

stoßes der auf Arbeitnehmer- wie auf Arbeitgeberseite gleichfalls bestehenden Koalitionsfreiheitsrechte entschieden, der Seite der Arbeitgeber ein Mittel zur Durchsetzung ihrer Interessen zu nehmen. Unabhängig davon, ob man diese gesetzgeberische Entscheidung für richtig oder klug hält, ist nicht zu verkennen, dass auch die gegenteilige Entscheidung einer Gestattung in Art. 9 Abs. 3 GG eingriffe. Das BVerfG fasst diesen prägenden Punkt mit dem zweiten Leitsatz zusammen: Der Einsatz von Leiharbeitskräften hat ebenso wie das Verbot desselben im Arbeitskampf unvermeidbare Auswirkungen auf das Kräfteverhältnis der Tarifvertragsparteien. Mit dem Verbot ist es der Arbeitgeberseite erschwert, die Folgen des Streiks abzufangen; ohne das Verbot verliert der Streik an Durchsetzungskraft, da seine Folgen durch Fremdpersonaleinsatz nahezu folgenlos abgefangen werden können. Dies gilt unzweifelhaft nicht generell, denn Leiharbeiter können nicht für alle Tätigkeiten und nicht in allen Branchen gleichermaßen gut als Streikbrecher genutzt werden. Ist dies jedoch – wie zuweilen im Handel und in der Logistik – möglich, würde die gewerkschaftliche Verhandlungsmacht im Arbeitskampf empfindlich

gestört, könnte der bestreikte Arbeitgeber den Streik durch den Einsatz von Leiharbeitern unterlaufen und dadurch gewerkschaftliche Forderungen ins Leere laufen lassen. Andererseits ist nicht zu übersehen, dass die gesetzgeberische Entscheidung nun in der Sache zu einer „Streikpflicht“<sup>13</sup> der im Betrieb eingesetzten Leiharbeiter führt.

Die durch das BVerfG damit bestätigte Entscheidung des Gesetzgebers muss nun aber Folgen für künftige Abwägungen von Arbeitskämpfmaßnahmen der Gewerkschaften haben. So begründete das BAG beispielsweise in der Flashmobentscheidung<sup>14</sup> die Zulässigkeit der neuen Art von Arbeitskämpfmaßnahmen der Gewerkschaften maßgeblich damit, dass sich die Bedingungen des Arbeitskampfes durch den Einsatz von Leiharbeitern geändert hätten. Dies dürfte sich mit der Bestätigung des Einsatzverbots für Leiharbeiter nun nicht mehr aufrechterhalten lassen.

13) *Germakowski/Hurst*, in: Urban-Crell/Germakowski/Bissels/Hurst, AÜG, 3. Aufl. 2017, § 11 Rn. 56 mwN.

14) BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347.

## Kurzbeiträge und Informationen

### Achtzehntes Göttinger Forum zum Arbeitsrecht: Qualifizierung und Weiterbildung als Kernfrage in einer sich verändernden Arbeitswelt

Im Schatten des dynamischen Infektionsgeschehens der Corona-Pandemie durfte der *Verein zur Förderung der Arbeitsrechtsvergleichung und des internationalen Arbeitsrechts e. V.* am 29.10.2020 dennoch rund 70 Gäste unterschiedlicher Professionen unter Einhaltung strengster Hygienevorschriften anlässlich des *Achtzehnten Göttinger Forum zum Arbeitsrecht* begrüßen. Das Symposium stand dabei unter dem theoretisch wie praktisch bedeutsamen Generalthema der „Qualifizierung und Weiterbildung als Kernfrage in einer sich verändernden Arbeitswelt“. Den unterschiedlichen Dimensionen dieser Thematik wurde dabei durch eine durchdachte Besetzung der einzelnen Abschnitte Rechnung getragen, indem über einem empirischen Unterbau der einschlägige Rechtsrahmen theoretisch erörtert und anschließend die betriebliche Wirklichkeit durch sachnahe Berichte aus der Praxis abgebildet wurde.

Die Eröffnung und Begrüßung erfolgte mit fulminanten Worten durch den Vorsitzenden des Fördervereins *Prof. em. Dr. Hansjörg Otto* (Göttingen), der mit dem inoffiziellen Motto des Forums „Wissenschaft trotz(t) Corona“ die gesteigerten Herausforderungen der Organisation in den Blick nahm, die einzelnen Leitfragen näher konkretisierte und damit dem Rahmen des Forums weiter Kontur verlieh.

Unter der Leitung von *Prof. Dr. Olaf Deinert* (Göttingen) stand der erste Abschnitt ganz im Zeichen der Empirie und Theorie. Dank Informations- und Kommunikationstechnologie zugeschaltet lieferte *Dr. Simon Janssen* vom Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung der Bundesagentur für Arbeit unter der Überschrift „Wo stehen wir und was sind die anstehenden Herausforderungen“ interessante Einblicke in aktuelle Ergebnisse empirischer Forschung und unterstrich einleitend die gesamtgesellschaftliche Bedeutung von Qualifizierung und Weiterbildung, könnten doch Ungleichheiten in der Weiterbildung durch die Treiber Corona-Pandemie, Globalisierung und Digitalisierung zu Ungleichheiten in der Gesellschaft führen. Insbesondere die Substitution und Komplementarität von Tätigkeiten und zunehmend technisierte Abläufe sowie Spezialisierungen ließen sich hier prägnant als Ansätze zur Erklärung des Wandels von Tätigkeiten und Anforderungen identifizieren. Insgesamt sei zu beobachten, dass mit der Abnahme von Routinetätigkeiten eine deutliche Zunahme von digitalen, aber auch kommunikativen Fähigkeiten einher-

gehe. Statistische Befunde erhellten, dass gerade die Weiterbildung im sozialen Bereich derzeit etwa 30 % des Weiterbildungsangebots ausmache, was damit deutlich größer sei als das Angebot im Bereich der Informations- und Kommunikationstechnologie. Auch lasse sich eine Korrelation im Hinblick auf Investitionen von Betrieben in neuere Technologien und dem Angebot an betrieblicher Weiterbildung ausmachen. Gleichzeitig hätten Erhebungen ergeben, dass bei Berufen mit erhöhtem Substitutionspotential systematisch weniger Beteiligung an Weiterbildungen erkennbar sei, was die Gefahr einer zunehmenden Polarisierung in diesem Bereich verstärke. Dieser Effekt werde zudem durch die jüngsten Erfahrungen in der Corona-Pandemie deutlich verschärft. Aktuelle Zahlen ließen etwa darauf schließen, dass es einen signifikanten Einbruch im Bereich der Weiterbildung gegeben habe, wenngleich ein Großteil der Weiterbildungen digital weitergeführt werde. In der sich anschließenden Frage- und Diskussionsrunde ging es zuvörderst um die Existenz empirischer Nachweise über die Erfolgsquoten der häufig zur Weiterbildung eingesetzten Transferegesellschaften – eine Thematik, die jüngst auch Gegenstand einer Kleinen Anfrage an die Bundesregierung gewesen ist, vgl. die BT-Drucks. 19/23804. Verlässliche Zahlen hierfür lägen derzeit aber wohl nicht vor. Ein erster rechtlicher Zugriff auf den Themenkomplex erfolgte anschließend aus der Perspektive des Sozialversicherungsrechts durch *Prof. em. Dr. Karl-Jürgen Bieback* (Hamburg), der als ausgewiesener Kenner dieses Sujets zu dem „Sozialrecht als Flankierung für betriebliche Qualifizierung und Weiterbildung“ referierte. Grundlegend erfolgte dabei zunächst die Klarstellung, dass die betriebliche Qualifizierung und Weiterbildung nach dem Verständnis des Gesetzes im betrieblichen Kontext sowohl Beschäftigte als auch den Betrieb fördern soll und die ursprüngliche Förderung individueller Personen von Risikogruppen erst kürzlich auf alle Arbeitnehmer ausgedehnt und damit betrieblich und kollektiv ausgerichtet sei. Im Rahmen der Formen und Probleme der Förderung der Weiterbildung rückte *Bieback* vor allem die Divergenzen bei den Leistungsfällen in den Vordergrund, die bei der Verbindung von Weiterbildung und Kurzarbeitergeld deutlich würden sowie im Hinblick auf die Förderhöhe das Verhältnis von Individualisierung und kollektivem Risiko und kollektivem Leistungsprozess. Hier sei kein abgestimmtes System von „Kurzarbeitergeld plus Weiterbildung“ zu konstatieren, sodass es sich letztlich für den Arbeitgeber nicht lohne, mit der Weiterbildung zu beginnen, wenn Kurzarbeit drohe. Bezüglich des Leistungserbringungsrechts wurden neben den unterschiedlichen Anforderungen an die Bildungsmaßnahme auch die Probleme des







Weiterbildung eine Aufforderung zur Qualifikationsanalyse in den Betrieben verschriftlicht wurde. Abgerundet wurde der Abschnitt durch den Beitrag von *Koppe*, der unmittelbar von der Handhabung der Thematik bei der *Merck KGaA* berichten konnte und insoweit zu den einzelnen Maßnahmen des Unternehmens im Hinblick auf den Erhalt der Employability der Arbeitnehmer durch auf die Zielgruppendifferenz diversität zugeschnittenen Ebenen einer nachhaltigen Qualifikation referierte.

Mit den Schlussworten von *Dr. Klaus-Peter Stiller* (BAVC) und der Einladung zum *Neunzehnten Göttinger Forum* am 21.10.2021 zu dem Thema der Auswirkungen der Corona-Pandemie auf das Arbeitsrecht durch *Otto* endete die Veranstaltung.

*Jonas W. Kühn*, Wissenschaftlicher Mitarbeiter,  
Georg-August-Universität Göttingen

### Aufteilung in Normalarbeitsverhältnisse und atypische Beschäftigungen

In ihrer Antwort auf eine Kleine Anfrage der Fraktion Die Linke (Drs. 19/21487) wertet die Bundesregierung die neuesten

statistischen Daten zur Art der Beschäftigung aus. Angeknüpft wird an „Kernerwerbstätige“, dh Erwerbstätige im Alter von 15-64 Jahren, die sich weder in Schulbildung oder Ausbildung noch in Wehr-, Zivil- oder Freiwilligendienst befinden. Zugrunde gelegt wird der Mikrozensus für das Jahr 2018. Danach waren 26,21 Millionen Erwerbstätige (= 77,7% der abhängig Beschäftigten) in einem Normalarbeitsverhältnis tätig. 7,51 Millionen Erwerbstätige (= 22,3% der abhängig Beschäftigten) gingen einer atypischen Beschäftigung nach.

Unter den atypischen Beschäftigten befanden sich rund 2,46 Millionen (= 32,8 aller atypisch Beschäftigten) befristete Beschäftigte, rund 2,05 Millionen (= 27,3% aller atypisch Beschäftigten) geringfügig Beschäftigte und in Teilzeit bis zu 20 Stunden pro Woche rund 4,64 Millionen Beschäftigte (= 61,8% aller atypisch Beschäftigten).

In Leiharbeit arbeiteten rund 0,93 Millionen Erwerbstätige (das sind 2,7% aller abhängig Beschäftigten).

Wirtschaftszweige mit einem besonders hohen Anteil an atypisch Beschäftigten sind das Gesundheits- und Sozialwesen; der Handel; Instandhaltung und Reparatur von Kraftfahrzeugen sowie das verarbeitende Gewerbe.

Quelle: BT-Drs. 19/22647 v. 17.9.2020

Professor Dr. *Rolf Wank*, Bochum

**Die Ordnungsfunktion des Tarifvertrags.** Von *Daniel E. Holler*. (Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln, Bd. 133). – Nomos, Baden-Baden 2020. 435 S., kart. Euro 114,-. ISBN: 978-3-8487-6457-0.

#### I.

Mit der Ordnungsfunktion des Tarifvertrags behandelt *Daniel Eginhard Holler* in seiner gleich dreifach preisgekrönten Dissertation einen der schillerndsten Argumentationstopoi des gesamten Tarifrechts. So unklar Herkunft und Fundament des Begriffs sind, so eindeutig ist zumeist die Stoßrichtung derer, die ihn im Munde führen. In aller Regel dient die Annahme einer Ordnungsfunktion der Rechtfertigung von Tarifvertragswirkungen über den Kreis der beiderseits Tarifgebundenen hinaus. Bemerkenswert ist die Zählebigkeit der Figur, die jeglichen tarifrechtsdogmatischen Wandel überdauert zu haben scheint. In den letzten Jahren hat die Ordnungsfunktion des Tarifvertrags sogar Eingang in die Gesetzesprache gefunden (§ 1 S. 2 AEntG und § 4 a Abs. 1 TVG), ohne dass damit ein klares Konzept verbunden wäre. Jedenfalls gehört es unverändert „zu den umstrittenen Grundlagenfragen des Tarifvertragsrechts“<sup>1</sup>, ob die Annahme einer Ordnungsfunktion von Tarifverträgen berechtigt ist.

Wenn die unter Betreuung von *Steffen Klumpp* in Erlangen entstandene Doktorarbeit die Ordnungsfunktion nun erstmals zum zentralen Gegenstand einer ganzen Monographie macht, ist dies also durchaus nachvollziehbar. Freilich haben sich auch jüngere Untersuchungen zu Geltungsgrund und Reichweite der Tarifbindung dem möglichen Einfluss einer Ordnungsfunktion von Tarifverträgen gestellt<sup>2</sup>. *Holler* fragt nun gewissermaßen umgekehrt danach, ob sich aus dem deutschen Tarifsystem eine solche Ordnungsfunktion ableiten lässt. Dieser Perspektivwechsel birgt allerdings weniger Innovationspotential, als man zunächst annehmen könnte. Letztlich mündet auch *Hollers* Fragestellung zwangsläufig in einer Untersuchung der Außenseiterproblematik, wie sie seit Jahrzehnten in ihren verschiedenen Ausprägungen Gegenstand der tarifrechtlichen Diskussionen ist. Seine Arbeit muss sich deshalb daran messen lassen, was sie gerade insoweit an neuen Erkenntnissen bringt.

#### II.

In der äußerst knapp gehaltenen *Einleitung* (S. 23-27) bleibt der Autor noch ganz der begrifflichen Ebene verhaftet. Welche offenen Sachfragen ihn zu seiner Untersuchung veranlasst haben, wird

auf diese Weise nicht klar. Das ebenfalls recht kurze *erste Kapitel* (S. 28-44) mit der wenig aussagekräftigen Bezeichnung „Ordnung durch Tarifvertrag“ bringt immerhin dadurch gewissen Aufschluss, dass der Verfasser akribisch zusammenträgt, in welchen Zusammenhängen Rechtsprechung und Literatur die angenommene Ordnungsfunktion des Tarifvertrags thematisieren.

Das *zweite Kapitel* (S. 45-118) zerfällt in zwei heterogene Abschnitte, die durch die Überschrift „Der Tarifvertrag als Ordnungsinstrument“ nur notdürftig zusammengehalten werden. Zunächst bleibt *Holler* weiterhin auf der terminologischen Ebene und beschäftigt sich mit den Begriffsbestandteilen „Ordnung“ und „Funktion“ und ihrem Verständnis nicht zuletzt in anderen Wissenschaftsdisziplinen. Die Auseinandersetzung etwa mit *Hayek* und *Luhmann* spiegelt zwar die beeindruckenden Ambitionen wider, mit denen der Verfasser zu Werk gegangen ist. Aufwand und Ertrag stehen jedoch in einem erkennbar ungünstigen Verhältnis.

Handfester wird es, wenn sich *Holler* im zweiten Abschnitt des Kapitels recht unvermittelt dem TVG zuwendet (S. 61 ff.). Den Schwerpunkt legt er auf die Frage, ob den Tarifnormen eine „materielle Ordnungsfunktion“ zukomme. Dies führt konsequent zu den Grundlagen der Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis. *Holler* betont zwar den Charakter des Tarifvertrags als den eines kollektiv-privatautonomen Regelungsinstruments, verzichtet aber auf eine genuin privatrechtliche Einordnung der normativen Wirkung. Vielmehr folgt er recht umstandslos den Lehren, die einerseits eine private Regelsetzung annehmen, andererseits aber das Erfordernis eines staatlichen Anerkennungsakts betonen (S. 77 ff.)<sup>3</sup>. Die Bemühungen, die normative Wirkung mit einer unwiderprüflichen, verdrängenden Vollmacht oder einer entsprechenden Ermächtigung zu rekonstruieren<sup>4</sup>, würdigt *Holler* kaum. Gleiches

1) *Jacobs*, in: Wiedemann (Hrsg.), TVG, 8. Aufl. 2019, Einl. Rn. 70.

2) Zuletzt besonders eingehend *Höpfner*, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 233 ff.; knapper *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, 2014, S. 130 ff.

3) So etwa *F. Kirchhof*, Private Rechtsetzung, 1987, S. 93 ff., 133 ff., 181 ff.; zustimmend *Waltermann*, in: FS Söllner, (2000), S. 1251, 1256.

4) *E. Picker* in: ders./Rüthers (Hrsg.), Recht und Freiheit, 2003, S. 25, 56 ff.; *Chr. Arnold*, Betriebliche Tarifnormen und Außenseiter, 2007, S. 245 ff.; vgl. außerdem *Hartmann* (Fn. 2), S. 146 ff.; eingehende Kritik bei *Höpfner* (Fn. 2), insb. S. 325 ff.

## Schrifttum