

Arbeitsrecht nach 40 Jahren – ein Rückblick

von Wolfgang Däubler

1. Ein Anruf in Bremen

Helga Nielebock hat in den 1970-er Jahren in Bremen Jura studiert und sich Arbeitsrecht als Schwerpunkt ausgesucht. Wenn sie nunmehr mit einer Festschrift geehrt wird, kann ich eine klamm-heimliche Freude nicht unterdrücken. Die viel geschmähte einphasige Juristenausbildung stand einer erfolgreichen Laufbahn ersichtlich nicht im Wege – auch eine Hamburger Generalstaatsanwältin und einen Präsidenten des Bundessozialgerichts findet man unter den Absolventen jener Zeit.

Nun sind seither rund 40 Jahre vergangen, und in der Erinnerung tauchen Vorgänge auf, die aus einer anderen Welt zu stammen scheinen. Eines Tages erhielt ich einen Anruf des IG Metall – Bezirksleiters von Baden-Württemberg. Es ging um einen 55-jährigen Kollegen, der seinen Kündigungsschutzprozess verloren hatte. Stein des Anstoßes und Grund der Kündigung war die Tatsache gewesen, dass er sich über die IG Metall an die Gewerbeaufsicht gewandt und sie um Prüfung gebeten hatte, ob seine Arbeit nicht gesundheitsschädlich sei: Er musste Kunststoffbeschichtungen von Blechen lösen und dabei war eine Reizung der Nasen- und Rachenschleimhäute sowie der Augen aufgetreten. Die Einschaltung eines Betriebsingenieurs war ohne Ergebnis geblieben. Der Arbeitgeber war der Auffassung, durch die Anrufung der Gewerbeaufsicht sei die Grundlage für eine weitere vertrauensvolle Zusammenarbeit zerstört und sprach eine verhaltensbedingte Kündigung aus. Sie wurde vom LAG Baden-Württemberg mit der Begründung bestätigt, es habe auch andere Wege gegeben, sich der Gesundheitsgefährdung zu entziehen.¹ Der Bezirksleiter Franz S. hatte dieses Urteil öffentlich als „Schandurteil“ bezeichnet. Dies brachte ihm ein Verfahren wegen Beleidigung des Gerichts ein. Er hatte nun verschiedene Juristen gefragt, die genau wie

¹ LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 20.10.1976 – 6 Sa 51/76 - KJ 1979, 323 mit Anm. Janzen = LAGE § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 2 = EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 8 mit Anm. Weiss

ich der Meinung waren, höchstwahrscheinlich werde es zu einer Verurteilung kommen. Dafür sprach das, was man umgangssprachlich als „Krähenprinzip“ bezeichnet. Außerdem gab es aus den fünfziger Jahren eine BGH-Entscheidung, wonach die Bezeichnung als „Terrorurteil“ strafbar war – so schrecklich weit waren die Ausdrücke „Terror“ und „Schande“ damals nicht auseinander.

Nun hatte der Bezirksleiter eine Idee. Es war damit zu rechnen, dass er ein Geldstrafe von vielleicht 100,- oder 150,- DM, „ersatzweise“ fünf Tage Haft bekommen würde. Um das „ersatzweise“ ging es ihm. Er wollte die Geldstrafe nicht bezahlen und stattdessen fünf Tage ins Gefängnis gehen.² Ein Bezirksleiter steht zu seiner Überzeugung und geht in den Knast – das hätten die Mitglieder und das hätte die Öffentlichkeit wahrgenommen. Natürlich hätten einige wenige dieses Verhalten missbilligt, aber die allermeisten hätten es gut gefunden. Und insbesondere: Auf eine Organisation, deren „Kopf“ so etwas macht, ist Verlass. Da kämpft einer für das, was er für richtig hält.

Weshalb ich diese Geschichte erzähle? Ich kann mir beim besten Willen nicht vorstellen, dass ein Michael Sommer oder ein Detlef Wetzels auf eine solche Idee käme. Sie würden schon das Wort „Schandurteil“ nicht in den Mund nehmen, denn das gehört sich nicht. „Angreifbar“ würden sie das Urteil nennen oder „sozial unverträglich“. Vielleicht hätten sie sogar einen Pressereferenten, der das „v“ wegließe und von „sozial unerträglichem“ Urteil sprechen würde (Das „Versehen“ wäre im Ernstfall verzeihlich). Dies wäre aber die höchste Art der Missbilligung. Man würde nach dem BAG und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte rufen, die dafür zuständig sind, die gute Ordnung wieder her zu stellen.

Die gewerkschaftliche Welt ist also eine andere als damals geworden. Natürlich ist dies nur eine Art anekdotischer Evidenz, aber wenn man alle Argumente der Gewerkschaftsforscher aufnehmen und wiedergeben wollte, wäre ein mittelgroßes Buch unvermeidbar.

² Dies ließ sich nicht realisieren, weil zuerst eine Gehaltspfändung wegen der Geldstrafe erfolgt wäre, die zur effektiven Bezahlung geführt und so die Ersatzfreiheitsstrafe nicht zur Wirkung gebracht hätte. Die Frage wurde nicht spruchreif, weil der Kollege Franz S. zu unserer Überraschung freigesprochen wurde.

2. Die Klage über den Abbau sozialer Rechte

Hat sich dieser Wandel auch im Arbeitsrecht vollzogen? Helga Nielebock hatte in ihrer gesamten beruflichen Laufbahn mit Arbeitsrecht zu tun – erst in der Anwendung, später dann an strategisch wichtiger Stelle, wo das Gespräch mit den Mächtigen eine zentrale Rolle spielte. Die ganz herrschende Auffassung in den DGB-Gewerkschaften und ihrem Umfeld wäre: Ja, es hat seit den 1970-er Jahren einen Abbau sozialer Rechte gegeben, unterbrochen durch Phasen relativer Kontinuität oder leichter Verbesserungen wie etwa während der ersten Schröder-Regierung 1998 – 2002. Außerhalb der Gewerkschaften wird die Abbau-These noch viel nachhaltiger vertreten. Gleichzeitig haben die DGB-Gewerkschaften – so die zweite Aussage - mit viel Glück und Geschick Schlimmeres verhütet. Ich kann beides so nicht stehen lassen. Die Dinge sind differenzierter.

2.1 Aufbau von Schutznormen

Der Gesetzgeber hat - beginnend mit dem BetrVG 1972 – in den letzten 40 Jahren zahlreiche Vorschriften erlassen, die die Situation der abhängig Beschäftigten verbessert haben. Einiges davon – aber beileibe nicht alles – war durch EU-Richtlinien initiiert, die im Regelfall aber auch nicht gegen das Votum der deutschen Regierung zustande gekommen waren. In der Regel blieb es allerdings hinter den Reformforderungen des DGB zurück. Nur in Stichworten:

Das AÜG von 1972 hat den Wildwuchs der Leiharbeit begrenzt und diese durch die Drei-Monats-Frist für die einzelnen Einsätze auf ihren eigentlichen Sinn beschränkt: Bei Ausfällen und Auftragsspitzen muss Personal bereit stehen, das einspringt. Was später daraus gemacht wurde, wird uns weiter unten beschäftigen.

Das BetrAVG von 1974 hat die betriebliche Altersversorgung stabilisiert und durch die Anerkennung der Unverfallbarkeit die Lebensplanung vieler Menschen erleichtert. Auch die Dynamisierung der Renten war ein Fortschritt für die Betroffenen.³

Das Mitbestimmungsgesetz von 1976 hat die Zahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat erhöht, was im Einzelfall auch mit stärkerem Einfluss verbunden sein kann.

³ Eher kritische Würdigung bei Höfer, DB 2018, 61

Von „Parität“ kann allerdings nicht die Rede sein.

Das Bundesdatenschutzgesetz von 1977 brachte – wenn auch ohne ausdrückliche Bezugnahme – eine Absicherung von abhängig Beschäftigten gegen ein Übermaß an Kontrolle und heimlicher Herrschaftsausübung.

Das Arbeitnehmerentsendegesetz von 1996 schuf einen Mindestschutz bei Fällen der Entsendung aus (europäischen) „Billig-Lohn-Ländern“ ins Inland. Ohne seine Regelungen und die nachfolgende EG-Richtlinie hätte ein hemmungsloses soziales Dumping Platz gegriffen. Dieses wurde gebremst, freilich nicht beseitigt.

Das Teilzeit- und Befristungsgesetz von 2000 brachte neben den Benachteiligungsverboten seines § 4 den Anspruch auf Reduzierung der Arbeitszeit.

Die Schuldrechtsmodernisierung von 2001 erstreckte die AGB-Kontrolle grundsätzlich auf Arbeitsverträge. Dies brachte in der Rechtsprechung der folgenden Jahre eine deutliche Intensivierung der Inhaltskontrolle und auch einige weitere Verbesserungen.

Das AGG von 2006 erweiterte die Diskriminierungsverbote und bezog insbesondere das Alter mit ein. Die reichhaltige Rechtsprechung macht deutlich, dass es sich nicht um ein „law in the books“ handelt.

In beträchtlichen Teilen des Arbeitsrechts ist die Rechtsprechung wichtiger als die Gesetzgebung. Die Preisgabe der Kernbereichslehre durch das BVerfG⁴ war eine ganz wesentliche Weichenstellung, deren Wirkungen sich erst im Laufe der Jahre bemerkbar machten. Zahlreiche gewerkschaftliche Betätigungsrechte können nicht mehr daran scheitern, dass sie nicht „unerlässlich“ für die gewerkschaftliche Interessenvertretung sind. Grenzen ergeben sich erst aus Gegenrechten des Arbeitgebers. Von daher fanden Kampfmittel wie der Solidaritätsstreik⁵ und der Flashmob⁶ grundsätzliche Anerkennung. Auch das gewerkschaftliche Zugangsrecht zum Betrieb ist als Prinzip auf diese Weise

⁴ BVerfG 14.11.1995 – 1 BvR 601/92 - BVerfGE 93, 352.

⁵ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 – AP Nr. 173 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁶ BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08 – NZA 2009, 1348, Verfassungsbeschwerde zurückgewiesen durch BVerfG 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09 – NZA 2014, 493.

gesichert, obwohl es über zehn Jahre dauerte, ehe das BAG Gelegenheit erhielt, seine frühere Rechtsprechung aufgrund der geänderten Vorgaben aus Karlsruhe zu revidieren.⁷

2.2 Abbau von Schutznormen

Wer sich auf die genannten Rechtsgrundlagen (und beispielsweise auch auf die im selben Zeitraum geschaffene Elternzeit) berufen kann, steht unzweifelhaft besser da als seine Vorgänger im Jahre 1971. Nur liegt die Schwierigkeit darin, dass sich in der Praxis nicht jeder auf diese Rechte berufen kann. Dies gilt insbesondere für prekär Beschäftigte und für Arbeitnehmer in Kleinbetrieben.

Es begann mit der Befristung. Das Beschäftigungsförderungsgesetz von 1985 brachte in Form der einmaligen sachgrundlosen Befristung die erste Erleichterung für die Arbeitgeberseite. Die Erweiterung auf zwei Jahre, die in vier Abschnitte unterteilt werden dürfen, durch das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz von 1996 verbesserte ihre Möglichkeiten noch mehr; auch durch das Teilzeit- und Befristungsgesetz hat sich daran nichts geändert. Die Probezeit kann so auf zwei Jahre ausgedehnt werden. Manchmal dauert sie auch länger, weil sich allemal ein sachlicher Grund findet, um noch ein oder zwei Jahre draufzusetzen. Selbst die Einhaltung dieser höchst großzügigen Bedingungen ist nicht gesichert. Ursache ist einmal eine praktisch nie problematisierte Rechtsprechung. Danach hat der Betriebsrat kein Recht, seine Zustimmung zur Einstellung nach § 99 BetrVG mit der Begründung zu verweigern, die Befristung verstoße gegen geltendes Recht.⁸ Zum ändern ist eine Gegenwehr des Befristeten typischerweise nicht zu erwarten, solange er hofft, eine Verlängerung zu bekommen. Erfolgt diese nicht, kann nur die letzte Befristung auf ihre sachliche Rechtsfertigung hin überprüft werden. Alle früheren Befristungen gelten als wirksam, da die Drei-Wochen-Frist des § 17 Satz 1 TzBfG dann längst abgelaufen ist. Ein juristisch gut beratener Arbeitgeber kann so „Befristungskarrieren“ zimmern, an deren Ende ein „narrensicherer“ sachlicher Grund steht.

Nicht besser geht es den Leiharbeitnehmern. Auch ihre Rechtsstellung ist verschlechtert worden, insbesondere durch Hartz I.⁹ Ihr Einsatz war nun unbefristet möglich, eine Reihe

⁷ BAG 28.2.2006 – 1 AZR 460/04 – NZA 2006, 798

⁸ BAG 16.7.1985 – 1 ABR 35/83 – NZA 1986, 163

⁹ Erstes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt v. 23.12.2002, BGBl I S. 4607

arbeitsvertraglicher Absicherungen wie das Synchronisationsverbot wurden abgeschafft. Das neue geschaffene Gebot von Equal Pay und Equal Treatment war unter den gegebenen Umständen nur eine schöne Deklaration, da von vorne herein klar war, dass es Tarifverträge auf dem bisherigen Niveau an Löhnen und Arbeitsbedingungen geben würde. Dass sich die DGB-Gewerkschaften darauf eingelassen haben, war eine Entscheidung von großer strategischer Bedeutung: Tarifverträge wurden zum ersten Mal auf breiter Front als Mittel zur Verschlechterung des gesetzlichen Standards eingesetzt. Die elementare Erkenntnis „Tarifverträge schützen – Tarifverträge nützen“¹⁰ wurde für eine immer größer werdende Gruppe von Beschäftigten in der Alltagspraxis widerlegt, ja in sein Gegenteil verkehrt.¹¹ Was im Bereich Leiharbeit geschah, war nicht mehr vergleichbar mit den anderen Fällen, in denen von gesetzlichen Vorgaben zu Lasten der Arbeitnehmer abgewichen wurde: Kürzere Kündigungsfristen nach § 622 Abs. 4 BGB und längere Arbeitszeiten nach § 7 Abs. 1 lit. a ArbZG waren immer durch Gegenleistungen der Arbeitgeberseite erkaufte worden. Davon konnte bei der Leiharbeit jedenfalls am Anfang keine Rede sein. Sieht man einmal von der relativ kleinen Gruppe von Leiharbeitnehmern ab, die bei den großen Automobilwerken langfristig eingesetzt werden und die sich Equal Pay annähern, haben sich die DGB-Gewerkschaften bei allen übrigen jede Sympathie verscherzt. Im Rahmen einer Aktion, die von einer Fernsehsendung ausgelöst wurde, habe ich ca. 500 Mails von Leiharbeitern erhalten; in jedem zweiten stand, dass „uns die Gewerkschaften verraten und verkauft“ haben.

Die Rechtsprechung hat ähnlich wie bei der Befristung Flankenschutz gegeben. Es kann ja Fälle geben, in denen die Tarifverträge unwirksam sind oder im konkreten Fall nicht eingehalten werden. Auch hier hätte man sich vorstellen können, dass die Betriebsräte ihr Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 14 Abs. 3 Satz 1 AÜG in Verbindung mit § 99 BetrVG ausgeschöpft und die Beschäftigung zu rechtswidrigen Bedingungen verhindert hätten. Doch dies war nun mal nicht so: Die Rechtsprechung gab ein Zustimmungsverweigerungsrecht nur dann, wenn die Beschäftigung als solche rechtswidrig war, nicht aber dann, wenn der Gesetzes- oder Tarifverstoß „nur“ die Lohnhöhe oder einzelne Arbeitsbedingungen betraf.¹²

¹⁰ So der Titel einer Aufsatzreihe von Hermann Unterhinninghofen in AiB 1998, 674; 1999, 137, 205, 384, 440, 495

¹¹ Zyniker hätten sagen können: „Tarifverträge plagen, Tarifverträge schaden“.

¹² BAG 1.6.2011 – 7 ABR 117/09 – NZA 2011, 1435

Die Soloselbständigen als dritte Gruppe der prekär Beschäftigten haben in der Anfangszeit der ersten Schröder-Regierung eine gewisse Aufmerksamkeit erfahren. Mithilfe von gesetzlichen Vermutungsregeln sollten die meisten von ihnen in die gesetzliche Sozialversicherung einbezogen werden.¹³ Vom Ansatz her war dies berechtigt, in der rechtstechnischen Ausführung jedoch völlig missglückt, so dass der Gesetzgeber die Regelung zunächst „entschärfte“¹⁴ und später zum Status quo ante zurückkehrte.¹⁵ Eine Reihe von Arbeitsrechtsnormen ist für die Soloselbständigen anwendbar, die von einem einzelnen Auftraggeber wirtschaftlich abhängig und die deshalb arbeitnehmerähnliche Personen sind. In bestimmten Gesetzen ist dies ausdrücklich angeordnet – so etwa in § 2 Aatz 2 BUrtG, in § 2 Abs. 2 Nr. 3 ArbSchG, in § 6 Abs. 1 Nr. 3 AGG und in § 12a TVG. In anderen fehlt ein ausdrücklicher Hinweis. Besonderes Interesse verdient eine Entscheidung zum nachvertraglichen Wettbewerbsverbot. Dort schrieb das BAG¹⁶ den bedeutungsvollen Satz nieder „Wegen des mit kaufmännischen Angestellten vergleichbaren Schutzbedürfnisses (müssen die §§ 74 ff. HGB) auch auf wirtschaftlich abhängige freie Mitarbeiter Anwendung finden.“¹⁷ Das Abstellen auf den Schutzbedarf könnte auch andere wichtige arbeitsrechtliche Vorschriften erfassen: Hat nicht eine arbeitnehmerähnliche Person ein vergleichbares Interesse wie ein Arbeitnehmer an dem Erhalt ihres Arbeitsplatzes? Gilt dies nicht insbesondere auch für schwerbehinderte Personen? Benötigen nicht auch Arbeitnehmerähnliche die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall? Müssten sie nicht genauso wie die Spezialgruppe der Heimarbeiter, die überwiegend für einen bestimmten Betrieb tätig sind, in die Betriebsverfassung einbezogen werden? Alle diese Fragen wurden im Ergebnis verneint. Die wichtigsten arbeitsrechtlichen Vorschriften bleiben weiterhin unanwendbar. Anders als in der genannten Entscheidung hatte das BAG später sogar Bedenken dagegen, das Verbot der Benachteiligung wegen Ausübung eines Rechts nach § 612a BGB auf arbeitnehmerähnliche Personen zu erstrecken; es zog einen Rückgriff auf die allgemeine Norm des § 138 BGB vor.¹⁸ Auch dies lässt sich als „Abbau“ qualifizieren.

Einen geminderten Status hatten seit jeher die Arbeitnehmer, die in einem Kleinbetrieb beschäftigt waren (und sind). Die Wahl von Betriebsräten setzt nach § 1 BetrVG mindestens fünf ständig beschäftigte Arbeitnehmer voraus, das Kündigungsschutzgesetz

¹³ § 7 Abs. 4 SGB IV in der Fassung des Gesetzes vom 19.12.1998, BGBl I S. 3843

¹⁴ Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit vom 20.12.1999, BGBl 2000 I S. 2

¹⁵ Zweites Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12.2002, BGBl I S. 4621 – Hartz II

¹⁶ 21.1.1997 – 9 AZR 778/95 - DB 1997, 1979

¹⁷ Grundsätzlich zustimmend Bauer/Diller, Wettbewerbsverbote, 6. Aufl. 2012, Rn. 1118

¹⁸ BAG 14.12.2004 – 9 AZR 23/04 - NZA 2005, 637

verlangt in § 23 Abs. 1 mehr als zehn Arbeitnehmer; zu früheren Zeiten lag die Grenze auch hier bei fünf. Typischerweise sind Betriebe in Kleinunternehmen auch nicht von Tarifverträgen erfasst; ein Streik ist schwer vorstellbar. Das kollektive Arbeitsrecht ist praktisch inexistent, der Kündigungsschutz entscheidend geschwächt, weil der Basiskündigungsschutz, den das BVerfG aus Art. 12 Abs. 1 GG ableitet,¹⁹ von den Arbeitsgerichten eher restriktiv gehandhabt wird.²⁰ Sieht man einmal vom Mutter- und vom Schwerbehindertenschutz ab, die auch hier eingreifen, so stellt sich die Situation ähnlich dar wie einstens die allgemeinen Arbeitsrechts-Regeln im Kaiserreich. Der Fortschritt ist hier nicht angekommen. Dem gegenzusteuern hat die Rechtsprechung bislang nicht ernsthaft versucht.

2.3 Selektiver Charakter des Auf- und des Abbaus

Es fällt auf, dass die ganzen hier überblicksartig beschriebenen Verschlechterungen nur „Randgruppen“ betreffen, denen entscheidende Elemente des Normalarbeitsverhältnisses fehlen. Sie haben keinen oder nur einen beschränkten rechtlichen Bestandsschutz (Befristete), sie können beliebig, auch auf weit entfernte und sehr anstrengende Arbeitsplätze versetzt werden und sind schlechter bezahlt als andere (Leiharbeitnehmer), sie haben keinen wirklichen Bestandsschutz und können von einem Tag auf den anderen „beschäftigungslos“ gestellt werden (Soloselbständige), oder sie sind faktisch vom kollektiven Arbeitsrecht und auch vom Kündigungsschutz ausgeschlossen (Arbeitnehmer in Kleinbetrieben). Für diese vier Gruppen gab es in der Tat einen „Abbau sozialer Rechte“, was am deutlichsten bei den Befristeten und den Leiharbeitnehmern war, aber auch die Soloselbständigen und die Beschäftigten in Kleinbetrieben nicht verschonte. Insbesondere der durchweg fehlende Bestandsschutz führt dazu, dass die oben beschriebenen schönen neuen Rechte für diese Beschäftigten nicht zur Wirkung kommen: Eine befristet beschäftigte Frau, die sich wegen zu geringer Entlohnung auf das AGG beruft, ein Leiharbeitnehmer, der sich auf die Rechtswidrigkeit bestimmter Klauseln in seinem Arbeitsvertrag beruft, ein Soloselbständiger, der von seinem Hauptauftraggeber vier Wochen bezahlten Erholungsurlaub verlangt, ein Arbeitnehmer aus einem Kleinbetrieb, der die Verletzung des Datenschutzes rügt – das alles sind Fabelwesen, die im einen oder anderen juristischen Lehrbuch aus didaktischen Gründen auftauchen

¹⁹ BVerfG 17.1.1998 – 1 BvL 22/93 – NZA 1998, 470

²⁰ S. etwa BAG 25.4.2001 – 5 AZR 360/99 – NZA 2002, 87; weitere Rechtsprechung bei Däubler/Deinert/Zwanziger-Däubler, Kündigungsschutzrecht, 10. Aufl. 2017, § 242 BGB Rn. 27

mögen, die es aber in der Wirklichkeit nicht gibt. Auf dem Arbeitsmarkt existiert eine Zweiteilung. Auf der einen Seite stehen die „Voll-Arbeitnehmer“, denen im Prinzip alle arbeitsrechtlichen Befugnisse zustehen, auch die in den letzten Jahren entstandenen. Auf der anderen Seite gibt es die „Ausgegrenzten“, denen bestimmte Rechte fehlen und die genau deshalb auch die anderen nicht geltend machen können, obwohl sie an sich von den fraglichen Gesetzen erfasst werden.

Nun gibt es eine Ausnahme, die scheinbar nicht in dieses Schema passt: Das Mindestlohngesetz. Es schützt fast ausschließlich die zweite Gruppe, freilich auch dies nicht durchgehend: Soloselbständige werden nicht erfasst. Ihre Einbeziehung spielte bei der Vorbereitung des Gesetzes so gut wie keine Rolle.²¹ Trotz Beschränkung auf Arbeitnehmer sollte das Mindestlohngesetz die Situation von 5,25 Mio. Beschäftigten verbessern, deren Stundenvergütung unter 8,50 Euro lag; von dieser Gruppe verdiente rund ein Drittel weniger als sechs Euro die Stunde.²² Es liegt auf der Hand, dass sich in diesem Bereich erhebliche Widerstände gegen die Anwendung des Gesetzes zeigen würden. Eine empirische Studie der Hans Böckler-Stiftung, die sich auf das Jahr 2016 bezog, bestätigte dies: 2,7 Mio. Arbeitnehmer erhielten weniger als den damals geltenden Mindestlohn von 8,50 Euro.²³ Dabei wurde zugleich ermittelt, dass in tarifgebundenen Betrieben mit Betriebsrat die „Umgehungsquote“ nur bei 3,2 % lag, während sie in Betrieben ohne Tarifvertrag und Betriebsrat 18,6 % ausmachte.²⁴ Die Umsetzungsschwierigkeiten änderten allerdings nichts daran, dass das Gesetz dem allgemeinen Trend zuwiderlief und für beträchtliche Gruppen Verbesserungen brachte, doch wollte und konnte es die Spaltung auf dem Arbeitsmarkt nicht überwinden.

3. Perspektiven

An den gegebenen Verhältnissen etwas zu ändern ist schwierig. Die DGB-Gewerkschaften haben schon wegen des Mitgliederrückgangs an Gewicht verloren. Dazu kommt, dass sie anders als die in vergleichbarer Situation befindlichen Arbeitgeberverbände nicht etwa ihre Positionen noch konsequenter als früher vertreten. Vielmehr legen sie Wert auf gutes Ansehen bei den Entscheidungsträgern, selbst der

²¹ S. jedoch Waltermann, NZA 2013, 1041, 1046; Däubler, NJW 2014, 1924, 1926.

²² Angaben nach Amlinger/Bispinck/Schulten, Niedriglohnsektor: Jeder Dritte ohne Mindestlohn? WSI-Report Nr. 12, Januar 2014

²³ https://www.boeckler.de/cps/rde/xchg/hbs/hs.xsl/112132_112576.htm (30.1.2018)

²⁴ Wie Fn. 23

bescheidenste Konsens scheint einen Eigenwert zu haben. So wurde etwa die Reform 2017 des AÜG von gewerkschaftlicher Seite begrüßt, obwohl die Grundübel bestehen blieben: Wer wie die Mehrzahl der Leiharbeiter nach drei oder sechs Monaten wieder draußen ist, hat nichts von „Equal pay“, sondern darf bei einem neuen Verleiher wieder von vorne anfangen. Die wenigen, die - wie z. B. im Automobilsektor - langfristig eingesetzt werden, leiden nun darunter, dass irgendwann die Höchstgrenze von 18 Monaten erreicht ist und sie dann für drei Monate irgendwohin „verschubt“ werden, um dann an den alten Arbeitsplatz zurückzukehren. Dennoch wird das Gesetz gelobt.²⁵ Es zählt nicht das Erreichte, sondern es reicht das Erzählte – so könnte man diese Öffentlichkeitsarbeit charakterisieren. Wen wird es wohl überzeugen?

Dazu kommt ein Weiteres. Die Interessen der einzelnen Gewerkschaften oder der in ihnen maßgebenden Gruppen sind oft sehr unterschiedlich. Vor einigen Jahren wurde durch eine Arbeitsgruppe beim DGB-Bundesvorstand mit maßgeblicher Unterstützung von Helga Nielebock der Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes erarbeitet. Er enthielt eine Menge neuer Ideen, fand aber nie die Unterstützung eines Beschlussgremiums. Ein Grund (neben anderen) war, dass die sachgrundlose Befristung abgeschafft werden sollte und eine Einzelgewerkschaft ihr „Veto“ einlegte, da sie in ihren Tarifverträgen die Möglichkeit der sachgrundlosen Befristung über die gesetzlichen zwei Jahre hinaus verlängert hatte. Da sei es doch der Arbeitgeberseite gegenüber nicht möglich, nunmehr die Abschaffung dieser Einrichtung zu verlangen. Eine zusätzliche Schwierigkeit bestand darin, dass in der fraglichen Branche von der Befristung nur ein sehr zurückhaltender Gebrauch gemacht wurde (was die Position dieser Gewerkschaft nachvollziehbar machte), dass dies aber in anderen Sektoren in keiner Weise der Fall war.

Noch eine Schwierigkeit ist nicht zu übersehen. Programmatisch vertreten die DGB-Gewerkschaften zwar die Interessen aller abhängig Beschäftigten, aber in der Realität stehen die Interessen derjenigen im Vordergrund, die in der Organisation zahlenmäßig stark vertreten sind. Mitglieder der beschriebenen „Randgruppen“ treten aus einsichtigen Gründen nur selten der Gewerkschaft bei; man wird sich also auch nicht besonders nachhaltig um ihre Interessen kümmern. Daran ändert es nichts, wenn nunmehr auch Soloselbständige Mitglied der IG Metall werden können – das ist eine gute Entscheidung, aber es wird an den Realitäten heute und morgen nichts ändern.

²⁵ Kritisch dagegen das DGB-Bildungswerk: <https://www.dgb-bildungswerk-nrw.de/news/archiv-reform-der-leiharbeit-betrieblicher-handlungsbedarf-durch-neues-aueg-und-neue> (1.2.2018)

Schließlich hat die Existenz der „Randgruppen“ für die Gewerkschaftsmitglieder eine durchaus ambivalente Funktion. Auf der einen Seite besteht die Gefahr, dass ein vergleichsweise ordentlich bezahlter Stammarbeitnehmer durch einen „Randgruppenmenschen“ ersetzt wird, der viel weniger verdient und der auch ohne größere Schwierigkeiten wieder aus dem Betrieb entfernt werden kann. Dies war insbesondere bedeutsam in jener Zeit, als Leiharbeitnehmer unbefristet im selben Betrieb eingesetzt werden und so eine echte „Alternative“ sein konnten. In der Gegenwart besteht diese Möglichkeit nicht mehr (oder ist jedenfalls nur noch mit Tricks erreichbar). Auf der anderen Seite entfalten die Randgruppen Schutzfunktion für die Stammbeschäftigten. Kommt es auf betrieblicher oder auf gesamtwirtschaftlicher Ebene zur Krise, so sind sie die ersten Opfer: Befristete Verträge laufen aus, Verleiher werden aufgefordert, ihre Leute abzuziehen, Soloselbständige bekommen keine Aufträge mehr und in Kleinbetrieben besteht sowieso volle Entscheidungsfreiheit der Arbeitgeberseite. Gäbe es nur Stammbeschäftigte, müsste man mit der sozialen Auswahl beginnen. Lebt es sich da unter den gegebenen Verhältnissen mit ihrer ungleichen Risikoverteilung nicht sehr viel besser? Ob dies von führenden Gewerkschaftern effektiv so gesehen oder ob diese Wirkung einfach verdrängt wird, ist letztlich nicht entscheidend.

Wie hätten Bremer Studenten 1975 reagiert, wenn ihnen eine Zeitmaschine diesen Zustand als Zukunftsvision geschildert hätte? Vermutlich hätten sie unter tätiger Mithilfe von Helga Nielebock Transparente gemalt mit der Aufschrift „Arbeiterverräter“ und vorgeschlagen, sie an der damals noch in Düsseldorf befindlichen DGB-Zentrale anzubringen. Heute würde man mit Recht sagen, dass die Dinge so einfach nicht liegen.

Die Entwicklung zu begleiten, erfordert viel Frustrationstoleranz. Im Bauch des Tankers kann man die Richtung nicht bestimmen und auch den Kapitän nur eingeschränkt (und meist ohne Folgen) kritisieren. Von außen sind die Dinge einfacher. Man kennt die Zwänge, kann aber auch Kritik üben und Anregungen geben, die vielleicht eine Chance haben. Ein „Unruhestand“ ist insoweit eine höchst erfreuliche Situation. Man kann sagen und schreiben, was man denkt, ohne auf die „Organisationslogik“ Rücksicht nehmen zu müssen. Wie man das macht, ist eine Frage des individuellen Geschicks und auch des individuellen Geschmacks – nur: neue Ideen kann man auf diese Weise sehr viel leichter transportieren. Ich freue mich auf künftige Referate und Aufsätze von Helga Nielebock.

