu etablieren.

Tarifautonomie und die Zukunft der Arbeit

Arbeit 4.0 ist das Schlagwort der Stunde. Begriffe wie »Crowdworking« und »digitaler Wandel« sind in aller Munde. Gemeint ist die aktuelle Diskussion um die vierte industrielle Revolution (Industrie 4.0). Sie betrifft die gesamte Arbeitswelt – auch die Bauwirtschaft! Arbeiten 4.0 wird vernetzter, digitaler und flexibler. Wie das im Einzelnen konkret aussehen wird, ist offen.

Es sind jedenfalls die Sozialpartner, die das Gerüst für diese Arbeitsgesellschaft von morgen errichten, betonte *Matthias Bartke*, Vorsitzender des Ausschusses für Arbeit und Soziales im Deutschen Bundestag, in seinem Grußwort zum VIII. Tarifsymposium der Bauwirtschaft am 31. Januar 2019 im Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) in Berlin. Wie dieses Gerüst aussehen kann und welche Gestaltungsmöglichkeiten sich der Tarifautonomie hierzu bieten, waren die Leitfragen des Symposiums mit dem Titel »Tarifverträge 4.0 – Tarifautonomie als Gestaltungsinstrument für die Zukunft der Arbeit« unter Moderation von *Klaus Bepler* (Vorsitzender Richter am BAG aD.).

SOKA-BAU richtete die Veranstaltung in einem für uns als Sozialkasse ganz besonderen Jahr aus. 2019 feiern wir den 70. Geburtstag des – in aller Bescheidenheit – Erfolgsmodells Urlaubskassenverfahren in der Bundesrepublik Deutschland. Die erste Satzung der Urlaubskasse ist sogar ganze sechs Wochen älter als das Grundgesetz. Dieses Verfahren versinnbildlicht, wie es einer Branche gelingt, durch autonome Gestaltung auf ihre ganz spezifischen Herausforderungen zu reagieren. Das Urlaubskassenverfahren basiert auf gleichermaßen flexiblen wie sicheren Regelungen, die so sowohl von Arbeitnehmern wie Arbeitgebern akzeptiert werden. Das ist der Wert, den Tarifautonomie schaffen kann und weshalb es – davon sind wir überzeugt – durch Tarifverträge gelingen wird, auf »Arbeiten 4.0« passende Antworten zu finden.

Letzteres ist die Quintessenz aus den verschiedenen Vorträgen des Symposiums, die jeweils ganz unterschiedlichen Fragen auf den Grund gingen und die – was uns sehr freut – zu einem großen Teil in diesem Heft dokumentiert sind. 70 Jahre haben den Sozialkassenverfahren einen »Vertrauensbonus« gegeben und zugleich zu einem Zukunftsmodell gemacht, hob *Daniel Ulber* (Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg) in seinem Vortrag »Tarifautonome Gestal-

tung der modernen Arbeitswelt – Beitrag und Potentiale des Sozialkassenmodells« hervor. Gerade deshalb sieht er in dem Instrument Entwicklungsmöglichkeiten, die er in seinem Beitrag in diesem Heft skizziert.

In diese Richtung weist auch *Thilo Scholle* von der Denkfabrik »Digitale Arbeitsgesellschaft« im BMAS. In seinem Gastbeitrag zu diesem Heft nimmt er in erster Linie eine besonders »moderne« Form der Arbeitsorganisation, nämlich die der Plattformökonomie, in den Blick und wirft mit ihr verbundene Fragen der Regulierung auf. Er identifiziert Sozialkassenmodelle als einen möglichen Lösungsweg.

Aber noch ein weiteres bedeutsames Jubiläum begleitete das diesjährige Symposium der Bauwirtschaft: Vor einhundert Jahren – am 23. Dezember 1918 – wurde in Deutschland in § 1 der Tarifvertragsordnung erstmals die zwingende Wirkung von Tarifverträgen gesetzlich festgeschrieben. Gleichzeitig wurde das für die Sozialkassenverfahren wegweisende Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen eingeführt.

Digitalisierung lag damals noch in weiter Ferne. Ob gleichwohl die 100 Jahre alten Instrumente auch heute noch die Basis für Antworten bieten, untersuchte *Gregor Thüsing* (Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn). Er gab der Veranstaltung mit seinem einführenden Vortrag »Herausforderungen der digitalen Arbeitswelt für das Tarifrecht« die zu erledigenden Hausaufgaben direkt mit auf dem Weg. Dabei sieht er in der Digitalisierung zunächst eine Herausforderung für die Tarifpolitik und erst in zweiter Linie für das Tarifrecht. In einer digitalisierten Arbeitswelt gehörten mobiles Arbeiten, die Qualifizierung der Beschäftigten, die Sicherung von Beschäftigung und eine flexible Arbeitszeitgestaltung zu den großen tarifpolitischen Herausforderungen. Aber auch im Tarifrecht gebe es Handlungsoptionen, wie die Aufnahme von Selbstständigen in Tarifverträge, mehr Tarifdispositivität und vermehrte grenzüberschreitende Gestaltungsmöglichkeiten der Tarifpartner. Kritisch bewertete *Thüsing* in einem fortschreitend internationalisierten Arbeitsmarkt die noch immer vorherrschende nationale Ausrichtung der Kollektivverträge.

Jürgen Treber, Vorsitzender Richter des Vierten Senats des BAG, zeigte in seinem Vortrag »Gestaltung der Arbeit und

die Rechtsprechung zur Tarifautonomie« auf, dass die Flexibilisierung der Arbeitswelt mit einem Wertewandel in der Gesellschaft (zB. mehr Freiraum für die Vereinbarkeit von Beruf und Familie) einhergehe. Auch in einer »Arbeitswelt 4.0« blieben Tarifverträge aber das zentrale Gestaltungselement der Arbeits- und Wirtschaftsbeziehungen, mit dessen Hilfe auf die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts reagiert und Berufsbilder – wo notwendig – verändert werden könnten. Daher seien in erster Linie die Tarifvertragsparteien gefordert. Die Rolle des BAG sei es dann, die Vereinbarkeit der Tarifverträge mit höherrangigem Recht zu überprüfen – einschließlich der Reichweite tarifautonomen Handels. Am Beispiel eines verbandsbezogenen Firmentarifvertrags, der Spielräume bei Arbeitszeiten und Entgelten eröffnet hatte, zeigte *Treber* die Berücksichtigung koalitionspezifischer Bedürfnisse in der Rechtsprechung des BAG auf.

Auch für die Sozialkassenverfahren, das sei von unserer Seite hervorgehoben, hat das BAG mit seinen Entscheidungen vom 21. März 2018¹ und 20. November 2018² die Tarifautonomie gerade – aber nicht nur – in der Bauwirtschaft nachhaltig gestärkt. Es hat die Wirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärungen der Sozialkassentarifverträge für den Zeitraum vom 1. Januar 2015 bis zum 31. Dezember 2018 festgestellt. Außerdem hat es keine Zweifel an der Verfassungskonformität des Sozialkassenverfahrensicherungsgesetzes (SokaSiG). Die rechtlichen Grundlagen der Sozialkassenverfahren stehen damit wieder auf festem Boden. Ein Beleg dafür ist, dass die Tarifvertragsparteien im Herbst 2018 alle vier Sozialkassentarifverträge mit einigen Vereinfachungen neu abgeschlossen haben. Mittlerweile ist auch die Allgemeinverbindlicherklärung dieser Tarifverträge rückwirkend zum 1. Januar 2019 durch das BMAS erteilt worden.³

Auf der anderen Seite hat das BAG allerdings Anfang 2018 Tarifvertragsparteien die Regelungsbefugnis für Solo-Selbstständige versagt.⁴ Da diese Beschäftigungsform stetig an Bedeutung gewinnt, stellt sich die Frage, wie damit rechtspolitisch umzugehen ist. *Frank Bayreuther* (Universität Passau) nahm sich ihr in seinem Vortrag »Selbständige im Tarif- und Koalitionsrecht« an. Zwar identifizierte er zahlreiche Hürden für eine Regulierung, aber durchaus auch Handlungsmöglichkeiten, die er in seinem Beitrag in diesem Heft ausführlich darlegt.

Damit waren in der Veranstaltung die thematischen Grundlagen für die Podiumsdiskussion gelegt, in der Vertreter der Tarifvertragsparteien (*Robert Feiger*, IG BAU, und *Andreas Schmieg*, Hauptverband der Deutschen Bauindust-

rie) mit Mitgliedern des Deutschen Bundestages (*Michael Gerdes*, SPD, *Pascal Kober*, FDP, *Jutta Krellmann*, Die Linke, *Beate Müller-Gemmeke*, Bündnis 90/Die Grünen, *Max Straubinger*, CSU) unter Leitung von *Bepler* zum Thema »Gestaltung der Arbeitswelt und Regelungen der Arbeitsbeziehungen – Herausforderungen für Sozialpartner und Politik!« debattierten. Die Podiumsdiskussion machte deutlich, dass die tarifpolitische Fragestellung der besseren Einbeziehung von (Solo-)Selbstständigen in Tarifverträgen mit sozialversicherungsrechtlichen Fragestellungen einhergeht. Kontrovers erörtert wurde, wie Mindestarbeitsbedingungen künftig besser werden können. Als mögliche Lösungswege wurden eine verstärkte AGB-Kontrolle im Bereich der Solo-Selbstständigen und die Instrumentalisierung des Wettbewerbsrechts für eine effektive Kontrolle der Einhaltung erstreckter Kollektivverträge diskutiert. Hierzu legen wir Ihnen den Beitrag von *Bepler* in diesem Heft ans Herz.

Die große thematische Breite des Symposiums zeigte nicht zuletzt der abschließende Vortrag »Grenzen und Entwicklungsmöglichkeiten der Tarifpolitik – vom Ausland lernen?« von *Stefan Greiner* (Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn). *Greiner* hob in seiner rechtsvergleichenden Untersuchung zunächst hervor, wie wichtig zum einen kulturelle und historische Prägung für die Akzeptanz und Ausgestaltung sozialpartnerschaftlicher Regelungsmodelle sind. Auf der anderen Seite arbeitete er aber auch heraus, dass es durchaus möglich ist, vom Ausland zu »lernen«. Welche Optionen und Modelle das sind, können Sie ebenfalls in diesem Heft nachlesen.

Prominente Vertreter aus Wissenschaft, Politik, Sozialpartnerschaft und Arbeitsgerichtsbarkeit haben sich auf dem diesjährigen Symposium der Bauwirtschaft fachlich intensiv ausgetauscht und uns durch interessante Vorträge und spannende Diskussionen anregende Impulse für unsere weitere Arbeit mit auf den Weg gegeben. Hierfür sei allen Referenten und Diskutanten herzlich gedankt!

Gregor Asshoff/Manfred Purps,
Vorstand SOKA-BAU

1 BAG, 21. 3. 2018 – 10 ABR 62/16 – AP Nr. 40 zu § 5 TVG; dazu *Ulber*, NZA Beilage 1/2018, 3 ff.; *Greiner/Zogloweg*, BB 2018, 2996 ff.

2 BAG, 20. 11. 2018 – 10 AZR 121/18 – AP Nr. 364 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau; BAG, 20. 11. 2018 – 10 ABR 12/18 – AP Nr. 41 zu § 5 TVG.

3 BAnz AT 17.5.2019, B 1–4.

4 BAG, 31. 1. 2018 – 10 AZR 279/16 – AP Nr. 25 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit.

Selbständige im Tarif- und Koalitionsrecht

Prof. Dr. Frank Bayreuther, Universität Passau

Lange Zeit hatte sich das Koalitions- und Tarifrecht ausschließlich mit der Regelung der Beschäftigungsbedingungen von Arbeitnehmern befasst. Erst in den letzten Jahren richtete sich der Blick vermehrt auch auf Selbständige. Das hat seinen guten Grund. Mit den sich ändernden wirtschaftlichen Rahmenbedingungen stellt sich mehr und mehr die Frage nach einem adäquaten Sozialschutz von solchen Leistungserbringern, die zwar selbständig und keine Arbeitnehmer sind, sich aber dennoch als sozial schutzwürdig erweisen. Mit ihnen wird sich das Koalitionsrecht in den nächsten Jahren intensiv befassen müssen.

I. (Solo-)Selbständige als Arbeitgeber im Tarifrecht?

Nur am Rande soll hier auf eine Sonderfrage des Einbezugs Selbständiger in das Tarifrecht eingegangen werden: Können (Solo-)Selbständige, für die keine Arbeitnehmer tätig sind, als Arbeitgeber in Tarifverträge aufgenommen werden? Bekanntlich hatten SOKA-BAU und die Ausgleichskasse für das Schornsteinfegerhandwerk auch solche Betriebe zu Beitragspflichten herangezogen, die keine Arbeitnehmer angestellt haben. Diese wurden in den personellen Geltungsbereich der Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen einbezogen, die dann im Anschluss durch das BMAS für allgemeinverbindlich erklärt wurden.

Allerdings war von Anfang an umstritten, ob die Tarifpartner wirklich auch für solche Selbständigen regelungsbefugt sind, die keine Arbeitnehmer beschäftigen.¹ Das BAG hat das mittlerweile klar verneint.² Nach Auffassung des Gerichts liegt dem TVG der allgemeine Arbeitgeberbegriff zugrunde, so dass das Tarifrecht vom Arbeitsverhältnis her zu denken ist. Arbeitgeber ist demnach, wer wenigstens einen Arbeitnehmer oder eine arbeitnehmerähnliche Person beschäftigt oder das zumindest beabsichtigt.

Der Verfasser war anderer Auffassung. Dennoch dürfte ein Nachtarocken nicht lohnen, weshalb hier auf eine Wiedergabe der Argumente, die für die gegenteilige Sicht sprechen, verzichtet werden soll. Erfurt locuta, causa finita. Nunmehr ergibt sich die dringende Aufforderung an

die Politik, die fraglichen Ausbildungsumlagen per Gesetz zu ordnen.³ Es darf nicht sein, dass diejenigen, die zur Ausbildung bzw. Beschäftigung von Arbeitnehmern bereit sind, alleine die Kosten für die Nachwuchsförderung tragen, während Freelancer – die ihre Ausbildung meist über genau dieses Ausgleichskassensystem finanziert erhalten haben – ihre Preise ohne die damit verbundene Beitragsbelastung kalkulieren können.

II. Selbständige auf »Arbeitnehmerseite«

1. Kollektivverträge von Selbständigen

a) § 12a TVG und Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen für Arbeitnehmerähnliche?

Spricht man über eine mögliche Regelung der Leistungsbedingungen Selbständiger durch Tarifrecht, fällt der Blick zunächst auf § 12a TVG. Bei näherem Hinsehen zeigt sich dann freilich, dass die Norm bei weitem nicht so weit reicht, wie dies zunächst den Eindruck hat. Sie erfasst nämlich nur einen ganz kleinen Ausschnitt aus dem Wirtschaftsbereich selbständiger Arbeit, nachdem sie sich nur auf arbeitnehmerähnliche Personen erstreckt und daher voraussetzt, dass der Beschäftigte von einem einzigen Auftraggeber wirtschaftlich abhängig ist. Die Bestimmung greift mithin nicht für all diejenigen Selbständigen, die für wechselnde Auftraggeber tätig sind oder/und mit diesen nur in einen punktuellen Leistungsaustausch treten und das auch dann nicht, wenn sie dabei unter noch so prekären Beschäftigungsbedingungen tätig sind. So gehen etwa Kurierfahrer oder Crowdworker in aller Regel leer aus. Darüber hinaus haben

1 Befürwortend Bayreuther/Deinert, RdA 2015, 129, 133 ff.; LAG Berlin-Brandenburg, 21.7.2016 – 14 BVL 5007/15 – juris; LAG Köln, 18.3.2016 – 9 Sa 392/15 – juris (= Vorinstanz zu BAG, 31.1.2018 – 10 AZR 279/16 – AP Nr. 25 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit); aA. ArbG Siegburg, 5.7.2016 – 1 Ca 1504/16 – juris; Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl., München 2017, § 4 Rn. 374; Rieble, in: Giesen/Junker/Rieble (Hrsg.), Ordnungsfragen des Tarifvertragsrechts, München 2017, S. 65 ff.; Vetter, NZA-RR 2017, 281.

2 BAG, 31.1.2018 – 10 AZR 279/16 – AP Nr. 25 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit.

3 So bereits die Forderung von Beppler, in: Giesen/Junker/Rieble (Fn. 1), S. 86.

Tarifverträge aber auch für Arbeitnehmerähnliche eher nur im Medien- und Kunstbereich Bedeutung erlangt.

Das eröffnet zunächst die Frage, ob die Tarifvertragsparteien den Anwendungsbereich ihrer Tarifverträge autonom festlegen und deren personellen Geltungsbereich über die Regelung des § 12a TVG hinaus erweitern können. Das BAG hat das in einer (etwas) älteren Entscheidung bejaht.⁴ Machen die Tarifpartner hiervon Gebrauch, tun sich indes kartellrechtliche Probleme auf, die an späterer Stelle noch diskutiert werden sollen (II.3.b).

Zuletzt wurde immer einmal wieder die Frage aufgeworfen, ob Tarifverträge nach § 12a TVG für allgemeinverbindlich erklärt werden können. Prinzipiell erscheint das durchaus möglich.⁵ § 12a TVG erklärt »die Vorschriften dieses Gesetzes«, also diejenigen des TVG, auch für solche Tarifverträge für »entsprechend« anwendbar. Ein Erlass einer entsprechenden Allgemeinverbindlicherklärung wird sich dabei am ehesten auf § 5 Abs. 1 Nr. 2 TVG stützen lassen. Im Rahmen der danach erforderlichen Abwägungsentscheidung ist allerdings zu beachten, dass die sich aus Art. 12 und 14 GG ergebenden Rechtfertigungslasten hier sehr hoch liegen. Während bei der Allgemeinverbindlicherklärung eines »normalen« Tarifvertrags die Arbeitnehmer von der Allgemeinverbindlicherklärung alles in allem nur profitieren, gilt hier in die Prüfung einzustellen, dass Selbständigen, die bereit sind, unter Tarif tätig zu werden, Wettbewerbschancen verloren gehen. Zu möglichen Konflikten mit der Dienstleistungsfreiheit des Unionsrechts: II.3.b.

b) § 17 HAG

Nach § 17 HAG können Verbände von Heimarbeitern und ihren Auftraggebern Tarifverträge abschließen. Das erscheint im vorliegenden Kontext interessant, da Heimarbeiter – anders als dieser Rechtsbegriff das zu suggerieren scheint – keine Arbeitnehmer, sondern Selbständige sind.

Auch wenn das HAG nach neuerer Rechtsprechung des BAG qualifizierte Tätigkeiten⁶ mitumfasst, sollte man die Erwartungen, die sich mit einer Dienstbarmachung des HAG verbinden, aber nicht zu hoch ansetzen. »Echte« Heimarbeiter, also solche im Rechtssinn, gibt es in Deutschland nur noch wenige und Tarifverträge nach § 17 HAG sind nahezu nicht existent. Wenn sich für Heimarbeiter standardisierte Arbeitsbedingungen finden, dann ergeben sich diese aus staatlichen Lohnfestsetzungen nach § 19 HAG. Zudem setzt auch das HAG eine wirtschaftliche Abhängigkeit des Gewerbetreibenden von seinem Auftraggeber voraus.⁷

Daher lässt sich mit einer Übertragung des § 17 HAG im Verhältnis 1:1 in das Selbständigenrecht nicht viel gewinnen.

c) Gemeinsame Vergütungsrichtlinien nach § 36 UrhG

Einige Beachtung im vorliegenden Kontext verdient die Rechtsbeziehung zwischen Urhebern und ihren Werknutzern. Für diese sieht § 36 UrhG nämlich gemeinsame Vergütungsrichtlinien vor. Ausgangspunkt ist, dass der Urheber nach § 32 Abs. 1 S. 2 UrhG eine angemessene Vergütung für die Nutzung seines Werks verlangen kann. Eine nach einer gemeinsamen Vergütungsregel ermittelte Vergütung gilt als angemessen: § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG. § 36 UrhG wiederum regelt den Abschluss einschlägiger Vergütungsrichtlinien. In Ansätzen ist das urheberrechtliche Kollektivvertragsrecht dabei den Vorschriften des TVG nachgebildet, wenngleich dieses den arbeitsrechtlichen Betrachter insoweit ein wenig neidisch werden lässt, als es insbesondere mit einer Definition der »Tariffähigkeit« einschlägiger Verbände aufwartet (§ 36 Abs. 2 UrhG). Danach können Urheber- und Nutzerverbände (ggf. auch einzelne Nutzer) zur Bestimmung der Angemessenheit von Vergütungen gemeinsame Vergütungsregeln aufstellen, wobei dem Gesetz seit der Novelle 2016/2017⁸ eine starke Tendenz zu einem Schlichtungszwang innewohnt. Die vereinbarten Tarifsätze sind für das »tarifgebundene« Nutzerverhältnis zwingend (§ 36c UrhG) und gelten für alle anderen als angemessen (s. §§ 32 Abs. 2, 32a Abs. 4 UrhG). Darüber hinaus sieht das Gesetz auch einen kollektiven Unterlassungsanspruch der Nutzergewerkschaft gegen gebundene, aber abtrünnige Nutzer vor: § 36b Abs. 1 UrhG.

Allerdings lässt sich dieses Verfahren nicht so einfach auf alle übrigen Selbständigen übertragen. Die Normen sind auf eine ganz kleine und zudem sehr spezielle Gruppe Selbständiger zugeschnitten und daher nicht ohne weiteres verallgemeinerungsfähig. Was ihre Durchschlagskraft betrifft, hinterlassen sie überdies ein ambivalentes bis enttäuschendes Bild. Zudem darf nicht außer Acht gelassen werden, dass der Urheber in einer besonderen, eigen-

4 BAG, 15. 2. 2005 – 9 AZR 51/04 – AP Nr. 6 zu § 12a TVG.

5 *Löwisch/Rieble*, TVG (Fn. 1), § 12a Rn. 15.

6 BAG, 14. 6. 2016 – 9 AZR 305/15 – AP Nr. 129 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

7 AA. möglicherweise BAG, 14. 6. 2016 – 9 AZR 305/15 – AP Nr. 129 zu § 611 BGB Abhängigkeit, Rn. 48.

8 Gesetz zur verbesserten Durchsetzung des Anspruchs der Urheber und ausübenden Künstler auf angemessene Vergütung und zur Regelung von Fragen der Verlegerbeteiligung v. 20. 12. 2016, BGBl. I, S. 3037, in Kraft seit 1. 3. 2017.

tumsrechtsähnlichen und verfassungsrechtlich intensiv abgesicherten Beziehung zu seinem Werk steht.⁹ Das unterscheidet ihn signifikant etwa von einem Kurierfahrer, der ein Paket ausliefert. Und zu (un)guter Letzt ist umstritten, inwieweit die §§ 32, 32a ff. UrhG mit dem Kartellrecht bzw. der Dienstleistungsfreiheit des Unionrechts vereinbar sind.¹⁰

d) Sonstige Normenverträge

Bleiben abschließend alternative Vertretungsformen. Insoweit kommt insbesondere der Abschluss »sonstiger« Kollektivvereinbarungen in Betracht, die zwar nicht dem Regime des TVG unterliegen, die aber dennoch einen Beitrag für einen angemessenen Schutz von Selbständigen leisten sollen.¹¹ Vorbild könnten die soeben erwähnten gemeinsamen Vergütungsregelungen des Urhebervertragsrechts sein, aber auch die Tarifverträge für arbeitnehmerähnliche Personen im Medienbereich, die auch, soweit sie keine rechtliche Verbindlichkeit erlangen, in der Praxis regelmäßig zur Vergütungsermittlung herangezogen werden. Hinzuweisen ist weiter auf solche Normverträge, die zwar ebenfalls nicht rechtsverbindlich sind, an denen sich die Marktakteure aber trotzdem orientieren, wie etwa die Verdingungsordnungen für das Baugewerbe oder der Versa-Kostenindex für Sammelgutverkehre (§ 460 Abs. 2 S. 2 HGB).

Bindend werden derartige Musterverträge allerdings nur, wenn die kontrahierenden Verbände von ihren Mitgliedern zum Vertragsschluss bevollmächtigt werden (§§ 164 ff. BGB) oder aber, wenn das Regelwerk individuell in das Vertragsverhältnis eingeführt wird. Alles in allem bewegt man sich so in einem Rechtszustand, der im weitesten Sinn mit den »Gentlemen's Agreements« des englischen Tarifrechts vergleichbar ist bzw. wie er dem Tarifrecht vor Schaffung des TVG bzw. der TVVO von 1918 geläufig und bis 2003 auch im Bühnenbereich anzutreffen war (Normalverträge Solo).¹² Denkbar ist natürlich auch, dass staatliche Entgeltfestsetzungen sich an solchen Leitlinien festmachen (wie eben § 32 UrhG).

Eine in rechtlicher Hinsicht noch schwächer wirkende Untervariante besteht in Form einfacher Empfehlungen von Verbänden. Solche sind zunehmend in der Plattformökonomie anzutreffen, aber aus dem Designer- und Orchesterbereich bekannt.¹³ Diesen kommt insoweit Leitbildfunktion zu, als sie zumindest ein Bewusstsein dafür schaffen, was eine Leistung wert ist.

2. Kollektive Organisationen Selbständiger

Die Organisation Selbständiger in Kollektivvereinigungen steht erst am Anfang, ist aber vor allem durch die Plattformökonomie in Bewegung geraten.¹⁴ Viele Gewerkschaften nehmen seit jeher Selbständige in ihre Reihen auf. Darüber hinaus haben in den letzten Jahren vor allem die IG Metall und ver.di ganz zielgerichtet moderne Digitalarbeiter (»Crowdworker«) in den Blick genommen. Letztere haben sich aber auch auf Plattformen, in Internetforen und sozialen Medien zusammengetan (etwa: [coworker.org](https://www.coworker.org)). Ziel solcher, ggf. auch nur ganz kurzzeitiger und loser Zusammenschlüsse ist dabei weniger der Abschluss von Kollektivverträgen oder Musterarbeitsbedingungen. Wenn Selbständige Probleme mit der Durchsetzung angemessener Beschäftigungsbedingungen haben, dann nämlich nicht alleine deshalb, weil es ihnen an Marktmacht fehlt. Vielmehr resultiert ihre Verhandlungsschwäche auch gerade daraus, dass sie nicht in einer gemeinsamen Betriebsstätte tätig werden, sich nicht kennen, nur selten in Austausch miteinander treten und daher die Marktgegebenheiten bzw. ihre Verhandlungschancen nicht überblicken können. Ziel einer Kollektivierung ist daher immer auch die Überwindung der gegenüber dem sozialen Gegenspieler bestehenden Informationsasymmetrie durch einen gegenseitigen Austausch über Leistungen, Vertrags- und Beschäftigungsbedingungen, Honorare aber ggf. auch über das Geschäftsgebaren einzelner Auftraggeber (Stichwort: Bewertungsportale). Schließlich sind auch spontane Aktionsformen möglich, die im weitesten Sinn Arbeitskämpfcharakter haben. Bekannt sind etwa die Weigerung, einzelne Auftraggeber weiter zu bedienen, Boykottaufrufe (»Boykott der Milchbauern«) oder digitale Aktionen im virtuellen Raum.¹⁵

9 Vgl. nur BVerfG, 23.10.2013 – 1 BvR 1842/11 – BVerfGE 134, 204.

10 S. etwa: *Tolkmitt*, GRUR 2016, 564; *Ory*, AfP 2015, 389, 393; *Spindler*, ZUM 2012, 921, 925 f.; *Schlink/Poscher*, Verfassungsfragen der Reform des Urhebervertragsrechts, Bonn ua. 2002, S. 67; *Schack*, GRUR 2002, 853; *Schmitt*, GRUR 2003, 294; Deutscher Bundestag, Gutachten PE 6 – 3000 – 121/16, S. 9 ff.

11 *Schliemann*, FS Wank, 2017, S. 531, 542.

12 S. dazu: *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, Berlin 2011, Rn. 1194 ff.; *Rieble*, ZfA 2000, 5 ff.; *Löwisch/Rieble*, TVG (Fn. 1), § 1 Rn. 1283 ff.

13 Aufstellung bei *Bayreuther*, Sicherung der Leistungsbedingungen von (Solo-) Selbständigen, Crowdworkern und anderen Plattformbeschäftigten, HSI-Schriftenreihe Bd. 26, Frankfurt a.M. 2018, abrufbar unter: https://www.hugo-sinzheimer-institut.de/fileadmin/user_data_hsi/Veroeffentlichungen/HSI_Schriftenreihe/HSI_Band_26.pdf (13.5.2019), S. 73 ff.

14 Übersicht etwa bei: *Pongratz/Bormann*, AIS-Studien 10 (2) 2017, 158, 174; *Lutz/Risak*, Arbeit in der Gig-Economy, Wien 2017, S. 73 f.; *Bayreuther*, Sicherung der Leistungsbedingungen (Fn. 13), S. 66 ff., 77 ff.

15 Zu letzteren: *Giesen/Kersten*, NZA 2018, 1, 6; *Bayreuther*, Sicherung der Leistungsbedingungen (Fn. 13), S. 87 f.

3. Teilnahme am Koalitionsgrundrecht

a) Nationales Verfassungsrecht

Die entscheidende Weichenstellung für die rechtliche Beurteilung, ob und inwieweit Selbständige ihre Leistungsbedingungen durch Kollektivierung steuern können, ist die Frage, ob und inwieweit diese am Koalitionsgrundrecht des Art. 9 Abs. 3 GG teilnehmen. Dass arbeitnehmerähnliche Personen auf dieses Grundrecht zurückgreifen können, ist überwiegende Meinung, wenngleich nicht unumstritten.¹⁶ Auch für Heimarbeiter ist anerkannt, dass diese am Koalitionsgrundrecht des Art. 9 Abs. 3 GG teilnehmen.¹⁷ Für alle »übrigen« Selbständigen, also diejenigen, die nicht von einem einzigen Auftraggeber wirtschaftlich abhängig sind, ist deren Grundrechtsberechtigung dagegen unsicher.¹⁸ Indes spricht für deren Teilnahme am Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG zumindest dann sehr viel, wenn diese einem Arbeitnehmer vergleichbar schutzbedürftig sind.¹⁹ Darauf deutet schon der Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 GG (»für jedermann und alle Berufe«) hin, aber auch eine arbeitsvölkerrechtliche Auslegung des Grundrechts, die berücksichtigen muss, dass die Spruchpraxis der ILO-Gremien Solo-Selbständige in den Anwendungsbereich der Konventionen miteinbezieht.²⁰ Ähnliches wurde seinerzeit für Existenzgründer iSd. früheren § 421 lit. I SGB III angenommen.²¹

Entscheidend ist letztlich aber ohnehin ein anderes: Beim Koalitionsgrundrecht des Art. 9 Abs. 3 GG handelt es sich um eine imperfekte Verfassungsgewährleistung, die in besonderem Maße entwicklungs offen ist.²² Es besteht daher nicht nur die Möglichkeit, sondern letztlich sogar die Verpflichtung des Gesetzgebers, das Tarifrecht so auszugestalten, dass es seine Aufgabe in der jeweiligen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Wirklichkeit auch tatsächlich erfüllen kann. So müssen sich parallel mit dem sozioökonomischen Wandel (Stichworte etwa: vermehrtes Auftreten von Selbständigen am Markt, Outsourcing an Selbständige, neue Selbständigkeit, Beschäftigte im Grenzbereich von Selbständigkeit und abhängiger Beschäftigung, digitale und entgrenzte Arbeitsformen, kollaborative Wirtschaft, Crowdworking) auch bei der Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit Änderungen ergeben. Wenn sich die Rechtsverhältnisse von Selbständigen mehr und mehr dem Arbeitsverhältnis oder vergleichbaren Formen unselbständig geleisteter Arbeit annähern, müssen derartige Berufsgruppen auch in den Anwendungsbereich des Art. 9 Abs. 3 GG einbezogen werden. Es erschiene sinnwidrig, wenn einerseits über einen

staatlichen Schutz von Selbständigen diskutiert wird, diese in das Sozialrecht einbezogen werden sollen, für sie Mindestlöhne eingeführt oder zu ihren Gunsten gar der Arbeitnehmerbegriff modifiziert werden soll, diesen dann aber verwehrt wird, ihr Schicksal selbst in die Hand zu nehmen und ihre wirtschaftliche Lage durch kollektive Selbstorganisation zu verbessern. Das läge quer zum Primat der autonomen Ordnung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, das darauf dringt, dass zunächst einmal die Marktakteure selbst ihre Leistungsbedingungen regeln, bevor der Staat eingreift. Daher nehmen Selbständige jedenfalls dann an der Koalitionsfreiheit teil, wenn sie Leistungen in partieller wirtschaftlicher Abhängigkeit erbringen und ihre individuelle Verhandlungsschwäche gegenüber dem sozialen Gegenspieler nur mit Hilfe kollektiver Interessenvertretung ausgleichen können.²³ Zu kartellrechtlichen Implikationen: II.3.b.

b) Unionsrecht und kartellrechtliche Implikationen

Möglicherweise enger gefasst zu sein scheint der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff. Art. 28 GRCh spricht nur von »Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern« und auch im übrigen Primärrecht zeigt sich die Definition des

16 BAG, 15.2.2005 – 9 AZR 51/04 – AP Nr. 6 zu § 12a TVG, unter I.2.b.aa.; Zichert, in: Kempen/Zichert (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 5. Aufl., Frankfurt aM. 2014 (im Folgenden: Kempen/Zichert), § 1 Rn. 781; dagegen offen gelassen bei: Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 15. Aufl., München 2018 (im Folgenden Jarass/Pieroth), Art. 9 Rn. 43; aA. (bezüglich des Tarifabschlusses): Löwisch/Rieble, TVG (Fn. 1), § 12a Rn. 2 f.

17 Mittelbar: BVerfG, 27.2.1973 – 2 BvL 27/69 – BVerfGE 34, 307 (Verfassungskonformität des § 19 HAG).

18 Insoweit etwas offener: Höfling, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl., München 2018, Art. 9 Rn. 111; enger dagegen: Jarass/Pieroth-Jarass (Fn. 16), Art. 9 Rn. 43; Scholz, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 85. Aufl., München 2019 (im Folgenden: Maunz/Dürig), Art. 9 Rn. 180; Löwer, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl., München 2012, Art. 9 Rn. 87; Löwisch/Rieble, TVG (Fn. 1), Grundl. Rn. 152, § 12a Rn. 3.

19 Heuschmid, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl., Baden-Baden 2016 (im Folgenden: Däubler, TVG), § 1 Rn. 834 ff.; Schlachter, GS Zichert, 2010, S. 634, 645; im Ansatz auch: Kempen/Zichert-Zichert (Fn. 16), § 1 Rn. 781.

20 Dazu Heuschmid/Klebe, FS Kohte, 2016, S. 73, 81.

21 Däubler, TVG-Reim/Nebe (Fn. 19), § 1 Rn. 301 f.

22 Prägend: BVerfG, 1.3.1979 – 1 BvR 532/77 – BVerfGE 50, 290, 366; s. auch Maunz/Dürig-Scholz (Fn. 18), Art. 9 Rn. 180; Scholz, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, München 1971 (zugl. München, Univ., Habil. 1970), S. 53.

23 In diese Richtung: Linsenmaier, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Aufl., München 2019 (im Folgenden: ErfK), Art. 9 GG Rn. 28; Schlachter, GS Zichert, 2010, S. 634, 640; Kocher, in: Berg/Kocher/Schumann (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz und Arbeitskämpfrecht, 6. Aufl., Frankfurt aM. 2018 (im Folgenden: Berg/Kocher/Schumann), Grundl. Rn. 84, § 2 TVG Rn. 22; Heuschmid/Klebe, FS Kohte, 2016, S. 73, 81.

Arbeitnehmers (Art. 45, 153 AEUV) eher verhalten. Das erlangt außerordentlich große Bedeutung, weil die Auslotung des Arbeitnehmerbegriffs auch die Weichen dafür stellt, inwieweit Kollektivabreden von Selbständigen unter das Kartellverbot des Art. 101 AEUV fallen.²⁴ Diese Frage würde sich, nebenbei bemerkt, zwar auch für das nationale Recht auf tun (§ 1 GWB),²⁵ erweist sich dort aber aus Gründen, die hier nicht näher nachgezeichnet werden können, als weniger drängend.

Nachdrücklich führt diese Problematik die *Kunsten*-Entscheidung des EuGH vor Augen.²⁶ Im Fall ging es darum, ob eine Vereinigung selbständiger Musiker einen Kollektivvertrag über deren Beschäftigungsbedingungen abschließen darf. Wie in vielen anderen Urteilen auch, stellt der Gerichtshof zunächst klar, dass Tarifverträge zwar aus dem Kartellverbot ausgenommen sind,²⁷ weist dann aber darauf hin, dass die Bereichsausnahme ausschließlich für Tarifverträge greift, die sich an Arbeitnehmer wenden. Kollektivabreden selbständiger Dienstleistungserbringer seien dagegen nicht privilegiert.

Was die demnach erforderliche Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen betrifft, zeigt sich die Rechtsprechung des EuGH schwankend. Wenn insoweit im Schrifttum ausgeführt wird, dass der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff weiter gefasst sei als der des § 611a BGB,²⁸ so erweist sich das nur bedingt als richtig. Tatsächlich verfährt der EuGH in einigen Randbereichen abhängiger Beschäftigung betont großzügig (Stichworte: Organträger, leitende Angestellte im Massenentlassungsrecht, Vereinsmitglieder, Leiharbeitsrecht, Leiharbeitnehmer beim Betriebsübergang). Für die vorliegende Problematik trifft dies indes nicht zu. Hier meint der EuGH, dass aus dem Kartellrecht nur Abreden solcher Personen ausgenommen seien, die für einen anderen Leistungen nach dessen Weisung erbringen und die in dessen Betrieb eingegliedert sind. Damit trifft er im Großen und Ganzen kaum mehr als den Arbeitnehmerbegriff des § 611a BGB. Allenfalls ließe sich noch fruchtbar machen, dass der EuGH die Weisungsgebundenheit möglicherweise etwas umfassender versteht als das BAG das tut. Vor allem was die Arbeitnehmereigenschaft eines gesellschaftsrechtlichen Organs betrifft, will er auch die Umstände mit in den Blick nehmen, unter denen dieses abberufen werden kann.²⁹ Daraus ließe sich vielleicht in dem einen oder anderen Fall herleiten, dass ein vermeintlich selbständiger Leistungserbringer, der latent um den Fortbestand seines Vertragsverhältnisses fürchten muss, Arbeitnehmer ist.³⁰

Dennoch meint der EuGH in *Kunsten*, dass der kartellrechtliche Ausnahmetatbestand nur für Arbeitnehmer ieS. greift, allenfalls noch für solche Selbständige, die »in Wirklichkeit Scheinselbständige sind«. Wen der EuGH damit im Auge gehabt hat, bleibt unklar. Sollen das wirklich nur Scheinselbständige ieS. sein?³¹ Das erschiene bizarr, denn wer »in Wirklichkeit« Arbeitnehmer ist, ist sowieso Arbeitnehmer und für den muss der Anwendungsbereich des Privilegierungstatbestands nicht eigens erweitert werden. Man kann dem EuGH aber kaum unterstellen, dass er mit langen Ausführungen lediglich eine simple Binsenwahrheit aussprechen wollte. *Kunsten* lässt sich daher nur so verstehen, dass zumindest kollektive Abreden solcher Selbständiger nicht nach Art. 101 AEUV verboten sind, die sich in einer vergleichbaren Lage wie ein Arbeitnehmer befinden.³² Danach sind jedenfalls arbeitnehmerähnliche Personen iSd. § 12a TVG vom Kartellverbot des Unionsrechts ausgenommen.³³

Orientiert man sich also am status quo, befindet man sich nur dann auf der sicheren Seite, wenn der Abschluss von Kollektivabreden primär solchen Selbständigen vorbehalten bleibt, die in besonderer Weise sozial schutzbedürftig erscheinen, weil ihre gesamte wirtschaftliche Existenz in den Händen eines anderen liegt. Dabei wäre es aber vielleicht zu eng, wenn man deshalb fordern würde, dass sie

24 Dazu auch: Bayreuther, Sicherung der Leistungsbedingungen (Fn. 13), S. 93 ff.; Bayreuther, NJW 2017, 357, 361; Hütter, ZfA 2018, 552, 567 ff.; Schubert, FS Klebe, 2018, S. 351.

25 S. BAG, 27. 6. 1989 – 1 AZR 404/88 – AP Nr. 113 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

26 EuGH, 4. 12. 2014 – C-413/13 – NZA 2015, 55 (FNV *Kunsten*); ähnlich eng auch bereits: EuGH, 12. 9. 2000 – C-180/98 – Slg. 2000, I-6451 (Pavlov).

27 S. nur: EuGH, 14. 12. 2006 – C-217/05 – Slg. 2006, I-11987 (Petróleos SA); EuGH, 3. 3. 2011 – C-437/09 – Slg. 2011, I-973 (AG2R *Prévoyance*), Rn. 38; EuGH, 21. 9. 1999 – C-67/96 – Slg. 1999, I-5863 (Albany), Rn. 66; EuGH, 21. 9. 1999 – C-115/97 ua. – NZA 2000, 201 (Brentjens'), Rn. 66; EuGH, 21. 9. 1999 – C-219/97 – Slg. 1999, I-6121 (Drijvende Bokken), Rn. 56.

28 Junker, EuZA 2016, 184; Wank, EuZW 2018, 21; Temming, SR 2016, 158; Oberthür, RdA 2018, 286, 293; Schneider, in: Richardi/Wlotzke/Wißmann/Oetker (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht Bd. 1, 4. Aufl., München 2019, § 18 Rn. 53.

29 S. EuGH, 11. 11. 2010 – C-232/09 – Slg. 2010, I-11405 (Danosa), Rn. 47.

30 *Commandeur/Kleinebrink*, NZA-RR 2017, 449, 451.

31 So aber in der Tendenz (mit erheblichen Unterschieden im Detail): Löwisch/Rieble, TVG (Fn. 1), § 12a Rn. 25; Thomas, in: Ory/Cole (Hrsg.), Reform des Urhebervertragsrechts, Baden-Baden 2016, S. 47, 55 ff.; Latzel/Serr, EuZW 2014, 410; Goldmann, EuZA 2015, 509, 517 f.; Füller, in: Busche/Röhling (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 3, Köln 2016, Art. 101 AEUV Rn. 57.

32 Vgl. dazu Bayreuther, Sicherung der Leistungsbedingungen (Fn. 13), S. 96 ff.

33 Steinmeyer, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2. Aufl., München 2018, Art. 45 AEUV Rn. 13; Däubler, TVG-Reinecke/Rachor (Fn. 19), § 12a Rn. 14; Schubert, FS Klebe, 2018, S. 351, 356; Fuchs, ZESAR 2016, 297; Eufinger, DB 2015, 192.

auch arbeitnehmerähnliche Personen iSd. § 12a TVG sein müssten; vielmehr sind die »Einnahmequoten« des § 12a Abs. 1 Nr. 1 lit. b und Abs. 3 TVG eine Erfindung des nationalen Rechts. Wohl spricht sogar einiges dafür, dass der EuGH auch solchen Selbständigen das Recht zur Kollektivierung zugestehen würde, die bei wirtschaftlicher Betrachtung eigentlich keine eigene wirtschaftliche Einheit bilden, sondern im Grunde dem Auftraggeber zuzuordnen sind. Dafür, dass sich der EuGH wenigstens für diese Linie erwärmen könnte, weist übrigens seine wenig bekannte Entscheidung in Sachen *Becu* hin. In dieser hielt er eine Erstreckung tariflicher Mindestlöhne aus sozialpolitischen Erwägungen auf Hafendienstleistungen, die ihre Dienstleistungen nicht als Arbeitnehmer anboten, für gerechtfertigt.³⁴

Eine weitere Diskussion wäre es, ob Kollektivabreden wirtschaftlich schwacher Selbständiger überhaupt die »anderen« Tatbestandsmerkmale des Art. 101 AEUV (Zwischenstaatlichkeitsklausel, de-minimis-Regel, rule-of-reason?) erfüllen.³⁵ Das dürfte häufig nicht der Fall sein und in diese Richtung positioniert sich sogar der EuGH in *Kunsten*,³⁶ was es umso bemerkenswerter werden lässt, dass er sich am Ende dann doch so weit aus dem Fenster lehnt. Aber auch darüber hinaus scheint es so, dass sich die Diskussion um das Verhältnis zwischen Tarif- und Kartellrecht vom eigentlichen Ausgangspunkt losgelöst und verselbständigt hat. Die Probleme fangen damit an, dass das Kartellverbot durch seine Verankerung im Vertrag in der Rechtsprechung des EuGH eine gleichsam grundrechtsgleiche Stellung erlangt und das Koalitionsgrundrecht in den Abwägungen erst auf der Rechtfertigungsebene erscheint. Das Gewicht des Kartellverbots wird so überhöht und die Koalitionsfreiheit in die Defensive gedrängt. Vielleicht erklärt sich so auch, dass der EuGH sich im »normalen« Arbeitsrecht und dort insbesondere am oberen Ende der Skala offen zeigt, was den Einbezug von Beschäftigten in das europäische Arbeitsrecht angeht, an dieser entscheidenden Stelle dann aber so restriktiv verfährt. Offenbar denkt er hier nicht vom Arbeitsrecht her, sondern geht vom Kartellrecht aus. Vor allem aber darf der Regelungsauftrag des Kartellrechts nicht aus dem Blick geraten. Dieses ist geschaffen, damit die vom Binnenmarkt eingerissenen früheren staatlichen Marktzugangsschranken nicht von Unternehmen wieder künstlich aufgerichtet werden; darüber hinaus geht es um die Abwehr markt-schädlicher Kartelle großer Unternehmen und Konzerne. Was damit aber nicht gemeint ist, ist, dass noch so unbe-

deutende Vertragsbedingungen noch so kleiner und wirtschaftlich schwacher Dienstleister einem übergeordneten Regelwerk unterworfen wird. Muss sich das europäische Kartellrecht wirklich darum kümmern, dass freischaffende und vermutlich am Rande des Existenzminimums lebende Aushilfsmusiker in ihrer Region sicherstellen wollen, dass, wenn sie hier und da ein musikalisches Gelegenheitsgeschäft wahrnehmen, dafür ein wenigstens einigermaßen ansprechendes Honorar erhalten? Profitiert der Binnenmarkt, wenn sich diese gegenseitig Konkurrenz machen (so dass für deren Sozialversicherung am Ende wahrscheinlich der Staat einspringen muss)? So mag das Verhältnis von Kartell- und Tarifrecht zwar die akademische Diskussion beflügeln; dort füllt sie mittlerweile mehrere Bibliotheksregale. Die Realität spiegelt diese aber nur noch bedingt wider. Aber auch ganz unabhängig davon gilt, was schon oben mit Blick auf Art. 9 Abs. 3 GG gesagt wurde: Die Koalitionsfreiheit muss mit den sich verändernden wirtschaftlichen Rahmenbedingungen Schritt halten.³⁷ Etabliert sich eine Form von Selbständigkeit an der Grenze zum Arbeitsrecht, muss das Tarifrecht diese mit aufnehmen können; das Kartellrecht tritt dahinter zurück.

c) Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV)

Mittelbar schlägt die kartellrechtliche Spannungslage auch auf die staatliche Erstreckung von autonom geschaffenen Verbandsrecht durch (etwa: §§ 32 ff. UrhG, Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen nach § 12a TVG). Zu fragen ist, inwieweit staatliche Erstreckungsakte mit der Dienstleistungsfreiheit des Vertrags (Art. 56 AEUV) kollidieren.³⁸ Das führt das Verfahren *Kommission vs. Deutschland* in Sachen HOAI (staatliche Vergütungsordnung für Architekten) vor Augen; diese soll nach Ansicht des Generalanwalts *Szpunar* unionsrechtswidrig sein.³⁹ Hier käme noch dazu, dass – anders als es etwa bei der Vergütungsordnung für Rechtsanwälte⁴⁰ oder den Min-

34 EuGH, 16.9.1999 – C-22/98 – Slg. 1999, I-5665 (*Becu*).

35 Einzelheiten *Bayreuther*, Sicherung der Leistungsbedingungen (Fn. 13), S. 100 ff.; dies eher bejahend: *Hütter*, ZfA 2018, 552, 581 ff.

36 EuGH, 4.12.2014 – C-413/13 – NZA 2015, 55 (FNV *Kunsten*), Rn. 17.

37 *Bücker*, FS Klebe, 2018, S. 65, 69 ff.

38 *Bayreuther*, Sicherung der Leistungsbedingungen (Fn. 13), S. 31 ff.

39 Schlussantrag GA Maciej Szpunar, 28.2.2019 – C-377/17 (*Kommission/ Deutschland*).

40 EuGH, 5.12.2006 – C-94/04 ua. – Slg. 2006, I-11421 (*Cipolla*).

desttarifen für den Güter- und Binnenschiffverkehr⁴¹ der Fall ist⁴² – allgemeine Vergütungsvorschriften für Selbständige kaum unter Hinweis darauf gerechtfertigt werden können, dass sie dem Schutz der Allgemeinheit dienen. Es würde sich also erneut die Frage auftun, ob sich die mit einer Stärkung der wirtschaftlichen Situation von Selbständigen einhergehenden Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs unter Verweis auf deren sozialpolitischen Schutz rechtfertigen lassen (etwa in Anlehnung an das Entsenderecht, Stichworte: *Finalarte, Portugaia Construções*).

4. »Gegnerfreiheit« der Gewerkschaft – ein neues Problemfeld?

Einige Unruhe in die hier zu diskutierende Problematik könnten zwei Beschlüsse des BAG bringen, die es im Verbund mit der eingangs (s. o. I.) erwähnten Soloselbständigen-Entscheidung gefasst hat.⁴³ Es hat zwei Klagen der Ausbildungsausgleichskasse des Schornsteinfegerhandwerks nach § 97 Abs. 5 S. 1 ArbGG ausgesetzt, weil es Zweifel an der Tariffähigkeit des Zentralverbands Deutscher Schornsteinfeger e.V. (ZDS) hatte. Diese gründete es darauf, dass der Verband auch selbständige Schornsteinfeger aufnimmt, die aufgrund personeller Verflechtungen, auf organisatorischem Weg bzw. durch wesentliche finanzielle Zuwendungen die tarifpolitische Willensbildung des Verbandes ernsthaft beeinflussen könnten. Deshalb sei der Verband möglicherweise nicht gegnerfrei und in der Folge auch nicht tariffähig.

Das liest sich beunruhigend, könnte daraus doch geschlossen werden, dass Gewerkschaften immer dann, wenn sie Selbständige aufnehmen, um ihre Tariffähigkeit fürchten müssen. Droht also der IG Metall, ver.di – gerade diese bemühen sich ja in letzter Zeit besonders um die modernen »Digitalarbeiter« (s. o. II.2) – oder aber der IG BAU⁴⁴ der Verlust ihrer Koalitionseigenschaft? Oder müssen diese Gewerkschaften eine Art OT- bzw. Gastmitgliedschaft für Selbständige einführen (was in der Tat die Reaktion des ZDS auf die beiden Aussetzungsbeschlüsse des BAG war)?

Die Frage, ob eine Gewerkschaft durch Aufnahme von »Nicht-Arbeitnehmern« Einbußen in ihrer Gegnerfreiheit erleidet, ist in Rechtsprechung und Literatur immer einmal wieder punktuell aufgetaucht, dort aber nie wirklich geklärt worden. In einem Beschluss des BAG aus den

1970er Jahren heißt es, dass es unschädlich bleibt, wenn in einer Gewerkschaft auch leitende Angestellte organisiert sind, was indes dahingehend eingeschränkt wird, dass dies möglicherweise nicht mehr gilt, wenn diese zentrale Aufgaben im Bereich der Unternehmens- und Arbeitsorganisationen des sozialen Gegenspielers wahrnehmen.⁴⁵ Dagegen eindeutig für tariffähig gehalten wurde in den 1960er Jahren eine Vereinigung (selbständiger) Hausgewerbetreibender.⁴⁶ Zwei jüngere Entscheidungen des BAG zeigen sich dann eher sybillinisch. In einer heißt es, dass es nicht zu beanstanden wäre, wenn eine Verbandssatzung neben der Vollmitgliedschaft auch eine Gastmitgliedschaft für Personen vorsieht, denen keine wesentlichen Mitgliedschaftsrechte zustehen⁴⁷ und in einem der Urteile zur OT-Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden wird obiter dictum bemerkt, dass im Übrigen auch Gewerkschaften zahlreiche OT-Mitglieder, wie etwa Beamte, Rentner, Freiberufler, Sympathisanten hätten, deren Beiträge ebenfalls der Streikkasse zu Gute kämen.⁴⁸ Ganz in diesem Sinn verbinden Löwisch/Rieble mit der Aufnahme Selbständiger in Gewerkschaften den Verlust von deren Tariffähigkeit; zumindest aber dürften diesen keine wesentlichen Einwirkungsmöglichkeiten auf die Verbandspolitik zukommen.⁴⁹

Fragt man hier näher nach, gilt es allerdings zunächst einmal, den Aussagegehalt der beiden Beschlüsse des BAG vom Januar 2018 zu relativieren. Das BAG hat sich in keiner Weise zur Koalitionseigenschaft des ZDS geäußert, sondern den Sachverhalt nur zur Klärung der Tariffähigkeit des Verbandes ausgesetzt, wozu Arbeitsgerichte dann immer schon verpflichtet sind, soweit (wenngleich:

41 EuGH, 9. 6. 1994 – C-153/93 – Slg. 1994, I-2517 (Delta); EuGH, 17. 11. 1993 – C-185/91 – Slg. 1993, I-5801 (Güterfernverkehr).

42 Etwa: Sicherung der Unabhängigkeit der anwaltlichen Dienstleistungen, Förderung einer volkswirtschaftlich sinnvollen Aufgabenteilung zwischen den einzelnen Verkehrsträgern usw.

43 BAG, 31. 1. 2018 – 10 AZR 60/16 (A) – juris; BAG, 31. 1. 2018 – 10 AZR 695/16 (A) – AP Nr. 26 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit.

44 So ganz explizit: Rieble/Melle, NZA 2018, 273, 274; Vielmeier, DB 2018, 2248. Diese ist indes eindeutig tariffähig: BAG, 21. 3. 2018 – 10 ABR 62/16 – AP Nr. 40 zu § 5 TVG Rn. 62.

45 BAG, 15. 3. 1977 – 1 ABR 16/75 – AP Nr. 24 zu Art. 9 GG.

46 BAG, 15. 11. 1963 – 1 ABR 5/63 – AP Nr. 14 zu § 2 TVG.

47 BAG, 18. 7. 2006 – 1 ABR 36/05 – AP Nr. 19 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit; ähnlich: ArbG Gera, 17. 10. 2002 – 2 BV 3/00 – juris, Rn. 167.

48 BAG, 4. 6. 2008 – 4 AZR 419/07 – AP Nr. 38 zu § 3 TVG, Rn. 34.

49 Löwisch/Rieble, TVG (Fn. 1), § 1 Rn. 74, § 2 Rn. 173–177. Ganz anders dagegen: Däubler, TVG-Peter (Fn. 19), § 2 Rn. 56, etwas enger dann aber dies. bei § 2 Rn. 10, 144.

ernsthafte) Zweifel bestehen, ob ein Arbeitnehmerverband wirklich tariffähig ist. Hinzu kommt, dass im fraglichen Verband möglicherweise wirklich auch Schornsteinfeger organisiert waren, die tatsächlich Arbeitnehmer beschäftigten; so ist der streitgegenständliche Sachverhalt vielleicht gar nicht verallgemeinerungsfähig.

Davon unabhängig gilt, dass wenn Selbständige am Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG teilnehmen, sie sich natürlich auch in einer Gewerkschaft organisieren können müssen, ohne dass diese deshalb ihre Koalitionseigenschaft verliert. Ansonsten bliebe die Grundrechtsbefugnis eine rein theoretische, weil sie von niemandem vertreten wären. Dementsprechend setzen ja auch die §§ 12a Abs. 1 Nr. 1 TVG und 17 HAG auf der Ebene des einfachen Rechts voraus, dass es Vertretungsorgane gibt, die Selbständige aufnehmen können, ohne dass diese deshalb zu »unreinen« Verbänden werden.

Dagegen lässt sich nicht einwenden, dass Selbständige ja zumindest rein theoretisch zum Arbeitgeber werden könnten, weil sich nicht ausschließen lässt, dass sie irgendwann einmal Arbeitnehmer einstellen. Darauf kann es aber nach dem Schornsteinfegerkassen-Beschluss des BAG⁵⁰ (s. o. I.) nicht mehr ankommen. Nach diesem bleibt die rein potentielle Arbeitgeberbereitschaft koalitions- und tarifrechtlich ohne Bedeutung. Im Übrigen ließe sich auch umgekehrt argumentieren, dass Selbständige jederzeit zum Arbeitnehmer werden können, nämlich dann, wenn sie ein Arbeitsverhältnis aufnehmen oder eines ihrer aktuellen Auftragsverhältnisse in den Bereich abhängiger Arbeit übergleitet. Übrigens folgert *Hensche* daraus, dass alle Einzelpersonen auch dann »normale« Gewerkschaftsmitglieder sind, wenn sie gerade in keinem Beschäftigungsverhältnis stehen.⁵¹

Letztlich ist auch an dieser Stelle entscheidend, dass es sich beim Koalitionsgrundrecht einerseits um ein entwicklungs-offenes Grundrecht⁵² handelt – s. schon oben II.3.a – und andererseits, dass sich die Beschäftigungsrealitäten maßgeblich verändert haben. Arbeiten, die bislang in abhängiger Arbeit erbracht wurden, werden selbständigen Dienstleistern anvertraut, die Veränderungen, die sich durch die Digitalisierung ergeben, noch nicht einmal miteingerechnet. Das historische Modell des antagonistischen Gegensatzes von Arbeit und Kapital setzt eine Trennlinie zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern voraus, die es so in der kollaborativen Wirt-

schaft nicht mehr gibt. Wenn sich aber die Gewichte verschoben haben, so muss sich das auch im Bereich der Tarifautonomie widerspiegeln. Dann kann nicht sein, dass etwa ein Verband von »Digitalworkern« auf den Status eines einfachen Vereins zurückgestuft ist, was zur Folge hätte, dass sämtliche Verbandsaktivitäten (Meinungsaustausch, Bewertungsportale, Boykottaufrufe usw.) allenfalls von der Meinungsfreiheit des Art. 5 GG umfasst wären, sich ansonsten aber einer »gewöhnlichen« Bewertung durch das einfache Recht stellen müssten (Kartellrecht, Medienrecht, verbandsrechtliche Verantwortlichkeit nach dem BGB usw.).⁵³

Schließlich darf auch Sinn und Zweck der Gegnerfreiheit nicht aus dem Blick geraten. Die Lehre von der Gegnerfreiheit von Verbänden war einst geschaffen worden, um die Gründung »gelber Gewerkschaften« zu verhindern, zumindest aber, um eine Verfälschung der Willensbildung im Verband abzuwehren⁵⁴ (plastisch führt das die GNBZ-Entscheidung des LAG Köln⁵⁵ vor Augen). Man wollte so sicherstellen, dass der Tarifvertrag nicht seine Richtigkeitsgewähr verliert. Wenn sich dagegen eine Gewerkschaft wirtschaftlich schutzbedürftigen Selbständigen zuwendet, ist das etwas ganz anderes. Die Gegnerfreiheit ist kein Selbstzweck und sollte deshalb auch nicht mit dem Millimeterpapier vermessen werden. Eine hiervon zu unterscheidende Frage ist dann allerdings, ob der Verband für seine Selbständigen auch Tarifverträge schließen kann. Darauf wurde unter II.1.a eingegangen und damit schließt sich der Kreis.

50 BAG, 31.1.2018 – 10 AZR 279/16 – AP Nr. 25 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit.

51 *Hensche*, NZA 2009, 815, 816.

52 Grundlegend Maunz/Dürig-Scholz (Fn. 18), Art. 9 Rn. 163.

53 S. hierzu *Bayreuther*, Sicherung der Leistungsbedingungen (Fn. 13), S. 78 f.

54 S. nur *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. 1, München 1997, S. 415 ff.

55 LAG Köln, 20.5.2009 – 9 TaBV 105/08 – AuR 2009, 316; ähnlich: BGH, 13.9.2010 – 1 StR 220/09 – BGHSt 55, 288 (AUB).

Zwei Regelungsvorschläge für problematische Beschäftigungsverhältnisse

Prof. Klaus Bepler, Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht aD.

Derzeit finden auf verschiedenen Ebenen juristische und sozialpolitische Diskussionen um schwierige Beschäftigungsformen statt, bei denen es darum geht, Instrumente zur Sicherung sozialer Mindeststandards zu finden und deren Durchsetzung effektiv zu fördern.

Ein Gegenstand der Tagung von SOKA-BAU am 31. Januar 2019 über »Tarifverträge 4.0 – Tarifaufonomie als Gestaltungsinstrument für die Zukunft der Arbeit« waren sogenannte Solo-Selbständige, die teilweise mit Hilfe des Internets, als Unternehmer Geschäftsverbindungen begründen und die dort eingegangenen Verpflichtungen ohne Einschaltung von Hilfspersonen erfüllen. Bei ihnen besteht schon Uneinigkeit, inwieweit mit diesem Begriff überhaupt ein zusätzlich schutzbedürftiger Personenkreis angesprochen ist und, wenn man dies im Grundsatz bejaht, wie er abzugrenzen ist. Denn es steht außer Frage, dass es hier auch Erwerbspersonen gibt, deren Schutzbedarf unter dem von Profis der Fußball-Bundesliga liegt und die einen zusätzlichen Schutz als eher hinderlich für ihren beruflichen Erfolg einschätzen.¹ Es handelt sich bei der angesprochenen Personengruppe vom Grundansatz her nicht um abhängig Beschäftigte iSd. § 611a BGB. Damit steht die Frage im Mittelpunkt, welche Schutzinstrumente für einen konkret beschriebenen Ausschnitt schutzbedürftiger Personen in Betracht kommen. Kann man hier, etwa über § 12a TVG, auch in irgendeiner Form das Kollektivvertragssystem des Arbeitsrechts nutzbar machen?

Auch im Bereich der Altenpflege wird intensiv um die Wahl des richtigen Regelungsinstruments gestritten. Dies hat allerdings im Schwerpunkt andere Ursachen, obwohl es auch hier nach dem Wortlaut der abgeschlossenen Verträge Solo-Selbständige gibt, die insbesondere aus Osteuropa stammen. Die in der Pflege Beschäftigten sind indes zumindest ganz überwiegend auch nach den Buchstaben der abgeschlossenen Verträge Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Die im Pflegebereich unternehmerisch Tätigen sind aber nur teilweise Akteure des Tarifvertragssystems oder könnten es sein. In einem beachtlichen

Umfang sind dort Einrichtungen tätig, die ein eigenes Arbeitsrechtsregelungsverfahren für sich in Anspruch nehmen, das sie als durch Art. 137 WRV, Art. 140 GG verfassungsrechtlich geschützt ansehen. Damit ist der Streit um das richtige kollektive Gestaltungsmittel vorprogrammiert. Im weiteren Schwerpunkt geht es dann aber auch darum, attraktive Beschäftigungsbedingungen wie auch immer kollektiv zu regeln und für alle in der Pflege tätigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer um einer erfolgreichen Bekämpfung des dort bestehenden erheblichen Personalmangels willen effektiv durchzusetzen.

I. Erweiterte AGB-Kontrolle zu Gunsten von Solo-Selbständigen

Für den Bereich der Solo-Selbständigen, von denen jedenfalls ein Teil vergleichbar einem Verbraucher (§ 13 BGB), also auch einer oder einem abhängig Beschäftigten iSd. § 611a BGB,² schutzbedürftig erscheint, könnte eine Ergänzung des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine Schutzlücke schließen; zumindest erscheint es sinnvoll, dies gesetzgeberisch zu erproben:

1 Der Bundesverband für selbständige Wissensarbeit (info@selbstaendige-wissensarbeit.de) hat im Jahre 2018 eine Umfrage des Instituts für Demoskopie Allensbach in Auftrag gegeben. Sie wurde durch Befragung von 1.809 solo-selbständigen IT-Spezialisten durchgeführt und ergab bei wehr mehr als der Hälfte der Befragten die Einschätzung, dass sie bei der von ihnen geschätzten selbständigen Tätigkeit im Hinblick darauf Nachteile hinzunehmen hätten, dass Unternehmen vor ihrer Einschaltung zurückschrecken, weil es keine hinreichend sichere Abgrenzung von einer lediglich scheinbaren Selbständigkeit gebe.

2 BAG, 25.5.2005 – 5 AZR 572/04 – AP Nr. 1 zu § 310 BGB, unter V. der Gründe; BAG, 11.12.2013 – 10 AZR 286/13 – AP Nr. 85 zu § 74 HGB, Rn. 13; ausf. Preis, NZA-Beil. 16/2013; Kref, in: Clemenz/Kref/Krause (Hrsg.), AGB-Arbeitsrecht, 2. Aufl., Köln 2019 (im Folgenden: Clemenz/Kref/Krause), § 310 Rn. 14ff.; ebenso Preis, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Aufl., München 2019 (im Folgenden: ErfK), § 611a BGB Rn. 182; Linck, in: Schaub (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, 17. Aufl., München 2017, § 35 Rn. 5; Grüneberg, in: Palandt, BGB, 79. Aufl., München 2019, § 310 Rn. 11; Fischinger, in: Kiel/Lunk/Oetker (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, 4. Aufl., München 2018, § 9 Rn. 3ff.; aA. noch Richardi/Fischinger, in: Staudinger (Begr.), BGB, Berlin 2015 (im Folgenden: Staudinger), § 611 Rn. 382.

§ 310 Abs. 3 BGB sollte lauten:

» (3) Bei Verträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher (Verbraucherverträge) sowie zwischen einem als Leistungsempfänger oder Leistungsvermittler tätigen Unternehmer und einem anderen Unternehmer, der ohne Einschaltung von Arbeitnehmern oder sonstigen Hilfspersonen die übernommenen Vertragspflichten erfüllt und für den Abs. 1 nur als Verwender anwendbar ist, finden die Vorschriften dieses Abschnitts mit folgenden Maßgaben Anwendung: [...]

1. Konsequenzen aus einer Anwendbarkeit des § 310 Abs. 3 BGB

Während § 310 Abs. 1 BGB den Anwendungsbereich des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen im Rechtsverkehr zwischen Unternehmern einschränkt, erweitert Abs. 3 dieser Bestimmung den Schutzbereich dieses Rechts im Interesse der typischerweise im Rechtsverkehr schutzbedürftigen Verbraucher nicht unerheblich.

Nr. 1 der Bestimmung erleichtert ihm den Nachweis, dass die andere Vertragspartei, der Unternehmer, als solche festgestellte vorformulierte Bedingungen (§ 305 Abs. 1 S. 1 BGB) bei Vertragsschluss »gestellt« hat, sei es als eigene, sei es als von dritter Seite beigezogene Vertragsbedingungen. Nur wenn der Unternehmer nachweist, dass ausnahmsweise der Verbraucher die Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Vertrag eingeführt hat, ist hiervon nicht auszugehen.³

Praktisch wohl bedeutsamer ist Nr. 2, die von § 305 Abs. 1 S. 1 BGB zugunsten des Verbrauchers abweicht. Für eine Kontrolle nach den in Nr. 2 aufgeführten Bestimmungen, also insbesondere der Unklarheitenregel und den Vorschriften zur Inhaltskontrolle nach §§ 307–309 BGB, genügt es, wenn bereits vor Vertragsschluss eine nicht vom Verbraucher herrührende Vertragsbedingung in abgeschlossener sprachlicher Fassung vorliegt, auch wenn sie nur für einen einmaligen Gebrauch und nicht für eine Vielzahl von Fällen bestimmt ist. Weitere Voraussetzung ist lediglich, dass der Verbraucher aufgrund der Vorformulierung auf den Inhalt der Vertragsbedingungen keinen Einfluss nehmen kann, sie also nicht mit aushandeln kann.⁴ Ein Verbraucher kann in diesem Sinn nur Einfluss nehmen, wenn der Verwender die Vertragsbedingungen ernsthaft zur Disposition stellt und Gestaltungsfreiheit zur Wahrung der eigenen Inter-

essen lässt. Dies muss aufgrund entsprechender Äußerungen des Verwenders bei Vertragsschluss für den Verbraucher erkennbar gewesen sein.⁵ Für die Voraussetzungen einer Kontrolle nach Nr. 2 ist zwar der Verbraucher darlegungs- und beweispflichtig. Ihm kommt dabei aber eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast zugute.⁶

§ 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB schließlich legt fest, dass die Klauseln in Verbraucherverträgen nicht ausschließlich abstrakt-generell, wie bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen ansonsten geboten, sondern unter Berücksichtigung aller den Vertragsabschluss begleitenden Umstände darauf hin zu beurteilen sind, ob sie unangemessen benachteiligen. Hier ist zwar streitig, ob zu den diese Bewertungen beeinflussenden Umständen beim Verbrauchervertrag auch solche gehören, die sich im Einzelfall zugunsten des Unternehmers auswirken, also zur Wirksamkeit einer nach allgemeinen Kriterien unwirksamen Klausel führen können.⁷ Es spricht aufgrund des vom Gesetz angestrebten besonderen Verbraucherschutzes aber mehr dafür, hier nur solche den Vertragsschluss begleitenden Umstände bedeutsam werden zu lassen, die zugunsten des Verbrauchers zu würdigen sind, wie etwa Überrumpelungen oder Falschbelehrungen durch den Verwender.⁸

3 Roloff, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht, 8. Aufl., Köln 2018 (im Folgenden: HWK), § 310 BGB Rn. 4.

4 Das Einflussnehmen in § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB entspricht im Hinblick auf den gesteigerten Schutzzweck dieser Norm dem Aushandeln in § 305 Abs. 1 S. 3 BGB: BAG, 19. 5. 2010 – 5 AZR 253/09 – AP Nr. 13 zu § 310 BGB, Rn. 25 mwN.; ErfK-Preis (Fn. 2), §§ 305–310 BGB Rn. 24; Clemenz/Kreft/Krause-Kreft (Fn. 2), § 310 Rn. 29.

5 BAG, 24. 2. 2016 – 5 AZR 258/14 – AP Nr. 48 zu § 620 BGB Aufhebungsvertrag, Rn. 23; BAG, 26. 10. 2017 – 6 AZR 158/16 – AP Nr. 74 zu § 622 BGB, Rn. 26; Deinert, in: Däubler/Bonin/Deinert (Hrsg.), AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, 4. Aufl., München 2014 (im Folgenden: Däubler/Bonin/Deinert), § 310 BGB Rn. 12.

6 BAG, 19. 5. 2010 – 5 AZR 253/09 – AP Nr. 13 zu § 310 BGB, Rn. 25 f.; BAG, 19. 8. 2015 – 5 AZR 500/14 – AP Nr. 71 zu § 138 BGB, Rn. 17; BAG, 24. 2. 2016 – 5 AZR 258/14 – AP Nr. 48 zu § 620 BGB Aufhebungsvertrag, Rn. 23; Däubler/Bonin/Deinert-Deinert (Fn. 5), § 310 BGB Rn. 14 f.; Clemenz/Kreft/Krause-Kreft (Fn. 2), § 310 BGB Rn. 31.

7 Dafür BAG, 31. 8. 2005 – 5 AZR 545/04 – AP Nr. 8 zu § 6 ArbZG, unter II.3.c der Gründe; BAG, 28. 9. 2017 – 8 AZR 67/15 – AP Nr. 6 zu § 611 BGB Arbeitgeberdarlehen, Rn. 28; Däubler/Bonin/Deinert-Deinert (Fn. 5), § 307 BGB Rn. 87; HWK-Roloff (Fn. 3), § 310 BGB Rn. 10, der beispielhaft auf eine besondere Geschäftserfahrung des Verbrauchers/Arbeitnehmers verweist.

8 So Clemenz/Kreft/Krause-Kreft (Fn. 2), § 310 BGB Rn. 39 mwN. auch zur Genauffassung.

2. Vorteile für schutzbedürftige Solo-Selbständige

Den beschriebenen Schutz des Verbrauchers sollte man auf Solo-Selbständige⁹ und deren Verträge mit beauftragenden und derartige Aufträge vermittelnden Unternehmern erweitern.

Dabei wird nicht verkannt, dass der Kreis der Solo-Selbständigen, die eines vergleichbaren Schutzes bedürfen, wie er Verbrauchern und speziell Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern durch die Vertragskontrolle nach §§ 305–310 BGB zu Gute kommt, grundsätzlich näher eingegrenzt werden muss, um punktgenau wirkende Regelungen zu schaffen.

Diese nach verbreiteter Meinung durchaus schwierige Aufgabe¹⁰ muss im vorliegenden Zusammenhang aber nicht umfassend erledigt werden. Es genügt die Bezeichnung des geschützten Personenkreises als Solo-Selbständige, die mit Hilfe sehr unterschiedlicher Vertragsgestaltungen unmittelbar oder mittelbar zur Erledigung spezieller Aufgaben eingeschaltet werden. Bei ihnen spricht im ersten Zugriff einiges für Schutzbedürftigkeit vor ihnen diktierten und unangemessenen Vertragsbedingungen. Eine Eingrenzung des Personenkreises auf wirklich schutzbedürftige findet schon dadurch statt, dass die mit § 310 Abs. 3 BGB angeordnete Vertragskontrolle nur greift, wenn der Solo-Selbständige vorgegebenen Vertragsbedingungen ausgesetzt ist und nicht die Marktmacht hat, Vertragsbedingungen eigenständig auszuhandeln. Diese Voraussetzung wird bei Verträgen unter Beteiligung von nicht schutzbedürftigen, besonders leistungsstarken und vielfach hoch spezialisierten Solo-Selbständigen mit erheblichen Einkünften grundsätzlich nicht erfüllt sein. Ein solcher Solo-Selbständiger wird sogar vielfach selbst in der Lage sein, vorformulierte Vertragsbedingungen durchzusetzen. In diesem Fall sollte auch weiterhin für ihn und Unternehmern als seinen Vertragspartnern nach § 310 Abs. 1 BGB das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen mit den Einschränkungen gelten, wie es allgemein für den Rechtsverkehr von Unternehmern untereinander maßgeblich ist.

II. Instrumentalisierung des Wettbewerbsrechts für eine effektive Kontrolle der Einhaltung erstreckter Kollektivverträge

1. Vorschlag

Kann man bei Solo-Selbständigen in irgendeiner Weise kollektivvertragliche Schutzsysteme installieren und hierfür Tarifverträge oder vergleichbare, von den unmittelbar Beteiligten autonom geschaffene Regelwerke verwenden, wird ein effektives Schutzsystem ebenso wie im Bereich der Pflegekräfte eine hoheitliche Erstreckung des Geregelteten auf alle im Geltungsbereich Tätigen voraussetzen. Eine Geltung unmittelbar nach § 4 Abs. 1 TVG oder entsprechend dieser Bestimmung wird nicht ausreichen. Sowohl bei den Solo-Selbständigen als auch bei den Beschäftigten in der Pflege ist keine hierfür ausreichende Organisationsteilnahme zu erwarten.

Für die in der Pflege Beschäftigten sind nach derzeitigem Stand der Diskussion Rechtsverordnungen zur Erstreckung von Tarifregelungen nach dem AEntG das Mittel der Wahl. Inwieweit die dann erstreckten Regelungen auch tatsächlich den betreffenden Ausschnitt des Arbeitslebens arbeitnehmerschützend gestalten, hängt maßgeblich von einer effektiven Kontrolle ab. Sie ist angesichts der Struktur der hier Tätigen und der Formen der Anbahnung und Durchführung der Zusammenarbeit sowohl im Bereich der – vielfach ambulanten – Pflege als auch, wenn es dort zu vergleichbaren Regelungen kommt, bei Solo-Selbständigen und ihren Vertragspartnern sehr schwierig. Es ist zumindest zweifel-

9 Es ist für den vorgeschlagenen Weg nicht wesentlich, ob man die hier angezielten Solo-Selbständigen stets oder regelmäßig nach dem kaum rechtssicher handhabbaren Begriff der Arbeitnehmerähnlichkeit rubriziert; dazu und für eine nach seiner Ansicht über eine entsprechende Anwendung des § 13 BGB gebotene Anwendbarkeit des UKlaG *Heinzelmann*, ArbR 2018, 597, 600; ebenso im letztgenannten Sinn *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), UWG, 37. Aufl., München 2019 (im Folgenden: Köhler/Bornkamm/Feddersen), § 15 UKlaG Rn. 2. Köhler berücksichtigt aber möglicherweise nicht ausreichend, dass nach § 12a TVG für diese Personengruppe ein tarifvertraglicher Schutz unter Einschaltung von Gewerkschaften möglich ist (dazu näher zB *Wankel*, in: Berg/Kocher/Schumann (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, 6. Aufl., Frankfurt a.M. 2018, § 12a TVG Rn. 23 ff.). Deshalb und wegen der Zuständigkeit der Arbeitsgerichte für Rechtsstreitigkeiten von Arbeitnehmerähnlichen (§ 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG) spricht einiges dafür, den Ausschluss des Arbeitsrechts in § 15 UKlaG auch auf Arbeitnehmerähnliche zu erstrecken.

10 Vgl. zB *Bayreuther*, Sicherung der Leistungsbedingungen von (Solo-)Selbständigen, Crowdworkern und anderen Plattformbeschäftigten, HSI-Schriftenreihe Bd. 26, Frankfurt a.M. 2018, abrufbar unter: https://www.hugo-sinzheimer-institut.de/fileadmin/user_data_hsi/Veroeffentlichungen/HSI_Schriftenreihe/HSI_Band_26.pdf (7.3.2019); *Heuschmid/Klebe*, FS Kohte, 2016, S.73; *C. Schubert*, FS Klebe, 2018, S. 351, jeweils auch unter speziellen, weiterführenden Fragestellungen.

haft, ob die in diesem Bereich zuständigen Zollbehörden dafür personell und qualitativ, was ihre Aufklärungsmöglichkeiten angeht, ausreichend gerüstet sind. Deshalb sollte man einen zusätzlichen Weg in das geschriebene Gesetz aufnehmen, um die geschaffenen Schutzsysteme effektiver werden zu lassen. Man sollte mit einer Regelung in dem hierfür besonders geeigneten AEntG beginnen, die sofort wirksam werden und deren entsprechende Anwendung in anderen Arbeitsrechtsgebieten der Gesetzgeber bei passender Gelegenheit jeweils vorsehen kann.

Es wird vorgeschlagen, in das AEntG einen § 15a einzufügen, der den folgenden Wortlaut haben könnte:

- » Eine mehrfache Verletzung der Pflicht, die nach diesem Gesetz auf alle Marktteilnehmer erstreckten Mindestarbeitsbedingungen einzuhalten, gilt als unlautere Handlung im Sinne des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb. Wird eine derartige unlautere Handlung aus dem Zeitraum der letzten 12 Monate vor ihrer schriftlichen Geltendmachung gegenüber dem Handelnden nachgewiesen, wird deren aktuelle Fortdauer widerleglich vermutet.

2. Arbeitsrechtsnormen im Wettbewerbsrecht

Die Überlegung, das Wettbewerbsrecht für die Durchsetzung arbeitsrechtlicher Schutzgesetze fruchtbar zu machen, ist nicht neu. *Wolfhard Kohte* hat schon im Jahre 1989¹¹ einen Beitrag mit »Arbeitsschutzrecht und UWG – ein fruchtbares Wechselverhältnis« überschrieben. Er resümierte, die mit dem Wettbewerbsrecht gegebene Möglichkeit dezentraler sozialer Kontrolle sei ein geeignetes Mittel, um so wichtige und elementare Gemeinschaftsregeln wie das Sonntagsarbeitsverbot effektiv durchzusetzen, zumal der wettbewerbsrechtliche Unterlassungsanspruch nicht nur den Konkurrenten und Wirtschaftsverbänden, sondern auch Verbraucherverbänden zustehe. Angeregt war sein Beitrag durch ein Urteil des Bundesgerichtshofs vom 26. November 1987.¹² In ihm hatte der Wettbewerbssenat des Gerichts darauf erkannt, ein Verstoß gegen das Verbot der Sonntagsarbeit, für die keine Ausnahmegenehmigung erteilt worden war, könne unlauter im Sinne von § 1 UWG (aF.) sein.

Hartmut Oetker ist grundsätzlich anderer Auffassung als *Kohte*, was die Verwertbarkeit des Lauterkeitsrechts für das Arbeitsschutzrecht angeht. Arbeitsschutzvorschriften betreffen regelmäßig nicht den Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern und Verbrauchern. Etwas anderes gelte nur für Ladenschluss- und Ladenöffnungszeitengesetze, nicht hingegen für das Arbeitszeitgesetz.¹³

Auch im wettbewerbsrechtlichen Schrifttum sind die Meinungen geteilt. *Helmut Köhler* kann für Arbeitnehmerschutzvorschriften keinen Marktbezug feststellen.¹⁴ Er erkennt Arbeitnehmern auch als solchen keine Teilnahme am Absatzmarkt und deshalb auch keine Verbrauchereigenschaft iSd. Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb zu.¹⁵ Demgegenüber spricht *Gordian Hasselblatt* Ladenschlussgesetzen und allgemeinen Arbeitszeitregelungen eine unmittelbar marktbezogene Schutzfunktion zu und subsumiert sie unter die »gesetzlichen Bestimmungen« des § 4 Nr. 11 UWG aF., der Vorgängernorm des heutigen § 3a UWG.¹⁶ Er meint weiter, auch den Bestimmungen der Handwerksordnung und der Gewerbeordnung könne nicht generell der Wettbewerbsbezug abgesprochen werden; hier bedürfe es einer Überprüfung jeder einzelnen Vorschrift.¹⁷

Was das Verhältnis von gesetzlichen Regelungen der Arbeitsbedingungen, insbesondere arbeitsrechtlichen Entgeltregelungen zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und hier insbesondere zu § 3a UWG angeht, so befasst sich *Helmut Köhler* zumindest mit dem Mindestlohngesetz. Er konzediert, dass die amtliche Begründung dieses Gesetzes ausdrücklich die Gefahr anspricht, dass ohne einen gesetzlichen Mindestlohn ein »Anreiz für einen Lohnunterbietungswettbewerb« bestehen könne.¹⁸ Dies könne dafür sprechen, in §§ 1, 3 MiLoG auch eine Marktverhaltensregelung für Unternehmer auf dem Beschaffungsmarkt für Arbeitsleistungen zu sehen. Dieser Aspekt trete aber hinter der sozialpolitischen Zielsetzung des Mindestlohngesetzes völlig in den Hintergrund. Es sei zudem nicht Sache der Mitbewerber, für die Einhaltung dieser Vorschrift zu sorgen.¹⁹

Hartmut Oetker hat sich in seinem Beitrag »Tarifvertragliche Mindestentgelte im Lichte des Lauterkeitsrechts«²⁰ mit kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit geltenden, aber auch mit solchen tarifvertraglichen Arbeitsentgelten und deren

11 *Kohte*, AuR 1989, 241.

12 BGH, 26. 11. 1987 – I ZR 178/85 – NJW 1988, 2243.

13 *Staudinger-Oetker* (Fn. 2), § 618 Rn. 401 mwzN.

14 *Köhler/Bornkamm/Feddersen-Köhler* (Fn. 9), § 3a UWG Rn. 1.70.

15 *Köhler/Bornkamm/Feddersen-Köhler* (Fn. 9), § 2 UWG Rn. 172.

16 *Hasselblatt*, in: *Gloy/Loschelder/Erdmann* (Hrsg.), *Handbuch des Wettbewerbsrechts*, 4. Aufl., München 2010 (im Folgenden: *Gloy/Loschelder/Erdmann*), § 58 Rn. 97.

17 *Gloy/Loschelder/Erdmann-Hasselblatt* (Fn. 16), § 58 Rn. 98.

18 BT-Drs. 18/1585, S. 2.

19 *Köhler/Bornkamm/Feddersen-Köhler* (Fn. 9), § 3a UWG Rn. 1.70.

20 *Oetker*, FS Bepler, 2012, S. 467 mwzN.

Verhältnis zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb befasst, die aufgrund ihrer Erstreckung unter hoheitlicher Beteiligung in ihrem Geltungsbereich unabhängig von mitgliederschaftlich vermittelter Tarifgebundenheit angewendet werden müssen. Er berichtet ausführlich von der sehr spärlichen und außerordentlich zurückhaltenden Rechtsprechung der Zivilgerichte in diesem Zusammenhang. Nach seiner hieran anschließenden Auffassung sind tarifvertragliche Mindestentgelte grundsätzlich keine Rechtsvorschriften, die Marktverhalten regeln und deren Unterschreitung unlauter im Sinne des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb sein können. Anders ist dies aus seiner Sicht nur bei tarifvertraglichen Arbeitsbedingungen, die das Arbeitnehmer-Entsendegesetz privilegiert und denen es über § 8 AEntG zu genereller Geltung verhilft. Diese Ausnahme gelte allerdings allein für erstreckte tarifliche Mindestentgeltsätze, nicht für sonstige Mindestarbeitsbedingungen, die durch Rechtsverordnung erstreckt wurden. Auch sei nur ein Mitbewerber befugt, insoweit einen Unterlassungsanspruch geltend zu machen. Eine Gewerkschaft sei kein klagebefugter Verband.

3. Gründe und Funktion des Vorschlags

Der kurze Blick auf die bisherige Rechtslage zeigt, dass es zwar nicht völlig ausgeschlossen ist, das geschriebene Lauterkeitsrecht mit seinem Instrumentarium für die Unterbindung von Verstößen gegen Marktverhaltensregeln ergänzend für eine Kontrolle der Einhaltung hoheitlich erstreckter kollektiver Regelungen von Mindestarbeitsbedingungen heranzuziehen. Der derzeitige Diskussionsstand spricht aber dagegen, dass dies ohne eine diesen Weg ausdrücklich eröffnende gesetzliche Verzahnung der Rechtsgebiete unternommen wird. Eine solche Bestimmung sollte jedenfalls zunächst in das Arbeitnehmer-Entsendegesetz aufgenommen werden. Dies liegt deshalb nahe, weil dieses Gesetz sich selbst in seinem § 1 auch das Ziel der »Gewährleistung fairer und funktionierender Wettbewerbsbedingungen durch die Erstreckung der Rechtsnormen von Branchentarifverträgen« setzt. Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz ist deshalb eine gesetzliche Vorschrift, »die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln« (§ 3a UWG).

Der Regelungsvorschlag versucht mit dem Tatbestandsmerkmal der mehrfachen Gesetzesverletzung und der Beweislastregelung in Satz 2, das wegen der typischerweise bestehenden Beweisschwierigkeiten erforderlich erscheint, die Spürbarkeitsklausel in § 3a UWG (»geeignet

ist, die Interessen von Verbrauchern [...] spürbar zu beeinträchtigen.«) nachzuzeichnen.

Wenn der Gesetzgeber eine Regelung wie die hier vorgeschlagene in das – arbeitsrechtliche – Arbeitnehmer-Entsendegesetz aufnimmt, kann man zwar immer noch daran zweifeln, dass die jeweils am Abschluss des erstreckten Tarifvertrags beteiligte Gewerkschaft die Rechte aus dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb allein wahrnehmen kann. Es ist aus meiner Sicht aber jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass die Tarifvertragsparteien eines erstreckten Tarifvertrages eine gemeinsame Einrichtung zur Sicherung der Effektivität ihrer tariflichen Regelungen installieren, die als Verband nach § 8 Abs. 1 iVm. Abs. 3 Nr. 2 UWG vorgehen kann.²¹

Dabei kann der Verstoß gegen Marktverhaltensregelungen iSv. § 3a UWG auch dann, wenn in ihm zugleich ein Verstoß gegen Verbraucherschutzbestimmungen liegt, nach § 8 UWG verfolgt werden. Die Möglichkeiten aus dieser Bestimmung und dem Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (UKlaG) bestehen nebeneinander.²² Die Herausnahme des Arbeitsrechts aus dem letztgenannten Gesetz durch dessen § 15 schließt deshalb den hier angesprochenen Weg nicht aus.

4. Denkbare Perspektiven

Es spricht manches dafür, eine Regelung wie die vorgeschlagene langfristig auch in anderen Gesetzen über Mindestarbeitsbedingungen wie § 3 MiLoG oder § 5 TVG durch gesetzliche Verweisungsregeln zu verwerten. Es gehört zu den in der gesetzgeberischen Begründung des Mindestlohngesetzes wie auch in § 1 AEntG aufgegriffenen Axiomen einer sozialen Marktwirtschaft, dass es möglichst keinen Wettbewerb über die Kosten für Arbeitsentgelte und sonstigen Arbeitsbedingungen geben soll. In einem freiheitlichen System, das sich auch sozialen Idealen verpflichtet fühlt, wäre es unerträglich, hätte der den größten Erfolg am Markt, der für die für ihn Tätigen den geringsten Aufwand betreibt. Angesichts dessen regelt das Recht der Arbeitsbedingungen immer auch Marktverhalten. Über das Gewicht solcher Regelungen für den Markt und deren Durchsetzbarkeit durch – welche – Marktteilnehmer entscheidet der Gesetzgeber.

21 Vgl. hierzu auch Bepler, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Stärkung der Tarifautonomie – Welche Änderungen des Tarifvertragsrechts empfehlen sich?, Gutachten B zum 70. DJT, München 2014, B 35f.

22 Köhler/Bornkamm/Feddersen-Köhler (Fn. 9), § 2 UKlaG Rn. 33.

Grenzen und Entwicklungsmöglichkeiten der Tarifpolitik – vom Ausland lernen?

Prof. Dr. Stefan Greiner, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn*

I. Einleitung

Was den zukünftigen Stellenwert der Tarifverträge, des Tarifrechts, angeht, herrscht in Deutschland verbreitet Skepsis. Raimund Waltermann konstatiert mit Blick auf die zurückliegenden Reformen: »Es ist wenig glücklich, dass sich die Weiterentwicklung des Tarifwesens in Deutschland ohne eine Konzeption auf leisen Sohlen Schritt für Schritt von der auf Mitgliedschaft aufbauenden Tarifautonomie wegbewegt. Man müsste zumindest in Erwägung ziehen, die in Deutschland gemäß Art. 9 Abs. 3 GG auf Mitgliedschaft gründende Tarifautonomie an sich zu stärken.«¹ Die Tarifrechtsgesetzgebung der jüngsten Zeit führe im Gegenteil dazu, dass das deutsche Arbeitsrecht »staatlicher« werde. Das gelte sowohl für die Stärkung der Allgemeinverbindlicherklärung als auch das Lohnuntergrenzen-Vorschlagsmodell nach § 3a AÜG oder das zB. im MiLoG realisierte »Ausschussmodell«. Dem Bedeutungsverlust des kollektiven Arbeitsrechts auf der Tarifebene korrespondiere dabei ein Bedeutungszuwachs des (gewissermaßen preußischen) Arbeitsschutzrechts. Die Reform der Allgemeinverbindlicherklärung durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz 2014 ziele ganz auf eine Verbreiterung der Wirkungen tarifautonomer Gestaltungen ab. Eine überzeugende gesetzgeberische Gesamtkonzeption sei nicht erkennbar.² Treffender kann man die Problembeschreibung nicht formulieren.

Ob unter diesen Bedingungen die auf Mitgliedschaft aufbauende deutsche Tarifautonomie in der Breite der Arbeitsbeziehungen Zukunft habe, sei zu bezweifeln. Am Ende der Entwicklung könnten die Gewerkschaften eines Tages in der Funktion von Verbraucherschutzverbänden mit Verbandsklagerechten ankommen,³ also im Grunde so etwas wie eine »Deutsche Umwelthilfe der Arbeitsbeziehungen« werden – der Vergleich verdeutlicht die Akzeptanz- und Legitimationsprobleme eines solchen Modells. Den Ausweg sehen viele darin, der Tarifautonomie »durch wirksame Anreize zum Gewerkschaftsbeitritt unter die Arme [zu] greifen«, um den Organisationsgrad der Gewerkschaften zu sichern und zu

stärken.⁴ Stützen lässt sich all dies zweifellos durch die Entwicklung der Mitgliederzahlen. Sie ist im Gesamtbild nach wie vor rückläufig, mit einigen Lichtblicken.⁵

Offen bleibt bei diesem sehr richtigen Gedanken aber letztlich die Frage, wie man das tarifautonome System so aufwerten sollte, dass die Mitgliedschaft wieder attraktiver wird. Viele denken hier sogleich an Differenzierungsklauseln,⁶ der Blick ins Ausland lehrt aber, dass wir vielleicht viel stärker den Blick auf die Inhalte richten sollten, die den Tarifparteien anvertraut werden, ihre Rolle in Staat und Gesellschaft prägen und damit auch über die Wertschätzung entscheiden, die ihnen zuteil wird.

Wir beobachten in Deutschland momentan jedenfalls zwei entgegengesetzte Zielpunkte für Weiterentwicklungen des tarifautonomen Systems: Einerseits die Verbreiterung der Tarifwirkungen durch staatliches Handeln.⁷ Die

* Der Verfasser ist Direktor des Instituts für Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherheit. Die Vortragsform des Beitrags wurde im Wesentlichen beibehalten. Dank gilt Herrn Wiss. Mit. Alexander Pionteck für Unterstützung bei Literaturrecherche und Ausarbeitung der Fußnoten.

1 Waltermann, RdA 2018, 137, 138.

2 Ebd.

3 Waltermann, RdA 2018, 137, 150.

4 Zuletzt Franzen, Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt, HSI-Schriftenreihe Bd. 27, Frankfurt aM. 2018, abrufbar unter: https://www.boeckler.de/pdf/p_hsi_schriften_27.pdf (5. 3. 2019), S. 17 ff.; Waltermann, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag in der auf Mitgliedschaft aufbauenden Tarifautonomie, HSI-Schriftenreihe Bd. 15, Frankfurt aM. 2016, abrufbar unter: https://www.boeckler.de/pdf/p_hsi_schriften_15.pdf (5. 3. 2019), S. 19 ff.; Waltermann, NZA 2014, 874, 877 ff.; Seiwerth, RdA 2014, 358, 360 ff.; stärker differenzierend Bepler, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Gutachten B zum 70. Deutschen Juristentag 2014, München 2014, S. B 48 f.

5 Siehe etwa die Mitgliederentwicklung des DGB, abrufbar unter: <http://www.dgb.de/uber-uns/dgb-heute/mitgliederzahlen> (5. 3. 2019).

6 Waltermann, Differenzierungsklauseln (Fn. 4), S. 23 f.; Deinert, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Referat zum 70. Deutschen Juristentag 2014, Bd. II/1, S. K 48 f.; DGB, Positionen zur Stärkung der Tarifbindung v. 28. 2. 2017, abrufbar unter: <https://www.dgb.de/themen/++co++c-79fa53a-ff21-11e6-bef5-525400e5a74a> (5. 3. 2019).

7 Siehe etwa Walser, SR Sonderausgabe 2017, 2, 7 f. und Preis/Povedano Peramato, Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung im Tarifautonomiestärkungsgesetz, HSI-Schriftenreihe Bd. 20, Frankfurt aM. 2017, abrufbar unter: https://www.boeckler.de/pdf/p_hsi_schriften_20.pdf (5. 3. 2019), S. 17, 19, die in der erleichterten Möglichkeit der Allgemeinverbindlicherklärung eine »Stärkung der Tarifautonomie« erblicken; vgl. auch Kamanabrou, Erga-Omnes-Wirkung bei Tarifverträgen, Tübingen 2011, S. 108 ff.

Sozialpartner als Branchen- oder Berufsorgane sollen die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen breit und umfassend regeln. Möglichst alle Arbeitsverhältnisse sollen hiervon gleichstellend erfasst werden – eine sehr am sozialstaatlichen Gemeinwesen, an sozialem Frieden, sozialer Gestaltung und gesamtgesellschaftlicher, letztlich altruistischer, Verantwortung ausgerichtete Deutung von Tarifautonomie, die *Herbert Wiedemann* bereits 1969 in seinem zu Recht berühmten und heute mehr denn je lesenswerten Aufsatz »Die deutschen Gewerkschaften – Mitgliederverband oder Berufsorgan?« entworfen hat.⁸

Diametral entgegengesetzt ist andererseits der Gedanke, dass Tarifautonomie vom Organisationsgrad der Gewerkschaften lebt und somit nur Erfolg haben kann, wenn sie weiterhin in erster Linie mitgliederschaftlich gedacht wird. Funktionsfähigkeit⁹ resultiert dann aus mitgliederschaftlicher Tarifbindung. Mitgliederschaftliche Tarifbindung erreicht man am ehesten mit einer materiellen Besserstellung der tarifgebundenen Arbeitnehmer¹⁰ sowie der tarifgebundenen Unternehmen¹¹ und einer darauf ausgerichteten, auf die Mitgliederinteressen konzentrierten Tarifpolitik.

Was entspricht dem rechtlichen Trend der Zeit? Die Gesetzgebungsansätze der jüngeren Vergangenheit¹² zielen eher auf Verbreiterung und Vereinheitlichung der Tarifwirkungen und weisen damit einen Weg, der sich von einem mitgliederschaftsbezogenen Tarifrechtskonzept stärker entfernt. Wenn man, wie zuletzt das BAG nochmals (im DHV-Beschluss) deutlich herausgestellt hat,¹³ Tariffähigkeit in erster Linie mitgliederschaftsbezogen denkt, droht die Tariffähigkeit als zentrale Funktionsvoraussetzung der Tarifautonomie zu erodieren – sie wird mehr und mehr zu einem »Baum ohne Wurzeln«,¹⁴ der zwar vorübergehend noch Schatten spendet, aber zum Absterben verurteilt ist. Dies würde dann wiederum drängend die Frage nach einer konsequenten Ablösung vom mitgliederschaftsbezogenen Ausgangspunkt, auch zB. bei der Frage der Tariffähigkeit, aufwerfen: eine Tendenz zum österreichischen Kammersystem.¹⁵

Wider den gesetzgeberischen Stachel löckt die Rechtsprechung, die offenbar immer größeren Raum für Außenseiterdifferenzierung sieht und damit auf Anreize zur Stärkung der Mitgliedschaft setzt.¹⁶ Vielleicht sind beide scheinbar gegenläufigen Tendenzen auch in einem Gesamtkonzept verbunden, das gewissermaßen das Beste aus beiden Systemen zusammenführt: breite Tarifwirkungen bei starken Beitrittsanreizen.¹⁷

Der gesellschaftliche Mainstream wiederum scheint in Zeiten der Digitalisierung und gesellschaftlichen Diversifizierung zunehmend auf das Individuum und seine Belange bezogen. Echte Begeisterung für das Engagement in Kollektiven – mit allen damit verbundenen Zugeständnissen und Kompromissen – scheint nur noch bei sehr überzeugten und leidensfähigen oder besonders verzweifelten Zeitgenossen stark ausgeprägt – eine Entwicklung, unter der Gewerkschaften ebenso leiden wie politische Parteien oder Kirchen.

Im Gesamtbild finden sich also sehr widersprüchliche und konfliktreiche Entwicklungstendenzen: Das deutsche Tarifvertragssystem weiß nicht so recht, wohin die Reise gehen soll – und diese Unklarheit über das Ziel tut ihm nicht gut.

Ist dieses Dilemma unabänderlich? Der Blick auf das Ausland zeigt, dass es andere Tarifrechtskonzeptionen gibt, die viel konsequenter den einen oder anderen Weg beschreiten. Das österreichische Kammermodell ist weitgehend von der Mitgliedschaft gelöst – dennoch haben die Gewerkschaften im Schnitt höhere Organisationsgrade als ihre deutschen Verwandten.¹⁸ Skandinavien beeindruckt nicht nur mit der Schönheit seiner Natur, sondern auch mit hohen Organisationsgraden, die vielfach als Beleg für die Notwendigkeit stärkerer

8 *Wiedemann*, RdA 1969, 321 ff.

9 Zum Topos umfassend *Wank*, FS Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes, 2007, S. 141 ff.

10 Umfassend *Richardi*, NZA 2013, 408; siehe auch *Franzen*, Stärkung der Tarifautonomie (Fn. 4), S. 13 f. und *Waltermann*, Differenzierungsklauseln (Fn. 4), S. 21, die den starken mitgliederschaftlichen Bezug der deutschen Koalitionsfreiheit als Funktionsbedingung der Tarifautonomie betonen.

11 Zu Chancen und Gefahren des tarifdispositiven Rechts: *Greiner*, ZTR 2018, 628 ff.; *ders.*, NZA 2018, 563 ff. Zur steuerrechtlichen Privilegierung der Tarifbindung vgl. umfassend *Franzen*, Stärkung der Tarifautonomie (Fn. 4), S. 35 ff.; jüngst aufgegriffen im Positionspapier der SPD, abrufbar unter: https://www.spd.de/fileadmin/Bilder/SPDerneuern/201902_PV-Klausur/20190210_Neuer_Sozialstaat.pdf (5. 3. 2019).

12 Exemplarisch: Gesetz zur Stärkung der Tarifautonomie (Tarifautonomiestärkungsgesetz) v. 16. 8. 2014, BGBl. 2014 I, S. 1348; Gesetz zur Tarifeinheit (Tarifeinheitgesetz) v. 3. 7. 2015, BGBl. 2015 I, S. 1130.

13 BAG, 26. 6. 2018 – 1 ABR 37/16 – AP Nr. 10 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 79 m. Anm. *Greiner/Pionteck*.

14 *Richardi*, NZA 2013, 408.

15 Dazu noch unten V.3.

16 Vgl. jüngst BVerfG, 14. 11. 2018 – 1 BvR 1278/16 – NZA 2019, 112.

17 Mit dieser Tendenz bereits *Kamanabrou*, Erga-Omnes-Wirkung (Fn. 7), S. 108 ff.; kritisch *Greiner*, FS Willemsen, 2018, S. 159, 160 ff.; *ders.*, ZFA 2017, 309 ff.

18 Vgl. den instruktiven Überblick bei *Pelzmann*, in: Henssler/Braun (Hrsg.), Arbeitsrecht in Europa, 3. Aufl., Köln 2011, Rn. 217 ff.

Mitgliedschaftsanreize innerhalb eines konsequent mitgliedschaftsgestützten Systems genannt werden.¹⁹ Der genaue Blick auf das skandinavische System entlarvt dies aber zumindest in Teilen als nordischen Mythos: Materielle Mitgliedschaftsanreize sind mit dem viel zitierten »Genter System« in seiner heutigen Ausgestaltung kaum verbunden, sehr wohl aber ideelle.²⁰

II. Der Zusammenhang zwischen Organisationsgrad und Grundprägung von Tarifrechtssystemen

Auffällig ist bekanntlich, dass in den europäischen Tarifrechtssystemen sehr unterschiedliche Organisationsgrade der Gewerkschaften (und Arbeitgeberverbände)²¹ herrschen.²² Das Spektrum reicht bei den Gewerkschaften von unter 10 % – teils mit deutlich rückläufiger Tendenz – in den postkommunistischen mittel-osteuropäischen Ländern wie Polen und Tschechien, aber erstaunlicherweise auch in Frankreich mit seinen kämpferisch auftretenden Gewerkschaften, bis hin zu relativ konstanten Organisationsgraden von über 60 % in den skandinavischen Ländern. Deutschland liegt mit etwas unter 20 % gewissermaßen im unteren Mittelfeld – in einer ähnlichen Liga wie die Niederlande, Spanien oder Griechenland. Auffällig ist auf den ersten Blick der durchgängig hohe Organisationsgrad in den skandinavischen Ländern. Bei den Arbeitgeberverbänden²³ reicht das Spektrum von unter 20 % in manchen mittel-osteuropäischen Ländern (zB. Polen, Litauen) über ein breites Mittelfeld, in dem auch Deutschland mit ca. 60 % verortet ist, bis zu Organisationsgraden von über 80 % in Schweden und den Niederlanden. Die in Österreich bestehende Pflichtmitgliedschaft der Unternehmen in Wirtschaftskammern²⁴ schlägt sich konsequent in einem einzigartig hohen Organisationsgrad von 100 % nieder. Die große Bandbreite legt die Vermutung nahe, dass der Organisationsgrad von bestimmten – rechtlichen und außerrechtlichen – Strukturbedingungen in den einzelnen Ländern abhängt.

Robert Rebhahn, an den heute – fast genau an seinem ersten Todestag – besonders zu erinnern ist, unterscheidet sehr anschaulich vier verschiedene idealtypische Modelle von Tarifvertragssystemen: den skandinavischen Korporatismus, die kontinentale Sozialpartner-

schaft, das konfliktreiche südeuropäische Polaritätsmodell und schließlich – gleichsam als Gegenpol zum skandinavischen Korporatismus – das angelsächsische Modell eines marktorientierten, letztlich individualistischen Tarifrechtssystems.²⁵

III. Ideen- und mentalitätsgeschichtliche Prägung der Kollektivismus-Individualismus-Frage

Diese Klassifizierung ist im Grundsatz sehr eingängig und überzeugend. Und sie verweist unmittelbar auf einen tiefer liegenden Aspekt, der eine rein rechtliche Analyse bei weitem übersteigt und rechtssoziologisch bzw. rechtspsychologisch ansetzt: Es geht um die vorherrschende Haltung und Einstellung der jeweiligen Gesellschaften zu ihrem Tarifvertragssystem und seinen Akteuren. Insofern kann man tief schürfen und Anknüpfungen in der Historie, insbesondere der Mentalitäts- und Ideengeschichte der jeweiligen Länder nehmen. Einiges spricht dafür, dass über Jahrhunderte gewissermaßen eingeübte und tradierte Denkmuster, vor allem wurzelnd in äußeren Lebensbedingungen, aber auch Prägungen konfessioneller und weltanschaulicher Art, die typische Mentalität der Menschen in einer Gesellschaft tiefer und nachhaltiger prägen als man dies mitunter wahrnehmen möchte und damit auch die Sichtweise auf die Polarität von Individuum und Kollektiv entscheidend beeinflussen.²⁶

Als Erklärungsversuch für die große Zustimmung, die kollektive, korporative Strukturen insbesondere in den skandinavischen Ländern finden, drängt sich die seit Jahrtausenden notwendige und geübte Solidarität innerhalb kleiner Ortsgemeinschaften in dünn besiedelten Gebieten geradezu auf. Auf der anderen Seite dürfte ebenso die indi-

19 Waltermann, NZA 2014, 874, 878 f.; Seiwerth, EuZA 2014, 450, 458 f.; ders., NZA 2014, 708, 710 f.

20 Ausf. unten V.2.

21 Vgl. Brandl, WSI-Mitt. 2013, 511, 513.

22 Zum gewerkschaftlichen Organisationsgrad im europäischen Vergleich Dieke/Lesch, IW-Trends 3/2017, 23, 27; abrufbar unter: https://www.iwkoeln.de/fileadmin/publikationen/2017/358017/IW-Trends_03_2017_Dieke_Lesch-Gewerkschaftliche_Mitgliederstrukturen.pdf (5.3.2019).

23 Übersicht bei Brandl, WSI-Mitt. 2013, 511, 513.

24 Dazu unten V.3.

25 Rebhahn, EuZA 2010, 62, 63.

26 Dazu Clasen/Viebrock, ZSR 52 (2006), 351, 354 ff.; vgl. auch Waltermann, NZA 2014, 874, 878.

vidualistische Präferenz im angelsächsischen Raum durch lange eingeübte ideengeschichtliche Tendenzen erklärbar sein, etwa den Liberalismus eines *Adam Smith*,²⁷ und einer starken konfessionellen Prägung durch die anglikanische Staatskirche, also einer calvinistisch-zwinglianischen Variante des Protestantismus, verbundenen mit einer auf den Erfolg des Individuums ausgerichteten Ethik.

Die vorherrschende Einstellung zur Polarität von Individuum und Kollektiv scheint im Übrigen mit dem politischen System zu korrelieren: In Ländern mit einer traditionell eher sozialdemokratischen Prägung – Skandinavien, aber auch beispielsweise Österreich – ist der gewerkschaftliche Organisationsgrad fast unabhängig von der rechtlichen Ausgestaltung des Tarifsystems in der Tendenz höher als in Ländern mit traditionell eher konservativen oder christdemokratischen Präferenzen: Dieselben gesellschaftlichen Einstellungen, die mehrheitlich die politische Wahlentscheidung beeinflussen, wirken sich auch auf den Stellenwert der Sozialpartner in der Gesellschaft aus.

Erkennbar ist schließlich, dass in Ländern, die lange von einem System des nicht frei wählbaren, sondern staatlich verordneten Kollektivismus geprägt waren, das Pendel zu einer Gegenbewegung ausschlägt, sobald Wahlfreiheit besteht: Dass in den postkommunistischen mittel-osteuropäischen Ländern eine grundlegende Abneigung gegenüber der Selbstorganisation in Kollektivverbänden besteht, scheint als Gegenreaktion auf kollektivistische Zwangssysteme im Kommunismus schlüssig erklärbar.

Man kann sicher Gegenargumente gegen diese ideengeschichtliche Skizze vorbringen, die zweifellos empirischer Vertiefung bedarf. Nahezu unabweisbar scheint aber zu sein, dass der Stellenwert dieser »weichen« Faktoren nicht zu vernachlässigen ist: Unterschiedliche Sichtweisen auf das Verhältnis von Individuum, kollektiven Interessenverbänden und Gesamtgesellschaft werden wie unter einem Brennglas in der Ausgestaltung von Tarifvertragssystemen und in der Austarierung der Machtverhältnisse von Individuum, Staat und Kollektivverbänden gebündelt.

Unabweisbar scheint mir auch, dass man ohne selbstbestimmte gesellschaftliche Akzeptanz ein Tarifrechtssystem nicht mit nachhaltigem Erfolg implementieren kann: In der Langfristbetrachtung sind »Umerziehungsversuche« immer zum Scheitern verurteilt: Es wäre daher ein sehr gewagtes Unterfangen, zB. ein System skandinavischer Prägung nach Großbritannien zu verpflanzen. Dies ginge letztlich nur mit staatlichen Zwang, der auf politischer Ebene immer gegen-

läufige Strömungen auslöst, die irgendwann auch einen erneuten Systemwechsel im Tarifrecht erzwingen. Tarifrechtssysteme sind Spiegel einer gewachsenen »Gesellschaftsmentalität«, und man sollte bei Reformüberlegungen dieses Fundament stets im Blick behalten. Ansätze, die den Koalitionsbeitritt als eine rein zweckrationale und damit durch materielle Anreize nachhaltig beeinflussbare Entscheidung des Einzelnen einordnen, greifen jedenfalls zu kurz und vernachlässigen die entschieden affektuelle und traditionale Prägung dieser sozialen Handlung.²⁸

IV. Das deutsche System als entwicklungsöffener Kompromiss

Allerdings ist Deutschland als ideengeschichtlicher Schmelztiegel in der Mitte Europas immer schon höchst unterschiedlichen Einflüssen ausgesetzt gewesen: Liberale Denkströmungen wirken ebenso wie sozialdemokratische und sozialistische. Konfessionell ist Deutschland, bedingt vor allem durch Reformation, Teilung und Wiedervereinigung, höchst pluralistisch und zunehmend indifferent. Im Übrigen ist Deutschland in seiner Gesamtheit immer noch eine posttotalitäre und teilweise eine postkommunistische Gesellschaft. Die mit dieser Diversität verbundenen gesellschaftlichen Fliehkräfte scheinen sich in den letzten Jahren eher zu verstärken als abzuschwächen.

Die innere Zerrissenheit und die daraus folgende Tendenz zum politischen Kompromiss führt auf zahlreichen Regelungsgebieten zum Entstehen kompliziert und manchmal überkomplex anmutender kompromisshafter Regelungssysteme. Die Tendenz zu mitunter verschlungen anmutenden »Mittelwegen« lässt sich besonders deutlich im Tarifrecht darlegen: Es ist weder ein verbands- oder staatskorporatives noch ein rein individualistisch-liberales System, sondern ein »Mischsystem«, das die individuelle Grundentscheidung für die Mitwirkung durch Koalitionsmitgliedschaft und Tarifbindung mit Elementen kollektiven Staatseinflusses verbindet;²⁹ besonders deutlich wird

27 Grundlegend *Adam Smith*, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (»Untersuchung über Wesen und Ursachen des Reichtums der Völker«), Chicago 1952 [1776].

28 Zu dieser soziologischen Kategorienbildung grundlegend *Max Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen 1922, S. 12 f.

29 Ähnlich jüngst *Wiedemann*, *NZA* 2018, 1587, 1593 mwN.; vgl. auch *Greiner*, *ZFA* 2017, 309, 314; *ders.*, *Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfluralität*, München 2010 (zugl. Köln, Univ., Habil. 2009), S. 99 ff.

dies etwa am Beispiel der mitgliedschaftsbasierten, aber dennoch gerichtlich kontrollierten Tariffähigkeit³⁰ oder der Allgemeinverbindlicherklärung.

Dieses Mischsystem ist wohl dasjenige, das am besten zu unserem – gleichfalls kompromisshaften – System der sozialen Marktwirtschaft passt.³¹ Zugleich liegt in der pluralistischen Diversität der deutschen Gesellschaft und der Kompromisshaftigkeit des deutschen Tarifrechts die Chance einer großen Entwicklungsoffenheit: Es scheint nicht ausgeschlossen, das Tarifrechtssystem in die eine oder andere Richtung weiterzuentwickeln – immer muss aber das Bewusstsein dafür wachgehalten werden, dass jeder kollektiven Akteuren zugestandene Autonomiebereich von seiner gesellschaftlichen Akzeptanz lebt und ein zu starkes Abweichen vom bislang akzeptierten Regelungskompromiss notwendigerweise Widerstände und Gegenbewegungen auslöst und folglich mit Gefahren für die »Systemstabilität« verbunden ist.

V. Konkrete Folgerungen in den Tarifrechtssystemen

Wie schlagen sich diese unterschiedlichen »Gesellschaftsmentalitäten« in den einzelnen Tarifrechtsordnungen nieder? Nehmen wir im Folgenden vor allem das »Erfolgsmodell« der skandinavischen Länder in den Blick.

1. Das skandinavische Modell: Gewerkschaften als konstruktive Akteure sozialer Sicherheit

Verblüffend ist dabei zunächst, dass es eine verfassungsrechtlich garantierte Tarifautonomie im »deutschen« Sinne in den skandinavischen Ländern nicht gibt.³² Geschäftsgrundlage ist gewissermaßen ein Modell freiwilliger Akzeptanz und Rücksichtnahme, das sich in einer starken Betonung der Verbandsmacht und der Zurückhaltung staatlicher Akteure hinsichtlich der Gestaltung der Arbeit- und Wirtschaftsbedingungen manifestiert. Insbesondere in Dänemark und Schweden existiert keine Allgemeinverbindlicherklärung, in Finnland nur sehr eingeschränkt.³³ In allen drei Ländern existieren überdies bis heute keine gesetzlichen Mindestlöhne.³⁴ Beide Befunde verblüffen auf den ersten Blick und scheinen in einem gewissen Widerspruch zu dem Befund eines korporatistischen Tarifrechtsmodells zu stehen. Auf den zweiten Blick verdeutlichen sie aber gerade, was den skandinavischen Korporatismus ausmacht: Es ist kein

»staatskorporatives«, sondern ein »verbandskorporatives« Regelungsmodell, das stark auf die autonome Funktionsfähigkeit der Koalitionen und der von ihnen geschaffenen Tarifverträge setzt, einhergehend mit einer Zurücknahme des Staatseinflusses. Im Prinzip handelt es sich also um ein sehr liberales System. Damit korreliert zB., dass die Anforderungen an die Tariffähigkeit einer Koalition äußerst gering sind.³⁵ Insbesondere existiert kein Rechtsinstitut einer »sozialen Mächtigkeit« von Koalitionen. Die Tariffähigkeit als eigenständige rechtliche Kategorie ist in Skandinavien schlicht nicht existent. Es gilt allein der Grundsatz »Zwei muss man sein«, um eine Koalition bilden zu können.³⁶

Im Ausgangspunkt sind Verbandsmitgliedschaft und Tarifnormwirkung im schwedischen Mitbestimmungsgesetz eng miteinander verknüpft. § 26 Abs. 1 S. 1 des schwedischen Mitbestimmungsgesetzes [Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet] formuliert das Grundprinzip eines mitgliedschaftsgestützten Tarifrechtsmodells: »Tarifverträge, die von Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerorganisationen geschlossen wurden, binden die Mitglieder der Organisation in ihrem Anwendungsbereich.« Dieses Grundprinzip ist aber sogleich stark zu relativieren: Stets als stillschweigend mitvereinbart gilt der Gleichstellungsgedanke: Ein Arbeitgeber muss seine nicht gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmer auf Tarifniveau gleichstellen³⁷ – gewissermaßen Ausdruck der in Skandinavien gelebten und tief verwurzelten solidarischen Großzügigkeit.³⁸

Wirklich prägend für das skandinavische Modell ist, dass den Sozialpartnern vielfältige institutionalisierte, stark wahrnehmbare Aufgaben mit gesamtgesellschaftlicher Bedeutung zugewiesen sind: Zum einen haben sie durch eine »tripartistische« Einbindung in das Gesetzgebungsverfahren großen Einfluss auf ökonomische, soziale

30 Zuletzt BAG, 26. 6. 2018 – 1 ABR 37/16 – AP Nr. 10 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 79 m. Anm. Greiner/Pionteck; zum denkbaren Gegenmodell eines »freien Markts der Gewerkschaften« Henssler, Soziale Mächtigkeit und organisatorische Leistungsfähigkeit als Voraussetzungen der Tariffähigkeit von Gewerkschaften, Baden-Baden 2006, S. 50 ff., 62.

31 Greiner, ZFA 2017, 309, 314.

32 Evju, EuZA 2010, 48.

33 BT-Drs. 17/2600, S. 329; dazu auch Rebhahn, RdA 2002, 214, 216 f.

34 Dazu bereits Rebhahn, RdA 2002, 214, 218.

35 Siehe zu den Anforderungen Evju, EuZA 2010, 48, 50 ff.; vgl. Seiwert, EuZA 2014, 450, 458.

36 Evju, EuZA 2010, 48, 50.

37 Evju, EuZA 2010, 48, 53; Seiwert, EuZA 2014, 450, 458.

38 Es scheint aber durchaus die Möglichkeit kompensatorischer Differenzierungsklauseln zu geben, vgl. Greiner, Rechtsfragen (Fn. 29), S. 333.

und arbeitsmarktbezogene politische Entscheidungen.³⁹ Zum anderen findet sich eine starke Verknüpfung mit dem System der sozialen Sicherheit, das »Genter System«.⁴⁰ Beide Aspekte werden als Kernbestandteile des demokratischen Systems in den skandinavischen Ländern betrachtet,⁴¹ sind also gesellschaftlich akzeptiert. Und drittens existiert, ganz anders als etwa in den südeuropäischen Ländern,⁴² kein Betriebsratssystem.⁴³ Vielmehr vertreten die Gewerkschaften die Arbeitnehmer (und zwar organisierte wie nicht organisierte) unmittelbar und dadurch sehr wahrnehmbar auf der Unternehmens- bzw. Betriebsebene. Es existiert also ein System der monistischen Arbeitnehmervertretung durch Gewerkschaften.

2. Insbesondere: das »Genter System«

Ganz besonders deutlich wird die übergreifende Verantwortung, die den Sozialpartnern im skandinavischen Modell zugewiesen ist, auf dem Gebiet der sozialen Sicherungssysteme: Das viel beschworene »Genter System«⁴⁴ beinhaltet die Organisation der Arbeitslosenversicherung durch die Gewerkschaften: Ein wichtiger Aspekt sozialer Sicherung liegt damit in den Händen der Sozialpartner und erfolgt auf tarifvertraglich ausgestalteter Grundlage: Letztlich kommt hier ein ähnliches Regelungsprinzip zur Entfaltung, wie es in Deutschland für bestimmte (freilich etwas weniger existenzielle) Regelungsfragen mit den Sozialkassen der Bauwirtschaft Realität ist: In Schweden, Dänemark und Finnland sichern die Gewerkschaften das Risiko der Arbeitslosigkeit durch eine freiwillige Versicherung für Arbeitnehmer ab, indem ihnen die Verwaltung staatlich registrierter privater Arbeitslosenkassen obliegt, die einen Teil jener Aufgaben wahrnehmen, welche in Deutschland der gesetzlichen Arbeitslosenversicherung zugewiesen sind. In Schweden existieren in diesem System 36 Kassen, die nach den verschiedenen Berufszweigen gegliedert sind.⁴⁵ Das Leistungsniveau ist dabei durchweg höher als dasjenige des »Arbeitslosengeldes I« in Deutschland.⁴⁶ Zur Attraktivität des »Genter Systems« trägt seine Finanzierungsstruktur entscheidend bei: Mit relativ geringen (und zwar pauschalen) Eigenbeiträgen von umgerechnet 11 €/Monat (Schweden) bzw. 55 €/Monat (Dänemark)⁴⁷ erkaufte sich der Arbeitnehmer den Zugang zu einem in hohem Maße steuersubventionierten System sozialer Sicherung und erzielt somit einen echten Mehrwert gegenüber der selbst eingebrachten Beitragssumme. Die einkommensunabhängige Pauschalierung des Beitrags macht die Mitwirkung gerade auch für hochqualifizier-

te und gut verdienende Beschäftigte attraktiv. Sozial ist sie hinnehmbar, weil sozialer Ausgleich ohnehin über das (Einkommen-)Steuersystem mit einer gleichmäßigen Einbeziehung aller Einkommensarten und tendenziell höheren Steuersätzen als in Deutschland bewirkt wird. In der spezifischen Zuständigkeit für die Arbeitslosenversicherung wird vielfach eine zentrale Ursache für den hohen gewerkschaftlichen Organisationsgrad in Skandinavien gesehen.⁴⁸

Mit einem nordischen Mythos muss man dabei allerdings gründlich aufräumen: In der deutschen Diskussion um das »Genter System« existieren vielfach Fehlvorstellungen über seine Ausgestaltung und die damit verbundenen Anreizwirkungen. Vielfach wird das »Genter System« als ein außenseiterdifferenzierendes Zwangssystem wahrgenommen, das die Teilhabe an der Arbeitslosenversicherung von der Gewerkschaftsmitgliedschaft abhängig macht und so die Arbeitnehmer den Gewerkschaften zutreibt.⁴⁹ Insofern wird das »Genter System« mitunter als Paradigma für außenseiterdifferenzierende Elemente betrachtet.

In der Tat war dies der Ausgangspunkt des »Genter Systems«. Bereits seit bald einhundert Jahren hat die Entwicklung in den skandinavischen Ländern aber dieses etwas primitive, auf Druck und Zwang setzende Anreizsystem hinter sich gelassen, wohl weil es als inkompatibel mit dem solidarischen Gleichstellungsdenken des skandinavischen Tarifrechts bewertet wurde: Arbeitslosenversicherung und Gewerkschaftsmitgliedschaft sind somit in Dänemark und Schweden heute rechtlich voneinander getrennt,⁵⁰ Gewerk-

39 *Evju*, EuZA 2010, 48.

40 Ausf. sogleich unten V.2.

41 *Evju*, EuZA 2010, 48.

42 Als Gegenbeispiel lässt sich insb. Spanien anführen, wo gewerkschaftsunabhängige Betriebsräte mit umfassenden Regelungskompetenzen ausgestattet sind, was seinen Teil zur Schwäche der Gewerkschaften beizutragen scheint: vgl. *Greiner*, Rechtsfragen (Fn. 29), S. 30.

43 *Evju*, EuZA 2010, 48, 49.

44 Dazu *Clasen/Viebrock*, ZSR 52 (2006), 351 ff.; *Seiwerth*, NZA 2014, 708 ff.; *ders.*, EuZA 2014, 450, 458 f.; *Waltermann*, NZA 2014, 874.

45 *Clasen/Viebrock*, ZSR 52 (2006), 351, 357; *Seiwerth*, NZA 2014, 708, 709 f.; vgl. auch *Leonardi*, WSI-Mitt. 2006, 79, 81 f.

46 Beispiel Dänemark: Maximale Leistungsdauer von vier Jahren und 61 % Nettolohnersatzrate; dazu mwN. *Clasen/Viebrock*, ZSR 52 (2006), 351, 356.

47 Vgl. ebd.

48 *Leonardi*, WSI-Mitt. 2006, 79, 83; *Waltermann*, NZA 2014, 874, 878; differenzierend *Clasen/Viebrock*, ZSR 52 (2006), 351, 352.

49 Kritisch in diesem Sinne *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl., München 2017, § 5 Rn. 12.

50 *Clasen/Viebrock*, ZSR 52 (2006), 351, 352.

schaften und Arbeitslosenversicherung im »Genter System« nur noch institutionell miteinander verbunden: Die Gewerkschaften sind Träger und Verwalter der Arbeitslosenkassen. Der Beitritt in die Arbeitslosenkasse ist für den Arbeitnehmer – gleich ob gewerkschaftlich organisiert oder nicht – möglich und freiwillig, aber natürlich aus Gründen der Risikoversicherung sehr naheliegend. Die Gewerkschaftsmitgliedschaft umschließt dabei in aller Regel auch die Mitgliedschaft in der jeweiligen Arbeitslosenkasse.⁵¹ Für nicht gewerkschaftlich organisierte Arbeitnehmer sind die Beiträge zur Arbeitslosenversicherung regelmäßig um etwa 10–20% höher als für organisierte.⁵² Trotz dieses »Beitragsrabatts« dürfte die kumulative Mitgliedschaft in Arbeitslosenkasse und Gewerkschaft dennoch insgesamt teurer sein.⁵³

Wie bereits angedeutet, verkörpert das heutige »Genter System« ein in Grundzügen den Sozialkassen der Bauwirtschaft in Deutschland nicht ganz unähnliches System: Soziale Sicherung wird gewissermaßen außerstaatlich kollektiv organisiert. Unterschiede sind allerdings klar erkennbar: Das »Genter System« koppelt diesen Auftrag zur sozialen Absicherung direkt an die Gewerkschaften, die als Akteure sozialer Sicherung somit viel sichtbarer werden als bei einem Sozialkassenmodell, das auf gemeinsame Einrichtungen setzt. Betroffen ist mit der Arbeitslosenversicherung überdies ein Kernbereich sozialer Sicherung und nicht »nur« wichtige branchenspezifische Zusatzelemente sozialer Absicherung. Und letztlich setzt das Modell durch Verzicht auf ein der Allgemeinverbindlicherklärung vergleichbares Zwangselement viel konsequenter auf Eigenverantwortung, wirtschaftliche Attraktivität und Überzeugungskraft.

3. Österreichischer und belgischer »Staatskorporatismus«

Dass eine Offenheit für solidarische Außenseitergleichbehandlung nicht notwendig mit einer Schwächung des Tarifsystems einhergeht, zeigen auch die »staatskorporativen« Systeme Österreichs und Belgiens: Das österreichische Tarifsystem bleibt mit einem Organisationsgrad von ca. 25% (2014) zwar deutlich hinter den Organisationsgraden skandinavischer Länder zurück, liegt jedoch mit an der Spitze der nicht skandinavischen Länder in Europa. Noch weitaus deutlicher gilt das für Belgien mit seinem Organisationsgrad von 45,6% (2014).⁵⁴

In Österreich besteht auf Arbeitgeberseite eine Pflicht- bzw. Zwangsmitgliedschaft der Arbeitgeber in den sogenannten Wirtschaftskammern, die gewissermaßen öffent-

lich-rechtliche Arbeitgeberverbände darstellen. So bestimmt § 2 Abs. 1 Wirtschaftskammergesetz: »Mitglieder der Wirtschaftskammern und Fachorganisationen sind alle physischen und juristischen Personen sowie sonstige Rechtsträger, die Unternehmungen des Gewerbes, des Handwerks, der Industrie, des Bergbaus, des Handels, des Geld-, Kredit- und Versicherungswesens, des Verkehrs, des Nachrichtenverkehrs, des Rundfunks, des Tourismus und der Freizeitwirtschaft, sowie sonstiger Dienstleistungen rechtmäßig selbstständig betreiben oder zu betreiben berechtigt sind.« Dem entspricht auf Arbeitnehmerseite eine gesetzliche Außenseitererweiterung und damit eine Erga-omnes-Wirkung des Tarifvertrags: § 12 Abs. 1 des Arbeitsvertragsgesetzes statuiert, dass »die Rechtswirkungen des Kollektivvertrages [...] auch für Arbeitnehmer eines kollektivvertragsangehörigen Arbeitgebers ein[treten], die nicht kollektivvertragsangehörig sind (Außenseiter).«

Auch Belgien mit seinem hohen Organisationsgrad kennt eine umfassende Breitenwirkung bei Branchentarifverträgen; diese werden in Belgien von paritätisch besetzten Tarifkommissionen abgeschlossen, gebildet aus Arbeitgebervertretern und Gewerkschaftsvertretern.⁵⁵

Nicht zu verkennen ist allerdings, dass die meisten anderen Länder mit einer umfassenden Erga-omnes-Wirkung sehr niedrige Organisationsgrade aufweisen – etwa Frankreich, Spanien und verschiedene mittel-osteuropäische Länder. Die andernorts formulierte These, dass ein isolierter Übergang von einem mitgliedschaftsbasierten System zu einer Erga-omnes-Wirkung der Funktionsfähigkeit des Tarifsystems abträglich ist,⁵⁶ auch und vor allem dann, wenn zugleich Zwangselemente durch Außenseiterdifferenzierungen eingeführt werden, ist damit aufrecht zu erhalten.

Viel entscheidender ist allerdings – dies zeigen die Beispiele Österreich und Belgien – die Rolle, die Gewerkschaften in der jeweiligen Gesellschaftsordnung und im jeweiligen System sozialer Sicherheit spielen. Ein Gleichstellungsansatz kann sich im Ergebnis daher höchst unterschiedlich auswirken: Ist er, zB. im Falle einer gesetzlichen Erga-omnes-Wirkung oder Allgemeinverbindlicherklärung, staatlich angeord-

51 Clasen/Viebrock, ZSR 52 (2006), 351, 359.

52 Seiwerth, NZA 2014, 708, 710.

53 Ebd.

54 Dieke/Lesch, IW-Trends 3/2017, 23, 27; abrufbar unter: https://www.iwkoeln.de/fileadmin/publikationen/2017/358017/IW-Trends_03_2017_Dieke_Lesch-Gewerkschaftliche_Mitgliederstrukturen.pdf (5.3.2019).

55 Vgl. dazu Waas, FS Kempfen, 2013, S. 38, 41.

56 Greiner, ZFA 2017, 309, 329f.

net und werden Gewerkschaften eher in einer destruktiven Rolle und mehr als Aktivisten- denn als Mitgliederverband⁵⁷ wahrgenommen, beschleunigt eine Erga-omnes-Wirkung offenbar den Rückgang des Organisationsgrads und den Niedergang des Tarifsystems. Ist die umfassende Gestaltung der Arbeitsbeziehungen durch Gleichstellung der Außenseiter dagegen, wie in den skandinavischen Ländern, tarifvertraglich fundiert und beruht sie somit auf einer den Sozialpartnern zugerechneten Gestaltungsentscheidung, kann sie die Wahrnehmung der Sozialpartner als wichtige, konstruktive Akteure sozialen Zusammenhalts innerhalb der Gesellschaft verstärken und untermauern.

Festzuhalten bleibt auch, dass die Wahrnehmung von Sicherungsaufgaben in Kernbereichen des Sozialstaats die Bedeutung der Sozialpartner für das gesellschaftliche Zusammenleben hervorhebt: Sie werden dadurch als konstruktiv agierende Garanten sozialen Zusammenhalts deutlich sichtbarer als in einem rein staatlich organisierten Sozialstaat. In ähnlicher Weise gilt dies, wenn die Wahrnehmung von Mitbestimmungsaufgaben in Betrieb und Unternehmen in einem System monistischer Arbeitnehmervertretung unmittelbar den Gewerkschaften anvertraut und nicht institutionell durch ein formal gewerkschaftsunabhängiges Betriebsratssystem verdeckt wird. Visibilität und Bedeutung der Sozialpartner werden schließlich auch durch formalisierten Tripartismus, also die Einbindung der Sozialpartner in die sozial- und arbeitsmarktpolitische Gesetzgebung des Staates gesteigert. Möglicherweise begründen alle drei Faktoren – im Zusammenwirken mit den dargestellten kulturellen, historischen und soziologischen Rahmenbedingungen – den Erfolg des skandinavischen Tarifrechtsmodells.⁵⁸

4. Annäherungszeichen in Frankreich: die Carte BTP

Sehr bemerkenswert ist, dass auch Frankreich mit seinem konfliktorientierten romanischen Polaritätsmodell⁵⁹ jüngst gewisse Anstrengungen unternimmt, den Sozialpartnern staatliche Regelungsaufgaben zuzuweisen und ihnen damit eine neue Rolle zu eröffnen. Auch hier werden originär in die staatliche Regelungsverantwortung fallende Aufgaben in die Hände der Sozialpartner bzw. von ihnen getragenen Institutionen gelegt – allerdings sehr begrenzt, sehr spezifisch und fast mit einem experimentellen Modellcharakter:

Seit 2016 sind Baubetriebe, die Mitarbeiter nach Frankreich entsenden, verpflichtet, vor Tätigkeitsbeginn eine sog.

»Carte d'identité professionnelle BTP« zu beantragen, Art. L8291-1 iVm. Art. L1262-4 *Côte du travail*.⁶⁰ Für jeden Entsendefall und Arbeitnehmer muss die Karte neu beantragt werden; sie kostet jeweils 10,80 €. Auf Baustellen sind die Karten mitzuführen; staatliche Kontrolleure sollen damit nachvollziehen können, ob der Betrieb seine rechtlichen Verpflichtungen erfüllt (wobei fraglich scheint, inwieweit im Antragsprozess als Massengeschäft mehr als eine rein formale Prüfung möglich ist). Die BTP-Karte soll illegale Beschäftigung und unlauteren sozialen Wettbewerb durch entsendende Unternehmen wirksamer bekämpfen: Mit der Vorlage wird prüfbar dokumentiert, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer und die Entsendung bei der Schlechtwetterkasse gemeldet hat und somit Beiträge bei ihm erhoben werden können. Die französische Bauindustrie hatte dies lange zur Unterbindung von unlauterer Konkurrenz durch entsendende Unternehmen gefordert.

Bemerkenswert an diesem Modell ist die Trägerschaft: Zuständig für das Antragsverfahren ist die Union des caisses de France Congés Intempéries BTP (UCF CIBTP) – frei übersetzbar als Verband der Schlechtwetterkassen. Sie ist ein gemeinnütziger Verein, der von Unternehmern und Handwerkern des Bauwesens und der öffentlichen Arbeiten verwaltet wird; sie verwaltet und koordiniert das Netzwerk der Congés Intempéries BTP, das funktional wiederum in gewisser Weise mit den Sozialkassen der Bauwirtschaft in Deutschland vergleichbar ist, mag es auch in alleiniger Trägerschaft der Unternehmen stehen.

Das Sozialkassenmodell wird in der Entsendesituation durch eine derartige Dokumentation durchsetzungsstärker. Die beklagenswerte Divergenz von Rechtslage und Rechtswirklichkeit⁶¹ wird ebenso vermindert wie rechtswidrige Zustände in der Entsendekonstellation bekämpft werden. Ob damit der UCF CIBTP auch – jenseits der dadurch gestärkten Beitragsehrlichkeit der Unternehmen – eine zusätzliche Finan-

57 Exemplarisch in Frankreich: »syndicalisme de militants plus que d'adhérents«, so die Analyse bei *Imbrecht/Antoine/Dupuch* ua., *Les syndicats en France*, 2015, abrufbar unter: <http://www.ires.fr/etudes-recherches-ouvrages/ouvrages-et-articles/item/4257-titre-de-l-ouvrage> (5. 3. 2019).

58 Vgl. *Clasen/Viebrock*, ZSR 52 (2006), 351, 354 ff.; vgl. auch *Waltermann*, NZA 2014, 874, 878.

59 Dazu *Le Friant*, EuZA 2010, 23 ff.

60 Eingefügt durch LOI n°2015-990 v. 6. 8. 2015 über Wachstum, Aktivität und Chancengleichheit, auch bekannt als »Macron Act« und erneut geändert durch LOI n°2016-1088 v. 8. 8. 2016.

61 Dazu allgemein *Greiner*, AuR 2016, 92; vgl. mit Blick auf das Sozialkassenverfahren *Ulber/Wolters*, NJW 2018, 2593 ff.; vgl. auch *Maul-Sartori*, NZA 2014, 1305 ff.

zierungsquelle durch die erhobenen Gebühren erschlossen wird – so wie es bei Ver.di durch die Zuständigkeit für die Beantragung von Presseausweisen geschieht – scheint zweifelhaft: Die 10,80 € decken wohl ausschließlich die Verwaltungskosten. Im Übrigen wäre eine darüber hinausgehende Belastung ausschließlich entsendender Unternehmen mit höheren Zahlungen wohl als Diskriminierung wegen der grenzüberschreitenden Entsendung zu bewerten und europarechtswidrig.

Können in Deutschland Anleihen beim Modell der Carte BTP genommen werden? Der Gesetzgeber könnte zweifellos ein vergleichbares Modell implementieren. Durch Tarifvertrag wäre bereits de lege lata die Einführung eines zusätzlichen, von den Sozialkassen der Bauwirtschaft auszustellenden Sozialkassenausweises zulässig: Die allgemeinverbindlichen Sozialkassentarifverträge gestalten bereits heute das Meldeverfahren zu den Sozialkassen; erforderlich wäre somit kein Systemwechsel, sondern lediglich eine Ergänzung. Im Kontext der Allgemeinverbindlicherklärung von Sozialkassentarifverträgen betont § 5 Abs. 1a S.2 TVG deklaratorisch die Kompetenz der Tarifparteien, »alle mit dem Beitragseinzug und der Leistungsgewährung in Zusammenhang stehenden Rechte und Pflichten einschließlich der dem Verfahren zugrunde liegenden Ansprüche der Arbeitnehmer und Pflichten der Arbeitgeber [zu] regeln«. Angesichts dessen dürfte ein an die Carte BTP angelehntes System bereits nach geltendem Recht auf Grundlage eines allgemeinverbindlichen Sozialkassentarifvertrags zwanglos möglich sein.

VI. Schlussfolgerungen für Deutschland

1. Grundsatz: Kein belegbarer Zusammenhang zwischen Außenseiter(un)gleichstellung und Organisationsgrad

Auf Bruchstücke des skandinavischen Tarifrechtspanoramas könnte man ganz unterschiedlichste Schlussfolgerungen und politische Forderungen stützen, zB. die These, dass sich reduzierter Staatseinfluss – konkret ein Verzicht auf gesetzlichen Mindestlohn und Allgemeinverbindlicherklärung – positiv auf die Bereitschaft zum Gewerkschaftsbeitritt und damit auf die Funktionsfähigkeit des tarifautonomen Systems auswirkt. Schon hinter diese Folgerung ist jedoch ein großes Fragezeichen zu setzen. Wir haben das bekannte Henne-Ei-Problem: Genau umgekehrt wird man im hohen Organisationsgrad und dem Verzicht auf Segmentierungen des Arbeitsmarktes⁶² die

Ursache dafür sehen können, dass es in den skandinavischen Ländern abstützendes Staatseinfluss durch Mindestlohn und Allgemeinverbindlicherklärung schlicht nicht bedarf, um das System funktionsfähig und wirkungsmächtig zu halten.

Für die Richtigkeit dieser These spricht die Großzügigkeit der skandinavischen Tarifrechtsordnungen im Umgang mit dem Gleichstellungsgedanken: Dass die tarifgebundenen Arbeitgeber auf tarifvertraglicher, durch Auslegung ermittelter Grundlage für verpflichtet gehalten werden, die Außenseiter grundsätzlich auf Tarifniveau gleichzustellen, und diese Handhabung offenbar dem Selbstverständnis der Tarifparteien entspricht, spricht dafür, dass ein generöses, gegenüber Außenseitern solidarisches Gleichstellungsdenken keine negativen Auswirkungen auf den gewerkschaftlichen Organisationsgrad haben muss.

Der Schlüssel zum Erfolg des skandinavischen Systems liegt somit nicht in Anreiz- und Zwangsstrukturen, sondern basiert auf einem liberalen und zugleich solidarischen, von gesamtgesellschaftlicher Verantwortung gekennzeichneten Regelungsansatz, der den Staatseinfluss zurücknimmt, den Sozialpartnern eine prominente Funktion für die soziale Absicherung von Lebensrisiken zuweist und ihnen damit die Chance gibt, sich als konstruktive Akteure zu profilieren – gewissermaßen ein Gegenentwurf zu den destruktiv-kämpferischen Gewerkschaften Frankreichs.

Die freundliche Einladung an den Einzelnen, sich aus freien Stücken einer Gewerkschaft anzuschließen, von deren Wichtigkeit und Förderungswürdigkeit er angesichts der Bedeutung der von ihr ausgeübten Aufgaben überzeugt ist, ist nicht zuletzt auch ein sehr zukunftstaugliches Modell, mit dem sich die »digital natives« viel eher gewinnen lassen als durch staatliche Abstützungsmaßnahmen mit Zwangscharakter oder unsympathische Druckentfaltung durch Außenseiterdifferenzierung. Ersteres ist aus der Not geboren, letzteres wirkt im Zeitalter der Individualisierung und Digitalisierung wie aus der Zeit gefallen.

2. Insbesondere: das »Genter System« – ein Vorbild für Deutschland?

Ließe sich das bereits skizzierte »Genter System« auf Deutschland übertragen? Das Sozialkassenmodell der

⁶² Zu damit verbundenen Problemen der Tarifpolitik »Koppelungsgeschäfte« siehe Corzelius, Grundlagen, Wirkungen und Grenzen des tarifdispositiven Rechts in der Arbeitnehmerüberlassung (zugl. Bonn, Univ., Diss. 2018), Berlin ua. 2018, S. 54 ff.; Greiner, NZA 2018, 563, 565.

Bauwirtschaft zeigt deutlich, dass die Wahrnehmung sozialstaatlicher Regelungsaufgaben durch gemeinsame Einrichtungen der Sozialpartner auf Basis allgemeinverbindlicher Tarifverträge ein auch in Deutschland bereits seit langer Zeit praktiziertes Regelungsmodell ist.

Die Unterschiede zum »Genter System« wurden bereits benannt: Sie liegen vor allem darin, dass bislang bei den Sozialkassen der Bauwirtschaft weniger zentrale Risiken anvertraut sind als das Risiko der Arbeitslosigkeit. Weitere Unterschiede sind die von den Gewerkschaften abgelöste Trägerschaft gemeinsamer Einrichtungen, ferner die – infolge Allgemeinverbindlicherklärung der Sozialkassentarifverträge – fehlende Freiwilligkeit der Beteiligung am System.

Es ist prinzipiell vorstellbar, substantiellere Fragestellungen sozialer Sicherung gewissermaßen zu privatisieren und in die Hände der Sozialpartner zu übertragen. Das deutsche System einer Arbeitslosenversicherung durch die Bundesagentur für Arbeit als bundesunmittelbare Körperschaft des öffentlichen Rechts (§ 367 Abs. 1 SGB III) ist ebenso historisch gewachsen wie das skandinavische Modell des »Genter Systems«, das stark auf die Selbstorganisation von Arbeitnehmern und Arbeitgebern setzt. An anderer Stelle wurde gezeigt, dass die sozialstaatliche Allokation von Risiken im Spannungsfeld von Arbeitsrecht, Sozialrecht, Privatversicherungsrecht und Steuerrecht vielfach zufällig, durch historische Entwicklungen bedingt und in der Sache nur begrenzt begründbar ist.⁶³ Einen Systemwechsel vorzunehmen und bislang in mittelbarer Staatsverwaltung wahrgenommene Sicherungsaufgaben in die Hände der Sozialpartner oder von ihnen zu schaffender gemeinsamer Einrichtungen zu legen, ist ein in vielerlei Hinsicht diskussionswürdiger Denkansatz. Gleiches gilt für die Effektivierung des Sozialkassenverfahrens in Entsendekonstellationen durch Anleihen beim französischen System der Carte BTP.

Als verfassungsrechtliche Hürden speziell für eine Systemänderung in Anlehnung an das »Genter System« werden gemeinhin die negative Koalitionsfreiheit, der allgemeine Gleichheitssatz und das Sozialstaatsprinzip benannt.⁶⁴ Sie veranlassten bislang überwiegend zu einer eher skeptischen Antwort auf die Frage der Übertragbarkeit des »Genter Systems« nach Deutschland. Alle drei Argumente scheinen letztlich aber nicht stichhaltig: Die negative Koalitionsfreiheit ist per se nicht betroffen, wenn das Sozialkassensystem auch Außenseiter-Arbeitnehmern offensteht, wie es in den skandinavischen Ländern heute der Fall ist. Werden außenseiterdifferenzierende Elemente

eingebaut, etwa in Gestalt eines Beitragsrabatts, der auf einen Nachteilsausgleich für den aufgewendeten Gewerkschaftsbeitrag abzielt, gelten die großzügigen Grenzen, die heute in der höchst- und verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung gezogen werden.⁶⁵

In welchen Formen und welcher Trägerschaft der Sozialstaat die ihm durch Art. 20 Abs. 1 GG auferlegten Aufgaben sozialer Sicherung erledigt, ist eine Frage politischer Entscheidung und Gestaltung, die verfassungsrechtlich nicht präformiert ist.⁶⁶ In der Sache spricht gerade beim Risiko der Arbeitslosigkeit einiges für eine sozialpartnerschaftliche und branchenbezogene Absicherung: Das abzusichernde Risiko ist in den einzelnen Branchen höchst unterschiedlich ausgeprägt und konjunkturabhängig. Eine branchenbezogene, zielgenau ausgestaltete und anpassungsfähige Absicherung wäre möglicherweise der heutigen gesetzlichen Universallösung überlegen. Allerdings sind gegenläufige Erwägungen sorgfältig zu wägen: Auch die durch das heutige System bewirkte breite Risikostreuung hat zweifellos ihre Vorzüge. Dass für sonstige Aufgaben der Bundesagentur für Arbeit, insbesondere im Bereich der aktiven Arbeitsmarktförderung, neue organisatorische Strukturen und finanzielle Grundlagen gefunden werden müssten, wäre zudem ein nicht unerhebliches Gestaltungsproblem.

Will man sich nicht sogleich an diesem großen Wurf versuchen, wäre bereits de lege lata vorstellbar, dass sich Gewerkschaften – bzw. sozialpartnerschaftlich getragene gemeinsame Einrichtungen – in den bestehenden Strukturen zu Anbietern sozialer Sicherheit weiterentwickeln. Orientiert man sich am skandinavischen Modell, scheinen hierfür die existierenden Privatvorsorgemodelle, insbesondere im Bereich der Altersvorsorge, prinzipiell geeignet – ein Weg, der vor allem in der betrieblichen Altersversorgung, also in der »zweiten Säule«, teilweise bereits beschritten wird⁶⁷ und ausbaufähig scheint. Zugespielt formuliert: Gewerkschaften – bzw. sozialpartner-

63 Greiner, VSSR 2018, 251 ff.

64 Dazu Seiwerth, NZA 2014, 708, 711 f.

65 BAG, 18. 3. 2009 – 4 AZR 64/08 – AP Nr. 41 zu § 3 TVG; vgl. auch jüngst BVerfG, 14. 11. 2018 – 1 BvR 1278/16 – NZA 2019, 112.

66 Ständige Rechtsprechung, siehe nur: BVerfG, 29. 5. 1990 – 1 BvL 20/84 ua. – BVerfGE 82, 60, 81; Grzeszick, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 84. EL., München 2018, Art. 20 Rn. 17 f. mwN.

67 Exemplarisch verwiesen sei auf das tarifgestützte Modell der »BauRente ZukunftPlus« sowie – als Modell privater Vorsorge in der »dritten Säule« – die »Rürup«-geförderte »BauRente BasisPlus«.

schaftlich getragene gemeinsame Einrichtungen – könnten sich ohne unüberwindbare rechtliche Hürden künftig z.B. als Altersvorsorgeanbieter im System der »Riester-Rente« betätigen. Auch dafür kann man Anleihen im schwedischen System nehmen, denn dort ist private Altersvorsorge in einem staatlichen Vorsorgefonds (»Första AP-fonden«)⁶⁸ möglich, der mit deutlichen Kostenvorteilen gegenüber Privatanbietern aufwarten kann.⁶⁹ Was spricht dagegen, ein vergleichbares Vorsorgemodell in sozialpartnerschaftlicher Trägerschaft zu etablieren?

Die Aufbauphase eines derartigen Modells wäre zweifellos anspruchsvoll und nicht frei von Risiken. Angesichts der viel beklagten Schwächen des privatwirtschaftlichen »Riester«-Modells⁷⁰ könnte es aber gelingen, ein wirtschaftlich überzeugenderes und verlässlicheres Vorsorgeangebot zu unterbreiten als es den privatwirtschaftlichen und gewinnorientierten Anbietern derzeit gelingt. Ein gewerkschaftlich bzw. sozialpartnerschaftlich organisiertes Vorsorgeangebot hätte insofern strukturelle Vorteile: Es wäre allein am Mitgliederinteresse orientiert – und nicht, wie die privatwirtschaftliche Konkurrenz, auch am »shareholder value«. Verwaltungskosten könnten gering gehalten und zugleich die Beratungsleistungen optimiert werden.⁷¹ Derartige Angebote könnten entweder Gewerkschaftsmitgliedern vorbehalten bleiben, oder sie könnten allen offenstehen – ggf. verbunden mit einem Beitragsrabatt für Gewerkschaftsmitglieder. Da es sich bei »Riester«-Produkten um – wenn auch steuersubventionierte⁷² – Privatvorsorge durch eigene Beiträge handelt und das sozialpartnerschaftliche Angebot im unmittelbaren Wettbewerb mit anderen Anbietern stünde, sind in beiden Fällen keine unüberwindbaren rechtlichen Hürden erkennbar.

Gelänge es auf diese Weise, attraktive und konkurrenzfähige Vorsorgeprodukte mit einem durch Leistungsfähigkeit überzeugenden und zugleich erkennbar solidarischen Profil anzubieten, würden Gewerkschaften bzw. sozialpartnerschaftlich getragene Institutionen klarer als verantwortliche Akteure sozialer Sicherheit erkennbar. Ist das Angebot hinreichend attraktiv, gewinnt es die Köpfe und Herzen der Menschen, setzt damit ideale Beitrittsanreize und stärkt nachhaltig die funktionalen Grundlagen der Tarifautonomie als jede Außenseiterdifferenzierung.

VII. Drei Schlussthesen

1. »Weiche« Faktoren wie Geschichte und kulturelle Prägung einer Gesellschaft dürften für Akzeptanz oder Ablehnung der Sozialpartner und ihrer Regelungssysteme weitaus entscheidender sein als dies in der rechtswissenschaftlichen Diskussion über die Absicherung und Stärkung des tarifautonomen Systems häufig wahrgenommen wird. Für den Organisationsgrad der Gewerkschaften dürfte dies entscheidender sein als z.B. die Frage der Gleichstellung oder Ungleichstellung nicht gewerkschaftlich organisierter Arbeitnehmer.
2. Systeme, die stark auf Druck und Zwang setzen, passen immer weniger zur postmodernen, zunehmend individualistischen Gesellschaft. Dieser Trend wird sich im Zeitalter der Digitalisierung noch verstärken. Genau wie in der Politik gilt: Man kann die Menschen immer weniger durch Druck zu etwas veranlassen, was sie nicht wollen, sondern muss sie überzeugen.
3. Der in Skandinavien mit dem »Genter System« beschrittene Weg hat Vorbildcharakter: Der Gesetzgeber betraut die Sozialpartner mit wichtigen Aufgaben im Nervenzentrum des Sozialstaats. Wenn es gelingt, diese so attraktiv und effizient umzusetzen, dass dem Einzelnen die eigene Beteiligung am tarifautonomen System unmittelbar sinnvoll erscheint, liegt darin ein tragfähiger Gestaltungsansatz für die Tarifautonomie der Zukunft. Die Orientierung am starken skandinavischen Modell scheint allerdings nur möglich, wenn auch ein Stück skandinavischer Mentalität – insbesondere also Solidarität, Gelassenheit und Großzügigkeit bei der »Insider-Outsider-Frage« – übernommen würde. Davon sind wir angesichts des kontroversen gesellschaftlichen Klimas in Deutschland momentan aber weit entfernt, sodass am Ende dieses kleinen Ausflugs durch Europa auch bei mir der Pessimismus überwiegt.

68 Nähere Informationen unter: <http://www.ap1.se/en> (5. 3. 2019).

69 2018: Verwaltungskosten von 0,14% des verwalteten Kapitals, vgl. Årsredovisning 2018, abrufbar unter: <http://www.ap1.se/en> (5. 3. 2019).

70 Dazu *Ruland*, NZS 2016, 721, 722; siehe im Übrigen mwN. *Greiner*, VSSR 2018, 251, 265 ff.

71 Zu Defiziten des bisherigen Riester-Systems *Greiner*, VSSR 2018, 251, 261, 265 ff.

72 *Waltermann*, Sozialrecht, 13. Aufl., Heidelberg 2018, Rn. 366.

Plattformökonomie – Sachverhalte und Regelungsbedarfe

Thilo Scholle, Denkfabrik Digitale Arbeitsgesellschaft*

Online-Plattformen sind noch ein relativ neues Phänomen. Dennoch lassen sich erste Entwicklungen feststellen: Ständen zunächst Plattformen, die den Verkauf oder die Vermietung von Gütern als digitale Marktplätze vermitteln, im Fokus der Öffentlichkeit, nimmt aktuell die Relevanz von Online-Plattformen zur Vermittlung unterschiedlicher Dienst- und Arbeitsleistungen zu. Große Beachtung in der öffentlichen Debatte finden momentan darüber hinaus soziale Kommunikationsplattformen.

Im rechtswissenschaftlichen Diskurs steht zunächst die rechtliche Einordnung einer Plattform als Akteur im Mittelpunkt: Welche Rechtsstellung kommt einer Plattform zu und in welchem Verhältnis steht diese zu den Nutzern – dem Anbieter eines Gutes oder einer Dienstleistung und dem Verbraucher bzw. einem anderen Unternehmen?¹ Welche Konsequenzen hat das zwischen Plattformen, Nutzern und Anbietern bestehende Dreiecksverhältnis bzw. in manchen Fällen sogar Mehrecksverhältnis im Hinblick auf mögliche (strukturelle) Über- bzw. Unterlegenheiten der Beteiligten untereinander? In vielen Fällen bestimmen Plattformen über ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen zwar die Abwicklung des jeweiligen Vertragsverhältnisses Dritter, schließen aber zugleich eigene rechtliche Verantwortung für die Abwicklung des Geschäfts aus. Dies hat beispielsweise im Bereich des Haftungsrechts zu rechtspolitischen Debatten geführt.²

Hinzu tritt die Frage nach der Relevanz und Reichweite privater Rechtsetzung durch Plattformen – und dies zum Teil mit grenzüberschreitender und internationaler Bedeutung.³ Insoweit lässt sich bei von Plattformen gesetzten Normen rechtstechnisch durchaus von einem »trans-nationalen« Recht sprechen, »das nicht mehr an physische Orte anknüpft und als Souverän nur noch Benutzerkreise kennt«.⁴ Versuche, diese globalen Regelungskreise an die nationale Ebene zurückzubinden, schließen zunehmend an den Aufenthaltsort des jeweils Handelnden oder an das Ausrichtungsprinzip – der Ausrichtung eines Internetangebots auf ein bestimmtes Land bzw. auf dessen Verbraucherkreis – an.⁵ Die Feststellung *Spindlers*, der »externe Druck auf virtuelle Räume, Plattformen und Organisationen« führe bereits heute zu einer »Art Komplement von privatautonomer, transnationaler Rechtsetzung einerseits und natio-

nalstaatlich gesetzten rechtlichen Rahmenbedingungen andererseits« und damit insgesamt zu einer »hybriden Regulierung«, ist noch zu optimistisch.⁶ Hier ist eher von einem Suchprozess, wie eine neue Regelungsarchitektur aussehen kann, zu sprechen, dem mittlerweile eine Vielzahl an staatlichen und privaten Akteuren folgen.

Von Bedeutung ist zudem, dass einzelne Plattformen zunehmend marktbeherrschende Stellungen einnehmen und mit ihrer internen Regelsetzung den Zugang und die Marktstruktur in ganzen Bereichen bestimmen können. Auch vor diesem Hintergrund ist die jüngst in der Zivilrechtswissenschaft wieder verstärkt geführte Debatte um den Zusammenhang von Recht und Macht bzw. die »Wechselbeziehung von privater Macht und Privatrecht« von großem Interesse. Recht und Macht stehen demnach in einem vielschichtigen Spannungsverhältnis, das sich »wenn überhaupt, nur innerhalb der einzelnen Teilrechtsordnungen differenzierter abschichten« lasse.⁷ Die Privatrechtswissenschaft verkenne nicht mehr, dass Macht zwischen Privaten faktisch ungleich verteilt sein könne, sondern versuche seit längerem, Zonen »verdünnter Freiheit« zu identifizieren, in denen es an wirklicher Selbstbestimmung fehle, sodass Vereinbarungen eine lediglich formale, aber eben keine materiale Richtigkeitsgewähr böten.⁸ Vor diesem Hintergrund interessant ist auch die vereinzelt in der Literatur diskutierte Frage nach der möglicherweise bislang zu gering eingeschätzten Bedeutung von Grundrechten auch im Privatrechtsverkehr:⁹ »Ein Privatrecht, das die Gehalte der demokratischen Grundrechte nicht intern zu repräsentieren

* Der Autor gibt Überlegungen der Denkfabrik Digitale Arbeitsgesellschaft im Bundesministerium für Arbeit und Soziales wieder und nicht eine Haltung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales selbst.

1 Siehe dazu beispielsweise *Engert*, AcP 2018, 304 ff.

2 *Teubner*, AcP 2018, 155 ff.

3 Vgl. zB. *Schweitzer*, ZEuP 2019, 1 ff.

4 *Spindler*, in: Calliess (Hrsg.), Transnationales Recht, Tübingen 2014, S. 193, 194.

5 *Spindler*, in: Calliess (Fn. 4), S. 217 f.

6 So aber *Spindler*, in: Calliess (Fn. 4), S. 219.

7 *Möslein*, in: Möslein (Hrsg.), Private Macht, Tübingen 2016, S. 3.

8 *Möslein*, in: Möslein (Fn. 7), S. 8.

9 *Wielsch*, AcP 2013, 718 ff.; sowie *Rödl*, in: Hauer ua. (Hrsg.), Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2012 – Macht im Zivilrecht, Stuttgart 2013, S. 375 ff.

vermag, verliert seine Legitimation als Privatrecht.«¹⁰ Oder mit den Worten von *Wielsch*: »Freiheit wird durch Recht erst real und zu einer Freiheit in dieser Welt. Dadurch aber wird das Recht umgekehrt in die von dieser Freiheit produzierten Autonomien und Antinomien verstrickt.«¹¹

I. Plattformen zur Vermittlung von Arbeitsleistungen

Auch im Bereich der Vermittlung von Arbeitsleistungen haben Plattformen in den letzten Jahren an Bedeutung gewonnen.¹² Obwohl es sich nach den bisher vorliegenden Daten nicht um ein Massenphänomen handelt, deuten die vorliegenden Studien auf eine Zunahme dieser Form des Dienstleistungsangebots hin. Für die arbeits- und sozialrechtliche Gestaltung führt dies zu großen Herausforderungen. So stellt *Krause* in seinem Gutachten für den Deutschen Juristentag in Essen im Jahr 2016 fest: »Sozioökonomische Erosionstendenzen erfassen darüber hinaus aber auch die Beschäftigungsform des Arbeitsverhältnisses selbst, indem durch Informations- und Kommunikationstechnologien (IKT) eine digitale Infrastruktur etabliert werden kann, mit deren Hilfe Arbeitsangebot und Arbeitsnachfrage nur noch atomisiert und temporär unter Inanspruchnahme virtueller Plattformen aufeinandertreffen.«¹³ Die Digitalisierung begünstige Organisationsformen und Geschäftsmodelle, die das soziale Phänomen der »Leistung von Arbeit durch freie Menschen nach den Weisungen des Leistungsberechtigten und unter Eingliederung in seinen ›Betrieb‹« als »Grundtatbestand des Arbeitsrechts« aushöhlen.¹⁴

Die Spannweite der angebotenen bzw. vermittelten Leistungen reicht von haushaltsnahen Dienstleistungen, wie Handwerksdiensten, der Betreuung von Kindern, Putzdiensten, über die Erstellung von Texten oder die Klassifizierung von Informationen bis hin zu hochspezialisierten Angeboten in Bereichen wie Engineering, Design oder IT-Programmierung. Bei einem Teil der Modelle findet die Arbeit vollständig online – in der Cloud – statt. Bei anderen Modellen – beispielsweise im Handwerk oder bei Lieferdiensten – dient die Plattform vor allem der Vermittlung und Koordinierung der Abwicklung des »Gigs«, während die konkrete Tätigkeit des Leistungserbringers physisch erfolgt, etwa durch die Erbringung einer Handwerksleistung oder einer Kurierfahrt. Manche Tätigkeiten bestehen in längerfristigen Projekten, andere beschränken

sich auf wenige »Clicks«. Große Unterschiede bestehen auch bei der Entlohnung. Neben dem Wert des jeweils über eine Plattform vermittelten Auftrags dürfte hierfür eine große Rolle spielen, dass nach den vorliegenden Erkenntnissen die überwiegende Mehrheit der Leistungserbringer in der Plattformökonomie bislang die Plattformarbeit als Nebenerwerb neben mindestens einer weiteren (Haupt-) Erwerbstätigkeit betreibt.

Ausgehend von den Vereinigten Staaten entwickeln sich zudem weltweit vernetzte Plattformmodelle. Je nach sprachlichen Kompetenzen (insbesondere Englisch) der Bevölkerung nehmen bei einigen Plattformarbeiten mittlerweile auch Schwellenländer eine wichtige Rolle ein. Dies betrifft insbesondere den Bereich der Plattformarbeit, der in erster Linie online abgewickelt wird. Für Leistungserbringer in der Plattformökonomie aus Ländern mit einem höheren Lohnniveau und entsprechenden Lebenshaltungskosten dürfte dieser internationale Markt bislang vor allem auf den Bereich hochspezialisierter Tätigkeiten beschränkt sein, in dem Leistungserbringer weniger über den Preis ihrer Leistung, als vor allem über die Qualität ihrer Arbeit konkurrieren können. Für einen Teil der Plattfortmätigen könnte sich so ein berufliches und persönliches Ideal erfüllen: »Digitale Nomaden, Smartworker etc., sie alle sehen in Onlineplattformen ein Werkzeug der Auftragsgenerierung und des organisierten fachlichen Austauschs.«¹⁵

Neben der Digitalisierung als Grundlage des Geschäftsmodells besteht die Besonderheit in der Plattformökonomie insbesondere in den unterschiedlichen und vielfältigen tatsächlichen und rechtlichen Erscheinungsformen. (Arbeits-)Rechtlich zeigt sich dies insbesondere daran, dass eine Tätigkeit auf oder durch Plattformen vermittelt sowohl durch Arbeitnehmer als auch durch Selbstständige

10 Rödl, in: Hauer ua. (Fn. 9), S. 390.

11 *Wielsch*, AcP 2013, 728.

12 Siehe beispielsweise den ILO-Bericht »Digital labour platforms and the future of work«, Genf 2018, abrufbar unter: https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_645337/lang--en/index.htm (15. 4. 2019) sowie die Annahmen im Bericht »Für eine bessere Zukunft arbeiten« der Globalen Kommission Zukunft der Arbeit, Genf 2019, abrufbar unter: https://www.ilo.org/global/topics/future-of-work/publications/WCMS_663002/lang--en/index.htm (15. 4. 2019), S. 47.

13 *Krause*, Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf, Gutachten B zum 71. Deutschen Juristentag, München 2016, S. B19f.

14 *Krause*, Digitalisierung der Arbeitswelt (Fn. 13), S. B20.

15 *Kalkhake*, in: BMAS (Hrsg.), Werkheft 01: Digitalisierung der Arbeitswelt, Berlin 2016, abrufbar unter: https://www.arbeitenviernull.de/fileadmin/Downloads/BMAS_Werkheft-1.pdf (15. 4. 2019), S. 52 ff., 56.

möglich ist und auch in der Praxis vorkommt. Damit stellt sich insbesondere die Frage der arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Einordnung der auf oder durch Plattformen vermittelt tätigen Personen. Diese Frage hat deshalb zentrale Bedeutung, weil an den Status als Arbeitnehmer regelmäßig die Anwendung arbeitnehmerschützender Regelungen auf nationaler und EU-Ebene gebunden ist.

Plattformen wollen regelmäßig nicht als Arbeitgeber auftreten, sie lehnen eine Einordnung als Arbeitgeber vielmehr zumeist ausdrücklich ab, da eine Arbeitgeberstellung nach ihrer Einschätzung zu einem Wegfall des Geschäftsmodells aufgrund fehlender wirtschaftlicher Rentabilität führen würde. Umgekehrt regulieren Plattformen regelmäßig in einem erheblichen Umfang sowohl die Vertragsbedingungen mit den Leistungserbringern als auch die Art und die Reichweite der Interaktion zwischen den Leistungserbringern untereinander sowie zwischen Leistungserbringern und Auftraggebern (Crowdsourcern). Insoweit geht das Verhalten der Plattformen auch bei Anbietern, die lediglich als elektronischer »Marktplatz« agieren, deutlich über eine reine Vermittlungstätigkeit hinaus und umfasst auch Details zu dem vermittelten Angebot, wie die Auftragsvergabe, die Abwicklung oder die Qualitätssicherung. Diese neuen Wechselbeziehungen zwischen Vermittlung, Auftraggeber und – möglicherweise rechtlich als selbstständig auftretendem – Leistungserbringer führen zu wichtigen Fragen: »So schwimmt aus steuerungstheoretischer Perspektive zunehmend die Unterscheidung zwischen Organisation/Umwelt und damit die Frage der (Partial-) Inklusion und Exklusion. Aus rechtswissenschaftlicher Perspektive erscheint die Unterscheidung zwischen Arbeits-/Wirtschaftsrecht immer problematischer und damit die Frage nach der Differenz von abhängiger und selbstständiger Beschäftigung.«¹⁶

II. Regelungsansätze

Auch wenn es sich bei vielen der auf Plattformen Tätigen im arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Sinne um Selbstständige handeln dürfte, ist festzustellen, dass in einer größeren Zahl von Fällen aufgrund des geringen Verdienstes und der ungleichen Machtbeziehung zur Plattform durchaus von einem vergleichbaren Schutzbedürfnis wie bei Arbeitnehmern ausgegangen werden kann: Dies zeigt sich etwa daran, dass Plattformen die Vertragsbedingungen regelmäßig einseitig über Allgemeine Geschäftsbedingungen vorgeben.

Für den Leistungserbringer besteht keine Möglichkeit, die Vertragsinhalte individuell auszuhandeln; er kann die vorgegebenen Vertragsbedingungen entweder akzeptieren oder nicht auf der Plattform tätig werden. Dies betrifft insbesondere die Alterssicherung, die Absicherung von Phasen der Arbeitslosigkeit sowie die Krankenversicherung. Darüber hinaus stellt sich in zunehmendem Maße die Frage nach der finanziellen und zeitlichen Absicherung von Weiterbildung.

Auch vor diesem Hintergrund wurde im Koalitionsvertrag der aktuellen Bundesregierung vereinbart: »Um den sozialen Schutz von Selbstständigen zu verbessern, wollen wir eine gründerfreundlich ausgestaltete Altersvorsorgepflicht für alle Selbstständigen einführen, die nicht bereits anderweitig obligatorisch (zB. in berufsständischen Versorgungswerken) abgesichert sind. Grundsätzlich sollen Selbstständige zwischen der gesetzlichen Rentenversicherung und – als Opt-out-Lösung – anderen geeigneten insolvenzsicheren Vorsorgearten wählen können, wobei diese insolvenz- und pfändungssicher sein und in der Regel zu einer Rente oberhalb des Grundsicherungsniveaus führen müssen. Zudem werden wir die Mindestkrankenversicherungsbeiträge für kleine Selbstständige reduzieren.«¹⁷ Die Reduzierung der Mindestkrankenversicherungsbeiträge wurde zum 1. Januar 2019 umgesetzt; ein Gesetzentwurf zur Einführung der Altersvorsorgepflicht wird derzeit vorbereitet.

In der Literatur werden momentan weitere Ansatzpunkte für eine bessere arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Absicherung von Crowdworkern diskutiert. So wird über eine vermehrte Einbeziehung von solo-selbstständigen Crowdworkern in die gesetzliche Unfallversicherung nachgedacht. Entscheidend für den Erfolg einer Regelung dürfte die Kostenfrage sein: Die bereits mögliche freiwillige Versicherung vor allem für die in der Gig-Economy Tätigen könnte für die meisten Betroffenen schlicht zu teuer sein. Hinzu kommt, dass die Abgrenzung zwischen versichertem Arbeitsgeschehen und rein privaten Tätigkeiten bei orts- und zeitungebundenen Arbeiten deutlich schwieriger sein dürfte.¹⁸

Thematisiert wird auch die Nutzung der Rechtsfigur der arbeitnehmerähnlichen Person aus § 12a TVG. Zu beachten ist hier allerdings, dass diese nach überwiegender Ansicht nur dann auf einen Crowdworker zutreffen könnte, wenn

¹⁶ Hensel/Koch/Kocher/Schwarz, Industrielle Beziehungen 2016, 162, 165.

¹⁷ Vgl. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, S. 93.

¹⁸ Hlava, FS Klebe, 2018, S. 153 ff. mit einem Überblick über mögliche Fallkonstellationen.

dieser so eng an einen Auftraggeber gebunden wäre, dass er ohne dessen Aufträge seine wirtschaftliche Existenzgrundlage verlieren würde. Insbesondere in typischen Fällen des Crowdfunding dürfte dies nicht die Regel sein, da von überwiegend wechselnden Auftraggebern auszugehen ist.¹⁹

Zudem werden Fragen der Entlohnung bis hin zu Überlegungen zur Entwicklung von Mindestverdienstregelungen für solo-selbstständige Crowdworker thematisiert.²⁰

Das Problem der fairen Bezahlung von Plattformarbeit führt zu der grundsätzlichen Frage, wie die Arbeitsbeziehungen in diesen neuen Erwerbsformen organisiert werden können. Im Bereich der Plattformökonomie fällt auf, dass in der Regel beide Seiten der Sozialpartnerschaft fehlen, es also weder Arbeitgeberverbände noch Gewerkschaften gibt. Damit fällt eine der zentralen Säulen zur Gestaltung der Arbeitsbeziehungen in Deutschland nahezu vollständig aus – weder bestehen branchen- oder betriebsbezogen tarifvertragliche Regelungen, etwa zu Entlohnungssystemen oder sonstigen Arbeitsbedingungen, noch wird betriebliche Mitbestimmung ausgeübt.

Zwar können Gewerkschaften gemäß § 12a TVG Tarifverträge für ihre in diese Kategorie fallenden Mitglieder aushandeln. Für nicht unter § 12a TVG fallende Selbstständige ist die Situation demgegenüber anders. Auch wenn es gewichtige Stimmen in der Literatur gibt, die Selbstständige ganz²¹ oder zumindest unter bestimmten Bedingungen als von Art. 9 Abs. 3 GG erfasst sehen,²² dürften nach derzeit überwiegender Ansicht Rechte aus dieser Norm dennoch nur arbeitnehmerähnlichen Selbstständigen zukommen.²³ Dies führt insbesondere mit Blick auf Arbeitskampfmaßnahmen zu Problemen: Zwar steht es jedem Menschen frei, ein Vertragsverhältnis zu schließen oder auch nicht. Ein »Streik« im Sinne, keine neuen Aufträge auf einer Plattform anzunehmen, ist also jederzeit möglich. Ökonomischer Druck auf die Auftraggeberseite dürfte dadurch allerdings nur dann entstehen, wenn nicht nur einzelne Crowdworker keine Aufträge annehmen, sondern eine Vielzahl von Crowdworkern auf einer Plattform aufgrund einer vorher getroffenen Absprache entsprechend handeln, mithin also eine kollektive Aktion organisiert wird. Ein solches Verhalten könnte jedoch in Konflikt mit dem deutschen und insbesondere dem Kartellrecht der Europäischen Union geraten, wonach die Einschränkung des Kartellverbots in Art. 101 AEUV jedenfalls nach bislang überwiegender Meinung nur für Tarifverträge für Arbeitnehmer und schon nicht mehr für arbeitnehmerähnliche Personen gilt.²⁴ Erst

recht dürfte dies für kollektive Maßnahmen von Solo-Selbstständigen im Bereich der Plattformarbeit gelten. Auch Krause deutet in seinem Gutachten für den Juristentag Handlungsbedarf für die »Schaffung eines geeigneten Rechtsrahmens für eine kollektive Selbsthilfe« an. Enthalten könne dies beispielsweise, Gewerkschaften auf der Betreiber-Plattform ein Recht auf ein virtuelles schwarzes Brett zuzubilligen, oder das Recht auf einen Zugang zu einem anonymisierten E-Mail-Verteiler, der eine Kontaktaufnahme der Gewerkschaft mit den Plattformbeschäftigten erlaubt.²⁵

Entwickelt werden auch Formen von Soft Law, beispielsweise über von Zusammenschlüssen von Crowdworkern empfohlene Beschäftigungsbedingungen oder über Selbstverpflichtungen von Crowdsourcern.²⁶ So heißt es im code of conduct von acht in Deutschland tätigen Plattformen, man verpflichte sich, dem Crowdworker ein »dem Wert der Arbeit faires und angemessenes Honorar« zu zahlen oder den jeweiligen Auftraggeber entsprechend zu beraten. Die Kalkulation erfolge nach bestem Wissen und Gewissen unter Einbeziehung von Faktoren wie »Komplexität der Aufgabe, notwendige Qualifikationen, Ortsgebundenheit, lokale Lohnstandards sowie den zu erwartenden Zeitaufwand«.²⁷ Angesprochen wird auch die Verpflichtung zu »klarer Aufgabendefinition und angemessener Zeitplanung«.²⁸ Zudem wird der Zugang zu einer gemeinsam mit der IG Metall eingerichteten Ombudsstelle für Streitigkeiten um die Abnahme und Bezahlung der Plattformarbeit eröffnet.²⁹

19 Vgl. Bayreuther, Sicherung der Leistungsbedingungen von (Solo-)Selbstständigen, Crowdworkern und anderen Plattformbeschäftigten, HSI-Schriftenreihe Band 26, Frankfurt aM. 2018, abrufbar unter: https://www.hugo-sinzheimer-institut.de/fileadmin/user_data_hsi/Veroeffentlichungen/HSI_Schriftenreihe/HSI_Band_26.pdf (25. 4. 2019), S. 25 f.

20 Sehr weitgehend ist hier zB. Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht (Hrsg.), Entwurf eines Gesetzes über Mindestentgeltbedingungen für Selbstständige ohne Arbeitnehmer (Solo-Selbstständige), 2. Aufl., Frankfurt aM. 2018, abrufbar unter: https://www.hugo-sinzheimer-institut.de/fileadmin/user_data_hsi/Veroeffentlichungen/Working_Paper/12_2018/HSI-Working-Paper_Nr_12_2_Aufl_2.pdf (15. 4. 2019).

21 Heuschmid, in: Däubler (Hrsg.), TVG, 4. Aufl., Baden-Baden 2016, § 1 Rn. 834 ff.

22 Schubert/Zachert, in: Kempen/Zachert (Hrsg.), TVG, 5. Aufl., Frankfurt aM. 2014, § 1 Rn. 781.

23 Bayreuther, Sicherung der Leistungsbedingungen (Fn. 19), S. 68.

24 Schubert, FS Klebe, 2018, S. 351 ff.

25 Krause, Digitalisierung der Arbeitswelt (Fn. 13), S. B107.

26 Beispiele bei Bayreuther, Sicherung der Leistungsbedingungen (Fn. 19), S. 73 ff.

27 Code of Conduct – Grundsätze für bezahltes Crowdsourcing/Crowdworking, abrufbar unter: <http://www.crowdsourcing-code.de> (15. 4. 2019), Ziff. 3.

28 Code of Conduct (Fn. 27), Ziff. 6.

29 Code of Conduct (Fn. 27), Ziff. 9.

Ein weiterer Gestaltungsansatz könnte in genossenschaftlichen Organisationsformen liegen. Anders als im Falle vieler bestehender digitaler Plattformen, die über Risikokapital mit entsprechenden Renditeerwartungen finanziert sind, könnten von Plattfortmätigen gegründete Genossenschaften eine Alternative sein, um eine kollektive Organisation zu ermöglichen – beispielsweise für die Anbieter von haushaltsnahen Dienstleistungen oder von Handwerksleistungen.³⁰

In der rechtswissenschaftlichen Diskussion wird zum Teil überlegt, Plattformen als weiteren Beteiligten neben dem Leistungserbringer und dem Leistungsempfänger stärker in die jeweiligen Rechtsverhältnisse einzubeziehen.³¹ Dies liegt insbesondere nahe, wenn der Crowdworker auf Grund der konkreten Vertragsgestaltung und -durchführung seinen eigentlichen Vertragspartner nicht sicher identifizieren kann.³² Auch darüber hinausgehend könnte der Crowdworker ein Interesse an der Einbeziehung haben – beispielsweise weil die Plattform als solventerer Anspruchsgegner erscheinen mag als der Auftraggeber. Sollte die Plattform Arbeitgeber werden, hätte dies weitreichende Folgen für die Beziehung und die Rechte des Crowdworkers.³³ Bayreuther hat darüber hinaus die Idee aufgeworfen, für bestimmte Konstellationen auf die Rechtsfigur des einheitlichen Arbeitsverhältnisses zwischen Crowdworker sowie Crowdsourcer und Plattform zurückzugreifen.³⁴ Bedenkenswert könnte daneben auch die Einführung einer Generalunternehmerhaftung der Plattform bei der Abwicklung des Vertragsverhältnisses auf der Plattform sein.

Mit dem etablierten und bewährten Instrument der Sozialkassen steht insbesondere für Branchen bzw. Bereiche, in denen ein häufiger Arbeitgeberwechsel üblich ist, wie etwa dem Baugewerbe, ein System zur Verfügung, um trotz einer Vielzahl von Arbeitsverhältnissen und »dem weitgehenden Fehlen von stationären Produktionsstätten«³⁵ zB. eine einheitliche Urlaubsgewährung sowie die Auszahlung von Urlaubsgeld zu gewährleisten.³⁶ Vor diesem Hintergrund könnte es interessant sein, ähnliche Modell für Erwerbstätige in der Plattformökonomie zu entwickeln. Neben der Altersvorsorge stellen sich für Selbstständige mit niedrigen oder durchschnittlichen Einkommen insbesondere die Frage der Finanzierung von Zeiten ohne Aufträge, der Arbeitsunfähigkeit oder des Urlaubs. Ein zunehmend wichtiger werdender Aspekt könnte darüber hinaus die Finanzierung von Weiterbildung sein. Auch der Gesetzgeber hat die Bedeutung der Sozialkassen jüngst nochmals ausdrücklich anerkannt und das Instrument sowie die dazu gehörigen Verfahren

gestärkt.³⁷ Da auch die Arbeit in der Plattformökonomie von einem häufigen Wechsel zwischen unterschiedlichen Auftrag- bzw. Arbeitgebern geprägt ist und von unterschiedlichen Orten aus geleistet wird, scheint es durchaus überlegenswert, den Ansatz des Sozialkassen-Modells auch für die Plattformökonomie heranzuziehen. Die Herausforderung dürfte dabei insbesondere darin bestehen, dass anders als etwa im Baugewerbe für solo-selbstständige Plattfortmätige keine Sozialpartner existieren. Eine Lösung könnte sein, die Plattformen als arbeitgeberähnliche Personen auf der einen Seite und die auf Plattformen tätige Crowd auf der anderen Seite als Sozialpartner zu definieren. Auf Seiten der Crowdworker könnte sich zudem eine genossenschaftliche Organisation zur Organisation der »Arbeitnehmerbank« anbieten.

Einen recht weitgehenden Vorschlag hat zudem Risak mit der Skizze eines »Plattfortmarbeitsgesetzes« vorgelegt.³⁸ Ausgangspunkt seines Vorschlags ist die Einführung einer – widerlegbaren – Vermutung eines Arbeitsverhältnisses zur Plattform. Diese habe als der Vertragspartner, der die Leistungsabwicklung organisiere, die faktischen Möglichkeiten sowohl die konkreten Vertragsgefüge hinsichtlich der Vertragspartner wie auch die Vertragsinhalte und die gelebte Vertragspraxis nachzuweisen.³⁹ Aufgenommen werden sollten dazu weitere Punkte, die auch auf arbeitnehmerähnliche Personen Anwendung finden könnten, etwa Informationspflichten zumindest hinsichtlich der Vertragspartner und deren Adresse, die Anwendung des Gleichbehandlungsrechts auf Plattformen als Reaktionsmöglichkeit auf diskriminierende Auftragszuteilungen oder die Deaktivierung des Benutzerkontos; eine Equal-Pay-Pflicht ähnlich des § 8 AÜG, ein Verbot bestimmter Vertragsklauseln, beispielsweise von

30 BMAS, Weißbuch Arbeiten 4.0, Berlin 2017, S. 132.

31 Überblick bei Bayreuther, Sicherung der Leistungsbedingungen (Fn. 19), S. 59 ff.

32 Bayreuther, Sicherung der Leistungsbedingungen (Fn. 19), S. 60.

33 Bayreuther, Sicherung der Leistungsbedingungen (Fn. 19), S. 63 mit Einordnungen zu weiteren Konstellationen.

34 Ebd.

35 Bauer/Dupré/Wiesehügel, FS Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes, 2007, S. 15.

36 Zu SOKA-BAU allgemein siehe Koch, Die Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes, München 1994.

37 Vgl. Gesetz zur Sicherung der Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (Soka-SiG I), BGBl. 2017 I, S. 1210; Gesetz zur Sicherung der tarifvertraglichen Sozialkassenverfahren und zur Änderung des Arbeitsgerichtsgesetzes (Soka-SiG II), BGBl. 2017 I, S. 3356.

38 Zusammenfassung bei Risak, FS Klebe, 2018, S. 320 ff.

39 Risak, FS Klebe, 2018, S. 320, 322.

Klauseln, die eine unbegründete Ablehnung von Arbeitsergebnissen ermöglichen, die Offenlegung, wie Ratings und ihre Gewichtung zustande kämen sowie die Möglichkeit der Anfechtung und Richtigstellung »falscher« Ratings, die Möglichkeit einer Übertragung von Ratings auf andere Plattformen sowie ein Verbot des Crowdsourcing von Arbeit für von Streik oder Aussperrung betroffener Betriebe.⁴⁰

Die Organisation von Arbeit über Plattformen stellt etablierte Systeme zum Ausgleich unterschiedlicher Machtbeziehungen vor neue Herausforderungen. Die Beziehungen von Macht und Kooperation zwischen Auftraggebern und Leistungserbringern stehen in der Plattformökonomie vor neuen Herausforderungen. *Kocher* ua. warnen allerdings zurecht davor, »auf vorschnelle normative Lösungsansätze zu dem noch relativ jungen Phänomen Crowdfunding mit alternativen normativen, aber ebenso vorschnellen Modellen zu reagieren.«⁴¹ Die Autorinnen plädieren dafür, »dass sich der Diskurs um digitale Erwerbsarbeit selbst verändern muss, will er das potentiell Neue am Phänomen des Crowdfunding erfassen.«⁴² Regelungen müssten sich auch über den Rahmen des Normalarbeitsverhältnisses hinausbewegen, »indem rechtliche Rahmungen gefunden werden, die die sich gegenseitig bedingenden Autonomie- und Kontroll-

gewinne wie -verluste zwischen Organisation und Subjekt, konkreter zwischen Crowdsourcern, Plattformen und Crowdworker/innen moderieren. Die produktiven Spannungen innerhalb des Crowdfunding fordern die Herausbildung eines neuen Koordinationsmodells jenseits klassischer Regulierungssysteme gerade heraus [...].«⁴³

Mit der Einrichtung der »Denkfabrik Digitale Arbeitsgesellschaft« knüpft das Bundesministerium für Arbeit und Soziales an den Diskussionsprozess um Arbeit 4.0⁴⁴ aus der vergangenen Legislaturperiode an und erweitert ihn gleichzeitig. Die Denkfabrik soll dabei insbesondere zukünftige Trends und Entwicklungen in den Blick nehmen und eine strategische Vorausschau über die Grenzen der jeweiligen Legislaturperioden hinaus ermöglichen.⁴⁵ Ein zentrales Thema in diesem Jahr ist die Plattformökonomie.

⁴⁰ *Risak*, FS Klebe, 2018, S. 320, 322 f.

⁴¹ *Hensel/Koch/Kocher/Schwarz*, Industrielle Beziehungen 2016, 162, 166.

⁴² Ebd.

⁴³ *Hensel/Koch/Kocher/Schwarz*, Industrielle Beziehungen 2016, 162, 181 f.

⁴⁴ Näher <https://www.arbeitenviernull.de> (15. 4. 2019).

⁴⁵ Näher www.denkfabrik-bmas.de (15. 4. 2019).

Die tarifautonome Gestaltung der modernen Arbeitswelt – Beitrag und Potentiale des Sozialkassenmodells

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

Demographie – Lebensarbeitszeit – Qualifizierung

Was moderne Arbeitswelt oder Arbeiten 4.0 praktisch und rechtlich bedeutet, lässt sich umfassend wohl nicht sagen.¹ Aber die Herausforderungen, die gesellschaftliche Veränderungsprozesse und technologische Disruptionen an das Tarifrecht herantragen, lassen sich mittlerweile etwas besser erkennen. Bei genauerer Betrachtung ist dabei freilich nicht alles »neu«, was »modern« erscheint. Aber der Anpassungsdruck auf bestehende tarifvertragliche Systeme ist schon so groß, dass sich die Frage stellt, welchen Beitrag Tarifautonomie im Allgemeinen – dazu der erste Teil des Beitrags – und das Sozialkassenmodell im Besonderen zur Gestaltung der modernen Arbeitswelt leisten kann. Dies soll hier am Beispiel der demographischen Entwicklung und tariflichen Regelungen zu Lebensarbeitszeit und Qualifizierung gezeigt werden.

I. Tarifautonomie als verfassungsrechtlich gewährleistetes Instrument der Innovation

Wenn man die im Grunde seit 20 Jahren nicht zu Ende gehende Diskussion über die Krise der Tarifautonomie und die zweifelsohne bestehende Notwendigkeit ihrer Stärkung sieht,² sollte man sich zunächst vergewissern, dass die Tarifautonomie überhaupt einen Beitrag zur Gestaltung der modernen Arbeitswelt leisten kann.

Aus historischer Sicht kann daran eigentlich kein Zweifel bestehen. Die Tarifautonomie ist in Deutschland in den letzten 100 Jahren ein zentrales Instrument der Regulierung von Arbeitsbedingungen gewesen. In dieser Zeit hat es gewaltige gesellschaftliche, politische und wirtschaftliche Umwälzungen gegeben. Die tarifautonome Regulierung von Arbeitsbedingungen hat es aber, abgesehen von ihrer Ausschaltung während der NS-Zeit und ihrer Simulation in der DDR, immer gegeben. Die

Tarifautonomie hat also im Grunde mit Unterbrechungen, die man nicht der Tarifautonomie anlasten kann, die Arbeitswelt schon immer mitgestaltet und sich den Entwicklungen und Problemen angenommen, die unter den Gegebenheiten der jeweiligen Zeit als modern erschienen.

1. Art. 9 Abs. 3 GG als zukunftsorientiertes Grundrecht

Dabei ist die Frage, was Tarifautonomie ist, deutlich komplexer als die Beschreibung ihres Gegenstandes. Dieser ist im GG denkbar weit mit der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen umschrieben.

Die Sozialpartner haben diese Weite in inhaltlicher Sicht schon immer extensiv genutzt. Konflikte in den Arbeitsbeziehungen wurden damit unter den Gegebenheiten der jeweiligen Zeit reguliert. Es ist allerdings zu verzeichnen, dass die rechtswissenschaftliche Rezeption der Tarifautonomie dieser Evolution lange Zeit hinterhergehinkt hat. Erst mit der Erkenntnis, dass ein weites Schutzbereichsverständnis nicht notwendigerweise Schrankenlosigkeit des Grundrechtsgebrauchs bedeutet, konnte sich das BVerfG von der sog. Kernbereichslehre lösen.³ Rechtsprechung und Lehre sind dem – mit teils divergierenden Interpretationen dieser Zäsur – mehr oder weniger gefolgt.⁴

In der Folge hat der Schutzbereich der Koalitionsfreiheit eine rechtliche Wirkkraftverstärkung erfahren. Das hat sich vor allem in einem evolutiven Verständnis des grundrechtlichen Gewährleistungsgehalts niedergeschlagen. Diese Expansion führt, ohne dass das hier

1 Oder es wäre jedenfalls eine sehr umfangreiche Betrachtung erforderlich, vgl. Däubler, Digitalisierung und Arbeitsrecht, 6. Aufl., Frankfurt aM. 2018.

2 Dazu Preis/Ulber, FS Kempen, 2013, S. 15.

3 BVerfG, 14. 11. 1995 – 1 BvR 601/92 – BVerfGE 93, 352; zur Entwicklung der Rspr.: Ulber, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 2010 (zugl. Köln, Univ., Diss. 2010), S. 73 ff.

4 Vgl. dazu ausf. Ulber, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl., Baden-Baden 2014 (im Folgenden: Däubler, TVG), Einl. C Rn. 209.

vertieft werden kann, zu einer stärkeren Absicherung der Entwicklung neuer Instrumente des Gebrauchs von Tarifautonomie. Auch wenn die Entscheidung des BAG zum sog. Flashmob-Arbeitskampf⁵ nachhaltige Kontroversen im Schrifttum ausgelöst hat, so ist es ihr doch zu verdanken, dass das BVerfG Gelegenheit hatte, die Zukunftsoffenheit der grundrechtlichen Gewährleistung des Art. 9 Abs. 3 GG zu bestätigen.⁶ Die Bedeutung der Entscheidung reicht damit über die Anerkennung der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Befugnis, neue Arbeitskämpfungsmittel zu entwickeln, wenn alte nicht mehr tauglich sind, hinaus. Vielmehr muss die Gewährleistung des Art. 9 Abs. 3 GG hinsichtlich der Instrumente für den Gebrauch von Tarifautonomie als zukunfts offen angesehen werden. Diese Zukunftsoffenheit erstreckt sich dann auch auf sämtliche Regelungen der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in einem denkbar weiten Sinne. Das führt zu einem erheblichen Innovationspotential und zu einer verfassungsrechtlichen Befugnis, dieses zu nutzen. Das gilt auch für die tarifautonome Gestaltung der modernen Arbeitswelt. Auch für die tarifautonome Gestaltung der Arbeitsbeziehungen gewährleistet das Grundgesetz einen Schutz der Entwicklung innovativer Formen des kollektiven Interessenausgleichs.

Dieser Befund steht allerdings im Konflikt mit einer alles andere als innovationsfreundlich ausgestalteten oder doch zumindest restriktiv interpretierten Rechtslage. Während im gesetzlich nicht regulierten Arbeitskämpfrecht keine Probleme bestehen, die verfassungsrechtlichen Vorgaben umzusetzen und rechtlich abzubilden,⁷ tut man sich im Bereich des Tarifrechts, trotz seiner sehr schlanken Regulierung im TVG, deutlich schwerer. Die Tendenz des BAG, die Frage der Wirksamkeit von Tarifnormen über den Topos »Grenzen der Tarifmacht« zu entscheiden,⁸ ist angesichts der geschilderten verfassungsrechtlichen Entwicklung nicht unproblematisch. Das Gleiche gilt für Entscheidungen zur personellen Reichweite der Tarifmacht.⁹ Hier soll der Befund reichen, dass die Befugnis, unter veränderten politischen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen neue tarifpolitische Instrumente zu entwickeln, jedenfalls verfassungsrechtlich geschützt ist. Das ist nicht nur deshalb wichtig, weil es die Befugnis der Tarifvertragsparteien zu handeln absichert, sondern auch dem Gesetzgeber einen verfassungsrechtlichen Rechtfertigungs-

grund an die Seite stellt, wenn er flankierende Maßnahmen ergreift. Das betrifft insbesondere Fälle einer staatlich angeordneten Geltungserstreckung von Tarifnormen, wie sie beispielsweise bei der Allgemeinverbindlicherklärung eintritt.¹⁰

2. Ausgangspunkt: Tarifautonomie ist modern

Tarifautonomie darf also nicht nur modern sein – sie ist es auch. Denn sie gibt die Antwort auf das, was die Sozialpartner zum Ausgleich ihrer wechselseitigen Bedürfnisse unter den jeweiligen Rahmenbedingungen für erforderlich halten. Insofern sind Schranken der Tarifmacht verfassungsrechtlich als ebensolche zu prüfen und dürfen durch die Gerichte nicht zu Inhaltsbestimmungen der grundrechtlichen Gewährleistung umgedeutet werden, die sodann in einem verfassungswidrigen Abwägungsausfall münden.¹¹ Für den Gesetzgeber mögen andere und großzügigere Maßstäbe gelten, wenn er konkurrierende Mindeststandards setzt. Aber dann, wenn er ungeachtet des Inhalts konkreter Tarifnormen Regelungsgegenstände oder Personen komplett sperren würde, befände sich das verfassungsrechtlich auf ganz dünnem Eis. Dem TVG aber Regelungsschranken zu entnehmen, die der Gesetzgeber in verfassungskonformer Weise nicht erlassen könnte, sprengt ganz sicher die Befugnisse richterlich geschöpfter Grenzen der Tarifmacht.

5 BAG, 19. 6. 2007 – 1 AZR 396/06 – AP Nr. 173 zu Art. 9 GG Arbeitskämpf.

6 BVerfG, 26. 3. 2014 – 1 BvR 3185/09 – NJW 2014, 1874.

7 Die Befugnis hierzu dürfte seit BVerfG, 26. 3. 2014 – 1 BvR 3185/09 – NJW 2014, 1874 im Grundsatz nicht mehr streitig sein.

8 Vgl. etwa BAG, 23. 3. 2011 – 4 AZR 366/09 – AP Nr. 147 zu Art. 9 GG, wobei hier wohl bereits die Reichweite und Rechtsfolgen der streitgegenständlichen Tarifregelungen in nicht vertretbarer Weise überdehnt wurden, vgl. dazu ausf. Ulber/Siegfanz-Strauß, EzA Nr. 104 zu Art. 9 GG; zur Kritik ausf. auch Waltermann, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag in der auf Mitgliedschaft aufbauenden Tarifautonomie, Frankfurt aM. 2016 und Däubler, TVG-Ulber (Fn. 4), Einl. C Rn. 216f.

9 BAG, 31. 1. 2018 – 10 AZR 279/16 – AP Nr. 25 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit.

10 BVerfG, 24. 5. 1977 – 2 BvL 11/74 – BVerfGE 44, 322.

11 So etwa BAG, 23. 3. 2011 – 4 AZR 366/09 – AP Nr. 147 zu Art. 9 GG.

II. Herausforderungen für eine tarifautonome Gestaltung der modernen Arbeitswelt

Erweisen sich damit Befugnis und verfassungsrechtliches Potential für innovative Tarifnormsetzung als gesichert, stellt sich die Frage, welche Möglichkeiten auf dieser Grundlage für eine tarifautonome Gestaltung der modernen Arbeitswelt bestehen.

1. Sozialpolitik als Handlungsfeld der Tarifvertragsparteien

Vorweg zu stellen ist hier ein in den letzten Jahren auch empirisch zu belegender Befund. Tarifverträge beschäftigten sich schon immer mit sozialpolitischen Handlungsfeldern. Altersübergang, Altersversorgung und altersgerechte Arbeit, Beschäftigungssicherung und die Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und privater Sorgearbeit stehen dabei im Fokus. Eine aktuelle Untersuchung von Fröhler und Fehmel¹² zeigt deutlich, in welchem Maße Tarifverträge mit sozialpolitischen Inhalten seit den 1980er Jahren zugenommen haben. Die Tarifautonomie ist also am Puls der Zeit.

2. Tarifautonomie und Digitalisierung

Soweit es die Digitalisierung betrifft, nehmen Tarifverträge zur Arbeit 4.0 oder doch jedenfalls Regelungen hierzu zu.¹³ Allerdings ist die Digitalisierung nicht die einzige markante Entwicklung, die das Tarifrecht vor Herausforderungen stellt. Sie wirkt vielmehr mit anderen gesellschaftlichen Entwicklungen zusammen auf das Umfeld ein, in dem »moderne« Tarifnormen gesetzt werden.

Zu der demographischen Entwicklung unserer alternden Gesellschaft sind veränderte gesellschaftliche Rahmenbedingungen durch veränderte Familien- und Erwerbsmodelle hinzugetreten. Zudem besteht, eng mit der Digitalisierung verknüpft, die Notwendigkeit der permanenten Weiter- und Umqualifizierung von Fachpersonal. Damit müssen sich die Tarifvertragsparteien die Frage stellen, inwieweit sie die Qualifizierung von Arbeitskräften zum Regelungsgegenstand von Tarifverträgen machen wollen und ob sie ihre Zuständigkeit für die Bewältigung technologischer Disrupti-

onen aktivieren möchten. Als Folge der genannten Entwicklungen werden zudem seit einiger Zeit Demografietarifverträge abgeschlossen und hier insbesondere Regelungen zur Lebensarbeitszeit vereinbart, zum anderen rückt die Qualifizierung und Weiterbildung zunehmend in den Fokus der Tarifvertragsparteien.

3. Tarifautonomie und Demographie

Das Handlungsfeld »Demographie« in Tarifverträgen ist freilich nichts Neues.¹⁴ Allerdings haben sich Tarifnormen zu diesem Thema im Zeitlauf gewandelt. Rund um die Jahrtausendwende bestand ein erheblicher Arbeitskräfteüberhang, der in den Folgejahren bis 2005 noch zugenommen hat. Als Folge dominierte der Gedanke des Vorruhestandes die Regelungen zur Demographie. So gab es im Jahr 2000 etwa 325 Tarifverträge zur Altersteilzeit mit einem Geltungsbereich von etwa 13 Mio. Beschäftigten.¹⁵

Mit der nunmehr aus sozialpolitischen, aber auch rentenversicherungsrechtlichen Gründen erwünschten Zunahme der Gruppe »älterer« Arbeitnehmer unter den Erwerbstätigen werden deren Bedürfnisse bei der Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen bedeutsamer. Denn gegenwärtig – ungeachtet der Frage, ob diese Entwicklung für den Arbeitsmarkt ausreichend ist – wird eine Zunahme der Erwerbstätigen in der Altersgruppe von 55 bis unter 65 Jahren von 55 % im Jahre 2005 auf 70 % im Jahr 2017 verzeichnet.¹⁶ Zwar geht in der Altersgruppe über 60 Jahren nach wie vor die Erwerbstätigenquote mit zunehmendem Alter zurück, aber auf deutlich höherem Niveau als noch vor zehn Jahren.¹⁷

Der höhere und weiter zunehmende Anteil älterer Arbeitnehmer an den Belegschaften kann je nach Branche dazu führen, dass bei bestimmten Arbeitnehmergruppen Belastungsreduzierung und Arbeitsplatzwechsel als Wünsche gegenüber weiteren Entgeltsteigerungen dominieren. Das

12 Fröhler/Fehmel, Tarifvertragliche Regulierung sozialer Sicherung – Deutschland und Österreich im Vergleich, Düsseldorf 2018.

13 Diese Fragestellungen sind und waren Gegenstand des Referats des Kollegen Thüsing und daher nicht Inhalt dieses Beitrags.

14 Fröhler/Fehmel, Tarifvertragliche Regulierung (Fn. 12), S. 20 ff.

15 Fröhler/Fehmel, Tarifvertragliche Regulierung (Fn. 12), S. 53.

16 Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch 2018, S. 368.

17 Ebd.

wird insbesondere dort der Fall sein, wo leistungsunabhängige Entgeltssysteme bestehen, die formal die Betriebszugehörigkeit und damit materiell das Alter als Zugangskriterium für höhere Entgeltstufen nutzen. Auch die Notwendigkeit, Qualifizierung und Weiterbildung in Anspruch zu nehmen, wird bei einer längeren Erwerbstätigkeit naturgemäß anwachsen.

Insgesamt lässt sich sagen, dass Fachkräftemangel und die Erhöhung des Renteneintrittsalters Regelungen wichtiger werden lassen, deren Fokus auf der Erhaltung der Arbeitsfähigkeit liegt. Dazu gehören auch besondere lebensphasenabhängige Modelle zur Arbeitszeit, etwa eine Reduzierung von Arbeitszeiten in höherem Alter zumindest in besonders belastenden Berufen.¹⁸

4. Tarifautonomie und Arbeitsmarkt

Eine weitere Herausforderung an die Tarifautonomie und hier besonders die Regulierung der Arbeitszeit stellt die gegenwärtige Entwicklung des Arbeitsmarktes. Das mit den gegenwärtig vorhandenen Arbeitskräften generierbare Arbeitsvolumen ist in einigen Branchen eher zu gering und qualifizierte Fachkräfte sollen daher möglichst lange im Berufsleben gehalten werden. Die Mobilität von Arbeitskräften wird durch die Digitalisierung zwar nicht notwendigerweise verbessert, aber die Ortsgebundenheit qualifizierter Arbeit reduziert sich. All das verbessert die Möglichkeiten des Arbeitgeberwechsels und erzeugt die Notwendigkeit, die langfristige Bindung von Fachkräften zu fördern, die sich allerdings zunehmend mehr Zeitsouveränität wünschen und sich ihre Work-Life-Balance nicht mehr abkaufen lassen.

Hinzu kommen technologische Disruptionen, die im Moment weniger die Digitalisierung als einen anderen klassischen technologischen Umbruch betreffen, nämlich das Ende des Verbrennungsmotors oder den Braunkohleausstieg. Ungeachtet des Zeitpunkts, zu dem diese Entwicklung voll auf den Arbeitsmarkt durchschlägt, wird er zu einem erheblichen Qualifizierungsbedarf führen. Dies soll hier nicht als einziges, sondern nur als ein Beispiel dienen, um das Handlungsfeld »Qualifizierung und Weiterbildung« aufzuzeigen.

5. Gewandelte Präferenzen bei der Arbeitszeit

Schließlich muss konstatiert werden, dass die Erosion des klassischen Alleinverdienermodells in Familien und die in den letzten Dekaden zunehmende Erwerbstätigkeit von Frauen, die immer noch mehrheitlich die Betreuungslasten

tragen,¹⁹ zu erhöhten Arbeitszeitkonflikten führt. Die Erwerbstätigenquote von Frauen ist seit 1991 von 57 % auf 71 % im Jahre 2016 gestiegen.²⁰ Damit hat sich der Abstand zwischen den Geschlechtern von um die 21 % auf ca. 8 % reduziert²¹ und dürfte tendenziell weiter abnehmen. Zudem wird es über die Jahre zu einer immer stärkeren Inanspruchnahme von Möglichkeiten der familienbedingten Arbeitszeitflexibilisierung bei Männern kommen. 2016 waren in Familien mit Kindern immerhin in 62 % der Fälle beide Partner erwerbstätig, allerdings davon 70 % in Teilzeit, wobei es sich hier ganz überwiegend um Frauen handelt.²² Hinzu kommt, dass noch immer in 31 % der Familien mit Kindern nur ein Elternteil einer Erwerbstätigkeit nachgeht, wobei es sich hier weit überwiegend um Männer handelt. Der Befund ist damit, dass immer noch ein erheblicher Teil von Frauen – insbesondere in Familien mit Kindern – über lange Zeiträume²³ keiner oder nur einer eingeschränkten Erwerbstätigkeit nachgeht.²⁴ Ungeachtet der politischen Auseinandersetzungen um die Brückenteilzeit und die damit notwendigerweise konfliktträchtige Aussage über das Ausmaß des Problems sollte nicht verkannt werden, dass nicht zu bestreiten ist, dass jedenfalls ein Teil der Teilzeitbeschäftigten eigentlich mehr arbeiten möchte.²⁵

18 Buschmann, in: Brecht-Heitzmann/Kempfen/Schubert/Seifert (Hrsg.) Tarifvertragsgesetz, 5. Aufl., Frankfurt aM. 2014, § 1 Rn. 646. Da solcher Belastungsschutz zwar auch jenseits der Arbeitszeit ein ganz zentrales Handlungsfeld ist, aber für die hier in den Vordergrund gestellte Frage der Potentiale des Sozialkassenmodells nicht unmittelbar fruchtbar gemacht werden kann, wird auf Ausführungen hierzu verzichtet.

19 Vgl. dazu die aktuelle Untersuchung von Keller/Kahle, WISTA 3/2018, 54, abrufbar unter: <https://www.destatis.de/DE/Methoden/WISTA-Wirtschaft-und-Statistik/2018/03/realisierte-erwerbstaetigkeit-032018.html> (25. 3. 2019).

20 Hobler/Pfahl/Horvath, in: WSI (Hrsg.), Erwerbstätigenquoten und Erwerbsquoten 1991–2016, online 2018, abrufbar unter: <https://www.boeckler.de/53509.htm#> (25. 3. 2019).

21 Ebd.

22 Keller/Kahle, WISTA 3/2018, 54, 65 abrufbar unter: <https://www.destatis.de/DE/Methoden/WISTA-Wirtschaft-und-Statistik/2018/03/realisierte-erwerbstaetigkeit-032018.html> (25. 3. 2019).

23 Vgl. dazu Franzen, SR 2019, 12 ff.; Thüsing, BB 2018, 1076; Bayreuther, NZA 2018, 1577; Preis/Schwarz, NJW 2018, 3673.

24 Von den Frauen, die in Teilzeit arbeiten, geben immerhin fast 60 % die Betreuung von Kindern als Grund für die Teilzeittätigkeit an, vgl. dazu Wippermann, Frauen in Teilzeit – Lebensqualität oder Teilzeitfälle, Penzberg 2018; Wanger, IAB-Kurzbericht 9/2011, 6, abrufbar unter: <http://doku.iab.de/kurzber/2011/kb0911.pdf> (25. 3. 2019).

25 Die Diskussion darf nicht auf den Wunsch nach Vollzeit verengt werden, sondern muss auch Wünsche nach einem erhöhten Stundenvolumen in den Blick nehmen. Jedenfalls 12 % der in Teilzeit arbeitenden Frauen soll »unfreiwillig und optionslos« in Teilzeit arbeiten, vgl. dazu Wippermann, Frauen in Teilzeit (Fn. 24), S. 20; deutlich größere Erhöhungswünsche hatte 2011 das IAB ermittelt: Wanger, IAB-Kurzbericht 9/2011, 6, abrufbar unter: <http://doku.iab.de/kurzber/2011/kb0911.pdf> (25. 3. 2019).

Sollen die genannten Personengruppen dem Arbeitsmarkt in größerem Umfang als bislang zur Verfügung stehen bzw. eine ihren Bedürfnissen entsprechende Teilhabemöglichkeit am Arbeitsmarkt haben, wird es angesichts unzureichender Betreuungsbedingungen in vielen Regionen auch auf flexible Regelungen zur Arbeitszeit ankommen, die familiären Bedürfnissen Rechnung tragen. Das gleiche gilt naturgemäß für alle Personen, die familiär bedingte Betreuung von Personen erbringen, was angesichts der zunehmenden Lebenserwartung im Bereich der Pflege älterer Familienangehöriger zu immer weiter zunehmenden Bedarfen führen dürfte.²⁶ Die erste Auswertung der IG Metall zur »verkürzten Vollzeit« zeigt dies.²⁷

Diese Bedürfnisse müssen durch Arbeitszeitregelungen aufgegriffen werden, wenn die betroffenen Personen nicht oder jedenfalls nur in geringerem Umfang als bisher mit einem Rückzug aus der Erwerbstätigkeit auf Betreuungskonflikte reagieren sollen. Angesichts zunehmenden Fachkräftemangels und der zunehmend deutlich werdenden Armutsrisiken, die mit einer eingeschränkten Erwerbstätigkeit einhergehen, besteht auch ein gesellschaftliches Bedürfnis, die Beschäftigungspotentiale zu heben, die bislang durch eine fehlende Vereinbarkeit von Familie und Beruf brach liegen. Zudem müssen Verteilungskonflikte innerhalb von Belegschaften gelöst werden, wenn nicht für alle Arbeitnehmer ein hinreichendes Reduzierungsvolumen zur Verfügung steht.

a) Rückgang der Entgeltpräferenz zugunsten von Arbeitszeitsouveränität

Insgesamt zeigt sich, dass aktuell bei Beschäftigten die Entgeltpräferenz rückläufig ist. Zeitsouveränität oder Arbeitszeitautonomie, also Selbstbestimmung bei der Arbeitszeit, werden demgegenüber immer wichtiger.²⁸ Eine Vielzahl aktueller Tarifabschlüsse bestätigt diesen Befund.²⁹ Man sollte diesen Gesichtspunkt nicht auf die Frage der Vereinbarkeit von Familie und Beruf verengen. Ein Großteil der Personen, die von der in der Metallindustrie vereinbarten »kurzen Vollzeit« Gebrauch machen, hat keine Betreuungskonflikte, reduziert aber trotzdem die Arbeitszeit.³⁰

b) Individualisierung und Diversifizierung der Bedürfnisse bei der Arbeitszeit

Insgesamt erleben wir eine erhebliche Individualisierung und Diversifizierung der Bedürfnisse von Arbeitnehmern hinsichtlich ihrer Arbeitszeit. Diese treten gleichwohl typischerweise in gewissen Lebensphasen bzw. bei bestimmten biographischen Ereignissen auf. Die damit verbundenen Reduzierungswünsche treffen aber sowohl beim Beschäftigten selbst als auch bei den betroffenen Arbeitgebern auf Hindernisse. Dieser muss sich eine tarifautonome Gestaltung der Arbeitszeit annehmen. Zwei Problemfelder will ich herausgreifen.

(1) Entgeltverluste bei Arbeitszeitreduzierung

Für Arbeitnehmer sind vor allem Entgeltverluste ein Hindernis für die Inanspruchnahme von Arbeitszeitreduzierungen. Hinzu kommen Nachteile in der Rentenversicherung, die allerdings von den Betroffenen teilweise nicht so stark wahrgenommen werden. Gleichwohl ist Teilzeitarbeit nach wie vor auch in dieser Hinsicht ein substantielles Armutsrisiko.³¹ Insbesondere bei Alleinerziehenden ist diese Quote besorgniserregend hoch, weil mit ihr Kinderarmut unmittelbar verknüpft ist.³² Ungeachtet der beachtlichen sozialpolitischen Vorhaben,³³ langjährige Arbeit stärker zu honorieren, bleiben Risiken für die Altersversorgung der Betroffenen.

Daher stellt sich die Frage, ob jedenfalls bei befristeter Arbeitszeitreduzierung tarifvertragliche Kompensationsleistungen vorgesehen werden können, die die dargestellten Effekte mildern können. Darauf ist zurückzukommen.

26 Gegenwärtig wird die Pflege von Angehörigen aber nur in sehr geringem Umfang als Grund für Teilzeitarbeit angegeben, Keller/Kahle, WISTA 3/2018, 54, 63 abrufbar unter: <https://www.destatis.de/DE/Methoden/WISTA-Wirtschaft-und-Statistik/2018/03/realisierte-erwerbstaetigkeit-032018.html> (25. 3. 2019).

27 IG Metall, Betriebsrätebefragung 2018, abrufbar unter: <https://www.igmetall.de/tarif/tarifunden/metall-und-elektro/190-000-beschaefigte-wollen-lieber-acht-tage> (25. 3. 2019).

28 Zitzelsberger, WSI-Mitt. 2018, 326.

29 Schulten/WSI-Tarifarchiv, Tarifpolitischer Jahresbericht 2018, Düsseldorf 2019, abrufbar unter: http://www.boeckler.de/pdf/p_ta_jb_2018.pdf (25. 3. 2019).

30 Von den 190.000 Personen, die die entsprechenden Regelungen in Anspruch nahmen, waren nur 40.000 Personen solche mit einem Kind und weitere 10.000 nahmen die »verkürzte Vollzeit« für die Pflege in Anspruch.

31 Vgl. dazu etwa OECD, OECD-Wirtschaftsberichte: Deutschland 2014, S. 100.

32 Tophoven/Lietzmann/Reiter/Wenzig, Aufwachsen in Armutslagen, Gütersloh 2018; dauerhafte Kinderarmut liegt danach bei etwa 20 % der Kinder vor, deren alleinerziehender Elternteil in Teilzeit arbeitet, temporäre Armutsphasen bestehen bei 47 % der Kinder, deren alleinerziehender Elternteil in Teilzeit arbeitet.

33 Koalitionsvertrag 2018 zwischen CDU, CSU und SPD zur Grundrente, S. 92.

(2) Fehlende Kompensation beim Arbeitsvolumen

Auf Arbeitgeberseite gibt es multiple Gründe gegen Arbeitszeitreduzierungen, die aus der Diskussion um die Brückenteilzeit hinlänglich bekannt sind. Ein besonders starkes Argument gegen mehr Arbeitszeitsouveränität für Beschäftigte erwächst aus dem zunehmenden und in vielen Branchen deutlich spürbaren Fachkräftemangel. Dieser führt zwar nicht dazu, dass man sich gegen eine Flexibilisierung der Arbeitszeit vollständig sperrt, diese aber in der Regel im Gesamtvolumen begrenzen oder sogar ausschließlich volumenneutral akzeptieren möchte.

Das macht die Tarifpolitik anspruchsvoll, weil arbeitgeberseitig Flexibilität nur bei einem einigermaßen neutralen Effekt auf das Gesamtarbeitsvolumen akzeptiert werden wird oder jedenfalls die Widerstände sowohl hinsichtlich kollektiver Regulierung wie auch individueller Inanspruchnahme nur bei einer Kompensation oder zumindest Ausgleichsmechanismen zu überwinden sein werden. Das kann nur dann funktionieren, wenn Reduzierungswünsche durch eine Arbeitszeiterweiterung bei anderen Beschäftigten kompensiert werden, für die diese Anreize benötigen. Das wiederum verknüpft diese Fragestellung natürlich mit der oben bereits angestellten Überlegung zu Lebensphasen und Demographie. Denn dieser Befund zeigt, dass möglicherweise unterschiedliche Lebensphasen mit unterschiedlichen Ansprüchen hinsichtlich einer Arbeitszeitanpassung verbunden werden müssen und die zugegebenermaßen wenig übersichtliche, aber differenzierte Ausgestaltung der Ansprüche auf Teilzeit durch den Gesetzgeber durchaus ihre Berechtigung hat.

III. Was kann die Tarifautonomie zur Bewältigung dieser Entwicklungen leisten?

Was kann die Tarifautonomie zur Bewältigung dieser Entwicklungen der modernen Arbeitswelt beitragen? Sicherlich eine ganze Menge: Die Tarifautonomie hat schon immer gesellschaftliche und technologische Veränderungen zu bewältigen gehabt. Das ist meist erfolgreich gewesen, auch wenn der Respekt vor der Tarifautonomie nicht immer so ausgeprägt war wie heute.

1. Kritik an der Tarifautonomie als modernem Regulierungsinstrument

Immerhin ist doch gerade in den 90er Jahren und während der Arbeitsmarktkrise rund um die Jahrhundertwende durchaus in Frage gestellt gewesen, ob die Tarifautonomie zur Lösung von Transformationsprozessen geeignet ist. Kernkritikpunkt war dabei immer, dass der Tarifvertrag zu starr sei. Gemeint war damit aber der Sache nach nur, dass Tarifverträge einer eigenmächtigen Veränderung und insbesondere Absenkung von Arbeitsbedingungen durch den Arbeitgeber entgegenstehen. Letztendlich hat hier eine Dezentralisierung der Tarifpolitik einen Teil der Kritik abgeschwächt.

2. Tarifautonomie als flexibles Regulierungsinstrument

Gleichwohl bedeutet diese Reaktion nicht, dass die Kritik in ihrem Kern zutreffend wäre.³⁴ Denn Kollektivverträge sind im Allgemeinen verglichen mit Arbeitsverträgen überaus flexibel. Die heftige Auseinandersetzung um die sog. Betriebsvereinbarungsoffenheit von Arbeitsverträgen³⁵ zeigt das mehr als deutlich. Und wer sich die Voraussetzungen für eine Änderungskündigung zur Entgeltabsenkung ansieht, weiß die Flexibilität zu schätzen, die Sanierungstarifverträge bieten.

Die Tarifautonomie ist nicht zuletzt wegen der jederzeit möglichen einvernehmlichen Veränderung bestehender oder der »Erfindung« neuer Regelungsinstrumente überaus flexibel, ohne dass die erzielten Einigungen deswegen instabil sein müssten. Vertragliche Absprachen können, bei – wie in Deutschland bestehender – sozialer Partnerschaft von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden, sehr langfristig angelegt sein und stabilisierende Effekte haben. Ein Beispiel dafür sind die gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien und hier im Besonderen die Sozialkassen. Darauf ist zurückzukommen.

Fragt man nach der Eignung der Tarifautonomie zur Gestaltung der modernen Arbeitswelt, muss zwangsläufig ihr Verhältnis zur Gesetzgebung in den Blick

³⁴ Ausführlich zu der gesamten Thematik *Preis/Ulber*, FS Kempen, 2013, S. 15.

³⁵ Vgl. dazu: BAG, 5. 3. 2013 – 1 AZR 417/12 – AP Nr. 105 zu § 77 BetrVG 1972; kritisch hierzu *Creutzfeld*, NZA 2018, 1111; *Preis/Ulber*, NZA 2014, 6; aA. *Linsenmaier*, RdA 2014, 336 ff.; bereits vor der Entscheidung des BAG ablehnend *Preis/Ulber*, RdA 2013, 211, 225.

geraten. In letzter Zeit hat sich auch der Gesetzgeber der eingangs geschilderten Handlungsfelder angenommen. Das Gesetz zur Brückenteilzeit oder das Qualifizierungschancengesetz seien hier nur als Beispiele genannt.

Sind also die Felder Arbeitszeitflexibilisierung, Absicherung von Arbeitnehmern mit Familie und Qualifizierung bereits Aktionsfelder des Gesetzgebers, so stellt sich die Frage nach der Rolle der Tarifautonomie. Bemerkenswerterweise wurde diese schon immer wenig durch die zunehmende normative Durchdringung des Arbeits- und Wirtschaftslebens durch gesetzliche Mindeststandards beeinflusst. In den genannten Bereichen ist das nicht anders.

IV. Eine Bestandsaufnahme

So lassen sich auf den Handlungsfeldern Digitalisierung, Lebensarbeitszeit, Teilzeit und Qualifizierung bereits jetzt erhebliche tarifvertragliche Aktivitäten feststellen. Als Beispiele seien hier die Tarifverträge zur Lebensarbeitszeit und Demographie in der Chemischen Industrie³⁶ bzw. bei der Deutschen Bahn, die aktuellen Tarifverträge der IG Metall zur verkürzten Vollzeit³⁷ oder der ebenfalls in der Metallindustrie vereinbarte Tarifvertrag über die Qualifizierung für die Beschäftigten (2015) genannt. Diese sollen hier – stark vereinfacht – dargestellt werden, um die Potentiale solcher Tarifwerke aufzuzeigen.

1. Lebensarbeitszeit und Demographie

Eckpunkt des Tarifvertrags »Lebensarbeitszeit und Demografie« in der Chemischen Industrie im Jahr 2017 war eine Leistung von 750 € für jede tarifbeschäftigte Person, die in einen betrieblichen Demografiefonds eingezahlt wird.³⁸ Die Verwendung wird im Wege freiwilliger Betriebsvereinbarungen festgelegt. Zur Auswahl steht den Betriebsparteien die Möglichkeit, die Mittel für eine Altersvorsorge, Langzeitkonten, den Schutz bei Berufsunfähigkeit, die Finanzierung von Altersteilzeit oder eine Teilrente (§ 42 SGB VI) zu verwenden.³⁹ Vor der Festlegung wird eine betriebliche Demographieanalyse durchgeführt.

Damit wird in vorbildlicher Weise fast der gesamte Problemhaushalt, der oben dargestellt wurde, abgearbeitet.⁴⁰

2. Flexible Arbeitszeit

Hinsichtlich der Arbeitszeitflexibilisierung müssen ganz unterschiedliche tarifvertragliche Gestaltungsinstrumente unterschieden werden. Kurzfristige Flexibilisierungsinstrumente mit schwankenden wöchentlichen Arbeitszeiten, kurz- oder mittelfristige Arbeitszeitkonten und schließlich branchenspezifische Sonderregelungen. Hier können nicht sämtliche dieser Gestaltungsformen im Detail analysiert werden. Vielmehr beschränkt sich die Darstellung auf solche tarifvertraglichen Regelungen, die in dem Sinne modern sind, als dass sie sich den oben genannten veränderten Bedürfnissen von Arbeitnehmern annehmen.

Ein Beispiel für eine solche Regelung ist die Tarifeinigung der Metallindustrie über eine Brückenteilzeit. Diese heißt im Tarifvertrag »verkürzte Vollzeit«⁴¹ und nimmt sich eines Teilaspekts des oben geschilderten Problems der Arbeitszeitregulierung für verschiedene Lebensphasen an. Kernelement des Tarifvertrags ist die Möglichkeit für Beschäftigte, ihre Arbeitszeit für einen befristeten Zeitraum zu reduzieren.

Ausgangspunkt hierfür ist die in der Metallindustrie geltende 35-Stundenwoche. Diese war schon bislang dadurch durchbrochen, dass mit einem bestimmten Anteil der Beschäftigten eine längere Arbeitszeit von bis zu 40 Stunden vereinbart werden konnte. Diese Möglichkeiten zur Erhöhung des zur Verfügung stehenden Arbeitsvolumens werden durch den nunmehr abgeschlossenen Tarifvertrag ausgeweitet. Der Zweck dieser Vorgehensweise liegt darin, die im Tarifvertrag verankerten Teilzeitansprüche von Beschäftigten möglichst neutral mit Blick auf das Arbeitsvolumen zu halten. Damit wird den oben bereits dargestellten Bedürfnissen der Arbeitgeberseite, Reduzierungen des Arbeitszeitvolumens durch individuelle Reduzierungs-

36 Dazu etwa *Rolfs*, NZA-Beil. 2010, 139, 143.

37 Dazu etwa *Zitzelsberger*, WSI-Mitt. 2018, 326.

38 Die Leistung sollte an die jeweilige Tarifenwicklung angepasst werden, *Rolfs*, NZA-Beil. 2010, 139, 143.

39 Vgl. hierzu etwa *Rolfs*, NZS 2017, 164.

40 Sofern es nicht zu einer Betriebsvereinbarung kommt, wird der Fonds in Betrieben unter 200 Arbeitnehmern für die Altersversorgung und in Betrieben mit über 200 Arbeitnehmern in Langzeitkonten investiert.

41 Ursachen und Hintergründe für diese Begriffsbildung sollen hier nicht hinterfragt werden.

wünsche von Arbeitnehmern an anderer Stelle zu kompensieren, Rechnung getragen.

Letztere erhalten seit dem 1. Januar 2019 die Möglichkeit, ihre Arbeitszeit befristet auf maximal zwei Jahre auf bis zu 28 Stunden zu reduzieren. Der Arbeitgeber kann diesen Reduzierungswunsch allerdings ablehnen, wenn er das entfallende Arbeitsvolumen nicht gleichwertig ersetzen kann. Zudem dürfen nur maximal 10 % der Belegschaft die verkürzte Vollzeit in Anspruch nehmen. Hier zeigt sich die Verknüpfung zweier bereits geschilderter Entwicklungen: Die Flexibilisierungswünsche der Arbeitnehmer treffen auf durch die Arbeitsmarktlage begrenzte Möglichkeiten, andere Arbeitskräfte zur Kompensation ausgefallener Arbeitszeit einzusetzen. Dieses Problem schlägt sich bereits jetzt in den tarifvertraglichen Regelungen nieder.

Eine weitere Komponente des Tarifvertrags betrifft eine Wahlmöglichkeit zwischen Freizeit und Entgelt. Dazu kann von den Beschäftigten eine Sonderzahlung in acht zusätzliche freie Tage umgewandelt werden. Dies gilt allerdings nur für Personen mit Kindern bis zur Vollendung des achten Lebensjahres, die diese selbst betreuen und erziehen, Beschäftigte, die Eltern, Kinder, den Ehegatten/Partner oder Schwiegereltern mit mindestens Pflegegrad 1 in häuslicher Pflege betreuen und, ohne dass hier eine Personensorge eine Rolle spielen würde, Beschäftigte in Schichtarbeit. Auch hier gilt allerdings, dass die Wahl von Freizeit statt Entgelt vom Arbeitgeber abgelehnt werden kann, wenn es an einem innerbetrieblichen Ausgleich der wegfallenden Arbeitszeit fehlt. Als Kompensationsmöglichkeit für etwaig entfallende Arbeitsstunden wurde zudem eine Erweiterung der bereits bestehenden Möglichkeit, Guthaben aus Arbeitszeitkonten in Geld auszuzahlen, vereinbart.

3. Qualifizierung

Im Lichte der Reform des § 82 SGB III durch das Qualifizierungschancengesetz⁴² erscheinen Regelungen zur Qualifizierung auf den ersten Blick weniger Bedeutung zu bekommen. Es sollte allerdings nicht übersehen werden, dass tarifvertragliche Regelungen zur Qualifizierung in den von den technologischen Umwälzungen der nächsten Jahre in besonderem Maße betroffenen Wirtschaftszweigen und hier insbesondere der Automobilindustrie bereits existieren.

So etwa der Tarifvertrag über die Qualifizierung für die Beschäftigten in der Metall- und Elektroindustrie in Baden-Württemberg: Hier wird zwischen den Sozialpartnern auf drei Handlungsfeldern zur Erhaltung von Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen und gleichzeitiger Beschäftigungsfähigkeit von Arbeitnehmern ein tarifvertraglicher Rahmen für die Qualifizierung der Beschäftigten gesetzt. Das betrifft Maßnahmen zur sogenannten Erhaltungsqualifizierung, also zur Vermittlung von Weiterentwicklungen mit Blick auf die bestehende Qualifikation, zur Anpassungsqualifizierung, also zu einer Qualifizierung hinsichtlich veränderter Anforderungen innerhalb des bestehenden Aufgabenfeldes des Beschäftigten, und schließlich Qualifizierungsmaßnahmen, die die Übernahme anderer Aufgaben ermöglichen, insbesondere dann, wenn Arbeitsaufgaben wegfallen.

4. Befunde

Natürlich sind damit bei weitem nicht alle vorhandenen tarifvertraglichen Handlungsmöglichkeiten oder Gestaltungen aufgegriffen. Es wird hier auch nicht beansprucht, sämtliche Tarifverträge zu den genannten Regelungsgegenständen ausgewertet zu haben. Die Potentiale, die in der Tarifautonomie liegen, sollten damit aber hinreichend aufgezeigt sein. Darin besteht die Funktion dieser Darstellung.⁴³ Hinzuweisen ist aber auch auf einige Grenzen dieses Potentials, jedenfalls in der gegenwärtigen Tariflandschaft.

Zunächst einmal stammen die hier dargestellten Regelungen nahezu ausschließlich aus Hochlohnsektoren mit hohem gewerkschaftlichen Organisationsgrad. Zudem sind die Leistungsansprüche nahezu ausschließlich auf der betrieblichen Ebene verortet und setzen dort eine hinreichende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Arbeitgebers voraus. Weiterhin setzen nahezu alle Tarifverträge eine innerbetriebliche Ausgestaltung unter Mitwirkung durch den Betriebsrat voraus. Des Weiteren fehlt es in aller Regel an der Portabilität von Ansprüchen zwischen verschiedenen Arbeitgebern, wobei allerdings auch berücksichtigt werden muss, dass

⁴² In Kraft getreten zum 1. 1. 2019, BGBl. 2018 I, S. 2651.

⁴³ Der Verfasser dankt ausdrücklich für einige im Nachgang zu seinem Vortrag zur Verfügung gestellte Tarifwerke, die den Befund bestätigen, dass die Sozialpartnerschaft in diesem Bereich durchaus leistungsfähig ist.

es sich bei der Metallindustrie und der Chemie um Industriezweige mit eher moderater Fluktuation und eher langfristig angelegten Vertragsbeziehungen handeln dürfte.

Übersichtswise erscheinen bei dieser Sachlage jedenfalls folgende Faktoren begünstigend für eine tarifautonome Regulierung der modernen Arbeitswelt, ohne dass diese Aufzählung abschließend sein soll:

- Der Wirtschaftssektor ist wirtschaftlich (sehr) erfolgreich.
- Der gewerkschaftliche Organisationsgrad ist hoch.
- Die Löhne im jeweiligen Wirtschaftssektor sind hoch.
- Der Wirtschaftssektor ist durch mittlere bis große Unternehmen geprägt.
- In den betroffenen Unternehmen ist ein vergleichsweise großes Arbeitsvolumen und eine hinreichende Belegschaft für innerbetriebliche Kompensation individueller Reduzierungswünsche vorhanden.
- Es handelt sich um Unternehmen mit Betriebsrat und der Möglichkeit einer betrieblichen Anpassung durch Betriebsvereinbarung.
- Die Belegschaften sind relativ stabil.

Damit wird aber auch deutlich, in welchen Bereichen eine tarifautonome Bewältigung der eingangs geschilderten Handlungsfelder auf Schwierigkeiten stößt. Ausgeklammert werden sollen dabei die Sektoren, in denen die Tarifautonomie als Handlungsmöglichkeit bereits kollabiert ist. Für diese sind bei realistischer Betrachtungsweise nur noch gesetzliche Lösungen denkbar, weswegen sich der Gesetzgeber hier auch nicht unter Verweis auf die Tarifautonomie aus der Verantwortung stehlen kann. Die geschilderten Tarifverträge weisen zudem Elemente auf, die unter bestimmten Voraussetzungen Probleme bereiten können. Naheliegend sind solche Probleme jedenfalls unter folgenden Umständen, ohne dass damit ein abschließender Überblick über alle Branchen beansprucht werden soll:

- Die Verteilungsspielräume innerhalb des Wirtschaftssektors sind begrenzt.
- Es handelt sich nicht um einen Hochlohnsektor.
- Der Wirtschaftssektor ist durch kleine bis mittlere Unternehmen geprägt.
- Das innerbetriebliche Arbeitsvolumen, das auf die Belegschaft verteilt werden kann, ist als Folge der geringeren Unternehmens- und Betriebsgrößen beschränkt.
- Es handelt sich um Unternehmen, in denen eine Umsetzung tarifvertraglicher Abkommen durch eine

betriebsspezifische Betriebsvereinbarung an einer fehlenden oder nur gering ausgeprägten betrieblichen Mitbestimmung scheitert.

- Es handelt sich um Sektoren mit instabilen Beschäftigungsverhältnissen und großer Fluktuation.
- Unter Umständen mag es sich auch um Sektoren handeln, in denen eine Insolvenzversicherung der Guthaben für einzelne Betriebe schwer zu leisten ist.

All diese Umstände stehen verbetrieblichten Systemen, wie sie die (groß-)industriell geprägten Branchen beeinflussen, entgegen.

V. Perspektiven der Tarifpolitik

Hier kann und soll keine Analyse spezifischer Wirtschaftszweige erfolgen. Es zeigt sich aber doch, dass die genannten Umstände jedenfalls keine völligen Einzelfälle sein dürften. Wie aber lassen sich auch in derartigen Bereichen heute gleichwohl die Potentiale tarifvertraglicher Gestaltung der modernen Arbeitswelt heben?

Dazu müssten, neben nach wie vor dringend notwendigen Maßnahmen zur Stärkung der mitgliederschaftlichen Basis der Sozialpartner,⁴⁴ mehrere Voraussetzungen erfüllt werden, die teilweise auch den Gesetzgeber betreffen:

1. Die Ansprüche können nur hinsichtlich der Freistellung, nicht aber hinsichtlich ihrer Finanzierung gegen den Vertragsarbeitgeber gerichtet werden

Zunächst einmal muss es gelingen, mit der Fluktuation von Arbeitskräften umzugehen. Natürlich ist es unvermeidlich, dass Ansprüche unmittelbar gegen den momentanen Vertragsarbeitgeber gerichtet werden müssen, so etwa auf Freistellung von der Arbeit. Etwaige – auf welchem Wege auch immer – angesparte Finanzierungsbeiträge und Anwartschaften auf eine entsprechende Freistellung müssen aber portabel sein und ihre Portierung darf möglichst keine Transaktionskosten auslösen.

⁴⁴ Vgl. dazu etwa *Beppler*, NZA 2014, 891; *Kluth*, GewA 2018, 321; *Waltermann*, NZA 2014, 874; *Preis/Ulber*, FS Kempfen, 2013, S. 15.

2. Entkoppelung der Anspruchsbeziehung bzw. der Finanzierung der Kosten von Ansprüchen von der betrieblichen Ebene

Es müssen demzufolge zunächst einmal die Anspruchsbeziehungen von der betrieblichen Ebene wegverlagert werden. Die Finanzierung gewährter Leistungen kann demzufolge nicht allein innerbetrieblich erfolgen. Vielmehr müssen die Finanzierungsbeiträge zentral verwaltet werden. Die geringe Verbreitung von Langzeitarbeitskonten wird nicht ohne Grund auch mit Defiziten hinsichtlich der Portabilität in Zusammenhang gebracht.⁴⁵ Hier zeigt sich zum ersten Mal, dass derartige Tarifnormen eine gewisse Tendenz zur Allgemeinverbindlichkeit haben. Denn liegt eine solche vor, könnten in diesem Fall – jedenfalls innerhalb des Geltungsbereichs solcher Tarifverträge – etwaige Freistellungsansprüche bei jedem Arbeitgeber angespart und in Anspruch genommen werden. Zumindest das Fluktuationsproblem wäre branchenintern gelöst.⁴⁶

3. Ansparlösung

Reicht die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Sektors nicht aus, um die Ansprüche auf Freistellung und Entgeltausgleich im laufenden Betrieb zu realisieren, müssen Lösungen gefunden werden, die zu einer Rücklagenbildung führen. Aus diesen kann dann bei einer Freistellung ein Entgeltausgleich finanziert werden.

4. Es muss auf eine betriebliche Ausgestaltung bzw. Umsetzung verzichtet werden

Angesichts der Tatsache, dass in bestimmten Bereichen möglicherweise eine betriebliche Mitbestimmung fehlt oder jedenfalls nicht in hinreichendem Maße flächendeckend vorhanden ist, müssen die entsprechenden tarifvertraglichen Regelungen auf eine betriebliche Umsetzung bzw. Ausgestaltung verzichten. Das gilt in all den Branchen, die durch eine fehlende oder unterentwickelte betriebliche Mitbestimmung nicht in der Lage sind, eine flächendeckende betriebliche Umsetzung zu leisten. Das macht Vereinbarungen, insbesondere beim Anspruchsinhalt anspruchsvoller, weil Modelle gefunden werden müssen, die unterschiedlichen betrieblichen Situationen Rechnung tragen. Unmöglich ist das selbstverständlich nicht.

5. Lösungsinstrument: Sozialkassen?

Unter Berücksichtigung der dargestellten Anforderungen und Voraussetzungen geraten als Lösung für die hier untersuchten Wirtschaftssektoren Sozialkassen in den Blick. Denn sie ermöglichen:

- Eine Portabilität von Ansprüchen bei gebrochenen Erwerbsbiographien mit häufigen Arbeitgeberwechseln.
- Eine gemeinsame Finanzierung bestimmter Leistungen und Infrastrukturen durch die Arbeitgeber einer Branche. Das löst möglicherweise das Finanzierungsproblem in Branchen mit durchschnittlichen Löhnen und beugt Wettbewerbsvorteilen von Arbeitgebern vor, die sich nicht auf eine entsprechende Flexibilisierung einlassen wollen.
- Zudem lässt sich hier sowohl eine Anspar- wie auch eine Umlagefinanzierung durch bereits vorhandene Strukturen oder doch jedenfalls kopierbare Strukturen umsetzen. Im Baubereich sind sowohl mit den Urlaubskassen wie auch mit der ZVK bereits seit langer Zeit Systeme etabliert, die zeigen, dass eine derartige dezentrale branchenspezifische Verwaltung von Mitteln funktioniert.

VI. Rechtliche Herausforderungen

Damit stellt sich die Frage nach den Rahmenbedingungen für derartige Tarifverträge im Bereich von Lebensarbeitszeit und Qualifizierung.

1. Lebensarbeitszeit als Regelungsgegenstand von Sozialkassen

Zunächst zur Lebensarbeitszeit als Regelungsgegenstand von Sozialkassen.

a) Ziele und Varianten tarifvertraglicher Lebensarbeitszeitmodelle

Lebensarbeitszeitmodelle gibt es in unterschiedlichen Varianten und man muss zwei Gestaltungsformen grundsätzlich trennen. Dies sind die Frühverrentung und

⁴⁵ Däubler, TVG-Heuschmid (Fn. 4), § 1 Rn. 742.

⁴⁶ Darüberhinausgehend kann dies nur die Sozialversicherung leisten. Die §§ 7b–f SGB IV bieten dafür eine Grundlage. Dazu sogleich.

Modelle die nicht auf eine Verkürzung der Erwerbstätigkeit gerichtet sind, sondern die Arbeitszeit während der Erwerbstätigkeit flexibilisieren.

(1) Frühverrentung

Zum einen gibt es solche Modelle, die in erster Linie als Frühverrentungsprogramme ein vorzeitiges Ausscheiden aus dem Berufsleben finanzieren. Die Motive für solche Regelungen sind unterschiedlich. Sie finden sich aber jedenfalls auch hinsichtlich Personen, bei denen die Art der beruflichen Tätigkeit ein Erreichen der Regelaltersgrenze im Beruf ausschließt. Hier besteht sicherlich auch die Möglichkeit, dass der Gesetzgeber derartige Regelungen unterstützend flankiert. Im Übrigen dürfte allerdings aufgrund der demographischen Entwicklung zukünftig eine Frühverrentungspolitik auf immer weiter zunehmende Widerstände stoßen. Das Argument dafür ist die jedenfalls als ungerecht empfundene Belastung der jüngeren Generation mit den Finanzierungslasten solcher Programme. Dieser Einwand ließe sich bei einem tarifgestützten Ansparmodell aus dem Weg räumen.

(2) Kurzfristige Flexibilisierung

Daneben gibt es Kurzzeitkonten, wie etwa Gleitzeitkonten unterschiedlicher Laufzeit, die hier aber trotz ihrer unbestreitbar großen praktischen Relevanz nicht im Fokus stehen sollen.

(3) Langzeitkonten

Vielmehr soll der Fokus hier auf sogenannte Langzeitkonten gerichtet werden, die es Arbeitnehmern ermöglichen, Zeitguthaben längerfristig anzusparen, um mit diesem Wertguthaben ausgedehnte Freistellungsphasen während des Erwerbslebens zu verwirklichen, ohne während dieser Freistellung auf ihr Gehalt verzichten zu müssen. Genutzt werden kann diese Möglichkeit flexibel zB. für ein Sabbatical, für einen verlängerten Urlaub oder für die Dauer einer zusätzlichen Ausbildung.⁴⁷

In der Vergangenheit sind solche Konten vor allem dazu genutzt worden, ein vorzeitiges Ausscheiden aus dem Berufsleben zu organisieren. Sie bieten aber zweifelsohne auch ein großes Potential für die Vereinbarung von mehr Arbeitszeitsouveränität.

Auf die Risiken solcher Modelle muss allerdings auch hingewiesen werden. Die Mehrarbeit, die für den Aufbau

von Zeitguthaben zumindest partiell geleistet wird, ist gesundheitlich nicht unbedenklich. Gerade in Branchen mit harter körperlicher Arbeit muss darauf geachtet werden, dass etwaige Mehrarbeit nicht die langfristige Arbeitsfähigkeit beeinträchtigt. Auch das berücksichtigen allerdings bestehende Tarifverträge. So sieht die in § 1.4 BRTV vorgesehene Arbeitszeitflexibilisierung etwa eine Obergrenze von 150 Plusstunden auf dem jeweiligen Jahresarbeitszeitkonto vor.⁴⁸

b) Sozialversicherungsrechtliche Rahmenbedingungen für Langzeitkonten

Bei der Einrichtung von Langzeitkonten sind die sozialversicherungsrechtlichen Vorgaben der §§ 7b–7f SGB IV zu berücksichtigen.⁴⁹ So werden etwa die im angesprochenen TV Demographie vereinbarten Leistungen des Arbeitgebers, sofern sie in Langzeitkonten investiert werden, in Wertguthaben iSd. § 7b SGB IV eingebracht. Die eingangs geschilderten Regelungen in der Metallindustrie zur Arbeitszeitflexibilisierung bleiben hingegen entgegen § 7d SGB IV bei Zeitguthaben. Ich will hier nur einige Eckpunkte für derartige Tarifverträge darstellen.

Genutzt werden können Langzeitkonten, die von diesen Vorschriften erfasst werden, nach dem Katalog des § 7c SGB IV für gesetzlich geregelte vollständige oder teilweise Freistellungen von der Arbeitsleistung oder gesetzlich geregelte Verringerungen der Arbeitszeit, insbesondere für Zeiten der Pflegezeit bzw. Familienpflegezeit, der Elternzeit und der Teilzeit nach dem TzBfG, wobei die Verringerung der Arbeitszeit auf die Dauer der Entnahme aus dem Wertguthaben befristet werden kann. Des Weiteren sind vertragliche Freistellungen unmittelbar vor dem Renteneintritt und Zeiten von Qualifizierungsmaßnahmen genannt. Im Grunde genommen sind hier die meisten oben geschilderten Funktionen genannt, die individuellen Sonderbedürfnissen bei der Anpassung der Arbeitszeit Rechnung tragen. Allerdings geht es hier nicht um gängige Modelle der Arbeitszeitflexibilisierung, die weiterhin »normalen« Arbeitszeitkonten zugewiesen sind. Vereinbart werden können

⁴⁷ Klemm, NZA 2006, 946, 947.

⁴⁸ § 1.42 BRTV Bau, abrufbar unter https://www.soka-bau.de/fileadmin/user_upload/Dateien/Arbeitgeber/tarifvertrag_brvtv.pdf (1.5.2019).

⁴⁹ Dazu etwa Rolfs, NZA-Beil. 2010, 139, 143.

nach § 7c Abs. 1 Nr. 2 SGB IV auch weitere Zwecke, was Raum zB. für Sabbaticals schafft.⁵⁰

In sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht ist aber von Bedeutung, dass die auf etwaige angesparte Arbeitsstunden zu entrichtenden Sozialversicherungsbeiträge erst mit dem Abruf dieser Leistungen anfallen (§ 23b Abs. 1 S. 1 SGB IV). Zudem kommt es nicht zu einem lohnsteuerrelevanten Zufluss beim Arbeitnehmer, so dass insoweit auch die Lohnsteuer gestundet wird. Problematisch an dieser Konstruktion ist allerdings, dass es hierdurch zu einer Entwertung des Guthabens kommen kann, weil im Auszahlungszeitpunkt nur geringere Entgeltpunkte erzielt werden.⁵¹ Allerdings wäre dieser Effekt möglicherweise dadurch zu mildern, dass ein Teil der Kapitalerträge auf die eingezahlten Beiträge zur Kompensation dieses Effektes eingesetzt wird.⁵²

Steuerrechtlich bestehen, wenn solche Guthaben nicht beim Vertragsarbeitgeber, sondern einer Sozialkasse geführt werden, für den Arbeitgeber insoweit Nachteile, als er keine gewinnmindernden Rückstellungen vornehmen kann, weil zwar der Freistellungsanspruch, nicht aber dessen Finanzierung bei ihm verortet ist. Rechtspolitisch wäre es wünschenswert, dass dieser Effekt, der dem Staat einen Zuwachs an Steuermitteln beschert, dadurch wieder ausgekehrt wird, dass bei einer Inanspruchnahme der Freistellung bei einem anderen Arbeitgeber der entsprechende Betrag diesem als Steuervorteil gewährt wird. Das würde dazu führen, dass der Steuervorteil bei der Freistellung realisiert wird und könnte jedenfalls die Hemmnisse gegenüber solchen Ansprüchen von Arbeitnehmern etwas abbauen.⁵³

c) Umsetzung über die Sozialkassen als geeigneter Weg

Ungeachtet der Instrumente, die das Sozialversicherungsrecht zur Verfügung stellt, stellt sich nunmehr die Frage, ob Sozialkassen ein geeigneter Weg sein können, die geschilderten tarifvertraglichen Regelungsinstrumente mit größerer Breitenwirkung zu versehen.

(1) Portabilität und Insolvenzversicherung

Zwei unmittelbare Vorteile des Sozialkassenmodells sind offenkundig. Zum einen ist die Portabilität der entsprechenden Ansprüche, jedenfalls innerhalb der betroffenen Branche, ohne weiteres gewährleistet. Mit dem SIKO-Flex im Bereich des Baugewerbes bestehen zudem bereits

Insolvenzversicherungssysteme für Arbeitszeitkonten, die nur ausgebaut werden müssten.

Störfälle während der Zeit, in der das Konto besteht, sind anders als bei sonstigen Arbeitszeitkonten beherrschbar. Denn sofern der Arbeitnehmer den Arbeitgeber wechselt, sind die entsprechenden Guthaben portabel. Als problematisch kann sich hier allenfalls eine Konstellation erweisen, in der der Arbeitnehmer endgültig aus der Branche ausscheidet oder aber verstirbt. Ersteren Falls kann allerdings die Anwartschaft uU. sogar weiterhin genutzt werden, jedenfalls aber bei Ausscheiden aus dem Erwerbsleben in eine zusätzliche Altersversorgung umgewandelt werden. Das ist jedenfalls auch dann der geeignete Verwendungszweck, wenn bei Ausscheiden aus dem Erwerbsleben noch ein Guthaben zur Verfügung steht.

(2) Braucht man die Sozialkassen?

Es stellt sich aber die Frage, ob ungeachtet dieser Möglichkeiten eine Lösung über Sozialkassen tatsächlich gebraucht wird.

Deutlich wird, dass das in Wirtschaftssektoren, die über eine hohe wirtschaftliche Leistungsfähigkeit verfügen, offenbar nicht zwingend ist. Allerdings sollte nicht verkannt werden, dass die eingangs geschilderten Bedürfnisse nach Portabilität erworbener Ansprüche auch dort ohne eine zentrale Einrichtung nur schwer zu bewerkstelligen sind. Das gilt jedenfalls dann, wenn die entsprechenden Ansprüche bei unterschiedlichen Vertragsarbeitgebern nachhaltig aufgebaut und in Anspruch genommen werden sollen.

50 Rofls, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Aufl., München 2019 (im Folgenden: ErfK), § 7c SGB IV Rn. 2.

51 ErfK-Rofls (Fn. 50), § 7d SGB IV Rn. 1.

52 Denn die entsprechenden Konten sind nach § 7d SGB IV einschließlich des arbeitgeberseitigen Anteils am Gesamtsozialversicherungsbeitrag in Geld zu führen (§ 7d Abs. 1 S. 1 SGB IV). Diese Form der Kontenführung bietet die Möglichkeit einer Kapitalmarktanlage der Guthaben. Hinzu kommt, dass nach § 7d Abs. 3 S. 2 Nr. 1 SGB IV der Aktienanteil und damit das Wertsteigerungspotential über die gesetzliche Grenze (20%) des § 7d Abs. 3 S. 1 SGB IV hinaus erhöht werden kann. Eingestellt werden können grundsätzlich nicht nur etwaige Überstunden, also Zeit, die in Geld umgesetzt wird, sondern auch Entgeltbestandteile. Allerdings ist hier zu beachten, dass bei einer späteren Inanspruchnahme nur solche Zuführungen zu einer Arbeitsfreistellung führen können, die ihrerseits sozialversicherungspflichtig waren.

53 Hinzuweisen ist darauf, dass zumindest ein gewisses Maß an Portabilität betreffender Ansprüche besteht, als § 7 Abs. 3 S. 2 SGB IV die Möglichkeit eröffnet, etwaige vorhandene Wertguthaben auf die Deutsche Rentenversicherung Bund zu übertragen. Allerdings muss dafür ein gewisses Mindestvolumen vorliegen.

(3) Sozialkassen als Instrument im Bereich kleinerer und mittlerer Betriebe

Jedenfalls aber dort, wo wie in der Bauindustrie eine Betriebsstruktur mit kleinen oder mittleren Unternehmen bei gleichzeitig hoher Fluktuation von Arbeitnehmern dominiert, sind Sozialkassen wohl das einzige realistische Mittel eines nachhaltigen Anspruchsaufbaus, es sei denn, man verortet diesen unmittelbar bei den Sozialversicherungsträgern.

(4) Sozialkassen als Instrument für Branchen mit hoher Personalfuktuation

Dass Sozialkassen gerade auch dann, wenn es in Branchen zu einer hohen Personalfuktuation kommt, ein besonders taugliches Instrument für einen langfristigen Aufbau von Ansprüchen sind, beweisen die Urlaubskassen in der Praxis nachdrücklich, auch wenn sie in erster Linie umlagefinanziert sind. Aber mit der Zusatzversorgungskasse besteht ein System, das aufzeigt, dass auch sehr langfristig angelegte Leistungsbeziehungen erfolgreich abgewickelt werden können.

(5) Ausbau des SIKO-Flex

Im Grunde genommen wäre für eine Erweiterung auf ein Lebensphasenarbeitszeitmodell lediglich ein Ausbau des in § 1.42 BRTV bestehenden Kontenmodells erforderlich. So könnte ein Teil der in das Konto einfließenden Stunden automatisch in ein Langzeitkonto umgebucht werden. Dass dabei aus Gründen des Gesundheitsschutzes Grenzen gezogen werden müssen, versteht sich von selbst. Aber im Kern ließen sich tarifvertragliche Langzeit- oder Lebensarbeitszeitkonten durchaus mit solchen flexiblen Modellen verbinden. Vor allem in Hochkonjunkturphasen ließe sich damit auch, ggf. auf Grundlage eines Einverständnisses der Sozialpartner, befristet ein zusätzliches Arbeitsvolumen generieren, indem Plusstunden in das Langzeitkonto überführt werden.

2. Rechtliche Herausforderungen

Zweifelsohne würde ein System wie das hier geschilderte leichter zu akzeptieren sein, wenn alle Arbeitgeber – sozusagen wettbewerbsneutral – in die entsprechenden Sozialkassen einzahlen.⁵⁴ Eine Allgemeinverbindlicherklärung wäre daher für die verbreitete Akzeptanz auf Arbeitgeberseite kaum verzichtbar.

Damit ist man aber bei den rechtlichen Herausforderungen eines solchen Modells. Denn die erleichterten Voraussetzungen für eine Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 Abs. 1a TVG greifen bei Lebensarbeitszeitkonten nicht. Hier wäre ein Nachsteuern des Gesetzgebers wünschenswert, wie es überhaupt bedenkenswert erschiene, die Vorschrift etwas offener zu gestalten.

Zudem lässt sich, jedenfalls nach der gegenwärtigen Fassung des § 5 Abs. 1a TVG, ein Tarifvertrag wohl nur hinsichtlich der Regelungen für allgemeinverbindlich erklären, die die gemeinsame Einrichtung betreffen.⁵⁵ Andere mit den nach § 5 Abs. 1a TVG integral verbundene Normen müssen hingegen über § 5 Abs. 1 TVG für allgemeinverbindlich erklärt werden. Es erscheint aber gerade dann sinnvoll, eine Allgemeinverbindlicherklärung als Ganzes nach § 5 Abs. 1a TVG zuzulassen, wenn wie bei den hier geschilderten Langzeitarbeitskonten die Regelungen zur gemeinsamen Einrichtung nur Sinn ergeben, wenn sie mit anderen Arbeitsbedingungen verknüpft werden.⁵⁶ Das Verfahren zum Erlass einer Allgemeinverbindlicherklärung wäre damit deutlich erleichtert und vereinfacht.

Insgesamt scheinen damit jedenfalls in bestimmten Wirtschaftssektoren Möglichkeiten zu bestehen, das Sozialkassenmodell für die Gestaltung der modernen Arbeitswelt fruchtbar zu machen. Das gilt jedenfalls, soweit es die Arbeitszeit betrifft.

3. Qualifizierung als Gegenstand von Sozialkassen

Damit komme ich zur Qualifizierung. Auch mit Blick auf die Qualifizierung gibt es bereits vielfältige tarifvertragliche Regelungen. Soweit es die Anspruchsseite betrifft, sind diese sicherlich eigenständig leistungsfähig. Auf eine enge Verknüpfung mit den soeben geschilderten Tarifverträgen sei hier aber hingewiesen. Sie ergibt sich daraus, dass etwa in den eingangs geschilderten Tarifverträgen der Metallindustrie eine Entnahme aus Langzeitkonten auch für Qualifizierungsmaßnahmen möglich ist. Dass Sozialkassen für die Sicherung einer hinreichenden Qualifizierung von Fachkräften eine wichtige Rolle übernehmen können, zeigen die bereits existenten tarifvertraglichen Regelungen

54 BAG, 21. 3. 2018 – 10 ABR 62/16 – NZA-Beil. 1/2018, 8, 24; dazu ausf. Ulber, NZA-Beil. 1/2018, 3.

55 BAG, 21. 3. 2018 – 10 ABR 62/16 – NZA-Beil. 1/2018, 8, 24 f.; krit. Ulber, NZA-Beil. 1/2018, 3, 6 f.

56 Ulber, NZA-Beil. 1/2018, 3, 6 f.

im Bereich der Ausbildung.⁵⁷ Das Ausbildungsverfahren leistet nicht nur einen Beitrag zur Stabilisierung des Arbeitsmarkts, sondern wirkt einem Fachkräftemangel entgegen. Diese sozialpolitische Aufgabe sollte angesichts der bereits geschilderten demographischen Entwicklung und der gegenwärtigen Arbeitsmarktlage nicht unterschätzt werden.⁵⁸ Insofern ergeben Sozialkassen als Akteure im Bereich der Qualifizierung also wiederum dann Sinn, wenn in einzelnen Branchen die Finanzierungslasten einer Qualifizierungsmaßnahme – und zwar sowohl, was die Kosten der Maßnahme als auch die hierfür erforderliche Freistellung angeht – ein Stück weit auf die gesamte Branche verteilt werden. Dass dadurch die Abwanderung in andere Branchen nicht vermieden werden kann, kann nicht bestritten werden. Das ist aber kein Argument gegen die Weiterbildung, sondern erfordert Konzepte dafür, wie qualifiziertes Personal in einer Branche gehalten werden kann. Es ist nicht fernliegend, dass dafür auch Möglichkeiten zur Qualifizierung Anreize bieten können.

Allerdings stoßen Tarifverträge zu gemeinsamen Einrichtungen im Moment auf ein rechtspolitisch kaum verständliches Hindernis. In § 5 Abs. 1a Nr. 3 TVG wird die Allgemeinverbindlicherklärung von Sozialkassentarifverträgen zwar hinsichtlich der »Vergütung der Auszubildenden oder der Ausbildung in überbetrieblichen Bildungsstätten« erleichtert. Die Weiterbildung fehlt allerdings in der Vorschrift.⁵⁹ Diese gesetzgeberische Unterlassung führt dazu, dass derartige Regelungen nur nach § 5 Abs. 1 TVG für allgemeinverbindlich erklärt werden können. Das macht derartige tarifvertragliche Regelungen nicht unmöglich, erschwert sie aber doch nicht unerheblich. Vor allem ist aber angesichts der erheblichen Herausforderungen, die die Weiterbildung und Weiterqualifizierung in den nächsten Jahren sozialpolitisch haben wird, ein Nachsteuern des Gesetzgebers angezeigt. Angesichts der potentiellen Umwälzungen auf dem Arbeitsmarkt sollten die Sozialpartner hier eher deutlich größere Spielräume eingeräumt bekommen.

VII. Rechtliche Risiken und Nebenwirkungen

Nun muss eine solche bislang recht optimistische Betrachtung freilich auch die Grenzen der Möglichkeiten tarifvertragsgestützter Systeme dieser Art in den Blick nehmen.

Damit sind wir wieder bei der Tarifautonomie. Sie wird gegenwärtig sehr stark als mitgliederbasierte und damit mitgliederorientierte Gestaltungsoption gesehen. Diese Sichtweise führt aber ganz zwangsläufig dazu, dass ihr die Aufgaben der Bewältigung der Probleme der modernen Arbeitswelt nicht exklusiv und nur ausschnitthaft zugewiesen werden können und der Gesetzgeber zum Handeln aufgefordert ist.

Soweit es die Arbeitnehmerseite betrifft, sind Gewerkschaften nicht den Arbeitnehmern, sondern ihren Mitgliedern verpflichtet und das sollte gerade bei Sonderbedürfnissen spezifischer Personengruppen berücksichtigt werden. Knappe Ressourcen führen zu Verteilungskämpfen und diese gehen selten zugunsten von Minderheiten aus. Am Beispiel der Arbeitszeit ist eines klar: In den nächsten Jahren werden die dargestellten gesellschaftlichen Individualisierungstendenzen bei allen Arbeitnehmern zum Wunsch nach mehr Zeitsouveränität führen. Die eingangs geschilderte Arbeitsmarktlage wird aber dazu führen, dass das Arbeitszeitvolumen, welches Arbeitgeber für die Realisierung derartiger Wünsche bereitzustellen bereit sind, begrenzt ist. Während der Gesetzgeber in dieser Situation ohne weiteres punktuell besonders schutzbedürftige Personen adressieren bzw. solche mit spezifischen Sonderbedürfnissen privilegieren kann, wird das Mitgliederverbänden deutlich schwerer fallen. Darauf muss das Recht eine Antwort geben, die – ohne dass das hier vertieft werden kann – in einem ausgebauten Diskriminierungsschutz liegen kann. Jedenfalls der Gesetzgeber muss aber dafür sorgen, dass die Flexibilisierungspotentiale bei der Arbeitszeit vorrangig Personen zur Verfügung gestellt werden, die aufgrund ihrer familiären, sozialen oder gesundheitlichen Lage ihr Erwerbspotential nicht (mehr) ausschöpfen können. Die Volumina, die nach der Befriedigung dieser Bedürfnisse noch für eine Arbeitszeitreduzierung zur Verfügung stehen, können dann für alle Arbeitnehmer zur Verfügung gestellt werden. Die Tarifpolitik kann für eine solche Vor-

57 Vgl. §§ 19, 24 BBTv, abrufbar unter https://www.soka-bau.de/fileadmin/user_upload/Dateien/Arbeitgeber/tarifvertrag_bbtv.pdf (1.5.2019); Klein, AuR 2017, 48; 60% der Ausbildungskosten werden finanziert. Davon gehen rund 2/3 an die Betriebe. Das sind rund 30.000 € bei einer dreijährigen Ausbildung (insg. 300 Mio. € pro Jahr); vgl. zu den Zahlen Soka-Bau, Berufsausbildung in der Bauwirtschaft, S.9, abrufbar unter: http://www.soka-bau.de/fileadmin/user_upload/Dateien/Arbeitgeber/berufsausbildung_bauwirtschaft.pdf (25.3.2019).

58 Ulber, Ausschuss-Drs. 18(11)1097, S.33.

59 Däubler, TVG-Lakies (Fn. 4), § 5 Rn. 125 Fn. 321.

gehensweise aber aufgrund ihrer Mitgliederzentriertheit keine Gewähr bieten. Um es überdeutlich zuzuspitzen: Es kann nicht sein, dass ein Teilzeitantrag von Elternteilen zum Zwecke der Betreuung zurückgewiesen wird, weil ein 50-jähriger alleinstehender Gutverdiener am Freitag lieber Sport machen möchte als zu arbeiten und durch seinen Teilzeitantrag das zur Verfügung stehende Volumen für eine Arbeitszeitreduzierung beim Arbeitgeber »verbraucht« hat. Sind die ersteren Bedürfnisse erfüllt, besteht für letzteres aber auch kein Hinderungsgrund. Das Bedürfnis nach Freizeit ist in diesen Fällen nicht absolut, sondern nur relativ nachrangig. Sollten Tarifverträge Schule machen, die das nicht abbilden und insbesondere die Bedürfnisse von Teilzeitbeschäftigten nicht adäquat berücksichtigen, ist der Staat – und der Begriff ist hier mit Bedacht umfassend gewählt – gehalten einzuschreiten.

VIII. Fazit

Damit komme ich zum Schluss. Begreift man die in Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Regelungsbefugnisse nicht als Destruktivanordnung gegenüber der Arbeitsgesetzgebung, sondern als ein Kooperationsverhältnis von Gesetzgeber und Sozialpartnern, so liegen darin große Potentiale. Die Gestaltung der modernen Arbeitswelt ist keine Aufgabe, die Sozialpartner oder staatliche Gesetzgebung allein bewältigen könnten. Sie bedarf eines Zusammenwirkens und der Kooperation aller Akteure.

Es zeigt sich, dass eine Vielzahl von tarifvertraglichen Instrumenten zur Gestaltung der modernen Arbeitswelt längst zur Verfügung steht. Möglicherweise sind aber die Rahmenbedingungen für ihren Gebrauch noch verbesserungsfähig. Das betrifft zweifelsohne Maßnahmen zur Stärkung der Tarifbindung und der mitgliedschaftlichen Legitimation von Tarifverträgen.

Es betrifft aber gerade auch solche Instrumente, die einen eher langfristigen Finanzierungshorizont haben. Langfristig müssen Arbeitszeitsouveränität und Qualifizierung von Arbeitskräften als zentrale tarifpolitische Handlungsfelder vom Gesetzgeber begleitet werden. Hier sind Fortschritte mit Blick auf das Gesetz zur Brückenteilzeit ebenso zu erkennen wie durch die Tarifverträge zur sog. kurzen Vollzeit. Wünschenswert wäre aber, dass hier weitere Schritte gegangen werden, um die darin liegenden Potentiale auch für kleinere Betriebsstrukturen wirtschaftlich tragfähig und umsetzbar zu machen. Davon würden Beschäftigte wie Arbeitgeber profitieren. In Teilbereichen könnte hier das Sozialkassenmodell ein gangbarer Weg sein.

Und auch im Bereich der Qualifizierung von Arbeitskräften sind positive Entwicklungen, gerade durch das Qualifizierungschancengesetz, zu verzeichnen. Genau hier könnte der Gesetzgeber aber, ohne sich einen Zacken aus der Krone zu brechen, noch etwas mehr tun. Denn § 5 Abs. 1a Nr. 3 TVG um die Kategorie Weiterbildung und Qualifizierung zu erweitern, dürfte in der heutigen Zeit kein allzu brisanter Vorgang sein.