

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 Vertragsabschluss. 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 also 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 im 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

1 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).

es nicht. Denn jedenfalls das kontinentaleuropäische Arbeitsrecht ist durch Kollektivautonomie (insbesondere Kollektivverhandlungsfreiheit) geprägt. Damit findet ein Solidaritätsprinzip rechtlichen Ausdruck und 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

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).

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 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?

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).

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 rotierenden Schichtsystem an fünf Werktagen beschäftigt. K war zunächst in Vollzeit tätig, bekam dann aber ein Kind und arbeitete während ihrer 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 werden.

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

10 Nach BAGE 129, 56 (16.12.2008).

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 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 Erklärte 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

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

12 Grds. BVerfGE 44, 322 (24.5.1977).

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 Kampfsmacht faktisch auch „für andere“ (z.B. Verwaltungsangestellte, Krankenhelfer*innen) einsetzen. Diese Solidarität ist über die Mitgliedschaft und die Organisationsprinzipien der Gewerkschaften vermittelt; 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.)

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.

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.

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

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 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.

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 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 Sonderstellung der Hausarbeit behauptete: „[Der Berufsverband katholischer Hausangestellten] 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

20 *Otto Ernst Kempen* „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).

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 graumelierter 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 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

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 Kempfen, 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 jede andere? Die Regulierung von Arbeit im Privathaushalt, 2014, S. 85 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.

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 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 „in-

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.

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.

dividuelle 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-Anti-Diskriminierungsrecht, 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 bloßen Schutz von Zugangschancen (und sozialpolitischem Abbau) Vorschub.³¹

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.

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,

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. Diese Kollektivvereinbarung erklärte das Bundesarbeitsgericht jedoch anlässlich des Falls der alleinerziehenden Verkäuferin für rechtswidrig, weil sie individuelle Rechtspositionen nicht hinreichend respektiert habe. Der Vorwurf war insbesondere, dass sie die besonderen Anforderungen der Vereinbarkeit von Beruf und Familie nicht mitgedacht habe. Also tatsächlich: Individualrecht schlägt Kollektivvereinbarung.

Dies ist keineswegs ein unbedeutender 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 so viel 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.

Dennoch ist die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts richtig: Solidarität und kollektives Handeln haben insofern eine begrenzte Reichweite, als sie im Gegenmachtprinzip legitimiert sind, d.h. ausschließlich durch das „vertikale“ Ungleichgewichtsverhältnis zwischen Arbeitnehmer*innen und Arbeitgeber*innen. Das Antidiskriminierungsrecht³² muss deshalb als eigenständiges Paradigma Interessen schützen, die im Kollektiv der Arbeitnehmer- oder auch der Arbeitgeberkoalition nicht notwendig schon

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 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).

aufgehoben sind.³³ Diese „horizontalen“ Verteilungskonflikte unter den Beschäftigten stellen eine dritte Dimension des Arbeitsrechts dar.³⁴ Diese Dimension wird jedoch aktuell überwiegend über Individualrechte mobilisiert.

D. Inklusiv 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?³⁵

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 auf „die Mitgliedschaft und Mitwirkung in einer Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberorganisation oder einer Organisation, deren Mitglieder einer bestimmten Berufsgruppe angehören, einschließlich der Inanspruchnahme

33 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.

34 *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.

35 *Schiek* (Fn. 31).

der Leistungen solcher Organisationen“.³⁶ 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.³⁷ 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.³⁸ Ein potenzieller Wettbewerb zu den Gewerkschaften, Betriebs- oder Personalräten schadet auch in der Praxis mehr als er hilft.³⁹ Je stärker das Gleichbehandlungsinteresse als „öffentliches Interesse“ konstruiert wird, desto weiter weg gerät es von Solidarität „mit anderen“.⁴⁰

36 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.

37 Für eine ausführliche Analyse in demokratietheoretischer Perspektive siehe auch schon *Eva Kocher* Geschlechterdifferenz und Staat, *Kritische Justiz* 1999, 182 ff.

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

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

40 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.⁴¹

Als Instrumente sind proaktive Verpflichtungen und „positive/affirmative action“ zu nennen,⁴² aber auch andere „innovative Governance-Arrangements“ wie z.B. „Gender Mainstreaming“, die besser geeignet wären als individueller Rechtsschutz, um gesellschaftlichen Wandel herbeizuführen.⁴³ Besonders interessant scheint der antidiskriminierungsrechtliche Ansatz der „angemessenen Vorkehrungen“, der ein Recht auf Berücksichtigung von Differenz, auf Inklusion und Barrierefreiheit formuliert.⁴⁴ Er könnte genutzt werden, um vergeschlechtlichte hegemoniale Strukturen, die Insider*innen- oder Outsider*innen-Positionen zuweisen, in Frage zu stellen.⁴⁵

Die Gestaltung des Verfahrens als „offenen Suchprozess“ – durchaus im Einzelfall – spielt hierbei eine zentrale Rolle;⁴⁶ auch hierfür bedarf es jedoch geeigneter Akteurinnen und Akteuren.

41 *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. 36).

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

43 *Schiek* (Fn. 31).

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

45 Für eine Perspektive aus der Sicht von Alleinerziehenden: *Eva Kocher* *Das Andere des Arbeitsrechts*, *Arbeit und Recht* 2016, 334 ff.

46 *Kocher/Groskreutz/Nassibi/Paschke/Schulz/Welti/Wenckebach/Zimmer* (Fn. 32) S. 131 ff.; 196 ff.; 332 ff.; *Eva Kocher* *Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie. Eine prozedurale Betrachtung von Anpassungs- und Finanzierungsansprüchen für Übergangssituationen*, *Leviathan* 41/2013, 457 ff.

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 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.⁴⁷ 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.⁴⁸ Solidarität und Kollektivautonomie bieten in der Erwerbsarbeit einen Rahmen hierfür. Es ist aber noch ein weiter Weg, bis sie inklusiv funktionieren – und das Antidiskriminierungs-

47 Für ein Beispiel (Entgeltprüfung in der Heimarbeit): Heide Pfarr/Eva Kocher Kollektivverfahren im Arbeitsrecht. Arbeitnehmerschutz und Gleichberechtigung durch Verfahren, 1998, S. 149 ff.

48 Andrea Maihofer in diesem Band, S. 49 ff.

recht könnte mit Verfahren und angemessenen Vorkehrungen hierbei beschleunigend wirken, indem es konkrete Verbindungen zwischen solidarischen Beschäftigten herstellt.

<https://doi.org/10.5771/9783845290386-331>
Generiert durch Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder), am 01.02.2022, 06:00:53.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.