

Teil 3: Das Andere des Arbeitsrechts – Konflikte um Sorgearbeit

In diesem Teil werden konkrete Bereiche und Fragen des Arbeitsrechts aus einer feministischen Perspektive betrachtet. Hier wird gefragt, wie ein Arbeitsrecht aussehen müsste, das private und professionelle Sorgearbeit (»das Andere des Arbeitsrechts«) bewusst mitdenkt. Dies wird an Fragen der Vereinbarkeit von Berufs- und Familienarbeit sowie an Rechtsfragen von Hausangestelltentätigkeit (»live-in«-Beschäftigung) analysiert. Mit Hilfe dieser Beispiele werden auch die Leerstellen aufgezeigt, die eine feministische Perspektive in den rechtlichen Debatten um Arbeitszeit oder Kollektivvertragsfähigkeit offenlegt.

Der »Das Andere des Arbeitsrechts« betitelte erste Text dieses Teils formuliert den theoretischen Ansatz. Anlass des Texts war ein Vortrag, der die »Frankfurter Erklärung zum Arbeitsrecht« der Vereinigung Demokratischer Juristinnen und Juristen (VDJ) kritisch kommentierte. Während die Erklärung ein neues Arbeitsrecht im Interesse der Arbeitnehmer:innen vorschlug, vor dem Hintergrund des Wandels der Erwerbsarbeit, übersah sie die Bedeutung vergeschlechtlichter Leitbilder im Arbeitsrecht. Der Text fordert, das dem Normalarbeitsverhältnis innewohnende Leitbild von »Familie« kritisch zu reflektieren und »das Andere des Arbeitsrechts« – die private Sorgearbeit – systematisch in den Blick zu nehmen. Als Orientierung für ein neues Leitbild von »universal caregiver«¹ könnte danach die Figur des:der Alleinerziehenden dienen.

Es folgt ein Überblickstext (»Die Erwerbstätigkeit von Frauen und ihre Auswirkung auf das Arbeitsrecht – oder umgekehrt«), der für eine interdisziplinäre Debatte über die Rolle des Geschlechts im Recht geschrieben wurde. Er geht von Arbeitsmarktdaten (aus der Entstehungszeit des Textes, also um 2008/2009) aus und zeigt so, wie die Erwerbstätigkeit von Frauen von der Übernahme privater Sorgearbeit abhängig ist. Er analysiert, wie das »Vierphasenmodell« weiblicher Erwerbstätigkeit (Erziehungsurlaub, längere Familienpause, anschließende Teilzeitarbeit und Wiedereinstieg nach Ende der Schulpflicht der Kinder) sich im Arbeitsrecht spiegelt, und wie das Arbeitsrecht dazu beiträgt, dass Menschen mit Fürsorge- und Familienpflichten in der Erwerbsarbeit zu Außenseiter:innen gemacht werden. Gleichzeitig wird gezeigt, wie mit dem arbeitsrechtlichen Diskriminierungsschutz auch Instrumente entwickelt werden, die helfen könnten, neue Leitbilder zu etablieren. Der Text betont, dass Rechte auf Gleichbehandlung ergänzt werden müssen, einerseits durch Anpassungsansprüche (z.B. Rechte auf

1 Nancy Fraser, *After the Family Wage. Gender Equity and the Welfare State*, *Political Theory* 22 (1994), S. 591–618.

Arbeitszeitflexibilisierung) und andererseits durch Gleichstellungsregelungen (die Unternehmen zu einer geschlechterpolitischen Evaluation und Neubewertung ihrer Personalpolitik anhalten²).

Während der Text »das Andere des Arbeitsrechts« den Wert von Individualansprüchen hervorhebt, betont dieser Text eher die Grenzen individualrechtlicher Ansätze und die Bedeutung kollektiver Beteiligungsrechte von Betriebsräten, Gewerkschaften, Gleichstellungsbeauftragten, Verbänden, öffentlichen Stellen etc., einschließlich der Notwendigkeit von Verbandsklagen.³

[Auf eine interessante Entwicklung sei hier noch hingewiesen: Dieser Text ging noch davon aus, dass es unproblematisch anerkannt sei, dass auch die Tarifvertragsparteien jedenfalls an einen dem Art. 3 GG entsprechenden Gleichheitssatz gebunden sind. Diese Frage ist seither wieder streitiger geworden; jedenfalls gibt es unterschiedliche Auffassungen zu den rechtlichen Grundlagen und Maßstäben.⁴]

Dass sich die geschlechtshierarchische Spaltung der Erwerbsarbeit in den 10 Jahren nach Erscheinen dieses Textes wenig verändert hat, zeigt der folgende Text mit dem Titel »Die Organisation der Erwerbsarbeit »gemeinsam neu gestalten««. Er fasst in äußerster Knappheit die Ergebnisse des Gutachtens zum Zweiten Gleichstellungsbericht der Bundesregierung zusammen; dieses Gutachten habe ich 2015/2016 als Vorsitzende der interdisziplinären Sachverständigenkommission koordiniert. Entsprechend der Anlage des Gleichstellungsberichts geht der Text über das Arbeitsrecht hinaus und formuliert als Leitbild eine gesellschaftliche Organisation von Sorge- und Erwerbsarbeit, die es allen Menschen ermöglicht, sowohl Erwerbs- als auch informelle Sorgearbeit in ihrem Leben zu verbinden (»Erwerb-und-Sorge-Arrangements«).

Der folgende Text »Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie« macht die feministische Perspektive weniger explizit sichtbar,

- 2 Siehe hierzu auch die konkreten Vorschläge des Deutschen Juristinnenbundes (djb) von 2015, 2021 und 2023, auf www.djb.de/themen/wege-zur-diskriminierungsfreiheit-in-unternehmen.
- 3 Siehe dazu schon Heide M. Pfarr/Eva Kocher, Kollektivverfahren im Arbeitsrecht. Nomos 1998; siehe auch die entsprechende Forderung der Unabhängigen Bundesbeauftragten für Antidiskriminierung in ihrem Grundlagenpapier zur Reform des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) vom Juli/November 2023, S. 11.
- 4 Für verschiedene Senate des BAG vgl. BAG, 23.2.2021 – 3 AZR 618/19; BAG, 29.4.2021 – 6 AZR 232/17; BAG 24.5.2023 – 10 AZR 369/20; ein Überblick über die Rechtsprechungsentwicklung findet sich bei Matthias Jacobs, Zur Grundrechtskontrolle von Tarifverträgen, RdA 2023, 9, 10, der die Bindung an den Gleichheitssatz kritisch sieht und nur begrenzt anerkennen möchte. Es wird erwartet, dass das BVerfG sich in der Rechtssache 1 BvR 1109/21 dazu äußern wird.

wenn er ein neues Leitbild für das Arbeitsrecht in Anknüpfung an Konzepte von Zeitpolitik, von »Ziehungsrechten« und einer »Arbeitsversicherung« entwickelt. Er fasst vor allem Ergebnisse des Projekts »Soziales Recht der Arbeit«⁵ zusammen, dem fast alle Texte dieses Teils viel verdanken. Am Beispiel von Fragen der Sorgearbeit, der Behinderung sowie der Weiterbildung konkretisiert er, wie arbeitsrechtliche Anpassungsansprüche aussehen könnten, die strukturelle und transformativ Wirkung entfalten sollen. Hier geht es auch darum, wie arbeitsrechtliche Ziehungsrechte für Zeit und Bildung mit Finanzierungsmodellen verbunden werden können, und wie das Recht einen »offenen Suchprozess« im Betrieb gestalten und unterstützen könnte. Es handelt sich insofern implizit um einen recht konkreten Beitrag zur Gestaltung eines neuen Nicht-Recht (siehe »Objektivität und gesellschaftliche Positionalität« in Teil 4); der Text sollte auch einen sozialwissenschaftlichen Blick auf Verfahren als Funktionsbedingung von Rechten anregen.

Zu erwähnen bleibt, dass das damals eingeforderte Recht auf befristete Teilzeit seit 2019 in einer etwas verkümmerten Form als »Brückenteilzeit« in § 9a TzBfG geregelt ist. Kleinere rechtliche Änderungen in Detailfragen brachte im Dezember 2022 auch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1158 zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige.

Im Jahre 2012 habe ich anlässlich der Verabschiedung des Übereinkommens 189 über menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte (Internationale Arbeitsorganisation, ILO) eine Expertise für die Hans-Böckler-Stiftung erstellt, in der die Voraussetzungen einer Ratifikation des Übereinkommens durch die Bundesrepublik Deutschland geprüft wurden.⁶ Nachdem Deutschland das Übereinkommen ratifizierte und es dadurch hier in Kraft trat, haben sich mehrere Forschungsprojekte mit den Konsequenzen beschäftigt. Dabei ging es immer um ein wichtiges Anwendungsfeld der Konvention, nämlich die »live-in-Betreuung« durch meist migrantische Frauen aus Mittel- und Osteuropa in deutschen Familien.⁷

5 Eva Kocher/Henning Groskreutz/Ghazaleh Nassibi/Christian Paschke/Susanne Schulz/Felix Welti/Johanna Wenckebach/Barbara Zimmer, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie. Arbeits- und sozialrechtliche Regulierung für Übergänge im Lebenslauf: Ein Beitrag zu einem Sozialen Recht der Arbeit, Nomos 2013.

6 Eva Kocher, Hausarbeit als Erwerbsarbeit: Der Rechtsrahmen in Deutschland: Voraussetzungen einer Ratifikation der ILO-Domestic Workers Convention durch die Bundesrepublik Deutschland, 2012.]

7 Projekt »Modelle der Live-in-Pflege« (gefördert durch die Hans-Böckler-Stiftung) in Kooperation mit Bernhard Emunds, Nell-Breuning-Institut, Philosophisch-Theologische Hochschule St. Georgen. Im Rahmen des Projekts wurde im Oktober 2021 ein Policy Paper zu Live-In-Care veröffentlicht. (Bernhard Emunds/Eva Kocher/Simone Habel/Rebekka Pflug/Theresa

Der Text »Der rechtliche Rahmen der 24 Stunden-Pflege in Deutschland« fasst Erkenntnisse dieser Debatte zusammen. Er geht von der doppelten Zielrichtung des ILO-Übereinkommens 189 aus, Hausarbeiter:innen sowohl gleichzubehandeln als auch in ihrer besonderen Verletzlichkeit zu schützen. Als politische Handlungsoptionen nennt der Text die Schaffung spezieller Regelungen, die Transparenz und Effektivität verbessern können, die Entwicklung von Qualitätsstandards für gute Arbeit in der häuslichen Betreuung sowie Anreizsysteme zur Förderung von Nachfragestrukturen für solche Angebote, die Mindeststandards entsprechen.

Das Thema der »live-in-Betreuung« ist in den letzten Jahren häufiger und breiter diskutiert worden. Der irreführende Begriff »24-Stunden-Betreuung« oder »-Pflege« sollte heute nicht mehr verwendet werden; die Besonderheiten dieser Tätigkeiten, die sich aus der faktisch ständigen zeitlichen Verfügbarkeit ergeben, sind durch den Begriff »live-in« besser charakterisiert.

Von großer Bedeutung für die Entwicklung der Debatte war ein Urteil des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 24. Juni 2021 (5 AZR 505/20). Es betraf den Fall einer Pflege- und Betreuungskraft aus Bulgarien, die im Rahmen einer »24-Stunden-Betreuung« als »live-in« eine Frau in Deutschland gepflegt hatte. Das BAG bestätigte in seinem Urteil, dass der Arbeitnehmerin der Mindestlohn nicht nur für die sechs Arbeitsstunden täglich zustand, für die sie entlohnt wurde, sondern auch für alle Bereitschaftszeiten. Das Landesarbeitsgericht (LAG) Berlin-Brandenburg gab daraufhin der Klage auf Zahlung des Mindestlohns für grundsätzlich sieben Tage in der Woche für 24 Stunden statt (abzüglich einiger freier Tage bzw. freier Nachmittage).⁸ In anderer Sache entschied das BAG, dass die verlängerten Kündigungsfristen nach § 622 Abs. 2 BGB nicht für Hausangestellte gelten sollen;⁹ hier hatte der in diesem Buch abgedruckte Text (unter 3.b)) anders argumentiert.

Auf gesetzlicher Ebene hat sich seit Erscheinen des Textes nichts Wesentliches verändert. Allerdings enthält der Koalitionsvertrag 2021–2025 das Vorhaben, »eine rechtssichere Grundlage für die 24-Stunden-Betreuung im familiären Bereich« zu gestalten.¹⁰ Zuletzt wurde auch die Debatte

Tschenker/Verena von Deetzen, Gute Arbeit für Live-In-Care. Gestaltungsoptionen für Praxis und Politik, NBI-Positionen 2021/2) Siehe auch die gemeinsam mit Nastazja Potocka-Sionek erstellte Studie »Rechtsfragen beim Einsatz polnischer Betreuungskräfte (Live-ins) in Deutschland durch Vermittlung polnischer Agenturen«, 2022, im Auftrag der Gleichbehandlungsstelle EU-Arbeitnehmer (Arbeitsstab der Beauftragten der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration).

8 LAG Berlin-Brandenburg, 5.9.2022 – 21 Sa 1900/19.

9 BAG 11. Juni 2020 – 2 AZR 660/19.

10 SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, Mehr Fortschritt wagen. Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag 2021–2025,

um mögliche Ausnahmen vom Arbeitszeitrecht, die kurz vor Ratifikation des ILO-Übereinkommens anhand von § 18 Abs. 1 Satz 3 ArbZG geführt worden war, wieder ausgegraben. Gemeinsam mit Kolleginnen habe ich in der Feministischen Rechtszeitschrift »Streit« dagegen Stellung bezogen.¹¹

Zum Abschluss von Teil 3 führt der Text »Arbeit, Kollektivautonomie und Solidarität« die Gedanken über das »Andere des Arbeitsrechts« zusammen und entwickelt sie auf theoretischer Ebene weiter. Ausgangspunkt sind zwei Konstellationen, die bereits in den Texten über das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie und über den rechtlichen Rahmen der 24 Stunden-Pflege thematisiert wurden: Einerseits wird die Debatte um die Kollektivvertragsfähigkeit einer deutschen Organisation von Hausarbeiterinnen analysiert, andererseits ein betrieblicher Konflikt um die Arbeitszeit einer Alleinerziehenden.¹² Diese Konstellationen sind Ausgangspunkt einer theoretischen Reflektion der Bedeutung von individuellen Rechten auf Nichtdiskriminierung in kollektiven Kontexten. Der Text hebt insbesondere den antidiskriminierungsrechtlichen Ansatz der »angemessenen Vorkehrungen« hervor, der Rechte auf Berücksichtigung von Differenz, auf Inklusion und Barrierefreiheit formulieren kann.

Der Text erweitert die Suche nach transformativen Konzepten um Vorstellungen von Kollektivautonomie und Solidarität in der Arbeitswelt und lenkt den Blick auf die Akteur:innen, die für eine solche Mobilisierung des Rechts ermächtigt werden müssten. Er fragt, wie das Solidaritätsprinzip, das im Arbeitsrecht in der Kollektivautonomie ausgeformt wird, in einem Umfeld wirken kann, das nicht nur von strukturellen Ungleichgewichten zulasten von Arbeitnehmer:innen, sondern auch von gesellschaftlichen Stereotypisierungen und strukturellen Diskriminierungen wegen des Geschlechts gekennzeichnet ist.

S. 64. Meine Kritik an dieser Zielsetzung wird demnächst in einem Schwerpunkt der Zeitschrift »International Labour Review« veröffentlicht.

- 11 Verena von Deetzen/Eva Kocher/Oda Hinrichs, Feministische Kontroversen zur Regulierung von Live-in-care. Ein Debattenbeitrag zum Artikel von Marianne Weg in Streit 1/2023, STREIT 4/2023, S. 166–173.
- 12 In Abschnitt C.III. dieses Textes habe ich einen Fehler im Ausgangsmanuscript korrigiert, der die Wiedergabe der Entscheidung des BAG vom 16.12.2008 – 9 AZR 893/07 betraf.

Das Andere des Arbeitsrechts (2016)¹

Seit 1983 hat sich in der Welt der Arbeit (und in der Arbeit der Welt) einiges geändert. Die Frankfurter Erklärung der VDJ² thematisiert dies gleich zu Beginn und stellt dabei »Digitalisierung und Automatisierung« an den Anfang. Ein guter Start – denn unter diesen Stichworten lässt sich viel von dem zusammenfassen, was aktuell zum Wandel der Erwerbsarbeit diskutiert wird.³

Allerdings hängt mit dem Wandel der Erwerbsarbeit auch ein gesellschaftlicher Wandel zusammen. Dieser wird u.a. mit den Begriffen »Subjektivierung« und »Individualisierung« umschrieben, was ihn für kollektivrechtlich denkende Arbeitsrechtler*innen verdächtig macht. Tatsächlich drohen diese Begriffe die gesellschaftlichen Auseinandersetzungen, auf die sie verweisen, auf eine Weise zu politisieren, die bestimmte Vergesellschaftungsprozesse verschwinden lässt. Denn in ihnen versteckt sich ein fundamentaler Wandel sowohl der gesellschaftlichen Geschlechterverhältnisse als auch der globalen Arbeitsteilungen. Was sowohl in arbeitsrechtlichen Debatten als auch in Subjektivierungskritiken oft fehlt, ist die Erkenntnis, dass der Wandel der Erwerbsarbeit nicht nur durch die Technikentwicklung und Interessen an der privaten Gewinnerzielung angetrieben ist, sondern auch gesellschaftliche Gründe hat. Und diese Leerstelle findet sich auch in der »Frankfurter Erklärung«.

Die Erklärung ergänzt die VDJ-Erklärung von 1983, deren rechtspolitische Vorschläge sich auf Mitbestimmung, Tarifrecht, Arbeitskampfrecht, Kündigungsschutzrecht und Beamtenrecht konzentrierten. Neu sind insbesondere die Kapitel »Erosion des Normalarbeitsverhältnisses entgegen wirken«, zu Gesundheits- und Arbeitsschutz sowie zum Datenschutz. Dabei fällt auf, dass der Erklärung zu »Erosion des Normalarbeitsverhältnisses« vor allem die Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Arbeitsvertrag einfällt. »Normalarbeitsverhältnis« wird so relativ

- 1 Überarbeitete Fassung des Vortrags auf der VDJ-Jubiläumsveranstaltung »Für ein besseres Arbeitsrecht« am 31.10.2015 in Frankfurt/Main. Die Vortragsform wurde im Wesentlichen beibehalten. Der Text wurde zuerst veröffentlicht in *Arbeit und Recht (AuR)* 2016, S. 334–338 (bei der Erstveröffentlichung war »Das andere« klein geschrieben).
- 2 Vereinigung Demokratischer Juristinnen und Juristen e.V. Bundesvorstand Arbeitskreis Arbeitsrecht, Frankfurter Erklärung zum Arbeitsrecht (die Erklärung ist *AuR* Heft 8-9/2016 beigelegt).
- 3 Siehe auch das Thema der Arbeits- und Sozialrechtlichen Abteilung beim DJT 2016 in Essen (»Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf«), dem *AuR* Heft 8-9/2016 gewidmet ist.

umstandslos mit »Erosion« gleichgesetzt, obwohl der wertungsneutrale Begriff der »Krise« näher gelegen hätte.

Hintergrund dieser Begriffsverwendung ist vermutlich: Die Tatsache, dass das Normalarbeitsverhältnis eine wichtige Arbeitszeitdimension enthält, deren Krise eine durchaus auch gesellschaftlich emanzipatorische Bedeutung haben könnte, gerät der Erklärung nur am Rande ins Blickfeld. Die Frankfurter Erklärung behandelt Fragen der Arbeitszeit in allererster Linie als Arbeitsschutzthema. Was dabei übersehen wird, ist die Funktion, die Leitbildern der Arbeitszeit für die Arbeit außerhalb der Erwerbsarbeit zukommt: Wenn wir alle durchgehend mindestens 35 bis 45 Std./Woche arbeiten, bzw. wenn wir alle so arbeiten, wie es heute der durchschnittliche Mann tut,⁴ wer sorgt sich dann um uns als Menschen?

1. Erosion oder Krise des Normalarbeitsverhältnisses?

Mit der Überschrift »Erosion« des Normalarbeitsverhältnisses überspringt die Frankfurter Erklärung die Leitbilddiskussion, die der Begriff des »Normalarbeitsverhältnisses« nahelegt. Und sie setzt damit implizit ein bestimmtes Leitbild voraus.

Es gibt einen Zeichentrickfilm der Gewerkschaft *verdi*, mit dem diese die Probleme der Erwerbsarbeit in der digitalen Gesellschaft aufzeigen möchte. Der Zeichentrickfilm heißt »Klaus der Cloudworker«⁵ und stellt die Entwicklung der Erwerbsarbeit in drei Generationen dar. Dieser »Science Fiction über die gigantische Entwertung von Arbeit« beginnt mit dem Opa von Klaus und blickt nostalgisch auf die Zeit zurück, als Opa (der Elektriker war) am Morgen Oma einen Kuss geben und das Haus verlassen konnte, um 5 Tage in der Woche von 9 – 17 Uhr für seinen Arbeitgeber zu arbeiten, und das 40 Jahre lang. Für den Vater von Klaus war es schon schwerer; er musste oft Überstunden machen und kannte weniger Verlässlichkeiten und Sicherheiten. Klaus lebt im Jahre 2020 und hat selbst gar keine Festanstellung mehr, sondern bietet seine Arbeitskraft über virtuelle Netzwerke an; »ein Heer von Freelancern kämpft mit weltweiter Konkurrenz um Aufträge« mit der Konsequenz von »Preisdumping«.

Der Film endet mit einem schlichten Aufruf: »Wenn wir uns gemeinsam engagieren, können wir noch die Kurve kriegen. Dann hat unser

4 S. die Ergebnisse der aktuellen Zeitverwendungsstudie (Destatis, Zeitverwendungserhebung. Aktivitäten in Stunden und Minuten für ausgewählte Personengruppen, 2015; z.B. dort S. 154 (9.10 Personen nach Geschlecht – 30–44 Jahre); vgl. auch Meier-Gräwe/Klünder, Ausgewählte Ergebnisse der Zeitbudgeterhebungen 1991/92, 2001/02 und 2012/13, 2015.

5 Ver.di, Cloudworking, zu finden auf <<https://www.verdi.de/themen/arbeit/+co+fd9e2f52-82fe-11e1-5004-0019b9e321e1>> (Abruf 30.5.2016).

Cloudworker auch Zeit für die Liebe.« Und hier wird dann deutlich, was der Film sich (unter der Chiffre »Liebe«) unter gutem Leben vorstellt: Klaus sitzt mit Frau und Kind am Strand und wird von den beiden angehimmelt. Auch ansonsten bringt der Film Frauen und Kinder vor allem als Attribute von Klaus' Opa, Klaus' Vater und Klaus selbst ins Bild. Opa küsst Oma vor dem morgigen Gang zur Arbeit, und das Kleinkind am Bildrand lässt ahnen, dass Oma wohl zu Hause bleiben und das Kleinkind betreuen und erziehen wird. Vater hat schon größeren Stress, denn seine Frau ist ebenfalls berufstätig (von der er sich aber dennoch durch Abschiedskuss trennt, damit diese das Kind zur Kita bringen kann). Klaus der Cloudworker ist alleinstehend und ohne Kinder; wer, wie Klaus entgrenzt und ohne ausreichende Existenzsicherung arbeitet, kann sich wohl eine funktionierende Partnerschaft nicht leisten.

Die Kleinfamilie mit traditioneller Arbeitsteilung ist offenbar das sozialpolitische Leitbild dieser nostalgisch angelegten Erzählung. In dieser Darstellung wird all die Arbeit unsichtbar gemacht, die für die Herstellung von »Liebe« erforderlich ist. Und mit der Unsichtbarmachung von Sorge- und Reproduktionsarbeit⁶ werden auch die Voraussetzungen unsichtbar, auf denen das Normalarbeitsverhältnis beruht: Das Normalarbeitsverhältnis ist sozial- und familienpolitisch eng verbunden mit einem Familienernährermodell (Klaus' Großeltern) oder einem Zuverdienermodell (Klaus' Eltern).

Wie ein »adult worker model«, in dem alle Personen im Normalarbeitsverhältnis erwerbstätig sind, gesellschaftlich funktionieren soll, konnte noch nicht zufrieden stellend beantwortet werden. »Liebe« ist schließlich mehr als nur der morgendliche Abschiedskuss vor dem Weg zur Arbeit. Wer die Lösung dieses Problems anders als Klaus der Cloudworker nicht in der heteronormativen Kleinfamilie sieht, ist darauf angewiesen, die Sorge für sich und für andere zusätzlich zur Erwerbsarbeit in sein (oder ihr Leben) zu integrieren. Ein solches neues Leitbild des »universal caregiver«⁷ oder des »Earner and Carer«-Modells⁸ bedeutet deshalb mehr als nur »Normalarbeitsverhältnis plus Familienfreundlichkeit«. Seine Umsetzung erfordert Veränderungen in vielen Bereichen, von der Familien- und Steuer- bis hin zur Sozialpolitik und dem Arbeitsrecht.

- 6 Zum Begriff z.B. Jürgens, Deutschland in der Reproduktionskrise, *Leviathan* 38 (2010), S. 559 ff mit einem weiten Begriff der »Reproduktion«, der alle Aspekte »guten Lebens« und »Selbstsorge« umfasst; zu Begrifflichkeiten und Debatten der Sorgearbeit siehe z.B. Aulenbacher/Riegraf/Theobald (Hrsg.), *Sorge: Arbeit, Verhältnisse, Regime*, 2014.
- 7 Fraser, *After the Family Wage. Gender Equity and the Welfare State*, *Political Theory* vol. 22 (1994), S. 591 ff.
- 8 Auth/Klenner/Leitner, Die Zumutungen des Adult worker model, in: Völker/Amacker (Hrsg.), *Prekarisierungen. Arbeit, Sorge und Politik*, 2015, S. 42 ff.

Die Frankfurter Erklärung bezeichnet Teilzeitarbeit immer noch als »atypisch«, obwohl sie das typische Beschäftigungsmodell für Frauen ist, die in der Zuverdienerpartnerschaft leben, wie sie in Westdeutschland verbreitet ist (sog. »modernisiertes Ernährermodell«).⁹ Wenn es in der Erklärung ohne weitere Kritik und Erläuterung heißt, »[d]ie sozialversicherungsrechtliche Teilzeit ist in bestimmten Lebenssituationen eine sinnvolle Beschäftigungsform,«¹⁰ muss sich das für die gleichstellungspolitisch interessierte Arbeitsrechtlerin so lesen, als solle damit implizit die gesellschaftliche Arbeitsteilung, die im Zuverdienermodell organisiert ist, zu einem fairen Kompromiss erklärt werden.

Es gibt weitere Hinweise auf ein solches Leitbild: In deutlichem Kontrast zu den weitgehenden (und z.T. durchaus utopischen) Forderungen, zu denen sich die Frankfurter Erklärung an vielen anderen Stellen bekennt, entnimmt sie ihre rechtspolitischen Forderungen zur Teilzeitarbeit fast ausschließlich der Koalitionsvereinbarung von CDU, CSU und SPD auf Bundesebene von 2013. So heißt es zwischen Leiharbeit und Befristung unter »atypische Beschäftigung« merkwürdig zahm und bescheiden: »Der Anspruch auf Teilzeit sollte ausgebaut werden, indem auch eine befristete Arbeitszeitreduzierung zugelassen wird und damit die Möglichkeit einer Wiederaufstockung gesichert ist. Die Möglichkeit der Aufstockung muss generell verbessert werden; die jetzige Regelung in § 9 TzBfG ist unzureichend. [...] Bei Wiedereintritt nach Eltern- und Betreuungszeit ist der Anspruch auf Teilzeit zu verstärken.«

Das ist schade, denn die rechtspolitische Debatte jenseits der Koalitionsvereinbarung ist eigentlich schon weiter. So hat z.B. der Leitantrag »Neue Arbeitszeitpolitik« der IG Metall eine »partnerschaftliche Aufgabenverteilung in der Familie« vor Augen: »Ein neues Normalarbeitsverhältnis gründet wesentlich auf veränderten Arbeitszeitbedingungen.«¹¹

2. Individuelle Rechtsgarantien, kollektiver Kampf und staatliche Interventionsrechte

Die Frankfurter Erklärung nähert sich allerdings dem neuen Leitbild durchaus: Sie enthält jetzt im Zusammenhang mit der Teilzeit auch (ergänzend?) die Forderung nach der »Möglichkeit einer Familienarbeitszeit (Wahlarbeitszeit), um Kinder- oder Angehörigenbetreuung sicherzustellen

9 Erster Gleichstellungsbericht der Bundesregierung 2011, BT-Drs. 17/6240, S. 117.

10 Frankfurter Erklärung (Fn. 2), S. 10.

11 Leitantrag »Neue Arbeitszeitpolitik« (EL3.001), beschlossen auf dem 23. Ordentlichen Gewerkschaftstag der IG Metall 2015.

(»Work-Life-Balance«).¹² Sie bezieht sich damit implizit u.a. auf einen rechtspolitischen Vorschlag des djb, der sich zwar auf das Arbeitsrecht beschränkt,¹³ sich dabei aber nicht nur mit den individuellen Ansprüchen von Arbeitnehmer*innen beschäftigt, sondern einen Wandel der betrieblichen Arbeitszeitkulturen anstoßen will.¹⁴ Die Idee dahinter: Nur wenn eine kollektivrechtlich abgesicherte betriebliche Arbeitszeitkultur Zeitsouveränität selbstverständlich macht, werden Arbeitnehmer*innen, die von etwaigen Rechten auf Wahlarbeitszeit Gebrauch machen, in der betrieblichen Wirklichkeit nicht mehr als »Störfälle« angesehen. Wesentlich ist dabei gerade, dass die Möglichkeit der arbeitszeitrechtlichen »Work-Life-Balance« nicht selbstverständlich mit dem Stichwort »Familie« verbunden bleibt (womit im betrieblichen Alltag implizit dann doch meist »Frau« gemeint ist). Nur dann werden auch diejenigen, die bisher ihre Karrieren verfolgen und/oder aus einer traditionellen Rollenzuschreibung heraus keine Sorgearbeit leisten (wollen, können oder dürfen), durch Angebote der Wahlarbeitszeit angesprochen werden können. Nur dann wird sich ein »earner and carer«-Leitbild für die Erwerbsarbeit durchsetzen können.

Das vom djb vorgeschlagene Modell stellt deshalb die Verpflichtung der Arbeitgeber zur Entwicklung betrieblicher Wahlarbeitszeitkonzepte in den Mittelpunkt, einschließlich einer Erweiterung und Verbesserung der betrieblichen Mitbestimmung. Denn aktuell laufen individuelle Rechte (z.B. aus § 8 TzBfG) und betriebliche Mitbestimmung (insbesondere § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG) nebeneinander her, was einer der Gründe dafür sein mag, dass Betriebsräte alleinerziehende Mütter und Väter, die von ihren Individualrechten Gebrauch machen, oft als Störfälle ansehen.¹⁵ Väter, die gern mehr für ihre Kinder da wären, nennen als wesentliches Hindernis, dass es an betrieblichen Strukturen und Möglichkeiten dazu fehle.¹⁶

- 12 Frankfurter Erklärung (Fn. 2), S. 11. Siehe auch schon die Begründung der arbeitszeitrechtlichen Forderungen auf S. 12 der Erklärung, wo die Familien-, Gesundheits- und Altersgerechtigkeit von Arbeitszeiten als gleichwertige Ziele benannt werden.
- 13 Insofern setzt die Konzeption die Frage der Finanzierung von Arbeitszeitverkürzung, verbunden mit einem Anreiz für partnerschaftliche Arbeitsteilung in Paarbeziehung, voraus, behandelt sie aber nicht ausführlich (zur Familienarbeitszeit siehe Müller/Neumann/Wrohlich, Familienarbeitszeit – Wirkungen und Kosten einer Lohnersatzleistung bei reduzierter Vollzeitbeschäftigung, DIW/HBS/FES, 2013).
- 14 Deutscher Juristinnenbund e.V., Kommission für Arbeits-, Gleichstellungs- und Wirtschaftsrecht, Konzept für ein Wahlarbeitszeitgesetz, djbZ 2015, 121 ff. Eine Weiterentwicklung findet sich auf <<https://www.djb.de/themen/wahlarbeitszeit/>>.
- 15 Paradigmatisch hierfür: BAG 16.12.2008, 9 AZR 893/07, AuR 2009, 184.
- 16 Pfahl/Reuyß/Hobler/Weeber, Nachhaltige Effekte der Elterngeldnutzung durch Väter, 2014.

Aber was helfen solche (kollektivrechtlichen) Verpflichtungen, wo es keine Betriebsräte gibt? Was nützen sie dort, wo Betriebsräte ihre gleichstellungspolitischen Aufgaben (§ 80 Abs. 1 Nr. 2a BetrVG) nicht ernst genug nehmen? Wie können Individualansprüche gegen einseitige Herrschaftsmacht des Unternehmens abgesichert werden, wie können sie auch in prekären Arbeits- und Beschäftigungsverhältnissen gesichert werden?

Die verbreitetste Antwort hierauf lautet: Da muss der Staat eingreifen. Vergleichbare Antworten gibt auch die Frankfurter Erklärung dort, wo sie sich mit der effektiven Rechtsdurchsetzung beschäftigt, nämlich z.B. bei der Durchsetzung des MiLoG, also in prekären Niedriglohnbereichen. Zum Ausbau der staatlichen Aufsicht »gehören der personelle Ausbau der Aufsichtsbehörden (Zoll etc.), die Einrichtung von Schwerpunkt-Staatsanwaltschaften und der Ausbau des Prüfdienstes der Rentenversicherung.« Eine andere Forderung nach staatlicher Kontrolle wurde aus der Erklärung von 1983 übernommen: die »Einführung einer Aufhebungsklage bei allen Kündigungen durch den Arbeitgeber und die Einführung eines echten Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats.«

Solche Forderungen sind von großer Bedeutung, da sie insbesondere die Willkür von kleineren und mittleren Arbeitgebern, die kaum rechtlich beraten sind, ausschalten oder zumindest reduzieren und einer Kontrolle unterwerfen. Auf breiter Ebene und langfristig ist allerdings keineswegs gesichert, dass sich Behörden und Gerichte in der Konfrontation mit mächtigen wirtschaftlichen Interessen wesentlich konfliktbereiter als Gewerkschaften, Betriebsräte und widerständige Einzelne zeigen werden. Wenn man sich vor Augen hält, wie wenige Betriebsräte einer Kündigung tatsächlich widersprechen: Würde das Arbeitsgericht vor Ort sich vollständig anders verhalten, wenn es zu jeder einzelnen Kündigung angerufen würde? Denn die deutschen Arbeitsgerichte sind ja nicht nur Rechtsprechungs-, sondern auch Schlichtungsorgane und Verhandlungshelfer, haben also ein durchaus vielfältiges Verhaltensspektrum, in dem sie Rechtsfragen bearbeiten können.¹⁷

Wem dient es langfristig, wenn Arbeitgeberentscheidungen auf breiter Ebene Legitimität durch Verfahren zugesprochen wird? Diese Frage lässt sich in Bezug auf die legitimitätsfördernde Wirkung von Mitbestimmung und rechtlicher Kontrolle auch an die djb-Konzeption eines Wahlarbeitszeitgesetzes stellen. Das Regelungsziel dieser Konzeption geht dahin, dass auf betrieblicher Ebene gleichstellungsorientierte

17 § 54 ArbGG. Zu den Chancen und Gefahren einer kollektivrechtlichen Betrachtung, s. auch Kocher, Einschränkung von Individualrechten im Interesse der kollektiven Rechtsverwirklichung? Überlegungen aus dem Antidiskriminierungsrecht und Bemerkung zu BAGE 145, 113, FS Höland, 2015, S. 529 ff.

Wahlarbeitszeitkonzepte insbesondere mit Hilfe der betrieblichen Mitbestimmung entwickelt werden. Als Anreiz hierzu wird vorgeschlagen, den Arbeitgebern Rechtssicherheit zu gewähren, sobald diese den gesetzlichen Anforderungen nachgekommen sind. Diese Rechtssicherheit besteht darin, dass Individualansprüche gerade nicht mehr eine vollständige gerichtliche Rechtskontrolle zur Folge haben, Arbeitgeber also insofern entlastet werden. Das ist in der Sache natürlich etwas ganz Anderes als die vom vdj für die Kündigung vorgeschlagene regelhafte gerichtliche Kontrolle. In der Sache geht es aber in beiden Konzeptionen darum, Arbeitgeberentscheidungen einer Kontrolle auf breiter Ebene (Gericht und/oder Mitbestimmung) zu unterwerfen, und sich nicht auf die Initiative Einzelner zu verlassen.

Es ist aber gerade die Individualklage, die widerständigen Einzelnen (und Vereinzelteten) die Instrumente an die Hand gibt, die Verhältnisse in Frage zu stellen. Letztlich ist auch die kollektive Organisation darauf angewiesen, dass sich einzelne selbst ermächtigen und bereit sind, mit ihrem Namen gegen den Vorgesetzten oder Arbeitgeber aufzutreten. Es ist nicht ungefährlich, mit einem Leitbild vollständiger Regulierbarkeit der Erwerbsarbeit der Illusion Vorschub zu verleihen, es könne »ein richtiges Leben im falschen« geben, und das Arbeitsrecht könne einen vollständig angemessenen Interessenausgleich zwischen Unternehmen und Beschäftigten schaffen.

3. Arbeitsrechte = Menschenrechte?

Die Frage, welche Rolle Individualrechte im Arbeitsrecht spielen können und sollen, wurde Ende der 1990er Jahre auf internationaler und völkerrechtlicher Ebene debattiert. Es ist nämlich konzeptionell keineswegs einfach, arbeitsrechtliche Forderungen in einen menschenrechtlichen Kontext zu stellen. Mit der Konzeptionalisierung von Arbeitsrechten als Menschenrechten ist das eine oder andere grundsätzlichere Problem verbunden, das in Deutschland schon in den 1980er Jahren unter dem Stichwort der »Verrechtlichung« thematisiert wurde.¹⁸ In den 1990er Jahren wurden diese Fragen dann im Zusammenhang mit der ILO-Kernarbeitsnormenerklärung neu aufgeworfen, und diese Debatte ist vor einigen Jahren in den USA wieder aufgeflammt.¹⁹ Kollektives Arbeitsrecht

18 Teubner, Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, in: Kübler (Hrsg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität: vergleichende Analysen, 1984, S. 289 ff; Erd, Verrechtlichung industrieller Konflikte, 1987; Buschmann/Ulber, Flexibilisierung, 1989, S. 26 ff.

19 Youngdahl, Solidarity first. Labor Rights Are Not the Same as Human Rights, New Labor Forum 18(1) (Winter 2009), S. 31–37 und S. 46 f;

und Menschenrechte – das ist auch ein Spannungsverhältnis von Kollektiv und Individuum, ein Spannungsverhältnis von Politik und Recht.

Letztlich geht es dabei immer auch um die Akteur*innen der Interessenauseinandersetzung in der Erwerbsarbeit. Eine Fokussierung auf kollektive Menschenrechte (Gewerkschafts- und Kollektivverhandlungsfreiheiten) in ihrer Funktion als prozedurale Rechte kann in der Debatte nur teilweise vermitteln. Denn eine explizit menschenrechts- und öffentlichkeitsbezogene Politik wird nicht zufällig gerade in solchen Branchen und Bereichen vorangetrieben, in denen der gewerkschaftliche Organisationsgrad niedrig ist. Der menschenrechtliche Ansatz bedeutet mehr als nur eine Verankerung von Forderungen und Rechten in universellen Werten. Er führt auch dazu, dass man sich mit Ansätzen einer Einbeziehung von Öffentlichkeiten, mit Ansätzen von Citizenship und ähnlichem auseinandersetzen muss.

Es lohnt sich darüber nachzudenken, was das konkret für das kollektive Handeln im Betrieb bedeuten kann.²⁰ Welches Problem hier liegt und welche Bedeutung die Arbeitszeitfragen haben könnten, deutet der IG Metall-Leitantrag »Neue Arbeitszeitpolitik« aus dem letzten Jahr an.²¹ Dort heißt es z.B., dass man im Bereich Arbeitszeit eine »schleichende Erosion der Handlungs- und Gestaltungsmacht« beobachte; erfolgreiche Arbeitszeitpolitik mit einer aktiven Einbeziehung der Beschäftigten erfordert, dass wir die Deutungshoheit in Betrieb und Gesellschaft zurückgewinnen.«

Das ist im Einzelnen durchaus schwierig und kann eine Herausforderung für die betriebliche Mitbestimmung sein. Viele Betriebsräte machen schon länger die Erfahrung, dass es nicht immer von vornherein klar ist, wen sie eigentlich gegenüber dem Arbeitgeber vertreten sollen. Anders gesagt: Es müssen nicht immer nur vertikal Interessen gegenüber dem Arbeitgeber durchgesetzt werden, sondern auch zunehmend horizontale Konflikte in der Belegschaft bearbeitet werden. Soll die alleinerziehende Mutter wirklich eine Ausnahme vom allgemeinen Schichtsystem bekommen? Und wie gestaltet man ein Schichtsystem, das einerseits so flexibel ist, dass auch Väter sich gleichberechtigt um ihre Kinder kümmern können, und das andererseits so viel Rechtssicherheit bietet, dass der Arbeitgeber damit nicht machen kann, was er will? Und: Ist es ein Zufall, dass Betriebsratsmitglieder zunehmend Seminare zum Mobbing besuchen?²²

Erwiderung: Compa, *Solidarity and Human Rights. A Response to Youngdahl*, ebda., S. 38–45; siehe auch schon Leary, *The Paradox of Workers' Rights as Human Rights*, in: Compa/Diamond, *Human Rights, Labor Rights and International Trade*, 1996, S. 22 ff.

20 Kocher, z.B. in einer Analyse der Youngdahl-Compa-Debatte: »Solidarität und Menschenrechte – Zwei verschiedene Welten?«, FS Frankenberg, 2012, S. 151 ff.

21 S. o. Fn. 12.

22 Zur Erforderlichkeit s. BAG 14.1.2015, 7 ABR 95/12, NZA 2015, 632.

4. Ein besseres Arbeitsrecht muss auch von den Rändern her gedacht werden

Zurück zur Frage, wie ein besseres Arbeitsrecht aussehen könnte. Die Frankfurter Erklärung fordert zu Recht eine »demokratische, menschenrechtsbasierte Zügelung und Veränderung einer Ökonomie, die private Gewinnmaximierung als wesentliche Rationalität aufweist« – aber mit welchem Ziel? Da bleibt sie farblos, und man kann nur aus der Kritik der Ökonomie, die »nicht die Versorgung mit Gütern und allgemeinen Wohlstand« zur Rationalität hat, schließen, dass die Frankfurter Erklärung die gesellschaftliche Aufgabe der Ökonomie (und der Arbeit) wohl in der Versorgung mit Gütern und allgemeinem Wohlstand sieht. Aber gehört zu diesen Gütern auch die Pflege der Eltern, der gemeinsame Sport am Abend, die Arbeit an der Paarbeziehung, die Hilfe für Flüchtlinge? Dem Arbeitsrecht sollte es nicht gleichgültig sein, ob und wie die Bürger*innen ihre Arbeits- und Lebenskraft bewahren und für sich und für andere sorgen können.²³

Es geht also nicht darum, nun neben der Geschichte von Klaus auch noch die Geschichte von Klaudia zu erzählen, und ihre Forderungen in der Frankfurter Erklärung zu ergänzen. Es geht darum, die Perspektive zu ändern, aus der die Erzählung geschrieben ist. Man könnte z.B. auch (als »Verbündete des Arbeitsrechts«) die Perspektiven von Freund*innen, Partner*innen und Kindern der Beschäftigten einnehmen, deren Ansprüche an Zeit und Zuwendung in Konkurrenz treten zu Ansprüchen auf Zeit und Zuwendung, die die moderne Arbeitswelt an Beschäftigte stellt.²⁴ Wem das zu utopisch ist, der könnte die Perspektive derjenigen einnehmen, bei denen heute die dramatischsten Armutsrisiken liegen: die Perspektive von Alleinerziehenden.²⁵

Daraus ergeben sich leider noch keine ausformulierten Forderungskataloge, sondern erst einmal einige Fragen, einige davon (wie die nach der effektiven Rechtsdurchsetzung in Kleinbetrieben ohne Betriebsrat) wahrscheinlich ohne die Aussicht auf kurzfristig zufriedensstellende Antworten. Ein menschenrechtlich orientiertes Arbeitsrecht sollte aber die gesamte Gesellschaft und das gesamte Leben der Menschen im Blick haben.

23 S. zu dieser Debatte die Nachweise oben Fn. 7.

24 Möhring-Hesse, Wie Rechtsbrechern zu ihrem Recht verhelfen? Arbeitsrecht unter den Bedingungen subjektivierter Arbeit, KJ 2007, 347 ff, 356 f.

25 S. z.B. die »Armutgefährdungsquote«, die das Statistische Bundesamt seit 2005 jährlich u.a. nach Haushaltstypen errechnet (<https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Soziales/Sozialberichterstattung/Tabellen/06AGQ_ZVBM_Haushaltstyp.html>).

Die Erwerbstätigkeit von Frauen und ihre Auswirkung auf das Arbeitsrecht – oder umgekehrt (2009)

1. Leitbilder der Erwerbsarbeit und des Arbeitsrechts

Nach Art. 3 Abs. 2 S. 1 des Grundgesetzes sind Männer und Frauen gleichberechtigt. Dieser Satz hatte im Arbeitsrecht lange Zeit keine merklichen Auswirkungen.¹ Erst die Rechtsentwicklung der Europäischen Gemeinschaft diente seit den 1970er Jahren als Katalysator für die Gleichberechtigung im deutschen Arbeitsrecht. Noch das AGG oder die aktuellen Programme für die Herstellung größerer Entgeltgleichheit zwischen den Geschlechtern gehen auf Initiativen der Europäischen Gemeinschaft zurück.²

Diese Rechtsentwicklungen haben aber nicht zur Folge gehabt, dass Gleichberechtigung in der Rechtswirklichkeit durchgesetzt wäre: Alle statistischen Zahlen über die Arbeitsmärkte zeigen kontinuierliche geschlechtshierarchische Spaltungen der Arbeitsmärkte. Die Geschlechterverhältnisse auf den Arbeitsmärkten haben sich in den vergangenen hundert Jahren zwar gravierend verändert. Sichtbarster Ausdruck ist die Zunahme der Erwerbstätigkeit von Frauen. Das Ziel der europäischen Beschäftigungsstrategie, bis zum Jahre 2010 eine Frauenerwerbsquote von 60% zu erzielen, ist in Deutschland schon erreicht; die Frauenerwerbsquote beträgt hier ca. 66%. Der Unterschied in den Erwerbsquoten von männlichen und weiblichen Beschäftigten ist europaweit auf 14,4% gesunken.³ Diese Zunahme der Erwerbstätigkeit fand und findet aber auf geschlechtshierarchisch segregierten Arbeitsmärkten statt.⁴

- 1 Mit einer bedeutenden Ausnahme: BAG 15.1.1955, AP Nr. 4 zu Art. 3 GG (siehe genauer bei Fn 47).
- 2 Z. B. Europäische Kommission, Mitteilung vom 18.7.2007 zur Bekämpfung des geschlechtsspezifischen Lohngefälles, KOM(2007)424.
- 3 Vgl. Europäische Kommission, Bericht zur Gleichstellung von Frauen und Männern vom 23.1.2008, KOM(2008) 10 endg., S. 13 ff; KOM(2007)424, S. 21 ff.
- 4 Siehe z.B. Bericht der Bundesregierung zur Berufs- und Einkommenssituation von Frauen und Männern, BTDrucks 14/8952, S. 59 ff., S. 183 ff; Europäische Kommission KOM(2007)424, S. 4.

a) Der gender pay gap und seine Hintergründe

Frauen und Männer nehmen nicht gleichberechtigt am Erwerbsleben teil, sondern scheinen sich in getrennten Welten bzw. Sektoren des Erwerbslebens zu bewegen, die von struktureller Ungleichheit zwischen den Geschlechtern gekennzeichnet sind. Diese hierarchische sektorale und berufliche Arbeitsmarktsegregation hat sich in den letzten Jahren oder Jahrzehnten kaum verändert.⁵

Am deutlichsten erkennbar ist diese Spaltung am geschlechtsspezifischen Lohngefälle. Es liegt in der EU-15 konstant bei etwa 16%, im Rahmen der EU-25 bei 15%. In Deutschland liegt der durchschnittliche Entgeltunterschied zwischen den Geschlechtern bei 20–26%.⁶ Dementsprechend sind weibliche Beschäftigte auch deutlich stärker im Niedriglohnssektor vertreten als männliche Beschäftigte.⁷

Dies hängt einmal damit zusammen, dass die weibliche Erwerbstätigkeit auf bestimmte Arten von Tätigkeiten konzentriert ist. Mädchen richten sich mit ihren Berufswünschen auf eine begrenzte Anzahl von »Frauenberufen«. Diese wiederum gehören in aller Regel zu den schlecht bezahlten Sektoren des Arbeitsmarkts. »Weiblich« codierte Tätigkeiten und »männlich« codierte Tätigkeiten werden gesellschaftlich nicht nur unterschiedlich, sondern auch hierarchisch bewertet.⁸ Es ist müßig darüber nachzudenken, ob diese Tätigkeiten deshalb schlecht bezahlt sind, weil sie überwiegend von Frauen eingenommen werden, oder ob sie weiblich codiert sind, weil sie schlecht bezahlt sind. Tatsache ist: Jedenfalls gibt es gläserne Wände zwischen einzelnen Sektoren des Arbeitsmarktes, und Frauen oder Männer, die diese Wände zu durchschreiten versuchen, begegnen vielfältigen Vorbehalten und Barrieren.

Allerdings scheint der geringere Verdienst in typischen »Frauenberufen« nur noch einen kleineren Teil des geschlechtsspezifischen Entgeltunterschieds (*gender pay gap*) erklären zu können. Ein guter Teil der Entgeltunterschiede ergibt sich aus Entgeltdifferenzen zwischen männlichen

5 Vgl. Europäische Kommission, KOM(2008)10 endg., S. 4 f.

6 Vgl. Europäische Kommission, KOM(2007)424 endg., S. 21 f; siehe auch schon Bericht zur Gleichstellung von Frau und Mann 2005, KOM(2005) 44 endg., S. 5; Bericht der Bundesregierung zur Einkommenssituation von Frauen und Männern vom 24.4.2002, BT-Drucks. 14/8952; Europäische Kommission, KOM(2008)10 endg., S. 13 ff; Tondorf, Karin, Fair P(l)ay – Entgeltgleichheit für Frauen und Männer, Berlin 2007.

7 Vgl. Bosch, Gerhard/Weinkopf, Claudia, Gesetzliche Mindestlöhne auch in Deutschland?, Bonn 2006.

8 Vgl. Engelbrech, Gerhard, Mindereinkommen von Frauen – Analysen zu Berufsstart und den ersten Berufsjahren, WSI-Mitt. 2005, S. 624–630.

und weiblichen Beschäftigten im selben Beruf.⁹ Mit dem Alter nimmt der geschlechtsspezifische Entgeltunterschied zu. Vollzeit erwerbstätige Frauen im Alter zwischen 20 und 24 Jahren erreichen im Schnitt noch 90% des Einkommens vergleichbarer Männer; in der Altersgruppe ab 60 Jahren kommen sie nur noch auf 73%.¹⁰ Für Beschäftigte mit Hochschulabschluss und in Führungspositionen ist der Entgeltunterschied noch größer. Und dabei ist auch noch die »gläserne Decke« zu berücksichtigen, an die Frauen stoßen, die in der Karriereleiter aufsteigen wollen: Der Anteil von Frauen in Führungspositionen liegt in Deutschland bei 9 bis 13%, je nachdem, über welche Ebene wir sprechen – und damit kontinuierlich unter dem EU-Schnitt.¹¹

b) Sorgearbeit und Erwerbsarbeitszeit (»Vereinbarkeit«)

Übrigens führt der Blick auf die steigende Frauenerwerbsquote auch aus anderen Gründen in die Irre. Die Quote gibt den Anteil erwerbstätiger Frauen und Männern unabhängig von der Stundenzahl an. Misst man dagegen den Anteil der weiblichen Beschäftigten in Arbeitsvolumina, so kommt man für Deutschland auf lediglich ca. 47 % Vollzeitäquivalente.¹² Weibliche Arbeitskräfte werden demnach zwar zunehmend in den Arbeitsmarkt integriert; sie arbeiten jedoch zu einem guten Teil lediglich Teilzeit. So ist die Gesamt-Arbeitszeit, die auf die weiblichen Beschäftigten entfällt, in den letzten Jahrzehnten insgesamt gleich geblieben. Eine steigende Frauenerwerbsquote bedeutet, dass die weiblichen Beschäftigten ein gleich bleibendes Arbeitsvolumen unter einer größeren Anzahl von Frauen verteilen; in der Zunahme der Erwerbstätigkeit von Frauen liegt eine Umverteilung der Arbeitszeit unter den weiblichen Beschäftigten.¹³

9 Vgl. Hinz, Thomas/Gartner, Hermann, Lohnunterschiede zwischen Frauen und Männern in Branchen, Berufen und Betrieben, IAB-Discussion Paper 4/2005, zeigen, dass sich ein guter Teil der Entgeltunterschiede nicht durch die Arbeitsmarktsegregation erklären lässt; siehe auch Engelbrech, WSI-Mitt. 2005, S. 624 ff.

10 Vgl. BMFSFJ, Datenreport zur Gleichstellung von Frauen und Männern in der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 2005, S. 205; Europäische Kommission, KOM(2007)424, S. 21 ff.

11 Vgl. von Alemann, Annette, Unterrepräsentanz ohne Ende? Geschlechterungleichheit bei Führungseliten der deutschen Wirtschaft; WSI-Mitt. 2007, S. 487–493.

12 Vgl. Beckmann, Petra, EU-Beschäftigungsquote. Auch richtige Zahlen können in die Irre führen, IAB-Kurzmitteilungen Nr. 11/2003, S. 3.

13 Vgl. Beckmann 2003; Wanger, Susanne, Beschäftigungsgewinne sind nur die halbe Wahrheit, IAB-Kurzbericht Nr. 22/2005.

Frauenerwerbstätigkeit ist schon immer abhängig davon gewesen, inwieweit den Frauen die «private» Haus- und Fürsorgerätigkeit zugewiesen wurde. Die deutsche Familien-, Steuer-, Arbeitsmarkt- und Beschäftigungspolitik ist lange ausschließlich dem Modell des Vollzeit erwerbstätigen Familienernährers gefolgt (*male breadwinner model*).¹⁴ Die weibliche Erwerbstätigkeit folgte danach einem Vierphasenmodell von Erziehungsurlaub, längerer Familienpause, anschließender Teilzeitarbeit bis zum Ende der Schulpflicht und «Wiedereinstieg».¹⁵ So werden weibliche Erwerbsarbeitsverläufe zu »Patch-Work«-Lebensläufen. Die Anknüpfung der Sozialversicherung an die Erwerbsarbeit bringt deshalb gravierende soziale Nachteile für alle Menschen mit sich, die »typisch weibliche« Erwerbsarbeitsverläufe aufweisen.

Die typischerweise durchbrochene Berufsbiografie von Müttern (»Vereinbarkeit« von Berufs- und Familienarbeit) wirkt sich darüber hinaus nachteilig auf die Arbeitsmarktposition aller Frauen aus.¹⁶ »Frauen, deren Arbeit primär in der Familie verortet wird, bleiben Außenseiterinnen des Arbeitsmarktes – ihre Arbeitsmarktintegration folgt anderen Logiken«.¹⁷ Weiblichen Beschäftigten werden häufig Teilzeittätigkeiten angeboten, unabhängig davon, ob sie dies wollen. Die planbaren Arbeitszeiten, die von Beschäftigten mit Familienpflichten oft gewünscht werden, werden auf den Arbeitsmärkten nicht entsprechend der Nachfrage angeboten.¹⁸

c) Leitbilder der Erwerbsarbeit

Die Randständigkeit der Frauenerwerbstätigkeit trotz der hohen Frauenerwerbsquote lässt sich auch als Exklusion der weiblich codierten Erwerbsbiografie gegenüber dem Leitbild der Erwerbsarbeit formulieren:

- 14 Vgl. Esping-Andersen, Gösta, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton/New Jersey 1990; siehe auch Rüling, Anneli, *Vereinbarkeit von Familie und Beruf und die Gleichstellung der Geschlechter im europäischen Vergleich*, WSI-Mitt. 2007, S. 538 ff.
- 15 Vgl. Schiek, Dagmar, »Vereinbarkeit von Beruf und Familie« – vereinbar mit der arbeitsmarktlichen Gleichstellung von Frauen?, *Kritische Justiz* (KJ) 1994, S. 511 ff.
- 16 Vgl. Schiek, *Kritische Justiz* 1994 (vgl. Anm. 15), S. 511–531.
- 17 Maier, Friederike, *Arbeitsmarkt und Geschlechterverhältnis. Frauenarbeit als Gegenstand politischer Regulierung*, in: Teresa Kulawik/Birgit Sauer (Hg.), *Der halbierte Staat. Grundlagen feministischer Politikwissenschaft*, Frankfurt/Main 1996, S. 175 ff; S. 181.
- 18 Vgl. Klenner, Christina/Schmidt, Tanja, *Familienfreundlicher Betrieb – Einflussfaktoren aus Beschäftigtensicht*, WSI-Mitt. 2007, S. 494–501; Schilling, Elisabeth, *Projekt »Glückliches Leben«*. Zum Zusammenhang von Zeitznutzung und Glück bei berufstätigen Eltern, *Arbeit* 2008, S. 51–65.

Leitbild ist noch in vielen Bereichen der in Vollzeit erwerbstätige männliche, gewerkschaftlich organisierte Facharbeiter, für den die abhängige Erwerbstätigkeit den Lebensmittelpunkt bildet und der als Familienernährer einem Haushalt vorsteht.¹⁹ Dieses Leitbild ist geschlechtlich männlich codiert und grenzt Sorge- und Beziehungsarbeit aus der Erwerbsarbeit aus. Menschen mit Fürsorge- und Familienpflichten werden so zu Außenseiterinnen gemacht.²⁰

Das Leitbild dieses »Normalarbeitsverhältnisses«²¹ ist allerdings unter Druck geraten, nicht zuletzt durch die Flexibilisierung der Produktions- und Beschäftigungsverhältnisse. Der Anteil der unbefristet Vollzeitbeschäftigten an der Gesamtzahl der Erwerbstätigen sinkt kontinuierlich.²² Zwar arbeiten in Deutschland immer noch ca. zwei Drittel der Beschäftigten in einem Normalarbeitsverhältnis. Allerdings hat sich auch dieses in seiner inneren Struktur geändert.²³ Denn die unbefristete Vollzeitbeschäftigung fungiert immer weniger als Leitbild, weder bei den Unternehmen noch bei den Beschäftigten: Zumutungen an Beschäftigte äußern sich in den letzten Jahrzehnten immer häufiger als Zumutungen an größere Flexibilität der Beschäftigten,²⁴ sowohl in Fragen der Arbeitszeit als auch in Fragen der Qualifikation oder der Art des Einbringens in ein Unternehmen.²⁵ Die Produktion wird immer kundenorientierter und differenzierter, die Zeitplanung wird immer stärker abhängig von individuellen Wünschen der Kundinnen und Kunden. In der Soziologie werden Aspekte dieser Veränderungen als Entgrenzung und Subjektivierung der

- 19 Vgl. Roseberry, Lynn, Equal Rights and Discrimination Law in Scandinavia, in: Peter Wahlgren (Hg.), *Stability and Change in Nordic Labour Law*, Stockholm 2002, S. 216 ff.
- 20 Vgl. Holst, Elke/Maier, Friederike, Normalarbeitsverhältnis und Geschlechterordnung, *Mitteilungen aus der Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (MittAB)* 1998, S. 506 ff.
- 21 Matthies, Hildegard/Mückenberger, Ulrich/Offe, Claus/Peter, Edgar/Raasch, Sibylle, *Arbeit* 2000, Reinbek b. Hamburg 1994, S. 21 ff; S. 89 ff; siehe auch Zachert, Ulrich, *Die Sicherung und Gestaltung des Normalarbeitsverhältnisses durch Tarifvertrag*, Baden-Baden 1989, S. 14 ff.
- 22 Vgl. Hoffmann, Edeltraut/Walwei, Ulrich, Normalarbeitsverhältnis: ein Auslaufmodell? Überlegungen zu einem Erklärungsmodell, *Mitteilungen aus der Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (MittAB)* 1998, S. 409–425.
- 23 Vgl. Hürtgen, Stefanie, *Prekarität als Normalität*, *Blätter für deutsche und internationale Politik* 2008, S. 113–119; siehe auch Vogel, Berthold, *Die Staatsbedürftigkeit der Gesellschaft*, Hamburg 2007.
- 24 Siehe auch Europäische Kommission, *Grünbuch »Ein moderneres Arbeitsrecht für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts« vom 22.11.2006*, KOM(2006) 708 endg.
- 25 Vgl. Stone, Katherine V. W., *From Widgets to Digits. Employment Regulation for the Changing Workplace*, Cambridge 2004.

Arbeit bezeichnet.²⁶ Auch die Beschäftigten entwickeln zunehmend subjektive Lebensentwürfe jenseits des »Normalarbeitsverhältnisses«: Viele gehen ihr Erwerbsleben immer stärker als »Arbeitskraftunternehmer« an,²⁷ sehen ihre berufliche Zukunft kaum noch als kontinuierliche Karriere für ein einziges Unternehmen vor sich und basteln stattdessen mühsam an der Schaffung einer »Work-Life-Balance«.²⁸

Dem entsprechen Veränderungen in der Beschäftigungspolitik. Insbesondere in der Arbeitsmarktpolitik der EU setzt sich in den letzten Jahren langsam ein Leitmodell des »adult worker« durch, also ein Modell lebenslanger Erwerbstätigkeit für alle Erwachsenen, unabhängig von ihrer familiären Situation.²⁹ Hier werden erwachsene Personen ausschließlich als Erwerbstätige sowie ausschließlich in der Funktion der (individuellen) finanziellen Existenzsicherung wahrgenommen; auch hier werden »private« Sorgetätigkeiten ausgeblendet.³⁰ Im Unterschied zum bisher in Deutschland verbreiteten Vier-Phasen-Modell der Frauenerwerbstätigkeit sieht es aber grundsätzlich sowohl Männer als auch Frauen nur als Erwerbstätige. Derselbe Ansatz zeigt sich in einigen Aspekten der Hartz-IV-Gesetzgebung sowie in der Familienpolitik:³¹ Frauen-Vollzeit-Erwerbstätigkeit ist selbstverständlicher geworden.

- 26 Siehe z.B. Georg, Arno/Peter, Gerd, Subjektivierung der Arbeit – Subjektivierung der Arbeitswissenschaften. Was folgt aus dem Epochenbruch?, Arbeit 2008, S. 39 ff.
- 27 Voß, G. Günther/Pongratz, Hans J., Der Arbeitskraftunternehmer – Eine neue Grundform der Ware Arbeitskraft?, KZfSS 50 (1998), S. 131–158.
- 28 Vgl. auch Lee, Sangheon/McCann, Deirdre/Messenger, Jon C., Routledge, ILO – working time. New ILO study: Working time around the world: Trends in working hours, laws and policies in a global comparative perspective, London/Genf, 2007.
- 29 Vgl. Diemel, Christiane, Eltern, Kinder und Erwerbsarbeit: Die EU als familienpolitischer Akteur, in: Sigrid Leitner/Ilona Ostner/Margit Schratzenstaller (Hg.), Wohlfahrtsstaat und Geschlechterverhältnis im Umbruch. Was kommt nach dem Ernährermodell?, Wiesbaden 2004, S. 285–307.
- 30 Vgl. Ostner, Ilona, From Equal Pay to Equal Employability: Four Decades of European Gender Policy, in: Mariagrazia Rossilli (Hg.), Gender Policies in the European Union, New York u.a. 2000, S. 25–42; Diemel 2004 (vgl. Anm. 29), S. 285–307.
- 31 Zum Beispiel Klenner, Christina, Gleichstellungspolitik vor alten und neuen Herausforderungen – Welchen Beitrag leistet die Familienpolitik?, WSI-Mitt. 2007, S. 523 ff; Jurczyk, Karin, Ansätze zu einer emanzipatorischen Familienpolitik: Der Siebte Familienbericht, WSI-Mitt. 2007, S. 531 ff.

2. Frauenerwerbstätigkeit und Arbeitsrecht

a) Geschlechterpolitische Leitbilder des Normalarbeitsrechts

Inwiefern nimmt das Arbeitsrecht nun an diesen Strukturen der Erwerbsarbeitsmärkte teil? Inwiefern nimmt es darauf Einfluss? Schließlich beansprucht Arbeitsrecht lediglich, das typische Ungleichgewicht zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber in bestimmten Hinsichten auszugleichen. Die typischen Ungleichgewichte und Machtverhältnisse sind jedoch für jede Art Erwerbsarbeit gleich oder zumindest ähnlich: Aufgrund der Marktmacht der Arbeitgeber und der Angewiesenheit der Beschäftigten auf die Erwerbsarbeit kann der Arbeitgeber seine Interessen gegenüber den Beschäftigten in der Regel auch ohne den Einsatz des Rechts durchsetzen. Vor dieser willkürlichen Machtausübung des Arbeitgebers schützt das Arbeitsrecht alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.³²

Konkret kann das Arbeitsrecht aber nur bestimmte Interessen vor Willkür schützen. Egal ob es um Höchstarbeitszeiten, Mindestentgelte, Mindesturlaub oder Mitbestimmung geht: Welche Interessen auf welche Art und Weise geschützt werden, hängt vom verfolgten Leitbild ab. Und das Leitbild des Arbeitsrechts ist lange Zeit das Normalarbeitsverhältnis gewesen.

Ein Beispiel für die selektiven Wirkungen des arbeitsrechtlichen Schutzes ist die Anknüpfung an die Betriebszugehörigkeit, die als Voraussetzung für arbeitsrechtliche Leistungen in Gesetzen, Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen sehr verbreitet ist. Die langjährige ununterbrochene Beschäftigung bei ein und demselben Unternehmen wird in vielerlei Hinsicht arbeitsrechtlich »belohnt«, von tariflichen Entgeltregelungen über die Berechnung der Kündigungsfrist nach § 622 BGB bis zur Berücksichtigung der Betriebszugehörigkeit in der Sozialauswahl bei betriebsbedingten Kündigungen und bei Sozialplänen. Beschäftigte, die z. B. nach dem Vierphasenmodell erwerbstätig sind, profitieren hiervon in geringerem Maße als Beschäftigte mit »männlicher« Erwerbsbiografie.

Die Orientierung des Arbeitsrechts am Leitbild des Normalarbeitsverhältnisses zeigt sich auch in Arbeitszeitfragen: Gesetzliche, tarifliche und betriebliche Regelungen schreiben meist einen festen Rahmen für die Vollzeitarbeit vor. Teilzeitbeschäftigung wird als randständig behandelt. Für die Durchsetzung individueller Interessen an einer planbaren³³ Abstimmung der Arbeitszeit mit der Betreuungszeit stehen erst seit kurzem rechtliche Instrumente zur Verfügung (siehe dazu unter c)). Eine Reihe von Tarifverträgen legt unter Billigung des BAG eine Höchstquote von

32 Siehe auch Davidov, Guy, *Journal of Labor Research* 28 (2007).

33 Siehe Klenner/Schmidt, *WSI-Mitt.* 2007 (vgl. Anm. 18), S. 494–501.

Teilzeitbeschäftigten fest.³⁴ Nicht nur Arbeitgeber, auch Betriebsräte, begründen ihre Blockadehaltung gegenüber einer Gewährleistung und Absicherung von Teilzeitarbeit mit allgemeinen »Prinzipien« (gemeint ist wohl eine generelle Ablehnung von Teilzeitarbeit als »prekär«).³⁵

Wie hier sind es nicht selten auch Gewerkschaften und Betriebsräte, die in Kooperation mit den Arbeitgebern und Arbeitgeberverbänden die Strukturen und Standards des Arbeitsrechts wesentlich mitgestalten und dabei das Normalarbeitsverhältnis verteidigen. Dies hängt einerseits damit zusammen, dass die Prekarität flexibler und atypischer Arbeitsverhältnisse betrieblich und arbeitsmarktpolitisch auch zu einer Verunsicherung der »Stammebelegschaft« beiträgt.³⁶ Es hängt andererseits damit zusammen, dass weibliche Beschäftigte traditionell schwächer durch Gewerkschaften repräsentiert sind als männliche Beschäftigte.³⁷ So bewirkt auch die schwächere kollektive Repräsentation von Beschäftigten mit weiblicher Erwerbsbiografie, dass das Arbeitsrecht sich in weiten Bereichen als das Recht einer »Kernarbeitnehmerschaft« darstellt.

b) Rechte auf Gleichbehandlung und Diskriminierungsschutz

Spätestens mit dem Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts musste auch im deutschen Arbeitsrecht grundsätzlich hinterfragt werden, inwieweit solche und andere arbeitsrechtliche Normen als Exklusionsmechanismen dienen.

Der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz als »allgemeines Strukturprinzip der durch das Grundgesetz geschaffenen Rechtsordnung«³⁸ gilt zwar »als selbstverständlicher ungeschriebener Verfassungsgrundsatz in allen Bereichen«.³⁹ Da die Arbeitsvertragsparteien nicht

34 BAG, 2 I. 11. 2006, Betriebs-Berater (BB) 2007, S. 1001 ff.

35 Z.B. im Fall des LAG Schleswig-Holstein, 1.3.2007 – 4 SaGa 1/07, juris-Datenbank; Hanau, Hans, Die »betrieblichen Gründe« des § 8 Abs. 4 Satz 1 TzBfG im Lichte aktueller Entscheidungen des BAG, Recht der Arbeit (RdA), S. 301–305.

36 Siehe zum Beispiel Hürtgen 2008 (vgl. Anm. 23), S. 113 ff.

37 Blaschke, Sabine, Frauen in Gewerkschaften, München/Mering, 2008; zu den Mitgliederzahlen von Männern und Frauen in den DGB-Gewerkschaften siehe die Zahlen auf <<http://www.dgb.de/dgb/mitgliederzahlen/mitglieder.htm#>>.

38 Dieterich, Thomas, Art. 3 GG, Rn 2, in: Thomas Dieterich/Rudi Müller-Glöge/Ulrich Preis/Günter Schaub (Hg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 7. Aufl. München 2007; zu der Besonderheit der Gleichheitsgrundsätze als »Fundamentalnorm« siehe auch Dieterich, Thomas, Anm. zu BAG, Urteil vom 4.4.2000, RdA 2001, S. 117.

39 BVerfG, 23.1.1957, BVerfGE 6, S. 84 ff. (S. 91).

Grundrechtsadressaten sind, gilt Art. 3 GG nicht unmittelbar in allen Bereichen des Arbeitsrechts. Die Institutionen und Personen, die arbeitsrechtliche Normen schaffen und schaffen können, sind jedoch in anderer Weise an Gleichbehandlungsgebote und/oder spezielle Diskriminierungsverbote gebunden.⁴⁰ So können sich Beschäftigte gegenüber dem Arbeitgeber auf den (ungeschriebenen) allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz berufen. Den Betriebsparteien (die Betriebs- bzw. Dienstvereinbarungen schaffen können) sind Gleichbehandlung und das Verbot der Diskriminierung wegen bestimmter Merkmale vorgeschrieben (z.B. § 75 Abs. 1 BetrVG). Und dass auch die Tarifvertragsparteien jedenfalls an einen dem Art. 3 GG entsprechenden Gleichheitssatz gebunden sind, davon geht das BAG in ständiger Rechtsprechung aus.⁴¹

Über die allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsätze hinaus schreibt insbesondere das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) seit 2006 spezielle arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote fest, die eine Differenzierung auf Grund bestimmter Merkmale wie insbesondere des Geschlechts verbieten. Darüber hinaus verbietet § 4 TeilzBefrG die Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten und befristet Beschäftigten.

Diese Diskriminierungsverbote gehen überwiegend auf EG-Recht zurück. Die Bedeutung des europäischen Rechtsrahmens bei der Schaffung von Diskriminierungsverboten im deutschen Arbeitsrecht kann kaum überschätzt werden. Ausgangspunkt für das europäische Recht der Geschlechtergleichbehandlung ist die Rechtsvorschrift zum gleichen Entgelt von Männern und Frauen in Art. 141 EGV [seit November 2009: Art. 157 AEUV]. Den wichtigsten konkreten Anstoß zur Rechtsänderung in Deutschland gab die Richtlinie 76/207/EWG zur Gleichbehandlung der Geschlechter beim Zugang zur Beschäftigung, Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen.⁴² Sie leitete einen langwierigen Lernprozess im deutschen Arbeitsrecht ein.

40 Vgl. z. B. BAG, 4.4.2000, RdA 2001, S. 1111.

41 BAG, 4.4.2000, RdA 2001, S. 110 ff.

42 Die Richtlinie wurde durch Richtlinie 2002/73/EG geändert (vgl. dazu Kocher, Eva, Gleichstellung von Frauen und Männern – die Anforderungen der EG-Richtlinie 2002/73/EG, Arbeitsrecht im Betrieb (AiB) 11/2004, S. 654–659). [Seit 2006: Richtlinie 2006/54/EG.] Weitere gemeinschaftsrechtliche Regelungen aus dieser Zeit sind die Richtlinie 75/117/EWG (Entgeltgleichheit für Männer und Frauen), Richtlinie 79/7/EWG (Geschlechtergleichbehandlung im Bereich der sozialen Sicherheit), Richtlinie 86/378/EWG (betriebliche Systeme der sozialen Sicherheit, geändert durch die Richtlinie 96/97/EG); Richtlinie 86/613/EWG (Geschlechtergleichbehandlung bei selbständiger Erwerbstätigkeit) und Richtlinie 97/80/EG (Beweislast bei Geschlechtsdiskriminierung). Der Umsetzung all dieser Richtlinien dient heute das AGG.

Der »Porto-Paragraph«⁴³ § 611a BGB wurde erst nach zweimaliger Gesetzesänderung im Anschluss an zwei Urteile des EuGH⁴⁴ durch eine Regelung ersetzt, die zumindest die europarechtlichen Mindestanforderungen an eine wirksame und effektive Sanktion bei Diskriminierung wegen des Geschlechts erfüllt (heute § 15 Abs. 2 AGG). Mittlerweile hatte auch das Bundesverfassungsgericht klar gestellt, dass das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung im Arbeitsrecht verfassungsrechtliche Relevanz hat und die jeweiligen Normen (damals § 611a BGB, jetzt abgelöst durch das AGG) grundgesetzkonform auszulegen seien, da sie eine einfachgesetzliche Konkretisierung der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 3 Abs. 2 GG darstellten.⁴⁵

Mit der neuen Generation der multidimensionalen Antidiskriminierungsrichtlinien 2000/43/EG (Antirassismusrichtlinie), 2000/78/EG (allgemeine Gleichbehandlungsrichtlinie), 2002/73/EG (reformierte Geschlechtergleichbehandlungsrichtlinie) und 2006/54/EG⁴⁶ ist nun auch das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung im deutschen Arbeitsrecht im AGG auf eine neue Grundlage gestellt worden.

(1) Das Verbot der unmittelbaren Diskriminierung

§ 3 Abs. 1 AGG verbietet zunächst die unmittelbare Diskriminierung, das heißt eine Ungleichbehandlung, die ausdrücklich das Kriterium des Geschlechts zum Unterscheidungsmerkmal nimmt. Unter Berufung auf das Grundgesetz erklärte das BAG zwar bereits im Jahre 1955 Frauenabschlüsse in Tarifverträgen für verfassungswidrig.⁴⁷ Dies blieb aber für lange Zeit die einzige Entscheidung zum Thema. Auch die verbreitete

43 Pfarr, Heide M./Bertelsmann, Klaus, *Diskriminierung im Erwerbsleben*, Baden-Baden 1989, S. 78.

44 Die erste (verspätete) Umsetzung aus dem Jahre 1980 (BGBI. I 1308; zur Diskussion während des Gesetzgebungsverfahrens siehe Pfarr/Bertelsmann 1989, S. 54 ff) wurde 1984 für gemeinschaftsrechtswidrig erklärt (EuGH 10.04.1984 – C-14/83, EuGHE 1984, S. 1891 ff (v.Colson/Kamann) und C-79/83, EuGHE 1984, S. 1921 f (Harz)). Das daraufhin folgende Zweite Gleichberechtigungsgesetz vom 24.6.1994 (BGBI. I 1406) wurde 1997 für unzureichend erklärt (EuGH, 22.4.1997, C-180/95, NJW 1997, S. 1839 f (Draehmpaehl); siehe auch Kocher, Eva, *Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Umsetzung des Gleichbehandlungsgebots – Zur Neuregelung des § 611a BGB und Streichung des § 61b ArbGG*, *Arbeit und Recht (AuR)* 1998, S. 221 ff).

45 BVerfG, 16.11.1993, BVerfGE 89, S. 276 ff.

46 Vgl. Kocher, Eva, *Europa räumt auf – heute: im Gleichbehandlungsrecht (zur Richtlinie 2006/54/EG)*, *Streit* 2007, S. 178–180.

47 BAG, 15.1.1955, *Arbeitsrechtliche Praxis (AP)* Nr. 4 zu Art. 3 GG.

tarifliche »Ehefrauenzulage« für männliche Beschäftigte wurde erst 1985 in Frage gestellt.⁴⁸ Anfang der 1990er Jahre gelang es dann aber mit Hilfe des Europarechts, die diskriminierende Abschottung bestimmter Teile von Arbeitsmärkten zumindest auf rechtlicher Ebene aufzubrechen. Das Nachtarbeitsverbot für Arbeiterinnen war eines der rechtlichen Instrumente, mit denen das Arbeitsrecht Frauen aus bestimmten Sektoren der Arbeitsmärkte heraushielt.⁴⁹ § 19 Abs. 1 AZO, wonach Arbeiterinnen nicht in der Nachtzeit von zwanzig bis sechs Uhr und an den Tagen vor Sonn- und Feiertagen nicht nach siebzehn Uhr beschäftigt werden durften, wurde 1992 durch das Bundesverfassungsgericht nach entsprechenden Urteilen des EuGH für verfassungswidrig erklärt.⁵⁰

Heute sind unmittelbare Diskriminierungen in Gesetzen und Kollektivvereinbarungen weitgehend verschwunden. Das Verbot der unmittelbaren Diskriminierung hat heute in der Praxis seine größte Bedeutung bei Einstellungsentscheidungen von Arbeitgebern. Hier hat das Verbot der unmittelbaren Diskriminierung z. B. geholfen, klar zu stellen, dass die Frage eines Arbeitgebers nach einer Schwangerschaft in jedem Fall eine Diskriminierung wegen des Geschlechts und deshalb unzulässig ist – unabhängig davon, ob sich noch weitere Frauen auf die Stelle beworben hatten,⁵¹ und unabhängig davon, ob bereits feststand, dass die Arbeitnehmerin aufgrund ihrer Schwangerschaft während eines wesentlichen Teils der Vertragszeit nicht würde arbeiten können⁵² (siehe auch § 3 Abs. 1 Satz 2 AGG).

Vor allem aber können über § 3 Abs. 1 AGG nicht nur geschlechtsspezifische Stellenausschreibungen, sondern alle Personalentscheidungen in Frage gestellt werden, mit denen Frauen grundsätzlich die Kompetenz für bestimmte Stellen abgesprochen wird. Gerade in »Männerberufen«

48 BAG, 13.11.1985, AP Nr. 136 zu Art. 3 GG m. Anm. Zuleeg.

49 Vgl. Dobberthien, Marliese, Frauenerwerbsarbeit gleich Frauendiskriminierung?, Beschränkungen der Frauenerwerbsarbeit aus soziologischer, rechtlicher und sozialgeschichtlicher Sicht unter besonderer Berücksichtigung des Mittelalters, Zeitschrift für Rechtssoziologie (ZfRSoz) 1984, S. 276–295; Wecker, Regina, »Weiber sollen unter keinen Umständen in der Nachtarbeit eingesetzt werden...«, in: Christiane Eifert u.a. (Hg.), Was sind Frauen? Was sind Männer? Geschlechterkonstruktionen im historischen Wandel, Frankfurt/M. 1997.

50 BVerfG, 28.1.1992, BVerfGE 85, S. 191 ff; EuGH, 25.7.1991, AP Nr. 28 zu Art 119 EWG-Vertrag.

51 So jetzt auch BAG, 15.10.1992, AP Nr. 8 zu § 611a BGB unter Aufgabe von BAG, 20.2.1986, AP Nr. 31 zu § 123 BGB und im Anschluss an EuGH, 8.11.1990 – C-177/88, EuGHE 1990, S. 3941 ff.

52 EuGH, 4.10.2001, C-109/00 (Brandt-Nielsen); vgl. auch EuGH, 27.2.2003, C-320/01 (Wiebke Busch), EuGHE 2003, S. 2041 ff; BAG, 6.2.2003, NZA 2003, S. 848;.

kommt dies noch häufiger vor, als frau vielleicht vermuten würde. Die Auseinandersetzungen darüber, inwieweit die Geschlechtszugehörigkeit für eine konkrete Arbeitsaufgabe tatsächlich von Bedeutung sein darf,⁵³ finden rechtlich im Kontext von § 8 Abs. 1 AGG statt. Das BAG erlaubt eine geschlechtsbezogene Unterscheidung, wenn die Differenzierung sich an der auszuübenden Tätigkeit orientiert, wenn ein Angehöriger des jeweils anderen Geschlechts die vertragsmäßige Leistung nicht erbringen könnte und wenn dieses Unvermögen auf Gründen beruht, die ihrerseits der gesetzlichen Wertentscheidung der Gleichberechtigung beider Geschlechter genügen.⁵⁴ So dürfe für die Tätigkeit als Model für Frauenkleidung verlangt werden, dass die Bewerberinnen Frauen sind; für die Theaterrolle des jugendlichen Liebhabers dürfe ein junger Mann gesucht werden.⁵⁵ Dies zeigt, dass es in solchen Fällen letztlich nicht um die Zugehörigkeit zu einem biologisch definierten Geschlecht gehen dürfte, wie in der Rechtswissenschaft in der Regel angenommen wird, sondern um die glaubwürdige (Re-)Präsentation einer Geschlechtszugehörigkeit.

Darüber hinaus soll eine geschlechtsspezifische Auswahl zulässig sein, soweit sie sich schlüssig in ein bestimmtes unternehmerisches Konzept einfügt. Dies spielt vor allem eine Rolle in (sozial-)pädagogisch arbeitenden Unternehmen und Einrichtungen, die pädagogische Konzepte entwickeln dürfen, in denen sie je nach Klientel mit geschlechtsspezifischen oder geschlechterparitätischen Teams arbeiten dürfen; inwieweit dies auf bestimmte Zielgruppenkonzepte von Verkaufsunternehmen übertragbar ist, ist umstritten.⁵⁶ Hier wird den Unternehmen in gewisser Weise die Konstruktion ihrer Geschäftstätigkeit nach geschlechtsspezifischen Kriterien erlaubt. § 8 Abs. 1 AGG ist insofern das rechtliche Einfallstor für die Konstruktion des Geschlechterunterschieds für die Erwerbsarbeit.

(2) Das Verbot der mittelbaren Diskriminierung

Über das europäische Recht hat auch das Verbot der mittelbaren Diskriminierung aus dem anglo-amerikanischen Recht⁵⁷ Eingang in das

53 Siehe zum Beispiel Schlachter, Monika, Anm. zu BVerfG, 16.11.1993, AP Nr. 9 zu § 611a BGB.

54 BAG, 12.11.1998, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 1999, S. 371.

55 Vgl. Schmidt, Marlene, § 8 AGG, Rn 4 in: Dagmar Schiek (Hg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Ein Kommentar aus europäischer Perspektive, München 2007. Genauer dazu in diesem Band S. 85 ff.

56 Siehe BAG, 14.3.1989, BAGE 61, S. 219 ff; dem dort beklagten Arbeitgeber war dies allerdings nicht gelungen. Siehe genauer M.Schmidt 2007 (Anm. 55), Rn 5. Genauer dazu in diesem Band S. 85 ff.

57 Zur Herkunft aus dem anglo-amerikanischen Recht gegen rassistische Diskriminierung: Bieback, Karl-Jürgen, Die mittelbare Diskriminierung wegen

deutsche Recht gefunden. Die mittelbare Diskriminierung stellt nicht auf formale, sondern auf materiale Kriterien ab, nämlich darauf, ob »dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen [des Geschlechts] gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich« (§ 3 Abs. 2 AGG). Verstöße gegen das Verbot der mittelbaren Diskriminierung können nur erkannt werden, wenn die rechtstatsächlichen Auswirkungen von Regelungen untersucht werden.⁵⁸ Die Neudefinition in § 3 Abs. 2 AGG betont, dass es dabei letztlich nicht auf eine statistische Betrachtung der unterschiedlichen Betroffenheiten der Geschlechter ankommt, sondern auf eine sozialwissenschaftlich informierte geschlechtsbezogene Analyse derjenigen Vorschriften, die möglicherweise diskriminierend wirken.⁵⁹

Die größte praktische Bedeutung hat das Verbot der mittelbaren Diskriminierung bislang im Teilzeitrecht erlangt, denn jede Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten betrifft überproportional weibliche Beschäftigte bzw. Beschäftigte mit weiblichen Erwerbsbiografien. Hier hat sich einiges getan, angefangen von der Gleichbehandlung der Teilzeitbeschäftigten bei der betrieblichen Altersversorgung über die Gleichbehandlung der geringfügig Beschäftigten bei der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall bis hin zur gleichmäßigen Anrechnung der Beschäftigungszeit von Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigten bei der Bewährungszeit nach dem BAT.⁶⁰ Erst vor kurzem hat der EuGH entschieden, dass die Entgeltbedingungen, unter denen Teilzeitbeschäftigte Überstunden leisten, sich von den Bedingungen für Vollzeitbeschäftigte nicht unterscheiden dürfen.⁶¹ Die Gleichbehandlung von Teilzeitbeschäftigten ist mittlerweile speziell geregelt (§ 4 Abs. 1 TzBefrG).

Auch die verbreiteten Senioritätsregelungen (Anknüpfung an die Betriebszugehörigkeit) lassen sich mit dem Verbot der mittelbaren Diskriminierung auf ihre geschlechtsspezifischen Wirkungen hinterfragen,

des Geschlechts, Baden-Baden 1997, S. 20 ff; Winter, Regine, Gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit – Ein Prinzip ohne Praxis, Baden-Baden 1998, S. 144 ff.

58 Vgl. zu den damit einher gehenden Problemen Bieback 1997, S. 235. Zur rechtsdogmatischen Einordnung siehe Kocher, Eva, Vom Diskriminierungsverbot zum »Mainstreaming«, *Recht der Arbeit (RdA)* 2002, S. 167–173.

59 Vgl. Schiek, Dagmar, § 3 AGG, Rn 23 ff, in: Dagmar Schiek (Hg.), *AGG*, München 2007.

60 Zusammenfassend Preis, Ulrich, § 4 TzBfG, Rn 28 ff, in: *Erfurter Kommentar*, 7. Aufl. 2007; vorbereitend schon Pfarr/Bertelsmann 1989 (Anm. 43), S. 214 ff; S. 273 ff.

61 EuGH, 6.12.2007, C-300/06.

denn sie gehen vom Normalarbeitsverhältnis aus und benachteiligen faktisch Menschen mit unterbrochenen (»weiblichen«) Erwerbsbiografien. Auch gegen die Bevorzugung Verheirateter in der Sozialauswahl ließe sich das Verbot der mittelbaren Diskriminierung einsetzen.⁶²

Der Rechtsgrundsatz eignet sich insofern grundsätzlich durchaus dazu, zu einer Garantie verschiedener Optionen der Lebensgestaltung weiterentwickelt zu werden, also der Möglichkeit, verschiedene (Geschlechts-)Rollen einzunehmen.⁶³ Die Potenziale dieser Regel gaben sogar Anlass zur Befürchtung, im Arbeitsrecht werde kein Stein auf dem anderen bleiben, wenn man den Grundsatz konsequent anwende.⁶⁴ In der Rechtspraxis wird das Instrument aber durch seine Struktur als Individualanspruch entschärft. Man verlangt von den Arbeitgebern in diesem Kontext eben nicht, der geschlechtshierarchischen Spaltung von Arbeitsmärkten entgegenzuwirken, sondern akzeptiert die Rahmenbedingungen des Marktes als legitime Interessen. Die Wirksamkeit des Verbots der mittelbaren Diskriminierung muss praktisch begrenzt bleiben, wenn es Arbeitgebern zugestanden ist, Maßnahmen mit diskriminierender Wirkung aufrechtzuerhalten, die durch ein (legitimes) ökonomisches Interesse gerechtfertigt sind.

(3) Gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit

Ganz deutlich wird dies am Grundsatz der Entgeltgleichheit, einem der wichtigsten Anwendungsfelder des Verbots der mittelbaren Diskriminierung.⁶⁵ Die fortbestehenden erheblichen Entgeltungleichheiten zwischen Männern und Frauen sind zwar nicht ausschließlich, aber doch zu einem guten Teil auf die rechtliche Regelung des Entgelts in Tarifverträgen zurückzuführen.⁶⁶ Entgeltungleichheit ist also kein individuelles Problem. »Geschlechtsneutrale« Eingruppierungs- und Arbeitsbewertungskriterien, die in der Praxis Frauen und Menschen, die ein weibliches Arbeitsvermögen nutzen, benachteiligen, gehen nicht zuletzt auf die Entgeltpolitik der Verbände zurück – in der sich gesellschaftliche Wertungen

62 Dies versäumte allerdings das BAG, 9.11.2006 – 2 AZR 812/05. Vgl. auch schon zur bevorzugten Entlassung von Personen, die mit einem sogenannten »Verdiener« verheiratet waren (»Doppelverdiener«, in der Regel Frauen) Pfarr/Bertelsmann 1989 (Anm. 43), S. 373 ff.

63 Vgl. Bieback 1997 (Anm. 57), S. 63; S. 92.

64 Vgl. Däubler, Wolfgang, Das Arbeitsrecht 2, 5. Aufl. Reinbek b. Hamburg 1988, S. 625.

65 Zum Verhältnis der Grundsätze siehe Kocher, Eva, Gleichstellungspolitik und Individualansprüche, KJ 2007, S. 22–34.

66 Vgl. Bericht der Bundesregierung zur Einkommenssituation von Frauen und Männern vom 24.4.2002, BT-Drucks. 14/8952.

widerspiegeln. Denn »weiblich« codierte Tätigkeiten und »männlich« codierte Tätigkeiten werden gesellschaftlich hierarchisch bewertet; die Entgeltungleichheit verursacht diese hierarchische Bewertung genauso wie sie auf sie zurückgreift.

Als Beispiel für diskriminierende Eingruppierungs- und Arbeitsbewertungskriterien seien die sogenannten »Leichtlohngruppen« vieler Tarifverträge (höheres Entgelt für »schwere Arbeit«) erwähnt. Sie stellen nicht nur implizit eine Fortsetzung der Frauenlohnabschläge dar, sondern waren sogar vom BAG 1955 als Möglichkeit der Lohndifferenzierung für »weibliche« Tätigkeiten vorgeschlagen worden.⁶⁷ Unter anderem am Beispiel der Leichtlohngruppen hat der EuGH für die Entgeltgleichheit in kollektiven Entgeltsystemen rechtliche Grundsätze entwickelt, die eine Bewertung des Systems als Ganzem verlangen.⁶⁸ Tarifliche Entgeltsysteme müssen danach durchschaubar sein, objektive Kriterien enthalten, die an die Art der in Frage stehenden Tätigkeit gebunden sind, das »Wesen« der Arbeit abbilden, einen »adäquaten Platz« im Gesamtsystem finden und diskriminierungsfrei ausgelegt und angewandt werden (siehe auch Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2006/54/EG). Verlangt wird also Transparenz und Konsistenz. Dies ist zum Beispiel bei der Verwendung summarischer Arbeitsbewertungsverfahren problematisch; sie weisen geringe Transparenz auf, und sie decken oft die ihnen zu Grunde liegenden Wertungen nicht auf. Darüber hinaus verwenden Tarifverträge in Deutschland oft uneinheitliche Bewertungen.⁶⁹

In Bezug auf die Leichtlohngruppen wies der EuGH nur darauf hin, dass die Tarifmerkmale »schwere Arbeit« und »große (muskuläre) Belastung« an sich neutral und damit zulässig seien. Es müsse lediglich sichergestellt sein, dass dieselben Kriterien für Männer und Frauen verwendet würden. Das heißt einerseits: Es ist diskriminierend, wenn für die Feststellung der Belastung lediglich auf Durchschnittswerte *eines* Geschlechts abgestellt wird. Das heißt andererseits: Der EuGH hält das Kriterium ansonsten nicht für problematisch, selbst wenn es im Ergebnis bestimmte Arten von Tätigkeit bevorzugt, die überwiegend männliche Arbeitnehmer ausüben. Der Tarifvertrag müsse aber insgesamt betrachtet werden. Um nicht insgesamt diskriminierend zu sein, müsse er so ausgestaltet sein, dass auch Tätigkeiten als gleichwertig anerkannt

67 Für eine eingehende Analyse und Kritik der Rechtsprechung des BAG siehe Winter 1998 (Anm. 57), S. 248 ff.

68 Vgl. Winter 1998, S. 123 ff; siehe EuGH, 17.10.1989, C-109/88, EuGHE 1989, S. 3199 ff (Danfoss); EuGH, 1.7.1986, C-237/85, EuGHE 1986, S. 2101 ff (Rummler); Tondorf, Karin, Entgeltgleichheit für Frauen und Männer – Tarifverträge entsprechen nicht EU-rechtlichen Vorgaben, AiB 2002, S. 757 ff zeigt, wie die Kriterien auf einen konkreten Tarifvertrag angewandt werden können.

69 Vgl. Tondorf, AiB 2002, S. 758 ff.

würden, bei denen Kriterien berücksichtigt würden, »hinsichtlich denen die weiblichen Arbeitnehmer besonders geeignet sein können«. Diese Formulierung birgt eine Gefahr der geschlechtsspezifischen Stereotypisierung in sich; gemeint sind wohl Tätigkeiten, die vor allem auf Arbeitsplätzen vorkommen, die in den Unternehmen durch Frauen besetzt werden – unabhängig davon, ob es für die dort auszuführenden Aufgaben geschlechtsspezifische »Eignungen« gibt oder nicht. Das weist auf die gesellschaftliche Problematik der Entgeltdiskriminierung zurück: Entgeltdiskriminierung wird eben nicht nur durch die Definitionen der Tarifgruppen und ihre Auslegung geschaffen, sondern auch durch die geschlechtsspezifische Segregation auf internen und externen Arbeitsmärkten.

Die geschlechtsspezifischen Wirkungen von Tarifverträgen sind so Ergebnis eines komplexen Zusammenspiels gesellschaftlicher, betrieblicher und rechtlicher Faktoren.⁷⁰ In Deutschland jedenfalls handelt es sich bei der Entgeltgleichheit nach wie vor um ein »Prinzip ohne Praxis«.⁷¹

(4) Sexuelle oder geschlechtsbezogene Belästigung

Die Randständigkeit von Frauen im Erwerbsleben wird nicht nur durch Unternehmen und Arbeitgeber produziert; auch die Belegschaften tragen dazu bei. Wenn in einem mittleren deutschen Unternehmen die Personalabteilung sich schützend vor »junge Frauen« stellt, denen man eine Beschäftigung in einer bestimmten Abteilung nicht zumuten könne,⁷² so deutet dies das Problem zumindest an: Das gesellschaftliche Klima prägt auch das Klima an Arbeitsplätzen, und dieses ist nicht selten durch eine allgemein sexualisierte und/oder Frauen verachtende Arbeitsatmosphäre gekennzeichnet.⁷³ Auch dies ist eine Form der Exklusion und der Diskriminierung. Im Anschluss an das europäische Richtlinienrecht stellt das AGG klar, dass es sich bei der sexuellen sowie bei der geschlechtsbezogenen Belästigung um eine Form der Diskriminierung handelt (§ 3 Abs. 3 und 4 AGG).⁷⁴ Das AGG sieht als rechtliche

70 Umfassend hierzu mit rechtsvergleichenden Vorschlägen Winter 1998.

71 So der Untertitel von Winter 1998. Zu dieser Einschätzung auch Thüsing, Gregor, Anm. zu EuGH, 17.9.2002, Der Betrieb (DB) 2002, S. 2600.

72 Dies wurde mir im Verlauf einer Fortbildung entgegen gehalten.

73 Siehe zum Beispiel auch den Fall des OLG Frankfurt/Main, 26.8.1999, NJW-RR 2000, S. 976 f.

74 Siehe schon Baer, Susanne, Würde oder Gleichheit? Zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption von Recht gegen Diskriminierung am Beispiel sexueller Belästigung am Arbeitsplatz in der Bundesrepublik Deutschland und den USA, Baden-Baden 1995; vgl. auch Cornell, Drucilla, Gender, Geschlecht und gleichwertige Rechte, in: Seyla Benhabib/Judith Butler/Drucilla

Reaktionen Beschwerderechte vor (§ 13), Fortbildung für Beschäftigte (§ 12) sowie die allgemeine Verpflichtung des Arbeitgebers, Maßnahmen gegen sexuelle und geschlechtsbezogene Belästigung zu treffen (§ 12), die wiederum durch individuelle Leistungsverweigerungsrechte (§ 14) und Schadensersatzansprüche für den Fall des belästigenden Mobbing⁷⁵ sanktioniert ist (§ 15).

Das Vorliegen einer Belästigung im rechtlichen Sinn setzt jedoch voraus, dass es sich um eine »unerwünschte Verhaltensweise« handelt. Dies bedeutet nicht, dass der/die Betroffene ausdrücklich deutlich gemacht haben muss, dass er/sie das Verhalten nicht wünscht. Bereits nach dem früheren Beschäftigtenschutzgesetz zum Schutz vor sexueller Belästigung, das sogar verlangte, dass die Belästigung »erkennbar abgelehnt« wurde, hatte das BAG an die Ablehnung geringe Anforderungen gestellt. Ein rein passives Verhalten in der Form eines zögernden, zurückhaltenden Geschehenlassens gegenüber einem drängenden, durchsetzungsfähigen Belästiger, insbesondere einem Vorgesetzten, reiche aus.⁷⁶ Unverwünscht sind aber auch alle Verhaltensweisen, die objektiv beleidigend und ausgrenzend sind; hier muss die betroffene Person nicht ausdrücklich kundgetan haben, dass sie dies nicht wünscht. Einer erkennbaren Ablehnung bedarf es jedoch bei neutralen Verhaltensweisen (z. B. Geschenken) oder wenn die/der Betroffene sich aktiv an den sexuellen Kontakten beteiligt.⁷⁷ Einer allgemein sexualisierten Arbeitsatmosphäre, an deren Herstellung sich meist alle Beschäftigten in der einen oder anderen Form beteiligen, ist mit diesen individuellen Handlungsinstrumenten allerdings nur schwer beizukommen.

c) Rechte auf Arbeitszeitflexibilisierung

Die Diskriminierungsverbote des AGG nehmen zur Kenntnis, dass gleiche Bedingungen und Chancen nur erreicht werden können, wenn bestehende Unterschiede und Herrschaftsverhältnisse zur Kenntnis genommen werden. Ihre strukturelle Schwäche liegt darin, dass sie lediglich eine Kritik betrieblicher und unternehmerischer Normalität

Cornell/Nancy Fraser, *Der Streit um Differenz*, Frankfurt/Main 1993, S. 81: Verstärkung von Stereotypen weiblicher Differenz als Diskriminierung. Für das US-amerikanische Recht siehe auch schon Hohmann, Harald/Moors, Christiane, *Schutz vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz im Recht der USA (und Deutschland)*, KJ 1995, S. 151 ff.

75 Zu dieser Einordnung auch BAG, 25.10.2007, DB 2008, S. 529.

76 BAG, 25.3.2004, AP Nr. 189 zu § 626 BGB; anders wohl OLG Frankfurt a.M. 26.8.1999, NJW-RR 2000, S. 976.

77 BAG, 25.3.2004, AP Nr. 189 zu § 626 BGB.

ermöglichen, jedoch keine proaktive Veränderung der Arbeitsorganisation oder der Arbeitszeit fördern. Diskriminierungsschutz zielt auf Gleichbehandlung in einem vorgegebenen Rahmen. Dies gilt auch für das Verbot der mittelbaren Diskriminierung; es hinterfragt zwar explizit die vorgegebenen Strukturen auf ihre diskriminierenden Wirkungen.⁷⁸ Es knüpft aber an vorgegebenen betrieblichen und unternehmerischen Maßnahmen an.

Beschäftigten mit Familienpflichten wird es jedoch wenig helfen, wenn sie die gleichen Chancen in einem Arbeitsverhältnis bekommen, das darauf zugeschnitten ist, dass man dem Unternehmen jederzeit voll und ganz zur Verfügung steht.⁷⁹ Integration von Frauen in die Erwerbsarbeit auf breiter Ebene setzt eine »Vereinbarkeit« von Familien- und Erwerbsarbeit voraus. An rechtlichen Regelungen dazu gibt es in Deutschland das Mutterschutzgesetz (MuSchG), das Elternzeitgesetz (BEEG), das Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) oder die sozialrechtlichen Regelungen über die unbezahlte Freistellung und die Zahlung von Krankengeld bei der Erkrankung von Kindern (§ 45 SGB V). Auch hier stellen europäische Richtlinien einen Rahmen bereit (Richtlinie 92/85/EWG über Sicherheit und Gesundheitsschutz schwangerer Arbeitnehmerinnen; Richtlinie 96/34/EG über Elternurlaub, die auf eine Rahmenvereinbarung von UNICE, CEEP und EGB, der europäischen Sozialpartnerorganisationen, zurückgeht; Richtlinie 97/81/EG zur Teilzeitarbeit).

Nicht zuletzt das Teilzeit- und Befristungsgesetz hat zu einem neuen Verständnis der Teilzeitarbeit als anerkannter Erwerbsarbeitsform beigetragen.⁸⁰ Eine wichtige Rolle spielen dabei Ansprüche auf Teilzeitarbeit und andere Ansprüche auf eine individualisierte Anpassung der Arbeitsbedingungen. Sie können dazu beitragen, weiblich codierte Lebensentwürfe in gleicher Weise wie männlich codierte Lebensentwürfe in das Erwerbsarbeitsleben zu integrieren.⁸¹ Im US-amerikanischen und kanadischen Antidiskriminierungsrecht nennt man diese Kategorie von Anpassungsansprüchen, die Diskriminierung vorbeugen oder verhindern können, »accommodation«. ⁸² In der deutschen arbeitsrechtlichen Gesetzgebung gibt es eine Reihe von Ansätzen, die sich

78 Vgl. Kocher, KJ 1999, S. 185 ff; Kocher, RdA 2002, S. 167 ff.

79 Siehe auch Kocher, Eva, Gestaltungs- und Verhandlungsrechte von Beschäftigten, WSI-Mitt. 2007, S. 434-439.

80 Vgl. Schiek, Dagmar, Das Teilzeit- und Befristungsgesetz. Neue Paradigmen der Regulierung sogenannter atypischer Beschäftigung?, KJ 2002, S. 18 ff.

81 Kocher, WSI-Mitt. 2007, S. 434 ff.

82 Vgl. auch Waddington, Lisa/Hendriks, Aart, The expanding Concept of Employment Discrimination in Europe: From Direct and Indirect Discrimination to reasonable Accommodation Discrimination, International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations (IJCLLIR) 18 (2002), S. 403-428.

als solche Anpassungsansprüche interpretieren lassen. So besteht nach § 15 Abs. 5–7 BEEG während der Elternzeit ein (geschlechtsunabhängiger) Anspruch auf Teilzeitarbeit. Er soll Personen mit Familienpflichten (häufig Frauen) eine Teilhabe an der Erwerbsarbeit ermöglichen, die sich an deren Bedürfnisse nach Zeitsouveränität anpasst. Auch auf der tariflichen Ebene gibt es besondere Teilzeitanprüche, wie zum Beispiel im öffentlichen Dienst für Beschäftigte, die minderjährige Kinder oder pflegebedürftige Angehörige betreuen.⁸³ Seit Juli 2008 sehen §§ 2, 3 PflegeZG darüber hinaus Ansprüche auf Pflegezeit und entsprechende Freistellung vor.⁸⁴

Nur wenig anders gestrickt ist der Anspruch auf Reduzierung der Arbeitszeit nach § 8 TzBfG. Danach kann jeder Arbeitnehmer und jede Arbeitnehmerin Verringerung (sowie eine bestimmte Verteilung) der Arbeitszeit verlangen. Beschäftigte, die gerne ihre Arbeitszeit verringern möchten, müssen hier nicht bestimmte Gründe wie zum Beispiel Familienpflichten angeben. Damit löst sich der Anspruch aus dem Begründungszusammenhang des Diskriminierungsschutzes. § 8 TzBfG ist unter den Ansprüchen auf Reduzierung der Arbeitszeit der bekannteste. Er trat im Jahre 2001 in Kraft und wurde bereits im selben Jahr von fast 85.000 Beschäftigten geltend gemacht.⁸⁵

§ 6 Abs. 4 Satz 1 ArbZeitG ist ein weiteres Beispiel für einen Anpassungsanspruch aus dem Kontext des Diskriminierungsschutzes. Danach hat der Arbeitgeber einen Nachtarbeitnehmer auf dessen Verlangen auf einen geeigneten Tagesarbeitsplatz umzusetzen. Der (geschlechtsneutral formulierte) Anspruch steht nur Beschäftigten zu, die ein Kind unter zwölf Jahren oder einen schwer pflegebedürftigen Angehörigen zu betreuen haben. Die Vorschrift ist an die Stelle des Nachtarbeitsverbots für Frauen getreten, das ja zum Teil damit gerechtfertigt worden war, dass Frauen häufiger Familienpflichten wahrzunehmen hätten, mit denen eine Nachtarbeit nicht zu vereinbaren sei. Das Nachtarbeitsverbot legte Frauen wegen ihres Geschlechts von vornherein auf eine bestimmte Geschlechtsrolle fest und schloss sie von bestimmten Teilen des Arbeitsmarktes aus; es war also diskriminierend.⁸⁶ Auf der anderen Seite führt jedoch eine Gestaltung von Arbeitsverhältnissen, die auf »private«

83 § 15b BAT/-O/§ 15b MTArb-O bzw. § 11 TVöD/§ 11 TV-L.

84 Siehe Müller, Stefan, Das Pflegezeitgesetz (PflegeZG) und seine Folgen für die arbeitsrechtliche Praxis, BB 2008, S. 1058 ff.

85 Vgl. Magvas, Emil/Spitznagel, Eugen, Teilzeitarbeit: Neues Gesetz bereits im ersten Jahr einvernehmlich umgesetzt, IAB-Kurzbericht Nr. 23/2003; Wanger, Susanne, Teilzeitarbeit: Ein Gesetz liegt im Trend, IAB-Kurzbericht Nr. 18/2004; Opitz, Heike, Der juristische und gesellschaftliche Umgang mit den Ansprüchen auf Teilzeitarbeit in den Niederlanden und in Deutschland, KJ 2005, S. 166.

86 Zur Diskussion siehe oben Fn 49 f.

Betreuungs-, Fürsorge- und Familienpflichten keine Rücksicht nimmt, ebenfalls zu einem Ausschluss von Frauen – diesmal mittelbar. Der Umsetzungsanspruch im Arbeitszeitgesetz versucht nun, diese Rücksichtnahme zu gewährleisten.

Allerdings stehen diese Ansprüche sämtlich unter dem Vorbehalt »betrieblicher Gründe«, »dringender dienstlicher Gründe«, oder ähnlicher Vorbehalte.⁸⁷ Die Teilzeitarbeit muss sich danach in ein arbeitgeberseitig vorgegebenes Organisationskonzept einfügen.⁸⁸

d) Gleichstellung im Erwerbsleben

Das Antidiskriminierungsrecht bedarf der Ergänzung durch Regelungen, die die Unternehmen zu einer geschlechterpolitischen Evaluation und Neubewertung ihrer Personalpolitik anhalten. Die Anpassungsansprüche sind solche Instrumente. Auch in den Gleichstellungsgesetzen des öffentlichen Dienstes spielen sie eine große Rolle. Der umfassendste Anspruch auf Anpassung der Arbeitsbedingungen für Beschäftigte mit Familienpflichten findet sich insoweit in § 12 BGleG (Bundesgleichstellungsgesetz): »Die Dienststelle hat Arbeitszeiten und sonstige Rahmenbedingungen anzubieten, die Frauen und Männern die Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit erleichtern, soweit zwingende dienstliche Belange nicht entgegenstehen.«

Die Gleichstellungs- oder Frauenfördergesetze enthalten darüber hinaus qualifikationsabhängige Entscheidungsquoten, Vorschriften über Gleichstellungspläne⁸⁹ und/oder Regelungen über Gleichstellungsbeauftragte. Die Entscheidungsquoten sind heute regelmäßig als Bevorzugungsansprüche ausgestaltet, wonach Frauen bei Personalentscheidungen unter bestimmten Voraussetzungen zu bevorzugen sind. Gleichstellung (*affirmative action*) geht hier nicht nur über das Diskriminierungsverbot

87 Siehe Preis, Ulrich, § 8 TzBfG, Rn 23 ff, Erfurter Kommentar, 7. Aufl. 2007; vgl. auch Kocher, WSI-Mitt. 2007, S. 434 ff.

88 Vgl. das Prüfungsprogramm des BAG (drei Schritte) seit BAG, 18.2.2003, Arbeitsrechtliche Praxis (AP) Nr. 2 zu § 8 TzBfG; Opitz, AuR 2003, S. 166 f; Preis, Ulrich/Gothardt, Michael, Das Teilzeit- und Befristungsgesetz, DB 2001, S. 148; zur Kritik siehe auch Kocher, RdA 2002, S. 172 f.

89 Zum möglichen Zusammenhang und zur funktionalen Äquivalenz mit Gender Mainstreaming Konzepten siehe Kocher, RdA 2002, S. 172 ff; in den Ländern Hessen und Brandenburg ersetzen diese Pläne mit der Orientierung an einer Ergebnisquote die qualifikationsabhängige Entscheidungsquote (Schiek, Dagmar, Einleitung, Rn 145, in: Dagmar Schiek/Heike Dieball/Inge Horstkötter/Lore Seidel/Ulrike M. Vieten/Sibylle Wankel, Frauengleichstellungsgesetzes des Bundes und der Länder. Kommentar für die Praxis, 2. Aufl. 2002).

hinaus,⁹⁰ sondern tritt auch in Konkurrenz zu ihm. Denn Bevorzugungsregeln differenzieren gerade nach dem Geschlecht. Die Frage der rechtlichen Zulässigkeit von Bevorzugungsregelungen («positive Diskriminierung») ist für die Praxis allerdings im Wesentlichen geklärt; dies spiegelt sich in Art. 141 Abs. 4 EG und § 5 AGG. Der EuGH akzeptiert jetzt Entscheidungsquoten, die bei gleicher Qualifikation eine Bevorzugung der Frau vorsehen, unter bestimmten Voraussetzungen.⁹¹

Der Geltungsbereich dieser Gesetze beschränkt sich auf den öffentlichen Dienst. Für die Privatwirtschaft war im Jahre 2001 von der damaligen Bundesregierung ein »Gesetz zur Durchsetzung der Gleichstellung von Frauen und Männern in der Privatwirtschaft« geplant gewesen.⁹² Die Politik verzichtete dann aber auf ein Gesetz und hofft auf die unternehmerische Umsetzung einer »Freiwilligen Vereinbarung zwischen der Bundesregierung und den Spitzenverbänden der deutschen Wirtschaft«. Evaluationen der Vereinbarung zeigen allerdings: Die Vereinbarung ist in den meisten Unternehmen unbekannt.⁹³ Nur die wenigsten wenden Maßnahmen zu »Vereinbarkeit« oder *work-life balance* an; ein äußerst geringer Anteil aller Unternehmen hat überhaupt eine geschlechtsspezifische Bestandsaufnahme ihrer Personalpolitik gemacht.⁹⁴

3. Wirkungspotenziale des Arbeitsrechts

Was die Geschlechterverhältnisse auf den Arbeitsmärkten angeht, so hat sich in den vergangenen Jahrzehnten einiges verändert – auch im Arbeitsrecht: Veränderungen der Frauenerwerbstätigkeit spiegeln sich

- 90 Auch der EuGH, 28.3.2000, NJW 2000, S. 1549 ff bezeichnet dies als einen Gegensatz zwischen Ansprüchen auf materielle und solchen auf formelle Gleichheit.
- 91 EuGH, 11.11.1997, EuZW 1997, S. 757 ff (Marschall); EuGH, 28.3.2000, EuZW 2000, S. 474 ff (Badeck); siehe auch BAG, 2.12.1997, BAGE 87, S. 171 ff.
- 92 Vgl. Pfarr, Heide M./Weber, Ingrid/Rust, Ursula/Schiek, Dagmar/Laskowski, Silke/Kocher, Eva, Entwurf der Expertinnenkommission eines 2. Gesetzes zur Durchsetzung der Gleichstellung von Frauen und Männern, in: Heide M. Pfarr (Hg.), Ein Gesetz zur Gleichstellung der Geschlechter in der Privatwirtschaft, 2001, S. 11 ff und die Begründung hierzu S. 37 ff; siehe auch den Überblick von Laskowski, Silke, Kein Gleichstellungsgesetz für die Privatwirtschaft?, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 2001, S. 504 ff.
- 93 Vgl. WSI-Betriebsrätebefragung, Düsseldorf 2003.
- 94 Vgl. Krell, Gertraude/Ortlieb, Renate, Umsetzung der »Vereinbarung zwischen der Bundesregierung und den Spitzenverbänden der deutschen Wirtschaft zur Förderung der Chancengleichheit zwischen Frauen und Männern in der Privatwirtschaft« vom 2.7.2001, Abschlussbericht, Berlin 2003.

insbesondere in den Regelungen zum Diskriminierungsschutz, zur Geschlechtergleichstellung und zur Arbeitszeitflexibilisierung wider. Sie enthalten aber umgekehrt auch Steuerungsansprüche und Erwartungen an die Unternehmen: Als zwingendes Recht verfolgt Arbeitsrecht den Anspruch, die Strukturen der Erwerbstätigkeit nicht nur widerzuspiegeln, sondern steuernd auf sie Einfluss zu nehmen.

Insofern wäre zu fragen: Welchen Einfluss sollte das Arbeitsrecht auf die Erwerbstätigkeit von Frauen haben? Gelingt es ihm, diesen Einfluss auszuüben?

a) Geschlechterpolitische Leitbilder für das Arbeitsrecht?

Die beschriebenen Gleichbehandlungs- und Gleichstellungsregelungen scheinen eine Veränderung des geschlechterpolitischen Leitbildes des Arbeitsrechts zum Ziel zu haben. In Umsetzung des Verfassungsgebots der Gleichberechtigung von Männern und Frauen sollen auch die arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungs- und Gleichstellungsgebote »nicht nur Rechtsnormen beseitigen, die Vor- oder Nachteile an Geschlechtsmerkmale anknüpfen, sondern für die Zukunft die Gleichberechtigung der Geschlechter durchsetzen.«⁹⁵ Seit der Nachtarbeitsentscheidung vertritt auch das Bundesverfassungsgericht nicht mehr die Meinung, Art. 3 Abs. 2 GG richte sich nicht gegen die gesellschaftlichen Wirkungen der Geschlechterdifferenz.⁹⁶ Vielmehr gehe es um »Angleichung der Lebensverhältnisse. [...] Überkommene Rollenverteilungen [...] dürfen durch staatliche Maßnahmen nicht verfestigt werden. Faktische Nachteile, die typischerweise Frauen treffen, dürfen [...] durch begünstigende Regelungen ausgeglichen werden«. Frauen müssen die gleichen Erwerbsschancen haben wie Männer.⁹⁷ In anderen Worten: Das Arbeitsrecht soll dazu beitragen, dass die geschlechtsspezifische Spaltung des Arbeitsmarktes nicht vertieft, sondern abgebaut wird.⁹⁸ Die zusätzliche Belastung von Frauen mit Hausarbeit und Kinderbetreuung sei jedenfalls kein hinreichend geschlechtsspezifisches Merkmal, das eine Ungleichbehandlung erlaube.

95 BVerfG, 28.1.1992, BVerfGE 85, S. 191 ff (S. 207) (Nachtarbeitsverbot).

96 So noch BVerfG, 18.12.1953, BVerfGE 3, S. 225 ff (S. 241).

97 BVerfG, 28.1.1992, BVerfGE 85, S. 191 ff (S. 207) (Nachtarbeitsverbot); siehe auch BVerfG, 16.11.1993, BVerfGE 89, S. 276 ff. Genauer zum Ganzen Kocher, KJ 1999, S. 185 ff.

98 So schon Pfarr, Heide M., Herstellung und Sicherung von Chancengleichheit durch Recht – dargestellt am Beispiel der Frauen, in: Winfried Hassemer/Wolfgang Hoffmann-Riem/Jutta Limbach, Grundrechte und soziale Wirklichkeit, Baden-Baden 1982, S. 255 ff. Genauer zum Verständnis »gleichwertiger Rechte« Kocher, KJ 1999, S. 193 ff (in diesem Band S. 49 ff).

Schaut man sich die Entwicklung auf den Erwerbsarbeitsmärkten genauer an, scheint dieses Leitbild jedoch weit von einer Verwirklichung entfernt. Der Wandel des Leitbildes der Erwerbsarbeit äußert sich zurzeit nicht in einer geschlechtergerechteren Verteilung der Erwerbsarbeit und damit der Chancengleichheit.⁹⁹ Vielmehr scheinen mit dem Wandel des Normalarbeitsverhältnisses und einer größeren Selbstverständlichkeit von Frauenerwerbstätigkeit zwei Leitbilder der Erwerbstätigkeit nebeneinander zu existieren: Neben dem traditionellen und männlich codierten Normalarbeitsverhältnis gibt es das mit Fürsorgepflichten vereinbare und weiblich codierte Arbeitsverhältnis (Teilzeitarbeit, Erziehungsurlaub etc). Frauendomänen drohen Frauendomänen zu bleiben, Geschlechterbilder werden weiterhin auf den Arbeitsmärkten produziert und reproduziert. Frauen nehmen zwar mittlerweile eine Vielzahl von Rollenbildern und Erwerbsarbeitsverhältnissen wahr – oder versuchen dies zumindest. In weiblich codierten Sektoren des Arbeitsmarktes finden sich jedoch kaum Männer.

b) Die ökonomischen Kosten des arbeitsrechtlichen Diskriminierungsschutzes

Ist Arbeitsrecht überhaupt ein geeignetes Instrument zum Abbau geschlechtsspezifischer Spaltungen des Arbeitsmarkts? Dies wird zum Beispiel mit dem Argument bestritten, ein rechtlicher Zwang zur Gleichbehandlung sei marktwidrig, würde den Unternehmen zusätzliche Kosten auferlegen und diese von der Beschäftigung von Frauen abhalten statt sie dazu anzuhalten: »Die Verpflichtung, Frauen schematisch gleich zu behandeln, obwohl sie kalkulatorisch teurer sind, bedeutet das Errichten von Einstellungshemmnissen.«¹⁰⁰ Dem liegt die Behauptung zu Grunde, weibliche Arbeitskräfte hätte eine geringere Durchschnittsproduktivität (auf Grund von Durchschnittskosten von Schwangerschaften) und/oder (auf Grund der typischen weiblichen Erwerbsbiografie) höhere Fluktuationsraten.¹⁰¹

Für das Argument, der rechtliche Schutz schade der arbeitsmarktlichen Gleichstellung, wird neuerdings auch auf die Mutterschaftsgeld-Entscheidung des BVerfG aus dem Jahre 1993 verwiesen.¹⁰² Das

99 Zu den Zusammenhängen Kocher, RdA 2002, S. 167 ff.

100 Adomeit, Klaus, Unisextarife und Aristoteles, NJW 2005, S. 721 f.

101 Zum Beispiel schon Anm. von Beitzke zu BAG, 15.1.1955, AP Nr. 4 zu Art. 3 GG zu den wirtschaftlichen Nachteilen der Frauenbeschäftigung; die Gleichbehandlung führe zu einer Art »Soziallohn« der Frauen; angedeutet auch von BAG, 15.1.1955, AP Nr. 4 zu Art. 3 GG.

102 Vgl. Adomeit, NJW 2005, S. 721 f.

Bundesverfassungsgericht verlangte damals vom Gesetzgeber, etwaige Beschäftigungshindernisse, die durch Schutzregelungen geschaffen würden, zu berücksichtigen.¹⁰³ Wenn die Kosten des Mutterschutzes auf Arbeitgeber, die Frauen beschäftigen, abgewälzt würden, drohten Beschäftigungshindernisse für Frauen im gebärfähigen Alter; dies könne die bestehende Erwerbsarbeitsmarktdiskriminierung von Frauen verstärken.¹⁰⁴ Der Arbeitgeberzuschuss zum Mutterschaftsgeld solle deshalb in einem Ausgleichs- und Umlageverfahren geleistet werden, um ungleiche Belastungen von Unternehmen mit unterschiedlich hohem Frauenanteil zu vermeiden.¹⁰⁵

Dies ist allerdings bislang die einzige Entscheidung, die es dem Gesetzgeber auferlegt, Kosten, die Arbeitgebern aufgrund einer Schutzregelung entstehen, als mögliches Einstellungshindernis zu berücksichtigen.¹⁰⁶ Bezogen auf das Verbot an den Arbeitgeber, eine Schwangerschaft bei seiner Einstellungsentscheidung zu berücksichtigen, hatte das BAG noch im Jahre 1992 die Meinung vertreten, es sei »schließlich nicht Sache der Arbeitsgerichte, die Interpretation [des Gleichbehandlungsgrundsatzes] an den Auswirkungen des Arbeitsmarktes zu orientieren, zumal die These kaum beweisbar ist, bei grundsätzlicher Unzulässigkeit der Frage nach vorliegender Schwangerschaft wirke sich dies im Ergebnis zu Lasten der berufstätigen Frau aus.«¹⁰⁷ Auch der EuGH verlangt von den

103 BVerfG, 18.11.2003, AP Nr. 23 zu § 14 MuSchG 1968; dazu genauer v. Koppfels-Spies, Katharina, Auf dem Weg zu einem nicht-diskriminierenden Mutterschutzrecht?, AuR 2005, S. 52–55.

104 Siehe auch schon Schiek, Dagmar, Nachtarbeitsverbot für Arbeiterinnen: Gleichberechtigung durch Deregulierung?, Baden-Baden 1992; siehe auch Hausen, Karin, Arbeiterinnenschutz, Mutterschutz und gesetzliche Krankenversicherung im Deutschen Kaiserreich und in der Weimarer Republik. Zur Funktion von Arbeits- und Sozialrecht für die Normierung und Stabilisierung der Geschlechterverhältnisse, in: Ute Gerhard (Hg.), Frauen in der Geschichte des Rechts, München 1997, S. 713 ff; Generalanwalt beim EuGH Darmon, Schlussanträge Fall Dekker C 177/88, Ziff. 46 ff, EuGH-HE 1990, I-3841 ff; Auch nach Art. 4 Nr. 8 des – von der Bundesrepublik Deutschland allerdings nicht ratifizierten – ILO-Übereinkommens Nr. 103 dürfen die während der Mutterschutzfristen zu erbringenden finanziellen Leistungen nicht in voller Höhe dem einzelnen Arbeitgeber auferlegt werden.

105 BVerfG, 18.11.2003, AP Nr. 23 zu § 14 MuSchG 1968 gegen frühere Entscheidungen, die die Verfassungsmäßigkeit der bisherigen §§ 13, 14 MuSchG bestätigt hatten (BVerfG, 23.4.1974, BVerfGE 37, 121; BVerfG, 3.7.1985, 70, 242).

106 Zu den Einflussfaktoren auf Arbeitgeberentscheidungen bei Einstellungen siehe Zachert, Ulrich/Schramm, Florian, Arbeitsrecht in der betrieblichen Anwendung. Mythen und Realität, München/Mering, 2008.

107 BAG, 15.10.1992, AP Nr. 8 zu § 611a BGB.

Unternehmen, etwaige Kosten, die sie infolge der Schwangerschaft einer Beschäftigten zu tragen haben, selbst zu tragen und in jeder Hinsicht personalpolitisch unberücksichtigt zu lassen.¹⁰⁸ Auch die BVerfG-Entscheidung zum Mutterschaftsgeld bestätigt jedenfalls nicht, dass seine Argumentation gegen den Diskriminierungsschutz gewandt werden könnte, denn das Gericht selbst hielt Diskriminierungsverbote für »grundsätzlich geeignet, möglichen faktischen Diskriminierungswirkungen von Schutzvorschriften entgegenzuwirken.« Es erkennt aber an, dass selbst ein anderes Konzept der Kostentragung nichts daran ändern würde, dass der rechtliche Mutterschutz Arbeitgeber »unvermeidlich« belaste. Dies sei gerade ein Argument für den Diskriminierungsschutz.¹⁰⁹

Das bedeutet: Das BVerfG erkennt an, dass die arbeitsrechtliche Regulierung sich nicht darauf beschränken muss, marktgerechtes »rationales« Verhalten von den Unternehmen einzufordern. Dies ist auch richtig: Die Unterscheidung nach dem Geschlecht strukturiert die gesamte Gesellschaft und in besonderer Weise die Erwerbsarbeitsmärkte. Damit kann aber eine betriebliche Differenzierung nach den Geschlechtern einzelwirtschaftlich durchaus rational sein. Wo ein Unternehmen Arbeitskräfte auf einem Arbeitsmarkt rekrutiert, der geschlechtsspezifisch segmentiert ist, mag ein Unternehmen meinen können, sachliche Gründe anführen zu haben, diese Segmentation im Unternehmen widerzuspiegeln.¹¹⁰ Die Summe solcher im Einzelnen sachlich begründbaren Entscheidungen trägt aber zur ständigen Produktion und Reproduktion der gesellschaftlichen Ungleichheiten bei. Sollen Diskriminierungsverbote und Gleichstellungsverpflichtungen gesellschaftliche Wirkungen erzeugen, so müssen sie sich auch gegen einzelwirtschaftlich rationale, aber gesellschaftlich diskriminierende unternehmerische Entscheidungen richten.¹¹¹

Der Zusammenhang zwischen arbeitsrechtlichem Schutz und etwaigen adversen geschlechtsspezifischen Arbeitsmarktwirkungen ist im Fall

108 Siehe oben bei Fn 51 f zur Reichweite dieser Rechtsprechung.

109 BVerfG, 18.11.2003, AP Nr. 23 zu § 14 MuSchG 1968.

110 Zur Berechtigung siehe Thüsing, Gregor, Gedanken zur Effizienz arbeitsrechtlicher Diskriminierungsverbote, RdA 2003, S. 257 ff; Engert, Andreas, Allied by Surprise? The Economic Case For an Anti-Discrimination Statute, German Law Journal 4 (2003); McCrudden, Christopher, International and European Norms Regarding National Legal Remedies for Racial Inequality, in: Sandra Fredman (Hg.), Discrimination and Human Rights, Oxford 2001, S. 254.

111 Vgl. Fastrich, Lorenz, Gleichbehandlung und Gleichstellung, RdA 2000, S. 74 kritisiert deshalb zu Unrecht, dass Diskriminierungsverbote sich »gegen Marktergebnisse« wenden; zur Gruppenbetrachtung des Gleichberechtigungssatzes siehe insbesondere Sacksofsky, Ute, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl. Baden-Baden 1996, S. 312 ff; S. 318 ff; Slupik, Vera, Die Entscheidung des Grundgesetzes für Parität im Geschlechterverhältnis,

des Gleichbehandlungsrechts ohnehin ein anderer als im Mutterschutz. Sowohl die Gleichbehandlungsregelungen als auch die Regelungen zur Arbeitszeitflexibilisierung sind geschlechtsneutral formuliert und können sowohl von Männern als auch von Frauen geltend gemacht werden. Das unterscheidet sie grundlegend vom Mutterschutzgesetz, aber auch von Bevorzugungs- und Quotierungsregelungen. Am weitesten gehen rechtspolitische Konzepte, die sich von einer Anbindung an geschlechtsspezifische Pflichten und Risiken lösen, wie z.B. ein Anspruch auf Teilzeitarbeit, der mit beliebigen »privaten« Interessen begründet werden darf und nicht verlangt, dass Berechtigte sich auf Fürsorgepflichten berufen.¹¹²

Allerdings ist das Risiko für die Arbeitgeber, dass Beschäftigte von solchen Rechten Gebrauch machen, keineswegs geschlechtsneutral. Die Zielrichtung des Geschlechtergleichbehandlungsgebots ist eine asymmetrische. Auch Rechte auf Arbeitszeitflexibilisierung werden in den betrieblichen und unternehmerischen Realitäten eher von weiblichen Arbeitskräften geltend gemacht. Jedenfalls bringen Arbeitgeber das Risiko dieser Pflichten eher mit Frauen in Verbindung; dies dürfte einer der Gründe dafür sein, dass Männern, die Elternzeit oder Teilzeit in Anspruch nehmen wollen, ein kalter Wind entgegenweht.

Stärker geschlechtsneutral konstruierte Ansprüche sind aber letztlich kein nachhaltiger Ausweg. Ein Beispiel ist der Teilzeit-Anspruch aus § 8 TzBfG, der nicht davon abhängig ist, ob Beschäftigte sich auf Familien- oder andere Fürsorgepflichten berufen. Und auch eine Mindestlohngesetzgebung lässt sich geschlechterpolitisch begründen.¹¹³ Damit solche Ansprüche geschlechterpolitisch wirksam werden können, muss soziale Inklusion geschlechterpolitisch analysiert werden. »Um Gender zu demontieren, [muss man] bei Gender ansetzen.«¹¹⁴

c) Rechtsdurchsetzung und ihre Barrieren

Unabhängig von ihrer Struktur leidet die arbeitsrechtliche Regulierung unter einem grundsätzlichen Problem: Ihre Steuerungswirkungen erweisen sich immer wieder als unzureichend. »In order for a rule to

Baden-Baden 1988, vor allem S. 134 ff; Young, Iris, *Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship*, *Ethics* 99 (1988/89), S. 271 ff.

112 Vgl. Collins, Hugh, *Discrimination, Equality and Social Inclusion*, *Modern Law Review* (MLR) 66 (2003), S. 16–43.

113 Vgl. Peter, Gabriele, *Gesetzlicher Mindestlohn: Eine Maßnahme gegen Niedriglöhne von Frauen*, Baden-Baden 1995.

114 Lorber, Judith, *Feministische Theorie und Degendering*, in: *Zeitschrift für Frauenforschung und Geschlechterstudien*, 22 (2004), S. 9–24.

produce social effects, people must actually use the rule.«¹¹⁵ Mögliche Klägerinnen und Kläger sind in Deutschland in erster Linie diejenigen, die von Diskriminierung betroffen sind. Die Rechtsdurchsetzung beschränkt sich hier fast ausschließlich auf den Individualrechtsschutz.¹¹⁶ Die Betroffenen sind aber selten dazu bereit, sich rechtlich zu wehren; dem stehen die unterschiedlichsten Barrieren entgegen, von Kosten-, Zeit- und Kommunikationsbarrieren über die Angst vor Repressalien des Arbeitgebers.¹¹⁷

Zur Durchsetzung effektiver Gleichberechtigung ist es deshalb sinnvoll, auch Gewerkschaften und Betriebsräte stärker in die Pflicht zu nehmen und mit Handlungsbefugnissen zu versehen. Durch ihre Kenntnisse der Arbeitsbeziehungen und betrieblichen Strukturen eignen sich diese im Diskriminierungsschutz als kollektive Akteurinnen und Akteure.¹¹⁸ Angesichts der durchschnittlich schwächeren Repräsentation weiblicher Beschäftigter in Betriebsräten und Gewerkschaften¹¹⁹ werden diese keineswegs selbstverständlich für Gleichberechtigung eintreten. Es bedarf daneben der Handlungsbefugnisse (z. B. für eine Verbandsklage) für unabhängige Verbände und Antidiskriminierungsstellen. Im Fehlen solcher Akteure – die durch öffentliche Mittel unterstützt werden müssten¹²⁰ – sowie im Fehlen entsprechender kollektiver Handlungsbefugnisse liegen Lücken im deutschen Gleichbehandlungsrecht.¹²¹

Für individuelle wie kollektive Akteurinnen und Akteure gilt zudem: Wer Rechte auf Gleichbehandlung geltend macht, hat nicht selten mit

115 Griffiths, John, *The Social Working of Anti-Discrimination Law*, in: Titia Loenen/Peter R. Rodrigues (Hg.), *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, Den Haag 1999, S. 313–330.

116 Vgl. z. B. Kocher, Eva, *Antidiskriminierungsrecht vor den Arbeitsgerichten – Perspektiven des kollektiven Rechtsschutzes*, Streit 2003, S. 139–144.

117 Vgl. Kocher, Eva, Vorbem zu § 13 AGG, Rn 9 ff, in: Dagmar Schiek (Hg.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Ein Kommentar aus europäischer Perspektive*, München 2007.

118 Siehe auch Graue, Bettina, *Aufgaben, Grenzen und Perspektiven des Gender-Gedankens im Betriebsverfassungsgesetz*, Düsseldorf 2008.

119 Siehe oben Fn 37.

120 Zu den ökonomischen Hintergründen Olson, Mancur, *Die Logik des kollektiven Handelns*, 3. Aufl. Tübingen 1992; vgl. auch Koch, Harald, *Alternativen zum Zweiparteiensystem im Zivilprozeß*, KritV 4 (1989), S. 334 f; Kocher, Eva, *Funktionen der Rechtsprechung*, 2007, S. 59 ff.

121 Vgl. Kocher 2003. Dieser Ansatz entspricht dem »group justice model« bei McCrudden, Christopher, *Regulating Discrimination: Advice to a Legislator on Problems Regarding the Enforcement of Anti-Discrimination Law and Strategies to Overcome Them*, in: Titia Loenen/Peter R. Rodrigues (Hg.), *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, Den Haag 1999, S. 295–312.

einem Defizit-Image zu kämpfen.¹²² Die symbolischen und die instrumentellen Funktionen von Antidiskriminierungsrecht¹²³ stehen in einem engen Zusammenhang. Je stärker das Recht symbolisch auf die gesellschaftlichen Wertvorstellungen und Bilder einwirkt, desto leichter lässt es sich auch instrumentell durchsetzen – und umgekehrt.

Das gesellschaftliche Rechtsbewusstsein im Diskriminierungsschutz stellt eine der größten Barrieren der Rechtsdurchsetzung dar.¹²⁴ Sie äußert sich in Deutschland nicht zuletzt in der jüngsten Delegitimierung des sogenannten AGG-Hopping, bei dem materielle Interessen an der Durchsetzung von Gleichbehandlung als illegitim und »missbräuchlich« angeprangert werden.¹²⁵ Dabei ist doch die deutsche Rechtsdurchsetzung auf Menschen angewiesen, die eigene wirtschaftliche Interessen mobilisieren, um für ihre Rechte und damit das gesellschaftliche Interesse an Geschlechtergerechtigkeit zu kämpfen.

d) Recht gegen strukturelle Diskriminierung

Anpassungsansprüche¹²⁶ und Gleichstellungsansprüche¹²⁷ sind Weiterentwicklungen des Diskriminierungsschutzes, die auf die Veränderung der betrieblichen Strukturen und der Leitmodelle der Erwerbsarbeit gerichtet sind. Sie sind zugleich individualrechtlich strukturiert. Individuelle Rechtsansprüche nehmen aber nur Einfluss auf das individuelle Verhalten einzelner Unternehmen. Diskriminierend wirkende Strukturen der Arbeitsmärkte sowie kollektive Regelungssysteme, die eine gleichberechtigte Integration einer weiblichen Erwerbsbiografie unmöglich machen, können mit individuellen Rechtsansprüchen nur mittelbar angegriffen werden. Diese richten sich notwendig nur gegen jeweils einzelne Bestandteile eines Regelungssystems, ohne dass das Regelungssystem als solches zur Debatte stehe. So führt zum Beispiel eine Aufhebung der Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten bei der betrieblichen Altersversorgung nur zu einer Erstreckung der Altersversorgung auf die bislang

122 Zu diesem Problem insbesondere Griffiths 1999.

123 Vgl. McCrudden 2001, S. 251–307.

124 Vgl. Baer, Susanne/Berghahn, Sabine, Auf dem Weg zu einer feministischen Rechtskultur? in: Teresa Kulawik/Birgit Sauer (Hg.), Der halbierte Staat. Grundlagen feministischer Politikwissenschaft, Frankfurt/Main 1996, S. 223 ff. Ein guter Teil der Klagen im Diskriminierungsschutz sind bisher von Männern erhoben worden (vgl. Kocher, Streit 2003, S. 139).

125 Zur juristischen Debatte siehe LAG Hamm, 22.11.1996, AP Nr. 15 zu § 611a BGB; Diller, Martin, »AGG-Hopping« – und was man dagegen tun kann!, BB 2006, S. 1968 ff.

126 Siehe oben bei Anm. 81 ff.

127 Siehe oben bei Anm. 89 ff.

Ausgeschlossenen, die bei der Ausgestaltung des Systems nicht mitgedacht waren; sie führt damit nur zu einer Erhöhung des Gesamtvolumens, nicht aber zu einer grundlegenden Reform. Auch die Abschaffung mittelbarer Diskriminierung in Entgeltsystemen mit dem Instrument des Individualanspruchs führt nur zu einem »Herausschießen« einzelner Bewertungsergebnisse wegen mittelbarer Diskriminierung; dadurch können »Patchwork«-Systeme entstehen, die am Ende keiner und keine so gewollt haben.¹²⁸

Individuelle Anpassungs- und Gleichstellungsansprüche einzelner Betroffener müssen deshalb durch kollektive Beteiligungsrechte von Betriebsräten, Gewerkschaften, Gleichstellungsbeauftragten, Verbänden, öffentlichen Stellen etc. ergänzt werden.¹²⁹ Diese könnten dann Gleichstellungspläne, Gender-Mainstreaming-Modelle oder Entgeltgleichheitspläne (*pay equity plans*) verhandeln und ausarbeiten.¹³⁰ So ließen sich auch die Präventionspflichten konkretisieren, die §§ 12, 17 Abs. 1 AGG den Unternehmen nur vage und ohne Vorgabe konkreter Standards auferlegen.¹³¹ Solch reflexives Recht, das die Rechtsdurchsetzung innerhalb eines festgelegten Rahmens betrieblichen und außerbetrieblichen Verhandlungen überlässt, ist zwar nicht ungefährlich.¹³² Sie überlässt die Rechtsgestaltung den jeweiligen Verhandlungspartnern abhängig von deren Verhandlungsstärke. Man wird hier Grenzen zum Schutz von Individualansprüchen formulieren müssen.¹³³

Der Vorteil solcher Instrumente ist aber, dass mit ihrer Hilfe eine ganze Reihe von Akteurinnen und Akteure ermächtigt und in die Pflicht genommen werden kann. Denn die Erwerbstätigkeit von Frauen hat zwar zahlreiche Auswirkungen auf die symbolische Ordnung des Arbeitsrechts, d.h. auf dessen materielle Regelungen und Leitbilder gehabt. Nur

128 Vgl. Winter 1998, S. 286. Pfarr, Heide M., Die mittelbare Diskriminierung von Frauen im Erwerbsleben – Chancen eines neuen Rechtsinstituts, in: Ute Gerhard/Jutta Limbach (Hg.), Rechtsalltag von Frauen, Baden-Baden 1988, S. 33 ff prognostizierte auch Schwierigkeiten der Durchsetzung im Justizapparat.

129 Dieser Ansatz entspricht dem Partizipations-/Mainstreaming-Modell von McCrudden 1999, S. 295–312.

130 Zu möglichen Regelungsmodellen siehe Pfarr/Weber/Rust/Schiek/Laskowski/Kocher 2001; Pfarr, Heide M., Entgeltgleichheit in kollektiven Entgeltsystemen, Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, München 2004, S. 779–794; zu den Rechtsfragen von »pay equity plans« Kocher, KJ 2007.

131 Zur Bedeutung Wendeling-Schröder, Ulrike, Grund und Grenzen gemeinschaftsrechtlicher Diskriminierungsverbote im Zivil- und Arbeitsrecht, NZA 2004, S. 1320–1323.

132 Vgl. Baer/Berghahn 1996, S. 223 ff (S. 258 ff). Zum Begriff Kocher 2007, S. 81–83.

133 Vgl. Kocher, KJ 2007.

die Ermächtigung geeigneter Akteurinnen und Akteure bringt aber auch die Chance mit sich, durch Recht Wirkungen auf den Arbeitsmärkten zu erzielen und gegen die geschlechtshierarchische Spaltung anzugehen.

Die Organisation der Erwerbsarbeit

»gemeinsam neu gestalten« (2018)

Das Gutachten zum Zweiten Gleichstellungsbericht der Bundesregierung hatte schwerpunktmäßig eine Analyse der gesellschaftlichen Organisation von Sorge- und Erwerbsarbeit zum Gegenstand. Fazit: Da Gleichstellung und die Verhinderung von Nachteilen aufgrund des Geschlechts voraussetzt, dass es allen Menschen grundsätzlich möglich ist, sowohl Erwerbs- als auch informelle Sorgearbeit in ihrem Leben zu verbinden, fordert das Gutachten von Politik und Wirtschaft, solche »Erwerb-und-Sorge-Arrangements« besser zu ermöglichen.

Die Bundesregierung hat in der vergangenen Legislaturperiode zum zweiten Mal einen Bericht zur Gleichstellung von Frauen und Männern vorgelegt.¹ Grundlage war das Gutachten einer interdisziplinär breit aufgestellten Sachverständigenkommission von zwölf Personen (davon fünf Männer). Entsprechend ihres Auftrags konzentrieren sich Gutachten und Bericht auf Fragen der gleichstellungsorientierten Gestaltung von Erwerbs- und Sorgearbeit; das Gutachten empfiehlt aber eine Vertiefung der Fragen sexualisierter und geschlechtsbezogener Gewalt in zukünftigen Gleichstellungsberichten.

Unter Gleichstellung versteht das Gutachten eine gesellschaftliche Situation, in der die Verwirklichungschancen sowie die Chancen und Risiken im Lebensverlauf unabhängig vom Geschlecht verteilt sind. Wer mit wachen Augen durch die Welt geht, wird nicht überrascht sein zu erfahren, dass das Gutachten insofern gewaltige Defizite identifiziert. Es nennt aber auch geeignete Handlungsinstrumente, mit denen die Politik Gleichstellung befördern könnte.

Ein wichtiger Teil dieser Handlungsmöglichkeiten bezieht sich auf die Organisation der Erwerbsarbeit. Sowohl in der abhängigen wie in der selbstständigen Erwerbsarbeit finden sich bis heute hohe Barrieren der Gleichstellung, die strukturell überwiegend damit zusammenhängen, dass die Familien- und Sorgearbeit in der Erwerbsarbeit allenfalls als »Ausnahme« oder »Risiko« mitgedacht wird.

Dies geht an den Wünschen, der Rechtslage und der Realität der »Familien«, in denen Menschen ihre Leben miteinander solidarisch

1 Bundesregierung: Zweiter Gleichstellungsbericht. Erwerbs- und Sorgearbeit gemeinsam neu gestalten, mit Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drs. 18/12840. Der erste Bericht stammt von 2011: Bundesregierung: Neue Wege – Gleiche Chancen. Gleichstellung von Frauen und Männern im Lebensverlauf. Erster Gleichstellungsbericht. BT-Drucksache 17/6240. Rechtsgrundlage: Bundestagsbeschluss vom 6.3.2012, BT-Drs. 17/8879; Bundesratsbeschluss vom 23.9.2011, BR-Drs. 376/11.

verbinden,² vorbei: Denn in »linked lives«, in denen Menschen füreinander Verantwortung übernehmen, werden Entscheidungen in Übergangssituationen des Lebens nicht unabhängig voneinander getroffen. Solche Vereinbarungen über familiäre Arbeitsteilungen sind das Ergebnis komplexer Aushandlungsprozesse; Partnerinnen und Partner verhandeln Zeit und Ressourcen mal explizit, mal eher implizit. Dabei sind geschlechterhierarchische Traditionen der Rollenteilung heute sowohl rechtlich (§ 1356 Abs. 1 BGB) als auch gesellschaftlich hinterfragbar und damit entscheidungs offen. Wer sich heute für eine Partnerschaft und/oder für Kinder entscheidet, dem stehen mehr Möglichkeiten zur Verfügung als früheren Generationen – auch weil mehr Orientierungsmuster für familiäre Arbeitszeitarrangements existieren.

Die Aushandlungsprozesse in Partnerschaften finden aber in einem komplexen Wirkungsgewebe statt und sind deshalb nicht nur von persönlichen Präferenzen und Wertvorstellungen abhängig, sondern von einer Vielzahl weiterer Rahmenbedingungen auf gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Ebene. Einmal getroffene Arbeitsteilungen können dabei selbstverstärkend wirken: Da sich die Nachteile eines auch nur vorübergehenden Ausstiegs aus der Erwerbsarbeit oder einer länger andauernden Teilzeitbeschäftigung über den Lebensverlauf hinweg kaum kompensieren lassen, reduzieren sich die Entscheidungsspielräume der betroffenen Personen auf längere Sicht erheblich. Von großer Bedeutung für die erzielten Aushandlungsergebnisse sind auch ökonomische Effekte der Einübung und Gewöhnung, d.h. der Spezialisierung.³

Unter den zahlreichen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Rahmenbedingungen spielt die Organisation der Erwerbsarbeit also eine bedeutende Rolle. So wird die Nutzung von Elternzeit und Elterngeld durch Väter entscheidend von der Arbeitszeitflexibilität beeinflusst, die Betrieb oder Dienststelle ermöglichen.⁴ Wenn familienfreundliche Regelungen in

- 2 Unter »Familie« versteht das Gutachten alle privaten solidarischen Lebensgemeinschaften: Ehe und Eingetragene Lebenspartnerschaft nach dem Lebenspartnerschaftsgesetz (LPartG); nichteheliche Lebensgemeinschaften unabhängig von der sexuellen Orientierung; alle Lebensgemeinschaften mit Kindern (unter Einbeziehung von Stief-, Pflege- und Adoptivkindern); Regenbogen- und Patchworkfamilien; Wahlfamilien, in denen sich Menschen in selbst definierten Solidaritätsverbänden gegenseitig Beistand bei der Alltagsbewältigung leisten; siehe dazu BT-Drs. 18/12840, Anlage 1, S. 75 f; alle weiteren Angaben in diesem Text sind ebenfalls dem Bericht entnommen.
- 3 Zum Ganzen Boll, Christina, Die Arbeitsteilung im Paar – Theorien, Wirkungszusammenhänge, Einflussfaktoren und exemplarische empirische Evidenz. Expertise im Rahmen des Zweiten Gleichstellungsberichts der Bundesregierung, 2017, <http://www.gleichstellungsbericht.de/> (Abruf 16.2.2018).
- 4 Pfahl, Svenja/Reuyß, Stefan/Hobler, Dietmar/Weeber, Sonja (2014): Nachhaltige Effekte der Elterngeldnutzung durch Väter, 2014, <http://>

Betrieben auf traditionellen Geschlechterrollenbildern gründen und ihre Inanspruchnahme der beruflichen Karriere schadet, wirkt dies auf Familien als »Traditionalisierungsfälle« zurück.⁵

Aktuell deuten empirische Daten darauf hin, dass die gesellschaftliche Organisation von Sorge- und Erwerbsarbeit vor allem Alleinerziehende sowie Paare und Familien in Zweiverdiener-Arrangements überfordert. Nach wie vor arbeiten Frauen häufig kürzer und Männer häufig länger als gewollt.⁶ Das Gutachten fordert vor diesem Hintergrund von Politik und Wirtschaft, auch »Erwerb-und-Sorge-Arrangements« zu ermöglichen: Es sollte allen Menschen grundsätzlich möglich sein, sowohl Erwerbs- als auch informelle Sorgearbeit in ihrem Leben zu verbinden. Denn Aufgaben der Sorgearbeit lassen sich nicht vollständig über den Markt abdecken; sie bleiben mit Zeit- sowie Koordinationsbedarf verbunden. Außerdem möchten viele Menschen in Deutschland informelle Sorgearbeit selbst übernehmen; diese sollte zum Leben dazugehören können. Die 15- bis 25-jährigen Mädchen und jungen Frauen erwarten heute, dass sie nicht nur gleichberechtigt im Berufsleben tätig werden können, sondern auch, dass der Beruf das Private nicht vollständig dominiert; und über 80 % der Väter finden schon heute, dass sie nicht ausreichend Zeit mit den Kindern verbringen.

www.sowitra.de/wp-content/uploads/2016/01/projektbericht-elterngeld_v%C3%A4ter_2014-12-04_END.pdf (Abruf: 16.2.2018).

- 5 Bernhardt, Janine, NZFam 2015, S. 1085 ff; zum Begriff siehe Rüling, Anneli, Jenseits der Traditionalisierungsfällen: Wie Eltern sich Familien- und Erwerbsarbeit teilen, 2007.
- 6 Seifert, Hartmut/Holst, Elke/Matiaske, Wenzel/Tobsch, Verena, WSI-Mitt. 2016, S. 300 ff (303 f).

Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie

Eine prozedurale Betrachtung von Anpassungs- und Finanzierungsansprüchen für Übergangssituationen (2013)¹

Ein Wandel der Erwerbsarbeit spiegelt sich in der Regel auch in Veränderungen des Arbeits- und Sozialrechts wider. Für solche Anforderungen an das Recht sind unterschiedliche Leitkonzepte vorgeschlagen worden, insbesondere in Hinblick auf eine lebenslauforientierte Gestaltung des Rechts. Der vorliegende Beitrag knüpft an Konzepte für Ziehungsrechte und eine »Arbeits- oder Beschäftigungsversicherung« an und entwickelt zunächst den Vorschlag, die hiermit umrissenen Anforderungen an die Regulierung als »Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie« auf den juristischen Begriff zu bringen (dazu 1.).

Politische Gestaltung bedarf aber nicht nur solcher Leitbegriffe, sondern auch konkreter Ordnungsvorstellungen. Hierfür muss das subjektive Recht, das der Leitbegriff formuliert, in einer Reihe arbeits- und sozialrechtlicher Ansprüche konkretisiert werden. Am Beispiel der Errungenschaften und Lücken des geltenden Rechts wird deshalb aufgezeigt, dass in diesem Zusammenhang die Ansprüche auf betriebliche Anpassung und Konfliktlösung systematisch getrennt von den Ansprüchen auf Finanzierung zu behandeln sind (dazu unter 2.). Denn die beiden Gruppen von Ansprüchen unterscheiden sich insbesondere darin, in welchen Verfahren sie durchgesetzt und effektiv gemacht werden können. Die Rede über »Recht« muss deshalb immer mit der Rede über »Verfahren« verbunden werden. Der Beitrag vertritt insofern die These, dass das Recht auf eine selbstbestimmte

- 1 Der Beitrag ist Ergebnis des Projekts »SozRA« unter Leitung von Eva Kocher und Felix Welti, das von der Hans-Böckler-Stiftung gefördert wurde. Die Ergebnisse erscheinen im Nomos-Verlag (Kocher/Groskreutz/Nassibi/Paschke/Schulz/Welti/Wenckebach/Zimmer, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie. Arbeits- und sozialrechtliche Regulierung für Übergänge im Lebenslauf. Ein Beitrag zu einem Sozialen Recht der Arbeit, 2013). In Hinblick auf das »Recht auf Weiterbildung« wurden einige der hier diskutierten Überlegungen auch hier konkretisiert: Kocher/Welti, Wie lässt sich ein Anspruch auf Weiterbildung rechtlich gestalten? Rechtliche Instrumente im Arbeits- und Sozialrecht. Expertise für die Friedrich-Ebert-Stiftung 2013. Dank für die Diskussion gebührt Felix Welti, dem Projektteam und dem beratenden ExpertInnenkreis, namentlich Günter Schmid. Den anonymen Gutachterinnen/Gutachtern sei für konstruktives Feedback und Hinweise gedankt!

Erwerbsbiographie einer prozeduralen Ausgestaltung der dazu gehörenden Ansprüche bedarf. Nur die Verbindung entsprechender Ansprüche mit reflexiv wirkenden Verfahren vermag das Recht tatsächlich effektiv zu machen.

1. Arbeits- und Sozialrecht in einer Lebenslaufperspektive

Der Wandel der Erwerbsarbeit wird in den Sozialwissenschaften mit unterschiedlichen Begriffen erfasst. Doch unabhängig davon, ob wir es im Übergang vom Fordismus zum Postfordismus mit Entgrenzung, Subjektivierung, Prekarisierung und/oder Arbeitskraftunternehmertum zu tun haben: Es ist schon fast zu einem Gemeinplatz geworden, dass sich aus diesem Wandel grundsätzliche Herausforderungen für das Arbeits- und Sozialrecht und dessen normative Orientierungspunkte (»Normalarbeitsverhältnis«) ergeben.²

Insbesondere die Lebenslaufpolitik hat einige dieser Herausforderungen auf den Punkt zu bringen gesucht. Sie zielt auf der Grundlage der Lebenslaufforschung »gleichzeitig darauf [ab], ArbeitnehmerInnen bzw. BürgerInnen in die Lage zu versetzen, Erwerbsarbeit und andere sinnvolle Aktivitäten – wie Fürsorgearbeit – zu einem bestimmten Zeitpunkt zu synchronisieren sowie zugleich vielfältige Präferenzen und Entscheidungen über den Lebensverlauf zu verteilen (zu diachronisieren)«. ³ Eine Neubetrachtung des Arbeits- und Sozialrechts in einer Lebenslaufperspektive konzentriert sich auf Situationen der Diskontinuität als zentralen Schaltstellen für eine Neuorientierung des Rechts. Übergangssituationen der Erwerbsarbeit werden hierfür aus der Sicht des Lebenslaufs von Beschäftigten und damit reflexiv in Hinblick auf ihre Konsequenzen⁴

- 2 Siehe die Fragestellung des 68. Deutschen Juristentages 2010: »Abschied vom Normalarbeitsverhältnis«; zur Debatte Kocher/Welti, Autonomie und soziale Sicherheit. Anforderungen an arbeits- und sozialrechtliche Regulierung, WSI-Mitt. 2010, 299; genauer zu den Unterschieden zwischen einer empirischen und einer normativen Auffassung des Begriffs Pfarr, Soziale Sicherheit und Flexibilität: Brauchen wir ein »Neues Normalarbeitsverhältnis«?, WSI-Mitt. 2000, 279; zu den tatsächlichen Veränderungen siehe z.B. Schmid, Von der Arbeitslosen- zur Arbeitsversicherung, Leviathan 2012, 248, 250 ff.
- 3 Klammer, Flexibilität und Sicherheit im individuellen (Erwerbs-) Lebensverlauf. Zentrale Ergebnisse und politische Empfehlungen aus der Lebenslaufforschung der European Foundation, in: Naegele/Bertermann, Britta (Hrsg.), Soziale Lebenslaufpolitik, Wiesbaden 2010, S. 675.
- 4 Siehe zu diesem Begriff von »Reflexivität« Naegele, Einleitung, in: Naegele/Bertermann (Hrsg.) 2010 (Fn. 3). Zum Konzept des reflexiven Rechts, der sich auf andere Gegenstände der Reflexivität bezieht, siehe unten bei Fn. 50.

betrachtet. Gerade weil die tatsächliche Betroffenheit der Beschäftigten durch Diskontinuität und Destabilisierung sich je nach Qualifikation, Geschlecht, Alter und Herkunft stark unterscheidet,⁵ muss vom Recht erwartet werden können, dass Entscheidungsfreiheit und Selbstbestimmung in Übergängen bei Unsicherheit gewährleistet sind.

Auf der Suche nach neuen Gesamtkonzepten für die rechtliche Regulierung haben die Analysen des Supiot-Berichts großen Widerhall gefunden. Der Rechtswissenschaftler Alain Supiot war von der Europäischen Kommission mit der Leitung einer interdisziplinären komparativen Studie beauftragt, die konzeptionelle Grundlagen für die arbeits- und sozialrechtliche Regulierung der heutigen Europäischen Union entwickeln sollte. Er kam ebenfalls zum Ergebnis, dass Regulierungen zum sozialen Schutz den Umgang mit wachsender Unsicherheit ermöglichen und berücksichtigen müssten, dass Beschäftigte im Laufe ihres Erwerbslebens zunehmend mehrere Arbeitstätigkeiten in unterschiedlichen Beschäftigungsformen ausübten. Der Schutz dürfe deshalb nicht zu stark mit dem einzelnen Arbeits- und Beschäftigungsverhältnis verklammert bleiben, um über Unterbrechungen und Übergänge hinweg gleich wirksam bleiben zu können.⁶

1.1 Bürger- und Menschenrechte in der Erwerbsarbeit

Der Supiot-Bericht schlägt insbesondere vor, die Regulierungsvorschläge für die Erwerbsarbeit in vier Rechtskreisen zu systematisieren: Es seien Regeln zu finden für die abhängige Erwerbsarbeit im engeren Sinn, für die berufliche Arbeit, für die nicht-berufliche Arbeit sowie – im äußersten Kreis – für jegliche Tätigkeit unabhängig vom konkreten Beschäftigungsverhältnis.⁷ Spätestens im äußersten Kreis findet dieser Vorschlag Anschluss an Konzepte für fundamentale Grundrechte der Arbeit.⁸ Ins-

- 5 Siehe zum Beispiel Giesecke/Heisig Höheres Risiko für Geringqualifizierte. Wie sich die berufliche Mobilität in Deutschland verändert hat, 2010.
- 6 Supiot, *Beyond Employment. Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe*, Oxford 2001.
- 7 Supiot 2001 (Fn. 6), 50 ff; daran anschließend Europäisches Parlament, Entschließung vom 6. Juli 2010 zu atypischen Verträgen, gesicherten Berufslaufbahnen, Flexicurity und neuen Formen des sozialen Dialogs (2009/2220(INI)), Nr. 6 und 29; vgl. auch Freedland/Kountouris, *The Legal Characterization of Personal Work Relations and the Idea of Labour Law*, in: Davidov/Langille (Hrsg.), *The idea of labour law*, Oxford 2011, 190: »personal work profile«; zu den Gefahren einer »Überwindung« des Beschäftigungsverhältnisses Castel, *Die Krise der Arbeit. Neue Unsicherheiten und die Zukunft des Individuums*, Hamburg 2011, 106.
- 8 So auch z.B. Arthurs, *Labour Law After Labour*, in: Davidov/Langille (Hrsg.) 2011 (Fn. 7), 13; zur Menschenrechtsdebatte in Bezug auf Arbeitsrechte

besondere der Fähigkeiten-Ansatz («capabilities«)⁹ erscheint als geeigneter normativer Rahmen für ein solches Gesamtkonzept, wenn man die Aufgabe fundamentaler Rechte darin sieht, jedem Menschen eine Verwirklichung der eigenen Fähigkeiten und Wünsche zu ermöglichen – unter Berücksichtigung der tatsächlichen sozialen Bedingungen.¹⁰

Alain Supiot hat das Gesamtkonzept mit dem Begriff eines neuen »statut professionnel« umschrieben. Dieser Begriff wird häufig in der französischen Fassung zitiert, da selbst Supiots eigene Übersetzungsversuche unzulänglich erscheinen (»labour force membership status« in der englischen Fassung¹¹); auch die mögliche deutsche Übersetzung »Erwerbstätigenstatus« überzeugt nicht vollständig. Solche Übersetzungen leiden unter dem Ballast der mindestens impliziten Bezugnahmen auf die jeweiligen historisch geprägten institutionellen Arrangements und Rechtsordnungen. Es bedarf deshalb nicht nur einer begrifflichen Übersetzung, sondern auch einer auf den Pfad der konkreten Rechtsordnung bezogenen Re- und Ausformulierung. Aus der deutschen Debatte erscheint als Ausgangspunkt hierfür der Begriff des »Sozialen Rechts« interessant, der in der Rechtstheorie der Weimarer Republik mit dem Anspruch verbunden war, die realen Machtverhältnisse hinter der formalen Gleichheit der Rechtssubjekte in den Blick zu nehmen und normativ den »Menschen im Recht« in den Mittelpunkt zu stellen.¹²

siehe Fudge, *Comp.Lab.L.&PolicyJ.* 2007, 29; Kocher, *Solidarität und Menschenrechte – Zwei verschiedene Welten?*, in: Lindemann/Malaviya/Hanebeck/Hanschmann/Nickel/Tohidipur (Hrsg.), *Erzählungen vom Konstitutionalismus. Festschrift für Günter Frankenberg*, Baden-Baden 2012, 151.

- 9 Sen, *Die Idee der Gerechtigkeit*, München 2010; Nussbaum, *Menschenrechte und Fähigkeiten über Grenzen hinweg*, in: Richter (Hrsg.), *Transnationale Menschenrechte. Schritte zu einer weltweiten Verwirklichung der Menschenrechte*, Opladen u.a. 2008, 61.
- 10 Fudge, *The New Discourse of Labor Rights: From Social to Fundamental Rights?*, *Comp.Lab.L.&PolicyJ.* 2007, 29; Supiot, in: Deakin/Supiot (Hrsg.) 2009, 161; zur Bedeutung des »capabilities«-Ansatzes siehe auch Schmid, *Übergänge am Arbeitsmarkt. Arbeit, nicht nur Arbeitslosigkeit versichern*, Berlin 2011, 50 ff; Bonvin, *Individual working lives and collective action. An introduction to capability for work and capability for voice*, *Transfer* 2012, 9; Drouin, »Capacitas« and Capabilities in International Labour Law, in: in: Deakin/Supiot (Hrsg.), *Capacitas. Contract law and the institutional preconditions of a market economy*, Oxford 2009, 141.
- 11 Supiot 2001 (Fn. 6), 50 ff; für eine Rekonstruktion der französischen Debatte siehe auch Castel 2011 (Fn. 7), 100 f.
- 12 Eichenhofer, *Soziales Recht – Bemerkungen zur Begriffsgeschichte*, *SR* 2012, 76; Seifert, »Von der Person zum Menschen im Recht«. Zum Begriff des sozialen Rechts bei Hugo Sinzheimer, *SR* 2011, 62; aus der damaligen Zeit siehe vor allem Radbruch, *Der Mensch im Recht*, Göttingen 1957.

1.2 Ziehungsrechte für Zeit und Bildung

Die Notwendigkeit einer pfadangepassten Ausformulierung besteht auch für einen zentralen (Unter-)Begriff der Debatte, den Begriff der Ziehungsrechte (»social drawing rights«).¹³ Im Rahmen des von Supiot entwickelten Konzepts sollen solche Rechte einen Beitrag dazu leisten, über Unterbrechungen und Übergänge hinweg den Umgang mit wachsender Unsicherheit zu ermöglichen und Mobilität bzw. Flexibilität und Sicherheit für die Beschäftigten miteinander zu versöhnen.¹⁴ Der Begriff wird meistens einerseits im Zusammenhang mit Rechten und »Optionen« auf Zeit verwendet,¹⁵ andererseits im Zusammenhang mit dem Recht auf (lebenslange) Weiterbildung.¹⁶

Vergleichbare Grundanliegen finden sich in der europäischen Debatte um die Verbindung von Flexibilität und Sicherheit (»Flexicurity«) wieder, hier unter stärker arbeitsmarktpolitischen Vorzeichen. So war das arbeitsrechtliche Grünbuch der Europäischen Kommission, zu dessen Vorbereitung die Arbeiten von Supiot und anderen gedient hatten,¹⁷ zwar an seinem deregulierenden Impetus gescheitert. Seine konzeptionellen Anliegen wurden jedoch fortgesetzt und führten zur Entwicklung von Forderungen nach Integration destandardisierter Lebensläufe und »garantierten Optionalitäten« der Zeitsouveränität einschließlich gesicherter Zeiten ohne Erwerbsarbeit,¹⁸ nach Rechten auf lebenslanges Lernen sowie Arbeitsmarktübergängen und internen Flexibilitäten.¹⁹

13 Supiot 2001 (Fn. 6), 56 f.

14 Mückenberger, Ziehungsrechte. Ein zeitpolitischer Weg zur »Freiheit in der Arbeit«, WSI-Mitt. 2007, 195, 199; Castel 2011 (Fn. 7), 146.

15 Mückenberger, WSI-Mitt. 2007 (Fn. 14), 195, 196: »zeitbezogene Optionsrechte von Beschäftigten mit Blick auf die für ihre Lebenslagen und biographischen Verläufe spezifischen Zeitbedarfe« (dort auch zur Herkunft aus der internationalen Währungspolitik); Sachverständigenkommission Siebter Familienbericht: Familie zwischen Flexibilität und Verlässlichkeit – Perspektiven für eine lebenslaufbezogene Familienpolitik, BT-Drs. 16/1360, S. 266 ff: »Optionszeiten«.

16 Schmid 2011 (Fn. 10), 98 ff; Schmid, Leviathan 2012 (Fn. 2), 216 ff; vgl. auch Castel 2011 (Fn. 7), 102.

17 Europäische Kommission, Grünbuch »Ein modernes Arbeitsrecht für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts«, KOM(2006) 708 endg; für den Flexicurity-Begriff insbesondere Wilthagen/Tros, The concept of »flexicurity«: a new approach to regulating employment and labour markets, Transfer. European Review of Labour and Research 2004, 166.

18 Klammer, Flexicurity aus der Perspektive des Lebenslaufs, in: in: Kronauer/Linne (Hrsg.), Flexicurity. Die Suche nach Sicherheit in der Flexibilität, Berlin 2005, 249.

19 Europäische Kommission, Mitteilung vom 27.6.2007 »Gemeinsame Grundsätze für den Flexicurity-Ansatz herausarbeiten: Mehr und bessere

Der Begriff der Ziehungsrechte, der in diesen Zusammenhängen eine wichtige Umsetzungsidee darstellt, vereint zwei wichtige Aspekte:²⁰ Zum einen betont er die individuelle subjektive Freiheit in der Wahrnehmung z.B. von Auszeiten oder Weiterbildungsmöglichkeiten. Zum zweiten will er Klarheit hinsichtlich der zur Verfügung stehenden Ressourcen ermöglichen: Jeder und jede Beschäftigte soll danach aus einer individuell garantierten Reserve schöpfen können. Hierfür seien »accounts, credits, savings, vouchers« für erforderlich, die durch Staat, Sozialversicherung, Unternehmen, Verbände, Arbeitnehmer geschaffen werden könnten – abhängig vom Nutznießer der Ziehung.²¹

1.3 Kontenmodelle und das Problem der Sichtbarmachung von Verteilungsfragen

Als Rahmen für die Schaffung solcher »accounts, credits, savings, vouchers« in Form individuell garantierter Reserven sind insbesondere Kontenregelungen und Fonds vorgeschlagen worden.²² Solche Modelle verwirklichen beide Aspekte – individuelle Freiheit und garantierte Reserve –, da individuelle (begrenzte) Ressourcen garantiert werden, so dass Anträge und Wünsche keiner Prüfung auf Notwendigkeit und »Förderungswürdigkeit« mehr unterzogen werden müssen. Jede selbstbestimmte Entscheidung wird als legitim anerkannt und gefördert; es entstehen Anreize auch für riskante Entscheidungen.²³

Arbeitsplätze durch Flexibilität und Sicherheit«, KOM(2007) 359 endg.; siehe jetzt Europäische Kommission, Mitteilung vom 18.4.2012, »Einen arbeitsplatzintensiven Aufschwung gestalten«, KOM(2012) 173 endg.; Klammer, in: Kronauer/Linne (Hrsg.) 2005 (Fn. 16), 249; Blanke/Bleses, Flexicurity im Arbeits- und Sozialleistungsrecht, in: Kronauer/Linne (Hrsg.) 2005 (Fn. 16), 365.

20 Supiot 2001 (Fn. 6), 56.

21 Supiot 2001 (Fn. 6), 57; Mückenberger, WSI-Mitt. 2007 (Fn. 14), 200.

22 Siehe den Überblick bei Käpplinger/Kulmus/Haberzeth, Weiterbildungsbeilegung. Anforderungen für eine Beschäftigungs- und Arbeitsversicherung. Expertise für die Friedrich-Ebert-Stiftung 2013, 58 ff; Schmid 2011 (Fn. 10), 98 ff: »Persönliches Entwicklungskonto« (so auch Hipp, Weiter mit Weiterbildung! Von der Arbeitslosen- zur Beschäftigungsversicherung, WSI-Mitt. 2009, 362, 366 ff); Schmid, Leviathan 2012 (Fn. 2), 216 ff: »Individuelle Ziehungsrechte aus einem solidarischen Weiterbildungsfonds«; vgl. auch Expertenkommission Finanzierung Lebenslangen Lernens, Finanzierung Lebenslanges Lernen: Der Weg in die Zukunft, Berlin 2004, 188: »Bildungssparen«.

23 Schmid 2011 (Fn. 10), 99; 160 f auf der Basis einer verhaltenstheoretischen Analyse; siehe auch Sachverständigenkommission 2006 (Fn. 15), S. 267 ff mit einer geschlechterpolitischen Begründung.

Schon das Ziel, Menschen zu dem Zeitpunkt im Leben Ressourcen zur Verfügung zu stellen, zu dem sie diese benötigen,²⁴ kann dabei aber leicht verfehlt werden: In der »rush hour« des Lebens ist häufig noch nicht ausreichend angespart.²⁵ Es ist auch nicht auszuschließen, dass die Erkenntnis der »richtigen« Zeit- oder Bildungsnutzung individuell erst reift, nachdem das Recht bereits gezogen wurde. Die Ansparlogik wird in den vorliegenden Modellen zur Weiterbildung deshalb zu Recht eingeschränkt. Die Summe müsse nicht individuell angespart worden sein, und die Rechte sollen mehrfach und über die insgesamt anzuspärende Summe hinaus in Anspruch genommen werden können.²⁶

Ein weiteres Problem der Konten wirft die Frage nach der Gerechtigkeit in der Verteilung gesellschaftlicher Ressourcen auf: Wenn für jede Person dieselbe Summe bzw. Zeit zur Verfügung gestellt wird, kann nicht mehr nach unterschiedlichen Bedarfen differenziert werden (z.B. Bedarfe von Personen mit unzureichender oder verfallender Qualifikation, Personen mit einer Kumulation riskanter Übergänge oder einer Vielzahl von Sorgepflichten²⁷). Auch so werden (unsichtbare) Verteilungsentscheidungen getroffen. Zum Beispiel erfordert die »richtige« Entscheidung für die »richtige« Weiterbildung zum »richtigen« Zeitpunkt hohe Bildungskompetenz; bereits heute nehmen diejenigen Personen mit dem höchsten Bildungsbedarf am seltensten Weiterbildung in Anspruch.²⁸

Schränkt man die Ziehung aus einem Konto aber durch bedarfsorientierte Kriterien ein, befindet man sich auf dem Weg in ein Versicherungsmodell, das die Frage nach der richtigen Verteilung gesellschaftlicher Ressourcen anders löst als durch individuell garantierte Summen: Die Ressourcen würden dann nicht in der Höhe, sondern in der Sache begrenzt. Durch die Benennung konkreter Anspruchsvoraussetzungen müssen dann Kriterien für die finanzielle Förderungswürdigkeit von Auszeiten und/oder Weiterbildungsmaßnahmen gefunden werden, die einer sozialpolitisch gerechten Verteilung öffentlicher und gesellschaftlicher Ressourcen entsprechen.

Dies ist überall dort sachgerecht, wo der Staat (oder die Versicherungsgemeinschaft bzw. der mit öffentlichen Mitteln ausgestattete Fonds)

24 Schmid, *Leviathan* 2012 (Fn. 2), 263.

25 Mückenberger, *WSI-Mitt.* 2007 (Fn. 14), 198.

26 Schmid, *Leviathan* 2012 (Fn. 2), 263; vgl. auch Bosch, In *Qualifizierung investieren – ein Weiterbildungsfonds für Deutschland*, 2010, 39: »Beschäftigungslogik« statt Ansparlogik.

27 Welti/Kocher/Paschke/Nassibi/Wenckebach/Zimmer, *Den sozialstaatlichen Pfad wieder finden: Arbeit, nicht nur Arbeitslosigkeit versichern. Anmerkungen zu einem Vorschlag von Günther Schmid*, *Soziale Sicherheit* 2012, 184, 187.

28 Kruppe, *Organisation und Finanzierung von Qualifizierung und Weiterbildung im Lebensverlauf. Expertise für die Friedrich-Ebert-Stiftung*, Bonn 2013.

Ressourcen zur Verfügung stellt. Denn die öffentliche Hand sollte die finanziellen und sonstigen sozialen Risiken einer individuellen Entscheidung nur tragen, wo diese Entscheidung aus gesellschaftlicher Sicht sinnvoll und förderungswürdig erscheint. Unternehmen und Arbeitgeber wiederum sollten hingegen finanzielle Lasten dort tragen, wo sie die sozialpolitische Verantwortung tragen oder von den Vorteilen profitieren (wie insbesondere im Fall der betrieblichen Weiterbildung²⁹).

Die Entnahme bzw. die Inanspruchnahme der Ressourcen und die Einhaltung von Kriterien müssten dann allerdings durch (sozialversicherungsrechtliche, behördliche oder andere) Entscheidungsträger und durch rechtlich ausgestaltete Verfahren kontrolliert werden.

1.4 Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie (Art. 12 GG)

Eine Begrenzung von Leistungen durch Sachkriterien erscheint deshalb vorzugswürdig gegenüber einer bedingungslosen Ziehung. Diese Begrenzung bei gleichzeitiger Autonomie können Rechtsansprüche leisten. Das Ziel der Selbstbestimmung in sozialer Einbindung, das mit solchen Ansprüchen verfolgt werden sollte, lässt sich insofern für die deutsche Rechtsordnung im verfassungsrechtlichen Rahmen eines »Rechts auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie« ausformulieren.³⁰

Ein solches Recht ergibt sich im Grundsatz bereits aus dem Grundgesetz. Die Berufsfreiheit (Art. 12 GG) enthält Rechte auf berufliche Entwicklung und Weiterentwicklung auch für abhängig beschäftigte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.³¹ Darüber hinaus gewährleisten die Grundrechte auf Privat- und Familienleben eine angemessene Abstimmung der Erwerbsarbeit mit »privaten« Anliegen. Die Integration von behinderten und gesundheitlich eingeschränkten Menschen ins Erwerbsleben, die Vereinbarkeit von nichterwerbsmäßiger Sorgearbeit, Familie und Beruf sowie die berufliche Fort- und Weiterbildung sind durch spezielle Rechte auf Gleichbehandlung, Förderung, angemessene

29 Vgl. die Vorschläge für Handlungsanreize im Rahmen der Finanzierung (»levy-exemption-System«) Bosch 2010 (Fn. 26), 7f.

30 So auch der Titel des Buchs mit den Ergebnissen des Projekts SozRA (Kocher/Groskreutz/Nassibi/Paschke/Schulz/Welti/Wenckebach/Zimmer 2013 (Fn. 1)).

31 BVerfG 11.6.1958, BVerfGE 7, 377, 397; BVerfG 15.12.1987, BVerfGE 77, 308, Rz 98 (Weiterbildungsgesetze); BVerfG 25.1.2011, BVerfGE 128, 157 ff; Bryde, Artikel 12 Grundgesetz – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, NJW 1984, 2177; Schneider, Artikel 12 GG – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, VVdStRL 1985, 7.

ne Vorkkehrungen und Persönlichkeitsentwicklung verfassungsrechtlich abgesichert. Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie hat damit insbesondere zum Gegenstand, Entscheidungen und Lebensläufe, die von der sozialen Norm abweichen, rechtlich zu akzeptieren – und Übergangssituationen entsprechend rechtlich zu gestalten. Die Beschäftigten müssen in der Erwerbsarbeit selbst mit darüber entscheiden können, wie persönliche und organisatorische Konflikte gelöst werden, anstatt ohne Not Normalitätsvorstellungen und Normalisierungszwängen unterworfen zu werden.

Dieses Recht und die Überlegungen, die mit Ziehungsrechten meist verbunden sind, verfolgen also ähnliche Ziele. Der Begriff »Ziehungsrecht« stellt allerdings die Technik der Finanzierung von Ansprüchen in den Mittelpunkt und erschwert die Sichtbarmachung von Verteilungsentscheidungen, indem er Kontenmodelle nahe legt. Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie bezieht sich demgegenüber auf den verfassungsrechtlichen Kontext des deutschen Rechts, ist stärker normativ aufgeladen und benennt unmittelbar die geschützten Interessen an einer selbstbestimmten Erwerbsbiographie.

Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie regelt einen Ausschnitt aus dem Gesamtkomplex fundamentaler Rechte der Erwerbsarbeit und benennt die normative Zielsetzung, der eine lebenslauforientierte arbeits- und sozialrechtliche Regulierung zu folgen hätte. Es steht allerdings gleichzeitig für eine Begrenzung individueller Leistungen durch Sachkriterien, die von Rechts wegen demokratisch festzulegen wären – und deren Einhaltung durch Entscheidungsträger kontrolliert werden müsste. Für diese Entscheidungen bedarf es rechtlich gestalteter Verfahren. Soll die erforderliche Selbstbestimmung nicht an dieser Stelle verloren gehen, bedarf es der Gestaltung fairer Verfahren, die Konflikte angemessen zu lösen in der Lage sein müssten. Man kann über Recht nicht reden, ohne gleichzeitig Verfahren zu betrachten.

In Bezug auf das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie geht es dabei um Verfahren auf mindestens zwei Ebenen, denn zur Verwirklichung des Rechts bedarf es unterschiedlicher Ansprüche auf der betrieblichen Ebene (gegen Arbeitgeber) und auf der Ebene der Behörden (gegen den Staat bzw. Sozialversicherungsträger). Welche Ansprüche hier mit welchen Verfahren für betriebliche Konflikte und Finanzierungsfragen verbunden werden könnten, soll im Folgenden skizziert werden.

2. Ansprüche zur Verwirklichung des Rechts auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie

2.1 Subjektive Rechte und Ansprüche

Geht es um die Umsetzung und Verwirklichung von Rechten in konkrete Regelungen, so bedarf es einer Ausdifferenzierung in einzelnen Ansprüchen. So ist z.B. die Verwirklichung von Rechten auf Zeit oder Weiterbildung auf eine ganze Reihe von Ressourcen angewiesen: Zeit; Finanzierung des Einkommensersatzes bzw. der Kosten des Lebensunterhalts; Finanzierung von Dienstleistungen wie der Qualifizierungsmaßnahme oder Finanzierung einer Anpassung des Arbeitsplatzes; Finanzierung sekundärer Risiken wie Krankheit oder Alterssicherung/Rente³². Für all diese Ressourcen kommen jeweils unterschiedliche Verteilungsentscheidungen und Entscheidungsverfahren und damit unterschiedliche Ansprüche in Betracht.

In der Rechtstheorie wird insofern zwischen »subjektivem Recht« und »Anspruch« unterschieden. Während das subjektive Recht den rechtlichen Schutz eines bestimmten Interesses (hier: der selbstbestimmten Erwerbsbiographie) bezeichnet, handelt es sich beim Anspruch um ein Forderungsrecht (§ 194 BGB), d.h. um die konkrete einklagbare Forderung gegen eine andere (juristische oder natürliche) Einzelperson (hier: den Anspruch auf Arbeitszeitreduzierung gegen den Arbeitgeber oder den Anspruch auf Finanzierung des Lebensunterhalts gegen die Sozialversicherung). Jedes subjektive Recht bedarf zu seiner Verwirklichung der Benennung von Ansprüchen gegen bestimmte Institutionen und Personen.

2.2 Das geltende Recht

Das subjektive Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie kann also nur durch konkrete Einzelansprüche gegen Arbeitgeber und Sozialversicherungsträger oder andere Institutionen rechtlich wirksam werden. Die hierfür erforderlichen zahlreichen konkreten Ansprüche in unterschiedlichen Kontexten können an dieser Stelle nicht im Einzelnen dargestellt werden. Auch die geltende Rechtslage ist komplex, disparat und in einem ständigen Wandel begriffen. Die Verbindung von Mobilitätssituationen mit Rechten »ist kein Patentzept, sondern eher eine

32 Nur auf diesen letzten Aspekt bezieht sich das Optionszeitenmodell des Siebten Familienberichts der Bundesregierung, siehe Sachverständigenkommission 2006 (Fn. 15), S. 266 ff.

Baustelle. «³³ Zur Veranschaulichung sollen im Folgenden exemplarisch einige wesentliche Elemente herausgegriffen werden, für die es bereits Regelungen im geltenden Recht gibt. Es handelt sich dabei um Rechte auf Anpassung des Erwerbsarbeitsverhältnisses an die individuellen lebenslaufbezogenen Erfordernisse (2.2.1–2.2.2), insbesondere Rechte auf Zeitsouveränität und Weiterbildung sowie um die Finanzierung solcher Übergänge (2.2.3.).

2.2.1 *Das Recht auf individuelle Anpassung*

Für die individuelle Anpassung im Betrieb gibt es nach geltendem Recht³⁴ in bestimmten Fällen gesetzliche Ansprüche auf erwerbsarbeitsfreie Zeit zu dem jeweils erforderlichen Zeitpunkt (z.B. bei der Schwangerschaft (§§ 3 ff MuSchG), bei Elternzeit (§§ 15 ff BEEG), Pflegezeit (§§ 2 ff PflZG) oder bei Krankheit (§ 275 BGB)³⁵). Darüber hinaus existieren Rechtsgrundlagen für die Reduzierung der Arbeitszeit (während der Elternzeit nach BEEG, während einer Pflegezeit nach dem PflegeZG,³⁶ als allgemeiner »Teilzeitananspruch« in § 8 Teilzeit- und Befristungsgesetz) sowie für den Wechsel von der Nachtarbeit auf einen Tagesarbeitsplatz bei Betreuung von Kindern oder gesundheitlichen Problemen (§ 6 Abs. 4 Arbeitszeitgesetz (ArbZG)), § 81 Abs. 5 Satz 3 des Neunten Buchs des Sozialgesetzbuchs (SGB IX) [seit 2018 § 164 Abs. 5 Satz 3 SGB IX] enthält einen Anpassungsanspruch auf variable Gestaltung der Arbeitszeiten für Schwerbehinderte.³⁷ Aus allgemeinen zivil- und arbeitsrechtlichen Vorschriften lassen sich darüber hinaus weiter gehende Ansprüche auf Anpassung entnehmen. So können sich Rechte der Beschäftigten auf entsprechende Anpassungsmaßnahmen sowohl aus der »Fürsorge«-Pflicht des Arbeitgebers nach § 618 BGB ergeben als auch aus den (verfassungsrechtlichen) Grenzen des Weisungsrechts nach § 106 der Gewerbeordnung (GewO) oder der Arbeitgeberpflicht zur Prävention von

33 Castel 2011 (Fn. 7), 213.

34 Siehe auch zu vergleichbaren Entwicklungen im Recht des Vereinigten Königreichs und im US-amerikanischen Recht Durkalski, Fixing Economic Flexibilization. A Role for Flexible Work Laws in the Workplace Policy Agenda, Berkeley Journal of Employment and Labor Law 2009, 381, 385 ff.

35 Das Entgeltfortzahlungsgesetz (EntgeltFZG) regelt die Frage des Entgelts in dieser Zeit.

36 Das Familienpflegezeitgesetz (FamPflZG) enthält lediglich Rechte auf Förderung entsprechender Arbeitszeitkonten, jedoch keine eigenständigen Anpassungsansprüche.

37 Bzw. für alle behinderten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (genauer Nassibi, Die Durchsetzung der Ansprüche auf Schaffung behinderungsge-rechter Arbeitsbedingungen, NZA 2012, 720, 721).

Diskriminierung (§ 12 Abs. 1 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)). Bei einer sachgerechten Auslegung der meisten Arbeitsverträge dürften in aller Regel auch arbeitsrechtliche Ansprüche auf Freistellung für die betriebsnotwendige Weiterbildung herzuleiten sein (soweit dies angesichts des allgemeinen Teilzeitanpruchs noch erforderlich erscheint).³⁸

Arbeitsrechtliche Anpassungsansprüche zur Verwirklichung des Rechts auf selbstbestimmte Erwerbsbiographien müssen deshalb nicht neu erfunden werden. Ein allgemeiner Anpassungsanspruch wäre aber gesetzlich transparent zu regeln; die bestehenden Ansprüche könnten dann systematisch in Hinblick auf dieses Recht begriffen und entsprechend verbessert werden. So fehlt es aktuell z.B. an explizit und transparent geregelten Ansprüchen auf befristete Teilzeit oder auf Vollzeit.³⁹

2.2.2 »Übergangsmangement«: *Reflexive Rechte im betrieblichen Konflikt*

Die erwähnten Rechtsansprüche sehen allerdings häufig vor, dass der Arbeitgeber dem Anpassungswunsch des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin »betriebliche Gründe«, »dringende betriebliche/dienstliche Belange« oder »Unzumutbarkeit« entgegen setzen kann. »Betriebliche Gründe« in diesem Sinne liegen (nur) vor, wenn sie sich zwingend aus der Arbeitsorganisation oder dem Arbeitsablauf ergeben oder sich aus unverhältnismäßigen Kosten des Arbeitgebers begründen lassen (vgl. § 8 Abs. 4 TzBfG). Betriebliche Gründe können sich auch aus der Unvereinbarkeit mit den legitimen Zeitinteressen anderer Beschäftigter ergeben.⁴⁰

Die Begrenzung von Anpassungsansprüchen durch solche Einwände ist in der Sache durchaus sinnvoll. Schließlich sind in der Belegschaft oft widersprechende Zeitprioritäten gegeneinander abzuwägen und mit der betrieblichen Organisation abzustimmen.⁴¹ Hier liegen notwendige Grenzen der individuellen Selbstbestimmung, die sich aus der kollektiven und betrieblichen Einbindung der Erwerbsarbeit ergeben.

38 Käufer, Weiterbildung im Arbeitsverhältnis, Baden-Baden 2002; Kocher/Welti 2013 (Fn. 1), 17 ff; siehe auch Natzel, Unwissenheit ist freiwilliges Unglück. Qualifizierung als Herausforderung beider Arbeitsvertragsparteien, BB 2010, 697, 700 ff; zur Finanzierung siehe unten 2.2.3.

39 Ausführlich Kocher/Groskreutz/Nassibi/Paschke/Schulz/Welti/Wenckeback/Zimmer 2013 (Fn. 1), 162 f. [Siehe aber § 9a TzBfG, der seit 2019 ein Recht auf eine zeitlich begrenzte Verringerung der Arbeitszeit (»Brückenteilzeit«) vorsieht.]

40 Kocher, Gestaltungs- und Verhandlungsrechte von Beschäftigten, WSI-Mitt. 2007, 434.

41 Vgl. auch Mückenberger, WSI-Mitt. 2007 (Fn. 14), 195, 198.

Da es sich bei den Einwänden im Rahmen von Rechtsansprüchen um rechtliche Einwände handelt, ist gerichtlich zumindest teilweise überprüfbar, ob die geltend gemachten betrieblichen Interessen tatsächlich vorliegen.⁴² Insofern gewährleistet die Rechtsform größere Rechtssicherheit und Rechtsmacht im Konflikt, als wenn die Abstimmung der Interessen allein der beiderseitigen Willkür überlassen bliebe. Dennoch lässt der Vorbehalt der betrieblichen Interessen Entscheidungsspielräume.⁴³ »Wir müssen zwischen der Unbedingtheit des Rechts und den Bedingungen seiner Verwirklichung unterscheiden«⁴⁴: Das zentrale Problem bei den betrieblichen Anpassungsansprüchen ist heute nicht mehr die Gewährung eines unbedingten Anspruchs als solchem; die zentrale Frage ist, wie dieser im betrieblichen Konflikt effektiv gemacht werden kann.

Der deutsche Gesetzgeber gibt immerhin einige Hinweise darauf, wie er sich dies vorstellen könnte. Denn wir finden im geltenden Recht zunehmend Regelungen über Organisationspflichten der Arbeitgeber (§ 12 AGG) oder – im Rahmen von Arbeitszeitreduzierungsansprüchen – Erfordernisse individueller »Verhandlungen« (§ 8 Abs. 3 TzBfG, § 15 Abs. 5 Satz 2 BEEG).⁴⁵ Bei der behindertengerechten Gestaltung von Arbeitsbedingungen schreibt § 84 Abs. 2 SGB IX [seit 2018 § 167 Abs. 2 SGB IX] mit dem Betrieblichen Eingliederungsmanagement (BEM) ein interessantes Verfahren vor, in dem unter Beteiligung aller betrieblichen Interessenvertretungen sowie mit Hilfe der zuständigen Sozialversicherungsträger ein »offener Suchprozess« und Dialog gestartet werden muss, sobald eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer Arbeitsunfähigkeitszeiten von mindestens sechs Wochen innerhalb eines Jahres aufweist.⁴⁶ In Hinblick auf die Weiterbildung schreibt § 81 Abs. 4 Satz 2 des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG) dem Arbeitgeber vor, mit dem Arbeitnehmer zu erörtern, »wie dessen berufliche Kenntnisse und Fähigkeiten im Rahmen der betrieblichen Möglichkeiten den künftigen Anforderungen angepasst werden können«, sobald feststeht, dass aufgrund betrieblicher Veränderungen eine solche Anpassung erforderlich wird. Ein systematisches Verfahrensmodell lässt sich zwar noch nicht erkennen. Auch gibt es kaum empirische Daten über die Verwirklichung dieser Verhandlungsverfahren. Allerdings geben die vorliegenden Daten Hinweise darauf, dass eine Einbindung der Interessenvertretungen und externer Akteure, wie sie beim BEM praktiziert wird, größere Effektivität verspricht als

42 Zu den Grenzen der gerichtlichen Überprüfung einer »unternehmerischen Entscheidung« ausführlich Kocher, WSI-Mitt. 2007 (Fn. 40), 434.

43 Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 16.12.2008, Az. 9 AZR 893/072008.

44 Castel 2011 (Fn. 7), 213.

45 Siehe dazu schon Kocher, WSI-Mitt. 2007 (Fn. 40), 434.

46 Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 10.12.2009, Az. 2 AZR 198/09; Kohte, Das betriebliche Eingliederungsmanagement – Ein doppelter Suchprozess, WSI-Mitt. 2010, 374.

lediglich individuelle Verhandlungen zwischen Arbeitgeber/in und Arbeitnehmer/in.⁴⁷

Insbesondere die betriebliche Mitbestimmung ist für die tatsächliche Verwirklichung solcher Verfahren von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Ohne effektive Rechte der Interessenvertretungen können die Beschäftigten in individuellen Verhandlungen wenig ausrichten. Nur die regelmäßige Einbeziehung der betrieblichen Interessenvertretungen kann auch Lernprozesse in den Betriebsräten und in der Belegschaft fördern und zur Auseinandersetzung mit den Gerechtigkeitsfragen veränderter Normalitäten und veränderter privater Interessen beitragen. Das geltende Recht sieht bislang eine systematische Beteiligung von Betriebsräten allerdings nur für den Fall vor, dass ein Arbeitgeber selbst regelhafte Verfahren zur Behandlung individueller Ansprüche innerbetrieblich institutionalisiert; das Mitbestimmungsrecht (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG) bezieht sich in diesen Fällen auf die Ausgestaltung solcher Verfahren.⁴⁸

Zur Bearbeitung der mit individuellen Anpassungswünschen verbundenen Abstimmungsfragen bietet es sich insgesamt einerseits an, nach den bislang verstreuten Vorbildern des geltenden Rechts, insbesondere nach dem Vorbild des BEM, weitere Verfahren des »betrieblichen Übergangmanagements« vorzusehen, in denen die Pflicht zur Einleitung »offener Suchprozesse« zu bestimmten Eingreifzeitpunkten vorgesehen wird, z.B. nach längeren Auszeiten (insbesondere bei der Rückkehr aus der Elternzeit⁴⁹) oder nach längerer unterwertiger Beschäftigung. Ein gesetzliches »betriebliches Qualifizierungsmanagement« in Anknüpfung an der Erörterungspflicht des § 81 Abs. 4 Satz 2 BetrVG könnte sich an tariflichen Vorbildern orientieren, die überbetriebliche Agenturen und Beratungseinrichtungen in die Rechtsdurchsetzung

47 Zum BEM siehe z.B. Niehaus/Vater, Aktueller Stand der Umsetzung des betrieblichen Eingliederungsmanagements, in: Badura/Schröder/Klose (Hrsg.), Fehlzeiten-Report 2010. Vielfalt managen: Gesundheit fördern — Potenziale nutzen: Zahlen, Daten, Analysen aus allen Branchen der Wirtschaft, Berlin 2010, 189; zu den entsprechenden Daten aus der WSI-Betriebsräte-Sonderbefragung 2011 siehe Kocher/Groskreutz/Nassibi/Paschke/Schulz/Welti/Wenckebach/Zimmer 2013 (Fn. 1), 134 ff.

48 Zum Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG bei der Einrichtung von Beschwerdestellen nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (§ 13 AGG) siehe Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 21.7.2009, Az. 1 ABR 42/08; zur Verallgemeinerung siehe Kocher/Groskreutz/Nassibi/Paschke/Schulz/Welti/Wenckebach/Zimmer 2013 (Fn. 1), 308 f.

49 Zu den Anforderungen des europäischen Rechts insofern siehe z.B. Kohte, Return to work – Europäische Impulse und deutsche Handlungsmöglichkeiten in: Hohmann-Dennhardt/Körner/Zimmer (Hrsg.), Geschlechtergerechtigkeit: Festschrift für Heide Pfarr, Baden-Baden 2010, 489.

einbinden.⁵⁰ Die Betriebsräte wären jeweils generell in die individuellen Verhandlungen bei Anpassungsansprüchen einzubeziehen (hierfür müssten insbesondere Mitbestimmungsrechte über den »Regelungsspielraum« der »betrieblichen Interessen« vorgesehen werden).⁵¹

Solche Verfahren konfrontieren die betrieblichen Logiken und Interessen sowohl mit individuellen als auch mit kollektiven Arbeitnehmerinteressen. Dadurch wird der jeweilige Anspruch zu einem »reflexiven«⁵² Recht.

2.2.3 Finanzierung von Anpassungen

Wenn das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie effektiv werden soll, bedarf es neben den allgemeinen Anpassungsansprüchen für Übergänge und den dazugehörigen Verfahrensvorschriften eines zweiten Bündels von Ansprüchen, die Fragen der Finanzierung regeln. Die Problematik der Finanzierung von Anpassungsrechten lässt sich an dieser Stelle leider nicht ansatzweise in der notwendigen Differenziertheit darstellen. U.a. ist hier zwischen unterschiedlichen Kosten (Lebensunterhalt, sekundäre soziale Risiken,⁵³ Kosten der Übergangsmaßnahme selbst) zu unterscheiden; die Kostentragung ist auch zwischen möglichen Finanzierungsträgern angemessen aufzuteilen. Eine wenige Beispiele sollen aber zeigen, in welchen Bereichen hier Regelungen zu treffen sind und welche Probleme das geltende Recht aufweist.

So gibt es zwar für die Elternzeit eine aus Steuermitteln finanzierte Entgeltersatzleistung (§ 2 BEEG), für Pflegesituationen existiert hingegen keine an die pflegende Person adressierte Leistung. In Situationen einer gesundheitlich bedingten Reduzierung der Arbeitszeit steht eine Teilsicherung nur sehr eingeschränkt zur Verfügung, es fehlt an Kongruenz

- 50 Siehe auch Schmid, *Leviathan* 2012 (Fn. 2), 263 zur möglichen Einbindung kommunaler Ämter für Ausbildungsförderung.
- 51 Zum Vorbild des § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG siehe schon Kocher, *WSI-Mitt.* 2007 (Fn. 40), 434; zum geltenden Recht am Beispiel der Arbeitszeit Paschke, *Zeitsouveränität* durch Anpassung der Arbeitszeitlage an die persönlichen Bedürfnisse. Individuelle Zeitansprüche und kollektive Mitbestimmung, *AuR* 2012, 11; genauer zum Ganzen Kocher/Groskreutz/Nassibi/Paschke/Schulz/Welti/Wenckebach/Zimmer 2013 (Fn. 1), 307 f.
- 52 Zu diesem Begriff grundlegend Teubner/Willke, *Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht*, *ZfRSoz* 1984, 4; siehe auch Kocher, *Effektive Mobilisierung von Beschäftigtenrechten. Das Arbeitsrecht in der betrieblichen Praxis*, Düsseldorf 2009, 8; 34 ff.
- 53 So bezieht sich wohl das Optionszeitenmodell des Siebten Familienberichts der Bundesregierung allein auf die Finanzierung des Alterssicherungsrisikos (Sachverständigenkommission 2006 (Fn. 15), S. 266 ff).

zum Recht der (Teil-)Erwerbsminderungsrente. Die Kosten in diesen und anderen Übergangssituationen sind so je nach Situation und Kontext teils von der Sozialversicherung, teils vom Staat, teils vom Arbeitgeber und teils von den Beschäftigten selbst zu tragen.⁵⁴

In den letzten Jahren ist insbesondere die Frage der Finanzierung von Weiterbildung lebhaft diskutiert worden.⁵⁵ Auch hier zeigt sich die Breite und Differenziertheit der Regelungsnotwendigkeiten. Aktuell bestehen für die Finanzierung von Weiterbildungsrechten arbeitsrechtliche Ansprüche in Hinblick auf die betriebsnotwendige Weiterbildung, die sich nicht nur auf Freistellung, sondern auch auf Finanzierung des Lebensunterhalts, sekundärer sozialer Sicherung sowie der Maßnahme selbst durch den Arbeitgeber beziehen.⁵⁶ Weitere Ansprüche auf Finanzierung von Qualifizierungsmaßnahmen sowie von Entgeltersatz durch die Sozialversicherung sind in §§ 81 ff SGB III geregelt; sie erfassen unter bestimmten Voraussetzungen bereits heute die Förderung der individuellen Beschäftigungsfähigkeit.

Die Erfahrungen mit der Finanzierung durch die Agenturen für Arbeit und insbesondere mit den dortigen Entscheidungsverfahren sind jedoch nicht durchweg positiv, weder in Hinblick auf individuelle Bedürfnisse noch in Hinblick auf arbeitsmarktpolitische Anforderungen. Dies dürfte eine wichtige Motivation für die Suche nach Regelungsmodellen sein, die stärker die Entscheidungsfreiheit des einzelnen betonen. Die Vorschläge für eine Beschäftigungs- bzw. Arbeitsversicherung schlagen insofern eine Verallgemeinerung der sozialversicherungsrechtlichen Unterstützung jedenfalls hinsichtlich der Förderung (und des Erhalts) der individuellen Beschäftigungsfähigkeit vor.⁵⁷

2.3 Zur methodischen Trennung der Ansprüche auf Anpassung und auf Finanzierung

Vorliegend wird also eine Trennung zwischen den Ansprüchen auf Zeit oder sonstige arbeitsrechtliche Anpassung (die sich gegen den

54 Zum Ganzen Kocher/Groskreutz/Nassibi/Paschke/Schulz/Welti/Wenckenbach/Zimmer 2013 (Fn. 1), 314 ff.

55 Siehe z.B. Expertenkommission Finanzierung Lebenslangen Lernens 2004 (Fn. 22); Bosch 2010 (Fn. 26), 40 f; Schmid 2011 (Fn. 10); Kruppe 2013 (Fn. 28).

56 Käufer 2002 (Fn. 38); Natzel, BB 2010 (Fn. 38), 700 f; Kocher/Welti 2013 (Fn. 1), 19 ff; vgl. SPD-Regierungsprogramm 2013–2017, S. 23.

57 Schmid, Leviathan 2012 (Fn. 2), 248; Hipp, WSI-Mitt. 2009 (Fn. 22), 366 f; Hammer/Rosemann, Finanzierungspotenziale bei der Weiterentwicklung der gesetzlichen Arbeitslosenversicherung zur Arbeitsversicherung.

Arbeitgeber richten müssen) und den Ansprüchen auf Finanzierung von Kosten und sozialen Risiken (für die unterschiedliche Finanzierungssträger in Betracht kommen) vorgeschlagen. Diese Trennung erscheint sinnvoll, um differenzierte Regelungen treffen zu können. Was das im Einzelnen bedeuten kann, soll im Folgenden beispielhaft gezeigt werden.

2.3.1 Unterschiedliche Voraussetzungen für Anpassung und Finanzierung

So ist es zunächst keineswegs erforderlich, etwa als Voraussetzung der Wahrnehmung eines sozialversicherungsrechtlichen Anspruchs auf Finanzierung eine Abstimmung mit der Betriebsleitung vorzusehen. Zwar können Ansprüche auf finanzielle Unterstützung nur effektiv werden, wenn es flankierende Ansprüche auf Anpassung (z.B. der Arbeitszeit) gibt, die gegen den Arbeitgeber gerichtet werden müssen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Anspruchsvoraussetzungen miteinander verknüpft werden müssen. Die Trennung ermöglicht es, für die Anpassungsansprüche ein systematisches und rechtlich eingebundenes Verfahren vorzusehen, in das die Sozialversicherung eingebunden sein kann⁵⁸ – ohne dass gleichzeitig die Finanzierung von den Bedingungen des betrieblichen Konflikts abhängig gemacht werden muss.

Umgekehrt sind Anpassungsansprüche nicht notwendig von einer bestimmten Finanzierung abhängig: Warum sollte ein Arbeitgeber nicht in jedem Fall Anpassungen im Rahmen des betrieblich Möglichen gewährleisten müssen, auch wo er nicht gleichzeitig für die finanziellen Risiken solcher Entscheidungen aufkommen muss? Anders als Ansprüche auf Finanzierung aus Mitteln Dritter muss die Anpassung im Betrieb keineswegs von der betrieblichen oder gesellschaftlichen Nützlichkeit abhängig gemacht werden. So sollte die Freiheit, ein Sabbatjahr für den Bau eines Hauses oder eine Weltreise zu nehmen, als allein privatnützige Entscheidung privat durch die Beschäftigten finanziert werden müssen; dies schließt aber nicht aus, dass der- oder diejenige im betrieblichen Konflikt durch einen Zeitanpassungsanspruch unterstützt wird.

Basisstudie. Expertise für die Friedrich-Ebert-Stiftung 2012; Käßlinger/Kulmus/Haberzeth 2013 (Fn. 22); siehe auch SPD-Regierungsprogramm 2013–2017, S. 23. Hinsichtlich der »Verwirklichung beruflicher Ziele« ist die Forderung des SPD-Regierungsprogramms nach »Unterstützung« durch die Arbeitsversicherung wohl nicht als Finanzierungsvorschlag in Bezug auf Entgelt und sonstige Kosten zu verstehen; möglicherweise ist dies als Gegenstand zu unterstützender tariflicher Weiterbildungsfonds gemeint (ebda. S. 49).

58 Was insbesondere in Hinblick auf die erforderliche Beratung sinnvoll sein kann (vgl. Schmid, Leviathan 2012 (Fn. 2), 248, 263).

Betriebliche Ansprüche auf Zeit müssen auch nicht auf eine fest vorgegebene konkrete Zeitspanne begrenzt werden, wie es aktuell bei der Eltern- und Pflegezeit der Fall ist.⁵⁹ Schließlich sind die möglichen Konflikte hier von anderer Art als bei Fragen der Finanzierung: Hier besteht das Problem nicht in der Ressourcenknappheit, sondern in der Konkurrenz und dem Konflikt von Zeitzutzungswünschen. Zur Lösung solcher Konflikte innerhalb der Belegschaft sowie in der betrieblichen Organisation bedarf es vorrangig der Festschreibung zwingender Verfahren unter Beteiligung wirkmächtiger Akteurinnen und Akteure.⁶⁰ Die Benennung konkreter Zeitspannen kann eine Hilfestellung für die Verwirklichung eines Mindestrechts sein, ist darüber hinaus aber nur erforderlich, wo es um die Finanzierung durch Mittel Dritter oder die soziale Sicherung geht.

2.3.2 Weitergehend: Trennung von Finanzierungsanspruch und Bereitstellung der Ressourcen

Für die Ausgestaltung von Finanzierungsansprüchen kann eine weitere Unterscheidung zwischen Finanzierungsansprüchen und der Bereitstellung von Ressourcen nützlich sein. Denn Rechtsansprüche haben gegenüber Ziehungsrechten und Fonds zwar den Vorteil, dass sie Verteilungsentscheidungen transparent machen können.⁶¹ Auf der anderen Seite besteht die Gefahr, dass die rechtsgebundenen Entscheidungsverfahren dysfunktional wirken, wenn die Entscheidungsträger/innen Zielkonflikten und Ressourcenbeschränkungen unterliegen, die nichts mit den rechtlichen Vorgaben zu tun haben und deshalb die Selbstbestimmung stärker einschränken als rechtlich zulässig oder erforderlich. So dürfte z.B. für die Mängel bei der Durchsetzung der geltenden arbeitsförderungsrechtlichen Ansprüche auf Weiterbildungsfinanzierung auch die Tatsache verantwortlich sein, dass aktuell die Weiterbildungsförderung durch die Agenturen für Arbeit einer »Vermittlungslogik« folgt.⁶²

Hier bieten die Modelle für »accounts, credits, savings, vouchers«, wie sie im Zusammenhang mit Konten- und Fondsmodellen entwickelt wurden, interessante Anregungen. So könnten die notwendigen Ressourcen zumindest verwaltungsintern in Form von individuellen »Konten« berechnet und zur Verfügung gestellt werden. Dies wäre Grundlage eines alternativen Modells für die Steuerung und das Management der Weiterbildungsförderung – ohne dass solche Konten notwendig den Rechtsanspruch der Betroffenen begründen oder begrenzen müssten.

59 § 15 BEEG; §§ 2–4 PflZG.

60 Genauer dazu oben 2.2.2.

61 Siehe dazu oben 1.3. und 1.4.

62 Bosch 2010 (Fn. 26), 9; 40.

Eine ähnliche Funktion können tarifliche oder andere überbetriebliche »Fonds« erfüllen, wenn es um die Finanzierung von Ansprüchen gegen Arbeitgeber geht. Die Vorteile solcher Fonds liegen nicht nur in der möglichen Dezentralisierung der Steuerung, sondern auch in der kollektiven und überbetrieblichen Refinanzierung von Lasten der Unternehmen. In der deutschen Tarifpolitik gibt es seit den 1990er Jahren bereits Weiterbildungsfonds der Tarifparteien⁶³; der Betriebliche Demografiefonds nach dem »Tarifvertrag Lebensarbeitszeit und Demografie« der Chemieindustrie aus dem Jahre 2008 kann z.B. für unterschiedliche Auszeiten genutzt werden. Einen gesetzlichen Rahmen für eine überbetriebliche Verteilung der Arbeitgeberlasten für Auszeiten von Beschäftigten bietet bereits heute das Aufwendungsausgleichsgesetz (AAG) – allerdings eng beschränkt auf die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und den Mutterschutz. Solche Instrumente erleichtern die Finanzierung von Anpassungen durch die Arbeitgeber, ohne dass sie gleichzeitig die Ansprüche der Betroffenen begründen oder begrenzen.

2.3.3 *Anpassung und Finanzierung am Beispiel von Zeitwertkonten*

Trennt man so einerseits die Ansprüche auf Anpassung und auf Finanzierung sowie andererseits die Finanzierungsansprüche von der Ressourcenbereitstellung, wird auch die mögliche Funktion betrieblicher Langzeit(wert)konten im Kontext eines Rechts auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie deutlich.

Diese Konten können zunächst die Anpassung von Arbeitszeiten erleichtern. Dies kann durch vertragliche Rechtsansprüche geschehen, die in den Kontenvereinbarungen festzuschreiben wären. Darüber hinaus schafft die Institutionalisierung von Zeitwertkonten faktisch Gelegenheitsstrukturen auch für die Verwirklichung gesetzlicher Zeitanpassungsansprüche im Betrieb: Wo es solche Konten gibt, ist Flexibilität in der betrieblichen Arbeitszeitorganisation mitgedacht, so dass die Geltendmachung entsprechender Rechtsansprüche nicht so schnell auf unüberwindbare arbeitsorganisatorische Barrieren stößt.⁶⁴

Die Hauptfunktion der Konten liegt aus rechtlicher Sicht allerdings darin, dass sie in einer Übergangssituation der Finanzierung des Lebensunterhalts und der sekundären sozialen Risiken dienen können. Die Konten ermöglichen den Beschäftigten das Bruttosparen und damit eine eigene (private) Finanzierung von Anpassungszeiten. Sie verteilen die

63 Bosh 2010 (Fn. 26), 19ff.

64 Vgl. Wotschack/Scheier/Schulte-Braucks/Solga, Zeit für Lebenslanges Lernen. Neue Ansätze der betrieblichen Arbeitszeit- und Qualifizierungspolitik, WSI-Mitt. 2011, 541.

Finanzierungskosten jedoch zu Lasten der Beschäftigten und sollten deshalb von Gesetzes wegen nur für solche Fälle als Finanzierungsinstrumente vorgesehen werden, in denen die Anpassung allein persönlich-privaten Interessen der Betroffenen dient. Als Instrumente zur Finanzierung von Anpassungen, die im betrieblichen oder gesellschaftlichen Interesse liegen (z.B. gesellschaftlich notwendige/legitime Sorgearbeit, gesundheitsbedingte Leistungseinschränkungen), sind sie ungeeignet.⁶⁵ Für solche Situationen erscheint eine unmittelbare Leistungsgewährung aus Steuer- oder Sozialversicherungsmitteln effektiver und zielgenauer. Diese kann auch besser einen sozialen Ausgleich gewährleisten. Dementsprechend sollte die Finanzierung der Freistellung für Angehörigenpflege auch nicht der privaten Finanzierung durch Zeitwertkonten überantwortet werden, wie es durch das Familienpflegezeitgesetz (FamPflZG) von 2012 geschieht.

3. Zusammenfassung und Ergebnisse

Das Konzept der Ziehungsrechte hat wichtige Impulse für die Entwicklung neuer Normalitätsannahmen für das Arbeits- und Sozialrecht gesetzt; es soll insbesondere eine lebenslauforientierte Gestaltung des Rechts ermöglichen. Das »Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie« kann als ein Versuch gelesen werden, dieses Konzept vor dem Hintergrund einer allgemeinen bürgerrechtlichen Betrachtung der Erwerbsarbeit pfadgemäß für die deutsche Rechtsordnung auszuformulieren. Ein Verdienst solcher übergreifender Konzepte besteht darin, dass sie über die zahlreich bestehenden Einzelregelungen und Beschäftigungsformen hinweg die Chance einer zusammenfassenden Betrachtung unabhängig von Erwerbs- und Beschäftigungsformen eröffnen.⁶⁶ Sie erinnern daran, dass unterschiedliche Rechtsbereiche und Ansprüche der Verwirklichung desselben rechtlich geschützten Interesses dienen können. Entsprechend verbindet das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie Anforderungen an Unternehmen, Sozialversicherung und den Staat konzeptionell miteinander.

Der vorliegende Beitrag sollte aufzeigen, welche Folgen sich ergeben, wenn man das subjektive Recht als Bündel unterschiedlicher Ansprüche begreift, bei deren Regelung jeweils unterschiedliche

65 Zumal die Eignung von Zeitwertkonten für eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie auch dadurch begrenzt wird, dass auf solchen Konten eine Vielzahl von Zeitverwendungswünschen lasten (Seifert/Kümmerling/Riedmann, Langzeitkonten – überschätzte Erwartungen einer biografieorientierten Zeitpolitik?, WSI-Mitt. 2013, 133; vgl. auch Zapf/Herzog-Stein, Betriebliche Einsatzmuster von Arbeitszeitkonten während der Großen Rezession, WSI-Mitt. 2011, 60 zur Nutzung für die Beschäftigungssicherung).

66 Mückenberger, WSI-Mitt. 2007 (Fn. 14), 195, 196.

Verteilungsentscheidungen zu treffen und unterschiedliche Verfahren in Betracht zu ziehen sind. So kann auch der »Gegensatz zwischen der Genauigkeit und empirisch sorgfältig fundierten Subtilität des Supiot-Berichts und der relativen Unbestimmtheit«⁶⁷ aufgelöst werden.

Zu unterscheiden sind dabei insbesondere Anpassungsansprüche, die sich gegen den Arbeitgeber richten und die im geltenden Recht bereits grundsätzlich anerkannt sind, von Finanzierungsansprüchen, die sich gegen unterschiedliche Träger und Vermögensmassen richten können und die im geltenden Recht noch nicht nach einer erkennbaren Systematik auf das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie ausgerichtet sind.

Die Vorteile einer solchen Unterscheidung bestehen einerseits darin, dass differenzierte Anspruchsvoraussetzungen und damit Verteilungsentscheidungen diskutiert werden können. Andererseits können die Ansprüche mit unterschiedlichen Verfahren verbunden werden. Der Beitrag vertritt insofern die These, dass das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie einer prozeduralen Ausgestaltung bedarf. Nur die Verbindung entsprechender Ansprüche mit reflexiv wirkenden Verfahren vermag das Recht tatsächlich effektiv zu machen. Bei dieser Betrachtung von Recht als »Verfahren« offenbart sich eine weitere innere Logik der Unterscheidung zwischen arbeitsrechtlichen Ansprüchen für betriebliche Konflikte und den (meist sozialversicherungsrechtlichen) Finanzierungsansprüchen: Beide Gebiete beziehen sich auf unterschiedliche Akteurinnen und Akteure, unterschiedliche Ressourcen und somit unterschiedliche Konflikte. Um effektiv wirken zu können, bedarf jedes Recht und jeder Anspruch eigener effektiver Verfahren der Implementation und Mobilisierung.⁶⁸

Im Einzelnen wird für Verfahren zur Durchsetzung von Anpassungsansprüchen eine prozedurale Regelung von »betrieblichen Übergangsmagements« vorgeschlagen, die betriebliche Interessenvertretungen genau wie externe Akteure (insbesondere aus den Sozialversicherungen) einbezieht. Für die Geltendmachung von Finanzierungsansprüchen wiederum wird eine Trennung des Anspruchs von den Ressourcenzuweisungen vorgeschlagen, die verhindern kann, dass die Durchsetzung von Rechtsansprüchen an sach- (und meist auch rechts-)widrigen Zielkonflikten und Ressourcenbeschränkungen scheitert.

In vielen sozialwissenschaftlichen Debatten wird das Recht nur als äußeres Orientierungssystem und feststehendes Regelwerk betrachtet. Für die Rechtswissenschaften ist das Recht jedoch vor allem ein umkämpftes Entscheidungssystem für Konflikte. Der vorliegende Text soll einen sozialwissenschaftlichen Blick auf diese Funktionsbedingungen des Rechts anregen.

67 So Castel 2011 (Fn. 7), 102 in Bezug auf die Frage der Finanzierung.

68 Zu diesem Begriff Blankenburg, Mobilisierung von Recht, *ZfRSoz* 1980, 33; für das Arbeitsrecht Kocher 2009 (Fn. 52).

Der rechtliche Rahmen der 24-Stunden-Pflege in Deutschland (2019)

Am 12. November 2018 jährte sich ein wichtiges Ereignis im deutschen Recht: An diesem Tag des Jahres 1918 erließ der Rat der Volksbeauftragten einen »Aufruf an das deutsche Volk«, der die Gesindeordnungen außer Kraft setzte¹ – und zwar endgültig, denn der Aufruf wurde durch ein Gesetz der verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung vom 4.3.1919 bestätigt.² Damit war ein wichtiger Schritt zur Gleichstellung von Hausangestellten mit anderen Arbeitnehmer*innen getan. Denn zuvor war die Arbeit von Hausangestellten außerhalb des allgemeinen Arbeitsrechts in Gesindeordnungen geregelt – »feudale Ruinen«, in denen die Rechtsverhältnisse des Gesindes als Mitglieder einer »häuslichen Gesellschaft« und damit teils ähnlich wie im Familienrecht modelliert waren.³ Als das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) Ende des 19. Jahrhunderts im Reichstag und seinen Ausschüssen verhandelt wurde, war es eins der wichtigsten Anliegen der damaligen Sozialdemokratischen Partei gewesen, diese Sonderregelungen abzuschaffen. Dies gelang mit der Revolution von 1918.

Seither gibt es im deutschen Recht kaum noch Sonderregelungen für die Erwerbsarbeit in Privathaushalten. Dies erleichterte es der Bundesrepublik Deutschland erheblich, das Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) über menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte (Domestic Workers Convention 2011, C-189) zu ratifizieren. Bereits bevor die Europäische Union ihre Mitgliedstaaten zur Ratifikation ermächtigte,⁴ hatte Deutschland 2013 mit Unterstützung aller

1 RGBl. 1918, Nr. 153, 1303.

2 RGBl. 1919, Nr. 55, 285f.

3 Vormbaum, Thomas, Politik und Gesinderecht im 19. Jahrhundert (vorn. in Preußen 1810–1918). Berlin 1979, S. 116, S. 146; Scheiwe, Kirsten/Schwach, Verena, »Decent work for domestic workers« – das Übereinkommen 189 der Internationalen Arbeitsorganisation, Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (ZIAS) 2012, S. 317–349, S. 328; genauer auch Vormbaum, Thomas, Gesinderecht und Politik im 19. Jahrhundert. In: Scheiwe, Kirsten/Krawietz, Johanna (Hg.): (K)Eine Arbeit wie jede andere? Die Regulierung von Arbeit im Privathaushalt, 2014, S. 23–40, S. 32, S. 35 ff.; Meder, Stephan, Stephan, 2014: Gesinderecht als Familienrecht: »Versorgung gegen Gehorsam« statt »Lohn gegen Arbeit«, ebda., S. 41–59.

4 Beschluss des Rates 2014/51/EU vom 28. Januar 2014 zur Ermächtigung der Mitgliedstaaten, das Übereinkommen über menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte der Internationalen Arbeitsorganisation von 2011

politischen Parteien als neunter Staat weltweit und als zweiter europäischer Staat⁵ das Abkommen als geltendes deutsches Recht akzeptiert; im September 2014 wurde es wirksam.⁶

Ein wichtiges Argument für die Ratifikation war die Einschätzung, dass das deutsche Arbeitsrecht bereits weitgehend konform mit dem Übereinkommen sei.⁷ Darüber hinaus war man jedoch nicht bereit, sich mit den besonderen Herausforderungen von Erwerbsarbeit in Haushalten zu beschäftigen, insbesondere der 24-h-Betreuung in Privathaushalten.

Vor dem Hintergrund dieses Übereinkommens (1.) werden deshalb im Folgenden die rechtlichen Gestaltungsformen für die 24-h-Betreuung dargestellt (2.) und die damit einhergehenden Rechts- und Anwendungsfragen identifiziert (3.). Angesichts der sich hieraus ergebenden Probleme der Transparenz und der Rechtsdurchsetzung werden abschließend Regelungsoptionen dargestellt, die diesen Problemen begegnen und darüber hinaus Grundlage einer Architektur von Anreizmechanismen für gute/bessere Arbeit bei Hausangestelltentätigkeit sein könnten (4.).

1. Übereinkommen 189 der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) über menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte

a) Die doppelte Zielrichtung: Gleichbehandlung und besondere Regeln

Die Verabschiedung des Übereinkommens 189 im Jahre 2011 durch die Arbeitskonferenz der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) war ein großer Erfolg der transnationalen Bewegung von Hausarbeiterinnen.

(Übereinkommen Nr. 189) im Interesse der Europäischen Union zu ratifizieren, ABl. L 32 vom 1.2.2014, 32.

- 5 Zum Zeitpunkt der Erstveröffentlichung hatten nur sechs Mitgliedstaaten der EU ratifiziert; im Jahre 2024 sind es 9 (Belgien, Finnland, Deutschland, Irland, Italien, Malta, Portugal, Spanien (Inkrafttreten 29.2.2024), Schweden).
- 6 Ausführlich zur Ratifikation: Trebilcock, Anne, Challenges in Germany's Implementation of the ILO Decent Work for Domestic Workers Convention, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations (IJCLLIR)* 34 (2018), S. 149–176, S. 152
- 7 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales, BT-Drucks. 17/13303, S. 2; vgl. Kocher, Eva, Hausangestellte im deutschen Arbeitsrecht: Ratifikation der ILO-Konvention 189, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)* 2013, S. 929–934.

Seit den 1930ern wurde inner- und außerhalb der ILO an diesem Thema gearbeitet, angestoßen und vorangetrieben durch Hausarbeiterinnen und ihre Organisationen, zuletzt vor allem der »International Domestic Workers Federation«, die aus einer Kooperation von Gewerkschaften und NGOs entstand.⁸

Im Rahmen der ILO war dieses Übereinkommen ein Baustein der Fokussierung auf informale Arbeit, die vor allem in Ländern des Südens große Teile der Arbeitsmärkte bestimmt.⁹ Ein wichtiges Vorbild war das südafrikanische Recht – das Recht eines Landes, in dem 8,7% der Bevölkerung in diesem Sektor arbeitet.¹⁰

Das Übereinkommen betont zunächst vor allem die Notwendigkeit der »Normalisierung« dieser Art der Arbeit; Hausangestellten sollen die gleichen Rechte wie anderen Arbeitnehmer*innen zustehen. Daneben soll es aber auch gegen die besonderen Gefahren von Misshandlungen, Belästigungen und Gewalt schützen, die sich aus der Privatheit des Haushalts und der damit einhergehenden Unsichtbarkeit dieser Arbeit ergeben.¹¹ Weitere besondere Gefahren für die Privatsphäre und den Schutz der Freizeit bestehen, wenn Hausangestellte in dem Haushalt leben, in dem sie arbeiten (»live-in«). Darüber hinaus werden in einer Reihe von weiteren Sondervorschriften die spezifischen Gefährdungslagen berücksichtigt, die sich aus der Tatsache ergeben, dass die Arbeit oft von Migrantinnen geleistet wird, die rassistischer Diskriminierung begegnen.¹²

- 8 Scheiwe/Schwach ZIAS 2012 (Fn. 3), S. 317; Blackett, Adelle, Introduction; Regulating Decent Work for Domestic Workers, *Canadian Journal of Women and the Law*, 23 (2011), S. 1–46; Bonner, Chris/Horn, Cat/Jhabvala, Renana, Informal Women Workers open ILO doors through transnational organizing 1980s–2010s, in: Boris, Eileen/Hoehltker, Dorothea/ Zimmermann, Susan (Hrsg.), *Women's ILO – Transnational Networks, Global Labour Standards and Gender Equity, 1919 to Present*, Genf, 2018, S. 176–200; Scheiwe, Kirsten Kirsten/Artner, Lucia, International Networking in the Interwar Years: Gertrud Hanna, Alice Salomon and Erna Magnus, ebda., S. 75–96, S. 92; Pape, Karin, ILO Convention C189 – a good start for the protection of domestic workers: An insider's view, *Progress in Development Studies* 16 (2016), S. 189–202.
- 9 ILO, *Effective Protection for Domestic Workers: A Guide to Designing Labour Laws*, Genf 2012; Bonner u.a. 2018 (Fn. 8).
- 10 Blackett, Adelle, Exploited, Undervalued – Domestic Workers and the Realisation of their Rights, *Law & Society Review* 49 (2015), S. 801–804; vgl. du Troit, Darcy (Hrsg.), *Exploited, Undervalued – and Essential: Domestic Workers and the Realisation of their Rights*, Pretoria, 2013.
- 11 Anderson, Bridget, *Doing the Dirty Work? The Global Politics of Domestic Labour*, London 2000, S. 135 ff.; vgl. Boni, Guido, *The 189th ILO Convention: a new era for domestic workers?*, *Transfer* 17 (2011), S. 581–584.
- 12 Vgl. Blackett 2015 (Fn. 10); Rodgers, Lisa, *Race Discrimination and Migrant Domestic Workers. A Legal Loophole*, *International Labor Rights Case Law* 3 (2017), S. 116–120.

Dabei enthält die Konvention eine Reihe von Öffnungsklauseln für die ratifizierenden Staaten. Vor allem in Hinblick auf Arbeitszeit, Arbeitsschutz und soziale Sicherung erlaubt sie die »gebührende Berücksichtigung« der »Besonderheiten der Hausarbeit«. Teilweise wird dies als Übergangsproblem definiert; in diesen Fällen wird von den ratifizierenden Staaten eine schrittweise Anpassung an den Grundsatz der Gleichbehandlung erwartet. Hier können sich gefährliche Einfallstore öffnen. Denn in den meisten Mitgliedstaaten der ILO wird die Arbeit in Privathaushalten im Vergleich zu sonstiger abhängiger Beschäftigung in vielen rechtlichen Hinsichten noch als Erwerbsarbeit zweiter Klasse behandelt.¹³

b) Die Bedeutung der ILO-Konvention für Deutschland

Das Abkommen gilt für alle »Hausangestellten«, d.h. alle Personen, die im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses hauswirtschaftliche Arbeit verrichten. Art. 1 des Übereinkommens verwendet hierfür einen weiten Begriff der »hauswirtschaftlichen Arbeit« (domestic work). Entscheidend ist dabei allein der Arbeitsort »Haushalt«. Das Abkommen gilt also für Tätigkeiten der Haushaltsführung im engeren Sinn (einkaufen, kochen, reinigen, aufräumen), aber auch für haushaltsnahe Dienstleistungen wie Gartenarbeiten, Fahrdienste oder die Tätigkeit von Hauslehrer*innen oder »Diener*innen«. Auch pflegerische Tätigkeiten oder Aufgaben der Betreuung von Kindern, älteren oder behinderten Personen fallen darunter.

Dabei ergeben sich für unterschiedliche sozio-ökonomische Systeme und Rechtsordnungen spezifische Umsetzungsprobleme und -schwerpunkte. In west- und mitteleuropäischen Industriestaaten kommen typische Haushaltsführungstätigkeiten vergleichsweise selten in »live-in«-Verhältnissen vor; das heißt aber nicht, dass die damit verbundenen Gewaltverhältnisse nicht auch hier schon beobachtet worden wären. Die Misshandlung einer indonesischen Hausangestellten in einem saudi-arabischen Diplomatenhaushalt in Berlin war vor einigen Jahren vor den deutschen Arbeitsgerichten.¹⁴ Angesichts des engen Zusammenhangs dieser Rechtsverhältnisse zu »Menschenhandel«, illegalem Aufenthalt und den damit zusammenhängenden prekären und diskriminierenden Verhältnissen,¹⁵ stellen sich weitreichende Fragen des

13 Vgl. Scheiwe/Schwach ZIAS 2012 (Fn. 3), S. 322.

14 Siehe BAG, NZA 2013, 343, das nach der zeitlichen Beendigung der Immunität des Beklagten zurückverwiesen hat. Im anschließenden Vergleich (ArbG Berlin 36 Ca 3627/11) verpflichtete sich der Arbeitgeber zur Zahlung von 35.000 Euro.

15 Für UK: Mantouvalou, Virginia, Human Rights for Precarious Workers: The Legislative Precariousness of Domestic Labor, Comparative Labor Law and

Zusammenhangs von Migrationsregimes und Rechtsdurchsetzungssystemen.¹⁶

Was die Zahl der Fälle angeht, so steht für die Anwendung der Konvention in Deutschland eine Fallgruppe im Vordergrund, die auch komplexe materiellrechtliche Fragen aufwirft: Viele Live-In-Hausangestellte werden durch Agenturen als Beschäftigte oder Auftragnehmerinnen ausländischer Partnerunternehmen in deutsche Privathaushalte entsandt oder als Selbständige vermittelt. Dabei sind sowohl ausländische als auch deutsche »Vermittlungsagenturen« involviert.¹⁷

Für die vertragliche Gestaltung, insbesondere die Frage, wer Vertragspartner*in der Hausangestellten wird, lassen sich auf der Grundlage von Barbara Buchers Unterscheidung¹⁸ fünf Modelle unterscheiden:

- Die Hausangestellte ist vertraglich direkt an den Haushalt gebunden, dessen Mitglieder ihre Vertragspartner*innen in einem selbstständigen Dienstvertrag werden.
- Die Hausangestellte ist durch einen Arbeitsvertrag direkt an Mitglieder des Haushalts gebunden.
- Die Agentur selbst verpflichtet sich zur Übernahme der Dienstleistung; die Pflegekraft erfüllt in ihrer Funktion als Arbeitnehmer*in die vertraglichen Pflichten der Agentur gegenüber dem Haushalt.
- Für den Fall, dass es sich um eine Agentur aus dem Ausland handelt, die eine Arbeitgeberstellung übernimmt, handelt es sich dann um Arbeitnehmerentsendung.
- Die Tätigkeit einer Hausangestellten als Arbeitnehmerin der Agentur kann auch in Form der Arbeitnehmerüberlassung (»Leiharbeit«) vertraglich organisiert werden. Agentur und Haushaltsmitglieder sind dann Verleiher*in bzw. Entleiher*in, die Hausangestellte ist Leiharbeitnehmer*in.

Policy Journal 34 (2012), S. 133 ff; vgl. FRA (European Agency for Fundamental Rights), *Migrants in an Irregular Situation Employed in Domestic Work: Fundamental Rights Challenges for the European Union and its Member States*, Luxemburg, 2011; Triandafyllidou, Anna (Hrsg.), *Irregular Migrant Domestic Workers in Europe: Who Cares?*, Aldershot 2013.

16 Vgl. Fischer-Lescano, Andreas/Kocher, Eva/Nassibi, Ghazaleh (Hrsg.), *Arbeit in der Illegalität. Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere*, Frankfurt/Main 2012.

17 Zweiter Gleichstellungsbericht der Bundesregierung, Erwerbs- und Sorgearbeit gemeinsam neu gestalten, mit Stellungnahme der Bundesregierung. BT-Drucks. 18/12840, S. 171 ff.

18 Bucher, Barbara, *Rechtliche Ausgestaltungen der 24-h-Betreuung durch ausländische Pflegekräfte in deutschen Privathaushalten. Eine kritische Analyse*, Baden-Baden 2018.

Agenturen bieten häufig mehrere, einige sogar alle dieser Gestaltungsformen an. Zahlen dazu, welcher Vertragstypus empirisch am häufigsten angewendet wird, liegen derzeit nicht vor. Einige Hinweise auf die Nutzung geben aber die Verbraucherinformationen, die Barbara Bucher ausgewertet hat.¹⁹ Danach wird den Haushalten von dem Selbstständigmodell wegen des Risikos der »Scheinselbstständigkeit« (s.u.) abgeraten. Auch vor der Arbeitnehmerüberlassung werde (wegen der Gefahr, dass die Agentur hierfür keine Erlaubnis habe) häufig gewarnt. Das Entsendemodell scheint in der Beratungspraxis als das für die Haushalte am einfachsten handhabbare und rechtlich unbedenklich einzustufende Modell behandelt zu werden.²⁰

2. Rechtsfragen: Klassifizierung und Rechtsfolgen

a) Selbstständigkeit oder Scheinselbstständigkeit

Für die Rechtsstellung der Betroffenen ist es von entscheidender Bedeutung, ob überhaupt ein Arbeitsverhältnis vorliegt – unabhängig davon, wer im konkreten Fall die Arbeitgeberpflichten übernommen hat. Auch für die Anwendung der ILO-Hausangestelltenkonvention kommt es nicht darauf an, ob die Tätigkeit im Privathaushalt des Arbeitgebers oder im Privathaushalt einer dritten Person ausgeübt wird; sie erfasst auch Tätigkeiten für Dienstleister im Haushalt (insbesondere Wohnungsbereinigungsunternehmen oder ambulante Pflegedienste).²¹ Das ILO-Abkommen setzt allerdings voraus, dass der*die Hausangestellte in einem Arbeitsverhältnis tätig wird, d.h. dass es eine*n Arbeitgeber*in gibt, der*die rechtliche Pflichten übernimmt. Ähnliches gilt nach deutschem Recht für fast alle arbeits- und sozialrechtlichen Ansprüche und Rechte.

Bei der Frage, ob und wie ein Pflegearrangement tatsächlich als Selbstständigmodell ausgestaltet sein kann, bestehen erhebliche rechtliche Unsicherheiten. Denn für die Frage, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt, ist nicht die Benennung im Vertrag entscheidend, sondern die wirtschaftliche Ausgestaltung, also die Frage, ob nach dem Gesamteindruck, den die Durchführung des Vertrags macht, persönliche Abhängigkeit,

19 Bucher 2018 (Fn. 18).

20 Frings, Dorothee, Die Entwicklung haushaltsnaher Dienstleistungen im Kontext der begrenzten Arbeitnehmerfreizügigkeit für Neu-Unionsbürgerinnen, in: Scheiwe, Kirsten/ Krawietz, Johanna (Hrsg.), Transnationale Sorgearbeit – Rechtliche Rahmenbedingungen und gesellschaftliche Praxis. Wiesbaden, 2010, S. 57–80, S. 67.

21 So auch Scheiwe/Schwach ZIAS 2012 (Fn. 3), S. 330.

Fremdbestimmung bzw. Weisungsrechte und Einbindung in die Organisation des Unternehmens bestehen (§ 611a BGB).²²

Bei der Auseinandersetzung mit der bisherigen Rechtsprechung wird in Rechtsprechung und Teilen der Literatur immer wieder die Behauptung des Bundessozialgerichts (BSG) wiederholt, häusliche 24-h-Pflege könne grundsätzlich »sowohl als Beschäftigung als auch im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses« ausgeübt werden.²³ Viele Agenturen tragen diese Entscheidung des BSG aus dem Jahre 2011 mit großem Nachdruck vor sich her. Entscheidend sei das »Gesamtbild der Arbeitsleistung«; danach unterlagen die damaligen Familienbetreuer*innen nach Meinung des BSG »keiner arbeitnertypischen Leistungspflicht, weil sich für sie bei ihrer Tätigkeit für einen Arbeitnehmer uncharakteristische Handlungsspielräume ergaben« – und dies, obwohl die Agentur durch Qualifizierung, Qualitätskontrolle und Dokumentationspflichten die Tätigkeit nach engen eigenen Vorgaben einband. Es muss deshalb trotz der vorliegenden Urteile höchst zweifelhaft bleiben, ob sich solche Pflegearrangements tatsächlich in persönlicher Unabhängigkeit und ohne Fremdbestimmung durch die Agenturen ausgestalten lassen, ob also das Selbstständigenmodell rechtlich tragfähig ist.²⁴

b) Entsendung und Arbeitnehmerüberlassung

Solche Rechtsunsicherheiten und Probleme werden vermieden, wenn die Agenturen selbst die Arbeitgeberstellung übernehmen – entweder als Dienstleister, im Entsendemodell oder im Überlassungsmodell.

Beim Entsendemodell bestehen offene Fragen allenfalls im Hinblick darauf, welches Arbeitsrecht anzuwenden ist; hinsichtlich der Zuordnung zum System der sozialen Sicherheit kann mit Hilfe der A1-Bescheinigung²⁵ eine gewisse Rechtssicherheit erreicht werden. In Bezug auf das Arbeitsrecht kommt es nach Art. 8 Abs. 2–4 der Rom I-Verordnung (EG) 593/2008 jedoch darauf an, wo der »gewöhnliche Arbeitsort« der Betreuerinnen liegt – werden sie ausschließlich für Tätigkeiten in Deutschland angestellt, so zieht dies die Anwendung deutschen Arbeitsrechts nach sich.

22 Kocher NZA 2013 (Fn. 7).

23 BSG, 28.9.2011 – B 12 R 17/09 R; vgl. auch BAG, 11.8.2015 – 9 AZR 98/14 (Todesrad).

24 Bucher 2018 (Fn. 18).

25 Darin bescheinigt der zuständige Sozialversicherungsträger, welches Sozialsystem in der EU für einen Versicherten zuständig ist (Art. 19 Abs. 2 VO 987/2009 iVm VO 883/2004).

Beim Arbeitnehmerüberlassungsmodell ist hingegen das Erfordernis der Verleiherlaubnis zu beachten (§ 1 Abs. 1 S. 1 AÜG). Fehlt diese, so kommt es zu einem Arbeitsverhältnis zwischen Betreuten und Pflegekraft, es sei denn, die Pflegekraft gibt form- und fristgerecht eine Festhaltungserklärung bei der zuständigen Agentur für Arbeit ab (§ 9 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, 3, § 10 Abs. 1 AÜG).

3. Konkrete Anwendungsfragen in Deutschland

Sowohl bei Arbeitgeberstellung der Haushalte, als auch bei Arbeitgeberstellung der Agenturen ergeben sich rechtliche Folgeprobleme, die mit den Grenzen arbeitsrechtlich zulässiger Gestaltungen zu tun haben. Zentrale Probleme liegen in der Vereinbarkeit mit dem Arbeitszeitrecht. Dieser Aspekt ist es auch, für den das ILO-Expert*innenkomitee (Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, CEACR) im Jahre 2017 von Deutschland Antworten erbeten hat.²⁶

a) Deutsches Arbeitszeitrecht, insbesondere die »Kinderdorfklausel«

Das deutsche Arbeitszeitrecht ist geprägt durch den europarechtlichen Rahmen. Im Gegensatz zu Art. 3a) der europäischen Richtlinie zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit (Arbeitsschutz-Rahmen-Richtlinie 89/391/EWG), die nicht auf Hausangestellte anwendbar ist, gewährleistet das deutsche Recht jedenfalls im Arbeitszeitrecht bereits eine deutlich weitergehende Gleichstellung von Hausangestellten und 24-h-Betreuer*innen als das Unionsrecht: Anders als die bis 1994 geltende deutsche Arbeitszeitordnung (§ 1 AZO) erfasst das heutige deutsche Arbeitszeitgesetz grundsätzlich Hausangestellte.

Allerdings ist keineswegs schon abschließend geklärt, ob Hausangestellte im Unionsrecht tatsächlich nicht doch auch der europäischen Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG (einer speziellen Arbeitsschutzrichtlinie)

26 Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendation, International Labour Conference, 106th session, 2017, Report III (Part 1A) (ILO 2017): direct request to Germany about its application of the Decent Work for Domestic Workers Convention, 2011 (No. 189), 662, 665 (https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_543646.pdf) (Abfrage 18.1.2019); vgl. auch Trebilcock IJCLLR 2018 (Fn. 6).

unterfallen.²⁷ Sollte auch die Arbeitszeit-Richtlinie grundsätzlich auf Hausangestellte anwendbar sein, so wäre jedenfalls zu beachten, dass Ausnahmen bzw. Abweichungsmöglichkeiten (z.B. Art. 17 Abs. 1 Richtlinie 2003/88/EG) angesichts der grundrechtlichen Vorgaben (Art. 31 Abs. 2 EU-GRC) eng auszulegen sind.²⁸

Im deutschen Recht lässt zwar § 10 Abs. 1 ArbZG Ausnahmen vom Sonntagsarbeitsverbot zu, wenn es um »Behandlung, Pflege und Betreuung von Personen« (Nr. 3) geht oder um Tätigkeiten »im Haushalt«, »soweit die Arbeiten nicht an Werktagen vorgenommen werden können« (Nr. 4). Auch in diesen Fällen ist jedoch ein freier Tag pro Woche zu gewährleisten, sodass den Vorgaben des Art. 10 Abs. 2 der ILO-Konvention Genüge getan ist. Auch für Arbeitsbereitschaft und Bereitschaftszeit gelten hinsichtlich der Hausangestellten die allgemeinen Regeln.²⁹

Die frühere arbeitszeitrechtliche Ausnahme für Hausangestellte wurde jedoch in § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG fortgeschrieben, wenn auch beschränkt auf Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die »in häuslicher Gemeinschaft mit den ihnen anvertrauten Personen zusammenleben und diese eigenverantwortlich erziehen, pflegen oder betreuen«.³⁰ Der Gesetzgeber wollte damit einer Petition der SOS-Kinderdörfer Rechnung tragen, hatte also Personen vor Augen, die als »Eltern« in derartigen Einrichtungen oder in betreuten Wohngruppen tätig sind; hier ließen sich Arbeitszeit und Freizeit nicht so voneinander trennen, wie es für die Kontrolle erforderlich sei.³¹

Die Bundesregierung bezog sich bei Ratifikation der ILO-Konvention 189 auf diese Vorschrift. Für die in § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG genannte Fallgruppe wurde von der Ausnahmemöglichkeit für »begrenzte Gruppen von Arbeitnehmern, bei denen besondere Probleme von erheblicher Bedeutung auftreten« (Art. 2 Nr. 2b) der Konvention) Gebrauch gemacht.³² Dass hiermit insbesondere die Fälle der 24-Stunden-Pflege

27 Kritisch Novitz, Tonia/Syrpis, Phil, *The Place of Domestic Work in Europe*, *European Labour Law Journal (ELLJ)* 6 (2015), S. 104–127, S. 122; Pavlou, Vera, *Domestic work in EU law – the relevance of EU employment law in challenging domestic workers’ vulnerability*, *European Law Review* 41 (2016), S. 379–398.

28 EuGH 26.7.2017 – C-175/16 (Hälvä u.a.).

29 Zur Entwicklung auf europäischer Ebene vgl. Wank, Rolf, in: Müller-Glöße, Rudi/Preis, Ulrich/Ingrid, Schmidt (Hrsg.): *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 19. Aufl. Beck: München 2019, § 2 ArbZG, Rn. 23 ff.

30 Vgl. Bundesregierung, Entwurf für ein Arbeitszeitrechtsgesetz, BT-Drucks. 12/5888, S. 10 f., S. 32; im Gegensatz dazu schlug der Oppositionsentwurf der SPD die Einbeziehung der Hausangestellten vor (SPD-Fraktion, Entwurf eines Arbeitszeitgesetzes, BT-Drucks. 12/5282, § 2 Abs. 1).

31 Wank (Fn. 29), § 18 ArbZG, Rn. 5; BT-Drucks. 17/13303 (Fn. 7), S. 44.

32 Bundesregierung, Denkschrift zum Entwurf eines Gesetzes zu dem Übereinkommen Nr. 189 der Internationalen Arbeitsorganisation vom 16. Juni 2011

gemeint waren, konnte man aus früheren Äußerungen der Bundesregierung gegenüber dem Bundestag³³ schließen. Das in der Konvention hierfür vorgesehene Verfahren, das Verbandsanhörungen vorsieht (Art. 2 Abs. 1), wurde jedoch nicht eingeleitet.

Im Bericht gegenüber der ILO über die Durchführung des Abkommens von Juni 2015 bis Mai 2018 rückt die aktuelle Bundesregierung nun jedoch ausdrücklich von dieser Auslegung ab und weist darauf hin, dass die Ausnahme nicht generell auf die 24-h-Pflege anwendbar sei; vielmehr könne dies nur bei besonderen Umständen des Einzelfalls der Fall sein.³⁴ Dies ist auch zutreffend: Unabhängig davon, ob § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG selbst in der Ursprungsanwendung auf SOS-Kinderdörfer europarechtskonform ist,³⁵ passt die Norm nicht auf die 24-h-Pflege. Eigenverantwortlichkeit im Sinne dieser Norm würde voraussetzen, dass den Betreuenden keine weiteren sachkundigen Personen vorgesetzt sind, sie die Betreuung demzufolge nach einer Einführung und allgemeinen Rahmenweisungen ohne konkrete Einzelweisungen vollständig selbst gestalten. Dies kann allenfalls und nur dann der Fall sein, wenn nicht eine Pflegeeinrichtung, sondern Angehörige der Pflegebedürftigen Arbeitgeberfunktionen wahrnehmen. Aber selbst dann leben diese Arbeitnehmer*innen nicht schon deshalb »in häuslicher Gemeinschaft mit den ihnen anvertrauten Personen zusammen [...]« (§ 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG), weil sie in deren Haushalt leben.³⁶ Erforderlich wäre vielmehr, dass nicht nur gemeinsam gewohnt, sondern auch gemeinsam gewirtschaftet bzw. ein gemeinsamer Lebensalltag organisiert wird.

Eine andere Auslegung wäre auch schwerlich verfassungsgemäß. Denn der Gesetzgeber muss dafür sorgen, dass die Gesundheit und Sicherheit der Hausangestellten gesetzlich in gleicher Weise wie bei anderen Arbeitnehmer*innen geschützt wird. Als Begründung für die Ausnahmeregelung in § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG wird angeführt, die besondere Ausgestaltung des Beschäftigungsverhältnisses mache eine Trennung von Arbeitszeit und Freizeit unmöglich, und ein angepasster Schutz der Hausangestellten lasse sich über die allgemeine Fürsorgepflicht (§ 618

über menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte. BT-Drucks. 17/12951, S. 18; Bundesregierung, Bericht gemäß Art. 22 der Verfassung der Internationalen Arbeitsorganisation über die Durchführung des Übereinkommens 189 für die Zeit vom 1. Juni 2015 bis 31. Mai 2018, S. 4.

33 Bundesregierung, Antwort auf die Kleine Anfrage der Fraktion der Linken über »Arbeitnehmerrechte ausländischer Pflegehilfskräfte im grauen Pflegemarkt«, BT-Drucks. 17/8373, S. 4.

34 Bundesregierung 2018 (Fn. 32), S. 4 f.

35 Dagegen Steinke, Viktoria, Wie privat ist privat? – Betrachtungen zur Beschäftigung im Privathaushalt, Recht der Arbeit (RdA) 2018, S. 232–241, S. 243.

36 Vgl. Scheiwe/Schwach, ZIAS 2012 (Fn. 3), S. 338.

Abs. 2 BGB) erreichen. Für diejenigen Einrichtungen, die der Gesetzgeber dabei vor Augen hatte, mag dies insofern zutreffen, als jedenfalls der »SOS-Kinderdorf e.V.« als große sozialpädagogische Institution durchaus in der Lage zu sein scheint, selbst einen angemessenen Arbeitsschutz zu entwickeln; man hat dort mittlerweile für die Kinderdorffeltern Arbeitszeit und Freizeit trennbar gestaltet.³⁷ Für die typischen Fallgestaltungen der 24-h-Pflege ist ein solches Vertrauen aber bislang noch in keiner Weise gerechtfertigt. Der Gesetzgeber kann insofern seiner Schutzpflicht für die Gesundheit der Hausangestellten nicht mit Hilfe einer unbestimmten Fürsorgepflicht des Arbeitgebers erfüllen; wenn § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG diese Fallgruppe erfassen sollte, wäre die Norm verfassungswidrig.³⁸

b) Sonstige Rechte und Ansprüche, insbesondere Betriebsbegriff

Im Übrigen gilt das deutsche allgemeine Arbeitsrecht einschließlich des Diskriminierungs- und Gewaltschutzes auch für Hausangestellte.³⁹

Hausangestellte sind jedoch bislang noch explizit aus dem Anwendungsbereich des deutschen Arbeitsschutzgesetzes ausgeschlossen (§ 1 Abs. 2 S. 1 ArbSchG). Dies ist eine Konsequenz der entsprechenden Ausnahme in der europarechtlichen Rahmenrichtlinie, die aber selbst grundrechtlich problematisch ist.⁴⁰

Eine spezifische Frage des deutschen Arbeitsrechts ergibt sich im Hinblick auf den Betriebsbegriff. Einige arbeitsrechtliche Ansprüche setzen voraus, dass die Arbeitnehmer*innen in einem »Betrieb« beschäftigt sind; dies gilt insbesondere für die Anwendung des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG: Wahl und Tätigkeit von Betriebsräten), die Anwendung des

37 Scheiwe, Kirsten, Arbeitszeitregulierung für Beschäftigte in Privathaushalten – entgrenzte Arbeit, ungenügendes Recht?, in: Scheiwe/Krawietz (Hrsg.) (Fn. 3), 2014, S. 60–84, S. 70 f.

38 Kocher, Eva, Die Ungleichbehandlung von Hausangestellten in der 24-Stunden-Pflege gegenüber anderen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern – eine Frage des Verfassungsrechts, in: Scheiwe/Krawietz (Hrsg.) (Fn. 3), 2014, S. 85–107, S. 101 ff.

39 Anders im Vereinigten Königreich: Mantouvalou 2012 (Fn. 15); zum spanischen Recht León, Margarita, A real job? Regulating household work – The case of Spain, *European Journal of Women's Studies* 20 (2013), S. 170–188; zum deutschen Koalitions- und Tarifrecht ausführlich Kocher, Eva, Tariffähigkeit ohne Streikbereitschaft? – Funktionale Alternativen zur Arbeitskampfbereitschaft im Fall von Hausangestelltenvereinigungen, in: Jens M. Schubert (Hrsg.), *Anforderungen an ein modernes kollektives Arbeitsrecht*. Festschrift für Otto Ernst Kempfen, Baden-Baden, S. 166–178, S. 166 ff.

40 Novitz/Syrpis, ELLJ 2015 (Fn. 27), S. 122.

Kündigungsschutzgesetzes (§§ 1, 23 KSchG) und die Verlängerung von Kündigungsfristen abhängig von der Betriebszugehörigkeit (§ 622 Abs. 2 BGB). Soweit Betreuer*innen in der 24-h-Pflege bei Agenturen angestellt sind, liegt unzweifelhaft ein Betrieb vor. Umstritten ist jedoch, ob diese Vorschriften auch für die Beschäftigung in Privathaushalten gelten. Dagegen wird angeführt, dass kein Betrieb vorliegen könne, wo nicht für einen externen Markt produziert oder Dienstleistungen erbracht werden.⁴¹ So hat das LAG Düsseldorf die Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes im Fall eines 7-köpfigen Haushalts verneint, in dem insgesamt 15 Personen als Hausdame, im Housekeeping, für die Wäsche, als Fahrer, Koch, Gärtner, Nanny oder im Service dauerhaft tätig waren.⁴² Dies überzeugt nicht;⁴³ zuzustimmen ist den gegenläufigen Entscheidungen, z.B. des LAG Baden-Württemberg für die Anwendung der verlängerten Kündigungsfristen (§ 622 Abs. 2 BGB) auch für Arbeitgeberkündigungen in privaten Haushalten.⁴⁴

4. Handlungsoptionen

Die Live-In-Pflege ist ein fester Bestandteil des deutschen Pflegesystems. Selbst bei vorsichtiger Schätzung leisten die mittel- und osteuropäischen Live-Ins etwa ein Viertel der bezahlten Pflegearbeit in Deutschland. Schon aufgrund des Umfangs besteht ein gravierendes sozialpolitisches Interesse an einer Formalisierung und gerechteren Regelung dieser Erwerbstätigkeit. Hierfür kann nicht auf Kollektivverhandlungen und Tarifverträge vertraut werden – auch wenn es jetzt in Dänemark bereits einen ersten Tarifvertrag zwischen der Gewerkschaft »3F« und der Plattform »Hilfr.dk« gibt. Selbst solche Kollektivverträge sind auf einen »Schatten des Rechts« angewiesen, in dem sie effektiven Schutz konkretisieren könnten – soweit es tatsächlich zu einer gewissen Form der Selbstorganisation in Gewerkschaften kommen sollte/könnte.

41 Siehe z.B. Steinke, RdA 2018 (Fn. 35), S. 236.

42 LAG Düsseldorf, 10.5.2016 – 14 Sa 82/16: Nichtanwendung des KSchG.

43 Kocher, NZA 2013 (Fn. 7); differenzierend auch Bucher, Barbara, Keine Anwendbarkeit des KSchG auf Privathaushalt. Anmerkung zu dem Urteil des Arbeitsgerichts Essen vom 17. Dezember 2015 – 1 Ca 2808/14, Arbeit und Recht (AuR) 2016, S. 515–516.

44 LAG Baden-Württemberg, 26.6.2015 – 8 Sa 5/15. [Anders aber jetzt BAG 11.6.2020 – 2 AZR 660/19.

a) Transparenz und Effektivität: Notwendigkeit spezieller Regelungen

Die Zielrichtung einer Regelung muss dabei zunächst in der Erhöhung der Transparenz und Effektivität bestehender gesetzlicher Regelungen bestehen. Bereits Wilhelm Aubert hatte in seiner Studie zur Wirksamkeit des norwegischen Hausangestelltengesetzes von 1948⁴⁵ die Kenntnis eines Gesetzes als entscheidenden Faktor für dessen Wirksamkeit identifiziert. Für die Kenntnis, insbesondere auf Seiten der Hausangestellten, wäre es von großer Bedeutung, dass ein spezifisches Gesetz die Arbeitsbedingungen der Hausangestellten regelte.⁴⁶

In die falsche Richtung geht der Ansatz, mit dem der österreichische Gesetzgeber in den Jahren 2006 bis 2009 die 24-h-Pflege durch (meist slowakische) Pflegekräfte regelte. Er legalisierte Praxen, die zuvor als »irreguläre« sehr verbreitet, sozialversicherungs-, steuer-, aufenthalts- und arbeitsrechtlich aber weitgehend rechtswidrig waren. Mit dieser Regularisierung (»emersione« = Auftauchen in die Legalität) waren von Anfang an keine Veränderungs-, sondern ausschließlich Legalisierungsspektiven verbunden.⁴⁷

Angesichts der Arbeitsbedingungen, der Rechtsunsicherheiten und der Schwierigkeiten in der Rechtsdurchsetzung müsste eine gesetzliche Regelung in Deutschland weitergehende Ziele anstreben – insbesondere die effektive Durchsetzung von Mindeststandards für Live-in-Arbeitskräfte in 24-Stunden-Konstellationen.

Auch die Bundesregierung von 2018 ist der Meinung, »eine Klärung des Tätigkeitsprofils der Betreuungs- und Pflegekräfte in privaten Haushalten, eindeutige rechtliche Rahmenbedingungen (etwa zu

45 Aubert, Wilhelm, Einige soziale Funktionen der Gesetzgebung, in: Hirsch, Ernst E./Rehbinder, Manfred (Hrsg.), Studien und Materialien zur Rechtssoziologie, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, Sonderheft 11 (1971), S. 284–309.

46 Die ILO hat hierzu ein Handbuch mit Regelungsbeispielen aus unterschiedlichen Rechtsordnungen entwickelt (ILO 2012 (Fn. 9)). Vgl. McCann, Deirdre, New Frontiers of Regulation: Domestic Work, Working Conditions, and the Holistic Assessment of Nonstandard Work Norms, *Comparative Labor Law & Policy Journal* 34 (2012), S. 167–192; für eine südafrikanische Regelungsinnovation in der Konfliktlösung: Blackett, Adelle/Galani Tiemeni, Thierry, Regulatory Innovation in the Governance of Decent Work for Domestic Workers in South Africa. Access to Justice and the Commission on Conciliation, Mediation and Arbitration, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations (IJCLLIR)* 34 (2018), S. 203–230.

47 Kretschmann, Andrea, Regulierung des Irregulären. Carework und die symbolische Qualität des Rechts, *Weilerswist* 2016, S. 51 ff.

Bereitschaftszeiten, Arbeitsperioden etc.) und eine Verbesserung der Informationslage wären wünschenswert.«⁴⁸ Mindestens erforderlich wäre eine Klarstellung zur Anwendbarkeit des Arbeitszeitgesetzes sowie eine spezifische Regelung zur Frage, welche Mindestbedingungen gegeben sein müssen, damit das Rechtsverhältnis als »selbstständige Erwerbsarbeit« anzuerkennen ist. Auch ein Musterarbeitsvertrag könnte hilfreich sein.⁴⁹

Die Problematik der Rechtsdurchsetzung betonte bereits der Gemeinsame Aufruf »Menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte!«, den Forscher*innen und Beratungseinrichtungen 2014 anlässlich der Ratifikation der ILO-Konvention veröffentlichten: Es bedarf nicht nur einer Verbesserung der Beratung und Unterstützung für Hausangestellte. Behördliche Überwachung kann in diesem gesellschaftlichen Bereich geringer Sichtbarkeit nicht effektiv wirken.⁵⁰ Auch eine Auftraggeberhaftung für Rechtsverstöße, wie sie z.B. in Israel eingeführt wurde,⁵¹ passt eher für die gewerbliche Reinigung als für Privathaushalte. Die Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung insbesondere für irregulär beschäftigte Migrantinnen in Pflegehaushalten müssten deshalb auch durch formale Instrumente wie einen Rechtshilfefonds oder ein Verbandsklagerecht für Hausangestelltenorganisationen verbessert werden.

b) Entwicklung von Qualitätsstandards

Der erwähnte Aufruf von 2014 verfolgte darüber hinaus eine weitergehende Stoßrichtung in Richtung auf die Arbeitsmarkt- und Nachfragestrukturen, die aktuell die nachhaltige Entwicklung guter Arbeitsbedingungen eher erschweren. Der Gemeinsame Aufruf fordert deshalb u.a. die »Förderung von Dienstleistungspools oder Agenturen, die qualifizierte Haushaltsdienstleistungen bei gleichzeitig fairen Beschäftigungsbedingungen bieten«.

48 Bundesregierung, Antwort auf eine Kleine Anfrage der Fraktion Die Linke. BT-Drucks. 19/6792, S. 3 f. [Im Koalitionsvertrag 2021–2025 ist das Thema zwar angesprochen, allerdings inhaltlich vage: »Wir gestalten eine rechtssichere Grundlage für die 24-Stunden-Betreuung im familiären Bereich.« (SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, Mehr Fortschritt wagen. Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag 2021–2025, S. 64).]

49 Trebilcock IJCLIR 2018 (Fn. 6), S. 175.

50 Trebilcock IJCLIR 2018 (Fn. 6), S. 175; Bundesregierung 2018 (Fn. 32), S. 9.

51 Trebilcock IJCLIR 2018 (Fn. 6), S. 175; Davidov, Guy, Special Protection for Cleaners: A Case of Justified Selectivity?, *Comparative Labour Law & Policy Journal* 36 (2015), S. 219–240, S. 229 ff.

Tatsächlich entwickeln sich, wie der Zweite Gleichstellungsbericht der Bundesregierung feststellt, ganz unterschiedliche Beschäftigungs- und Organisationsmodelle für die Pflege im häuslichen Bereich. Während einige Dienstleister die Übernahme jeder eigenen sozialen Verantwortung, zum Teil sogar für die Qualität der Dienstleistung, ablehnen, entwickeln andere Anbieter Unterstützungsmodelle für die Beschäftigten, einschließlich Aus- und Weiterbildung, Beratung sowie Konfliktlösungsmodelle.⁵² Die Sachverständigenkommission empfahl deshalb, aufbauend auf den Empfehlungen, die es für die häusliche Krankenpflege in der gesetzlichen Krankenversicherung und für die ambulante Pflege in der Pflegeversicherung gibt, je ein Zertifikat für haushaltsnahe Dienstleistungen im engeren Sinne und für die häusliche Betreuung zu entwickeln, die neben Standards für Information, Beratung und Vermittlung auch Standards für die Qualität der Dienstleistung und der Beschäftigung enthalten sollten – diese Standards könnten und sollten über die gesetzlichen Mindeststandards deutlich hinausgehen.

c) Anreizsysteme und Förderung der Nachfragestrukturen

Um solche Qualitätsstandards und entsprechende Nachfrage zu fördern, wird es entsprechender Anreizmodelle bedürfen.

Einige Anreize für Schritte aus der irregulären Beschäftigung heraus gibt es bereits heute. So können private Haushalte ein vereinfachtes Verfahren der sozialversicherungsrechtlichen Anmeldung und Abrechnung nutzen (»Haushaltscheckverfahren«, § 28a Abs. 7 und 8 SGB IV). Haushalte mit überdurchschnittlich hohen Einkommen können nach § 35a Einkommenssteuergesetz (EStG) von einer Steuererleichterung profitieren. Beide Instrumente haben Erfolge bei der Verhinderung »irregulärer Beschäftigung« erzielt (im Sinne des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung, SchwarzArbG).⁵³ Höhere Beschäftigungsqualität könnten sie jedoch nur fördern, wenn die Steuererleichterung an bestimmte Mindestanforderungen der Dienstleistung gebunden würde.

In der rechtspolitischen Diskussion steht hierfür aktuell ein anderes Instrument im Fokus: Der aktuelle Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD verspricht »Zuschüsse für die Inanspruchnahme von haushaltsnahen Dienstleistungen«. Dabei wird davon ausgegangen, dass haushaltsnahe Dienstleistungen mit ihren Entlastungsfunktionen die Vereinbarkeit von Familie und Beruf fördern können. Der Koalitionsvertrag will die Zuschüsse deshalb »erwerbstätigen Eltern, Alleinerziehenden, älteren

52 Zweiter Gleichstellungsbericht (Fn. 17), S. 172 f.

53 Zweiter Gleichstellungsbericht (Fn. 17), S. 173.

Menschen und pflegenden Angehörigen« sowie »Eltern in der unternehmerischen Gründungsphase« anbieten.⁵⁴ Soll damit gleichzeitig legale, sozialversicherungspflichtige Beschäftigung, insbesondere von Frauen gefördert werden,⁵⁵ müssten die Zuschüsse an die Inanspruchnahme bestimmter, zertifizierter Dienstleistungen gebunden werden. Das Gutachten zum Zweiten Gleichstellungsbericht empfiehlt insofern konkret die Einführung subventionierter Gutscheine nach belgischem Vorbild.⁵⁶

5. Fazit

Der Gesetzgeber ist in der Pflicht, seiner verfassungsrechtlichen Schutzpflicht für Haushaltsarbeiterinnen und Haushaltsarbeiter insbesondere bei der 24-Stunden-Pflege/-Betreuung im Haushalt wirksam nachzukommen. So wären die anwendbaren arbeitsrechtlichen Bestimmungen, insbesondere zur Arbeitszeit, transparent zu regeln. Darüber hinaus bedarf es der Entwicklung von Qualitätsstandards für professionelle Dienstleistungsunternehmen, die durch entsprechende Anreizsysteme gefördert werden könnten. Wobei alle rein arbeits- und sozialrechtlichen Instrumente dort unzureichend bleiben müssen, wo das Migrationsregime Ausbeutungsverhältnisse ermöglicht oder erleichtert.⁵⁷

- 54 CDU, CSU und SPD, Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag 2018, S. 25; S. 42; vgl. Zweiter Gleichstellungsbericht (Fn. 17), S. 174.
- 55 Koalitionsvertrag (Fn. 54), S. 25.
- 56 Zweiter Gleichstellungsbericht (Fn. 17), S. 174.
- 57 Vgl. Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Hrsg.), 2012 (Fn. 16).

Arbeit, Kollektivautonomie und Solidarität (2018)¹

Autonomie ist in der Erwerbsarbeit in ganz spezifischer Art und Weise sozial gebunden, beschränkt und geprägt.² Denn die Arbeitsmärkte sind typischerweise Nachfragermärkte, d.h. die Arbeitsanbieter*innen – die Arbeitnehmer*innen – verfügen nur über geringe Spielräume und damit über geringe Autonomie beim Zugang zur Erwerbsarbeit und beim Vertragsschluss. Ist der Arbeitsvertrag aber einmal abgeschlossen, entsteht ein Arbeitsverhältnis, was bedeutet, dass die Arbeitnehmer*in der Arbeitgeber*in ein Weisungsrecht überträgt (§ 106 GewO). Organisationswissenschaftlich gesprochen: Die Arbeitnehmer*in wird partial in die Organisation inkludiert. Anders gesagt: Wer Arbeitskraft anbietet, überlässt es dem Unternehmen, diese arbeitsteilig mit der Arbeitskraft anderer Beschäftigter so zusammenzufügen, dass etwas Sinnvolles dabei herauskommt, also ein Produkt entsteht, das auf den Güter- und Dienstleistungsmärkten Gewinn verspricht. Wer Arbeitskraft anbietet, gliedert sich in eine Organisation ein, die Arbeitskraft in einem Wertschöpfungszusammenhang arbeitsteilig zusammenfügt. In dem entstehenden Macht- und Herrschaftsverhältnis bleibt nicht viel Raum für individuelle (Privat-)Autonomie.³

Hier kommt das Arbeitsrecht ins Spiel: Es erkennt ein spezifisches »strukturelles Ungleichgewicht«⁴ an und soll materiale Vertragsfreiheit, also Privatautonomie, gewährleisten. Wegen dieses »Schutz«-Zwecks steht das Arbeitsrecht seit jeher im Verdacht, im Gegeneinander von Freiheit und Bevormundung auf der Seite der letzteren zu stehen. Ein näherer Blick auf die Strukturen des Arbeitsrechts zeigt aber: Ganz so einfach ist es nicht. Denn jedenfalls das kontinentaleuropäische Arbeitsrecht ist durch Kollektivautonomie (insbesondere Kollektivverhandlungsfreiheit) geprägt. Damit findet ein Solidaritätsprinzip rechtlichen Ausdruck und

- 1 Der Text geht auf einen Vortrag beim Internationalen Workshop »Autonomie im Recht – geschlechtertheoretisch vermessen« zurück (3. bis 5. März 2016 an der Goethe-Universität Frankfurt/Main). Die Vortragsform wurde im Wesentlichen beibehalten (unter Ergänzung einiger Hinweise für die weiterführende Lektüre).
- 2 Dieser Text untersucht die Emanzipationschancen, die ein spezifisch (arbeits-)rechtlich geprägtes Handlungssystem bietet; sein Gegenstand beschränkt sich deshalb auf das Handlungssystem der abhängigen Erwerbsarbeit; erfasst sind weder die unbezahlte Arbeit in Haushalten, noch die selbstständige Erwerbsarbeit.
- 3 Eva Kocher, *Private Macht im Arbeitsrecht*, in: Florian Möslein (Hg.) *Private Macht*, 2015, S. 241 ff.
- 4 Grundsätzlich dazu BVerfGE 81, 242 (7.2.1990); 89, 214 (19.10.1993).

rechtliche Anerkennung: Autonomie verwirklicht sich als kollektiv ausgeübte Privatautonomie in Solidarität. Was das in einem Umfeld bedeutet, das nicht nur von strukturellen Ungleichgewichten zulasten von Arbeitnehmer*innen, sondern auch von gesellschaftlichen Stereotypisierungen und strukturellen Diskriminierungen wegen des Geschlechts gekennzeichnet ist, wird im Folgenden mit Hilfe von zwei Geschichten thematisiert.

A. Geschichten von Solidarität, Geschlecht und Kollektivautonomie

I. Tarifverträge für Hausarbeiterinnen

Die International Labour Organisation (ILO; Internationale Arbeitsorganisation) verabschiedete im Jahre 2011 das Übereinkommen 189 über menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte (C-189 »Domestic Workers Convention«). Als neunter Staat weltweit und zweiter europäischer Staat hat Deutschland dieses Abkommen ratifiziert.⁵ Zu den wesentlichen Anliegen gehört die Gleichbehandlung von Hausangestellten mit anderen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern (Art. 3) – unter Berücksichtigung der besonderen Schutzbedürfnisse der Hausangestellten (insbesondere Art. 5, 6, 9 und 12).

Was die Ermöglichung von Solidarität und Kollektivverhandlungsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) angeht, so scheint Deutschland auf den ersten Blick auf Gleichbehandlung zu setzen. Jedenfalls darf auch der »Berufsverband katholischer Arbeitnehmerinnen in der Hauswirtschaft« mit Organisationen des Katholischen Deutschen Frauenbundes⁶ Tarifverträge abschließen. Denn dies erlaubte das Bundesverfassungsgericht im Jahre 1964. Damals hatte der Landesverband Bayern der Vorgängerorganisation (des Berufsverbands katholischer Hausgehilfinnen) mit der Bayerischen Hausfrauenvereinigung des Katholischen Deutschen Frauenbundes einen Vertrag abgeschlossen, und es ging darum, ob dieser einen »Tarifvertrag« im Rechtssinne darstellte.

Das Bundesarbeitsgericht verneinte die Frage im Jahre 1962. Der Vertrag könne kein Tarifvertrag sein, weil der »Berufsverband katholischer

- 5 Ratifikation am 20.9.2013 auf der Grundlage des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BT-Drs. 17/12951 und der Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales, BT-Drs. 17/13303.
- 6 Und zwar mit dem »VerbraucherService Bayern« (für alle Beschäftigten in Privathaushalten) und dem Klerusverband (für die Pfarrhaushälterinnen in Bayern).

Hausgehilfinnen« nicht tariffähig sei.⁷ Diese Entscheidung widersprach zwar dem Reichsarbeitsgericht, stand jedoch im Einklang mit den damals allgemein akzeptierten Kriterien der Tariffähigkeit, die vorsahen, dass nur solche Organisationen Tarifverträge abschließen können, die auch fähig wären, einen Arbeitskampf zu führen.⁸ Diese Voraussetzung fehlte dem Berufsverband katholischer Hausgehilfinnen schon deshalb, weil er ausdrücklich erklärte, einen Arbeitskampf weder durchführen zu wollen noch durchführen zu können.

Das Bundesverfassungsgericht hob das Urteil des Bundesarbeitsgerichts im Jahre 1964 jedoch auf und erkannte die Tariffähigkeit des Verbands an.⁹ Sein Hauptargument: Die Hausangestelltenarbeit sei eine ganz besondere Tätigkeit, für die allgemeine arbeitsrechtliche Prinzipien nicht gelten könnten: » [Bei den Berufen des Haushalts...] treten die sonst zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern bestehenden natürlichen Gegensätze zurück. Der Haushalt stellt nicht wie ein wirtschaftlicher Betrieb Güter mit der Absicht der Gewinnerzielung her, sondern hat völlig andere Aufgaben.«

Hier werden also »gleiche« Handlungsmöglichkeiten nur durch Anwendung ungleicher Regeln unter besonderer Berücksichtigung besonderer Bedingungen geschaffen. Aber was sagen uns diese – zumindest 1964 geltenden – Regeln über die vergeschlechtlichten Normalitätskonstruktionen von Solidarität in der Arbeitswelt?

II. Die Arbeitszeit von Alleinerziehenden

Bei der zweiten Geschichte¹⁰ geht es um K, die seit 2001 beim Baumarkt B als »Mitarbeiterin Kasse/Verkauf/Info« tätig ist. Der Baumarkt beschäftigt insgesamt 24 Arbeitnehmer*innen und ist montags bis samstags von 8:00 Uhr bis 20:00 Uhr geöffnet. Die Arbeitnehmer*innen im Verkaufs-, Kassen- und Informationsbereich werden in einem rollierenden Schichtsystem an fünf Werktagen beschäftigt. K war zunächst in Vollzeit tätig, bekam dann aber ein Kind und arbeitete während ihrer

7 BAGE 12, 184 (19.1.1962).

8 Ob es für den Arbeitskampf funktionale Äquivalente geben kann, ist heute umstritten; die Gegenmeinung stützt sich ganz wesentlich auf die hier kritisierte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts. Genauer zu dieser Debatte Eva Kocher, Tariffähigkeit ohne Streikbereitschaft? – Funktionale Alternativen zur Arbeitskampfbereitschaft im Fall von Hausangestelltenvereinigungen, in: Jens M. Schubert (Hg.) Festschrift für Otto Ernst Kempfen, 2013, S. 166 ff.

9 BVerfGE 18, 18 (6.5.1964).

10 Nach BAGE 129, 56 (16.12.2008).

Elternzeit in Teilzeit. Sie lebt jetzt allein mit ihrem kleinen Sohn; er besucht von 8:00 Uhr bis 15:00 Uhr einen »Kinderladen«. Nach Ende der Elternzeit will K deshalb nun nicht einfach zurück in ihr altes Arbeitsverhältnis, sondern ihre Arbeitszeit von 37,5 auf 30 Wochenstunden verringern. Wegen der Öffnungszeiten des Kinderladens wünscht sie sich eine Arbeitszeit montags bis freitags von 8:30 Uhr bis 14:30 Uhr; sie will höchstens zwei Samstage im Monat arbeiten.

Die Arbeitgeberin weigert sich – auch weil die Umsätze abends und samstags höher sind als sonst – und verweist darauf, dass auch der Betriebsrat dagegen sei – was stimmt. Die Betriebsratsvorsitzende schreibt dazu: »Eine starre, festgelegte Arbeitszeit eines einzelnen Mitarbeiters steht mit den Interessen der anderen Kolleginnen und Kollegen nicht im Einklang. Eine festgelegte Arbeitszeit eines einzelnen Mitarbeiters würde den Betriebsfrieden ganz erheblich stören.« Der Hintergrund: Die Arbeitszeiten am Nachmittag und Abend sowie am Samstag werden von allen Arbeitnehmer*innen als belastend empfunden; wöchentlich wechselnde Schichten sollen gewährleisten, dass diese gleichmäßig auf alle verteilt wurden.

Hier wurde nun also Gleichbehandlung unter Außerachtlassung besonderer Bedingungen geschaffen – auch eine Frage vergeschlechtlichter Normalitätskonstruktionen im kollektiven Handeln?

B. Autonomie und Solidarität im Recht der abhängigen Arbeit

Die beiden Geschichten sollen Anlass sein, darüber nachzudenken, wie Solidarität und die Grundbegriffe von Kollektivautonomie gedacht werden müssen, wenn Autonomie für alle unabhängig vom Geschlecht erreicht werden soll.

I. Solidarität und Gegenmacht:

Kollektives Handeln »für andere« oder »mit anderen«?

Ausgangspunkt für die (verfassungsrechtliche, in Art. 9 Abs. 3 GG verankerte) Legitimation von Kollektivautonomie im deutschen Recht ist die Annahme, dass sie die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer*innen beim Abschluss von Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln ausgleichen und damit ein annäherndes Gleichgewicht ermöglichen könne.¹¹ Ausgangspunkt ist damit die Vorstellung, dass durch

11 Zur Tarifautonomie BVerfGE 84, 212 (26.6.1991); zur Betriebsautonomie BAGE 104, 175 (10.12.2002).

Solidarität Gegenmacht erreicht werden könne. Solidarität ist hier also als kollektives Handeln nach einem Gegenmachtprinzip konzipiert; es ist nicht etwas, das »gewährt« wird, sondern etwas, das erkämpft worden ist und immer wieder erkämpft wird.

Im deutschen Recht setzt sich diese Grundannahme u.a. in einer engen Legitimationskette fort, die gewährleisten soll, dass das Er kämpfte grundsätzlich nur für diejenigen gilt, die an seiner Entstehung mitgewirkt haben. Das gilt jedenfalls im Tarifvertragsrecht, das eng auf Mitgliedschaft, also auf Freiwilligkeit bezogen ist. Tarifbindung setzt in der Regel Mitgliedschaft voraus (§ 4 TVG: Der Tarifvertrag gilt rechtlich nur für ein Arbeitsverhältnis, wenn die Arbeitnehmer*in Gewerkschaftsmitglied und die Arbeitgeber*in Arbeitgeberverbandmitglied ist). Wer davon nicht erfasst wird, heißt im Arbeitsrecht »Außenseiter«.

Es gibt zwar mittlerweile auch im deutschen Recht eine Reihe von Instrumenten, mit denen Tarifwirkungen auf Außenseiter erstreckt werden können (Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG, Rechtsverordnung nach dem AEntG, u.ä.). Diese sind aber erklärungs- und rechtfertigungsbedürftig.¹² Zum Teil werden sogar individualvertragliche Bezugnahme Klauseln, mit denen tarifvertragliche Regelungen auf Personen angewandt werden, die nicht durch Mitgliedschaft eingebunden waren, unter dem Verdacht eines Verstoßes gegen die »negative Koalitionsfreiheit« in Frage gestellt.¹³ Strenger als andere Rechtsordnungen geht das deutsche Tarifrecht von der Idee aus, dass Solidarität in Form kollektiven Handelns nur als Handeln »mit anderen« legitim sei – aber nicht notwendigerweise auch »für andere«.

Damit werden die In- und Exklusionswirkungen von Solidarität und kollektivem Handeln hier letztlich über die sozialen Prozesse konstruiert, die »Mitgliedschaft« herstellen und organisieren. Einheitsgewerkschaften wie die im DGB versammelten Gewerkschaften versuchen traditionell (d.h. spätestens seit dem Zweiten Weltkrieg), Arbeitnehmer*innen für eine berufsübergreifende Solidarität innerhalb der Branche zu organisieren – mit dem Effekt, dass durchsetzungsstarke Gruppen (im öffentlichen Dienst z.B. die streikbereiten Arbeiter*innen der Müllabfuhr oder Ärzt*innen im Gesundheitsbereich) ihre Verhandlungs- und Kampfmacht faktisch auch »für andere« (z.B. Verwaltungsangestellte, Krankenhelfer*innen) einsetzen. Diese Solidarität ist über die Mitgliedschaft und die Organisationsprinzipien der Gewerkschaften vermittelt;

12 Grds. BVerfGE 44, 322 (24.5.1977).

13 Dies wird jedenfalls für den Fall der Weitergeltung im Betriebsübergang diskutiert. Siehe zur Debatte um die EuGH-Entscheidung C-426/11 – Alemo-Herron (18.7.2013): Johannes Heuschmid, Von der negativen Koalitionsfreiheit zur negativen Tarifvertragsfreiheit und zurück. Eine Betrachtung im europäischen Mehrebenensystem, Kritische Justiz 2014, 384 ff.

sie fehlt z.B. zwischen den durchsetzungsstarken Arbeitnehmer*innen, die in der IG Metall organisiert sind, und den Verkäufer*innen im Einzelhandel, denen es zuletzt aufgrund der wirtschaftlichen und sozialpolitischen Schwäche ihrer Branche nur mit großen Schwierigkeiten¹⁴ überhaupt gelang, einen Tarifvertrag zu erzwingen.

In neuerer Zeit sind diese Dynamiken vor allem anlässlich der Renaissance der Berufsgewerkschaften diskutiert worden. Gewerkschaften wie die GDL (Gewerkschaft der Lokomotivführer) scheren aus der branchenweiten berufsübergreifenden Solidarität aus, indem sie ihre spezifische Streikfähigkeit und Durchsetzungsmacht für berufsspezifische »Partikularinteressen« einsetzen.¹⁵ (Darauf hat der Gesetzgeber mit dem »Tarifeinheitsgesetz« (§ 4a TVG) reagiert.)

II. Außenseiter*innen der Kollektivautonomie

Wenn aber Solidarität und kollektives Handeln in dieser Form über Mitgliedschaftsstrukturen organisiert ist, heißt es auch: Minderheiten in einer gewerkschaftlichen Organisation genauso wie Gruppen, die nicht gewerkschaftlich organisiert sind, partizipieren nur, soweit ein Solidaritätsgedanke des Handelns »für andere« wirksam wird. Ihre Autonomie verwirklicht sich nicht durch die Wahrnehmung eigener kollektivierter Autonomieoptionen.

Dies heißt z.B.: Da die Mitgliedschaftsstrukturen und Kollektivverhandlungssysteme noch fast ausschließlich¹⁶ auf den Bereich einzelner Rechtsordnungen bezogen und kaum europäisiert oder gar globalisiert sind, existieren auch noch kaum rechtlich wirksame grenzüberschreitende Solidarität und Kollektivautonomie, die der zunehmend grenzüberschreitenden Konkurrenz auf den Arbeitsmärkten etwas entgegen setzen könnten.¹⁷

Das heißt z.B. auch: Soweit die kollektiven Willensbildungsprozesse, die Mitgliedschaftsstrukturen und imaginierten kollektiven Selbstbilder sich als hegemonial vergeschlechtlicht darstellen,¹⁸ setzen sich diese

14 U.a. unter Zuhilfenahme gesellschaftlicher Solidarität in Form des »Flash-Mobs«, über den das BAG 2009 entschied: BAGE 132, 140 (22.9.2009).

15 Siehe dazu z.B. Mario Eylert, Kollektive Normsetzung heute – zwischen Solidarität und Partikularinteressen, *Die Sozialgerichtsbarkeit* 2015, 540 ff.

16 Mit Ausnahme der ITF (International Transport Workers' Federation).

17 Zur Problematik aus Sicht der IG BAU Frank Schmidt-Hullmann, in: Andreas Fischer-Lescano/Eva Kocher/Ghazaleh Nassibi (Hg.) *Arbeit in der Illegalität. Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere*, S. 199 ff.

18 Zur Vergeschlechtlichung des kollektiven Handelns in der Erwerbsarbeit siehe z.B. Maria Funder/Steffen Dörhöfer/Christian Rauch, *Geschlechteregalität – mehr Schein als Sein. Geschlecht, Arbeit und Interessenvertretung in der*

Strukturen relativ bruchlos in einer Vergeschlechtlichung von Solidarität, kollektivem Handeln und Kollektivverträgen fort.¹⁹

III. Zum Beispiel: Die Kollektivverhandlungsautonomie in der Hausangestelltenarbeit

Ist nun der Berufsverband katholischer Hausarbeiterinnen ein Beispiel für einen solchen Außenseiter des Kollektivverhandlungssystems? Und fördert das Recht nicht die Solidarität und kollektive Autonomie der Hausangestellten, wenn es den Verband – wie es das Bundesverfassungsgericht getan hat – als tariffähig und damit als kollektiven Akteur anerkennt?

Zunächst zu den Anforderungen an die Tariffähigkeit: Sie sollen gewährleisten, dass das kollektive und solidarische Handeln im Rahmen einer Gewerkschaft dem Prinzip der Kollektivvertragsautonomie gerecht wird. »Form follows function«:²⁰ Die Funktion der rechtlichen Kontrolle der Tariffähigkeit besteht darin, Gegenmacht zu legitimieren und zu verhindern, dass solchen Verträgen der Titel »Tarifvertrag« (mit den entsprechenden Rechtsfolgen) verliehen wird, die faktisch durch ein Diktat der Arbeitgeberseite zustande gekommen sind. Tarifverhandlungen ohne Druckmittel sind schließlich nicht mehr als »kollektives Betteln«.²¹ An dieser Durchsetzungsfähigkeit fehlt es aber im Fall des Berufsverbandes katholischer Hausarbeiterinnen.

Das Bundesverfassungsgericht kam auch nur auf einem Umweg zur Anerkennung der Tariffähigkeit, indem es eine tarifpolitische Sonder-

Arbeits- und Telekommunikationsindustrie, 2006; Ursula Stöger, Aus Frauensicht. Eine Analyse des Deutungsmusters »innerbetriebliche Interessenbeziehungen« von weiblichen Betriebsratsmitgliedern, 2008; Lydia Schambach-Hardtke, Gender und Gewerkschaften, Der Kampf von Frauen um politische Partizipation im organisationalen Handeln, 2005; Ralph Greifenstein/Leo Kißler, Wen Betriebsräte repräsentieren – Sozialprofil von Interessenvertretungen und Belegschaftsstrukturen: Spiegelbild oder Zerrbild?, 2014.

19 Zur Repräsentation vergeschlechtlichter Interessen im Betriebsratshandeln siehe z.B. Begründung des Regierungsentwurfs für ein Gesetz zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes, BT-Drs. 14/5741, S. 37; BAG 7 ABR 40/04 (16.3.2005); Funder/Dörhöfer/Rauch (Fn. 18); Hildegard Maria Nickel/Andreas Heilmann/Hasko Hüning/Max Lill, Geschlechterpolitik in Krisenzeiten: eine Fallstudie im Bankensektor, 2015.

20 Otto Ernst Kempfen, »Form follows funktion« – Zum Begriff der »Gewerkschaft« in der tarif- und arbeitskampfrechtlichen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, in: Hartmut Oetker/Ulrich Preis/Volker Rieble (Hg.) Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, 2004, S. 733 ff.

21 BAGE 33, 140 (10.6.1980).

stellung der Hausarbeit behauptete: » [Der Berufsverband katholischer Hausgehilfinnen] selbst vertraut offenbar auf die Einsicht und den guten Willen seiner möglichen Tarifpartner und hält auch deshalb den Arbeitskampf grundsätzlich nicht für erforderlich und sinnvoll. [...] Die Gleichheit der Mittel ist hier auch ohne Kampfbereitschaft gewahrt.« Eingebettet ist dieses Argument in eine Überlegung, die eine grundsätzliche Außenseiterstellung der Hausangestellten jenseits der »eigentlichen« Erwerbsarbeit behauptet: »Der Haushalt stellt nicht wie ein wirtschaftlicher Betrieb Güter mit der Absicht der Gewinnerzielung her, sondern hat völlig andere Aufgaben.« Und am Ende sichert sich das Bundesverfassungsgericht noch vermeintlich empirisch ab: »Weder die historische Entwicklung noch die gegenwärtige Lage ergeben einen Anhalt dafür, daß die beiden möglichen sozialen Gegenspieler von sich aus nur durch Arbeitskampf oder Drohung mit ihm die Arbeitsbedingungen befriedend regeln könnten.« Ob dies im Jahr der Entscheidung (1964) zutreffend war, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls für 2010 ist gezeigt worden, dass diese Annahme der empirischen Grundlage entbehrt: Hausangestellte werden zu einem nicht geringen Anteil in »systematischen Ausbeutungsmustern« beschäftigt, »wie sie im Bereich der geringfügigen Beschäftigung und Niedrig(st)löhne, der Familialisierung von Care-Arbeit sowie der Duldung graumeliertes Pflegearbeitsmärkte zu finden sind.«²²

Als Außenseiter*innen der Erwerbsarbeit sind die Hausangestellten notwendig auch Außenseiter*innen des Kollektivvertragssystems; die entsprechenden Organisationen können nicht die Mitgliedschaft und den Solidaritäts- und Durchsetzungswillen vorweisen, der erforderlich ist, um rechtliche Handlungsmacht zu legitimieren. Die Gewährleistung von Kollektivverhandlungsfreiheit für den »Berufsverband katholischer Arbeitnehmerinnen in der Hauswirtschaft« ist also nicht Zeichen einer Anerkennung als Gleiche. Sie lässt im Gegenteil die Anerkennung der grundsätzlichen Vergleichbarkeit von Hausangestelltenarbeit mit anderen Arbeitsverhältnissen gerade vermissen.²³

Hausangestellte sind seither ohnehin andere Wege der Solidarität und des kollektiven Handelns gegangen: Anstatt auf »Einsicht und den

- 22 Karin Gottschall/Manuela Schwarzkopf, Irreguläre Arbeit in Privathaushalten, 2010, S. 69 und passim. Eine ausführliche Auseinandersetzung mit dieser Rechtsprechung findet sich in Eva Kocher, Tariffähigkeit ohne Streikbereitschaft? – Funktionale Alternativen zur Arbeitskampfbereitschaft im Fall von Hausangestelltenvereinigungen, in: Jens Schubert (Hg.) Anforderungen an ein modernes kollektives Arbeitsrecht. Festschrift für Otto Ernst Kempen, 2013, S. 166 ff.
- 23 Ausführlich wird diese Argumentation ausgeführt in Eva Kocher, Die Ungleichbehandlung von Hausangestellten in der 24-Stunden-Pflege gegenüber anderen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern – eine Frage des Verfassungsrechts, in: Kirsten Scheiwe/Johanna Krawietz (Hg.) (K)Eine Arbeit wie

guten Willen« ihrer Arbeitgeber*innen zu vertrauen, haben sie sich global organisiert.²⁴ Die heutige »International Domestic Workers Federation« entstand aus einer Kooperation von Gewerkschaften und NGOs im Rahmen der ILO. Größter Erfolg dieses Bündnisses war das im Jahre 2011 durch die Internationale Arbeitsorganisation (ILO) verabschiedete Übereinkommen 189 über menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte (C-189 »Domestic Workers Convention«).²⁵ Dieses Abkommen stellt sich implizit gegen die Annahme, die »natürlichen Gegensätze« zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer seien in der Hausangestelltentätigkeit geringer. Sie soll gegen die besonderen Gefahren von Misshandlungen, Belästigungen und Gewalt schützen,²⁶ aber auch gegen die Gefahren eines Übergreifens der Erwerbsarbeitstätigkeit auf die Freizeit,²⁷ die sich gerade aus dem »privaten Charakter« des Arbeitsplatzes ergeben.

C. Solidarität und individuelle Rechte: ein Gegensatz?

Die Konstruktion des Schutzes in der Erwerbsarbeit als »Menschenrecht« ist allerdings wiederholt grundsätzlich kritisiert worden. Beispielhaft für diese Debatten stehen einerseits die Auseinandersetzungen um die Rolle des Menschenrechtsdiskurses für kollektive Kämpfe in der Erwerbsarbeit (I.) und andererseits die Diskussionen um die Bedeutung des Antidiskriminierungsrechts für ein soziales Europa (II.).

I. »Solidarity first«?

Erst im Jahre 2009 wurde im US-amerikanischen New Labor Forum wieder eine Kontroverse unter dem Titel »Solidarity First – Labor Rights

jede andere? Die Regulierung von Arbeit im Privathaushalt, 2014, S. 85 ff. (vgl. auch in diesem Band S. 191 ff)

- 24 Zu den Hintergründen im Recht der ILO und Entstehungsbedingungen siehe ausführlich Kirsten Scheiwe/Verena Schwach, »Decent work for domestic workers« – das Übereinkommen 189 der Internationalen Arbeitsorganisation, Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht 2012, 317.
- 25 Gemeinsam mit dem Übereinkommen wurde die Empfehlung betreffend menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte verabschiedet (R-201).
- 26 Siehe auch den Fall, der dem Urteil des BAG v. 22.8.2012 zugrunde lag (veröffentlicht in Arbeit und Recht 2012, 374) (hier wurde allerdings zunächst lediglich über die Frage (beendeter) Immunität eines Diplomaten entschieden).
- 27 Siehe dazu insbesondere die Regelungen der Art. 5, 6, 9 des ILO-Übereinkommens 189.

Are Not the Same as Human Rights« geführt.²⁸ Die These: Es bedeute das Ende der Gewerkschaftsbewegung »as we know it«, wolle man »Solidarität« als Anker für Gerechtigkeitsvorstellungen in der Erwerbsarbeit durch »individuelle Menschenrechte« ersetzen.²⁹ Zu den Zielen der Arbeiter*innenbewegung gehörten Demokratie am Arbeitsplatz und ökonomische Gerechtigkeit – und der Erreichung dieser Ziele erweise die Menschenrechtsdebatte einen Bärendienst. Die Menschenrechtsbewegung betrachte Recht als Ziel anstatt nur als Mittel und übersehe damit, dass die kollektive Repräsentation, der kollektive Zusammenschluss, gewerkschaftliches und betriebsrätliches Handeln wirksamere Mittel für die Durchsetzung von Beschäftigteninteressen im Betrieb sein könnten. Die Durchsetzung von Menschenrechten sei häufig ein Diskurs der Fürsorge gegenüber Opfern statt der Ermächtigung und der Förderung kollektiven Handelns.³⁰

II. Antidiskriminierungsrecht: Das trojanische Pferd einer marktradikalen EU?

In eine ähnliche Kerbe schlägt eine Kritik am EU-Antidiskriminierungsrecht, die dieses als anglo-amerikanisches Regelungsmodell bezeichnet, das mit einem sozialen Europa nicht vereinbar sei, wenn dieses nicht auf den Kerngehalt sozialpolitischer Strategien, die Orientierung auf Kollektivvereinbarungen und Solidarität, verzichten wolle. Jedenfalls sei Antidiskriminierungsrecht in kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen mit gut entwickeltem Sozialschutz entweder überflüssig oder es leiste einer Neuorientierung der Sozialpolitik vom Insiderschutz hin zu einem

- 28 Ausführlich zu dieser Debatte Eva Kocher, *Solidarität und Menschenrechte – Zwei verschiedene Welten?*, in: Helena Lindemann/Nina Malaviya/Alexander Hanebeck/Felix Hanschmann/Rainer Nickel/Timo Tohidipur (Hg.) *Erzählungen vom Konstitutionalismus*, 2012, S. 151 ff.
- 29 Jay Youngdahl, *Solidarity first. Labor Rights Are Not the Same as Human Rights*, *New Labor Forum* 18/Winter 2009, 31 ff. und 46 f.; dagegen Lance Compa, *Solidarity and Human Rights. A Response to Youngdahl*, *New Labor Forum* 18/Winter 2009, 38 ff.
- 30 Zusammenfassung der Argumente: Kevin Kolben, *Labor Rights as Human Rights?* *Virginia Journal of International Law*, 50/2009, 449 ff. Zur allgemeinen Kritik der Verrechtlichung politischer Prozesse: Rainer Erd, *Verrechtlichung industrieller Konflikte*, 1987; Klaus Moritz, *Begrenzung gewerkschaftlicher Politik durch Arbeitsrecht*, in: Rüdiger Voigt (Hg.) *Verrechtlichung*, 1980, S. 170, 181; Gunther Teubner, *Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege*, in: Friedrich Kübler (Hg.) *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität: vergleichende Analysen*, 1984, S. 289 ff.

bloßen Schutz von Zugangschancen (und sozialpolitischem Abbau) Vor-schub.³¹

III. Zum Beispiel: Rechte von Alleinerziehenden gegen Kollektivvereinbarung

Auf welche praktischen Fragen sich solche Befürchtungen beziehen, zeigt z.B. der Fortgang der Geschichte von K., die andere Arbeitszeiten wünschte: Dort hatte der Betriebsrat mit dem Arbeitgeber vor langer Zeit eine Lösung des Problems der »unbequemen Schichten« ausgehandelt; sie sollten formal unter allen Beschäftigten gleich verteilt werden. Anlässlich dieser Abrede entschied das Bundesarbeitsgericht anlässlich des Falls der alleinerziehenden Verkäuferin, dass solche Vereinbarungen immer auch die besonderen Anforderungen der Vereinbarkeit von Beruf und Familie mitdenken müsse.

Wenn auf diese Weise Individualrecht gegen Kollektivvereinbarung in Anschlag gebracht wird, handelte es sich keineswegs um einen unbedeutenden Eingriff in betriebliche Verhandlungen. Die an Betriebsräte gestellte Aufgabe ist schließlich gewaltig: Sie stehen in einer ständigen Machtauseinandersetzung mit dem Arbeitgeber, in der sie die Aufgabe haben, durch Solidarität soviel Gegenmacht wie möglich zu entwickeln. In einer solchen Situation kann es durchaus gute Gründe dafür geben, formale und gleiche Regeln aufzustellen, anstatt individuelle Konfliktlagen zu berücksichtigen. Deshalb ist es richtig, wenn das Bundesarbeitsgericht den Betriebsparteien für die bei der Abwägung der Einzel- und Kollektivinteressen einen Beurteilungsspielraum zuerkennt.

Dennoch wäre es wichtig, den gesellschaftlichen Interessen, die in solchen Individualrechten von Eltern repräsentiert sind, größere Wirksamkeit zu verschaffen.³² Denn Solidarität und kollektives Handeln haben insofern eine begrenzte Reichweite, als sie im Gegenmachtprinzip legiti-

- 31 Alexander Somek, *Engineering Equality. An Essay on European Anti-Discrimination Law*, 2011; vgl. auch die Beschreibung bei Thomas Blanke/Bettina Graue, *Das Gleichheitskonzept der EU-Antidiskriminierungs-Richtlinien*, in: Wolfgang Däubler/Martin Bertzbach (Hg.) *AGG. Kommentar*, 3. Aufl. 2013, Einl. IV, Rn. 238 (sie wenden sich aber nicht gegen das AGG). Zu dieser Debatte ausführlich Dagmar Schiek, *Zwischenruf: Den Pudding an die Wand nageln? Überlegungen zu einer progressiven Agenda für das EU-Anti-Diskriminierungsrecht*, *Kritische Justiz* 2014, 396 ff.
- 32 Das BAG greift hier zu kurz, wenn es aus dem Fehlen von Anhaltspunkten für eine gezielte Diskriminierung schon schließt, dass die Interessen der Klägerin hinreichend berücksichtigt worden seien (BAGE 129, 56 (16.12.2008) (Fn. 10).

miert sind, d.h. ausschließlich durch das »vertikale« Ungleichgewichtsverhältnis zwischen Arbeitnehmer*innen und Arbeitgeber*innen. Das Antidiskriminierungsrecht³³ muss deshalb als eigenständiges Paradigma Interessen schützen, die im Kollektiv der Arbeitnehmer- oder auch der Arbeitgeberkoalition nicht notwendig schon aufgehoben sind.³⁴ Diese »horizontalen« Verteilungskonflikte unter den Beschäftigten stellen eine dritte Dimension des Arbeitsrechts dar.³⁵ Diese Dimension wird jedoch aktuell überwiegend über Individualrechte mobilisiert.

D. Inklusive Solidarität durch Recht?

Es ist also kein Zufall, wenn die geschlechtertheoretische Vermessung des Feldes der Erwerbsarbeit bisher häufig in einem kritischen Verhältnis zum kollektiven Handeln von Gewerkschaften und Betriebsräten steht, diesem Gleichbehandlungsrechte als individuelle subjektive Rechte entgegenstellt und Kollektivvereinbarungen als Hindernisse identifiziert. Aber gibt es nicht auch Wege, die »dritte Dimension« des Arbeitsrechts in einer Weise ins Spiel zu bringen, die Kollektiv- und Solidaritätsprinzipien fortsetzt? Verfolgt nicht auch Antidiskriminierungspolitik gesellschaftlich transformative Zielsetzungen, die zwar nicht auf soziale Umverteilung im engeren Sinn, aber durchaus auf sozialpolitische Anliegen abzielen?³⁶

I. Formen spezifischer Repräsentation

Das geltende Antidiskriminierungsrecht der Europäischen Union thematisiert das Problem an etwas versteckter Stelle: Die Anwendungsbereiche der Antidiskriminierungsrichtlinien erstrecken sich durchweg auch

- 33 Zur Relevanz des Antidiskriminierungsrechts im vorliegenden Fall siehe z.B. Eva Kocher/Henning Groskreutz/Ghazaleh Nassibi/Christian Paschke/Susanne Schulz/Felix Welti/Johanna Wenckebach/Barbara Zimmer, *Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie*, 2013, S. 79 ff.; das BAG hatte sich allerdings vor allem auf Art. 6 GG gestützt (Recht auf Familie).
- 34 So auch Thomas Dieterich, *Bindung der Tarifvertragsparteien an den Gleichheitssatz*, *Recht der Arbeit* 2001, 112, 116 ff. für die Legitimation der Inhaltskontrolle von Tarifverträgen am Gleichheitssatz.
- 35 Guy Mundlak, *The Third Function of Labour Law: Distributing Labour Market Opportunities among Workers*, in: Guy Davidov/Brian Langille (Hg.) *The Idea of Labour Law*, 2011, S. 315 ff.; siehe auch schon Franz Gamillscheg, *Die Solidarität als Rechtsbegriff*, in: Georg Wannagat/Wolfgang Gitter (Hg.) *Festschrift für Erich Fechner zum 70. Geburtstag*, 1973, S. 135 ff.
- 36 Schiek (Fn. 31).

auf »die Mitgliedschaft und Mitwirkung in einer Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberorganisation oder einer Organisation, deren Mitglieder einer bestimmten Berufsgruppe angehören, einschließlich der Inanspruchnahme der Leistungen solcher Organisationen«. ³⁷ Soweit ersichtlich, sind diese Regeln aber noch nicht unmittelbar praktisch geworden.

Im Gleichstellungsrecht sind seit langem darüber hinaus Konzepte für eine spezifische Repräsentation vergeschlechtlicher Interessen oder Perspektiven entwickelt worden. ³⁸ Es handelt sich zum einen um den Ansatz, die Präsenz von Frauen (bzw. manchmal auch von Männern) dort zu erhöhen, wo sie »unterrepräsentiert« sind (siehe z.B. § 15 Abs. 2 BetrVG: »Das Geschlecht, das in der Belegschaft in der Minderheit ist, muss mindestens entsprechend seinem zahlenmäßigen Verhältnis im Betriebsrat vertreten sein, wenn dieser aus mindestens drei Mitgliedern besteht.«). Zum anderen wird manchmal die Berücksichtigung bzw. Repräsentation vergeschlechtlicher Interessen vorgeschrieben. So ist den Betriebsräten mittlerweile die Aufgabe übertragen, »die Durchsetzung der tatsächlichen Gleichstellung von Frauen und Männern [...]« sowie »die Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit zu fördern« (§ 80 Abs. 1 Nr. 2a) und b) BetrVG); das Gesetz regt auch betriebsrätliches Handeln im Gleichstellungsinteresse an (§§ 81 ff., 92 Abs. 3 BetrVG).

Ohne spezifische Kompetenzen in der Wahrnehmung vergeschlechtlicher Verhältnisse, ohne spezifische Institutionen und Zuständigkeiten ändert dies in der Praxis jedoch wenig bzw. diese nur sehr langsam. Spezifische Organisationen vergeschlechtlicher Interessen leiden hingegen – mangels hinreichender Macht – meist unter schwacher Organisations- und Durchsetzungsfähigkeit. ³⁹ Ein potenzieller Wettbewerb zu den Gewerkschaften, Betriebs- oder Personalräten schadet auch in der Praxis mehr als er hilft. ⁴⁰ Je stärker das Gleichbehandlungsinteresse als »öffentliches Interesse« konstruiert wird, desto weiter weg gerät es von Solidarität »mit anderen«. ⁴¹

37 Art. 14 Abs. 1 Buchst. d) der Richtlinie 2006/54/EG; Art. 3 Abs. 1 Buchst. d) der Richtlinie 2000/43/EG; Art. 3 Abs. 1 Buchst. d) der Richtlinie 2000/78/EG; im deutschen Recht siehe § 2 Abs. 1 Nr. 4 AGG.

38 Für eine ausführliche Analyse in demokratietheoretischer Perspektive siehe auch schon Eva Kocher, *Geschlechterdifferenz und Staat*, Kritische Justiz 1999, 182 ff (in diesem Band S. 49 ff).

39 Historisch vgl. auch Brigitte Kerchner, *Beruf und Geschlecht. Frauenberufsverbände in Deutschland 1848–1908*, 1992.

40 Iris Bednarz-Braun/Kirsten Bruhns, *Personalpolitik und Frauenförderung im öffentlichen Dienst. Gleichberechtigungsgesetze zwischen Anspruch und Alltag*, 1997.

41 Zum »Gruppendenken« vgl. Iris Young, *Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship*, *Ethics* 99/1988/1989, 250.

II. Antidiskriminierungsrechtliche Instrumente der Inklusion

Ein anderer Weg, inklusive Solidarität anzustoßen, führt über Verfahren, die zur Transformation der Geschlechterverhältnisse, der Integration von Minderheiten und einer entsprechenden Transformation des Arbeitslebens beitragen könnten. Das Ziel wären »gleichwertige Rechte«, also gestaltende Rechte, die Exklusionsdynamiken der Erwerbsarbeit sowie der imaginierten Kollektivitäten aufheben und inklusive Dynamiken entwickeln könnten.⁴²

Als Instrumente sind proaktive Verpflichtungen und »positive/affirmative action« zu nennen,⁴³ aber auch andere »innovative Governance-Arrangements« wie z.B. »Gender Mainstreaming«, die besser geeignet wären als individueller Rechtsschutz, um gesellschaftlichen Wandel herbeizuführen.⁴⁴ Besonders interessant scheint der antidiskriminierungsrechtliche Ansatz der »angemessenen Vorkehrungen«, der ein Recht auf Berücksichtigung von Differenz, auf Inklusion und Barrierefreiheit formuliert.⁴⁵ Er könnte genutzt werden, um vergeschlechtlichte hegemoniale Strukturen, die Insider*innen- oder Outsider*innen-Positionen zuweisen, in Frage zu stellen.⁴⁶

Die Gestaltung des Verfahrens als »offenen Suchprozess« – durchaus im Einzelfall – spielt hierbei eine zentrale Rolle;⁴⁷ auch hierfür bedarf es jedoch geeigneter Akteurinnen und Akteuren.

III. Die Grenzen des Rechts

Wer aber könnte inklusive Solidarität und kollektives Handeln durchsetzen, welche Akteur*innen könnten inklusive kollektive Willensbildungsprozesse, Mitgliedschaftsstrukturen und entsprechende imaginierte

42 Drucilla Cornell, Gender, Geschlecht und gleichwertige Rechte, in: Seyla Benhabib/Judith Butler/Drucilla Cornell/Nancy Fraser (Hg.) *Der Streit um Differenz*, 1993, S. 80 ff.; zur Debatte siehe Kocher (Fn. 37).

43 Sandra Fredman, *Human Rights Transformed*, 2008; Christopher McCruden, *Rethinking Positive Action*, *Industrial Law Journal* 19/1986, 219 ff.

44 Schiek (Fn. 31).

45 Zur Bedeutung jenseits des Behindertendiskriminierungsschutzes siehe Eva Kocher/Johanna Wenckeback, § 12 AGG als Grundlage für Ansprüche auf angemessene Vorkehrungen, *Soziales Recht* 2013, 17 ff.

46 Für eine Perspektive aus der Sicht von Alleinerziehenden: Eva Kocher, *Das Andere des Arbeitsrechts*, *Arbeit und Recht* 2016, 334 ff (in diesem Band S. 128 ff).

47 Kocher/Groskreutz/Nassibi/Paschke/Schulz/Welti/Wenckeback/Zimmer (Fn. 34) S. 131 ff.; 196 ff.; 332 ff.; Eva Kocher, *Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie. Eine prozedurale Betrachtung von*

kollektive Selbstbilder vorantreiben? Die Frage verweist auf das Recht als Handlungssystem. Die emanzipatorischen Chancen, die dem Recht zukommen können, entfalten sich gerade in privatrechtlich geprägten Bereichen nur, wenn das Recht von widerständigen Personen in Gebrauch genommen wird. Arbeitsrechtlicher »Schutz« ist deshalb in seiner Konstruktion keineswegs Bevormundung, sondern umgekehrt ein Angebot, sich zu wehren, sowie eine Chance, die eigenen Interessen in einer gesellschaftlichen Gerechtigkeitsvorstellung zu verankern.

Wie schafft man aber eine Wirklichkeit für den Gebrauch des Rechts in sozialen Situationen, in denen niemand sich wehren mag, wie z.B. in Betrieben, in denen es keinen Betriebsrat gibt, kein*e Gewerkschaftsfunktionär*in sich blicken lässt? Prekarität und fehlende Interessenvertretungsstrukturen bedingen sich nicht zufällig wechselseitig. Welche zentrale Bedeutung dem widerständigen und kollektiven Handeln aber auch dort zukommt, zeigt die Praxis der behördlichen Rechtsdurchsetzung, die auch in Deutschland zunehmend eingesetzt wird, wo es an solidarischem Handeln und individueller Rechtsdurchsetzung typischerweise fehlt, d.h. in der prekären Erwerbsarbeit oder genauer: im Rahmen von Mindestlohnfestsetzungen. Auch die behördlichen Kontrollen sind darauf angewiesen, dass am Ende jemand bereit ist, den eigenen Namen und die eigene Person als Zeug*in oder Betroffene offen zu legen und ins Spiel zu setzen.⁴⁸ Selbst das Übereinkommen, das durch die Hausangestelltenorganisationen erstritten wurde, ändert erst dann etwas an der Arbeit von Hausangestellten, wenn es in Gebrauch genommen und angerufen wird.

Individuelle Rechte können transformative Situationen schaffen. Sie benötigen aber widerständige, autonome, freie Individuen, die Zorn hervorrufen – und ihre Angst überwinden.⁴⁹ Solidarität und Kollektivautonomie bieten in der Erwerbsarbeit einen Rahmen hierfür. Es ist aber noch ein weiter Weg, bis sie inklusiv funktionieren – und das Antidiskriminierungsrecht könnte mit Verfahren und angemessenen Vorkehrungen hierbei beschleunigend wirken, indem es konkrete Verbindungen zwischen solidarischen Beschäftigten herstellt.

Anpassungs- und Finanzierungsansprüchen für Übergangssituationen, Leviathan 41/2013, 457 ff. (in diesem Band S. 170 ff).

- 48 Für ein Beispiel (Entgeltprüfung in der Heimarbeit): Heide Pfarr/Eva Kocher Kollektivverfahren im Arbeitsrecht. Arbeitnehmerschutz und Gleichberechtigung durch Verfahren, 1998, S. 149 ff.
- 49 Andrea Maihofer, Freiheit – Selbstbestimmung – Autonomie, erschienen im selben Band wie dieser Aufsatz, d.h. in Baer/Sacksofsky (Hrsg.), 2018 (Fn. 1), S. 31 ff, S. 49 ff.

