

# Soziales Recht

Wissenschaftliche Zeitschrift  
für Arbeits- und Sozialrecht

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



in Zusammenarbeit mit



## Abhandlungen

- Der Schutz der Vereinigungsfreiheit durch die Europäische Sozialcharta**  
*Monika Schlachter* ..... Seite **77**
- Sozialrecht und selbstbestimmte Erwerbsbiographien**  
*Felix Welti* ..... Seite **92**
- Selbstbestimmte Erwerbsbiographie und Arbeitsmarktpolitik – das Recht auf Weiterbildung nach dem Arbeitsförderungsrecht**  
*Sabine Knickrehm* ..... Seite **102**
- Arbeitsrecht und Arbeitsgerichtsbarkeit im Fokus der Politologie**  
*Ingrid Schmidt* ..... Seite **109**

## Rezensionsaufsätze

- Jean-Marc Thouvenin und Anne Trebilcock, Droit international social. Droits économiques, sociaux et culturels**  
*Tobias Stoll* ..... Seite **113**

- Zusammenfassungen (Abstracts) / Vorschau** ..... Seite **118**

# Der Schutz der Vereinigungsfreiheit durch die Europäische Sozialcharta

Prof. Dr. Dr. h.c. Monika Schlachter, Universität Trier

## I. Der Schutzmechanismus der Sozialcharta: vom »zahnlosen Tiger« zur »Unteilbarkeit von Menschenrechten«

Die Europäische Sozialcharta<sup>1</sup>, im Jahre 1961 als Komplementärinstrument zur Europäischen Menschenrechtskonvention geschaffen, soll den Bürgern der Vertragsstaaten den Schutz sozialer Rechte gewährleisten, die vom Anwendungsbereich der EMRK bewusst<sup>2</sup> ausgenommen worden waren. Der Europarat hat die EMRK zum Schutz bürgerlicher und politischer Rechte mit effektiven Durchsetzungsmechanismen versehen. Die Sozialcharta ist demgegenüber im Wesentlichen auf freiwillige Befolgung angelegt: Die dem Europarat angehörenden Staaten sind zur Ratifizierung der Sozialcharta nicht verpflichtet; wenn sie sich dazu entschließen, können sie sich aus der Charta diejenigen Rechte auswählen, die sie als für sich verbindlich anerkennen wollen, sofern sie die vorgeschriebene Mindestzahl gewährleisten<sup>3</sup>. Die als verbindlich akzeptierten Rechte werden vom jeweiligen Staat durch Gewährleistungen des nationalen Rechts verwirklicht. Unmittelbar auf die Sozialcharta berufen kann sich ein Bürger also nur, falls das nationale Recht ihr unmittelbare Wirkung zuerkannt hat. In anderen Staaten können sie eine Schutzwirkung zugunsten Einzelner nur insoweit entfalten, wie sie von nationalen Gerichten zur Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe herangezogen werden.

Völkerrechtliche Pflichten sind die Staaten durch die Ratifizierung der Sozialcharta den anderen Beitrittsstaaten gegenüber allerdings unbestritten eingegangen. Ob sie diese erfüllen, kann in den meisten Fällen nur anhand einer Prüfung von Staatenberichten festgestellt werden: Das Ministerkomitee des Europarats wählt einen unabhängigen Expertenausschuss aus 15 Mitgliedern (European Committee of Social Rights, ECSR)<sup>4</sup>, der in jährlichen sog. »Conclusions« den Stand der Umsetzung und tatsächlichen Anwendung der ratifizierten Artikel aus der Sozialcharta anhand der Staatenberichte überprüft<sup>5</sup> und damit die Beachtung oder gegebenenfalls Nichtbeachtung ratifizier-

ter Verpflichtungen feststellt, Teil IV Art. 24 ESC (rev.). Das Ergebnis dieser Überprüfung wird veröffentlicht<sup>6</sup> und europaratsintern über einen Regierungsausschuss an das Ministerkomitee weitergeleitet, das über den etwaigen Ausspruch von Empfehlungen<sup>7</sup> an den betroffenen Unterzeichnerstaat entscheidet, Teil IV Art. 27, 28 ESC (rev.). In dieser negativen Publicity besteht die einzige direkte Rechtsfolge der Feststellung einer Rechtsverletzung. Freilich kann der Europarat deren Medienwirksamkeit noch verstärken, wenn er dem betroffenen Staat gegenüber eine förmliche Beanstandung ausspricht.<sup>8</sup> Das für die Vorbereitung solcher Beschlüsse zuständige Gremium, der Regierungsausschuss, entscheidet nach politischen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten, ob er dem Ministerkomitee einen konkreten Fall zum Ausspruch einer Beanstandung vorschlagen soll, Teil IV Art. 27 ESC (rev.). Auch wenn dieses Mittel eingesetzt wird, wird dadurch eine über die Publizitätswirkung hinausgehende Sanktion allerdings nicht geschaffen.

Nach dem ersten Eindruck scheint der von der Sozialcharta erreichte Schutzmechanismus also wenig effizient. Die Richterin am EGMR, *Angelika Nußberger*, hat dies in

1 European Social Charter v. 18.10.1961 und European Social Charter revised v. 3.5.1996.

2 *Bates*, The Evolution of the European Convention on Human Rights, from its inception to the creation of a permanent court of human rights, Oxford 2010.

3 Gemäß Teil III Art. A (1) (b) der revidierten Sozialcharta müssen ratifizierungswillige Staaten mindestens sechs der Kernbestimmungen der ESC anerkennen, dh. der Bestimmungen der Art. 1, 5, 6, 7, 12, 13, 16, 19 und 20. Zudem müssen sie so viele Artikel oder bezifferte Absätze insgesamt anerkennen, dass mindestens 16 Artikel oder 63 nummerierte Absätze erreicht werden, vgl. Teil III Art. A (1) (c) ESC (rev.).

4 Teil IV Art. C ESC (rev.) verweist für den Überwachungsmechanismus auf die gültige Fassung in Form des Turiner Änderungsprotokolls. Maßgeblich für die Wahl und Zusammensetzung des »European Committee of Social Rights« ist hier Art. 25.

5 *Birk*, European Social Charter, 1. Aufl., Alphen aan den Rijn 2007, S. 483 ff.

6 [www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/ConclusionsIndex\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/ConclusionsIndex_en.asp) (19.8.2013).

7 Vgl. die Empfehlung an Deutschland, das Streikrecht an Conclusions XIII-4 zu Art. 6 Abs. 4 ESC anzupassen, Recommendation No. R ChS (98) 2, 4.2.1998.

8 *Birk* (Fn. 5), S. 494 f.

ihrem Vortrag auf dem europarechtlichen Symposium des BAG in der Beschreibung zusammengefasst, es handele sich um einen »zahnlosen Tiger«.<sup>9</sup> Der damit vermittelte Eindruck von Harmlosigkeit beschreibt aber dennoch kein vollständiges Bild: Zum einen ist das »naming and shaming« als Instrument an sich schon lästiger für die betroffenen Staaten als die fehlende Durchsetzbarkeit signalisiert. Die Missachtung internationaler Standards wird heute kaum noch als offiziell praktizierte Politik vertreten; ein offensichtlicher Widerspruch zwischen dem verbal formulierten Anspruch auf Achtung der Menschenrechte und der gelebten Praxis wird unter diesen Umständen auch öffentlich wahrgenommen und ist entsprechend rechtfertigungsbedürftig. Das gilt umso mehr, wenn die Feststellung einer Verletzung akzeptierter Mindeststandards nicht von einem politischen Gegner stammt, dessen Glaubwürdigkeit angegriffen werden kann, sondern von einem auf Neutralität verpflichteten, international besetzten Expertengremium.

Darüber hinaus ist die Durchsetzung der Sozialcharta aber auch durch die Entwicklung gemeinsamer internationaler Auslegungsstandards verstärkt worden, die sich auf der Ebene des Europarats bei der Interpretation der Menschenrechtskonvention und der Sozialcharta ebenso auswirkt wie bei der EU-Grundrechtecharta, die auf beide Instrumente des Europarats verweist. Diese Entwicklung vollzieht auf der Ebene der Rechtsanwendung nach, was in politischen Statements<sup>10</sup> auch früher bereits unter dem Stichwort der »Unteilbarkeit von Menschenrechten« proklamiert worden ist:<sup>11</sup> Die wirtschaftlichen und sozialen Rechte, deren Garantie international typischerweise von der der bürgerlichen und politischen Rechte abgekoppelt und mit besonderen Umsetzungsbedingungen versehen wurde, lassen sich von diesen tatsächlich nicht überschneidungsfrei trennen; das eine ist ohne das andere nicht zu erreichen.

Das hat auch einen naheliegenden rechtstechnischen Grund: Menschenrechte lassen sich immer weniger sauber in beide Kategorien aufteilen.<sup>12</sup> In der Rechtsanwendung stellt sich oftmals heraus, dass sich Überschneidungsbereiche zwischen Gewährleistungen herausbilden, die ursprünglich verschiedenen Kategorien zugeordnet worden waren. Manche werden erst deutlich, wenn der Bedeutungsgehalt von Rechten an geänderte tatsächliche Umstände durch Auslegung angepasst wird.<sup>13</sup> Ein Beispiel hierfür bilden die europäischen Entwicklungen im Recht der Vereinigungs-, Koalitions- und Arbeitskampffreiheit: Wenn

Gewerkschaften in den Schutzbereich der Vereinigungsfreiheit aus Art. 11 Abs. 1 EMRK ausdrücklich einbezogen sind, warum sollten sie dann nur in ihrem Recht auf Lobbyismus geschützt sein und nicht in ihrer Kernkompetenz, den Kollektivverhandlungen? Ein wesentliches Anliegen von Beschäftigten, die sich zu Koalitionen zusammenschließen, ist gerade die verbesserte Durchsetzbarkeit ihrer wirtschaftlichen und sozialen Interessen durch Kollektivverhandlungen und den Abschluss von Tarifverträgen. Dass das Recht auf Kollektivverhandlungen durch Art. 5 und 6 der Sozialcharta gewährleistet ist, ist kein zwingendes Argument dafür, es aus dem Gewährleistungsgehalt der Vereinigungsfreiheit auszuschließen.<sup>14</sup> Werden Kollektivverhandlungen aber auch von der EMRK gewährleistet, erstreckt sich der Schutz dann auch auf die »Verteidigung der Mitgliederinteressen« durch Arbeitskampf? Auf der Grundlage solcher Diskussionen um Umfang und Grenzen sozialer Rechte wird ein Überschneidungsbereich zwischen bürgerlichen und sozialen Rechten entwickelt, den die Mitgliedstaaten des Europarats nicht eingeplant hatten, als sie die Vereinigungsfreiheit der Menschenrechtskonvention, die Kollektivverhandlungen und das Arbeitskampfrecht aber der Sozialcharta mit ihren ganz unterschiedlichen Rechtsdurchsetzungsmechanismen zugeordnet haben. Stehen nun die Rechtsanwendungsorgane vor dem Problem, dass sich in konkreten Streitfällen keine eindeutige Trennlinie zwischen beiden Kategorien ziehen lässt, bemühen sie sich zumindest um die Vermeidung widersprüchlicher Auslegungsergebnisse.

Internationale Überwachungsorgane haben zunehmend auf den Unteilbarkeitsanspruch reagiert und sich durch wechselseitige Inbezugnahme ihrer Auslegungsergebnisse

9 RdA 2012, 270, 271.

10 Die Präambel zur ESC (rev.) verweist auf dieses Regelungsziel der Neufassung der Sozialcharta von 1996 ausdrücklich: »Unter Hinweis darauf, dass die am 5.11.1990 in Rom abgehaltene Ministerkonferenz über Menschenrechte die Notwendigkeit betonte, einerseits die Unteilbarkeit aller Menschenrechte, seien es bürgerliche, politische, wirtschaftliche, soziale oder kulturelle Rechte, zu bewahren und andererseits die Europäische Sozialcharta mit neuem Leben zu erfüllen«.

11 Zur Diskussion: *Meron*, *American Journal in International Law* 1982, Vol. 76, 754, 757.

12 Vgl. den Wortlaut der Bestimmungen zum Schutz der Vereinigungsfreiheit in Art. 11 Abs. 1 EMRK und Art. 5 S. 1 ESC.

13 Ausführlich zur Entwicklungsgeschichte: *Harris/O'Boyle/Warbrick*, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2. Aufl., Oxford 2009, S. 515, 536.

14 EGMR, 9.10.1979, Series A No. 32 (*Airey v. Ireland*): »The mere fact that an interpretation of the Convention may extend into the sphere of social and economic rights should not be a decisive factor against such an interpretation«.

und Argumentationsansätze einer Entscheidungskonvergenz<sup>15</sup> angenähert. Es dient typischerweise der Verstärkung der eigenen Auslegungsergebnisse, deren Überzeugungskraft erhöht wird, wenn sie auch von anderen internationalen Institutionen geteilt werden.<sup>16</sup> Zugleich erhöht diese Methode aber auch die Sichtbarkeit dieser Rechtsquellen und der Spruchpraxis ihrer Überwachungsorgane. Auch Rechtsordnungen, die internationalen sozialen Rechten innerstaatlich keine unmittelbare Anwendung verleihen, werden dadurch auf deren Bedeutung für die Auslegung auch des nationalen Rechts<sup>17</sup> regelmäßig hingewiesen. Als anschauliches Beispiel hierfür können die jüngeren Entscheidungen des EGMR zur Gewährleistung des Streikrechts als Bestandteil der Vereinigungsfreiheit dienen.<sup>18</sup> Mit der bislang ausführlichsten Stellungnahme zur Methodik der Auslegung internationaler Übereinkommen hat der EGMR argumentiert, dass die Berücksichtigung von Auslegungsergebnissen, die internationale Überwachungsgremien bei der Interpretation entsprechender Rechte aus ihrem jeweiligen Zuständigkeitsbereich erzielt haben, für die Interpretation der Menschenrechtskonvention geboten ist.<sup>19</sup> Auch wenn dieser methodische Ansatz kritisiert wurde,<sup>20</sup> ändert dies an seiner Maßgeblichkeit nichts,<sup>21</sup> da er letztlich nur die theoretische Reflektion einer auch bislang schon verbreitet geübten Praxis<sup>22</sup> repräsentiert. Der Gerichtshof argumentiert, dass die Interpretation der EMRK als »living instrument« sich entsprechend den Problemen der Gegenwart fortentwickeln müsse. Ihre Auslegung auf dem historischen Stand der Konventionsverabschiedung festzuschreiben, müsse sie mittelfristig um jede Relevanz bringen. Die Fortentwicklung müsse das berücksichtigen, was auf internationaler Ebene den aktuellen Stand repräsentiert. Die Quellen, die hierbei herangezogen werden, bilden unter anderem die einschlägigen Übereinkommen der ILO und die Europäische Sozialcharta.<sup>23</sup>

Die wachsende Bedeutung dieser Konvergenz bei der Auslegung ist dabei keineswegs eine Erfindung der Gerichte. Allerdings ist die verwendete Methodik durch ihre Betonung in solchen Grundsatzentscheidungen ins Zentrum der juristischen Aufmerksamkeit gerückt. Doch auch auf der Ebene der Gesetzgebung, dh. der Formulierung des Textes der jeweiligen Verträge und Übereinkommen, wird diese Konvergenz praktiziert. Als Beispiel kann das ILO-Übereinkommen Nr. 158 über die Beendigung von Arbeitsverhältnissen herangezogen werden, das für die Entwicklung weiterer internationaler Instrumente Vorbildfunktion

übernommen hat:<sup>24</sup> Art. 24 ESC (rev.) hat sich, wie bereits die sprachliche Fassung deutlich macht, an diesem Übereinkommen orientiert; der »explanatory report« zur revidierten Sozialcharta weist darauf auch ausdrücklich hin. Auf Art. 24 ESC (rev.) nimmt wiederum Art. 30 der EU-Grundrechtecharta Bezug, wie die Erläuterungen zu dieser Vorschrift belegen.<sup>25</sup> Daher kann der Inhalt dieses Rechts durchaus auch anhand seiner Ausprägung in den beispielgebenden internationalen Instrumenten konkretisiert werden.<sup>26</sup> Bereits bei der Abfassung grundlegender internationaler Rechte herrscht mittlerweile folglich das Verständnis vor, dass es einen abkommensübergreifenden allgemein akzeptierten Standard gibt,<sup>27</sup> der bei Rechtsentwicklung und Rechtsanwendung nicht unterschritten werden soll. So verlangt etwa Art. 52 Abs.3 GRC, dass die GRC-Grundrechte so ausgelegt werden müssen wie der EGMR etwaige Parallelbestimmungen der EMRK interpretiert.<sup>28</sup> Für die ESC, deren Durchsetzung von der öffentlichen Aufmerksamkeit für soziale Standards abhängt, folgt daraus ein potentieller Bedeutungszuwachs.<sup>29</sup>

15 Weiß, EuZW 2011, 287 spricht vom »einheitlichen Grundrechtsraum in Europa«.

16 Neubeck, Die Europäische Sozialcharta und deren Protokolle, Frankfurt a.M. 2002 (zugl. Frankfurt a.M., Diss. 2001), S. 132.

17 Vgl. etwa BAG, 10.12.2002 – 1AZR 96/02 – AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 162; 20.1.2012 – 1 AZR 611/11 – NZA 2013, 437; Bepler, FS Wißmann, 2005, S. 97, 106.

18 EGMR, 12.11.2008 – 34503/97 – NZA 2010, 269 (Demir und Baykara/Türkei), Rn. 69, 74, 85, 86; 21.4.2009 – 68959/01 – AuR 2009, 274 (Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei); vgl. dazu: Ewing/Hendy, Canadian Labour & Employment Law Journal 2009/10, Vol. 15, 161, 176, 180; Dorssemont, European Labour Law Journal 2010, 185 ff.

19 Nußberger, RdA 2012, 270, 272 f.

20 Seifert, KritV 2009, 357, 362; Weiß, EuZA 2010, 457, 467 f.

21 Schlachter, RdA 2011, 341, 345; Dieterich, FS Jäger, 2011, S. 95, 113; Fütterer, EuZA 2011, 505, 512 ff.

22 EGMR, 30.6.1993 – Nr. 16130/90 – Series A No. 264 (Sigurjonsson v. Island); 1.7.1997 – Nr. 23196/90 – Rep. 1997-IV (Gustafson v. Sweden); 6.4.2000 – Nr. 34369/97 – ECHR 2000-IV (Thlimmenos v. Greece).

23 Lörcher, AuR 2011, 88.

24 Lörcher, ZESAR 2012, 263, 265 f.

25 Erläuterungen zu Art. 30 GRC, ABl. EU C-303/17 vom 14.12.2007.

26 Bruun in: Bercusson (ed.), European Labour Law and the EU Charter of Fundamental Rights, Baden-Baden 2006, S. 337, 351; Brose, ZESAR 2008, 221, 228; Sagan, Das Gemeinschaftsgrundrecht auf Kollektivmaßnahmen, Berlin 2008 (zugl. Köln, Univ., Diss. 2007), S. 139 ff.; ablehnend dagegen Krebber, RdA 2009, 224, 235.

27 Krebber, RdA 2009, 224.

28 EuGH, 5.10.2010 – C-400/10 – Slg. 2010, I-8965 (PPU), Rn. 53; 26.2.2013 – C-617/10 – NVwZ 2013, 561 (Fransson), Rn. 44.

29 Franzen, EuZA 2011, 453, 455.

## II. Kontrolle durch Auslegung der europäischen Sozialcharta

Die Sozialcharta, die in ihrer ursprünglichen Fassung (1961) für diejenigen Unterzeichnerstaaten fort gilt, die, wie die Bundesrepublik<sup>30</sup>, die revidierte Fassung (1996) für sich nicht in Kraft gesetzt haben, besteht aus völkerrechtlichen Verträgen. Darin haben sich die Unterzeichnerstaaten wechselseitig verpflichtet, ihren Völkern die akzeptierten Rechte auch tatsächlich zu sichern.<sup>31</sup> Zur Durchsetzung dieser Verpflichtung ist ursprünglich keinerlei Klageweg etabliert worden; erst mit Errichtung des Zusatzprotokolls über ein Kollektivbeschwerdeverfahren (v. 9.11.1995<sup>32</sup>, in Kraft seit 1998) ist gegen die Staaten, die dieses Protokoll ratifiziert haben, eine Beschwerde wegen Verletzung von Rechten aus der Sozialcharta möglich. Daneben bleibt als regulärer Überprüfungsweg das Verfahren im Berichtssystem.

### 1. Verfahren im Berichtssystem

Mit Übernahme jedenfalls der geforderten Mindestzahl von Bestimmungen der Sozialcharta verpflichtet sich der Unterzeichnerstaat verbindlich, seine interne Gesetzgebung und Rechtsanwendungspraxis in Übereinstimmung mit diesen Bestimmungen zu bringen.<sup>33</sup> Zum Nachweis dessen muss regelmäßig dem Generalsekretär des Europarats ein Bericht über die Maßnahmen eingereicht werden, die zur Durchführung dieser Verpflichtung ergriffen worden sind, Teil IV Art. 21 ESC (rev.). Diese Berichte werden den nationalen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberspitzenverbänden zugeleitet, Teil IV Art. 23 ESC (rev.), die eine Stellungnahme abgeben können, falls sie das wünschen und in bestimmten Fragen eine Erläuterung oder Klarstellung für geboten halten. Diese Berichte und gegebenenfalls weitere Stellungnahmen werden von dem ECSR daraufhin überprüft, ob sie eine Erfüllung der übernommenen Verpflichtungen belegen, Teil IV Art. 24 ESC (rev.). Der ECSR nutzt weitere Informationen aus anerkannten, allgemein zugänglichen Quellen wie etwa Statistiken von Eurostat oder Feststellungen von Kommissionen der ILO oder des Europarats zur Überprüfung.

Staatenberichte sind jährlich vorzulegen, beziehen sich aber jeweils auf einen Prüfungszeitraum von vier Jahren, da jedes Mal nur eine von vier thematischen Gruppen<sup>34</sup> der Rechte aus der ESC zur Überprüfung ansteht. Diese

Entwicklung ist nicht ganz unproblematisch, da Teil IV Art. 21 ESC (rev.) eine zweijährliche Berichtspflicht ausdrücklich vorsieht. Davon ist lediglich aus praktischen Erwägungen abgewichen worden, um den Vertragsstaaten die Bürde umfangreicher Darstellungen zu erleichtern. Daraus resultierende Probleme bei der Effektivität der Überwachung sind jedoch nicht zu leugnen:<sup>35</sup> Gesetzgebung und Rechtsprechung ändern sich im Arbeitsrecht und der Sozialpolitik nicht selten kurzfristiger als in einem Vierjahreszeitraum, wodurch die Ergebnisse der Überprüfung bereits bei Erscheinen obsolet sein können. Zudem können unpräzise oder missverständliche Berichte dazu führen, dass der ECSR um Präzisierung im nächsten Bericht bitten und eine Beschlussfassung hinausschieben muss, wodurch sich der Prüfungszeitraum auf dann 8 Jahre verlängert; ein Umsetzungsdefizit bliebe sehr lange unkommentiert. Um diesem unbefriedigenden Zustand abzuhelfen, werden Reformen des Berichtssystems schon länger diskutiert, doch konnte bisher kein Einvernehmen des Regierungsausschusses erreicht werden.

Mit der Prüfungsaufgabe des ECSR ist automatisch die Kompetenz zur Auslegung der Sozialcharta verbunden. Eine etwaige Pflichtverletzung des Unterzeichnerstaates lässt sich nur feststellen, wenn der genaue Pflichteninhalt bestimmt wird. Die in der ESC mit zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffen formulierten Rechte müssen also zunächst durch Auslegung konkretisiert werden, damit eine etwaige Nichtübereinstimmung mit ihrem Regelungsgehalt festgestellt werden kann, Teil IV Art. 24 (2) ESC (rev.). Der

30 Die ESC wurde am 27.1.1965 ratifiziert, BGBl. 1964 II, S. 1262, die ESC (rev.) mittlerweile zwar gezeichnet, aber nicht ratifiziert.

31 Die Präambel zur ESC (rev.) benennt als ein Regelungsziel der Neufassung: »In der Erwägung, dass die Mitgliedstaaten des Europarats in der am 18.10.1961 in Turin zur Unterzeichnung aufgelegten Europäischen Sozialcharta und in deren Protokollen übereingekommen sind, ihren Völkern die darin angeführten sozialen Rechte zu sichern, um ihren Lebensstandard zu verbessern und ihr soziales Wohl zu fördern«.

32 ETS Nr. 158.

33 Complaint Nr. 33/2006, 5.12.2007 (International Movement ATD Fourth World v. France): »Implementation of the Charter requires State parties not merely to take legal action but also to make available resources and introduce operational procedures necessary to give full effect to the rights specified therein«.

34 Gruppe 1: employment, training and equal opportunities (Art. 1, 9, 10, 15, 18, 24, 25),  
Gruppe 2: health, social security and social protection (Art. 3, 11, 12, 13, 14, 23, 30),  
Gruppe 3: labour rights (Art. 2, 4, 5, 6, 21, 22, 26, 28, 29),  
Gruppe 4: children, families, migrants (Art. 7, 8, 16, 17, 19, 27, 31).

35 Kritisch: Lörcher, AuR 2011, 107, 112.

Europarat und seine an die Sozialcharta gebundenen Vertragsstaaten haben diese logisch vorausgesetzte Auslegungskompetenz des ECSR auch formal abgesegnet. Im Turiner Protokoll<sup>36</sup> haben sie die Kompetenzen aller an der Überwachung der Sozialcharta beteiligten Einrichtungen des Europarats verbindlich gegeneinander abgegrenzt. Danach liegt die Kompetenz zur rechtlichen Feststellung von Pflichtverletzungen allein beim ECSR. Diese Feststellungen werden anschließend an den Regierungsausschuss weitergeleitet, Teil IV Art. 27 (1) ESC (rev.), der nach Gesichtspunkten politischer Opportunität entscheidet, welche Pflichtverletzungen er dem Ministerkomitee zum Ausdruck einer förmlichen Beanstandung weiterleitet, Teil IV Art. 27 (3) ESC (rev.). Beide Gremien können sich durchaus mit politischen oder wirtschaftlichen Erwägungen dafür entscheiden, auf die festgestellten Umsetzungsmängel gar nicht zu reagieren. In diesem Falle bleibt die Veröffentlichung der Feststellungen des ECSR auf dessen Homepage die einzige Konsequenz aus der Pflichtverletzung. Das bedeutet aber nicht, dass eine fehlende Aktion von Regierungsausschuss oder Ministerkomitee die Feststellungen des ECSR aufheben oder modifizieren könnte. Lediglich auf eine weitere Sanktionierung wird (aus anderen als rechtlichen Gründen) damit verzichtet.

## 2. Verfahren im Kollektivbeschwerdesystem

Die nachträglich eingeführte Ergänzung zum Staatenberichtsverfahren bildet das Kollektivbeschwerdeverfahren.<sup>37</sup> Darin können nationale<sup>38</sup> oder internationale Verbände<sup>39</sup> von Arbeitnehmern oder von Arbeitgebern sowie internationale Nichtregierungsorganisationen<sup>40</sup> mit partizipativem Status beim Europarat Beschwerden gegen einen Unterzeichnerstaat mit der Behauptung erheben, dass er eine Bestimmung der Sozialcharta nicht oder nicht zureichend umgesetzt habe. Damit soll einerseits das Engagement der Sozialpartner bzw. Nichtregierungsorganisationen für die Umsetzung europäischer sozialer Rechte gestärkt werden, indem ihnen eine aktivere Rolle im Überwachungsmechanismus eröffnet wird. Daneben sollen aber auch Schwachstellen ausgeglichen werden, die sich bei der Anwendung des Berichtssystems gezeigt haben. Da die Umsetzungskontrolle im Berichtssystem jede Vorschrift der ESC nur einmal in vier Jahren erreicht, und auch nur mit Wirkung für die maßgebliche zeitliche Referenzperiode, kann auf aktuelle Probleme etwa im Zusammenhang

mit einer politischen oder wirtschaftlichen Krise kaum reagiert werden. Hier ist die Option eines Kollektivbeschwerdeverfahrens, das zeitnah auf bestimmte problematische Entwicklungen eingehen kann, die flexiblere Lösung.

Im Vergleich zu einer Klage vor dem EGMR bestehen jedoch auch nach Einführung dieses Beschwerdeverfahrens erhebliche Unterschiede. Während vor dem EGMR Individualbeschwerden zulässig sind, ist das im Kollektivbeschwerdeverfahren ausgeschlossen. Nur die im Zusatzprotokoll definierten Kollektivparteien sind beschwerdebefugt, und sie dürfen auch keine Individualbeschwerden anstelle der Betroffenen vorbringen, sondern müssen sich auf die Verletzung der staatlichen Pflicht zur Umsetzung der Sozialcharta stützen. Umgekehrt ist es aber auch nicht erforderlich, dass Beschwerdeführer darlegen, selbst in eigenen Rechten verletzt zu sein. Ebenso wenig ist vorausgesetzt, dass der Rechtsweg vor den nationalen Gerichten erschöpft ist. Eine beschwerdebefugte Organisation kann sich mit der Behauptung einer Verletzung der Sozialcharta unmittelbar an den Generalsekretär wenden, parallel zu oder anstatt einer Befassung nationaler Gerichte. Gerade in aktuellen Krisensituationen hat dieses Kollektivbeschwerdeverfahren also sogar Vorteile gegenüber einer Klage beim EGMR, da es nicht nur unmittelbar eingeleitet, sondern auch wesentlich schneller abgeschlossen werden kann. Weniger effektiv bleibt dagegen die Rechtsfolgenseite: Entscheidungen des ECSR im Kollektivbeschwerdeverfahren

36 Zur Bedeutung des Turiner Protokolls für die Weiterentwicklung der Sozialcharta: *Lörcher*, FS Gnade, 1992, S. 689.

37 Rechtsgrundlage ist das Zusatzprotokoll zur ESC von 1995, in Kraft seit 1998. Es wurde ratifiziert von Belgien, Bulgarien, Zypern, Kroatien, Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Italien, Norwegen, Niederlande, Portugal, Schweden und Tschechien.

38 Bei nationalen Verbänden genügt nicht, dass es sich überhaupt um Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberverbände handelt. Sie müssen zusätzlich »repräsentativ« sein, Art. 1 (c) Zusatzprotokoll, wobei sich diese Voraussetzung als autonomes Konzept für die Zwecke des Kollektivbeschwerdeverfahrens versteht. Auf den jeweiligen nationalen Repräsentativitätsbegriff kommt es daher nicht an.

39 Nach derzeitigem Stand: European Trade Union Confederation; Business Europe; International Organisation of Employers.

40 Internationale Nichtregierungsorganisationen werden beschwerdebefugt, indem sie sich beim Europarat zur Aufnahme auf eine Liste bewerben, die ihnen partizipatorischen Status verleiht, Art. 1 (b) Zusatzprotokoll. Über die Aufnahme auf diese Liste entscheidet der Regierungsausschuss beim Europarat. Maßgebliches Kriterium dafür ist, dass die antragstellende Organisation für einen bestimmten, von der Sozialcharta geregelten Bereich inhaltlich spezifische Kompetenzen aufweist, Art. 3 Zusatzprotokoll, und organisatorisch dazu in der Lage ist, die rechtlichen und tatsächlichen Umstände angemessen zu ermitteln und darzulegen, die für die Erhebung einer Kollektivbeschwerde erforderlich sind.

sind im nationalen Recht nicht vollstreckbar. Es wird lediglich erneut eine Vertragspflichtverletzung des betreffenden Unterzeichnerstaates festgestellt, und diesen Staat trifft generell die völkerrechtliche Verpflichtung, die Situation in Übereinstimmung mit der ESC zu bringen oder zu halten. Weitergehend wurde keine ausdrückliche Pflicht begründet, auf die Feststellung einer Nichtübereinstimmung mit der ESC hin die dafür verantwortlichen rechtlichen oder tatsächlichen Umstände zu ändern.

Die Kollektivbeschwerde wird vom ECSR begutachtet und beschieden (Decisions). Die Entscheidung besteht aus einem Beschluss zur Zulässigkeit und einem gesonderten Beschluss zur Begründetheit der Beschwerde; weist die Zulässigkeit keine Besonderheiten auf, können beide Teile zur gemeinsamen Entscheidung verbunden werden. Die Tatsachengrundlagen für die Entscheidungen beruhen auf Informationen beider Verfahrensbeteiligter.<sup>41</sup> Nach Weiterleitung der schriftlichen Beschwerde an den ECSR, Art. 5 Zusatzprotokoll, bittet dessen Präsident die betroffene Regierung um eine schriftliche Stellungnahme innerhalb einer gesetzten Frist, Art. 6 Zusatzprotokoll. Diese Stellungnahme wird der Beschwerdeführerin mit der Bitte um weitere Ausführungen zugeleitet, wenn dies zur weiteren Sachverhaltsklärung geeignet erscheint. Das entsprechende Material ist auf der Homepage des Europarats öffentlich zugänglich.

#### a) Entscheidung über die Zulässigkeit

Probleme bei der Zulässigkeit ergeben sich häufig bei der Beschwerdebefugnis: Stammt die Beschwerde von internationalen Nichtregierungsorganisationen, muss ihre besondere Kompetenz für den Bereich nachgewiesen werden, in dem die Rechtsverletzung behauptet wird. Die Beschwerdeführerin muss also konkret dartun, aus welchen bisherigen Aktivitäten sich diese besondere Sachkompetenz ergibt. Wird die Beschwerde von nationalen Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberverbänden eingelegt, sind keine Feststellungen zur besonderen Sachkompetenz zu treffen, wohl aber zu ihrer »Repräsentativität«. Sie wird bejaht, wenn die Voraussetzungen erfüllt werden, die Zweck der Einführung dieses Kriteriums in das Kollektivbeschwerdeverfahren waren: Das Beschwerdeverfahren wird nicht dadurch befördert, dass ein nationaler Verband in der Lage ist, Tarifverträge auszuhandeln und durchzusetzen; auf die nationalen Kriterien zur Bestimmung der Tariffähigkeit kommt es also gerade nicht an. Stattdessen muss ein Beschwerdeführer

personell, finanziell und organisatorisch in der Lage sein, ein Kollektivbeschwerdeverfahren vorzubereiten und zu betreiben. Auf Kriterien wie Mitgliederzahl, Finanzkraft oder Verfügbarkeit rechtlicher Ressourcen kann es also durchaus ankommen. Betrifft die Beschwerde einen Gegenstand aus dem kollektiven Arbeitsrecht, kann auch eine bestehende eigene Erfahrung mit der Beteiligung am jeweiligen Kollektivsystem in Betracht gezogen werden.

Auf der anderen Seite werden Beschwerden ohne weitere Befassung der beteiligten Parteien unmittelbar für unzulässig erklärt, wenn sie offensichtliche Mängel enthalten. Dazu zählt etwa, wenn sie gegen einen Staat gerichtet sind, der das Kollektivbeschwerdeverfahren nicht akzeptiert hat, oder sich auf eine Bestimmung der ESC stützen, die dieser Staat nicht akzeptiert hat, oder von einer internationalen Nichtregierungsorganisation erhoben wurde, die nicht auf der maßgeblichen Liste des Europarats verzeichnet ist. Demgegenüber können andere häufig vorgebrachte Einwände die Zulässigkeit nicht hindern: Weder ist die Beschwerdeführerin verpflichtet, den innerstaatlichen Rechtsweg vorab zu erschöpfen, noch hindert die Erhebung einer Klage zu einem vergleichbaren Gegenstand vor einem nationalen oder internationalen Gericht die parallele Befassung des ECSR. Ebenso wenig ist die Zulässigkeit dadurch automatisch ausgeschlossen, dass die gerügte Verletzung einer Bestimmung der ESC bereits im Berichtsverfahren festgestellt oder in einer früheren Kollektivbeschwerde vorgebracht worden ist.<sup>42</sup> In beiden Fällen können sich Veränderungen im rechtlichen oder tatsächlichen Bereich ergeben haben, die eine Neubewertung und -beurteilung durch den ECSR rechtfertigen. In einem Kollektivbeschwerdeverfahren sind stets so verschiedene Anwendungsfälle betroffen, dass keine Vermutung für einen identischen Prüfungsgegenstand besteht.

#### b) Entscheidung über die Begründetheit

Auch die Entscheidung über die Begründetheit beruht auf den Tatsachen, die die Verfahrensbeteiligten in ihren Stellungnahmen beigebracht haben. Zusätzlich sind die Regierungen derjenigen Staaten, die das Kollektivbeschwerdeverfahren akzeptiert haben, zur Abgabe solcher

<sup>41</sup> Zu den förmlichen Voraussetzungen und notwendigen Inhalten der Beschwerde vgl.: Brillat, La Semaine Juridique – Édition Social 2007, Nr. 22, S. 9, 11 f.

<sup>42</sup> Complaint Nr. 49/2008, Decision on Admissibility v. 23.9.2008 (International Centre for the Legal Protection of Human Rights v. Greece), Abs. 7.

Stellungnahmen in jedem Verfahren berechtigt, Art. 7 (1) Zusatzprotokoll, wenn sie auf bestimmte Aspekte, die für ihr jeweiliges Rechtssystem bei der Auslegung des fraglichen Artikels wichtig sind, im Vorfeld einer Sachentscheidung besonders hinweisen wollen. Auch internationale Nichtregierungsorganisationen oder internationale Sozialpartnervereinigungen können eine Stellungnahme abgeben, falls die Beschwerde von einer nationalen Organisation erhoben worden ist, Art. 7 (2) Zusatzprotokoll. Diese Stellungnahmen sollen eine Entscheidung des ECSR auf möglichst umfassender Informationsgrundlage ermöglichen. Da eine Entscheidung, die auf der Basis von Informationen zur Sach- und Rechtslage in einem Unterzeichnerstaat getroffen worden ist, die Auslegung der maßgeblichen Bestimmung aber auch mit Wirkung für alle anderen Unterzeichnerstaaten prägt, dienen möglichst umfassende Informationen der Qualitätsverbesserung. Deshalb kann ein Berichterstatter im Beschwerdeverfahren auch weitergehende Fragen an die Verfahrensbeteiligten formulieren oder anderweitige Personen, Organisationen oder Einrichtungen vorschlagen, die der Präsident um eine Stellungnahme bitten soll. Alle Informationen und Stellungnahmen werden beiden Verfahrensbeteiligten zugeleitet und auf der Website des Europarats veröffentlicht. Insoweit ist das Kollektivbeschwerdeverfahren also durchaus »öffentlich«, obwohl es grundsätzlich als schriftliches Verfahren konzipiert ist. Stellt sich allerdings heraus, dass zur Klärung der Sachlage eine mündliche Verhandlung hilfreich sein könnte, kann sich der ECSR auch für ein »public hearing« entscheiden.

Auf der Grundlage dieser Informationen wird ein Entscheidungsentwurf erarbeitet und im Plenum beraten, bis eine (mehrheitliche oder einstimmige) Entscheidung über die behauptete Rechtsverletzung erreicht wird. Die Entscheidung wird neben den Verfahrensbeteiligten auch dem Ministerkomitee beim Europarat übermittelt; eine Veröffentlichung auf der Website erfolgt nach Reaktion des Ministerkomitees, spätestens aber vier Monate nach dieser Übermittlung; vor dieser Veröffentlichung bleibt die Entscheidung »vertraulich«. Stellt die Entscheidung eine oder mehrere Rechtsverletzungen fest, wird der Staat aufgefordert, dem Ministerkomitee diejenigen Maßnahmen zu berichten, die er zur Beseitigung der festgestellten Verletzung plant oder bereits ergriffen hat. Wird kein solcher Bericht geliefert oder beabsichtigt die betroffene Regierung, solche Maßnahmen nicht zu ergreifen, kann das Ministerkomitee darauf mit dem Ausspruch einer Empfehlung

reagieren, wenn es sich mit Zweidrittelmehrheit dafür entscheidet, Art. 9 (1) Zusatzprotokoll. In allen anderen Fällen nimmt das Ministerkomitee die Entscheidung lediglich zur Kenntnis. Der betroffene Staat bleibt verpflichtet, im Berichtssystem so lange gesondert darzustellen, welche Maßnahmen zur Beseitigung der festgestellten Rechtsverletzung getroffen worden sind, Art. 10 Zusatzprotokoll, bis der ECSR die Übereinstimmung der Situation mit den Anforderungen der Sozialcharta feststellt.

Folgewirkungen entfalten die Entscheidungen auch für solche Staaten, die das Kollektivbeschwerdeverfahren nicht ratifiziert haben, weil die Erkenntnisse, Auslegungsergebnisse und Probleme aus den Beschwerdeverfahren nachfolgend in das Berichtssystem übernommen werden. Das Überprüfungsprogramm des ECSR wird ergänzt um Fragen an alle Unterzeichnerstaaten, um deren Umgang mit den im Beschwerdeverfahren zutage getretenen Problemen zu ermitteln. Kommen dadurch vergleichbare Umsetzungsdefizite auch in anderen Staaten ans Licht, folgt für diese eine negative Feststellung im Berichts- statt im Beschwerdeverfahren.

### 3. Auslegungsgrundsätze

Nach Ansicht des ECSR soll die Sozialcharta Schutz nicht nur dadurch gewährleisten, dass die Rechtslage in den Unterzeichnerstaaten mit den Anforderungen der Charta in Übereinstimmung gebracht wird, sondern gerade auch die Rechtspraxis.<sup>43</sup> Da die Sozialcharta trotz ihres lange zurückliegenden Entstehungszeitraums auch den modernen Problemen der Jetztzeit gerecht werden muss, nutzt der ECSR bei der Auslegung die vom EGMR entwickelte Konzeption der ESC als »living instrument«<sup>44</sup>, um auf Veränderungen der Sach- und Rechtslage in den Unterzeichnerstaaten in angemessener Zeit reagieren zu können<sup>45</sup>. Dafür stützt er sich auf folgende Gesichtspunkte: Die in der Sozialcharta verwendeten Begriffe werden *autonom* ausgelegt,<sup>46</sup> auf die Art ihrer Definition in den Unterzeich-

43 Complaint Nr. 1/1998, 9.9.1999 (International Commission of Jurists v. Portugal): »The committee recalls that the aim and purpose of the Charter, being a human rights protection instrument, is to protect rights not merely theoretically but also in fact«.

44 EGMR 6.2.2003 – 46827/99 – (Mamatkolov v. Turkey).

45 EGMR 28.5.2002 – 46259/99 – (Stafford v. UK).

46 Complaint Nr. 9/2000, Decision on Admissibility, 6.11.2000 (Confédération Française de l'Encadrement v. France), Abs. 6.

nerstaaten kommt es grundsätzlich nicht an. Nur auf diese Weise lässt sich erreichen, dass ein einheitlicher Mindestschutzstandard für soziale Rechte herausgearbeitet wird, an den sich die Rechtslage in den verschiedenen Staaten allmählich angleicht. Völlig unabhängig von den Rechtsordnungen der Unterzeichnerstaaten erfolgt diese Begriffsbildung jedoch nicht, denn wenn verfügbar, werden auch *rechtsvergleichende* Erkenntnisse in diesen Prozess einbezogen.<sup>47</sup> Lässt sich ein weitverbreiteter Trend der Rechtsentwicklung in europäischen Ländern feststellen, wird dieser in Beziehung gesetzt zum Rechtsverständnis im überprüften Staat und zu der Auslegungspraxis des ECSR.

Auslegungsziel ist der Grundsatz der größtmöglichen *Effektivität* der Rechte aus der Sozialcharta, die praktisch wirksam werden und den mit ihr beabsichtigten Schutz auch tatsächlich erzielen sollen. Damit wird begründet, dass neu auftretende Probleme, die in früheren Berichtsperioden noch nicht behandelt worden sind, in das Überprüfungsprogramm aufgenommen werden. Das bisherige Verständnis des Schutzbereichs eines Artikels entfaltet keine Sperrwirkungen gegenüber Verbesserungen. Darüber hinaus bedeutet der Grundsatz der Effektivität aber auch, dass von mehreren möglichen Auslegungsergebnissen grundsätzlich demjenigen der Vorzug gegeben wird, das das betroffene Recht am umfassendsten verwirklicht.

Abgewogen wird dies gegen einen *Ermessensspielraum* der Unterzeichnerstaaten, der ihnen in verschiedenen Bestimmungen der Sozialcharta ausdrücklich zuerkannt wurde. Um den verschiedenen Entwicklungsstufen der wirtschaftlichen und sozialen Voraussetzungen der Staaten zu entsprechen, sollen sie die von der Charta vorgegebenen Schutzstandards mit den jeweils verfügbaren Mitteln erreichen, also eine graduelle Annäherung an diese Standards vornehmen. Lediglich ununterschreitbare Mindestgrenzen müssen von allen Unterzeichnerstaaten gewährleistet werden. Selbst eine akute Krisensituation berechtigt nicht dazu, gerade den schwächsten Mitgliedern der Gesellschaft den Schutz ganz zu entziehen, wenn sie ihn am dringendsten benötigen.

Zur Konkretisierung dieser Prinzipien dient der *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*: Die Unterzeichnerstaaten müssen ihre Umsetzungsmaßnahmen auch selbst auf Effektivität überprüfen, also regelmäßig eine Erfolgskontrolle vornehmen, und umso mehr Anstrengungen zur Behebung eines bestimmten Problems unternehmen, je deutlicher die Abweichung von der Erfüllung einer Verpflichtung aus der

Sozialcharta ist. Schwere, andauernde, besonders benachteiligte Gruppen treffende Rechtsverletzungen erfordern mehr Einsatz, die Zuordnung von einem größeren Anteil verfügbarer Mittel oder eine verstärkte Überwachung als geringer wiegende Abweichungen.

Weiter wird die *systematische* Interpretation herangezogen, die zunächst einmal die Sozialcharta insgesamt in den Blick nimmt. Manche ihrer Bestimmungen weisen untereinander Überschneidungsbereiche auf, so dass die Auslegung eines Rechtsbegriffs auf den Kontext aller damit verbundenen Vorschriften abstellt. In einem weiteren Schritt werden für die Auslegung andere internationale Quellen<sup>48</sup> berücksichtigt, um soweit wie möglich ein gemeinsames Mindestniveau zu erreichen.

### III. Schutz der Koalitionsfreiheit

#### 1. Die positive Koalitionsfreiheit

Art. 5 ESC<sup>49</sup> schützt nicht nur das Recht einzelner, sich auf allen Organisationsebenen mit anderen zur Verteidigung von wirtschaftlichen und sozialen Interessen zusammenzuschließen und solchen Organisationen beizutreten. Auch die Vereinigungen selbst können die Koalitionsfreiheit für sich in Anspruch nehmen. Träger der individuellen Freiheitsrechte sind nicht nur aktiv im Beschäftigungsverhältnis stehende Personen, sondern auch Pensionäre oder Arbeitslose, deren Rechte auf einem früheren Arbeitsverhältnis beruhen.<sup>50</sup> Erfasst werden grundsätzlich sowohl die Privatwirtschaft wie der öffentliche Dienst.<sup>51</sup> Ausnahmen lässt die Bestimmung lediglich für besondere Berufsgruppen zu: Art. 5 Satz 2 ESC gestattet es nationalen Normen, den Geltungsumfang der Koalitionsfreiheit für Angehörige der Polizei zu regulieren. Das gestattet es freilich nicht, Polizeikräfte vollständig vom Geltungsbereich der Vereinigungsfreiheit auszunehmen.<sup>52</sup> Im Gegenteil müssen ihnen

47 Birk, ZVglRWiss 100 (2001), 48, 55 ff.

48 Zur Koalitionsfreiheit etwa: Art. 11 EMRK; Art. 2 ILO-Übereinkommen Nr. 87; Art. 8 des UN-Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte.

49 Art. 5 ist gleichlautend in beiden Fassungen der Sozialcharta.

50 Conclusions XVII-1, Poland, S. 375.

51 Conclusions I, Statement of Interpretation on Art. 5, S. 32.

52 Complaint Nr. 11/2001, 22.5.2002 (European Council of Police Trade Unions v. Portugal), Abs. 25-26.

die zentralen Rechte ebenfalls zugestanden werden, wie etwa die Gründungs- und Beitrittsfreiheit und das Recht, Löhne und Arbeitsbedingungen auszuhandeln,<sup>53</sup> sowie der Schutz von Gewerkschaftsvertretern vor Benachteiligung im Arbeitsverhältnis. Die Ausübungsregeln, die für die Angehörigen der Polizei vorgesehen werden können, können dabei jedoch weitergehende Einschränkungen der Koalitionsfreiheit vorsehen als bei anderen Arbeitnehmern. Jede Beschränkung von Rechten steht unter dem Vorbehalt, dass sie gesetzlich vorgeschrieben und in einer demokratischen Gesellschaft erforderlich ist, Art. 31 ESC/Art. G ESC (rev.). Werden Schranken per Gesetz geregelt, kommt den Unterzeichnerstaaten entsprechend Art. 5 Satz 2 ESC ein Einschätzungsspielraum bei der Geeignetheit und Erforderlichkeit der zur Zweckerreichung notwendigen Mittel zu; an der Verhältnismäßigkeit muss sich die Einschränkung jedoch überprüfen lassen.

Großzügigere Ausnahmen gelten gegenüber den Angehörigen der Streitkräfte, die gemäß Art. 5 Satz 3 ESC in der Wahrnehmung ihrer positiven Koalitionsfreiheit weitgehend eingeschränkt oder sogar davon ganz ausgenommen werden dürfen.<sup>54</sup> Der ECSR überprüft jedoch, ob die Bediensteten, die solchen Einschränkungen unterliegen, auch tatsächlich militärische Aufgaben, und nicht etwa polizeiliche oder geheimdienstliche, erfüllen.<sup>55</sup>

#### a) Gründungs- und Beitrittsfreiheit

Die Gründungs- und Beitrittsfreiheit zu Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen ist im beschriebenen Rahmen umfassend geschützt. Unterzeichnerstaaten sind verpflichtet, diese Rechte nicht zu beeinträchtigen. Dazu gehört zunächst, die Gründung einer Koalition nicht übermäßig zu erschweren, insbesondere keine Genehmigungspflicht vorzusehen und andere organisatorische Voraussetzungen wie Anmelde- und Registrierungspflichten so auszugestalten, dass sie im Verfahrensablauf einfach und schnell durchführbar sind. Anmeldegebühren dürfen erhoben werden, sofern die Kosten dafür nicht abschreckend hoch sind, sondern nur den Umfang erreichen, der dem entstandenen Verwaltungsaufwand entspricht.<sup>56</sup> Die Registrierung kann von einer Mindestmitgliederzahl abhängig gemacht werden.<sup>57</sup> Die Organisationshoheit der Koalitionen betreffend ihre inneren Angelegenheiten ist zu gewährleisten. Es darf ihnen weder vorgeschrieben werden, wie sie ihre Finanzmittel zu verwenden haben, noch dass sie keine Ausländer zu Gewerkschaftsfunktionären machen dürfen. Bei der

Auswahl ihrer Funktionäre und ihrer Mitglieder sind die Verbände frei. Daher darf es auch keine umfassenden Einschränkungen satzungsgemäßer Disziplinarmaßnahmen gegen Mitglieder geben.<sup>58</sup> Jede Organisation kann sich frei dafür entscheiden, Mitglied in nationalen oder supranationalen Dachverbänden zu werden.<sup>59</sup> Für den Sonderfall der Polizeigewerkschaften, die generell Beschränkungen der Vereinigungsfreiheit hinnehmen müssen, werden auch hier engere Grenzen akzeptiert: Diesen Vereinigungen kann vorgeschrieben werden, sich national und international nur Dachverbänden anzuschließen, die ausschließlich Polizeiangehörige organisieren. Jedoch muss der Rechtsweg gegen etwaige Einschränkungen der Gründungs- und Beitrittsfreiheit eröffnet sein.

Wenn Gewerkschaftsmitglieder wegen ihrer Gewerkschaftszugehörigkeit im Arbeitsverhältnis benachteiligt werden, sei es bei der Einstellung, Beförderung oder Entlassung, muss das nationale Recht Kompensationsmaßnahmen vorsehen, die in einem angemessenen Verhältnis zum erlittenen Nachteil stehen.<sup>60</sup>

#### b) Betätigungsfreiheit

Die Betätigungsfreiheit ist in den Schutzbereich von Art. 5 ESC einbezogen, obwohl einige ihrer Bestandteile in Art. 6 ESC speziell geregelt sind, wie das Recht auf gemeinsame Beratungen, auf Kollektivverhandlungen, auf den Abschluss freiwilliger Vereinbarungen, auf freiwillige Schlichtungs- oder Vermittlungsverfahren zur Beilegung von Kollektivstreitigkeiten sowie das Recht auf Durchführung von Arbeitskämpfmaßnahmen. Art. 5 ESC ist konzentriert auf das Recht der Verbände, ihre Betätigung frei und unbeeinflusst von staatlichen Vorgaben zu organisieren sowie Aktivitäten durchzuführen, die der Verband zur Förderung der Interessen seiner Mitglieder für geboten hält.<sup>61</sup> Gewerkschaftsvertreter haben Zugang zum Betrieb, Versammlungen

53 Complaint Nr. 11/2001, 22.5.2001 (European Council of Police Trade Unions v. Portugal), Abs. 25-26.

54 Complaint Nr. 2/1999, 4/1999, 5/1999, 4.12.2000 (European Federation of Employees in Public Services v. France, Italy, Portugal), Abs. 27.

55 Conclusions XVIII-1, Poland, S. 633; Conclusions 2006, France, S. 302.

56 Conclusions XV-1, United Kingdom, S. 628, 683.

57 Conclusions XIII-5, Portugal, S. 172.

58 Conclusions XVII, United Kingdom, S. 512.

59 Conclusions I, Statement of Interpretation on Art. 5, S. 31.

60 Conclusions 2004, Bulgaria, S. 32.

61 Conclusions XII-2, Germany, S. 98.

dürfen durchgeführt und Werbematerial verteilt werden, soweit betriebliche Belange dadurch nicht übermäßig beeinträchtigt werden.<sup>62</sup> Auch ein Zugangsrecht externer Gewerkschaftsvertreter zum Betrieb ist grundsätzlich zu gewähren; da die Mitgliederbetreuung zu den zentralen Betätigungsrechten zählt, ist die Grenze (etwa für Tendenzbetriebe, zu denen noch keine Stellungnahme vorliegt) auch in diesem Anwendungsfall nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu bestimmen. Wenn Unternehmen die Betätigung von Gewerkschaften durch Bereitstellung von Büros oder durch besondere Freistellungszeiten für Gewerkschaftsrepräsentanten unterstützen, ist dies mit Art. 5 ESC vereinbar.

Das nationale Recht darf die Betätigungsfreiheit von Gewerkschaften in gewissem Umfang auf »repräsentative Verbände« begrenzen, soweit die anderen Verbände dadurch nicht im Kern der Betätigungsfreiheit betroffen werden,<sup>63</sup> insbesondere für ihre Mitglieder gegenüber dem Arbeitgeber oder Behörden aufzutreten und Mitglieder zu werben. Das Recht zur Beteiligung an Kollektivverhandlungen und zum Abschluss von Kollektivverträgen darf repräsentativen Verbänden vorbehalten werden, falls die rechtlichen Kriterien zur Feststellung der Repräsentativität objektiv, vorher klar festgelegt und einer gerichtlichen Kontrolle zugänglich sind.<sup>64</sup> Zusammengefasst schützen die Betätigungsrechte aus Art. 5 ESC die Gewerkschaften in ihrem Anspruch, zum Schutz und zur Förderung der Interessen ihrer Mitglieder gehört zu werden und zwar von all denjenigen Personen oder Institutionen, die Einfluss auf die Arbeitsbedingungen haben.<sup>65</sup>

## 2. Die negative Koalitionsfreiheit

Der ECSR hat die Freiheit, keiner Gewerkschaft beizutreten, grundsätzlich als einen Aspekt der Freiwilligkeit des Beitritts zu einer Koalition gedeutet.<sup>66</sup> Der Ausschuss betont den Charakter von Art. 5 ESC als Freiheitsrecht: »The freedom guaranteed by Art. 5 implies that the exercise of a worker's right to join a trade union is the result of a choice and that, consequently, it is not to be decided by the worker under the influence of constraints that rule out the exercise of this freedom«<sup>67</sup>. Die Pflicht zur Ermöglichung einer von äußeren Zwängen unbeeinflussten Entscheidung trifft den Staat. Das nationale Recht muss daher »closed shop«-Vereinbarungen in Tarifverträgen verbieten, die die Arbeitnehmer entweder vor oder nach Abschluss des Arbeitsvertrages zur Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft verpflichten. Das Gleich-

che gilt für Bestimmungen, wonach allen im Betrieb Beschäftigten automatisch Beiträge zur Finanzierung gewerkschaftlicher Aktivitäten abgezogen werden.<sup>68</sup> Dieses Auslegungsergebnis ist deswegen bemerkenswert, weil eine Bestimmung im Anhang zur ESC, die sich auf Art. 1 Abs. 2 ESC bezieht, eine Erläuterung enthält, der zufolge »diese Bestimmung nicht so auszulegen ist, dass durch sie »union security clauses« verboten oder erlaubt würden«. Dies könnte den Schluss nahelegen, dass die ESC die Frage nach der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von Vereinbarungen zum Schutz von Gewerkschaftsinteressen bewusst habe offen lassen wollen. Einem solchen Verständnis hat der ECSR aber früh widersprochen.<sup>69</sup> Auch wenn dem Recht der Arbeitnehmer, ihren Lebensunterhalt durch eine freiwillig eingegangene Beschäftigung zu sichern (Art. 1 Abs. 2 ESC), keine Aussage zur Unzulässigkeit von Einschränkungen der negativen Koalitionsfreiheit entnommen werden kann, ist dies auf die Spezialvorschrift zur Vereinigungsfreiheit nicht übertragbar. Die Freiheit zum Beitritt muss als von Zwangsmitteln unbeeinflusst gewährleistet werden.

## 3. Kollektivverhandlungen und Streitbeilegung, Art. 6 Abs. 1–3 ESC

### a) Gemeinsame Beratungen und Verhandlungen

Ohne eine scharfe inhaltliche Abgrenzung zu den Betätigungsrechten, die Art. 5 ESC erfasst, sind Beratungen, Kollektivverhandlungen und Kollektivverträge durch Art. 6 Abs. 1–3 ESC<sup>70</sup> grundsätzlich für alle Beschäftigten einschließlich der Beamten garantiert.<sup>71</sup> Art. 6 Abs. 1 ESC, der Pflicht zur Förderung gemeinsamer Beratungen, geht es um

62 Conclusions XV-1, France, S. 240.

63 Conclusions XV-1, Belgium, S. 74.

64 Conclusions XV-1, France, S. 240.

65 Complaint Nr. 11/2001, 21.5.2002 (European Council of Police Trade Unions v. Portugal): »The right to express demands with regard to working conditions and pay, the right of access to the working place as well as the right of assembly and speech«.

66 Conclusions I, Statement of Interpretation on Art. 5, S. 31: »Any form of compulsory unionism imposed by law must be considered incompatible with the obligation arising under this Article«.

67 Complaint Nr. 12/2002, 15.5.2003 (Confederation of Swedish Enterprise v. Sweden), Abs. 29.

68 Conclusions XV-1, Denmark, S. 142.

69 Conclusions VIII, Statement of Interpretation on Art. 5, S. 77.

70 Art. 6 ESC ist ebenfalls in beiden Fassungen der Sozialcharta gleichlautend.

71 Conclusions III, Denmark, S. 33.

Beteiligungsrechte von Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertretern, sei es in direkten Verhandlungen untereinander oder durch Beteiligung an dreiseitigen Einrichtungen unter staatlicher Mitwirkung.<sup>72</sup> Die Förderungspflicht des Staates ist dabei als Auffangvorgabe zu verstehen, die aktualisiert wird, sobald die gemeinsamen Beratungen nicht autonom eingeleitet werden;<sup>73</sup> existiert ein regelmäßiger Austausch, trifft den Staat keine Pflicht zur Intervention. Obwohl die Beratungen grundsätzlich auf allen Ebenen stattfinden sollen, einschließlich der betrieblichen, geht es Art. 6 Abs. 1 ESC doch gerade um die gewerkschaftlichen Beteiligungsrechte, dh. um Arbeitnehmervertretungen, die den Arbeitgebern gleichgewichtig gegenüber treten können.<sup>74</sup>

#### b) Kollektivverhandlungen

Die Kollektivverhandlungen und das Recht zum freiwilligen Abschluss von Kollektivvereinbarungen über die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer schützt Art. 6 Abs. 2 ESC. Auch hier trifft den Staat eine Förderungspflicht nur, soweit autonome Verfahren nicht eingerichtet werden. Werden staatliche Maßnahmen zur Erleichterung des Verfahrens und zur Erleichterung des Abschlusses von Kollektivvereinbarungen ergriffen, sollen sie lediglich Anreize schaffen, ohne Verhandlungs- oder gar Abschlusspflichten zu begründen. Dementsprechend verleiht Art. 6 Abs. 2 ESC auch keinen Anspruch auf ein positives Ergebnis von Verhandlungen; wird eine Einigung nicht erzielt, liegt allein in diesem Umstand keine Rechtsverletzung. Soweit Kollektivverhandlungen für Staatsbedienstete stattfinden, dürfen die näheren Umstände ihrer Ausübung durch Gesetz geregelt werden. Aber auch einer Gruppe, deren Verhandlungsoptionen rechtmäßig eingeschränkt werden können, muss ein Recht auf effektive Beteiligung an denjenigen Verfahren zugestanden werden, die für ihre Arbeitsbedingungen unmittelbar relevant werden,<sup>75</sup> also insbesondere betreffend Arbeitszeit und Entgelt. Soweit Beteiligungsrechte bestehen, die auch einen praktisch wirksamen Einfluss auf die Arbeitsbedingungen ermöglichen, ist dies auch dann ausreichend, wenn der Einfluss im konkreten Fall nicht für die Durchsetzung des gewünschten Abschlusses ausreicht.

#### c) Streitbeilegung

Alle Arten von gültlicher Streitbeilegung in Konflikten über das Zustandekommen oder die Abänderung von Kollektivvereinbarungen werden speziell von Art. 6 Abs. 3 ESC geschützt. Der ECSR betont, dass die Streitbeilegung für

Interessenkonflikte bereitstehen soll;<sup>76</sup> Rechtsstreitigkeiten über die Auslegung und Anwendung von Kollektivverträgen unterliegen dem Verfahren nicht<sup>77</sup>. Da auch diese Bestimmung den Unterzeichnerstaaten lediglich eine Förderungspflicht auferlegt, besteht eine Pflicht zu staatlicher Regulierung erst, falls eine autonome, kollektivvertragliche Vereinbarung oder ein sonst von den Parteien praktiziertes Verfahren nicht eingerichtet sind.<sup>78</sup> Die Einigungs- oder Schlichtungssysteme müssen unabhängig sein,<sup>79</sup> dh. von neutralen Schlichtern durchgeführt werden, ohne Einflussnahme durch verpflichtend vorgegebene Kriterien. Zudem muss die Beteiligung an Streitbeilegungsverfahren selbst freiwillig sein. Kann eine Schlichtung allein von einer Partei ohne Zustimmung der anderen eingeleitet werden oder kann der Staat bzw. eine Behörde eine Streitigkeit ohne Zustimmung beider Seiten zwangsweise in ein Streitbeilegungsverfahren überführen, ist dies ein Eingriff in den Schutzbereich von Art. 6 Abs. 3 ESC. Lediglich unter den Voraussetzungen von Art. 31 ESC/Art. G ESC (rev.) (»gesetzlich vorgeschrieben und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig zum Schutz [...] der Rechte Dritter, der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, der Sicherheit des Staates [...]«) sind solche Einschränkungen zulässig, solange sie verhältnismäßig angewendet werden.

### 4. Recht auf Kollektivmaßnahmen, insbesondere Streikrecht

#### a) Normstruktur

Art. 6 Abs. 4 ESC garantiert als erste völkerrechtliche Bestimmung überhaupt ein Streikrecht ausdrücklich.<sup>80</sup> Parallel zur Struktur von Art. 11 EMRK wird das Streikrecht

<sup>72</sup> Conclusions V, Statement of Interpretation on Art. 6, par. 1, S. 41.

<sup>73</sup> Complaint Nr. 25/2004, 9.5.2005 (Centrale générale des services publics v. Belgium), Abs. 41.

<sup>74</sup> Conclusions V, Statement of Interpretation on Art. 6 par. 1: »Joint consultation was to be interpreted as being applicable to all kinds of consultations between both sides of industry – with or without any government representatives – on condition that both sides of industry have an equal say on the matter«.

<sup>75</sup> Conclusions III, Germany, S. 34; Complaint Nr. 11/2001, 21.5.2002 (European Council of Police Trade Unions v. Portugal), Abs. 58.

<sup>76</sup> Conclusions V, Italy, S. 46.

<sup>77</sup> Conclusions V, Italy, S. 46.

<sup>78</sup> Conclusions I, Statement of Interpretation on Art. 6 par. 3, S. 37.

<sup>79</sup> Conclusions XIV-1, Iceland, S. 388.

<sup>80</sup> Kovacs, Comparative Labour Law & Policy Journal 2004, 445, 447.

in der Sozialcharta als fundamentales Recht etabliert; Einschränkungen sind zulässig, soweit sie auf Tarifvertrag beruhen. Sind sie dagegen Folge staatlicher Maßnahmen, bleiben sie in jedem Falle gesondert rechtfertigungsbedürftig, müssen also die engen Voraussetzungen von Art. 6 ESC (rev.) erfüllen.<sup>81</sup> Diese Struktur geht also von einem Grundrecht aus, das die Staaten nicht nur fördern müssen (wie in Art. 6 Abs. 1-3 ESC), sondern das sie ausdrücklich anerkennen; jede Regulierung dieses Rechts ist damit eine rechtfertigungsbedürftige Einschränkung, auch wenn sie zum Schutze der Freiheit anderer ergriffen wird, etwa streikbedingte wirtschaftliche Schäden der Unternehmen durch staatlichen Eingriff verhindern wollen.<sup>82</sup> Das Verhältnis etwa zu den »Grundfreiheiten« der EU stellt sich mithin gerade umgekehrt dar als im Prüfprogramm des EuGH.<sup>83</sup>

Auch die Aussperrung ist in den Schutzbereich einzu beziehen, selbst wenn sie im Normtext nicht direkt erwähnt ist. Weitere kollektive Maßnahmen können die Konfliktparteien ebenfalls ergreifen, obwohl sie im Text der Vorschrift nicht angesprochen sind; dabei obliegt die Auswahl der Kampfmittel und Kampfziele grundsätzlich den Beteiligten selbst<sup>84</sup>. Lediglich rein politische Streiks werden aus dem Schutzbereich ausgeschlossen.<sup>85</sup> Eine Limitierung zulässiger Streikziele auf die Durchsetzung von Mindestarbeitsbedingungen oder auf die Abwehr von Verschlechterungen bestehender Rechtspositionen ist mit einem Grundrecht nicht vereinbar, das den Beteiligten zur Verwirklichung ihrer wirtschaftlichen und sozialen Interessen gewährt worden ist. Zwar kann ein Staat angesichts besonders nachteiliger wirtschaftlicher Bedingungen auch Grenzen für Entgeltforderungen festlegen;<sup>86</sup> dies darf jedoch nur für einen befristeten Zeitraum und nach ausführlicher Beratung mit den betroffenen Kollektivvertragsparteien erfolgen. Da die Gewährleistung von Art. 6 Abs. 4 ESC auf Fälle von Interessenkonflikten zielt, dürfen Arbeitskämpfe nicht zur Durchsetzung von Rechtsfragen geführt werden, etwa um die Gültigkeit oder die Bedeutung von Tarifbestimmungen. Andererseits sind aber alle Arten von Interessenkonflikten erfasst; die für Deutschland typische Einschränkung des Streikrechts auf tariflich regelbare Streikziele ist daher vom ECSR stets beanstandet worden. Dem hat sich das Ministerkomitee durch Ausspruch einer an Deutschland adressierten Empfehlung angeschlossen.<sup>87</sup>

Zur Regulierung der Ausübungsmodalitäten können Bestimmungen in Kollektivverträgen dienen oder staatliche Vorschriften, sofern sie sich im Rahmen der Ausnahmebe-

stimmungen der Sozialcharta bewegen.<sup>88</sup> Art. 6 Abs. 4 ESC verlangt keine Anerkennung des Streikrechts durch Gesetz, sondern lässt auch Richterrecht genügen.<sup>89</sup> Entsprechend sind dann die Gerichte dafür verantwortlich, Kollektivmaßnahmen nicht in einer Weise zu beschränken, die sie ineffektiv werden lassen.<sup>90</sup> So darf nicht das Gericht anstelle der kampfführenden Gewerkschaft die Entscheidung darüber beanspruchen, ob die Ausrufung eines Arbeitskampfes verfrüht war.

#### b) Einschränkungen des Arbeitskampfrechts durch Rechtmäßigkeitsbedingungen

Eine Reihe von Begrenzungen der Arbeitskampffreiheit tritt in Gestalt besonderer Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für einen Arbeitskampf auf. Der Gestaltungsspielraum der Unterzeichnerstaaten ist hier höher, da solche Ausübungsbedingungen ein Recht weniger stark beschneiden als eine Reduzierung des Geltungsbereichs des Rechts; beliebige Gestaltungsfreiheit ermöglicht das jedoch nicht. Das Recht, zu einem Streik aufzurufen, kann grundsätzlich Gewerkschaften vorbehalten bleiben; ein Verbot »wilder Streiks« wäre damit unter bestimmten Voraussetzungen akzeptiert. Früher<sup>91</sup> wurde dagegen noch kritisch angemerkt, dass sich die Zulässigkeit einer solchen Einschränkung weder aus dem Wortlaut ergibt noch dem Normzweck gerecht wird. Mittlerweile präzisiert der ECSR seine Auslegung dahingehend, dass für eine Konzentration des Streikrechts auf bestimmte Akteure durchaus berechtigte

81 Appendix to Art. 6 par. 4 ESC: »Each party may, insofar as it is concerned, regulate the exercise of the right to strike by law, provided that any further restriction that this might place on the right can be justified under the terms of Article G«.

82 Conclusions XVI-1, Belgium, S. 71.

83 EuGH, 11.12.2007 – C-438/05 – Slg. 2007, I-10806 (Viking Line); 18.12.2007 – C-341/05 – Slg. 2007, I-11845 (Laval).

84 Conclusions X-1, Norway, S. 76.

85 Kritisch: *Novitz*, International and European Protection of the Right to Strike, Oxford 2003, S. 294.

86 Conclusions IX, Netherlands, S. 53; Conclusions X, Denmark, S. 72.

87 Individuelle Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates an die Bundesrepublik Deutschland vom 3.2.1998, vgl. oben Fn. 7; abgedruckt in AuR 1998, 154, 156; dazu Däubler, AuR 1998, 144.

88 Conclusions VIII, Statement of Interpretation on Art. 6 par. 4, S. 95.

89 Conclusions I, Statement of Interpretation on Art. 6 par. 4, S. 34; Complaint Nr. 59/2009, 13.9.2011 (European Trade Union Confederation et al. v. Belgium), Abs. 27.

90 Conclusions XVII-1, Netherlands, S. 317.

91 Conclusions IV, Germany, S. 50; Conclusions VIII, Iceland, S. 96; Conclusions IX-1, Ireland, S. 56.

öffentliche Interessen sprechen können; die Staaten dürfen dann jedoch die Voraussetzungen zur Gründung einer Gewerkschaft nicht so erschweren, dass faktisch das Streikrecht untergraben wird<sup>92</sup>.

Zur Teilnahme an einem Streik sind alle Beschäftigten berechtigt, auch wenn sie der aufrufenden Gewerkschaft nicht angehören.<sup>93</sup> Darüber hinaus dürfen die Streikenden versuchen, alle in Frage kommenden Kollegen von einer Beteiligung am Arbeitskampf zu überzeugen, etwa durch das Aufstellen von Streikposten<sup>94</sup>, die ihre Kollegen zum Mitmachen auffordern; dabei dürfen sie aber weder durch Einschüchterung noch gar Gewaltanwendung die Rechte unbeteiligter Arbeitnehmer verletzen. Der gesamte Öffentliche Dienst ist in die Gewährleistung aus Art. 6 ESC einbezogen; auch mit besonderen staatlichen Funktionen betraute Beschäftigte müssen grundsätzlich berechtigt sein, ihre Arbeit niederzulegen<sup>95</sup>; ihnen lediglich symbolische Aktionen wie das Tragen von Protestplaketten zu gestatten, ist unzureichend. Allerdings kann das Streikrecht von staatlichen Funktionsträgern eingeschränkt werden, Art. 31 ESC/Art. G ESC (rev.), soweit dabei der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachtet wird. Das zwingt zur Begrenzung eines Verbots auf solche Funktionsträger, deren Pflichten angesichts von Art und Umfang ihrer Verantwortung unmittelbar auf die nationale Sicherheit und Ordnung oder vergleichbare grundlegende öffentliche Interessen bezogen sind,<sup>96</sup> etwa auf Angehörige der Polizei, der Streitkräfte, auf Richter und Funktionsträger mit Leitungsaufgaben<sup>97</sup>.

Da das Recht auf Kollektivmaßnahmen auch anderen Arbeitnehmern nicht absolut gewährleistet ist, kann es grundsätzlich unter den Voraussetzungen der genannten Ausnahmestimmungen eingeschränkt werden. Dies wird vielfach dazu genutzt, Einschränkungen bei den »essential public services« zu rechtfertigen, muss dafür aber dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen. Daher ist es unzulässig, für gesamte Branchen wie dem Energie- oder Gesundheitssektor komplett ein Arbeitskampfverbot zu verhängen.<sup>98</sup> Vielmehr ist in jedem Streikfall zu prüfen, ob das berechtigte öffentliche Interesse nicht auch durch Abschluss einer Notdienstvereinbarung hinreichend gewahrt werden kann.

Grundsätzlich sind Beschränkungsmaßnahmen nur unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zulässig. So ist die Voraussetzung der Beachtung einer relativen Friedenspflicht aus einem vorangegangenen Tarifvertrag als zulässig anerkannt worden,<sup>99</sup> da dies auf die Ein-

gung der konfliktbetroffenen Sozialpartner zurückgeht, also deren Entscheidungsfreiheit nicht übermäßig beschränkt. Auch die Verpflichtung zur Durchführung einer Urabstimmung vor Streikbeginn oder der Einhaltung einer »cooling-off«-Periode können als bloße Ausübungsbedingungen für das Streikrecht gerechtfertigt werden,<sup>100</sup> wenn die maßgeblichen Zeiträume nicht so lang sind, dass sie im Ergebnis die Ausübung des Streikrechts selbst übermäßig erschweren. Der ECSR stellt darauf ab, dass die Streikbereitschaft von Gewerkschaftsmitgliedern nicht beliebig lange aufrecht erhalten oder wieder aktiviert werden kann, so dass lange Wartezeiten einer Rechtsverweigerung gleichkommen. Dasselbe gilt für umständliche und langwierige Informationspflichten oder Verfahrensvoraussetzungen<sup>101</sup> oder die zwangsweise Durchführung eines Streitbeilegungsverfahrens im Interessenkonflikt als Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit eines Arbeitskampfes<sup>102</sup>.

### c) Die Rechtsfolgen eines Arbeitskampfes

Der ECSR versteht das Streikrecht im Sinne einer Ausnahme von der Pflicht zur Erfüllung der vertraglichen Arbeitsleistung, daher darf die Teilnahme an einem rechtmäßigen Streik weder als Vertragsverletzung gewertet werden<sup>103</sup> noch als Grund für eine Entlassung. Eine streikbedingte formale Beendigung des Arbeitsverhältnisses kommt jedoch in Betracht, wenn sichergestellt ist, dass nach Ende des Arbeitskampfes die Streikenden unter Aufrechterhaltung aller vorher bestehenden Rechte und Ansprüche wieder eingestellt werden. Während des Streiks ist der Arbeitgeber nicht zur Entgeltzahlung verpflichtet; die Lohnabzüge dürfen jedoch nicht höher sein als es der Dauer der Arbeitskampfbeteiligung des Arbeitnehmers

92 Conclusions 2004, Sweden, S. 565-566; Conclusions XV-1, Finland, S. 203 f.

93 Conclusions VIII-1, Denmark, S. 273.

94 Complaint Nr. 59/2009, 13.9.2011 (ETUC et al. v. Belgium), Abs. 36.

95 Complaint 32/2005, 16.10.2006, »Confederation of Independent Trade Unions in Bulgaria et al. v. Bulgaria«, Abs. 44-46.

96 Conclusions I, Statement of Interpretation on Art. 6 par. 4, S. 38 f.

97 Complaint Nr. 32/2005, 16.10.2006 (CITUB v. Bulgaria), Abs. 46.

98 Conclusions I, Statement of Interpretation on Art. 6 par. 4, S. 38 f.

99 Conclusions X-1, Norway, S. 76.

100 Complaint Nr. 32/2005, 16.10.2006 (CITUB v. Bulgaria), Abs. 24.

101 Conclusions I, Statement of Interpretation on Art. 6 par. 4, S. 38.

102 Conclusions IV, Germany, S. 50.

103 Conclusions 2004, Norway, S. 404.

entspricht.<sup>104</sup> Streikbeteiligte Außenseiter-Arbeitnehmer müssen in demselben Umfang vor arbeitskampfbedingten Nachteilen geschützt werden wie die Mitglieder einer streikführenden Gewerkschaft.<sup>105</sup>

#### d) Verfahrensrechte

Weitere Auseinandersetzungen hat es in jüngerer Zeit um den Rechtsschutz im Arbeitskampf gegeben.<sup>106</sup> Der in Art. 6 ESC (rev.) verankerte Vorbehalt, dass zulässige Einschränkungen »rechtlich vorgeschrieben« sein müssen, wird so interpretiert, dass er auch durch Richterrecht erfüllt werden kann. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass die Entscheidungspraxis der zuständigen Gerichte sich zu einer ständigen Rechtsprechung verfestigt hat und so vorhersehbar ist, dass sie den Konfliktbeteiligten Rechtssicherheit bietet.<sup>107</sup> Kommt es dagegen regelmäßig zu einander widersprechenden Entscheidungen ähnlich gelagerter Sachverhalte, können die streikführenden Gewerkschaften nicht vorab erkennen, ob ihre geplanten Maßnahmen als rechtswidrig verboten werden oder zu Entschädigungspflichten führen können. Nicht vorhersehbare Beschränkungen können nicht als »rechtlich vorgeschrieben« angesehen werden und sind damit unzulässig. Gesetzlich geregelte Bestimmungen für die Zulässigkeit von Streiks müssen ebenfalls soweit bestimmt sein, dass sie den Streikbeteiligten eine Einschätzung der Rechtmäßigkeit ihrer Aktion erlauben.<sup>108</sup> Im Widerspruch zu Artikel 6 stehen ebenso Verfahrensvorschriften, denen zufolge ein Abbruch des Streiks per einstweiliger Verfügung angeordnet werden kann, ohne dass die streikführende Gewerkschaft die Gelegenheit erhalten hat, ihren Streikaufruf zu verteidigen; ein faires, allen Konfliktparteien die Möglichkeit zur Beteiligung gewährendes Verfahren ist zu gewährleisten.<sup>109</sup>

#### e) Das Streikrecht unter dem Einfluss der EU

Verschiedene Gewerkschaftsverbände haben sich durch Stellungnahmen im Berichtsverfahren oder im Beschwerdesystem<sup>110</sup> gegen die Maßnahmen gewendet, die Staaten zur Umsetzung der Vorgaben der Europäischen Kommission und der Europäischen Zentralbank oder in Folge der Entscheidungen des EuGH zum Konflikt zwischen Grundfreiheiten und Grundrechten<sup>111</sup> ergriffen haben. Solange die Verfahren nicht abgeschlossen sind, können nur allgemeine Grundsätze dargestellt werden: Der ECSR kann die Einwände gegen die Vorgaben der EU nur eingeschränkt überprüfen, weil weder Maßnahmen der Organe der EU

noch Entscheidungen des EuGH als solche auf ihre Vereinbarkeit mit der ESC kontrollfähig sind. Das bedeutet umgekehrt aber nicht, dass eine Art »Vereinbarkeitsvermutung« bestünde, die auch die Umsetzungsmaßnahmen der Unterzeichnerstaaten von der Überprüfung an der ESC freistellt. Der ECSR behält sich daher eine konkrete Überprüfung daraufhin vor, ob die nationale Maßnahme zur Umsetzung von Vorgaben der EU mit den Bestimmungen der Sozialcharta vereinbar ist.<sup>112</sup> Angesichts der erheblichen Bedeutung, die gerade dem Koalitions- und Streikrecht für die Verwirklichung aller von der ESC gestützten Arbeitnehmerrechte zukommt, stellt Art. 6 ESC eine Kernbestimmung der Sozialcharta dar; entsprechend grundsätzliche Bedeutung verlangt diese Bestimmung auch in den Rechtsordnungen der Vertragsstaaten. Das öffentliche Interesse an der Erfüllung von Vorgaben der EU, an der Ergreifung von Maßnahmen zur Behebung der Wirtschaftskrise oder zum Schutz ausländischer Entscheideunternehmen genießen mithin keineswegs Vorrang vor dem Koalitionsrecht, sondern die Staaten müssen sich auf Eingriffe beschränken, die minimalinvasiv und proportional zur Bedeutung des geltend gemachten Interesses sind.

## IV. Ausblick

Der Schutz der Vereinigungsfreiheit durch die Sozialcharta bietet ein durchwachsendes Bild: Einerseits wächst der Einfluss der Sozialcharta auf die Rechtsentwicklung, andererseits fehlt es an eigenständigen Durchsetzungsmechanismen.<sup>113</sup> Die Vertragsstaaten haben die ESC bewusst so gestaltet, dass sie zwar einen europäischen Mindeststandard wirtschaftlicher und sozialer Rechte niederlegt, aber zu ihrer Durchsetzung auf den Diskurs zwischen Politik und Gesellschaft angewiesen sein sollte. Vorwiegend

104 Conclusions XIV-1, Cyprus, S. 156-159.

105 Conclusions XIV-1, United Kingdom, S. 805.

106 Conclusions XVIII-1, Czech Republic, S. 100.

107 Conclusions I, Statement of Interpretation on Art. 6 par. 4, S. 39.

108 Conclusions VIII-1, Denmark, S. 273.

109 Complaint Nr. 16/2003, 12.10.2004 (Confédération Française de l'Encadrement v. France), Abs. 63.

110 Complaint Nr. 59/2009, 13.9.2011 (ETUC et al. v. Belgium).

111 Complaint Nr. 59/2009, 13.9.2011 (ETUC et al. v. Belgium), Abs. 43.

112 Complaint Nr. 32/2005, 16.10.2006 (CITUB et al. v. Bulgaria), Abs. 35.

113 *Orlandini*, European Journal of Social Law 2012, 224, 228.

durch den Einfluss, den die Sozialcharta auf die öffentliche Meinung gewinnen kann, sollten die Unterzeichnerstaaten zur Beachtung übernommener Rechte angehalten werden. Durch das Kollektivbeschwerdeverfahren vor dem ECSR ist die öffentliche Sichtbarkeit sozialer Standards in Europa deutlich gewachsen. Zudem stehen mittlerweile sogar die Rechtsdurchsetzungsmechanismen des EGMR für Fälle im Überschneidungsbereich zwischen Menschenrechtskonvention und Sozialcharta zur Verfügung, weil die Auslegung internationaler Menschenrechtsbestimmungen sich zunehmend wechselseitig aufeinander

bezieht. Selbst das Krisenmanagement der EU gerät unter Legitimierungsdruck, weil Verbände und Organisationen eine stärkere Beachtung der sozialen und wirtschaftlichen Interessen der Bürger gegenüber denen von Wirtschaft und Banken einfordern. Mögliche Folgen dieser Entwicklung für das deutsche Koalitions- und Arbeitskampfrecht sind noch nicht abzusehen. Die Sozialcharta kann die Einhaltung von Standards nicht erzwingen, nur anmahnen; »zahnlos« muss sie deswegen nicht sein, nur bedarf ihre Wirksamkeit der Unterstützung der Zivilgesellschaft.

# Sozialrecht und selbstbestimmte Erwerbsbiographien<sup>1</sup>

Prof. Dr. Felix Welti, Universität Kassel

## I. »Gute Arbeit« – ein Normalarbeitsverhältnis?

Die Diskussion um die rechtliche Regulierung des Arbeitslebens wird derzeit geprägt von den Diskussionen um »gute Arbeit«, vor allem in Abgrenzung zu »prekärer Arbeit«, und um das Normalarbeitsverhältnis, vor allem in Abgrenzung zu »atypischer Beschäftigung«. In dem Forschungsprojekt »Arbeits- und sozialrechtliche Regulierung für Übergänge im Lebenslauf – Beitrag zu einem Sozialen Recht der Arbeit«<sup>2</sup> wurden Arbeits- und Sozialrecht unter dem Gesichtspunkt betrachtet, welchen Einfluss sie auf Übergangssituationen im Lebenslauf haben. Normativ wurde dabei der Maßstab angelegt, welchen Beitrag rechtliche Regulierung zu einer selbstbestimmten Erwerbsbiographie leisten kann.

»Gute Arbeit« ist normativ, aber nicht juristisch. Der Begriff gibt der Gestaltung von Arbeit eine ethische Dimension. Gemeint ist eine Arbeit<sup>3</sup>, die für die Arbeitenden nach Inhalt und Bedingungen Teil eines guten Lebens<sup>4</sup> sein kann, von der und mit der man gut leben und ruhig schlafen kann. Insoweit ist sie gut für den Einzelnen. Gemeint ist aber auch eine Arbeit, die in der gesellschaftlichen Arbeitsteilung nicht alleine durch ihren Tauschwert, sondern darüber hinaus durch den Nutzwert der erarbeiteten Güter oder Dienste als sinnvoll empfunden werden kann. Insoweit ist sie gut für die arbeitsteilige Gesellschaft.

Der Begriff »Normalarbeitsverhältnis« ist zugleich empirisch und normativ.<sup>5</sup> Juristisch im engeren Sinne ist auch er nicht. Die Soziologie der Arbeitswelt meint damit das durch Arbeitsrecht, Tarifvertrag<sup>6</sup> und Sozialversicherung geprägte typische Arbeitsverhältnis, das – vollzeitlich, unbefristet und mit Schutz gegen wesentliche Lebensrisiken versehen – gesellschaftliche Prägekraft entfaltet hat. Die wissenschaftliche und politische Diskussion um das Normalarbeitsverhältnis hat seit den 1980er Jahren auch kritisch beleuchtet, welche gesellschaftlich normativen Wirkungen es hat. Insbesondere wurde reflektiert, dass schon immer ein erheblicher Teil der arbeitenden Bevölkerung

daran nicht partizipiert hat. Personen, vor allem Frauen, die in den Familien Sorgearbeit leisten, Menschen, die nach Gesundheit oder Bildung der Norm nicht entsprechen können oder zu ihr keinen Zugang finden, waren und sind mangels Normalarbeitsverhältnis von einem eigenständigen Lebensunterhalt und sozialer Sicherung ganz oder teilweise ausgeschlossen. Zur Normalität gehörte neben der gesellschaftlichen Integration durch das Normalarbeitsverhältnis auch der Ausschluss derer, die ihm nicht entsprachen.

Dass das Normalarbeitsverhältnis politische, ökonomische und rechtliche Voraussetzungen hat, die immer wieder neu verhandelt werden, ist in den letzten Jahrzehnten deutlich geworden. Der Wandel von Arbeitswelt und Familie, Anwachsen und Sichtbarwerden prekärer Arbeit in geringfügiger Beschäftigung und ungewollter Teilzeitarbeit, befristeten Arbeitsverhältnissen, Leiharbeit oder ungesicherter Selbstständigkeit und nicht zuletzt die Norm der Hartz-Gesetze, jede Arbeit sei zumutbar<sup>7</sup>, haben verdeutlicht, dass ein unbefristetes, durch Tarif auf einem zumindest durchschnittlichen Niveau bezahltes, sozialversichertes Vollzeitverhältnis über 45 Jahre, wie es in der

1 Überarbeitete Fassung zweier Vorträge, die der Verfasser am 22. Februar 2013 bei der Tagung »Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie« der Hans-Böckler-Stiftung in Berlin und am 25. Juni 2013 beim Kieler Woche-Gespräch des Deutschen Gewerkschaftsbundes gehalten hat.

2 Es werden Inhalte vorgestellt, die in dem von der Hans-Böckler-Stiftung von 2010 bis 2012 geförderten Forschungsprojekt »Arbeits- und sozialrechtliche Regulierung von Übergängen im Lebenslauf – Beitrag zu einem Sozialen Recht der Arbeit (SozRA)« erarbeitet worden sind. An diesem Projekt hat der Verfasser insbesondere mit Prof. Dr. Eva Kocher, Ass. jur. Henning Groskreutz, Dr. Ghazaleh Nassibi, Dr. Christian Paschke, Susanne Schulz, M. A., Dr. Johanna Wenckebach und Dipl.-Soz. Barbara Zimmer zusammengearbeitet. Die Projektergebnisse werden 2013 unter dem Titel »Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie« als Buch erscheinen. Vgl. Kocher/Welti, WSI-Mitteilungen 6/2010, 299.

3 Vgl. zur Operationalisierung: Lesch/Schäfer/Schmidt, SF 2013, 139–148.

4 Vgl. zum guten Lebensplan und der Berufswahl: Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt am Main 1979, S. 451 ff.

5 Mückenberger, ZSR 1985, 415–434, 457–475; Mückenberger, ZSR 2010, 399; Welti, SGB 2010, 441; Waltermann, Abschied vom Normalarbeitsverhältnis?, München 2010; Jousset, JZ 2010, 812.

6 Zachert, Die Sicherung und Gestaltung des Normalarbeitsverhältnisses durch Tarifvertrag, Baden-Baden 1989.

7 § 10 Abs. 1 S. 1 SGB II.

Rentenversicherung als Normalität unterstellt wird<sup>8</sup>, alles andere als die schlichte Norm ist<sup>9</sup>.

Die Diskussion um »gute Arbeit« ist eine Reaktion darauf, dass nicht jede Arbeit für dauerhaft zumutbar gehalten wird, und sie bündelt auch Erfahrungen, die mit der Erosion des bisherigen Normalarbeitsverhältnisses zusammenhängen. Doch die Forderung nach »guter Arbeit« kann nicht mit »zurück zum guten alten Normalarbeitsverhältnis« übersetzt werden, sondern sie erhebt einen universellen Anspruch, der notwendig darüber hinausweist. Zudem muss reflektiert werden, welche Veränderungen ein »gutes neues Normalarbeitsverhältnis« aufzunehmen hätte. Eine durch neue Technologien schneller, flexibler und internationaler gewordene Ökonomie und Gesellschaft, in der Menschen mehr Bildung benötigen und deren Wissen und Qualifikationen schneller veralten können, in der den Subjekten mehr Selbststeuerung abgefordert und in der von ihnen Selbstbestimmung verlangt wird, muss auch den Rahmen der Erwerbsarbeit neu justieren.<sup>10</sup> Dabei wird wie in bisherigen Modernisierungsschüben des Kapitalismus deutlich werden, dass mehr individuelle Freiheit nur durch kollektive Regelungen möglich wird, die Selbstbestimmung des Einzelnen auch im Arbeitsleben als Normalität festschreiben.

Sicherheit und Gleichmäßigkeit sind Voraussetzung von Flexibilität. Diese Erkenntnis stand schon am Anfang von Tarifverträgen und Sozialversicherung. Wer nicht alles riskieren muss, ist eher zu den in einer dynamischen Ökonomie notwendigen Wechseln von Arbeitsstelle, Qualifikation oder Wohnort bereit. Erst soziale Sicherheit ermöglicht einen Arbeitsmarkt, auf dem sich die Arbeit als Subjekt bewegen kann. So notwendig dieser gelegentlich mit dem Kunstwort Flexicurity<sup>11</sup> bezeichnete Zusammenhang von Flexibilität und Sicherheit ist, um die ökonomische Funktionalität von Arbeits- und Sozialrecht zu verdeutlichen, so wenig erschöpft er den Anspruch an »gute Arbeit«<sup>12</sup>, die nicht nur die Teilnahme am Arbeitsmarkt, sondern auch die Selbstbestimmung über den eigenen Lebenslauf und förderliche Bedingungen für Gesundheit, Bildung und Familienleben der Individuen umfasst<sup>13</sup>.

Sozialrecht gibt der Erwerbsarbeit einen institutionellen Rahmen. Dieser wird zuerst wahrgenommen wegen des Schutzbedarfs bei Lebensrisiken, dessen Sicherung auch rechtfertigt, Freiheit durch Pflichtversicherung zu beschränken.<sup>14</sup> Aber bedeutet Sozialrecht vor allem »Freiheit vor Not« im Tausch gegen fremdbestimmte Risikovorsorge? Das Sozialrecht kann auch unter dem Gesichtspunkt

betrachtet werden, was es zu einer selbstbestimmten Erwerbsbiographie beiträgt und beitragen kann. Das bedeutet, Sozialrecht im Lichte der verfassungs- und europarechtlichen Freiheits- und Gleichheitsrechte zu betrachten, es systematisch und sozialpolitisch neu mit dem Arbeitsrecht zu verknüpfen und seine Risikodefinitionen und Instrumente im Lichte neuer Erkenntnisse über den Lebenslauf und biographische Übergänge zu überprüfen.

## 1. Sozialrecht und Berufsfreiheit

Die Berufsfreiheit des Grundgesetzes wird im Lichte besonders bekannter Entscheidungen des BVerfG<sup>15</sup> noch immer oft zuerst mit den Selbstständigen und den freien Berufen verbunden. Doch ist sie längst als Grundrecht der Arbeit<sup>16</sup> anerkannt, an dem arbeits- und sozialrechtliche Regelungen<sup>17</sup> gemessen und mit dessen Hilfe sie ausgelegt werden – im Sinne der einmal betätigten Berufswahl und in dem Sinne, dass eine neue Wahl von Arbeitsplatz und Beruf durch das Recht nicht erschwert werden darf und im sozialen Staat auch der Förderung bedarf<sup>18</sup>.

Der Zusammenhang von Berufsfreiheit und einem auf die Arbeit bezogenen Sozialrecht ist nicht neu. Im 19. Jahrhundert entfesselte die neue Freizügigkeit der Arbeitskräfte, die Wohnort und Arbeitsstelle wechseln durften, die Produktivkräfte und Arbeitsbeziehungen. Die bisherige soziale Sicherung innerhalb unfreier Arbeitsverhältnisse sowie in Zünften und Innungen, durch die Gemeinden

8 § 154 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB VI.

9 Waltermann (Fn. 5).

10 Jürgens, ZSR 2010, 421; Welti, SF 2001, 69.

11 Blanke/Bleses, in: Kronauer/Linne (Hrsg.), Flexicurity 65, Berlin 2005, S. 365 ff.; Europäische Kommission, Gemeinsame Grundsätze für den Flexicurity-Ansatz herausarbeiten: Mehr und bessere Arbeitsplätze durch Flexibilität und Sicherheit (27.6.2007).

12 Jürgens, ZSR 2010, 421

13 Körner, Flexicurity in atypischen Beschäftigungsverhältnissen, Düsseldorf 2006.

14 BVerfG, 6.12.2005 – 1 BvR 347/98 – BVerfGE 115, 25 (Krankenversicherung).

15 ZB. BVerfG, 11.6.1958 – 1 BvR 596/56 – BVerfGE 7, 377 (Apotheken); BVerfG, 23.3.1960 – 1 BvR 216/51 – BVerfGE 11, 30 (Kassenärzte); BVerfG, 14.7.1987 – 1 BvR 537/81 ua. – BVerfGE 76, 171 (Werbeverbot für Rechtsanwälte).

16 Schneider, VVdStRL 1985, 7; Bryde, NJW 1984, 2177.

17 Schulm, SGB 1989, 94.

18 BVerfG, 1.3.1979 – 1 BvR 532/77 ua. – BVerfGE 50, 290 (Mitbestimmung); BVerfG, 7.2.1990 – 1 BvR 26/84 – BVerfGE 81, 242 (Handelsvertreter); BVerfG, 24.4.1991 – 1 BvR 1341/90 – BVerfGE 84, 133 (Warteschleifenregelung); BVerfG, 27.1.1998 – 1 BvL 15/87 – BVerfGE 97, 169 (Kündigungsschutz in Kleinbetrieben).

und Familien wurde unzureichend. Die rechtlich garantierte Sozialversicherung mit ihrem über das einzelne Arbeitsverhältnis hinausreichenden Schutz war funktional, um der freien Lohnarbeit soziale Sicherheit zu geben. Zusammen mit dem staatlichen Arbeitsrecht und dem Tarifvertrag strukturierte und ermöglichte sie den Arbeitsmarkt. Nur wer ohne Angst um die Sicherung bei Alter, Invalidität und Krankheit den Arbeitsplatz wechseln kann, hat zumindest die Chance, selbst dessen Mechanismen zu nutzen, um eine besser bezahlte oder persönlich erfüllendere Arbeit zu finden.<sup>19</sup>

Von der Berufsfreiheit Gebrauch zu machen, hat Voraussetzungen. Ihre Grundlage, die Arbeitskraft, muss im Lebenslauf jeden Tag aufs Neue reproduziert werden. Zu ihren Voraussetzungen gehören auch Bildung und Gesundheit, für die der Staat seit dem 19. Jahrhundert immer stärker Verantwortung übernommen hat. Beginnend mit der Versicherung gegen Krankheit, Arbeitsunfall und Invalidität wird dabei auch Sozialrecht genutzt, um die allgemeine Erwerbs- und Arbeitsfähigkeit, zunehmend auch die spezifische Qualifikation und Leistungsfähigkeit zu erhalten. Die Teilhabe an den Voraussetzungen der Erwerbsarbeitsgesellschaft ist damit immer stärker zum Inhalt der Berufsfreiheit geworden, die im Sozialrecht ebenso wie im Schul- und Hochschulrecht<sup>20</sup> berücksichtigt wird.

## 2. Sozialrecht und der Schutz der Familie

Die familiäre Sorgearbeit als weitere Voraussetzung der Reproduktion von Arbeitskraft wurde in der Sozialversicherung traditionell als abgeleiteter Schutz für Familienangehörige, etwa durch Witwenrenten<sup>21</sup> oder Familienversicherung<sup>22</sup>, berücksichtigt. Dabei handelt es sich letztlich um eine Versicherung von Unterhaltungspflichten, die sich mit dem Schutz von Ehe und Familie auch verfassungsrechtlich begründen lässt.<sup>23</sup>

Veränderte soziale Realitäten und sozialpolitische Ziele haben die sozialrechtliche Berücksichtigung der familiären Sorgearbeit in den letzten Jahrzehnten zu einem umkämpften und dynamischen Feld der Gesetzgebung und Rechtsprechung gemacht.<sup>24</sup>

Zum einen wurde der Eigenwert familiärer Sorgearbeit für Gesellschaft und Sozialsystem geltend gemacht, um seine Berücksichtigung etwa durch Kindererziehungszeiten<sup>25</sup> und Pflegezeiten<sup>26</sup> in der Rente, das Pflegegeld<sup>27</sup> oder das Betreuungsgeld<sup>28</sup> zu begründen. Sicherungslücken

durch familiär bedingte Zeiten ohne Erwerbsarbeit wurden weniger akzeptiert.

Zum anderen wurde und wird die Vereinbarkeit von Sorgearbeit mit gleichzeitiger Erwerbsarbeit im Lebenslauf im Zeichen der Gleichstellung der Geschlechter im Hinblick auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie zum Leitmotiv etwa des Elterngeld- und Elternzeitgesetzes und des Ausbaus der öffentlichen Kinderbetreuung<sup>29</sup>. Beide Linien stehen sich zum Teil entgegen. Entscheidend ist, inwieweit Regelungen einen selbstbestimmten Umgang mit dem Verhältnis von Erwerbsarbeit und Sorgearbeit im Lebenslauf für Mütter und Väter gleichermaßen ermöglichen.<sup>30</sup>

## 3. Sozialrecht und Diskriminierungsschutz

Die Gleichstellung der Geschlechter<sup>31</sup>, das Benachteiligungsverbot wegen einer Behinderung<sup>32</sup> und zunehmend auch wegen des Alters<sup>33</sup> haben Sozialpolitik, Arbeitsrecht und Sozialrecht<sup>34</sup> beeinflusst. Dadurch werden exklusive

19 Schmid, Übergänge am Arbeitsmarkt, Berlin 2011.

20 BVerfG, 18.7.1972 – 1 BvL 32/70, 1 BvL 25/71 – BVerfGE 33, 303 (Numerus Clausus); Häberle, DÖV 1972, 729; Schimanke, JR 1973, 45.

21 § 46 SGB VI.

22 § 10 SGB V.

23 BVerfG, 24.7.1963 – 1 BvL 11/61 ua. – BVerfGE 17, 1 (Witwenrente).

24 Vgl. Brosius-Gersdorff, Demografischer Wandel und Familienförderung, Tübingen 2011; Fuchsloch/Scheiwe, ZRP 2006, 37; Scheiwe, Kinderkosten und Sorgearbeit im Recht, Frankfurt am Main 1999.

25 § 56 SGB VI.

26 § 44 SGB XI; §§ 3, 1377, 166, 170 SGB VI.

27 § 37 SGB XI.

28 §§ 4a, b BEEG in der ab dem 1.8.2013 geltenden Fassung. Vgl. Eichenhofer, ZG 2013, 60–74; Bär/Schiedek, DRiZ 2013, 164–165; Ewer, NJW 2012, 2251–2255.

29 §§ 24, 24a SGB VIII.

30 Hohmann-Dennhardt, AuR 2010, 52.

31 Art. 3 Abs. 2 GG; Art. 19, 157 AEUV; Nipperdey, RdA 1950, 121; Pfarr/Fuchsloch, NJW 1988, 2201; Bieback, SF 1989, 221; Pfarr/Bertelsmann, Diskriminierung im Erwerbsleben, Baden-Baden 1992; Ebsen, RdA 1993, 11; BVerfG, 24.7.1963 – 1 BvL 11/61 ua. – BVerfGE 17, 1 (Witwenrente); BVerfG, 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82 ua. – BVerfGE 85, 191 (Nachtarbeitsverbot); BVerfG, 16.11.1993 – 1 BvR 258/86 – BVerfGE 89, 276 (Einstellungsdiskriminierung); BVerfG, 18.11.2003 – 1 BvR 302/96 – BVerfGE 109, 64 (Mutterzuschlagszulage); BVerfG, 5.4.2005 – 1 BvR 774/02 – BVerfGE 113, 1 (Kindererziehungszeiten im Versorgungswerk).

32 Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG; Art. 19 AEUV; Welti, AuR 2003, 445; Winkler, Die Teilhabe behinderter Menschen am Arbeitsleben, Berlin 2010; EuGH, 6.12.2012 – C-152/11 – NZA 2012, 1435 (Odar); EuGH, 11.4.2013 – C-335/11, C-337/11 – NZA 2013, 553 (Ring, Skouboe Werge).

33 Bieback, ZSR 2006, 75; EuGH, 22.11.2005 – C-144/04 Slg. 2005, I-9981 (Mangold); EuGH, 12.10.2010 – C-45/09 – Slg. 2010, I-9391 (Rosenblatt); EuGH, 13.9.2011 – C-447/09 – NZA 2011, 1039 (Prigge).

34 Welti, VSSR 2008, 55; Kocher, SGB 2011, 545.

Zugänge zur Erwerbsarbeit und zur sozialen Sicherheit in Frage gestellt. Soweit Sozialrecht Voraussetzungen einer selbstbestimmten Erwerbsbiographie schafft, ist zu untersuchen, wieweit dies diskriminierungsfrei erfolgt und ob angemessene Vorkehrungen möglich sind, um unterschiedliche Bedingungen zu berücksichtigen. Sozialrechtliche Begriffe und Voraussetzungen, die bisher den Arbeitsmarkt strukturiert und begrenzt haben, wie Verfügbarkeit, Erwerbsfähigkeit und Altersgrenzen, geraten selbst unter Rechtfertigungsdruck.

#### 4. Sozialrecht im sozialen Rechtsstaat

Der soziale Rechtsstaat<sup>35</sup> ist den Grund- und Menschenrechten nicht nur im Sinne liberaler Abwehrrechte, sondern auch sozialer Teilhaberechte und damit einer selbstbestimmten Erwerbsbiographie für alle verpflichtet<sup>36</sup>. Dabei hat die Externalisierung von Risiken aus den Lebens- und Regelungsbereichen durch Sozialrecht keinen Vorrang, sondern sie soll eine in die Lebensbereiche internalisierte Regulierung ermöglichen.<sup>37</sup> Ein soziales Recht der Arbeit bedient sich also zivilrechtlicher und öffentlich-rechtlicher, arbeitsrechtlicher und sozialrechtlicher Regulierung. Es schafft auch den Arbeitsmarkt nicht ab, sondern sucht ihn als soziale Institution so zu regulieren, dass er der Entfaltung von Grundrechten dienen kann.

#### 5. Sozialrecht und Arbeitsrecht

Der Zusammenhang von Sozialrecht und Arbeitsrecht wird systematisch nicht nur über gemeinsame Ziele hergestellt. Das deutsche System der sozialen Sicherheit baut nach wie vor darauf, dass Menschen im Normalfall durch Einkommen aus Erwerbsarbeit gesichert sind. Anderes ist davon abgeleitet oder atypisch. Sieht man in der Arbeit den Grund gesellschaftlicher Kooperation und die Quelle menschlichen Reichtums, ist das folgerichtig. Sozialrecht und Arbeitsrecht hängen inhaltlich und technisch zusammen, um eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie zu gewährleisten, und indem insbesondere die Sozialversicherung in Voraussetzungen und Leistungen an das Arbeitsverhältnis anknüpft<sup>38</sup>.

Der Zusammenhang von Arbeitsrecht und Sozialrecht ist durch die kooperative Regelung des Betrieblichen Eingliederungsmanagements<sup>39</sup> im Zusammenwirken mit der stufenweisen Wiedereingliederung<sup>40</sup> betont worden. Genau

an der Schnittstelle von arbeitsrechtlicher Entgeltfortzahlung und sozialrechtlichem Krankengeld soll in einem geregelten Verfahren die gemeinsame Verantwortung von Arbeitgebern, Beschäftigten, betrieblicher Interessenvertretung und Sozialleistungsträgern für Prävention, Risikoversicherung und einen möglichst sanften Übergang bei gewandelter Leistungsfähigkeit konkretisiert werden. Dieser kooperative Ansatz eines Betrieblichen Übergangsmanagements könnte auf andere Situationen übertragen werden, etwa den Wiedereinstieg nach Elternzeit oder einen etwa durch unterwertige Beschäftigung indizierten Weiterbildungsbedarf.

## II. Sicherungsziele im Lebenslauf

### 1. Sozialrecht im Lebenslauf

Die Vorstellungen darüber, welche Erwerbsbiographie als normal gilt und gelten soll, haben auf das Recht gewirkt und das so konstituierte Normalarbeitsverhältnis wirkt zurück auf die gesellschaftliche Wirklichkeit. Das gilt etwa für die Altersgrenzen, mit denen Sozialrecht Lebensphasen der typischen Ausbildung von solchen unterscheidet, in denen Aus- und Weiterbildung atypisch ist, für die Unterscheidung von Erwerbsleben und Ruhestand, für die Voraussetzungen einer auskömmlichen Rente bei Erwerbsminderung und im Alter und für die Reichweite einer noch am Lebensstandard anknüpfenden Sicherung bei Arbeitslosigkeit oder Krankheit. Das Sozialversicherungsrecht markiert, wie weit, wie lange und aus welchen Gründen man sich von einem Arbeitsverhältnis entfernen kann, ohne den Anschluss an Lebensstandard sichernde und nicht bedürftigkeitsgeprüfte Systeme zu verlieren. Es beschreibt insoweit das erweiterte Normalarbeitsverhältnis im Lebenslauf.

35 Abendroth, VVdStRL 1954, 85; Suhr, Der Staat 1970, 67; Badura, SGB 1980, 1; Bieback, Jura 1987, 229; Bull, ZSR 1988, 13; Zacher, VSSR 2000, 185.

36 Scheuner, DÖV 1971, 505; Bieback, EuGRZ 1985, 657; Neumann, DVBl. 1997, 92; Welti, Betrifft Justiz 2011, 81.

37 Vgl. Zacher, FS Stingl, 1984, S. 513-533.

38 § 7 SGB IV.

39 § 84 SGB IX; Welti, NZS 2006, 623; Kohte, DB 2008, 582; Deinert, NZA 2010, 969.

40 § 28 SGB IX; Gagel, Diskussionsforum Teilhabe und Prävention DVfR, Forum B 2005, 1; Nebe, DB 2008, 1801; Anton-Dyck, Stufenweise Wiedereingliederung nach § 28 SGB IX, § 74 SGB V, Frankfurt am Main 2011.

## 2. Sozialrecht an biographischen Übergängen

Besonders deutlich wird die Wechselwirkung von rechtlicher Regulierung und typischen Lebensläufen an biographischen Übergängen.<sup>41</sup> Der Arbeitsmarktforscher *Günter Schmid* hat verdeutlicht, dass sich die Regulierung des Arbeitsmarkts an den Übergängen entscheidet zwischen verschiedenen Formen von Arbeit, zwischen Erwerbsarbeit und Nicht-Erwerbsarbeit, aus Gründen der Familie, der Weiterbildung, der Gesundheit oder des Alters.<sup>42</sup> Diese Zustände und die Übergänge zwischen ihnen müssen sich im Übrigen weder im Recht noch im Leben strikt gegenüberstehen. Vielmehr kommen auch Gleichzeitigkeiten und allmähliche Übergänge, reduzierte Arbeitszeiten, unständige Beschäftigungsformen vor. Recht und soziale Institutionen neigen aber dazu, durch ein Entweder-oder (binärer Code) im Sinne von »arbeitslos/erwerbstätig«, »krank/arbeitsfähig«, »verfügbar/nicht verfügbar« Eindeutigkeit bei biographischen Übergängen vorzutauschen oder gar den Einzelnen abzufordern, wo diese den sozialen Realitäten und einer selbstbestimmten Biographie nicht immer entsprechen muss.

Individuen sind nicht bloß von Wechselfällen des Lebens getrieben. Genauso wenig aber können Einzelne souverän planen, wie gefragt und wie aktuell ihre Qualifikationen sind, wie sich ihre familiären Verhältnisse und Pflichten entwickeln oder wie es um ihre Gesundheit steht. Das Ziel einer selbstbestimmten Erwerbsbiographie kann also nur bedeuten, die soziale Einbindung in Arbeitsmarkt, Betrieb und Familie ernst zu nehmen und den Einzelnen mit den Mitteln des Rechts gerade in biographischen Übergängen Spielräume zu erhalten und zu schaffen.

## III. Probleme und Lösungen

### 1. Das Sozialrecht eines neuen Normalarbeitsverhältnisses

Wenn Sozialrecht schon heute das Normalarbeitsverhältnis mitkonstituiert, kann es auch dazu beitragen, es so zu erneuern, dass es den Realitäten und Werten der heutigen Zeit besser gerecht wird, in der Männer und Frauen gleichermaßen Teil der Arbeitswelt sind und die Vereinbarkeit von Sorgearbeit und Erwerbsarbeit nicht mehr in die Familie ausgelagert werden kann, einer Zeit, in der vorausgesetzt

wird, dass Wissen und Qualifikation mehrmals im Berufsleben erneuert werden müssen, und einer Zeit, die Menschen, deren Gesundheit von der Norm abweicht, nicht mehr aus dem Arbeitsleben ausschließen kann und will.

#### a. Neue Arbeitszeitformen

Das Sozialrecht darf sich neuen und erweiterten Formen des Beschäftigungsverhältnisses nicht verschließen, die im Arbeitsrecht und Arbeitsleben entwickelt werden. Hierzu dient vor allem die Sozialversicherungspflicht bei Freistellung von der Arbeit auf Grundlage von Wertguthabenvereinbarungen.<sup>43</sup> Damit wird der Grundsatz, dass sozialer Schutz an aktueller Beschäftigung anschließt, so erweitert, dass nicht ein täglicher oder monatlicher Austausch von Arbeit gegen Entgelt erforderlich ist, sondern Sorgearbeits-, Bildungs- und andere Übergangsphasen flexibel einbezogen werden können.

Um zu verhindern, dass die Flexibilisierung der Arbeitszeit sich statt an mehr Selbstbestimmung in der Erwerbsbiographie einseitig an betrieblichen und unternehmerischen Interessen orientiert, bedarf sie tariflicher und betrieblicher Regelungen. Zu regeln sind auch Anlage- und Insolvenzschutz<sup>44</sup> sowie Arbeitgeberwechsel. Hierzu gibt es Regelungen im Sozialversicherungsrecht. Es bestehen aber insoweit noch Zweifel, ob der notwendige Schutz hinreichend effektiv ist. So kontrolliert die Deutsche Rentenversicherung Bund, ob die Betriebe Wertguthaben gegen Insolvenz sichern. Als Sanktion besteht die Pflicht, das Wertguthaben aufzulösen, während der Anspruch auf die Sicherung nicht durchgesetzt werden kann. Effektiver könnte ein kollektives Sicherungssystem wie bei der betrieblichen Altersversorgung sein. Weiter gehend könnte die Führung der Wertguthaben insgesamt – und nicht nur bei Ende der Beschäftigung auf Antrag – auf die DRV Bund übertragen werden. Mit einer solchen sozialrechtlichen Lösung könnten die Betriebe von Aufwand und Konflikten entlastet werden. Zugleich wäre die Versicherung von Freistellungszeiten eine adäquate neue Aufgabe der Sozialversicherung.

41 *Hoerning*, in: *Voges* (Hrsg.), *Methoden der Biographie- und Lebenslauforschung* 1, Opladen 1987, S. 231 ff.

42 *Schmid*, *Wege in eine neue Vollbeschäftigung*, Frankfurt am Main 2002; *Kruppe*, *Beschäftigungssysteme als Summe individueller Übergänge am Arbeitsmarkt*, Nürnberg 2003.

43 §§ 7b-f SGB IV; vgl. *Knospe*, NZS 2009, 600; *Rolfs/Witschen*, NZS 2009, 295.

44 *Folkmann/Steinbrück-Weiß*, *NachrDRV HE* 2010, 11.

### b. Übergänge zwischen Arbeitsformen

Als problematisch für eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie erweisen sich nach wie vor unterschiedliche Regelungen der sozialen Sicherheit für abhängig und selbstständig Beschäftigte. Die Berufsfreiheit wäre effektiver geschützt, wenn bei den grundlegenden Sicherungssystemen möglichst wenige Unterschiede zwischen abhängiger und selbstständiger Arbeit bestünden.<sup>45</sup> Zwar ist weithin freiwilliger Versicherungsschutz für Selbstständige möglich.<sup>46</sup> Doch solange keine Pflicht besteht und der Schutz hohe Kosten hat, bleibt ein Anreiz, aus Wettbewerbsgründen auf sozialen Schutz zu verzichten.

### c. Teilsicherungen

Im Arbeitsrecht wurden und werden Ansprüche auf zeitweise Reduzierung der Arbeitszeit etwa in der Elternzeit<sup>47</sup> und Pflegezeit<sup>48</sup> oder bei gesundheitlichen Einschränkungen<sup>49</sup> sowie auf der Basis des allgemeinen Teilzeitanpruchs<sup>50</sup> auch für Weiterbildung und Studium als Alternative zur völligen Aufgabe der Arbeit etabliert. Zu fragen ist, ob das Sozialrecht hinreichend reagiert, insbesondere beim Einkommensrisiko und der Alterssicherung.

Am stärksten ist eine Teilsicherung bereits in den neueren Regelungen zur Vereinbarkeit familiärer Sorgearbeit und Erwerbsarbeit verwirklicht. Elterngeld und Elternteilzeit können individuell miteinander kombiniert werden und folgen dem Ausfallprinzip. Kindererziehungszeiten in der Rentenversicherung sind unabhängig von Einschränkungen der Erwerbsarbeit.

Dagegen wird in der Pflegezeit der Einkommensausfall gar nicht gesichert. Nur die pflegebedürftige Person bekommt das Pflegegeld – obwohl doch die Pflegeversicherung eine Sozialversicherung, das Elterngeld aber eine Fürsorgeleistung ist. In der Rentenversicherung wird Pflege für die pflegenden Angehörigen nach dem Grad der Pflegebedürftigkeit, nicht nach dem Erwerbsausfall berücksichtigt.<sup>51</sup>

Bei gesundheitlichen Einschränkungen besteht ein Anspruch für schwerbehinderte Menschen, die Arbeitszeit im gebotenen Maß zu reduzieren.<sup>52</sup> Erwerbsminderung kann aber nur als voll oder teilweise anerkannt werden.<sup>53</sup> Bei teilweiser Erwerbsminderung wird eine halbe Rente gezahlt. Die Erwerbstätigkeit neben der Rente ist durch Zuverdienstgrenzen<sup>54</sup> beschränkt. Insbesondere die Teilerwerbsminderungsrente beruht auf der Annahme, dass man noch gleichzeitig arbeiten kann und Arbeit findet.

Eigentlich ist die Erwerbsminderungsrente regelhaft befristet<sup>55</sup>, so dass sie im Normalfall eine Unterbrechung des Erwerbslebens, ein Übergang zwischen verschiedenen Beschäftigungsphasen sein soll. Die uns aus Statistik und Forschung bekannte Wirklichkeit sieht anders aus.<sup>56</sup> Ein Grund dafür kann sein, dass sozialrechtliche und arbeitsrechtliche Regelungen nicht hinreichend aufeinander abgestimmt sind. Wer Teilerwerbsminderungsrente bekommt, hat nicht in jedem Fall einen Anspruch auf Teilzeitarbeit. Stattdessen sehen Tarifverträge etwa im öffentlichen Dienst<sup>57</sup> noch immer vor, dass man bei Rentenbeginn aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet. Zuverdienstgrenzen können, gerade bei qualifizierter Arbeit, den Übergang in eine der gesundheitlichen Situation angepasste Arbeit hemmen. Die Rollenbilder »Rentner« und »Erwerbstätiger« sind nach wie vor rechtlich und gesellschaftlich zu stark als Gegensatz konstruiert, um behinderte und beeinträchtigte Menschen effektiv einzubeziehen.

Bei der Arbeitsunfähigkeit gibt es nur entweder »au« oder »nicht au«. Die stufenweise Wiedereingliederung während der Arbeitsunfähigkeit<sup>58</sup> ist sinnvoll, um gesundheitsbedingte Übergänge zu gestalten. Sie ist jedoch in der Praxis der Rentenversicherungsträger und Krankenkassen ganz auf das bestehende Beschäftigungsverhältnis konzentriert. Eine Neu-Eingliederung in angepasste Beschäftigung noch während der Arbeitsunfähigkeit ist ebenso wenig vorgesehen wie eine Kostenteilung zwischen Sozialleistungsträger und Arbeitgeber, die der Interessenlage gerade bei längerer

45 Bieback, SF 1999, 166; Welti, SozSich 2001, 223; Schulze Buschhoff, in: Pongratz/Büchmann (Hrsg.), Prekäres Unternehmertum, Wiesbaden 2010, S. 169 ff.

46 § 9 SGB V; §§ 4, 7 SGB VI; § 6 SGB VII; § 28a SGB III.

47 § 15 Abs. 5-7 BEEG; Düwell, NZA 2009, 759.

48 § 3 PflegeZG; Preis/Nehring, NZA 2008, 729.

49 § 81 Abs. 5 SGB IX.

50 § 8 TzBfG; Däubler, ZIP 2001, 217; Schiek, KJ 2002, 18; Zwanziger, in: Wißmann (Hrsg.), Jahrbuch des Arbeitsrechts. Gesetzgebung – Rechtsprechung – Literatur. 41, Berlin 2004, S. 103 ff; Kohte/Schulze-Doll, AuR 2009, 313.

51 § 166 Abs. 2 SGB XI.

52 § 81 Abs. 5 SGB IX.

53 § 43 SGB VI.

54 § 96a SGB VI.

55 § 102 Abs. 2 SGB VI.

56 Vgl. Reese/Mittag, S + P 2013, 343-359; G. Bäcker, SozSich 2012, 365-373.

57 § 33 Abs. 2 TVÖD.

58 § 28 SGB IX; § 74 SGB V.

Krankheit und einem stufenweisen Wiedergewinnen der Leistungsfähigkeit eher entsprechen könnte.

Auch bei der Weiterbildung sind die sozialrechtlichen Instrumente ganz überwiegend darauf abgestellt, dass Personen sich entweder in Beschäftigung oder in Weiterbildung befinden.<sup>59</sup> So kann die Bundesagentur Weiterbildung im Wesentlichen für Personen fördern, die entweder arbeitslos oder von Arbeitslosigkeit bedroht sind<sup>60</sup> oder die sich während einer Beschäftigung im betrieblichen Interesse weiterbilden<sup>61</sup>. Der Fall, dass sich jemand neben einer Teilzeitbeschäftigung weiterbildet, um etwa neue Qualifikationen für eine anderweitige Vollzeitbeschäftigung zu erwerben, ist hier nicht vorgesehen.

## 2. Struktur und Sicherungsziele im Lebenslauf

Die soziale Sicherung eines neuen Normalarbeitsverhältnisses muss nach Zielen und Struktur offen sein für Übergänge im Lebenslauf. Die Sozialversicherung verwirklicht dies schon seit langem für Übergänge zwischen verschiedenen abhängigen Beschäftigungen, indem sie weder den Zugang zu ihr noch das Niveau der Sicherung bei Krankheit, Pflegebedürftigkeit, Alter, Invalidität und Arbeitslosigkeit beeinträchtigen. Nicht so durchgängig ist die Toleranz gegenüber Phasen der Nicht-Erwerbsarbeit, solange diese nicht auf einer Freistellung durch Wertguthaben beruhen.

### a. Krankenversicherung

Nahezu umfassend erhalten bleibt bei Erwerbsunterbrechungen der Zugang zur Kranken- und Pflegeversicherung. Hier bestehen aber erhebliche Unterschiede je nach Grund der Auszeit. Während durch die Ehegattenversicherung<sup>62</sup> nicht nur Zeiten der familiären Sorge für Kinder, sondern auch Auszeiten aus beliebigen anderen Gründen gesichert sind, ist ein finanziell privilegierter Zugang zur Krankenversicherung bei Alleinerziehenden auf die Elternzeit<sup>63</sup> beschränkt. Für die Krankenversicherung während einer arbeitsrechtlichen Pflegezeit werden Zuschüsse geleistet<sup>64</sup>, nicht jedoch während anderer Zeiten, in denen pflegebedingt keine Erwerbsarbeit geleistet wird.

Der vergünstigte Zugang zur Krankenversicherung wegen einer Bildungszeit ist auf Studierende regelmäßig bis zum 30. Lebensjahr begrenzt<sup>65</sup>, während man während einer Weiterbildung eigenständig meist nur günstig krankenversichert ist, wenn Arbeitslosengeld oder Übergangsgeld geleistet wird<sup>66</sup>.

### b. Sicherung im Alter und bei Erwerbsminderung

Für die Alterssicherung ist ein ununterbrochener Versicherungsstatus weniger wichtig als bei der Krankenversicherung, wenn dadurch der Zugang zu den Leistungen unbeeinträchtigt bleibt. Bei gesetzlichen und betrieblichen Altersrenten ist das so. Fraglich ist aber, ob das Sicherungsziel beeinträchtigt wird, wenn die Erwerbstätigkeit unterbrochen wird. Wenn eine gerade noch auskömmliche Rente mit 45 Entgeltpunkten erreicht wird<sup>67</sup>, so können insbesondere bei unterdurchschnittlichen Einkommen schon wenige Jahre der Teilzeit oder Nichtarbeit das Sicherungsziel gefährden. Je mehr das allgemeine Sicherungsniveau also auf Kante genäht ist, desto dringlicher wird es, jedenfalls bestimmte typische Tatbestände im Lebenslauf zu berücksichtigen.

Die Sorgearbeit für Kinder führt zu drei Entgeltpunkten pro Kind sowie zehn Jahren Berücksichtigungszeit.<sup>68</sup> Ob es noch zeitgemäß ist, die Pflegezeit geringer zu bewerten, sie nach Pflegestufen zu bewerten und bei Vollzeitbeschäftigten und Rentnern nicht zu berücksichtigen, ist zu diskutieren.

Bildungszeiten werden für die Alterssicherung außerhalb der betrieblichen Ausbildung und der während Arbeitslosigkeit geförderten Weiterbildung kaum noch berücksichtigt. Dass Studienzeiten nicht mehr bewertet werden, wurde seinerzeit mit dem im Lebenslauf relativ höheren Gesamteinkommen Studierender begründet. Je allgemeiner jedoch die Anforderung wird, im Lebenslauf Zeiten für Studium und Weiterbildung vorzusehen, umso plausibler ist es, zumindest einen Teil der Bildungszeiten bei der Rente zu berücksichtigen, möglicherweise auch als einen Ausgleich bei bildungsbedingt reduzierten Arbeitszeiten.

Für den Zugang zur Erwerbsminderungsrente müssen in den fünf Jahren vor der Erwerbsminderung drei Jahre Pflichtbeiträge für eine versicherte Tätigkeit bezahlt worden sein. Zwar verlängern sich die fünf Jahre um Anrechnungs-

59 Vgl. Kocher/Welti, WISO Diskurs, Februar 2013.

60 § 81 Abs. 1 Nr. 1 SGB III.

61 § 82 SGB III.

62 § 10 SGB V.

63 § 224 SGB V.

64 § 44a SGB XI.

65 § 5 Abs. 1 Nr. 9 SGB V.

66 § 5 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 6 SGB V.

67 § 154 Abs. 3 Nr. 2 SGB VI.

68 §§ 56, 57 SGB VI.

und Berücksichtigungszeiten<sup>69</sup>, die viele biographische Übergangssituationen abdecken. Doch können etwa Personen, die studiert und dann ein Kind erzogen haben, diese Anforderung nicht erfüllen, wenn sie erwerbsgemindert werden. Sie haben sich biographisch »normal« verhalten, werden aber für die Sicherung eines Lebensrisikos auf Fürsorgeleistungen verwiesen.

### c. Arbeitsmarkt

Ähnlich wie die versicherungsrechtlichen Voraussetzungen in der Rentenversicherung wirkt die Anwartschaftszeit in der Arbeitslosenversicherung.<sup>70</sup> Hier ist es erforderlich, innerhalb von zwei Jahren ein Jahr pflichtversichert gewesen zu sein, um Anspruch auf Arbeitslosengeld zu haben. Zwar sind auch hier zahlreiche Tatbestände einschließlich der Kindererziehung bis zum dritten Lebensjahr, der Pflegezeit und von Lohnersatzleistungen einbezogen.<sup>71</sup> Doch führen auch hier gerade viele Bildungszeiten zum Verlust des Versicherungsschutzes, weil sie unter keinen Tatbestand der Versicherungspflicht fallen. Zudem führen auch die berücksichtigten Zeiten ebenso wie Teilzeitarbeit oft nur zu Ansprüchen, deren Höhe das Grundsicherungsniveau nicht überschreitet.<sup>72</sup> Damit müssen dann ergänzend Leistungen nach dem SGB II beansprucht werden und es gilt – trotz Versicherungsschutz – das verschärfte Bedürftigkeits- und Zumutbarkeitsregime. Gerade die Gefahr, »in Hartz IV zu rutschen«, kennzeichnet aber für viele Menschen die psychologische und rechtliche Grenze zwischen einem sanften Übergang und einem harten Übergang.

## 3. Sicherung für Übergangssituationen

Einen anderen systematischen Blick gewinnt man, wenn man nicht gewachsene Versicherungszweige, sondern biographische Übergangssituationen in den Blick nimmt.

### a. Bildungszeiten

Bildungszeiten sind im Sozialrecht nicht einheitlich und konsistent eingeordnet. Die Zeit eines Studiums wird an der Institution Hochschule festgemacht.<sup>73</sup> Sie ist für die Krankenversicherung regelmäßig nur bis zum 30. Lebensjahr relevant, für die Rentenversicherung ohne Altersgrenze als Anrechnungszeit, dafür nur bis zu acht Jahre. In der Arbeitslosenversicherung und Grundsicherung ist das Studium fast ein Nullum, das nur im Regelfall die Verfügbarkeit für den Arbeitsmarkt ausschließt<sup>74</sup> – eine Fiktion,

die sich mit der Lebensrealität vieler Studierender nicht deckt. Für den Lebensunterhalt selbst wird bei Bedürftigkeit Ausbildungsförderung gezahlt, jedoch regelmäßig nur bis zum 30. Lebensjahr, im Master bis 35.<sup>75</sup>

Die Zeit der Weiterbildung wird nicht durch Institutionen definiert. Für die fehlt es schon an einem rechtlichen Rahmen, der in den Ländern geschaffen werden müsste. Sie ist sozialrechtlich sichtbar entweder als Zeit der Beschäftigung, der Arbeitslosigkeit<sup>76</sup> oder durch Bezug von Ausbildungsgeld<sup>77</sup> oder Übergangsgeld<sup>78</sup>, wenn die Weiterbildung eine behinderungsbedingte Teilhabeleistung ist. Nur dann vermittelt sie auch Versicherungsschutz. Steuerfinanziert ist das AFBG, um sich beruflich fortzubilden oder den Meistergrad zu erwerben. Der Lebensunterhalt bei Weiterbildung wird also regelmäßig nur gefördert bei Arbeitslosigkeit, wenn es um einen ersten Abschluss geht, oder zum Meister hin.

Studium oder Weiterbildung außerhalb der genannten Tatbestände erfolgen sozialrechtlich gesehen »auf eigene Gefahr«. Wer im Sinne einer selbstbestimmten Erwerbsbiographie jenseits des 30. Lebensjahres und jenseits seines bisherigen Berufes studieren oder sich weiterbilden will, mag nicht nur im eigenen Interesse, sondern auch in dem eines dynamischen Arbeitsmarktes und einer produktiven Ökonomie handeln. Gleichwohl ist dieser biographische Übergang für das Sozialrecht atypisch. Geht jemand aus einem ungeliebten, vielleicht perspektivlosen Arbeitsverhältnis heraus, um sich weiterzubilden, kann es sein, dass er keine Förderung, sondern eine Sperrzeit<sup>79</sup> beim Arbeitslosengeld bekommt, wenn auch die Rechtsprechung eine Abwägung der Interessen fordert<sup>80</sup>.

69 §§ 43 Abs. 4, 57, 58 SGB VI.

70 § 142 SGB III.

71 § 26 SGB III.

72 § 345 SGB III regelt die beitragspflichtigen Einnahmen der nach § 26 SGB III versicherungspflichtigen Personen, zB. bei einer Pflegezeit mit 10% der monatlichen Bezugsgröße.

73 § 5 Abs. 1 Nr. 9 SGB V; § 58 Abs. 1 Nr. 4 SGB VI; § 2 Abs. 1 Nr. 8c SGB VII.

74 § 7 Abs. 5 SGB II; § 139 Abs. 2 SGB III.

75 § 10 Abs. 3 Satz 1 BAföG.

76 § 144 SGB III.

77 § 122 SGB III.

78 § 45 Abs. 2 SGB IX; § 119 SGB III.

79 § 159 SGB III.

80 BSG, 12.7.2006 – B 11a AL 55/05 R – SozR 4-4300 § 144 Nr. 14; LSG Berlin-Brandenburg, 6.9.2011 – L 18 AL 245/11 B PKH; umfassend: *Bieback*, SR 2011, 21.

Insgesamt ist die sozialrechtliche Berücksichtigung von Bildungszeiten weder gleichmäßig auf selbstbestimmte Entscheidungen in der Erwerbsbiographie noch auf den aktuellen Stand der Bildungspolitik noch auf einen Arbeitsmarkt abgestimmt, auf dem qualifizierte, auch ältere Arbeitskräfte zunehmend gesucht werden. Zwischen der Förderung für einen ersten Abschluss und derjenigen für den Meister klafft eine Lücke. Die neue Systematik des Hochschulstudiums, wonach auf den Bachelor als erste Phase nicht sogleich der Master folgen muss, sondern auch eine Zeit der Berufstätigkeit folgen kann, wenn nicht sogar sollte, ist sozialpolitisch und sozialrechtlich noch nicht aufgegriffen worden. Das Sozialrecht reproduziert insoweit einen Lebenslauf, der Ausbildungs- und Berufphase säuberlich scheidet, der bildungs- und auch arbeitsmarktpolitisch und in der Realität vieler Individuen nicht mehr gewollt ist.

#### b. Sorgearbeitszeiten

Sorgearbeitszeiten für Kindererziehung und Pflege werden mittlerweile in vielen Zweigen des Sozialrechts berücksichtigt. Sie sind Teil jener Vielzahl von ehe- und familienbezogenen Leistungen, über die in den Medien viel diskutiert wird, da zweifelhaft sei, ob sie ihre Ziele erreichen.<sup>81</sup> Jedenfalls in den Medien war Ziel vor allem die Steigerung der Kinderzahl. Nun sind realisierte Kinderwünsche zweifellos ein Indikator für funktionierende soziale Sicherheit. Doch gibt es unterschiedliche Gründe, Kindererziehung in der sozialen Sicherheit zu berücksichtigen. Betrachten wir diese Leistungen unter dem Gesichtspunkt der biographischen Selbstbestimmung, zu der heute vor allem gehört, Kindererziehung – und auch andere Formen der Verantwortung für Angehörige – mit Erwerbstätigkeit im Lebenslauf vereinbaren zu können, ist vor allem wichtig, dass Erwerbsarbeit nur übergangsweise ausgesetzt und unterbrochen werden muss und dass dies nicht zu Rechtsverlusten und dauerhafter Abkehr vom sozial gesicherten Beschäftigungsverhältnis führen muss.

Für den engen Rahmen der ersten Lebensjahre des Kindes bildet sich mit Elternzeit und Elterngeld, Anspruch auf Kinderbetreuung<sup>82</sup> und Kindererziehungszeiten<sup>83</sup> allmählich eine schlüssige Regulierung heraus. In der Arbeitslosenversicherung allerdings begründet Kindererziehung nur dann Versicherungspflicht, wenn bereits vorher ein Versicherungsverhältnis bestand.<sup>84</sup> Kindererzie-

hungszeiten allein geben in der Rentenversicherung keinen Eintritt in die Sicherung gegen Erwerbsminderung. Die biographische Variante, Kinder vor dem Studium oder während des Studiums zu bekommen, wird, auch wegen der mangelnden Elastizität von Bildungszeiten für Sorgearbeit, im Sozialrecht nicht mitgedacht und unterstützt. Die gerade in Deutschland geltende soziale Norm, Familiengründung und Berufseinstieg in die gleiche Lebensphase zu setzen, wird auch durch rechtliche Regulierung unterstützt und trägt möglicherweise ebenso zu Ungleichheit im Geschlechterverhältnis wie zu niedrigen Geburtenraten bei.

#### c. Gesundheitsbedingte Einschränkungen

Zeiten gesundheitsbedingter Einschränkungen werden im Arbeits- und Sozialrecht als Arbeitsunfähigkeit<sup>85</sup>, geminderte Leistungsfähigkeit<sup>86</sup> und Erwerbsminderung<sup>87</sup> berücksichtigt und können zu Ansprüchen für Lebensunterhalt und soziale Sicherheit führen. Die sozialpolitischen und rechtlichen Begriffe berücksichtigen heute noch nicht hinreichend, dass Gesundheitsbeeinträchtigungen und ihr Kontext, auch im Arbeitsleben, zu vielen Situationen gewandelter Leistungsfähigkeit führen können. Oft ist insoweit nicht der dauerhafte Übergang aus dem Arbeitsleben heraus, sondern ein Übergang innerhalb der Erwerbsbiographie die Folge gesundheitlicher Einschränkung. Die daraus folgenden konkreten Einkommensverluste müssten eigentlicher Gegenstand einer auf das Arbeitsleben bezogenen Sozialversicherung sein, nicht wie bisher ein eher abstrakt beurteiltes Erwerbsvermögen.

Mit dem Betrieblichen Eingliederungsmanagement, der stufenweisen Wiedereingliederung, dem Arbeitsrecht und Sozialrecht verzahnenden Schwerbehindertenrecht und der medizinischen und beruflichen Rehabilitation bestehen in diesem Bereich aber schon viele Regelungen, die als Vorbilder für andere soziale Risiken und Übergangssituationen herangezogen werden können.

81 Vgl. *BMFSFJ*, Politischer Bericht zur Gesamtevaluation ehe- und familienbezogener Leistungen, 2013.

82 §§ 24, 24a SGB VIII.

83 § 56 SGB VI.

84 § 26 Abs. 2 a SGB III.

85 § 44 SGB V; § 3 EFZG.

86 § 145 SGB III.

87 § 43 SGB VI; § 41 SGB XII.

## IV. Schluss

Bei aller Kritik ist festzuhalten, dass sich die deutsche Sozialpolitik in den letzten Jahrzehnten in zahlreichen Reformen damit befasst hat, das Sozialrecht den Veränderungen im Lebenslauf und den Ansprüchen an eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie anzupassen. Verwaltung, Rechtsprechung und Wissenschaft des Sozialrechts haben sich zugleich bemüht, diese oftmals nur an einzelnen Enden eines großen Systems anpackenden Regelungen zu einem schlüssigen System zu machen.

Bei aller gesetzlichen Regelungstiefe bedarf auch das Sozialrecht der Konkretisierung und Erprobung im Kontakt zur gesellschaftlichen Wirklichkeit, zu den Ansprüchen der Menschen und der Realität in den Betrieben und Unternehmen. Insofern ist zwar an einigen Stellen eine neue

Systematik gefragt, die nur der Gesetzgeber schaffen kann. Zugleich brauchen aber soziale und kommunale Selbstverwaltung und betriebliche Akteure Spielräume, um Regelungen zu konkretisieren und den sich wandelnden Realitäten und Biographien anzupassen.

Für das gute Leben sind wir selbst verantwortlich. Aber damit wir es gestalten können, brauchen wir Selbstbestimmung und Teilhabe. Der soziale Rechtsstaat soll diese Voraussetzungen schaffen und schützen. Arbeitsrecht und Sozialrecht können die Voraussetzungen einer selbstbestimmten Erwerbsbiographie in einem guten Arbeitsleben sichern. Auch für diese Voraussetzungen guter Arbeit und guten Lebens sind wir als politische Menschen selbst verantwortlich, weil sie in der Gesetzgebung und Verwaltung, in Tarifverträgen und Betrieben gestaltet werden.

# Selbstbestimmte Erwerbsbiographie und Arbeitsmarktpolitik – das Recht auf Weiterbildung nach dem Arbeitsförderungsrecht<sup>1</sup>

Sabine Knickrehm, Richterin am Bundessozialgericht

## I. Einleitung

Das Projekt »Soziales Recht der Arbeit«<sup>2</sup> hat sich mit dem Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie befasst und gefragt, welche Anforderungen an die arbeits- und sozialrechtliche Regulierung zu stellen sind, um sie zu verwirklichen. Es geht also um die Entwicklung oder Weiterentwicklung von sozialrechtlichen Strukturen zur Sicherung von Risiken, die sich aus der Unterbrechung oder der Veränderung des Beschäftigungsverhältnisses ergeben. Wenn es um die selbstbestimmte Erwerbsbiographie geht, kommt dem Sozialrecht im Fokus der vorliegenden Studie allerdings ohnehin nur flankierende Wirkung zu. Flankierende Wirkung insoweit, als es die Anpassung des Arbeitsverhältnisses in »Übergangssituationen« durch Sozialleistungen unterstützen oder finanziell absichern oder den Schutz vor der Entwertung von Anwartschaften auf eine spätere Sozialleistung gewährleisten soll. Ausgangspunkt der Studie sind insoweit Anpassungen in einem bestehenden Arbeitsverhältnis. Im nachfolgenden Beitrag soll der Fokus etwas erweitert werden auf die Veränderungen, wenn – aus welchem Grunde auch immer – kein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis (mehr) besteht, sprich Arbeitslosigkeit vorliegt, oder das Arbeitsverhältnis »grundlegend« inhaltlich verändert werden soll.

Anknüpfungspunkt ist die Anfang Februar von »SPIEGEL ONLINE« im Zusammenhang mit der OECD-Studie zur Zuwanderung von Fachkräften nach Deutschland gemeldete Nachricht, dass Bundesregierung und Opposition zur Bekämpfung des Fachkräftemangels vorrangig darauf setzen würden, das Arbeitskräftepotential im Inland besser auszunutzen – etwa durch die Ausweitung der Erwerbsbeteiligung von Frauen und Älteren sowie eine Verringerung der Schulabbrecherzahlen bei jungen Menschen.<sup>3</sup> Dies soll Anlass sein danach zu fragen, welchen Platz die »Selbstbestimmung« in der Arbeitsmarktpolitik in Gestalt des Arbeitsförderungsrechts hat, hatte bzw. haben

kann. Passen Arbeitsmarktpolitik und Selbstbestimmung zusammen oder schließen sie sich aus? Dazu soll kurz die Entwicklung der Arbeitsmarktpolitik vom AVAVG zum SGB III in Gestalt des Gesetzes zur Verbesserung der Eingliederungschancen am Arbeitsmarkt<sup>4</sup> aufgezeigt werden (II). Konkret soll dann die »Eingliederungsleistung Weiterbildung« als Maßnahme zur Beeinflussung der Erwerbsbiographie im Fokus stehen. Betrachtet werden dabei die Leistungsvoraussetzungen, die Ausgestaltung der Leistungen und die finanzielle Absicherung in der Weiterbildungsphase auf der Zeitschiene von Ende der 60er Jahre bis heute (III). Am Ende des Beitrags soll alsdann ein Fazit gezogen und die Frage beantwortet werden, ob die selbstbestimmte Erwerbsbiographie durch Arbeitsmarktpolitik nicht nur gefördert werden, sondern die Leistungen der »Arbeitslosenversicherung« als in Gesetz gegossene Arbeitsmarktpolitik Grundlage hierfür sein können (IV).

## II. Selbstbestimmung und Arbeitsmarktpolitik

### 1. Entwicklung der Arbeitsmarktpolitik vom AVAVG zum SGB III<sup>5</sup>

Während der Schwerpunkt der Arbeitsmarktpolitik des AVAVG bei den Maßnahmen zur Behebung der Folgen der Arbeitslosigkeit sowie der Arbeitsvermittlung lag, folgte

1 Kommentar zum Beitrag von Felix Welti in diesem Heft (SR 3/2013, S. 92), gehalten am 22.2.2013 auf der Tagung »Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie« der Hans-Böckler-Stiftung in Berlin.

2 S. Welti, SR 3/2013, S. 92, Fn. 2.

3 SPIEGEL ONLINE vom 4.2.2013, Trotz Fachkräftemangel: Deutsche Firmen werben kaum um Zuwanderer.

4 Vom 20.12.2011, BGBl. 2011 I, S. 2854, zum größten Teil in Kraft getreten am 1.4.2012.

5 Auszugsweise aus S. Knickrehm, FS Bieback, 2010, S. 31–37.

die Neuregelung des Arbeitsförderungsrechts in Gestalt des 1969 in Kraft getretenen AFG dem Konzept der aktiven Arbeitsmarktpolitik<sup>6</sup>. In der Bundesrepublik ging man eingepasst in das Konzept der keynesianischen Globalsteuerung<sup>7</sup> von der Möglichkeit einer rationalen Steuerung des Arbeitsmarktes aus. Dadurch sollte es ermöglicht werden, Strukturkrisen zu vermeiden und Massenarbeitslosigkeit zu verhindern. Dahinter stand die Überzeugung, die Allokationsprozesse auf dem Arbeitsmarkt durch vorausschauende anstatt bloß reagierende Politik<sup>8</sup> optimieren zu können<sup>9</sup>. Bemerkenswert ist insoweit die im Hinblick auf das Beschäftigungsniveau vorgenommene Orientierung an einem prophylaktischen Instrumenteneinsatz und der verteilungspolitische Aspekt der Verknüpfung von arbeitsmarkt- und sozialpolitischen Instrumenten.<sup>10</sup> Den Leistungen zur Förderung der beruflichen Bildung kam eine zentrale Rolle im Rahmen der arbeitsmarktpolitischen Instrumente des AFG zu.<sup>11</sup> Nachdem die Arbeitslosenzahlen in den folgenden Jahren dramatisch stiegen, wurde das Arbeitsförderungsrecht im Wesentlichen zunächst zu einer Arbeitslosenförderung.<sup>12</sup> Nach dem Fall der Mauer wurden anfangs zwar noch einmal wieder neue aktive und am Arbeitsmarkt ansetzende Instrumente »erfunden« (»produktive Arbeitsförderung Ost«, die später auch in Form der »Strukturanpassungsmaßnahmen« im Westen zum Einsatz kam). Die grundlegende Wende in der Arbeitsmarktpolitik zeichnete sich jedoch bereits ab. Die äußerliche Wende vollzog sich mit dem Übergang ins SGB III 1997<sup>13</sup>/1998<sup>14</sup>. In den Mittelpunkt des »Instrumenteneinsatzes« rückte alsdann in den nächsten Jahren zunehmend mehr die Arbeitsvermittlung. Erstmals durch das Job-AQTIV-Gesetz<sup>15</sup> wurde die »Aktivierung« zur Leitidee der Arbeitsmarktpolitik<sup>16</sup>. Der »Marktkunde« sollte vom passiven Objekt staatlicher Hilfe zum aktiven Vertragspartner und Gesellschaftsmitglied werden.<sup>17</sup> »AQTIV« bedeutet: Aktivieren, Qualifizieren, Trainieren, Investieren und Vermitteln. Spätestens zu Beginn der Arbeitslosigkeit sollte mittels intensiver Beratung und Einschätzung individueller Chancen und Potenziale – durch das sogenannte »Profiling« – ein Bewerberprofil erstellt werden, um individuelle Vermittlungsstrategien entwickeln zu können, die in einer Eingliederungsvereinbarung festzuhalten waren. Die Änderungen des SGB III durch die »Hartz-Gesetze«<sup>18</sup> brachten für die »Marktkunden« neue oder »moderne« Instrumente (Entgeltsicherung für ältere Arbeitnehmer, den Existenzgründungszuschuss, »Ich-AG« und Personal-

Service-Agenturen als integrationsorientierte Zeitarbeitsgesellschaften) mit sich. Zugleich wurden die Anforderungen an die »Anpassungsbereitschaft« und Mitwirkung des Erwerbslosen erhöht.<sup>19</sup> Er muss sich nun fördern lassen, wird zur aktiven Beteiligung an einer Steigerung seiner Beschäftigungsfähigkeit aufgefordert. In einem ersten Schritt mit dem Gesetz zur Neuausrichtung der arbeitsmarktpolitischen Instrumente<sup>20</sup> und vollendet durch das Gesetz zur Verbesserung der Eingliederungschancen am Arbeitsmarkt aus Dezember 2011 (Eingliederungschancengesetz)<sup>21</sup> wurden die Instrumente der aktiven Arbeitsmarktpolitik zusammengefasst und neu geordnet. Ein Teil der bisherigen Instrumente war als unwirksam oder sogar der Integration in Beschäftigung hinderlich befunden worden. So wurde insbesondere die Vermittlung als Kernbereich der Arbeitsmarktpolitik von detaillierten Regelungen »befreit«, um – wie es in der Gesetzesbegründung heißt – die Spielräume für eine individuelle bedarfsgerechte Unterstützung zu erweitern<sup>22</sup>. Die »aktive Arbeitsförderung« des Eingliederungschancengesetzes oder besser »aktivierende Arbeitsmarktpolitik« hat nicht mehr oder nur noch sehr eingeschränkt den Arbeitsmarkt, sondern das Individuum

6 Altmann, Aktive Arbeitsmarktpolitik, Stuttgart 2004, S. 116.

7 Mirbach, Arbeitsmarkt und Wohlfahrtsstaat, Opladen 1993, S. 22.

8 Mirbach (Fn. 7), S. 22.

9 Schmid, APuZ 27/2009, 3, 5.

10 Mirbach (Fn. 7), S. 23.

11 Altmann (Fn. 6), S. 139; Spellbrink, NZS 2008, 253; Schmid/Oschmiansky, in: BMAS und Bundesarchiv/Hockerts (Hrsg.), Geschichte der Sozialpolitik in Deutschland seit 1945, Band 5 1966-1974 Bundesrepublik Deutschland – Eine Zeit vielfältigen Aufbruchs, Baden-Baden 2006, S. 368; s. auch Fuchsloch, FS Ingo Richter, 2008, S. 212.

12 Fuchsloch (Fn. 11), S. 213.

13 Eingordnet durch Art. 1 des Gesetzes vom 24.3.1997, BGBl. 1997 I, S. 594.

14 Oschmiansky/Ebach, APuZ 27/2009, 15.

15 Gesetz zur Reform der arbeitsmarktpolitischen Instrumente (Job-AQTIV-Gesetz) vom 10.12.2001, BGBl. 2001 I, S. 3443.

16 Vgl. Spellbrink, info also 2005, 195, der darlegt, dass das Job-AQTIV-Gesetz erstmals weitestgehend dem Konzept des aktivierenden Sozialstaats gefolgt sei, mehr zu diesem Konzept s. II.3; Spellbrink, SGB 2004, 75.

17 S. Knickrehm/Spellbrink, in: von Maydell/Ruland/Becker (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, Baden-Baden 2008, S. 1071 mit zahlreichen weiteren Nachweisen; s. auch Bieback, KJ 2003, 25, 26.

18 ArbMDienstLG 3 = Drittes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, BGBl. 2003 I, S. 2848.

19 Bieback, KJ 2003, 26, 30, 32, 34.

20 BGBl. 2008 I, S. 2917.

21 Vom 20.12.2011, BGBl. 2011 I, S. 2854, zum größten Teil in Kraft getreten am 1.4.2012.

22 BT-Drs. 16/10810, S. 1, Probleme und Ziele.

im Blick.<sup>23</sup> So setzt das Eingliederungschancengesetz denn auch in diesem Sinne konsequent beim Individuum an, wenn es die Flexibilisierung und Individualisierung des Instrumenteneinsatzes bewirken will, mit dem Ziel, den Einzelnen bei der raschen Integration in Ausbildung oder ungeforderte Erwerbstätigkeit zu unterstützen.<sup>24</sup>

## 2. Aktivierung und »selbstbestimmte Erwerbsbiographie«

Grundsätzlich gilt, Unterstützung bei der »Selbstbestimmung in der Erwerbsbiographie« durch Maßnahmen der Arbeitsförderung kann immer nur innerhalb der systematischen Grenzen dieses Sozialversicherungszweigs erfolgen. Da das zu sichernde Risiko der Arbeitsförderung die »Arbeitslosigkeit« ist, muss im Interesse der Systemgerechtigkeit eine Bildungsmaßnahme als Eingliederungsinstrument immer an diesem Risiko ausgerichtet sein. Dh. der Wechselbezug zwischen Bildungs- und Beschäftigungssystem war und ist in der Arbeitsförderung immer funktionalistisch<sup>25</sup>, also auf den Arbeitsmarkt und dessen Anforderungen bezogen. Dies galt auch für die aktive Arbeitsmarktpolitik des AFG. Dort wurde das gut ausgebaute System der Maßnahmen der beruflichen Bildung allerdings mit dem Aspekt der Prävention, der Vorbeugung vor Arbeitslosigkeit, gerechtfertigt.<sup>26</sup>

Wie soeben dargelegt hatte die aktive Arbeitsmarktpolitik des AFG ihren Ansatz am Arbeitsmarkt.<sup>27</sup> Sie wollte das Individuum durch prophylaktische Maßnahmen, zB. die berufliche Qualifizierung, für den Arbeitsmarkt »fit« halten und machen. Hier könnte ein Element der Selbstbestimmung aufscheinen. Andererseits sollte dies – der Natur von Arbeitsmarktpolitik und dem System der Arbeitslosenversicherung entsprechend – nur durch Maßnahmen erfolgen, die ein arbeitsmarktpolitisch »sinnvolles« Ziel iS. der Steuerung des Marktes hatten. Dies muss jedoch nicht unbedingt ein Gegensatz sein, denn Qualifikation, die auf dem Arbeitsmarkt nicht nachgefragt wird, kann auch nur schwerlich eine Grundlage für eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie sein, zumindest dann nicht, wenn das Wort »Erwerbsbiographie« die Ausübung einer Erwerbstätigkeit beinhaltet. Ob die arbeitsmarktpolitischen Instrumente der aktiven Arbeitsmarktpolitik ein Beitrag hierzu sein konnten, hängt von zweierlei ab. Zum einen von der konkreten Ausgestaltung der Instrumente selbst und zweitens von ihrem konkreten Einsatz, also dem »Ver-

waltungshandeln«. Zu Letzterem bedürfte es eingehenderer Untersuchungen. Dies würde jedoch nicht nur den Rahmen des Beitrags sprengen, sondern erscheint, da es sich um »altes Recht« handelt, hier nicht wirklich weiterführend. Zu den Leistungsvoraussetzungen und sonstigen rechtlichen Rahmenbedingungen folgen sogleich nähere Ausführungen unter III., denn im Hinblick auf die Frage nach der sozialleistungsrechtlichen Unterstützung der selbstbestimmten Erwerbsbiographie wie auch vor dem Hintergrund des beklagten Fachkräftemangels bei entspannterer Arbeitsmarktlage<sup>28</sup> lohnt sich durchaus ein Blick auf die »Weiterbildung« nach den Regeln des AFG.

Die aktivierende Arbeitsmarktpolitik des derzeitigen Arbeitsförderungsrechts setzt zwar beim Individuum an<sup>29</sup>, allerdings in dem Sinne, dass sie, mit ihren Instrumenten auf das sich idR. schon verwirklichte Risiko Arbeitslosigkeit reagierend, durch vermittelnde und aktivierende Maßnahmen antwortet, also den funktionalistischen Aspekt enger fasst. Auch wenn heute immer noch Maßnahmen der beruflichen Weiterbildung zum Katalog des SGB III gehören, so sind die Leistungsvoraussetzungen der §§ 81, 82 SGB III<sup>30</sup> jedoch ausschließlich am bereits verwirklichten oder drohenden Risikoeintritt ausgerichtet. Die Weiterbildung hat darüber hinaus – und dies ist entscheidend – ihre Monopolstellung unter den »aktiven Leistungen« des Arbeitsförderungsrechts verloren.<sup>31</sup> Seit dem Job-AQTIV-Gesetz hat die Eingliederung Priorität. Nach der Gesetzesbegründung sind nur »daneben« etwa Erhalt und Ausbau der Qualifikation oder Beiträge zum Ausgleich auf dem Arbeitsmarkt zu beachten.<sup>32</sup> Die Weiterbildung in ihrer

23 S. Knickrehm (Fn. 5), S. 27 ff.

24 BT-Drs. 17/6277, S. 1.

25 S. zu den Wechselbezügen des Bildungssystems in der Diskussion der 90er Jahre des letzten Jahrhunderts Richter, in: Gagel (Hrsg.), SGB III, München, Stand 01/1998, Vor § 33 Rn. 42 f.

26 Vgl. Richter (Fn. 25), Vor § 33 Rn. 49.

27 S. hierzu ausführlich S. Knickrehm (Fn. 5), S. 27 ff.

28 Zur aktuellen Entwicklung der Arbeitslosenzahlen s. Newsletter der BA, Statistik und Arbeitsmarktberichterstattung, 02/2013 – danach betrug die Arbeitslosenquote nicht saisonbereinigt im Januar 2013 7,4 %.

29 S. hierzu ausführlich S. Knickrehm (Fn. 5), S. 27 ff.

30 § 81 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB III in der Fassung des Eingliederungschancengesetzes vom 20.12.2011, BGBl. 2011 I, S. 2854; s. auch § 82 SGB III – Förderung besonderer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer – auch solcher in einem noch bestehenden Beschäftigungsverhältnis.

31 Oschmiansky/Ebach, in: Bothfeld/Sesselmeier/Bogedan (Hrsg.), Arbeitsmarktpolitik in der sozialen Marktwirtschaft, Wiesbaden 2009, S. 79, 89.

32 BT-Drs. 14/6944, S. 29.

heutigen Ausgestaltung zielt zudem in erster Linie darauf, die Beschäftigungsfähigkeit geringqualifizierter Arbeitsloser zu stärken.<sup>33</sup> Im Fokus des Instrumentenkastens zur Eingliederung wiederum stehen insbesondere die Leistungen, die eine schnelle Reintegration in den Arbeitsmarkt bewirken sollen.<sup>34</sup> Zu nennen sind hier vor allem die Leistungen aus dem Vermittlungsbudget nach § 44 SGB III und die Maßnahmen zur Aktivierung und beruflichen Eingliederung nach § 45 SGB III.<sup>35</sup> Das Qualifizieren ist dem Aktivieren gewichen. Nun hat die Selbstbestimmung der Erwerbsbiographie zwar auch immer etwas mit dem »Aktivsein« zu tun, zumindest wird es hier in dem Sinne verstanden, dass die Entscheidung über den Verlauf der Erwerbsbiographie selbstbestimmt – also aktiv – getroffen werden können soll. Gerade hier sind jedoch Zweifel daran angebracht, ob dies in dem neuen Instrumentenkasten des SGB III nach dem Eingliederungschancengesetz angelegt ist. Trotz des »Profiling« zu Beginn des Kontaktes zwischen Leistungsverwaltung und Leistungsberechtigtem geht es weniger darum zu versuchen den Leistungsberechtigten bei der Verwirklichung seiner beruflichen Vorstellungen zu helfen, als unmittelbar drohende Arbeitslosigkeit zu verhindern oder Arbeitslosigkeit möglichst kurzfristig und mit dem geringsten Mitteleinsatz zu beenden. Die Ziele des § 1 Abs. 2 Nr. 2 und 3 SGB III, die individuelle Beschäftigungsfähigkeit durch Erhalt und Ausbau von Fertigkeiten, Kenntnissen und Fähigkeiten zu fördern und unterwertiger Beschäftigung entgegenzuwirken, müssen immer vor dem Hintergrund der dafür gesetzlich vorgesehenen Instrumente betrachtet werden. Die aktivierende Arbeitsmarktpolitik lässt insoweit bereits von ihrem Ansatz her wenig Raum für die sozialrechtliche Unterstützung einer selbstbestimmten Erwerbsbiographie. Was folgt hieraus für das Verhältnis von Arbeitsmarktpolitik und selbstbestimmter Erwerbsbiographie? Der Versuch einer Antwort auf diese Frage soll im Rahmen der nachfolgenden eingehenderen Betrachtung der Maßnahmen der beruflichen Weiterbildung erfolgen.

### III. Selbstbestimmte Erwerbsbiographie durch »Weiterbildung« nach dem Arbeitsförderungsrecht

Die Leistungsvoraussetzungen, die Ausgestaltung der Leistungen und die finanzielle Absicherung in der Weiterbildungsphase haben vom AFG zum SGB III moderner Pro-

venienz – was nach den vorhergehenden Ausführungen zum arbeitsmarktpolitischen Hintergrund des Leistungskatalogs auf der Hand liegt – eine deutliche Veränderung erfahren. Um hier gleich vorzubeugen, es soll weder der »aktiven Arbeitsmarktpolitik« das Wort geredet, noch die Ende der 90er Jahre des letzten Jahrhunderts geführte Debatte um die Gestaltung von Übergangsmärkten aufgefrischt werden<sup>36</sup>. Es geht darum, – quasi als Chronistin – aufzuzeigen, dass Arbeitsmarktpolitik und »selbstbestimmte Erwerbsbiographie« eben nicht immer weit voneinander entfernt waren.

#### 1. AFG

Das AFG kannte eingangs nicht einmal die später Gesetz gewordene Unterscheidung zwischen zweckmäßiger (§ 36 AFG) und notwendiger Förderung der beruflichen Weiterbildung. Das bedeutet, dass nach dem Entwurf des AFG zunächst ein Rechtsanspruch auf Förderung beruflicher Bildung für jeden geeigneten Bewerber vorgesehen war, der sich für die Aufnahme einer beitragspflichtigen Erwerbstätigkeit qualifizieren wollte.<sup>37</sup> Der damalige Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung *Katzer* begründete dies damit, dass jedermann vom Wandel in der Arbeitsmarkt- und Beschäftigungsstruktur betroffen werden könne. Deshalb war die Förderung der beruflichen Bildung nicht auf Bezieher von Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe begrenzt. Voraussetzung im Allgemeinen war nur, dass die Fortsetzung oder Aufnahme einer Arbeitnehmertätigkeit angestrebt wurde.<sup>38</sup> In der Ausschussberatung wurde der Rechtsanspruch auf die Förderung der beruflichen Bildung dann auf deren Zweckmäßigkeit unter Berücksichtigung der Lage und der Entwicklung des Arbeitsmarktes sowie der beruflichen Neigungen des Antragstellers zurückgeführt.<sup>39</sup> Zweckmäßig konnte eine

33 BA, Eingliederungsbericht 2011, Nürnberg 2012, S. 13.

34 S. auch *Grühn*, in: Gagel (Hrsg.) SGB II/SGB III, München, Stand 04/12, Vor § 81 Rn. 5, mehr zur Entwicklung der Regelungen der Weiterbildung im Arbeitsförderungsrecht s. auch Vor § 81; s. auch *Bayer/Dobischat*, in: *Bayer/Dobischat/Kohsiek* (Hrsg.), Das Sozialgesetzbuch III, Praxis und Reformbedarf in der Arbeitsförderung und Qualifizierung, Frankfurt 1999, S. 22.

35 In der Fassung des Eingliederungschancengesetzes vom 20.12.2011, BGBl. 2011 I, S. 2854.

36 Vgl. hierzu *Bayer/Dobischat* (Fn. 34), S. 27 f.

37 *Richter*, in: Gagel (Hrsg.), AFG, München, Stand 1/1998, Vor § 33 Rn. 28.

38 Zitiert nach *Kühl*, MittAB, Sonderdruck, 3/1982, 254 f.

39 Vgl. schriftlicher Bericht des Ausschusses für Arbeit, BT-Drucks. V/4110, v. 18.4.1969.

Förderung auch dann sein, wenn sie der Erhaltung oder Verbesserung der Qualifikation diene, ohne dass Arbeitslosigkeit unmittelbar drohen musste oder zu beseitigen war. Nach der Rechtsprechung des BSG konnte die »Zweckmäßigkeit« iS. des damaligen § 36 AFG jedenfalls dann nicht mit der Begründung verweigert werden, dass der Bildungswillige aus einem Beruf (dort: Industriekaufmann, Buchhalter) komme, für den es eine hohe Anzahl offener Stellen gebe, wenn auch der angestrebte Beruf (dort: Erzieherin) ein Mangelberuf war. Zweck der Umschulung sei es nach § 47 Abs. 1 iVm. § 2 Nr. 2 AFG in erster Linie, die berufliche Beweglichkeit des Arbeitnehmers zu sichern oder zu verbessern. Dieses Ziel werde erreicht, wenn der Bildungswillige in dem neuen Beruf eine reale zusätzliche Beschäftigungsmöglichkeit erwerbe.<sup>40</sup> Die Förderung der beruflichen Weiterbildung war damit als Aufstiegsfortbildung oder Aufstiegs Umschulung angelegt.<sup>41</sup> Die Förderung war zudem als Rechtsanspruch ausgestaltet und deswegen besonders attraktiv, weil mit der Förderung eine finanzielle Absicherung durch die eigenständige Leistung »Unterhaltsgeld« verbunden war (§ 44 AFG). Nicht unerwähnt bleiben darf auch, denn dies ist für eine finanzielle Absicherung in einer »Weiterbildungsphase« durchaus von Bedeutung, dass der Bezug von Unterhaltsgeld beitragsrechtlich einer Beschäftigungszeit gleichgestellt war, also ein Anwartschaftserhalt oder -erwerb in den klassischen Zweigen der Sozialversicherung auch während dieser Zeit ermöglicht wurde<sup>42</sup>.

1975 erfolgte dann – aus haushaltspolitischen Gründen – der erste gravierende Einschnitt in die berufliche Qualifizierung für alle.<sup>43</sup> Der Anspruch auf Unterhaltsgeld wurde durch die Unterscheidung zwischen notwendiger und zweckmäßiger Förderung gespalten und die individuellen Leistungsvoraussetzungen ua. an die vorherige und spätere voraussichtliche Beitragszahlung geknüpft. Ingo Richter konstatiert, dass die Förderung der beruflichen Bildung damit zu einem arbeitsmarktpolitischen Instrument der BA geworden sei, mit dem diese versuche, die Beschäftigungschancen ihrer arbeitslosen Mitglieder zu sichern, um auf diese Weise die Finanzierbarkeit ihrer Aufgaben nach dem Sozialversicherungsprinzip zu gewährleisten.<sup>44</sup> Notwendige Förderung betraf den Fall, dass es galt, drohende oder bereits eingetretene Arbeitslosigkeit durch Qualifizierung zu beseitigen.<sup>45</sup> In den 1980er Jahren wurde dann die allgemeine finanzielle Förderung der zweckmäßigen beruflichen Bildung kontinuierlich abgesenkt, ab 1982 gab es

das Unterhaltsgeld für eine zweckmäßige Förderung nur noch auf Darlehensbasis, bis dann 1994 die zweckmäßige Förderung vollständig abgeschafft und die notwendige Fortbildung und Umschulung zur Ermessensleistung umgestaltet wurde<sup>46</sup>.

## 2. SGB III

Der zuvor aufgezeigte Trend des »Rückbaus« der allgemeinen Förderung der beruflichen Weiterbildung setzte sich im SGB III fort, ohne dass es zunächst zu großen strukturellen Änderungen kam. Es waren eher die der Haushalts- und Arbeitsmarktlage geschuldeten, »kleineren« Änderungen, die die Rechtslage prägten. Für das Recht der Weiterbildung haben die Vorschläge der Hartz-Reform den Trend der engen Verknüpfung der nun als Ermessensleistung ausgestalteten beruflichen Bildung mit der arbeitsmarktbezogenen Notwendigkeit der Maßnahme letztlich nur nachvollzogen.<sup>47</sup> Die berufliche Weiterbildung sollte nach dem Abschlussbericht der Kommission »markt- und bedarfsorientiert«, »zielgruppenspezifisch«, »vermittlungsorientiert« und »transparent« sowie »evaluationsfähig« sein.<sup>48</sup> Die heutigen Regelungen der §§ 81ff. SGB III sind in der Studie »Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie« eingehend untersucht und die Ergebnisse im 5. Kapitel<sup>49</sup> dargelegt worden – hierauf kann Bezug genommen werden. Deswegen werden an dieser Stelle auch nur einige wenige Aspekte nochmals aufgegriffen. Wichtig

40 BSG, 3.6.1975 – 7 RAr 30/74 – AuB 1976, 155; s. auch BSG, 6.3.1975 – 7 RA 66/72 – BSGE 39, 189 = SozR 4100 § 36 Nr. 4.

41 Vgl. Richter (Fn. 37), Vor § 33 Rn. 28.

42 §§ 104, 107 AFG – s. auch Knigge/Ketelsen, Kommentar zum Arbeitsförderungsrecht, Baden-Baden 1988, § 104 Rn. 5; vom 1.7.1978 bis 1982 waren die Zeiten des Bezugs von Unterhaltsgeld nach dem AFG Beitragszeiten in der gesetzlichen Rentenversicherung, s. § 1259 Abs. 1 Nr. 3 erster Halbsatz RVO, § 36 Abs. 1 Nr. 3 erster Halbsatz AVG; vor dem 1.7.1978 und seit 1.1.1983 wurden sie als Ausfallzeit bei der Berechnung der Rente in der gesetzlichen Rentenversicherung gewertet, s. § 1259 Abs. 1 Nr. 3a RVO, § 36 Abs. 1 Nr. 3a AVG; bei Bezug von Arbeitslosengeld heute Beitragszeit iS. von § 55 SGB VI.

43 S. Fuchsloch (Fn. 11), S. 213.

44 Richter (Fn. 37), Vor § 33 Rn. 29.

45 Grünh (Fn. 34), Vor § 81 SGB III Rn. 2.

46 Fuchsloch (Fn. 11), S. 213; s. auch Grünh (Fn. 34), Vor § 81 SGB III Rn. 5; abgeschafft durch 1. SPkV vom 21.12.1993, BGBl. 1993 I, S. 2353.

47 S. Grünh (Fn. 34), Vor § 81 SGB III Rn. 9.

48 Moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, Vorschläge der Kommission zum Abbau der Arbeitslosigkeit und zur Umstrukturierung der Bundesanstalt für Arbeit, Berlin 2002, S. 158, 159.

49 S. Welte, SR 3/2013, S. 92, Fn. 2.

ist dabei, dass der Unterhaltsgeldanspruch zwar erst seit 2005 abgeschafft ist, er aber schon zuvor durch die Anrechnung der Anspruchsdauer auf das Arbeitslosengeld an den originären Leistungsbezug aus der Arbeitslosenversicherung gekoppelt worden war. Während der beruflichen Weiterbildungsmaßnahme steht nun zur finanziellen Absicherung lediglich das Arbeitslosengeld zur Verfügung, soweit die Anwartschaftszeit hierfür zuvor erfüllt worden ist. Gefördert werden die Teilnehmer an Weiterbildungsmaßnahmen durch die Übernahme der Weiterbildungs- (§ 83 SGB III), Lehrgangs- (§ 84 SGB III) und Fahrtkosten (§ 85 SGB III) sowie der Kosten für auswärtige Unterbringung und Verpflegung (§ 86 SGB III) und die Übernahme der Kinderbetreuungskosten (§ 87 SGB III). Entscheidend für die Begrenzung des förderungsfähigen Personenkreises ist, dass die Weiterbildungsmaßnahme nach § 81 SGB III notwendig sein muss. Dabei gibt das Gesetz in Abs. 1 S. 1 Nr. 1 des § 81 SGB III vor, dass sie grundsätzlich notwendig für die folgenden drei Fallgruppen ist: Arbeitslose zu deren Wiedereingliederung, von Arbeitslosigkeit Bedrohte zur Abwendung der Arbeitslosigkeit und wegen fehlenden Berufsabschlusses. § 82 SGB III benennt darüber hinaus besonders förderungswürdige Arbeitnehmer in einem Arbeitsverhältnis. Die Spielräume für eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie sind durch diese Regelungen deutlich verengt worden. Gelangt der Weiterbildungswillige durch das »Nadelöhr« der Leistungsvoraussetzungen, gilt zwar selbstverständlich auch für diesen Leistungsberechtigten, dass nach § 33 SGB I die angemessenen Wünsche des Inhabers sozialer Rechte zu berücksichtigen sind, damit er nicht zum Objekt der Ermessensausübung des Leistungsträgers wird<sup>50</sup>. Das Ermessen des Leistungsträgers ist auf der ersten Stufe, der der Entschließung über das »Ob« der Leistungsgewährung, jedoch durch den eben bereits benannten unbestimmten Rechtsbegriff der »Notwendigkeit« determiniert. Die Notwendigkeit ist bei den drei zuvor benannten förderwürdigen Personengruppen bedingt durch die unterschiedliche Lage, in der sie sich befinden, unterschiedlich. Grundsätzlich gilt jedoch nach der Rechtsprechung des BSG zu § 77 SGB III<sup>51</sup>, also der Vorgängervorschrift, dass die Förderung einer Teilnahme an Maßnahmen der beruflichen Weiterbildung eine Beschäftigungsprognose erfordert. Es müsse die Erwartung bestehen, dass die Eingliederungschancen nach der Maßnahme besser seien als vorher. Könne hingegen dem Arbeitnehmer auch ohne diese Förderung ein anderer Arbeitsplatz ver-

mittelt werden, so werde das Ziel der Förderung der beruflichen Weiterbildung anderweitig erreicht. Dem entspreche, dass bereits nach § 4 Abs. 2 SGB III der Vermittlung in der Regel auch gegenüber den Leistungen der aktiven Arbeitsförderung ein Vorrang zukomme.<sup>52</sup> Zu beachten ist insoweit auch, dass die Wünsche des Arbeitslosengeldbeziehers – das gilt im Übrigen auch für den Arbeitslosengeld-II-Bezieher – durch die zahlreichen Obliegenheiten des SGB III (SGB II), insbesondere alle Möglichkeiten der Beendigung der Arbeitslosigkeit zu nutzen, begrenzt werden.<sup>53</sup>

Ist die Grundentscheidung des »Ob« der Leistungsgewährung gefallen, bescheinigt die Arbeitsagentur dem Arbeitnehmer oder der Arbeitnehmerin das Vorliegen der Fördervoraussetzungen in einem Bildungsgutschein.<sup>54</sup> Hier macht sich dann das Tor zur »Selbstbestimmung« wieder ein klein wenig auf, indem die Auswahl der Bildungsmaßnahme an sich dem Leistungsberechtigten obliegt. Dh. die Arbeitsagentur bewilligt nicht mehr eine konkrete Maßnahme, sie kann nach § 81 Abs. 4 S. 2 SGB III den Bildungsgutschein allerdings zeitlich und regional sowie – und dies ist entscheidend – auf ein bestimmtes Bildungsziel begrenzen. Ihr Auswahlermessen ist demnach auf die zeitliche und örtliche Komponente sowie das Bildungsziel beschränkt. Mit dem Bildungsziel werden die konkreten beruflichen Kenntnisse und Fähigkeiten bezeichnet, die mit der Förderung erreicht werden sollen.<sup>55</sup> Äußert der Leistungsberechtigte Wünsche im Hinblick auf das Bildungsziel, müssen diese mit der Anforderung des wirtschaftlichen und sparsamen Mitteleinsatzes durch die Arbeitsagentur, den Fähigkeiten der zu fördernden Person, der Aufnahmefähigkeit des Arbeitsmarktes und dem arbeitsmarktpolitischen Handlungsbedarf abgewogen werden.<sup>56</sup>

50 So *Grühn* (Fn. 34), § 81 SGB III Rn. 9; s. zur Berücksichtigung des Wunschrechts nach § 33 SGB I als Ermessens Gesichtspunkt zB.: BSG, 15.11.1983 – 1 RA 33/83 – SozR 2200 § 1236 Nr. 43 ; 31.5.1989 – 4 RA 50/88 – SozR 2200 § 1236 Nr. 50; 14.8.2003 – B 13 RJ 11/03 R – SozR 4-7610 § 362 Nr. 1.

51 IdF. durch das AFRG vom 24.3.1997, BGBl. 1997 I, S. 594.

52 BSG, 3.7.2003 – B 7 AL 66/02 R – SozR 4-4300 § 77 Nr. 1.

53 *Grühn* (Fn. 34), § 81 SGB III Rn. 9.

54 S. kritisch zu dem Instrument des Bildungsgutscheins *Fuchsloch* (Fn. 11), S. 216 ff.

55 *Grühn* (Fn. 34), § 81 SGB III Rn. 12.

56 *Grühn* (Fn. 34), § 81 SGB III Rn. 13.

## IV. Fazit

Im heutigen Arbeitsförderungsrecht beschränkt nicht nur die aktivierende Arbeitsmarktpolitik, sondern auch die Einbindung der beruflichen Weiterbildung in das System der Sozialversicherung mit dem Erfordernis der zweckentsprechenden Verwendung der begrenzten Beitragsmittel und der Enthaltung des Bundes bei der Finanzierung der Arbeitslosenversicherung<sup>57</sup> die »Selbstbestimmung« der Erwerbsbiographie durch Weiterbildung. Es ist zu konstatieren, dass die Arbeitsmarktpolitik die selbstbestimmte Erwerbsbiographie hier, bis auf einen kleinen Korridor, nicht befördert. Beachtenswert ist jedoch, dass dies keine »Naturgesetzlichkeit« ist, sondern unter zugegebenermaßen anderen politischen Vorzeichen auch schon einmal

anders gedacht und gesetzlich umgesetzt worden ist. Zumindest kann die Frage gestellt werden, ob hieraus nicht auch Ideen gewonnen werden könnten zur Bekämpfung des Facharbeitermangels iS. der OECD-Studie, weniger um damit in erster Linie die Möglichkeiten einer selbstbestimmten Erwerbsbiographie zu erweitern, jedoch gegebenenfalls als »Nebeneffekt« hiervon<sup>58</sup>.

<sup>57</sup> Aufhebung der Beteiligung des Bundes an den Kosten der Arbeitsförderung bei gleichzeitigem Wegfall des von der BA an den Bund zu leistenden Eingliederungsbeitrags (in der Folge des Eckwertebeschlusses vom 21.3.2012, BT-Drs. 17/10588, S. 1) durch das Haushaltsbegleitgesetz 2013, BGBl. 2012 I, S. 2781; in der Folge ist auch § 46 Abs. 4 SGB II mit Wirkung zum 1.1.2013 durch Art. 1 des HBeglG 2013 aufgehoben worden.

<sup>58</sup> Dies sind im Übrigen Aspekte die *Büttner* in seiner Dissertation »Das Recht auf berufliche Bildung in der Arbeitsförderung« bereits erörtert hat; s. *Büttner*, Das Recht auf berufliche Bildung in der Arbeitsförderung, Bonn 1985, S. 5, 183.

# Arbeitsrecht und Arbeitsgerichtsbarkeit im Fokus der Politologie<sup>1</sup>

Ingrid Schmidt, Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts

Welchen Anwesenden ist »epistemische Gemeinschaft« ein Begriff? Welche RichterIn und welcher Richter fühlt sich wohl bei dem Gedanken, »politischer Akteur« zu sein? Welchen Juristen begeistert die Vorstellung, dass Rechtsauslegung und Normanwendung nicht nur als Resultat transparenter juristischer Methodenlehre, sondern auch als Ergebnis eines politischen und sozialen Prozesses verstanden werden können?

Was einem Juristen provokant und manchem als Zumutung erscheinen mag, ist bei genauerem Hinsehen der Blick einer Sozialwissenschaftlerin auf Rechtsprechung. Dieser Blick ist auf eine Norm gerichtet, die für das kollektive Arbeitsrecht der BRD von grundlegender Bedeutung ist. Damit gerät das Arbeitsrecht in den Fokus der Politologie, es hätte – wäre ein anderes Fallbeispiel gewählt worden – auch ein anderes Rechtsgebiet sein können.

Beunruhigen muss das Interesse der Politologie für das Arbeitsrecht nicht. Ihr Anliegen ist es nicht, die Debatte der 80er Jahre um die Gesetzesbindung von Richterinnen und Richtern und die methodischen und verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung wiederzubeleben. Auch geht es nicht um parteipolitische Präferenzen von Richterinnen und Richtern und deren Einfluss auf die Auslegung arbeitsrechtlicher Normen. Vielmehr geht es darum, dass Gerichte von der Politikwissenschaft hier zu Lande wieder wahrgenommen werden. Rechtsprechung und Gerichte waren zwar schon während der Weimarer Republik in den Fokus der damals noch jungen Politikwissenschaft gelangt. Diese beanspruchte selbstbewusst ein Deutungsmonopol zu der Rolle der Justiz und dem Zusammenspiel von Recht und Politik. Doch mit der Emigration der maßgeblichen Protagonisten solcher Forschungsansätze während der NS-Zeit und anderen Schwerpunktsetzungen der Politologie in den Anfangsjahren der BRD gerieten gerichtsbezogene Forschungen aus dem Blick von Politologen.<sup>2</sup>

Gerichte im Fokus der Politologie. Das liegt nahe. Denn das Recht, die einzelne Norm bringt nun mal Politik zum Ausdruck. Für Politologen ist Recht »geronnene Politik«,

spiegelt es doch diejenigen Interessen wider, die sich »in einer spezifischen Machtkonstellation in einer ganz bestimmten Weise durchgesetzt haben«.<sup>3</sup> Richterinnen und Richter haben diese Normen auszulegen und auf den Einzelfall anzuwenden. Die Mehrdeutigkeit des Rechts und seine durch technische, wirtschaftliche oder gesellschaftliche Dynamiken bedingten Unzulänglichkeiten öffnen ihnen Auslegungsspielräume, die sie auf bestimmte Weise ausfüllen. Sie erzwingen auch richterliche Rechtsfortbildung. Und das Ergebnis eines jeden Auslegungsprozesses ist – denklogisch – eben auch Politik.

Das ist keine Besonderheit des Arbeitsrechts, sondern ist jedem Rechtsgebiet immanent. Das zeigt die aktuelle Diskussion um die Gleichstellung eingetragener Lebenspartnerschaften mit der Ehe, ausgelöst durch Entscheidungen des BVerfG<sup>4</sup>. Das wird deutlich am politischen Prozess, den ein Urteil des LG Köln<sup>5</sup> zur Strafbarkeit der religiös motivierten Beschneidung von Jungen verursacht hat. Und das zeigen auch die politischen Reaktionen, die vor kurzem ein Urteil des Kartellsenats des OLG Düsseldorf<sup>6</sup> zur Netzentgeltbefreiung von Großverbrauchern nach dem EnWG in Gang gesetzt hat.

Aber nicht politische Reaktionen auf gerichtliche Entscheidungen – also die Folgen gerichtlichen Handelns – interessieren heute, sondern das BAG und sein Beitrag zur Gestaltung der Arbeitsrechtsbeziehungen in Deutschland. Es geht also um die Richter eines Gerichts in der Rolle (politisch) gestaltender Akteure. In diese Rolle geraten sie

1 Es handelt sich um eine Replik, die die Verfasserin auf dem 9. Hans Böckler-Forum zum Arbeits- und Sozialrecht am 22.3.2013 als Erwiderung auf einen Vortrag von Britta Rehder gehalten hat, deren Werk zur Rechtsprechung als Politik (vgl. sogleich Fn. 2) bereits von Krause in dieser Zeitschrift besprochen wurde (SR 2012, 94 ff.).

2 Rehder, Rechtsprechung als Politik, Frankfurt am Main 2011, S. 46 ff.

3 Rehder, in: Stolleis/Streek (Hrsg.), Aktuelle Fragen zu politischer und rechtlicher Steuerung im Kontext der Globalisierung, Baden-Baden 2007, S. 259, 261.

4 Zuletzt BVerfG, 19.2.2013 – 1 BvL 1/11 – NJW 2013, 428.

5 LG Köln, 7.5.2012 – 151 Ns 169/11 – NJW 2012, 2128.

6 OLG Düsseldorf, 6.3.2013 – VI-3 Kart 14/12 (V).

durch die Auslegung einer zentralen Norm des TVG, des Günstigkeitsprinzips (§ 4 Abs. 3 TVG). Für einen Arbeitsrechtler mag das Anknüpfen politologischer Forschung an das tarifrechtliche Günstigkeitsprinzip auf den ersten Blick nicht aufregend sein. Sie ist gleichwohl sinnvoll, weil dieses Prinzip die Gewichtung kollektivrechtlicher und privatrechtlicher Besitzstände verlangt. Deren Ergebnis bestimmt nicht nur das Schutzniveau des Arbeitsrechts, sondern berührt auch das historische Verständnis von Arbeitsrecht in seiner Abgrenzung gegen das bürgerlich-rechtliche Vertragsrecht.<sup>7</sup> Darüber hinaus bestimmt dieses Prinzip über die Präge- und Regulierungskraft von Tarifverträgen und damit einhergehend über den Einfluss von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden. Zudem ist das Günstigkeitsprinzip seit 1949 unverändert im TVG verankert. Diese Kontinuität der Gesetzeslage lässt es zu, deren Justierung durch Rechtsprechung über einen langen Zeitraum, in dem sich die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Rahmenbedingungen von Arbeitsbeziehungen oft grundlegend verändert haben, zu beobachten und zu untersuchen.

In der Tat, das Günstigkeitsprinzip stellt Gerichte zu allen Zeiten vor besondere Herausforderungen. Ein Beispiel: Wir schreiben das Jahr 1924. Das Gewerbegericht Oberlahnstein muss sich in einem Lohnstreit mit dem Argument des Arbeitgebers befassen, ein untertariflicher Lohn sei für seine Beschäftigten günstiger als der Tariflohn, denn die Alternative bestehe darin, den Arbeitsplatz zu verlieren, weil der Betrieb durch die höheren Lohnkosten von Insolvenz bedroht sei.<sup>8</sup> Kommt das bekannt vor? Das Gewerbegericht akzeptierte diese Argumentation. Ja, ein untertariflicher Lohn ist für die Arbeiter eines Betriebes günstiger als Arbeitslosigkeit. Ja, eine Rechtsnorm darf mit Aspekten verglichen werden, die außerhalb der Norm selbst liegen.<sup>9</sup>

Dagegen ist heute allgemein anerkannt, dass ein Tarifvertrag seine Schutzwirkung nur entfalten kann, wenn er die Arbeitsverhältnisse tarifgebundener Arbeitnehmer und Arbeitgeber unmittelbar umfasst und individualvertraglich nicht ausgehebelt oder umgangen werden kann. Gleichwohl ist es den Parteien des Arbeitsvertrags unbenommen, den tariflich festgeschriebenen Standard zugunsten des Arbeitnehmers abzuändern. Der Sinn des Günstigkeitsprinzips liegt also darin, den Arbeitnehmer von kollektiven Zwängen freizustellen, soweit er auf den kollektivrechtlichen Schutz nicht angewiesen ist. Wer bessere Arbeitsbedingungen für

sich aushandeln kann als seine Gewerkschaft, darf nicht zurückgepfiffen werden.

Das drückt den simplen Grundgedanken des Günstigkeitsprinzips aus: Nur so viel kollektivrechtlicher Zwang wie nötig, ergänzt durch so viel individualrechtliche Freiheit wie irgend möglich. Diese einfache Faustregel erzwingt aber komplexe Grenzziehungen entlang tatsächlicher Verhältnisse und ihrer sachgerechten Einordnung. Und stets stellt sich die Frage nach dem Bezugsobjekt der Günstigkeit und dessen Bezugssubjekt. Hierfür kann nicht die subjektive Sicht des einzelnen Arbeitnehmers den Ausschlag geben, weil dann von der zwingenden Wirkung eines Tarifvertrags kaum etwas bleibt. Andererseits widerspricht die völlige Vernachlässigung personeller Aspekte dem Grundgedanken der Privatautonomie, dem das Günstigkeitsprinzip schließlich auch Rechnung tragen soll. Also muss die maßgebliche Perspektive und Interessenlage typisierend bestimmt werden.<sup>10</sup> Auch diese Einsicht klärt nicht alle Zweifelsfragen.

Sie verdeutlicht aber die Herausforderung, vor der die Rechtsprechung steht. An ihr liegt es, einen Vergleichsmaßstab zu finden, der eine rational begründbare und prognostizierbare Spruchpraxis ermöglicht und einen rechts-sicheren Umgang mit Tarifverträgen erlaubt. Das muss bekanntlich der Sachgruppenvergleich leisten, nach dem nur diejenigen tariflichen und vertraglichen Regelungen miteinander verglichen werden können, die in einem inneren und sachlichen Zusammenhang stehen.

Seine bislang letzte Bewährungsprobe musste der Sachgruppenvergleich 75 Jahre später, also im Jahre 1999, bestehen. In dem damaligen *Burda*-Verfahren<sup>11</sup> war die entscheidende Frage, ob untertarifliche Löhne und Verlängerungen der regelmäßigen Arbeitszeit mit einem verbesserten Bestandsschutz für das einzelne Arbeitsverhältnis verglichen und gerechtfertigt werden können. Das wurde bekanntlich abgelehnt, weil es für so unterschiedliche Regelungsfragen schlicht keinen gemeinsamen Wertungsmaßstab gibt und letztlich Wertungsfragen betroffen sind, deren Beurteilung allein den Koalitionen obliegt.

7 Rehder, Die fragile Erfolgsgeschichte der Arbeitsgerichtsbarkeit, S. 46, abrufbar unter <http://www.mpifg.de> (19.8.2013).

8 Rehder (Fn. 2), S. 146.

9 Rehder (Fn. 2), S. 154.

10 Dieterich, FS Richardi, 2007, S. 116, 123.

11 BAG, 20.4.1999 – 1 ABR 72/98 – NZA 1999, 1555.

Von 1924 bis jetzt, also im Verlauf von fast 90 Jahren, hat sich also einiges verändert. Frau *Rehders* Blick fällt nun auf die Richter und Richterinnen des BAG als Teil einer epistemischen Gemeinschaft von Arbeitsrechtsexperten. Epistemische Gemeinschaft, ein für Juristen ungewohnter Begriff. *Wolfgang Däubler* hat es übernommen, ihn in unsere Alltagssprache zu übersetzen.<sup>12</sup> Danach handelt es sich um eine Gruppe von Menschen, die bestimmte Annahmen über die Realität sowie die darauf bezogenen Wertungen teilen. Sie haben auf ihrem Gebiet Expertenstatus, der – wie etwa bei Bundesrichtern – bis zum Deutungsmonopol reichen kann. Eine solche Gruppe gestaltet durch ihre Sicht der Dinge gesellschaftliche Entwicklungen unmittelbar oder über ihren Einfluss auf politische Entscheidungsträger jedenfalls mittelbar.

Was aber einigt eine solche Gruppe? Was ist die Klammer? Was macht sie zur Gemeinschaft? Ich meine, es ist die Gemeinsamkeit der Problemsicht und nicht deren Lösung. Diese resultiert nun nicht aus einer bestimmten parteipolitischen Präferenz, nicht aus einer Zuordnung nach rechts oder links. Ihre Grundlage ist vielmehr die Erkenntnis, dass arbeitsrechtliche Probleme nicht mit den Instrumenten des Vertragsrechts des BGB zu lösen und staatliche Schutzgesetze häufig genug nur ein unzureichendes Korrektiv von Marktmacht auf dem Arbeitsmarkt sind. Die daraus erwachsenden Regelungsfragen stellen sich auf der kollektiven Ebene. Dort werden unternehmerische Interessen und der Schutz von Arbeitnehmern austariert und Ordnungsbedürfnisse verortet. Und erst auf dieser Regelungsebene unterscheiden sich die Sichtweisen von Privat- und Kollektivrechtlern und erst dort wird die Trennlinie unter Kollektivrechtlern nach Schutz- oder Ordnungsfunktion des Tarifvertrags sichtbar.

Das ist ein nicht zu unterschätzender Erkenntnisgewinn. Das Wissen um die Gemeinsamkeit der Problemsicht hilft nämlich zu verstehen wie der jeweils andere Kollege, der einem in Sachen Professionalität und Seriosität ja in nichts nachsteht und auch dem gleichen Entscheidungsdruck ausgesetzt ist, denkt und seine Lösungspräferenzen entwickelt. Und dieses Wissen und das daraus erwachsende Verständnis bestimmen dann ihrerseits den juristischen Erkenntnisprozess, weil deutlich wird, worauf die Meinungsunterschiede beruhen und wie sie überwunden werden können.

Frau *Rehder* benennt in ihrem heutigen Vortrag weitere Faktoren, die Rechtsprechung typischerweise beeinflus-

sen: Das sind ökonomische Gegebenheiten und der hiervon bestimmte konkrete Interessenkonflikt von Arbeitnehmern und Arbeitgebern. Das sind universitäre Denkschulen, deren Anregungen über das Schrifttum und den jeweiligen Parteivortrag Eingang in das Verfahren und hierüber in den richterlichen Erkenntnisprozess finden. Das sind Justizreformen, die den Charakter des Arbeitsrechts als Sonderrecht leugnen und darauf abzielen, mittels einer Verschmelzung von Arbeits- und Zivilgerichtsbarkeit vertragsrechtsbezogene Erkenntnisprozesse zu fördern und kollektivrechtliches Denken zurückzudrängen und zu schwächen.

Es ist nicht fernliegend, dass solche Faktoren die richterliche Entscheidungsfindung beeinflussen. Umso wichtiger ist eine kritische Reflexion des Auslegungsprozesses und seiner rechtsanwendungsbezogenen Ergebnisse. Es ist daher zu begrüßen, wenn Rechtsprechung zum Gegenstand sozialwissenschaftlicher Forschung wird. Das stimmt überein mit einer Empfehlung des Wissenschaftsrats vom 9. November 2012<sup>13</sup> zu den Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Danach »hängt die zukünftige Stärke der Rechtswissenschaft davon ab, dass sie die wesentlichen Strukturveränderungen des Rechts rechtzeitig erkennt und erforscht.«<sup>14</sup> Das verlangt, Perspektiven anderer Disziplinen einzubeziehen und deren Methodenrepertoire zu nutzen, um der Vielfalt der Bedeutungsdimensionen des Rechts in einer zunehmend komplexeren, weil supranational ausgestalteten Rechtsordnung gerecht zu werden. Umgekehrt eröffnet das der Rechtswissenschaft die Chance, andere Wissenschaften, zu deren Gegenstandsbereich das Recht gehört, zu beeinflussen, sie herauszufordern und mit neuen Fragestellungen zu konfrontieren.<sup>15</sup> Und deren Antworten können dann wiederum dazu beitragen, die Rechtswissenschaft bei der Weiterentwicklung des Rechts zu unterstützen. Also eine Win-win-Situation für alle Wissenschaftsdisziplinen.

Mittlerweile hat die Frage nach der Gestaltung der Arbeitswelt durch Arbeitsrichter auch das Interesse der Soziologie geweckt. Der Soziologe *Berthold Vogel* vom Hamburger Institut für Sozialforschung hat sich vor Kur-

<sup>12</sup> *Däubler*, AuR 2012, 360.

<sup>13</sup> Wissenschaftsrat, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen, Drs. 2558-12.

<sup>14</sup> Wissenschaftsrat (Fn. 13), S. 7.

<sup>15</sup> Wissenschaftsrat (Fn. 13), S. 32, 36.

zem mit dem Selbstverständnis der Arbeitsrichterinnen und Arbeitsrichter und ihrem Einfluss auf die Gestaltung der rechtlichen Wirklichkeit der Erwerbsarbeit befasst.<sup>16</sup> Anhand biographisch orientierter Leitfadeninterviews mit Arbeitsrichterinnen und Arbeitsrichtern hat er die unterschiedlichen Dimensionen richterlichen Handelns, subjektiver Gestaltungsabsichten und objektiver Gestaltungsmöglichkeiten von Arbeitsrichterinnen und Arbeitsrichtern untersucht. Sein zentraler Befund ist, dass Richterinnen und Richter die Arbeitswelt unabhängig davon gestalten, ob sie es wollen oder nicht. Allerdings soll es typenbezogene Differenzierungen geben. Da wird eine Gruppe als *gelassene Rechtsgewährleister* beschrieben, die den Schutzbedarf des Arbeitnehmers in den Mittelpunkt der Rechtsauslegung stellen. Sie sehen die Aufgabe der Arbeitsgerichtsbarkeit darin, die Rechtsförmigkeit der Erwerbsarbeit zu schützen, und zwar ungeachtet der Volten und Wechselspiele der Arbeitsmarkt- und Beschäftigungspolitik.<sup>17</sup> Sie sind zu unterscheiden von der Gruppe der *pragmatischen Rechtsanwender*. Deren Einstellung soll das Prinzip Kompetenz statt Gesinnung prägen. Dementsprechend sorgt Arbeitsrecht für den Frieden im Betrieb und steckt den Rahmen der Arbeitsverhältnisse ab. Die Arbeitswelt gestalten vor allem Politik, Gesetzgeber, Verbände, nicht die Gerichte, die wenden das Recht nur an und sollten das möglichst auch pragmatisch tun.<sup>18</sup> Daneben soll es eine dritte Gruppe geben, die der *melancholischen Rechtsgeneralisten*. Sie sieht sich als Zeuge und Helfer eines auf dem Rückzug befindlichen Arbeitsrechts. Nach ihrer Auffassung

ist das Arbeitsrecht zentrales Prinzip der Gestaltung des Arbeitsmarkts, des betrieblichen Alltags und der Arbeitsrechtsbeziehungen. Doch bleibt dem Arbeitsrecht nur noch eine Korrekturfunktion im Rückzugsgefecht des sozialen Rechtsstaats.<sup>19</sup> Daher die Melancholie. Bleibt die Gruppe der *skeptischen Rechtskritiker*, die dem Arbeitsrecht kaum mehr zutraut, die aktuellen Konflikte, Ungleichgewichte und Marktdisparitäten auszugleichen. Sie verlangt deshalb nach neuen rechtlichen Instrumenten, die es ihr erlaubt, regulierend auf die Märkte einzuwirken und die wachsende Durchsetzung des Rechts des Stärkeren in der Arbeitswelt zu beenden.<sup>20</sup>

Vogel kommt in seiner Untersuchung zum Ergebnis, dass Arbeitsrecht ein zentraler Baustein von Demokratie, von Lebensqualität und von der Friedensfähigkeit moderner Gesellschaften ist und ohne eine selbstbewusste, funktionierende und auch konfliktbereite Rechtsprechung eine demokratische, rechts- und sozialstaatliche Gestaltung der Arbeitswelt nicht möglich wird.<sup>21</sup> Überzeugender kann ein Plädoyer für das Arbeitsrecht und die Arbeitsgerichtsbarkeit nicht ausfallen.

16 Vogel, in: Gäntgen (Hrsg.), 200 Jahre Arbeitsrechtsprechung in Köln, Köln 2011, S. 197, 200.

17 Vogel (Fn. 16), S. 203 f.

18 Vogel (Fn. 16), S. 204 f.

19 Vogel (Fn. 16), S. 205 f.

20 Vogel (Fn. 16), S. 206 f.

21 Vogel (Fn. 16), S. 205.

## Droit international social. Droits économiques, sociaux et culturels

Jean-Marc Thouvenin und Anne Trebilcock (Hrsg.),  
Verlag Bruylant, Brüssel 2013, 2 Bde., 2072 S.  
(ISBN 978-2-8027-3846-6)

Aktuelle Nachrichten über die Kinderarbeit in der indischen Textilproduktion, Aufstände in der südchinesischen Elektronikindustrie, Brandkatastrophen in Textilfabriken in Pakistan machen deutlich, dass es auf der Welt »Arbeitsbedingungen [gibt], die für eine große Anzahl von Menschen mit [...] viel Ungerechtigkeit, Elend und Entbehrungen verbunden sind,« und »eine Verbesserung dieser Bedingungen [...] dringend erforderlich [ist], zum Beispiel hinsichtlich [...] der Gewährleistung von Löhnen, welche angemessene Lebensbedingungen ermöglichen [und] des Schutzes der Arbeiter [...] gegen Arbeitsunfälle [...]«. Bewertung und Schlussfolgerung im zitierten Wortlaut stammen aus dem Jahre 1919 und genauer gesagt aus der Einführung zu Teil XIII Abschnitt I des Versailler Vertrages<sup>1</sup>, mit dem ein internationales Arbeitsamt gegründet wurde, das wir nach seiner Umformung in eine Sonderorganisation der Vereinten Nationen heute als Internationale Arbeitsorganisation (International Labour Organization, ILO) kennen.

Aus dem Umfeld dieser Organisation stammt ein jüngst erschienenes zweibändiges Werk. Es kann eine rechtliche Orientierung im Hinblick auf die oben beschriebenen Entwicklungen bzw. allgemeiner im Hinblick auf das, was man die soziale Dimension der Globalisierung nennen könnte, leisten. *Anne Trebilcock*, ehemalige Rechtsberaterin der Organisation, und *Jean-Marc Thouvenin*, Professor und Direktor am Zentrum für Internationales Recht der Universität Paris Ouest Nanterre La Défense, als Herausgeber und mehr als achtzig Autoren haben eine Art Grundriss vorgelegt, der sich dem »Droit international social« widmet. Zum Autorenstamm gehören aktuelle und ehemalige Mitarbeiter der Internationalen Arbeitsorganisation und anderer internationaler Organisationen ebenso wie eine große Anzahl von Rechtswissenschaftlern. Insgesamt ist es wohl kein Zufall, dass dieses eindrucksvolle zweitausendseitige Werk in französischer Sprache erscheint: Soziale Fragen spielen in Frankreich, in den französischen Rechtswissenschaften und vor allem auch in der französischen Völkerrechtswissenschaft eine große Rolle.<sup>2</sup>

## I. Internationales Sozialrecht: Umriss und Problematik

Wie wichtig dieses Werk ist, wird im Sinne einer konstruktiven Irritation klar, wenn man im Untertitel von »wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten« liest. Damit ist der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte von 1966<sup>3</sup> – kurz Sozialpakt – gemeint, der einen der wichtigsten Menschenrechtsverträge der Vereinten Nationen darstellt. Der Pakt dient dem Buch besonders in seinem zweiten Teilband, der die materiellen Rechte behandelt, als Orientierung. So wird deutlich, dass wir uns das internationale Sozialrecht als Gegenstand des Buches keineswegs als eine Art Verlängerung oder Ergänzung dessen vorstellen dürfen, was wir gemeinhin aus deutscher Sicht als Sozialrecht verstehen.

### 1. Das Recht der ILO und die Dimension der Menschenrechte

Auf internationaler Ebene umfasst der Begriff des Sozialrechts als historischen Kernbestand auch große Teile des Arbeitsrechts.<sup>4</sup> Daneben gehören zum internationalen Sozialrecht eben auch die Menschenrechte im engeren Sinne mit dem Sozialpakt als sicherlich wichtigster Regelung. Dabei hatte der Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte lange Jahre ein Schattendasein geführt. Die starke Betonung des internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte ist aus verschiedenen Gründen berechtigt und aktuell. Wenn auch viele der von der ILO zustande gebrachten Rechtsakte grundlegenden sozialen Bedürfnissen durch die Formulierung individueller Rechte Rechnung tragen und deswegen einige dieser Rechtsakte durchaus als »Menschenrechte im weiteren Sinne« bezeichnet werden können, spielt doch der Sozialpakt eine herausgehobene Rolle – nicht weil er etwa im

<sup>1</sup> RGBl. 1919 I, S. 687, 1269.

<sup>2</sup> Dieses Traditionsbewusstsein wird beispielsweise deutlich, wenn *Markov* in der Literaturliste zu seinem Abschnitt über die Sozialversicherung (*Sécurité sociale*, S. 1459, 1488) als erstes Werk *Condorcets* Entwurf einer historischen Darstellung der Fortschritte des menschlichen Geistes (*Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*) von 1795 aufführt. Soweit nicht weiter angegeben, bezeichnen im Folgenden alle Nachweise Autoren und Abschnitte des hier rezensierten Werkes.

<sup>3</sup> Vom 16.12.1966, BGBl. 1973 II, S. 1569, in Kraft getreten am 3.1.1976.

<sup>4</sup> Siehe dazu sehr instruktiv: *Beulay*, Du droit international du travail au droit international »social«, S. 61 ff.

Ränge über diesen Normen stände, sondern weil er mit seinen viel allgemeiner gehaltenen Formulierungen und Rechten von der Sache her in Anspruch nehmen kann, grundlegend soziale Rechte zu umreißen und in den größeren Zusammenhang der Menschenwürde und der Friedenssicherung zu stellen.<sup>5</sup>

Aber auch mit der Berücksichtigung des Sozialpakts ist der hier in Betracht zu ziehende Rechtsbereich noch keineswegs erschöpfend beschrieben. Soziale Aspekte finden sich, wie das Werk zeigt, auch in internationalen Regelungen über multinationale Unternehmen, in Freihandelsabkommen und den europäischen Präferenzabkommen. Hier ist Orientierung geboten, die vor allem der erste Teilband leistet, der einen Überblick über die institutionellen und prozeduralen Strukturen dieses Rechtsbereiches bietet, während der zweite Band sich mit den materiellen Normen beschäftigt.

## 2. Krisensymptome: Erosion durch »Versteinierung« und mangelnden Vollzug

Allerdings enthüllt die in dem Werk in vielen guten Ansätzen unternommene Kartographie des Sozialen in der internationalen Ordnung keinen gesamthaften Plan, sondern auch eine Vielzahl von Brüchen. Die Vielfalt der befassten Institutionen und Regelungsansätze versteht sich nicht nur als Erfolgsgeschichte. Aber nicht nur seine unzureichend koordinierte Struktur mindert die Wirksamkeit und Gestaltungskraft des internationalen Sozialrechts. Es kommen zwei weitere Aspekte hinzu, die die beiden Herausgeber weit am Anfang des Buches ansprechen:

*Thouvenin* spricht dabei zunächst die mögliche Erosion der Normen des internationalen Sozialrechts durch den schwindenden Willen der Staaten zur Fortentwicklung dieses Rechtsbereiches und die dadurch eintretende Versteinierung (*droit »fossilisé«*) an.<sup>6</sup> Dabei diskutiert er auch, wie dieses Defizit durch »Soft Law«, dh. durch formell gesehen unverbindliche Entschlüsse internationaler Organisationen, überwunden werden kann.<sup>7</sup> In der Tat haben solche Erklärungen nicht verbindlicher Art in der neueren Entwicklung des internationalen Sozialrechts eine große Rolle gespielt. Hier ist etwa die »ILO-Erklärung über grundlegende Prinzipien und Rechte bei der Arbeit und ihre Folgemaßnahmen« von 1998<sup>8</sup> zu nennen, die vier Grundprinzipien, nämlich die Vereinigungsfreiheit und das Recht auf Kollektivverhandlungen, die Beseitigung der Zwangs-

arbeit, die Abschaffung der Kinderarbeit und das Verbot der Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf, zum Gegenstand hatte. Diese sog. Kernarbeitsnormen haben durchaus das internationale Sozialrecht »revitalisiert«<sup>9</sup>, stellen aber zugleich durch die Hervorhebung der vier Prinzipien und damit verbundene acht Übereinkommen gleichrangig die Bedeutung der vielen anderen Normen des internationalen Arbeitsrechts in Frage.<sup>10</sup>

*Trebilcock* widmet sich der zweiten Problemdimension des internationalen Sozialrechts, nämlich der Kontrolle seiner Einhaltung und Durchsetzung. In einer kurzen Übersicht führt sie in die Problematik ein, wobei ausführlich verschiedene Optionen und neue Entwicklungen angesprochen werden.<sup>11</sup> Die Rolle neuer Akteure, wie beispielsweise Nichtregierungsorganisationen, kommt hier ebenso zur Sprache wie die Gewähr oder der Entzug von Unterstützungsleistungen im Rahmen der Entwicklungshilfe sowie Formen der internationalen Beobachtung und Indikatoren.

## 3. Strukturen und Funktionen

Der erste Band beginnt mit einem instruktiven Überblick über die *Entwicklung des internationalen Sozialrechts*. Von dort aus wird der Aufbau des internationalen Systems nach dem Zweiten Weltkrieg mit einer Reihe von Institutionen für wirtschaftliche und sozialen Fragen bis hin zu neuesten Entwicklungen, wie etwa die Erklärung der ILO über sozi-

5 Es kommt hinzu, dass am 5.5.2013 das Fakultativprotokoll zum individuellen Beschwerde- und Untersuchungsverfahren des Paktes in Kraft getreten ist, das ein lange währendes Manko dieses Menschenrechtsvertrages überwindet. Es ist insoweit allerdings bedauerlich, dass die Bundesrepublik Deutschland sich bisher noch nicht bereithalten konnte, das Protokoll zu zeichnen, geschweige denn zu ratifizieren. Siehe dazu *Mahler*, Das Fakultativprotokoll zum UN-Sozialpakt – Warum die Ratifikation durch Deutschland notwendig ist, Reihe Aktuell 2/2011, Deutsches Institut für Menschenrechte, Berlin 2011.

6 S. 92 ff., 93. Im Hinblick auf die Sozialversicherung beschreibt *Markov* eindrücklich diesen Rückstand internationaler Normen, *Considérations finales – vers l'élaboration de la future génération du droit international de la sécurité sociale?*, S. 1514 ff., 1516.

7 S. 98, »Soft law plébiscitée; droit 'revitalisé'?«.

8 ILO-Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, Juni 1998, International Legal Materials (I.L.M.) 37 (1998), S. 1237 ff. Deutscher Text abrufbar unter [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-berlin/documents/normativeinstrument/wcms\\_193727.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-berlin/documents/normativeinstrument/wcms_193727.pdf) (19.8.2013).

9 *Thouvenin*, S. 98 f.

10 Siehe dazu: *Alston/Heenan*, New York University Journal of International Law and Politics, 2004, 221 ff.

11 *Spécificités quant aux techniques de mise on oeuvre de la contrôle: à la recherche de nouveaux chemins*, S. 106 ff. Das Thema der Umsetzung und Durchsetzung der Normen des internationalen Sozialrechts wird dann im sechsten Kapitel des Werkes, S. 517 ff., noch in allen Einzelheiten behandelt.

ale Gerechtigkeit für eine faire Globalisierung aus dem Jahr 2008<sup>12</sup> dargestellt. Entlang dieser Linien werden verschiedene Dimensionen vertieft, zu denen auf der einen Seite die Erweiterung vom ursprünglichen Recht der Arbeit hin zu einem sozialen Recht<sup>13</sup>, auf der anderen Seite aber auch die Regionalisierung mit dem bedeutenden Beitrag der europäischen Integration, aber eben auch regionale Entwicklungen in Afrika, im arabischen Raum und in Asien gehört.<sup>14</sup>

### a. Die Schaffung von Standards

Nach diesen einführenden Betrachtungen wendet sich das Werk in einer funktionalen Betrachtung der »Erarbeitung« von Normen des internationalen Sozialrechts zu. Ein einführender Überblick über die verschiedenen Normen und Institutionen macht deutlich, dass das internationale Sozialrecht nicht nur im Rahmen der ILO entwickelt worden ist, sondern dass die Vereinten Nationen mit verschiedenen Menschenrechtsübereinkommen, aber auch die UNESCO, die Weltgesundheitsorganisation und viele regionale Organisationen ihren Beitrag geleistet haben. Auch die zahlreichen Präferenzabkommen, die überwiegend zwischen der Europäischen Union und einer Reihe von Entwicklungsländern bestehen, finden mit ihren Sozialklauseln hier Erwähnung.

Besonders hervorgehoben sei hier die *Beteiligung Privater* am internationalen Sozialrecht und seiner Normsetzung behandelt. Interessanterweise stehen hier an erster Stelle die multinationalen Unternehmen und die Nichtregierungsorganisationen. Erst dann folgen die Arbeitgeberverbände und die Gewerkschaften, die bekanntlich in der ILO aufgrund ihrer drittelparitätischen Strukturierung eine große und institutionalisierte Rolle spielen.

### b. Umsetzung und Durchsetzung als Herausforderung

Es folgt eine umfangreiche funktionale Betrachtung der Anwendung, Implementierung und Durchsetzung des internationalen Sozialrechts. Sie geht zu Recht von der staatlichen Ebene mit der behördlichen Aufsicht und der gerichtlichen Durchsetzung aus. Dann wird die internationale Ebene betrachtet. Hier geht es zunächst um die Anwendung des internationalen Sozialrechts durch internationale Gerichte. Anschließend werden die *nicht-gerichtsförmigen* Mechanismen der Kontrolle der Rechtsbefolgung geschildert, wobei die Betrachtung mit den Durchsetzungsinstrumentarien der Menschenrechte, insbesondere dem Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, beginnt. Dann wird das ganz ähnliche Ins-

trumentarium der internationalen Arbeitsorganisationen betrachtet. Hervorhebenswert sind einige neuere Entwicklungen, etwa das Streitschlichtungssystem der drittelparitätischen Erklärung über multinationale Unternehmen.<sup>15</sup> Neben den Durchsetzungsinstrumenten des Europarats und denen der OECD finden dann auch die verschiedenen Initiativen privater Einheiten, etwa von Nichtregierungsorganisationen und der Sozialpartner, Erwähnung.

## II. Die materiellen Normen des internationalen Sozialrechts

Der zweite Band, der mehr als tausend Seiten umfasst, ist den Regeln des internationalen Sozialrechts gewidmet. Dabei orientiert sich die Darstellung an dem Sozialpakt und seinen Rechten. Diese zunächst ungewohnte Einteilung erweist sich bei genauer Betrachtung als sinnvoll. Mit ihr lässt sich die bis ins Detail reichende, reflektierte Bestandsaufnahme des internationalen Normenbestandes gliedern. In dieser Zusammenschau von Normen aus unterschiedlichen Kontexten liegt ein weiterer großer Verdienst des Werkes.

### 1. Das Recht der Arbeit im engeren Sinne

Mit Blick auf Art. 6 bis 8 des Sozialpaktes (Recht auf Arbeit, Arbeitsbedingungen, Koalitionsfreiheit) stehen die Regeln über die Arbeit am Anfang und nehmen fast die Hälfte des zweiten Bandes ein. Es schließen sich kürzere Kapitel über die Sozialversicherung (Art. 9), die Gesundheit (Art. 12), den ausreichenden Lebensstandard einschließlich des Schutzes der Familie (Art. 11), der Bildung (Art. 13 und 14), der Wissenschaft, Kultur (Art. 15) und der Freizeit, des Tourismus und des Sports an. Das Werk ist in diesem Bereich detailliert gegliedert, so dass der Zugriff auf die Einzelfragen ähnlich wie bei einem Handbuch erfolgen kann.

Der Teil über das *Recht der Arbeit* beginnt mit einer ausführlichen Betrachtung über das Recht auf Arbeit nach Art. 6 des Sozialpaktes und schildert daneben die wichtigsten

<sup>12</sup> [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/genericdocument/wcms\\_100192.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/genericdocument/wcms_100192.pdf) (19.8.2013).

<sup>13</sup> Beulay, *L'évolution du droit international social*, S. 59 ff.

<sup>14</sup> Beulay, *Le droit international social: une régionalisation constante des droits*, S. 72 ff.

<sup>15</sup> Picard, *L'extension du champ de contrôle par l'adoption de nouveaux types d'instruments*, S. 714 ff.

einschlägigen ILO-Konventionen bzw. -Empfehlungen.<sup>16</sup> Sodann werden die Arbeitsbedingungen im Einzelnen von Arbeitszeitregelungen über den Mutterschaftsurlaub, den allgemeinen Urlaub, die Nachtarbeit, die Entlohnung bis hin zu weiteren Detailfragen ausführlich behandelt.<sup>17</sup>

Danach nimmt zu Recht die *Arbeitssicherheit und -gesundheit* breiten Raum ein, wobei im Detail alle einschlägigen Regelwerke aufgeführt und diskutiert werden.

Nach einer Betrachtung der *Koalitionsfreiheit* und der *Kollektivverträge* sowie einem Kurzüberblick über das europäische Recht und die Rechtsharmonisierung geht die Betrachtung sogar noch einen Schritt weiter und erläutert ausführlich das *Recht für einzelne Berufsgruppen*. Auf den ersten Blick scheinen die hier wiedergegebenen Regelungen über die Schutzbestimmungen für Seeleute, Fischer, Landarbeiter, Krankenschwestern, Hotelpersonal, Soldaten, Lehrkräfte, Hausangestellte und Beamte sowie Minenarbeiter in der Auswahl einigermaßen erratisch zu sein. Aber die Regelungsschwerpunkte des internationalen Sozialrechts sind eben durch die besonderen Bedingungen und Strukturen des internationalen Sozialrechts und der internationalen Sozialpolitik und ihre besonderen Regelungsbedürfnisse geprägt. Die sorgfältige Betrachtung ist über ihre jeweiligen speziellen Gegenstände hinaus von Nutzen, weil sie einen Eindruck über die Regelungsstrukturen des internationalen Sozialrechts und seine Wandlungen vermittelt. So ist etwa das Seearbeitsübereinkommen aus dem Jahre 2006<sup>18</sup> ebenso wie die neue Konvention und Empfehlung über die Arbeit bei der Fischerei aus dem Jahre 2007<sup>19</sup> auch im Hinblick auf die verwendete Regelungstechnik und insbesondere auf neuartige Mechanismen der Durchsetzung von beispielhaftem Interesse.

Der Betrachtung einzelner Berufs- oder Tätigkeitsgruppen schließt sich eine Darstellung der *Sonderregelungen für bestimmte besonders schutzwürdige Personenkreise* an.<sup>20</sup> Hier findet selbstverständlich der Schutz der Kinder und Heranwachsenden<sup>21</sup> ebenso Berücksichtigung wie die Sonderregelungen für Personen, die Verantwortung für Familien<sup>22</sup> übernehmen. Darüber hinaus wird der Mutterschutz besonders erwähnt. Weiterhin werden ausführlich die einschlägigen Regelungen für Wanderarbeitnehmer, Flüchtlinge, für behinderte Arbeitnehmer und für Angehörige indigener Völker sowie für ältere Personen geschildert. Ein besonderer Abschnitt ist den Personen gewidmet, die unter Aids leiden. Schließlich werden die grundlegenden Verbote im arbeitsbezogenen Bereich des internatio-

nen Sozialrechts behandelt. Berücksichtigung findet hier die ILO-Konvention Nr. 29 über die Zwangsarbeit von 1930 ebenso wie die ILO-Konvention Nr. 105 über die Abschaffung der Zwangsarbeit von 1957. Daneben spielt die Frage der Diskriminierung bzw. eines Diskriminierungsverbotes eine große Rolle.

## 2. Das Recht der Sozialversicherung

In dem darauf folgenden Kapitel<sup>23</sup> über die *Sozialversicherung* wird die Entwicklung eines entsprechenden Rechts innerhalb der ILO<sup>24</sup> und im Menschenrechtsschutz<sup>25</sup> im Einzelnen nachgezeichnet, bevor Grundstrukturen dieses Rechts und notwendige weitere Entwicklung diskutiert werden.<sup>26</sup> Ein weiterer Abschnitt befasst sich mit dem Koordinationsrecht zwischen verschiedenen Staaten im Hinblick auf die Sozialversicherung.<sup>27</sup>

## 3. Weitere Rechte

Anschließend geht es um das *Recht auf Gesundheit* und in einem weiteren Kapitel um das *Recht auf ausreichenden Lebensunterhalt und Unterstützung der Familien*. Hier wer-

16 So ua. ILO-Konventionen Nr. 122 über die Beschäftigungspolitik von 1964, BGBl. 1971 II, S. 57; Nr. 142 über die Berufsberatung und die Berufsbildung im Rahmen der Erschließung des Arbeitskräftepotentials von 1975, BGBl. 1980 II, S. 1370; Nr. 88 über die Organisation der Arbeitsmarktverwaltung von 1948, BGBl. 1954 II, S. 448; Nr. 181 über private Arbeitsvermittlung von 1997 (von Deutschland nicht ratifiziert); Nr. 158 über Kündigungen von 1982 (von Deutschland nicht ratifiziert).

17 *Humblet*, Les conditions générales de travail, S. 936–994. Behandelt werden Arbeitszeit, Mutterschaftsurlaub, bezahlter Erholungsurlaub, Nachtarbeit und Teilzeitarbeit, S. 936 ff., Lohn und Gehalt, S. 967 ff., und die Arbeitsklauseln in den von Behörden abgeschlossenen Verträgen (insbesondere die gleichnamige ILO-Konvention Nr. 94 von 1949).

18 *Bader*, § 1 Gens de mer, S. 1086 ff., in Deutschland umgesetzt mit dem Seearbeitsgesetz vom 21.2.2013, BGBl. 2013 I, S. 868.

19 ILO-Konvention Nr. 188 über die Arbeit im Fischereisektor von 2007.

20 S. 1245 ff.

21 *Caron*, La protection des enfants et des adolescents, S. 1245 ff.

22 *Trebilcock*, Personnes ayant des responsabilités familiales, S. 1293 ff.

23 *Markov*, Le droit à la sécurité sociale, S. 1460 ff.

24 ZB. die ILO-Konvention Nr. 102 über die Mindestnormen der Sozialen Sicherheit von 1952, BGBl. 1957 II, S. 1321.

25 Eine ausführliche Zusammenstellung der verschiedenen Garantien der Sozialversicherung findet sich hier ebenso (S. 1463 ff.) wie ein Hinweis auf den einschlägigen Art. 22 der Allgemeinen Menschenrechtserklärung von 1948.

26 *Markov*, S. 1502, zählt zu diesen Grundstrukturen die Verantwortung der Staaten, die Beteiligung der Versicherten an der Verwaltung, die Finanzierung und die Bemessung der Leistungen, den Rechtsschutz und die Aussetzung der Leistungen.

27 *Omarjee*, Les règles de coordination des législations nationales, S. 1519.

den – entsprechend der Systematik des internationalen Pakts – neben dem Recht auf ausreichenden Lebensunterhalt etwa auch das Recht auf Wasser, auf Nahrung und auf Wohnung, auf eine gesunde Umwelt und schließlich das Recht auf Unterstützung für die Familien im Einzelnen diskutiert und mit ihren Regelungsgrundlagen dargestellt.

Neben der lexikalischen Breite, mit der das internationale materielle Sozialrecht behandelt wird, ist besonders hervorzuheben, dass das Werk hier in der Zusammenschau von Menschenrechtsgarantien und Normen der ILO neue Einsichten bietet. Die unterschiedliche institutionelle Verortung dieser beiden doch eng zusammenhängenden Rechtsbereiche und wohl auch die nicht zuletzt dadurch geförderte Herausbildung unterschiedlicher Kulturen und epistemischer Gemeinschaften<sup>28</sup> in Praxis und Wissenschaft haben hier eine Kluft entstehen lassen, die nicht wenig zu dem diffusen Eindruck beitragen mag, den das internationale Recht des Sozialen vermittelt. Es war nicht zu erwarten, dass das Werk mit seinem anderen Auftrag hier in der Tiefe schon durchgreifend eine Synthese entwickeln kann, wobei es aber doch in vielen guten Ansätzen die Zusammenhänge und Anschlüsse aufzeigt. Es dürfte sich aber rasch als eine unverzichtbare Referenz für weitere und vertiefte Forschungen in diesem Bereich etablieren, die sich dem Ziel widmen könnten, die beiden Normbestände im Sinne einer Wirkungsverstärkung abzugleichen und daraus Potential zu schöpfen.

### III. Kritik und Empfehlung

Die eingangs geschilderten Vorkommnisse und Zustände scheinen auf den ersten Blick weit entfernt. Unter den Bedingungen der Globalisierung bestehen aber enge Bezü-

ge zwischen Wachstum, Arbeitsbedingungen, Verteilungserfolgen und Verantwortlichkeiten hier und dort. Das internationale Sozialrecht ist mit seinen Defiziten und Möglichkeiten ein Schlüssel zum Verständnis und zur verantworteten Gestaltung der Globalisierung. Dies ist heute keine Aufgabe mehr allein für Regierungen und Diplomaten. Auch Gewerkschaften und Arbeitgeber, Nichtregierungsorganisationen, multinationale Unternehmen, der Handel und Konsumenten tragen Verantwortung.

Hier hilft das Werk von *Thouvenin* und *Trebilcock*. Es hat, wie angesichts der Herkulesaufgabe nicht anders zu erwarten, eine Reihe von Unzulänglichkeiten. So verliert es sich im Wunsch nach Vollständigkeit manchmal in eher abgelegenen Bereichen. Zudem folgt es der französischen Tradition einer »tiefen« Gliederung, die mit ihren mehr als fünfzig Seiten – ganz traditionell – am Ende des Buches abgedruckt wird und auch unter Zuhilfenahme einiger Kapitelübersichten eine Orientierung nicht gerade leicht macht. Mehr als einmal ist diese strikte Strukturierung problematisch, wenn sich Zusammenhänge verlieren oder einiges mehrfach zur Sprache kommt. Ein pragmatischer lexikalischer Ansatz wäre hier vielleicht hilfreicher gewesen.

Wer sich einen Überblick über Fragen des internationalen Sozialrechts verschaffen will, wird nicht davon absehen können, dieses einzigartige, höchst verdienstvolle und engagierte französische Gemeinschaftswerk zu konsultieren, um zu erfassen, was Sozialrecht in Zeiten der Globalisierung auf internationaler Ebene heute ist, aber doch auch sein könnte oder sein müsste.

*Prof. Dr. Tobias Stoll, Universität Göttingen*

<sup>28</sup> Siehe dazu in anderem Zusammenhang *Krause*, SR 2012, 94 ff.

### Zusammenfassungen

#### **Schlachter: Der Schutz der Vereinigungsfreiheit durch die europäische Sozialcharta**

SR SR 3/2013, S. 77–91

Die Verfasserin arbeitet die Bedeutung der ESC für das nationale Arbeitsrecht, aber auch für andere völkerrechtliche Instrumente heraus und stellt die Reichweite des Schutzes der Koalitionsfreiheit nach der ESC dar.

#### **Welti: Sozialrecht und selbstbestimmte Erwerbsbiographien**

SR SR 3/2013, S. 92–101

Der Verfasser untersucht, inwiefern Arbeits- und vor allem Sozialrecht erlauben, Erwerbsbiographien selbstbestimmt zu gestalten, wobei er zu einem ambivalenten Befund gelangt.

#### **Knickrehm: Selbstbestimmte Erwerbsbiographie und Arbeitsmarktpolitik – das Recht auf Weiterbildung nach dem Arbeitsförderungsrecht**

SR SR 3/2013, S. 102–108

Die Verfasserin geht derselben Frage speziell für die Weiterbildung nach und zeigt auf, dass die Fördervoraussetzungen im Laufe der Jahre immer weniger Raum für selbstbestimmte Erwerbsbiographien ließen.

#### **Schmidt: Arbeitsrecht und Arbeitsgerichtsbarkeit im Fokus der Politologie**

SR SR 3/2013, S. 109–112

Die Verfasserin begrüßt das neue politikwissenschaftliche Interesse an der Arbeitsgerichtsbarkeit und gibt einen Ausblick auf die Perspektiven interdisziplinärer Forschungen.

### Abstracts

#### **Schlachter: The protection of the right to organise according to the European Social Charter**

SR SR 3/2013, S. 77–91

The author discusses the importance of the ESC in national labour law and its influence on other instruments in international law. She illustrates the degree of protection provided by the right to organise, to bargain collectively and to strike according to the ESC.

#### **Welti: Social security law and determination of employment history on one's own terms**

SR SR 3/2013, S. 92–101

The author explores the extent to which labour and in particular social security law allow for the determination of employment history on one's own terms and arrives at an ambivalent conclusion.

#### **Knickrehm: Determination of employment history on one's own terms and labour market policy: the right to further education according to the law of unemployment benefit**

SR SR 3/2013, S. 102–108

The author looks into the same question specifically with regards to further education and draws the conclusion that over the years, the requirements for aid have consistently lessened the possibilities for determining an employment history on one's own terms.

#### **Schmidt: Labour law and labour courts at the focal point of political science**

SR SR 3/2013, S. 109–112

The author welcomes the new found interest of political science in the labour courts' activities and provides an outlook on the perspectives of an interdisciplinary research.

### Vorschau | In der nächsten Ausgabe »Soziales Recht« lesen Sie:

#### Abhandlungen

- *Filip Dorsemont*: Maßnahmen zur Stärkung der Tarifbindung der Arbeitgeber in rechtsvergleichender Sicht
- *Minou Banafsche*: Die Eingliederungsvereinbarung zwischen konsensualer Vereinbarung und Verwaltungsakt

- *Jürgen Treber*: Einstweilige Verfügungen gegen Arbeitskämpfe

#### Rezensionsaufsätze

- Blessing, Steffen: Rechtsfolgen diskriminierender Kündigungen unter Geltung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (*Sudabeh Kamanabrou*)

# Tarif- und Arbeitskampfrecht in einem Band



Peter Berg / Eva Kocher / Helmut Platow  
Christian Schoof / Dirk Schumann  
**Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht**  
Kompaktcommentar  
4., überarbeitete Auflage  
2013. 944 Seiten, gebunden  
€ 89,90  
ISBN 978-3-7663-6210-0

Das Tarif- und Arbeitskampfrecht ist in den letzten Jahren erheblich in Bewegung geraten. Streiks im Bereich der Daseinsvorsorge haben zu heftigen Diskussionen geführt. Das Bundesarbeitsgericht hat durch Grundsatzentscheidungen das Arbeitskampfrecht maßgeblich geprägt.

Der Kompaktcommentar behandelt die neuesten Entwicklungen und Urteile umfassend und nah am Geschehen. Das Werk richtet sich an Rechts- und Gewerkschaftssekretäre, Tarifpraktiker, Rechtsanwälte und Richter. Zahlreiche Praxistipps sowie mehr als 80 Stichwörter zum Arbeitskampfrecht machen das Buch auch für Betriebs- und Personalräte zu einem unentbehrlichen Nachschlagewerk.

## Die Schwerpunkte der Neuaufgabe:

- Tarifliche Regelungen bei Unternehmensumstrukturierungen
- Tarifliche Öffnungsklauseln
- Gewerkschaftliches Klagerecht gegen Tarifvertragsverstöße
- Tarifflicht und Firmentarifvertrag
- Tarifvertragliche Gestaltung von Leiharbeit
- Arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln
- Streik und Daseinsvorsorge
- Streik für einen Sozialtarifvertrag, Solidaritätsstreik, Flashmob-Aktionen
- Tarifautonomie und Streik im Europarecht
- Gewerkschaftskonkurrenz und Tarifpluralität

## Das Autorenteam

**Peter Berg**, Rechtsanwalt,  
Justitiar des ver.di-Landesbezirks  
Nordrhein-Westfalen

**Dr. Eva Kocher**, Professorin  
für Bürgerliches Recht, Arbeits-  
recht und Zivilverfahrensrecht an  
der Europa-Universität Viadrina,  
Frankfurt (Oder)

**Helmut Platow**, Rechtsanwalt,  
ehemals Leiter der Rechtsabtei-  
lung beim  
ver.di-Bundesvorstand

**Christian Schoof**, Rechtsanwalt,  
ehemals Gewerkschaftssekretär  
bei der  
IG Metall, Bezirk Küste

**Dirk Schumann**, Jurist,  
Funktionsbereich Tarifpolitik beim  
IG Metall-Vorstand

## Ja, ich bestelle:

Expl.:	ISBN	Autor / Kurztitel:	Preis
	6210-0	Berg u.a. Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht	€ 89,90

## Schnell-Fax: 0 69 / 79 50 10 - 11\*

Firma \_\_\_\_\_

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

Straße / Nr. \_\_\_\_\_

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

Telefon \_\_\_\_\_

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

Ja, ich möchte den E-Mail-Service Ihres Verlages nutzen, um über interessante Angebote und Neuigkeiten auf dem Laufenden gehalten zu werden. Diesen Service kann ich jederzeit schriftlich bei der Bund-Verlag GmbH widerrufen.

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



**BUND  
VERLAG**

Postfach  
60424 Frankfurt am Main

Infotelefon:  
0 69 / 79 50 10-20

Fax:  
0 69 / 79 50 10-11

Internet:  
www.bund-verlag.de

E-Mail:  
kontakt@bund-verlag.de

SR 09 13 10

\*Wir geben Ihre Bestellung zur Ausführung an eine Buchhandlung unserer Wahl weiter.

# Immer eine Länge voraus.

## Mit den Praxistipps für Betriebsräte



© panthermedia.net | Thomas Lammeyer (Fotografen-ID: 009735)



Neuaufgabe!

Peter Wedde (Hrsg.)

**Arbeitsrecht**Kompaktcommentar zum Individualarbeitsrecht  
mit kollektivrechtlichen Bezügen3., neu bearbeitete und aktualisierte Auflage  
2013. 1.568 Seiten, gebunden

€ 89,90

ISBN 978-3-7663-6165-3

Mit diesem Buch können Sie nur gewinnen: Klar, prägnant und verständlich erläutert der Kompaktcommentar das Individualarbeitsrecht – konzentriert aufbereitet in einem einzigen Band. Die Kommentierungen haben stets die Arbeitnehmerpositionen im Blick, verzichten auf wissenschaftlichen Ballast und orientieren sich an der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. Für Ihre tägliche Arbeit besonders nützlich sind die optisch hervorgehobenen Hinweise und Tipps für die Mitbestimmung.

Wichtige Gesetzesänderungen und neue Rechtsprechung haben eine Neuaufgabe dieses hochgeschätzten Werkes notwendig gemacht. Zum Beispiel bringt das geänderte Leiharbeitsrecht viele Neuerungen mit sich. Im Kündigungsrecht gibt es – bekannt unter dem Fall »Emmely« – eine Trendwende der Rechtsprechung zur Kündigung wegen Bagatelldelikten. Aber auch in anderen Bereichen gibt es wichtige Neuerungen.

**Kommentiert sind die Gesetze und Vorschriften, die für Praktiker wirklich wichtig sind:**

AEntG, AGG; ArbSchG, ArbZG, AÜG, BBiG; BDSG, BEEG, BGB, BUrlG, EFZG; JarbSchG; KSchG, MuSchG, PflegeZG; SGB IX, TzBfG.

**Beachten Sie auch:**

Brall / Kerschbaumer / Scheer  
Westermann (Hrsg.)  
**Sozialrecht für Arbeitnehmer**  
SGB I bis SGB XII und SGG  
Kompaktcommentar  
Arbeitnehmerrechte  
2013. 2.109 Seiten, gebunden  
€ 139,-  
ISBN 978-3-7663-6166-0

**Ja, ich bestelle:**

Expl.:	ISBN	Autor / Kurztitel:	€ / Preis
	6165-3	Peter Wedde (Hrsg.) <b>Arbeitsrecht</b>	€ 89,90
	6166-0	Brall u.a. (Hrsg.) <b>Sozialrecht für Arbeitnehmer</b>	€ 139,-

**Schnell-Fax: 0 69 / 79 50 10 - 11\***

Firma \_\_\_\_\_

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

Straße / Nr. \_\_\_\_\_

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

Telefon \_\_\_\_\_

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

Ja, ich möchte den E-Mail-Service Ihres Verlages nutzen, um über interessante Angebote und Neuigkeiten auf dem Laufenden gehalten zu werden. Diesen Service kann ich jederzeit schriftlich bei der Bund-Verlag GmbH widerrufen.

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

SR 09 13 11

\*Wir geben Ihre Bestellung zur Ausführung an eine Buchhandlung unserer Wahl weiter.

**BUND  
VERLAG**Postfach  
60424 Frankfurt am MainInfotelefon:  
0 69 / 79 50 10-20Fax:  
0 69 / 79 50 10-11Internet:  
www.bund-verlag.deE-Mail:  
kontakt@bund-verlag.de