

Soziales Recht

Wissenschaftliche Zeitschrift
für Arbeits- und Sozialrecht

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



in Zusammenarbeit mit



Abhandlungen

Arbeitsrecht unter Sicherheitsvorbehalt?

Wolfgang Däubler Seite 57

Soziales Recht – Bemerkungen zur Begriffsgeschichte

Eberhard Eichenhofer Seite 76

Zur Primärrechtswidrigkeit der Leiharbeits-Richtlinie

Johannes Heuschmid und Melanie Klauk Seite 84

Rezensionsaufsätze

***Britta Rehder*, Rechtsprechung als Politik – Der Beitrag des
Bundesarbeitsgerichts zur Entwicklung der Arbeitsbeziehungen in
Deutschland**

Rüdiger Krause Seite 94

Abstracts / Vorschau

Seite 100

Arbeitsrecht unter Sicherheitsvorbehalt?

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Universität Bremen

I. Das traditionelle Arbeitsrecht als Bezugspunkt

Im beginnenden Kapitalismus regelten sich Löhne und Arbeitsbedingungen grundsätzlich über den Markt. Unternehmer und abhängig Beschäftigte schlossen einen zivilrechtlichen Vertrag. Die »Dienstmiete« wurde wie jeder andere Warenkauf behandelt, ohne dass man darauf geachtet hätte, dass es die Ware Arbeitskraft nur in »Behältern aus Fleisch und Blut« gibt.¹ Die Bedingungen dieses Vertrages konnten »frei« ausgehandelt werden, so dass der Unternehmer seine ganze Überlegenheit ausspielen und den Vertragsinhalt faktisch diktieren konnte. Angesichts eines Überangebots an Arbeitskräften, das insbesondere Folge der »Bauernbefreiung« war, kam es zu unmenschlichen Arbeitsbedingungen bis hin zu verbreiteter Kinderarbeit, überlangen Arbeitszeiten und Hungerlöhnen.

An diesem Zustand änderte sich erst etwas, als sich die abhängig Beschäftigten zu einzelnen spontanen Kampfaktionen und später zu festeren gewerkschaftlichen Organisationen zusammenschlossen. Diese Gegenwehr gegen schrankenlose Ausbeutung fand ihren Niederschlag in zwei Veränderungen des Rechtssystems.

- Der Arbeitsvertrag wurde durch den von der Gewerkschaft ausgehandelten Tarifvertrag überlagert, der einen Mindeststandard an Lohn und Arbeitsbedingungen garantierte. Weiter schränkten betriebliche Interessenvertretungen die freie Disposition des Arbeitgebers über Arbeitsabläufe und Arbeitsplätze ein; seit dem Jahre 1920 kann er bestimmte Entscheidungen nur noch mit Zustimmung des von den Beschäftigten gewählten Betriebsrats treffen. Innerhalb gewisser Grenzen besitzen die Arbeitnehmer so das Recht, ihre Interessen selbst wahrzunehmen und die Arbeitgeberseite zu Konzessionen zu zwingen. *Hugo Sinzheimer* sprach insoweit von »Arbeitsfreiheitsgesetzgebung«.²
- Neben dieses Recht zur Selbsthilfe tritt das staatliche Arbeitnehmerschutzrecht, das von sich aus einen bestimmten Mindeststandard für die Arbeitsbedingungen festlegt. Prominente Beispiele für diese »Arbeiterschutz-

gesetzgebung«³ sind etwa Arbeitszeit- und Urlaubsrecht sowie die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Soweit die kollektive Interessenvertretung versagt, kann ein zusätzliches staatliches Eingreifen erforderlich werden, was die aktuelle Diskussion um den Mindestlohn zeigt. Kollektive Interessenvertretung und staatliche Vorschriften haben zu bestimmten Schutznormen geführt, die heute den Rang »kultureller Selbstverständlichkeiten« besitzen. Dies gilt etwa für die Trennung von Arbeit und Freizeit; wie der Arbeitnehmer sein Wochenende verbringt und mit wem er Umgang pflegt, ist seine rein persönliche Angelegenheit. Auch das Engagement in politischen Parteien und Gewerkschaften ist Sache des Einzelnen. Nur in Fällen, in denen das Verhalten in der Freizeit das Arbeitsverhältnis konkret berührt, wird eine (inhaltlich nicht genau bestimmte) Ausnahme gemacht.⁴ Dass jemand gekündigt oder gar strafrechtlich verfolgt wird, weil er »übel beleumundete Kneipen« aufsucht, erscheint als Kuriosum aus einer längst überwundenen Vergangenheit.

Der Arbeitnehmer bleibt auch während der Arbeit Grundrechtsträger, kann sich also beispielsweise auf die Gewissens- und die Meinungsfreiheit berufen. Hierin liegt ein entscheidender Unterschied zum US-amerikanischen Recht, das die Freiheitsrechte auf das Bürger-Staat-Verhältnis beschränkt.⁵ Besondere Bedeutung haben Gleichheitsrechte, insbesondere Diskriminierungsverbote gewonnen.

Das Arbeitsverhältnis ist mit einem gewissen Bestandsschutz ausgestattet. Wer sich keine Pflichtverletzungen zuschulden kommen lässt und auch seine Arbeitsfähigkeit behält, kann nur aus betriebsbedingten Gründen gekündigt werden. Dass dieser Fall eintritt, ist nie auszuschließen, doch wird er mit wachsender Dauer der Betriebszugehö-

1 Bildhaft *Sinzheimer*, Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Frankfurt a. M. 1976, Band 1, S. 100: »Das Recht machte keinen Unterschied, ob ein Pferd oder ein Mensch vermietet war.«

2 *Sinzheimer* (Fn. 1), S. 102 f.

3 *Sinzheimer* aaO.

4 Überblick bei *Däubler*, Arbeitsrecht 2, 12. Aufl., Reinbek 2009, Rn. 559 ff.

5 *Finkin*, Menschenbild: The Conception of the Employee as a Person in Western Law, *Comparative Labor Law & Policy Journal* 23 (2004), S. 577 ff.

rigkeit immer unwahrscheinlicher: Kommt es zu einem Personalabbau, bleibt nach den Grundsätzen über die soziale Auswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG grundsätzlich derjenige im Betrieb, der ein höheres Lebensalter und zugleich eine längere Betriebszugehörigkeit besitzt.

Für viele Beschäftigte gewinnt das Arbeitsrecht eine hohe Wertigkeit; man identifiziert sich mit ihm und sieht auch deshalb wenig Grund, sich im Ausland nach besseren Regelungen umzusehen. Wer in prekären Beschäftigungsverhältnissen arbeitet, könnte dies zwar anders beurteilen, doch kann sich diese Minderheit nur wenig artikulieren. In der Öffentlichkeit wie in den Betrieben dominiert das hier skizzierte Bild des Arbeitsrechts.

Die »heile Welt« sieht sich jedoch nicht nur durch »atypische« Beschäftigte, Scheinselbständige und Ein-Euro-Kräfte in Frage gestellt. In immer weiteren Bereichen existieren vielmehr verbindliche staatliche Vorgaben, die weder (kollektiv-)vertraglich noch durch Mitbestimmung verändert werden können. Sie haben Vorrang vor den Institutionen des Arbeitsrechts und verlangen Gehorsam auch in der Freizeit. Dem Betroffenen steht Rechtsschutz zu, weil sich Art. 19 Abs. 4 GG nicht wegdefinieren lässt, doch ist dieser in mancherlei Hinsicht »ausgedünnt« und wenig effektiv. Die hoheitliche Hand legt sich fast unbemerkt über die Arbeitsbeziehungen. Betroffen scheinen zunächst nur kleine Gruppen zu sein, doch machen diese in ihrer Summe schon heute einen beträchtlichen Teil der abhängig Beschäftigten aus. Um was geht es konkret?

Hoheitliche Vorgaben finden sich insbesondere bei gefährlichen Technologien, wofür Kernkraftwerke und andere Nuklearanlagen das wichtigste Beispiel sind. Das dort sowie im Luftverkehr geltende »Sonderarbeitsrecht« soll uns als erstes beschäftigen (unten II). Anschließend geht es um »gefährliche Dienstleistungen«, die insbesondere im Bankensektor mit einem vergleichbaren Rahmen versehen werden (unten III). Bestimmte Bereiche können »sicherheitsempfindlich« sein, was oft auf politischen Erwägungen beruht und weit über den Bereich des Militärischen und der Geheimdienste hinausführen kann (unten IV). Auch soweit keine besondere »Sensibilität« der Arbeitsaufgaben besteht, kann es hoheitliche Anforderungen geben, die bestimmte Personengruppen von zahlreichen oder allen Tätigkeiten ausschließen. Der Umgang mit Kommunisten insbesondere in den Jahren 1949 bis 1968 sowie bestimmte Formen der Terrorismusbekämpfung in der Gegenwart können hier als Beispiele dienen (unten V).

II. Sonderarbeitsrecht bei gefährlichen Technologien

1. Kerntechnische Anlagen

a) Reglementierung

Wer in einem Kernkraftwerk oder einer Forschungseinrichtung arbeitet, die in erheblichem Umfang mit spaltbarem Material zu tun hat, sieht sich einer Unzahl von Vorschriften gegenüber, die (verständlicherweise) Gefahren von den Beschäftigten, insbesondere aber von der Allgemeinheit abwenden wollen. Abgesehen von Generalklauseln im Atomgesetz⁶ und einigen Regelungen in der Strahlenschutzverordnung⁷ dominieren ausschließlich Verwaltungsvorschriften⁸ sowie »Regeln der Technik«, die insbesondere vom Kerntechnischen Ausschuss (KTA) beim Bundesumweltministerium erstellt und weiterentwickelt werden.⁹ Die Exekutive wird zum eigentlichen Normgeber.¹⁰ Dies führt zu einer weitgehenden Vorprogrammierung des Arbeitsverhaltens und einer zunehmend perfekteren Überwachung.¹¹

Besonders fühlbar ist im Alltag der sog. Objektschutz.¹² Konkret bedeutet dies etwa, dass der Einzelne hinter scheinwerferbestrahlten Mauern mit Stacheldraht zu arbeiten hat, dass er sich aber darüber hinaus rigiden Zugangs- und Abgangskontrollen ausgesetzt sieht. Existieren in der fraglichen Anlage verschiedene Sicherheitsbereiche, wird auch das Überschreiten der internen »Grenzen« erfasst, was unschwer zu einem »Bewegungsprofil« verarbeitet werden kann. Maßnahmen dieser Art führen bei den Betroffenen oft zu einem hohen Maß an Erbitterung: Obwohl sie uU.

6 Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz) vom 23. Dezember 1959 in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 1985 (BGBl. 1985 I, S. 1565), zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes vom 8. November 2011 (BGBl. 2011 I, S. 2178).

7 Verordnung über den Schutz vor Schäden durch ionisierende Strahlen (Strahlenschutzverordnung – StrlSchV) vom 20. Juli 2001 (BGBl. 2001 I, S. 1714, BGBl. 2002 I, S. 1459), zuletzt geändert durch Art. 1 der Verordnung vom 4. Oktober 2011 (BGBl. 2011 I, S. 2000).

8 S. etwa das 292 Seiten umfassende Handbuch »Sicherheitskriterien für Kernkraftwerke« Revision D, April 2009, abrufbar unter <http://www.bmu.de>, Pfad: Atomenergie, Strahlenschutz/Sicherheit/Rechtsvorschriften/Sicherheitskriterien (24.04.2012).

9 Überblick unter <http://www.bmu.de>, Pfad: Atomenergie, Strahlenschutz/Sicherheit/Rechtsvorschriften/KTA-Regelwerk (24.04.2012).

10 Eingehender Überblick bei Nolte, Rechtliche Anforderungen an die technische Sicherheit von Kernanlagen. Zur Konkretisierung des § 7 Abs. 2 Nr. 3 AtomG, Berlin 1984, S. 85 ff.

11 Simitis/Rydyz, Von der Mitbestimmung zur staatlichen Administration: Arbeitsbedingungen bei riskanten Technologien. Eine Studie am Beispiel der Nuklearindustrie, Baden-Baden 1984, S. 10.

12 Dazu Ziegler NZA 1987, 224; ders. NZA 1989, 498.

schon zehn oder fünfzehn Jahre ihre Arbeit korrekt erfüllen (und sich in ihrer persönlichen Umgebung außerhalb der Anlage viele unfreundliche Kommentare anhören mussten), werden sie nun wie ein potentieller Straftäter behandelt, den man von Sabotageakten und der Entwendung von nuklearem Material abhalten will.¹³ Auch wird es als wenig angenehm empfunden, dass man rund um die Uhr von Videokameras beobachtet wird und dass – viel gravierender – der Werkschutz mit Schusswaffen ausgerüstet ist.

Nicht weniger bedeutsam sind die strengen Kriterien, wie die Beschäftigten ausgewählt und wie über ihre Weiterbeschäftigung entschieden wird. Die für die einzelnen Funktionen erforderliche Fachkunde ist in der »Richtlinie für den Fachkundenachweis von Kernkraftwerkspersonal« vom 14. April 1993 niedergelegt.¹⁴ Werden die Anforderungen verschärft, so kann dies zu personenbedingten Kündigungen führen. Dies gewann etwa in den 1980er Jahren praktische Bedeutung, als von Reaktorfahrern und anderem leitenden Schichtpersonal ein Hochschulabschluss verlangt wurde – nur durch gemeinsame Intervention von Arbeitgebern und Betriebsräten gelang es, unter Hinweis auf Art. 12 Abs. 1 GG langjährig Beschäftigte von dieser Regelung auszunehmen.¹⁵ Zur Erhaltung der Fachkunde werden im Übrigen regelmäßige Fortbildungsprogramme durchgeführt.¹⁶

Zur fachlichen tritt die medizinische und psychologische Überwachung.¹⁷ Dazu kommt die Überprüfung der »sozialen Verlässlichkeit«, also die Ermittlung von Gefahren, die sich aus der politischen und sonstigen Einstellung von Arbeitnehmern ergeben könnten.¹⁸ Regelungen dazu finden sich in § 12b AtomG. Außerdem handelt es sich bei den kerntechnischen Anlagen um sog. lebenswichtige Einrichtungen; die dort Beschäftigten können nach dem Sicherheitsüberprüfungsgesetz¹⁹ einer Sicherheitsüberprüfung unterzogen werden, die nach § 12 Abs. 3 des Gesetzes auch zu einer Befragung von »geeigneten Auskunftspersonen« über »tatsächliche Anhaltspunkte« führen kann, die auf ein Sicherheitsrisiko schließen lassen.

b) Kollision mit arbeitsrechtlichen Prinzipien

Es liegt auf der Hand, dass für die einzelnen Beschäftigten zusätzliche Risiken entstehen, den Arbeitsplatz wegen mangelnder »Eignung« zu verlieren. Insoweit ist der im Normalfall vorhandene Bestandsschutz relativiert. Auf der anderen Seite waren angesichts der guten Ertragslage von Unternehmen der Energiewirtschaft die Risiken einer

betriebsbedingten Kündigung praktisch gleich null; erst mit dem Atomausstieg ist nunmehr eine neue Lage entstanden. Ob und in welchem Umfang die Überprüfung der fachlichen, medizinischen, psychologischen und »politischen« Eignung tatsächlich zu Arbeitsplatzverlusten führte, ist nirgendwo öffentlich dokumentiert. Aus einer in Süddeutschland gelegenen Anlage ist ein Fall überliefert, der ein »Skandal« war, aber nie als solcher wahrgenommen wurde. Ein Ingenieur erschien eines Morgens an der Pforte, wurde aber nicht eingelassen. Stattdessen kam der Personalleiter und händigte ihm eine Kündigung »wegen Sicherheitsbedenken« aus. Worin diese lagen, wurde nicht mitgeteilt; vermutlich waren sie auch der Arbeitgeberseite nicht bekannt. Nur in Begleitung des Werkschutzes durfte der Betroffene ein letztes Mal an seinen Arbeitsplatz, um seine persönlichen Dinge mitzunehmen. Er erhob Kündigungsschutzklage. Das gerichtliche Verfahren führte alsbald zu einem Vergleich, da die Arbeitgeberseite eine großzügige Abfindung und überdies ein Zeugnis anbot, wonach der Betroffene auf eigenen Wunsch ausgeschieden sei und man dies aus tiefstem Herzen bedauere.

Relevante Gegenwehr kam von Betriebsräten, die es überall gab und die normalerweise über eine starke Stellung verfügten, weil sie in ihrem Lebenskreis, also in den Gewerkschaften und in einer großen »Volkspartei« für die Kernkraft warben und auf diese Weise lange Zeit eine allzu folgenreiche Kritik verhindern konnten. Dies wurde von den Geschäftsleitungen honoriert, so dass man eine Sozialpartnerschaft auf recht hohem Niveau praktizierte.

Die Betriebsräte nahmen verständlicherweise Anstoß daran, dass viele ihrer Mitbestimmungsrechte angesichts der hoheitlichen Vorgaben leer liefen. Wer die formalen Anforderungen für die Fachkunde nicht erfüllte, konnte

13 Der Verfasser hat in den 1980er und 1990er Jahren zahlreiche Betriebsräte aus kerntechnischen Anlagen beraten; die dabei gewonnenen Eindrücke und Erfahrungen sind nirgends dokumentiert, gehen aber in den vorliegenden Beitrag ein.

14 GMBL 1993, Nr. 20, S. 358 – abrufbar auch unter <http://www.bfs.de/de/bfs/recht/rsh/bmu> (24.04.2012).

15 S. etwa 2.6.2 der Richtlinie für den Fachkundenachweis.

16 *Simitis/Rydzy* (Fn. 11), S. 22.

17 S. bereits *Fischerhof*, Deutsches Atomgesetz und Strahlenschutzrecht, Kommentar, 2. Aufl., Band I, Baden-Baden 1978, § 7 AtomG Rn. 15.

18 *Simitis/Rydzy* (Fn. 11), S. 30 ff.

19 Gesetz über die Voraussetzungen und das Verfahren von Sicherheitsüberprüfungen des Bundes (Sicherheitsüberprüfungsgesetz) vom 20. April 1994 (BGBl. 1994 I, S. 867), zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes vom 7. Dezember 2011 (BGBl. 2011 I, S. 2576).

nicht eingestellt werden; die Mitbestimmung über Auswahlkriterien nach § 95 BetrVG war insoweit ohne Interesse. Besonders eklatant waren die Widersprüche bei zahlreichen Maßnahmen des Objektschutzes. Die Zu- und Abgangskontrolle konnte nur noch insoweit nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG mitbestimmt werden als die Behörde Spielraum ließ; dasselbe galt für die Installierung von Videokameras. Auch gegen die Bewaffnung des Werkschutzes ließ sich nichts ausrichten. All dies wurde nicht zuletzt auch deshalb als ungerecht empfunden, weil die Betriebsratsmitglieder als in den Anlagen tätige »Praktiker« häufig viel besser als die Aufsichtsbehörde beurteilen konnten, wo die wirklichen Gefahren lagen. So mussten etwa in einem Kernkraftwerk Mauerwerk und Türen so weit verstärkt werden, dass der »Widerstandszeitwert« 30 Minuten betrug: »Widerstandszeitwert« war das interne Codewort für den Zeitraum, den eine mit Faustfeuerwaffen ausgestattete Gruppe von Terroristen benötigen würde, um ins Innere der Anlage zu kommen. Die Lage des Kraftwerks war so beschaffen, dass auf einen Alarm hin binnen zehn Minuten Bereitschaftspolizei in hoher Mannschafsstärke zur Verfügung gestanden und dem Angriff ein Ende bereitet hätte. Nur: Das alles beruhte auf der Prämisse, dass die Täter (lediglich) mit Faustfeuerwaffen ausgestattet sein würden. Hätten sie dagegen Granatwerfer oder andere Kriegswaffen zur Verfügung, würde das ganze Konzept nicht mehr funktionieren und der Angriff möglicherweise erfolgreich sein. Hinzu kam noch, dass man dies alles zwar wusste, aber nicht hätte wissen dürfen, da das Konzept als solches eine Verschlussache (vermutlich der höchsten Stufe) war. Auch das Informationsrecht des Betriebsrats nach § 80 Abs. 2 BetrVG stand daher insoweit auf dem Papier.

Das BAG hatte erstmals durch Beschluss vom 26. Mai 1988²⁰ über einen einschlägigen Fall zu entscheiden. Die Aufsichtsbehörde hatte die Wiederaufarbeitungsanlage Karlsruhe durch Auflage verpflichtet, 5 % aller Personen, die das Betriebsgelände betreten oder verlassen, auf mitgeführte Gegenstände wie insbesondere Waffen und Sprengstoff zu untersuchen. Die Auswahl sollte durch einen Zufallsgenerator erfolgen. Dies griff ersichtlich in das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ein. Da sich die Arbeitgeberseite nicht zu Verhandlungen in der Lage sah, leitete der Betriebsrat ein Beschlussverfahren ein, in dem festgestellt werden sollte, dass er auch in der konkreten Situation weiter mitbestimmen könne. Das BAG wies den Antrag ab, wobei jedoch dahingestellt

blieb, ob ein Verwaltungsakt einem Gesetz im Sinne des Einleitungssatzes von § 87 Abs. 1 BetrVG gleichzustellen sei: Jedenfalls habe der Arbeitgeber keinen Spielraum; wo er nichts zu bestimmen habe, könne auch keine Mitbestimmung Platz greifen. Anders wäre es nur, wenn der Verwaltungsakt grob fehlerhaft und deshalb nichtig wäre, doch gab es dafür keinerlei Anhaltspunkte.

Die nächste Entscheidung²¹ hatte einen Fall aus der Kernforschungsanlage Jülich zum Gegenstand. Die Aufsichtsbehörde hatte hier angeordnet, dass nur solche Personen eingestellt oder weiterbeschäftigt werden dürfen, gegen die keinerlei Sicherheitsbedenken bestehen; dies war in dem üblichen Verfahren unter Einschaltung des Verfassungsschutzes zu klären. Ob auch hier § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG eingreifen würde, schien dem erkennenden Senat zweifelhaft. Selbst wenn man dies bejahe, gelte jedoch weiter der Grundsatz, dass die Mitbestimmung immer dann versage, wenn dem Arbeitgeber selbst die Hände gebunden seien. Eine Beteiligung des Betriebsrats nach § 94 BetrVG scheidet aus, weil nicht der Arbeitgeber den auszufüllenden Personalfragebogen für seine Zwecke entworfen habe und verwende. Vielmehr gehe es allein um das Informationsbedürfnis der Behörde, so dass außerdem auch keine Mitbestimmung nach § 95 BetrVG gegeben sei.

Derselbe Betriebsrat hatte noch einen zweiten Weg gewählt. Als die Aufsichtsbehörde anordnete, der Werkschutz (»Objektsicherungsdienst«) müsse mit Gaspistolen (»Reizstoffsprühgeräten«) ausgestattet werden, erhob er Klage vor dem Verwaltungsgericht. Die Anordnung greife in sein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ein und lasse sich überdies nicht auf das AtomG stützen. Das Bundesverwaltungsgericht wies die Klage als unzulässig ab, da der Betriebsrat nicht geltend machen könne, in eigenen Rechten verletzt zu sein.²² Die Mitbestimmungs- und sonstigen Beteiligungsrechte seien ausschließlich gegen den Arbeitgeber, nicht gegen Dritte gerichtet. Insbesondere sei der Betriebsrat nicht befugt, Arbeitnehmerinteressen gegenüber der Aufsichtsbehörde wahrzunehmen. Es gebe also gar keine Betriebsratsrechte, in die hätte eingegriffen werden können. Dabei verkenne der Senat nicht, dass die Mitbestimmung in weitem Maße verdrängt werde und dass

20 1 ABR 9/87 – AP § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebs Nr. 14 – NZA 1988, 811.

21 BAG, 09.07.1991 – 1 ABR 57/90 – AP § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebs Nr. 19 – NZA 1992, 126 – DB 1992, 143.

22 BVerwG, 09.07.1992 – 7 C 32/91 – BVerwGE 90, 304 ff. – NVwZ 1993, 174.

es zu einem durch staatliche Anforderungen gesteuerten Arbeitsverhältnis kommen könne.

Gegen beide Entscheidungen legte der Betriebsrat Verfassungsbeschwerde ein, der jedoch ein Erfolg versagt blieb.²³ Dies war im Grunde nicht überraschend, da bereits die Vorfrage der Grundrechtsfähigkeit des Betriebsrats noch nicht in positivem Sinne geklärt war (und ist). Auch schien es wenig wahrscheinlich, dass das BVerfG schon das Nichteingreifen von zwei Mitbestimmungsrechten als Verstoß zB. gegen Art. 12 Abs. 1 GG werten würde.

c) Verbleibende Argumentationsmöglichkeiten

Für die Praxis ist durch die Rechtsprechung der Obersten Bundesgerichte die Angelegenheit erledigt. Die atomrechtlichen Anordnungen gehen arbeitsrechtlichen Grundsätzen vor. Der überwiegende Teil der arbeitsrechtlichen Literatur hat sich der Rechtsprechung angeschlossen,²⁴ wobei meist der Hinweis auf den fehlenden Spielraum des Arbeitgebers übernommen wird. Genau dieses Argument ist aber trotz seiner unbestreitbaren Plausibilität nicht über jeden Zweifel erhaben, hat doch das BAG im Zusammenhang mit staatlichen Zuwendungen an Forschungseinrichtungen genau entgegengesetzt entschieden: Wird dem Bescheid etwa eine Auflage beigefügt, wonach das Lohnniveau des öffentlichen Dienstes nicht überschritten werden dürfe, so schränke dies das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG nicht ein, da hier kein Gesetz vollzogen oder konkretisiert werde; die Zwangslage, in die der Arbeitgeber dadurch gerate, sei im Rahmen des Mitbestimmungsverfahrens zu berücksichtigen.²⁵

Das Bundesverwaltungsgericht muss sich den Vorwurf einer gewissen gedanklichen Engführung gefallen lassen, da es die Alternative »Mitbestimmung auch bei der Behörde« oder »Verzicht auf jede Mitbestimmung« nicht gibt. Auf den Sachgebieten, in denen ein Mitbestimmungsrecht existiert, besteht eine geteilte Handlungskompetenz: Der Arbeitgeber kann nicht mehr allein, sondern nur mit Zustimmung des Betriebsrats (oder einem diese ersetzenden Einigungsstellenspruch) handeln. Insoweit steht er nicht anders als ein Miteigentümer, dem gleichfalls die alleinige Handlungskompetenz fehlt. Würde die Behörde diesen wie einen Alleineigentümer in die Pflicht nehmen, läge nach der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte ein Fall der Unmöglichkeit vor, der den Verwaltungsakt zumindest anfechtbar macht.²⁶ Im vorliegenden Zusammenhang

ist dies nicht einmal erwogen worden, was deshalb erstaunt, weil auch bei einer Beschränkung der Mitbestimmungsrechte auf das »Innenverhältnis« der Arbeitgeber zu einem Verhalten verpflichtet wird, das seine Möglichkeiten überschreitet.²⁷

In der Literatur ist weiter erwogen worden, der Arbeitgeber könne aufgrund der vertrauensvollen Zusammenarbeit nach § 2 Abs. 1 BetrVG verpflichtet sein, gegen eine behördliche Maßnahme zu klagen.²⁸ Das Bundesverfassungsgericht hat diese Möglichkeit erwähnt, ohne zu ihr Stellung zu nehmen.²⁹ Ein solches Vorgehen könnte jedoch von vorneherein nur »Ausreißer« erfassen, müsste jedoch in all jenen Fällen versagen, in denen das Atomgesetz korrekt angewandt wurde und deshalb die Mitbestimmung zurückstehen muss.

Schließlich hat das Bundesverwaltungsgericht noch darauf hingewiesen, es könne sich für den Arbeitgeber empfehlen, bei der Anhörung, die der behördlichen Maßnahme in der Regel vorausgehe, stets auch den Standpunkt des Betriebsrats mit vorzutragen.³⁰ Dies wird in der Literatur zum Teil sogar als ausdrückliche Rechtspflicht angesehen, die sich auf § 2 Abs. 1 BetrVG stütze.³¹ In der Praxis wird bisweilen auch so verfahren, was die Akzeptanz der behördlichen Anordnungen nur erhöhen kann.

2. Luftverkehr

Ein vergleichbares Maß an rechtlicher Intensivsteuerung findet sich im Luftverkehr, doch wird die Parallele nur ganz

23 BVerfG (Kammer-Entscheidung), 22.08.1994 – 1 BvR 1767/91 und 1 BvR 1117/92 – AP § 87 BetrVG Gesetzesvorbehalt Nr. 2 – NZA 1995, 129.

24 S. statt aller *Fitting*, Handkommentar zum BetrVG, 26. Aufl., München 2012, § 87 Rn. 32 ff.; *Kania*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 12. Aufl., München 2012, § 87 BetrVG Rn. 12; *Richardi*, in: Richardi (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, Kommentar, 13. Aufl., München 2012, § 87 Rn. 145; *Wiese*, in: Wiese/Kreutz/Oetker/Raab/Weber/Franzen (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, Gemeinschaftskommentar, 9. Aufl., Köln 2010, § 87 Rn. 60.

25 BAG, 27.01.1987 – 1 ABR 66/85 – AP § 99 BetrVG Nr. 42, bestätigt durch BAG, 24.11.1987 – 1 ABR 25/86 – AP § 87 BetrVG Auszahlung Nr. 6.

26 Nachweise bei *Däubler*, AiB 1986, 174 Fn. 20–22.

27 Ebenso *Klebe*, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung und EBR-Gesetz, Kommentar für die Praxis, 13. Aufl., Frankfurt a. M. 2012, § 87 Rn. 43; *Däubler* AiB 1989, 16.

28 *Beck/Trümmer*, AuR 1989, 77, 83; *Dörner/Wildschütz*, AiB 1995, 285.

29 BVerfG (Fn. 23), NZA 1995, 130.

30 BVerwG (Fn. 22).

31 *Däubler* AiB 1989, 16; *Klebe*, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Fn. 27), § 87 Rn. 44.

ausnahmsweise wahrgenommen.³² Es beginnt mit der Überwachung der »Luftfahrtgeräte«³³, die mit Hilfe von Durchführungsverordnungen auf das Fliegen als solches erstreckt wird. Dabei ist man inzwischen bei der 246. DVO angelangt.³⁴ Bekannt ist, dass alle Gespräche im Cockpit automatisch aufgezeichnet werden, um bei einem Unfall die möglichen Ursachen besser ermitteln zu können (und überdies dafür zu sorgen, dass auch im Normalfall niemand irgendwelche Extratouren unternimmt). Die fachlichen Anforderungen an das Luftfahrtpersonal sind in einer Verordnung niedergelegt.³⁵

Am fühlbarsten sind in der Praxis die Sicherheitsmaßnahmen, die nach den Anschlägen vom 11. September 2001 ergriffen wurden. Ihre Rechtsgrundlage sind heute die §§ 7–9 LuftSiG.³⁶ Danach findet gegenüber allen Personen, die nicht nur gelegentlich Zugang zu nicht allgemein zugänglichen Bereichen eines Flughafens haben, eine Zuverlässigkeitsüberprüfung statt. Dazu gehören nach § 7 Abs. 1 Nr. 2 auch die Mitarbeiter von Fracht-, Post- und Reinigungsunternehmen sowie von Versorgungsunternehmen. Solange keine Zuverlässigkeitsüberprüfung stattgefunden und keine »Unbedenklichkeitsbescheinigung« vorliegt, darf nach § 7 Abs. 6 LuftSiG kein Zugang zu nicht allgemein zugänglichen Bereichen gewährt werden. Betreiber eines Verkehrsflughafens sind überdies nach § 8 Abs. 1 Nr. 4 LuftSiG verpflichtet, die nicht allgemein zugänglichen Bereiche gegen jeden unbefugten Zugang zu sichern, was zur Folge hat, dass sich Beschäftigte auch innerhalb des Flughafens nicht etwa frei bewegen, sondern nur den für sie bestimmten Bereich aufsuchen dürfen.

Die Einzelheiten für die Überprüfung der Zuverlässigkeit sind in der »Luftsicherheits-Zuverlässigkeitsüberprüfungsverordnung« (LuftSiZÜV)³⁷ geregelt, die weitestgehend dem Sicherheitsüberprüfungsgesetz nachgebildet ist,³⁸ allerdings anders als dieses die Ehepartner und Lebensgefährten nicht einbezieht. Nach § 5 Abs. 1 LuftSiZÜV wird die Zuverlässigkeit verneint, wenn nach Einschaltung zahlreicher Behörden einschließlich der Ämter für Verfassungsschutz »Zweifel« an der Zuverlässigkeit verbleiben. Woraus sich diese im Einzelnen ergeben können, ist nicht festgelegt, doch wird man wohl in gleicher Weise wie im Bereich des SÜG entscheiden.

Anders als bei Nuklearanlagen sind kaum juristische Auseinandersetzungen ersichtlich. Dies mag mit dem Vorhandensein und der Stellung der betrieblichen Interessenvertretungen, aber auch damit zusammenhängen, dass man

die überkommenen Regelungen als sinnvoll akzeptierte und die aktuellen Antiterrormaßnahmen als eine Art höherer Gewalt empfand, gegen die vorzugehen von vorneherein aussichtslos war. Aus der Rechtsprechung ist daher nur eine Entscheidung des BVerfG vom 04.05.2010³⁹ zu erwähnen, in der die Verfassungsmäßigkeit der Zuverlässigkeitsüberprüfung gegenüber dem Personenkreis des § 7 Abs. 1 Nr. 4 LuftSiG bejaht wurde; dabei handelt es sich vorwiegend um Sportflieger, nicht um Beschäftigte der Flughafenbetreiber oder der Airlines. Das Gericht befasste sich allerdings primär mit der Zustimmungsbefähigung der gesetzlichen Regelung und konnte im konkreten Fall die Frage ausdrücklich ausklammern, ob die bei der Zuverlässigkeitsüberprüfung erlaubten Mittel, insbesondere die Einschaltung der Geheimdienste, einen übermäßigen Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht darstellen.⁴⁰ Aus der Praxis wird weiter von der personenbedingten Kündigung eines Arbeitnehmers berichtet, der bei einer Flughafengesellschaft in untergeordneter Stellung tätig war: Er war als »unzuverlässig« qualifiziert worden, weil er im Rahmen seines Scheidungsverfahrens seine Ehefrau schwer beleidigt und deshalb eine Geldstrafe erhalten hatte. Sein Arbeitgeber schätzte ihn als sorgfältige und verlässliche Arbeitskraft, hätte jedoch seine Betriebserlaubnis riskiert, wenn er ihn trotz der Sicherheitsbedenken weiterbeschäftigt hätte.⁴¹ Die Kündigung war

32 Anders jedoch *Simitis/Rydzzy* (Fn. 11), S. 11.

33 Wichtigste Grundlage ist die Betriebsordnung für Luftfahrtgerät (LuftBO) vom 4. März 1970, BGBl. 1970 I, S. 262, zuletzt geändert durch Artikel 2 der Verordnung vom 12.09.2008, BGBl. 2008 I, S. 1834.

34 Zweihundertsechszwanzigste Durchführungsverordnung zur Luftverkehrsordnung v. 11.10.2011, BAnz 2011 Nr. 161, S. 3752.

35 Verordnung über Luftfahrtpersonal (LuftPersV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 13.02.1984 (BGBl. 1984 I, S. 265), zuletzt geändert durch Artikel 2 der Verordnung vom 2. Oktober 2009 (BGBl. 2009 I, S. 3536).

36 Luftsicherheitsgesetz (LuftSiG) vom 11.01.2005 (BGBl. 2005 I, S. 78), zuletzt geändert durch Artikel 7 des Gesetzes vom 29.07.2009 (BGBl. 2009 I, S. 2424).

37 Vom 23.05.2007 (BGBl. 2007 I, S. 947), zuletzt geändert durch Verordnung vom 02.04.2008 (BGBl. 2008 I, S. 647).

38 Zu diesem s. u. IV.

39 BGBl. 2010 I, S. 885–2 BvL 8/07, 2 BvL 9/07.

40 S. http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20100504_2bvl000807.html. Die Entscheidung ist in der Datenbank Juris nicht enthalten (Abfrageversuch am 24.04.2012).

41 Die Information stammt aus einem Seminar mit Betriebsräten aus Flughafengesellschaften im Jahre 2003, an dem der Verf. als Referent teilnahm. Dort wurde überdies mitgeteilt, die Zuverlässigkeitsüberprüfung werde für alle Beschäftigten auf deutschen Flughäfen und bei der Lufthansa durch drei Mitarbeiter des Amtes für Verfassungsschutz in Düsseldorf durchgeführt, die aus Gründen der Arbeitsbelastung gar keine andere Wahl hätten als schematisch diejenigen »auszusieben«, die in dem fraglichen Zeitraum (damals ein Jahr) eine Vorstrafe erhalten hatten.

unvermeidbar, da es auf dem fraglichen Flughafen keinen nicht sicherheitsrelevanten Bereich gab, wo er hätte weiter tätig sein können. Dass es andere Fälle dieser Art gab, kann man vermuten, nicht aber beweisen; erst recht lassen sich keine Aussagen zur Zahl der Betroffenen machen.

3. Informationstechnik

Eine sehr starke rechtliche Vorprogrammierung und Überwachung des Verhaltens von Arbeitnehmern kann sich auch bei »Datenverarbeitungsanlagen«, insbesondere bei Rechenzentren, ergeben. Um Unbefugte fernzuhalten und ihnen einen Zugriff auf die Daten unmöglich zu machen, müssen nach § 9 BDSG samt Anlage zahlreiche Maßnahmen zur Datensicherung ergriffen werden. Diese können von einer rigiden Kontrolle der physischen Anwesenheit einzelner Personen, insbesondere der Systemadministratoren, bis hin zur Protokollierung aller ihrer Arbeitsschritte reichen.⁴² Im Unterschied zur Nukleartechnik und zum Luftverkehr findet allerdings keine ins Detail gehende hoheitliche Vorgabe statt; vielmehr bestehen nach dem Gesetz nur »Zielvorgaben«, die auf verschiedenen Wegen umgesetzt werden können. Die Mitbestimmungsrechte der betrieblichen Interessenvertretungen bleiben daher im Grundsatz erhalten⁴³ und erfahren nur durch die vorgegebenen Zwecke eine gewisse Einschränkung. Auch sollen die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen dadurch geschützt werden, dass § 14 Abs. 4 BDSG für den öffentlichen und § 31 BDSG für den nicht-öffentlichen Bereich eine enge Zweckbindung vorsehen; die angefallenen Daten dürfen nur für Zwecke der Datensicherung verwendet werden.⁴⁴ Eine Sicherheits- oder Zuverlässigkeitsüberprüfung ist anders als bei der Nukleartechnik und im Luftverkehr nicht vorgesehen, doch kann sie im Einzelfall angeordnet werden. So wurde etwa mit Billigung durch das BAG⁴⁵ der EDV-Bereich der (damaligen) Bundesversicherungsanstalt für Angestellte für »sicherheitsrelevant« erklärt, was Sicherheitsüberprüfungen der Beschäftigten durch die zuständigen Behörden möglich machte.

4. Chemische Industrie

Gefahren können ersichtlich auch von der Arbeit mit chemischen Substanzen ausgehen. Insoweit finden sich die einschlägigen Regelungen in der sog. Störfall-Verordnung.⁴⁶ Sie regelt ausschließlich die von der Technik ausgehenden

Gefahren und verzichtet anders als das Atom- und Luftfahrtrecht darauf, auch den Mitarbeiter als mögliche Gefahrenquelle zu sehen. Eine Überprüfung von Fachkunde und Zuverlässigkeit gibt es nur in Bezug auf den Störfallbeauftragten, was im Einzelnen in der Fünften Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes⁴⁷ geregelt ist. Bemerkenswert ist, dass nach § 10 Abs. 2 dieser VO die erforderliche Zuverlässigkeit »in der Regel« nur dann entfällt, wenn einschlägige Straftaten begangen wurden;⁴⁸ eine Vorstrafe etwa aus dem Bereich des Straßenverkehrs würde nicht genügen. Ersichtlich geht man davon aus, dass bei allen übrigen Beschäftigten die allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätze ausreichen, um Gefahren für die Arbeitnehmer und die Allgemeinheit auszuschließen. So hat etwa das BAG am Beispiel eines Industriemeisters Chemie entschieden, es könne Arbeitsplätze geben, bei denen eine stabile Psyche unbedingte Voraussetzung sei, so dass eine Disposition für »Ausraster« die Eignung wegfallen lasse.⁴⁹

III. Sonderarbeitsrecht bei gefährlichen Dienstleistungen

Nicht nur technische Verfahren, auch Dienstleistungen können mit erheblichen Risiken für Dritte behaftet sein. Traditionelle Beispiele hierfür bieten insbesondere die sog. freien Berufe: Ärzte, Architekten und Rechtsanwälte können durch wenig sachgerechtes Tun enorme Schäden anrichten. Diese betreffen allerdings typischerweise »nur«

42 Zu den Anforderungen im Einzelnen s. die eingehenden Darlegungen bei Ernestus, in: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, Kommentar, 7. Aufl., Baden-Baden 2011, § 9 Rn. 68 ff.

43 Gola/Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz, Kommentar, 10. Aufl., München 2010, § 31 Rn. 8 f.; Wedde, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, Kompaktcommentar, 3. Aufl., Frankfurt a. M. 2010, § 9 Rn. 104 ff.

44 Näher Däubler, Gläserne Belegschaften? 5. Aufl., Frankfurt a. M. 2010, Rn. 424.

45 17.05.1983 – 1 AZR 1249/79 – NJW 1984, 824, 825 re. Sp.

46 Zwölfte Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (Störfall-Verordnung – 12. BImSchV) vom 26.04.2000, neugefasst durch Bekanntmachung vom 08.06.2005 (BGBl. 2005 I, S. 1598), zuletzt geändert durch Art. 5 Abs. 4 der Verordnung vom 26.11.2010 (BGBl. 2010 I, S. 1643).

47 Vom 30.07.1993.

48 Die VO nennt ua. gemeingefährliche Delikte und Delikte gegen die Umwelt sowie Straftaten nach dem Wasser-, Natur- und Landschaftsschutz-, dem Gentechnik- oder dem Atomrecht.

49 BAG, 18.01.2007 – 2 AZR 759/05 – PatR 2008, 34 und Juris; LAG Hamm, 30.06.2011 – 8 Sa 285/11 – Juris.

den einzelnen Kunden und berühren die Interessen der Allgemeinheit allenfalls mittelbar. Die Rechtsordnung begnügt sich deshalb damit, die fachliche Qualifikation dieser Dienstleister sowie die Ausübung ihres Berufes einer speziellen Regelung zu unterwerfen; als *ultima ratio* greift das allgemeine Haftungsrecht ein.

Die 2008 ausgebrochene Finanzkrise hat deutlich gemacht, dass Fehldispositionen von Finanzinstituten nicht nur einzelne Kunden schädigen, sondern das Bankensystem insgesamt in Gefahr bringen können. Damit tritt das Allgemeininteresse auf den Plan. Das hatte zur Folge, dass durch ähnliche Regelungen wie im Technikrecht das Verhalten von Bankangestellten gesteuert werden soll: Sie werden öffentlich-rechtlichen Vorgaben unterworfen, die sicherstellen sollen, dass die Kunden eine angemessene und faire Behandlung erfahren.

Das Wertpapierhandelsgesetz (WpHG)⁵⁰ hat in § 33b zunächst nur Bestimmungen enthalten, die den Abschluss von Mitarbeitergeschäften beschränkten oder jedenfalls anzeigepflichtig machten. Einbezogen sind dabei auch Geschäfte für Rechnung von nahen Angehörigen. Einzelheiten sind heute in der sog. MaComp geregelt, einem Rundschreiben der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin).⁵¹ Dort ist in Abschnitt BT 2.4 auch festgelegt, dass die Bank grundsätzlich von jedem Mitarbeitergeschäft Kenntnis haben muss – die Trennung von Arbeit und Privatsphäre ist insoweit aufgehoben.⁵²

Als erste Folge der Finanzkrise wurde die Instituts-Vergütungsverordnung⁵³ erlassen, die Vorgaben für die Vergütungssysteme enthält, um dadurch das Eingehen übermäßiger Risiken zu verhindern.⁵⁴ Ungleich weiter gehen die Regelungen, die durch das sog. Anlegerschutz- und Funktionsverbesserungsgesetz vom 05.04.2011⁵⁵ geschaffen wurden. Der neu eingefügte § 34d WpHG bezieht sich auf Anlageberater, Vertriebsbeauftragte und Compliance-Beauftragte, die bei einer Bank oder Sparkasse beschäftigt sind. Die erste Gruppe ist bei weitem die größte; insgesamt dürften ca. 300.000 Personen betroffen sein. Nicht erfasst sind die außerhalb der Banken und Sparkassen tätigen »freien« Berater.⁵⁶

§ 34d Abs. 1 WpHG verlangt, dass der mit Anlageberatung betraute Mitarbeiter sachkundig ist und außerdem über die »für die Tätigkeit erforderliche Zuverlässigkeit« verfügt. Bevor er seine Tätigkeit beginnt, müssen seine Personalien, die Filiale, in der er tätig ist, sowie der für ihn zuständige Vertriebsbeauftragte der BaFin gemeldet wer-

den. Diese ist auch über jede Beschwerde zu informieren, die von einem Kunden gegen den Berater erhoben wird. Entsprechende Regelungen sieht § 34d Abs. 2 für Vertriebsbeauftragte und § 34d Abs. 3 für Compliance-Beauftragte vor.

Sanktionen sind in § 34d Abs. 4 WpHG angedroht. Verfügt ein Berater (bzw. ein Angehöriger der anderen Gruppen) nicht oder nicht mehr über die nötige Sachkunde und Zuverlässigkeit, so kann die BaFin von der Bank oder Sparkasse verlangen, dass er nicht mehr in dieser Funktion eingesetzt wird, solange er nicht (wieder) den gesetzlichen Anforderungen gerecht wird (§ 34d Abs. 4 S. 1 Nr. 1 WpHG). Ist er zwar noch als sachkundig und zuverlässig anzusehen, verstößt er jedoch gegen seine gesetzlichen Pflichten, so kann die BaFin die Bank und den Mitarbeiter verwarnen (§ 34d Abs. 4 S. 1 Nr. 2 Buchst. a) oder der Bank untersagen, ihn für einen Zeitraum von bis zu zwei Jahren weiter in der bisherigen Funktion einzusetzen (§ 34d Abs. 4 S. 1 Nr. 2 Buchst. b). Diese Maßnahmen haben Durchschlagskraft, weil sie nach § 34d Abs. 4 S. 4 WpHG sofort vollziehbar sind; Widerspruch und Anfechtungsklage haben keine aufschiebende Wirkung.⁵⁷ Die BaFin kann zudem unanfechtbar gewordene Anordnungen auf ihrer Internetseite öffentlich bekanntmachen, es sei denn, dies wäre geeignet, den berechtigten Interessen der Bank bzw. Sparkasse zu schaden; der Name des betroffenen Mitarbeiters wird nicht genannt (§ 34d Abs. 4 S. 2 und 3 WpHG).

Alle diese Regeln treten erst am 1. November 2012 in Kraft. Schon vorher konnte allerdings auf der Grundlage

50 Gesetz über den Wertpapierhandel (Wertpapierhandelsgesetz – WpHG) vom 26.07.1994, neu gefasst durch Bekanntmachung vom 09.09.1998 (BGBl. 1998 I, S. 2708), zuletzt geändert durch Art. 2 Abs. 44 Gesetz vom 22.12.2011 (BGBl. 2011 I, S. 3044).

51 Rundschreiben 4/2010 (WA) – Mindestanforderungen an die Compliance-Funktion und die weiteren Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten nach §§ 31 ff. WpHG für Wertpapierdienstleistungsunternehmen, abrufbar unter http://www.bafin.de/clin_117/nn_722758/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Service/Rundschreiben/2010/rs__1004__wa__macomp.html (24.04.2012).

52 Zu weiteren Einschränkungen der Privatsphäre s. *Däubler*, Bankarbeitsrecht, in: *Derleder/Knops/Bamberger* (Hrsg.), *Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht*, 2. Aufl., Heidelberg 2009, § 68 Rn. 99 ff.

53 Vom 06.10.2010 (BGBl. 2010 I, S. 1374).

54 Einzelheiten bei *Müller-Bonanni/Mehrens*, NZA 2010, 792.

55 BGBl. 2011 I, S. 538.

56 Überblick über die Neuregelung bei *Müller-Christmann*, DB 2011, 749; *Pinkepank/Schulze*, dbr 10/2011, S. 18 ff.; zum insoweit gleich lautenden Regierungsentwurf *Vofß*, BB 2010, 3099.

57 Diese könnte aber nach § 80 Abs. 5 VwGO durch das Verwaltungsgericht hergestellt werden.

von § 34d Abs. 6 S. 1 WpHG eine Rechtsverordnung erlassen werden, die ua. die näheren Anforderungen an die Sachkunde und Zuverlässigkeit bestimmt. Dies ist durch die WpHG-Mitarbeiteranzeigeverordnung (WpHGMA-AnzV) vom 21.12.2011 geschehen.⁵⁸

Die gesetzliche Regelung hat unter den Betroffenen erhebliche Unruhe ausgelöst, was die Einlegung einer Verfassungsbeschwerde nahe legt. Diese könnte sich einmal auf einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG stützen, da die Ausklammerung der freien Berater nicht zu rechtfertigen ist: Der Kunde ist dort in gleicher Weise schutzwürdig. Zum zweiten wird auf der Grundlage der Meldepflicht eine Datenbank über ca. 300.000 Menschen angelegt, ohne dass ein konkreter Anlass bestünde. Dabei handelt es sich um eine Art Vorratsdatenspeicherung, die sich nicht rechtfertigen lässt, da auch eine Erfassung jener Berater genügen würde, über die sich Kunden beschwert haben.⁵⁹ Schließlich fragt es sich, ob die Regelung überhaupt geeignet ist, ihr Ziel einer anlegergerechten Beratung zu erreichen.

Der Schutz des Bankkunden ist von hoher Bedeutung. Dabei ist weniger an die Fälle zu denken, in denen es um hohe Summen geht. Vielmehr kann sich eine mangelhafte Anlage von 50.000 Euro für den Einzelnen verheerend auswirken, weil er damit seine bescheidene Rente um 200 oder 300 Euro monatlich aufbessern wollte und dies nun nicht mehr möglich ist.

Kunden haben normalerweise nur ein sehr geringes Wissen über die einzelnen Formen der Geldanlage. Dies hängt damit zusammen, dass der Umgang mit Geld nicht zu dem »Grundwissen« gehört, das man aus dem Schulsystem mitbringt. Manche werden dann zum Autodidakten, was bisweilen fest verankerte Fehlvorstellungen hervorruft, die der Berater dann sorgsam und mit Fingerspitzengefühl auflösen muss.

Schließlich werden die Angebote auf dem Kapitalmarkt immer zahlreicher und immer komplizierter; einem blutigen Laien die Funktionsweise eines Discountzertifikats zu erklären, setzt erhebliche pädagogische Fähigkeiten voraus. Häufig verfügt eine Bank auch über »Globaleinschätzungen«, denen der einzelne Berater folgen wird, weil er sich angesichts der Informationsfülle gar nicht in der Lage sieht, sich eine eigene Meinung zu erarbeiten. Das kann zu Fehlberatungen führen.

Dies alles rechtfertigt es, durchaus hohe Anforderungen an einen Berater zu stellen, von ihm viel Sachkunde und Zuverlässigkeit zu verlangen.

Auf der anderen Seite handelt er nicht wie ein autonomes Individuum im luftleeren Raum. Typischerweise erhöht sich seine Vergütung, wenn er viele Umsätze tätigt.⁶⁰ Praktiziert er viel Einfühlungsvermögen und zeigt er zudem ganz offen alle Risiken auf, werden seine Umsätze eher rückläufig sein. Die Versuchung ist deshalb groß, die Beraterpflichten nicht übermäßig ernst zu nehmen, sich gleichzeitig aber durch die Redigierung der vorgeschriebenen Beratungsprotokolle so abzusichern, dass keine aussichtsreichen Beschwerden möglich sind. Ohne eine weitergehende Änderung der Vergütungssysteme kann also die Neuregelung ihr Ziel nicht erreichen – sie wird sich zu Lasten einiger ungeschickter Menschen auswirken, am Grundsatzproblem aber nichts ändern. Bemerkenswert ist auch, dass man zwar Vertriebsbeauftragte einbezieht, nicht aber höhere Ebenen bis hin zum Vorstand: Einem seiner Mitglieder eine zweijährige Zwangspause aufzuerlegen, wäre dann doch ein zu großer Verstoß gegen überkommene Regeln.

Im vorliegenden Zusammenhang wird einerseits deutlich, dass auch hier nicht anders als bei gefährlichen Technologien eine direkte Staatsintervention stattfindet. Ob Berater B weiter bei seinem Arbeitgeber bleiben und welche Funktion er dort erfüllen darf, entscheidet nunmehr unter bestimmten Voraussetzungen nicht mehr der Arbeitgeber, sondern die BaFin. Inwieweit die »Zuverlässigkeit« ähnlich wie in anderen Bereichen durch privates Verhalten wie Überschuldung oder unerwünschte politische Ansichten in Frage gestellt wird, muss sich erst noch erweisen. Dies würde den Spielraum der staatlichen Instanzen erheblich ausweiten. Auf der anderen Seite ist das staatliche Eingreifen auch hier mit einer verschlechterten Rechtsstellung der Betroffenen verbunden: Der Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten dauert ungleich länger als vor den Arbeitsgerichten; auch sind die Aussichten auf Erfolg angesichts der weiten Eingriffsermächtigungen alles andere als gut. Schließlich ist auch hier denkbar, dass über die Mitarbeitergeschäfte hinaus Vorgänge im Privatleben Anlass für berufliche Sanktionen werden.

58 BGBl. 2011 I, S. 3116 – abrufbar auch unter http://www.bafin.de/nn_724270/SharedDocs/Links/DE/Service/Verordnungen/WpHGMAAnzV__bgb1.html (24.04.2012).

59 Zur Vorratsdatenspeicherung und den hohen Anforderungen, die sie erfüllen muss, s. BVerfG, 02.03.2010 – 1 BvR 256/08 ua. – NJW 2010, 833.

60 Dies gilt auch unter der neuen Instituts-Vergütungsverordnung, die in § 5 Abs. 2 Nr. 1 für die sog. bedeutenden Institute (mit mehr als 10 Mrd. Bilanzsumme) ausdrücklich vorschreibt, bei der variablen Vergütung müsse auch der Erfolgsbeitrag des Einzelnen berücksichtigt werden.

IV. Sicherheitsrelevante Bereiche

1. Welche Tätigkeitsfelder sind erfasst?

Neben gefährlichen Technologien und Dienstleistungen existieren sog. sicherheitsrelevante Bereiche: Die dort tätigen Beschäftigten müssen zusätzlichen Anforderungen gerecht werden, die von staatlicher Seite bestimmt werden.

In der bis zum Terrorismusbekämpfungsgesetz vom 09.01.2002⁶¹ geltenden Fassung bezog sich das SÜG ausschließlich auf sog. sicherheitsempfindliche Tätigkeiten.⁶² Diese wurden ihrerseits durch die Verwendung von Verschlussachen unterschiedlicher Geheimhaltungsstufe definiert, wobei es bei Verschlussachen um »im öffentlichen Interesse geheimhaltungsbedürftige Tatsachen, Gegenstände oder Erkenntnisse« geht (§ 4 Abs. 1 Satz 1 SÜG). Welche Angelegenheiten zur Verschlussache erklärt wurden (und werden), war in der »Allgemeinen Verwaltungsvorschrift des Bundesministeriums des Innern zum materiellen und organisatorischen Schutz von Verschlussachen (VS-Anweisung – VSA)« vom 19.04.1994 geregelt.⁶³ Nach § 1 Abs. 1 der Vorschrift war von einer Einstufung als Verschlussache »nur der notwendige Gebrauch« zu machen – eine Bestimmung, die sich in § 8 Abs. 1 S. 2 der aktuellen Fassung wieder findet. Nach § 1 Abs. 2 Nr. 3 SÜG ist es möglich, wegen des Umfangs und der Bedeutung anfallender Verschlussachen eine Behörde insgesamt zum Geheimbereich zu erklären.

Die Rechtsprechung hat den obersten Bundesbehörden volle Freiheit gelassen, bestimmte Tätigkeiten als sicherheitsrelevant einzustufen, und sich auf eine (nie praktisch werdende) Willkürkontrolle beschränkt. So hat es das BAG im Zusammenhang mit dem EDV-Bereich der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA) nicht beanstandet, dass dieser vom Bundesarbeitsminister für sicherheitsrelevant erklärt wurde.⁶⁴ In der Begründung führte es aus:⁶⁵

»Diese Entscheidung ist eine politische Entscheidung, deren sachliche Berechtigung von den Gerichten jedenfalls dann nicht näher nachgeprüft werden kann, wenn die darin zum Ausdruck gekommene Einschätzung des möglichen Sicherheitsrisikos nicht völlig abwegig ist.«

Im Folgenden wird betont, man könne zwar davon ausgehen, dass die bei der BfA gespeicherten Daten von keinem nachrichtendienstlichen Interesse seien, doch könne man nicht ausschließen, »dass gezielte Einwirkungen auf oder in die EDV-mäßige Abwicklung der Aufgaben der BfA dazu

führen können, dass Leistungen in großem Umfang nicht, zu spät oder unzutreffend gewährt werden, was erhebliche Unruhe unter den Betroffenen und damit in Krisenzeiten eine Bedrohung der öffentlichen Ordnung zu Folge haben kann.« Neben die Geheimhaltungsbedürftigkeit tritt so als weiterer Zweck der Sabotageschutz und die Verhinderung von Unruhe im Krisenfall. Legt man dies zugrunde, könnten im Prinzip alle Einrichtungen und Unternehmen für sicherheitsrelevant erklärt werden, deren Ausfall in Krisenzeiten Beunruhigung hervorrufen würde. Dies könnte beispielsweise nicht nur für die Energieversorgung, sondern auch für Presse, Rundfunk und Fernsehen gelten. Auch das Bundesverfassungsgericht hat im Übrigen im Falle der Sicherheitsüberprüfung eines Beamten den Grundsatz aufgestellt, es reiche aus, wenn die für die Sicherheitsempfindlichkeit gegebene Begründung nachvollziehbar und keineswegs willkürlich sei und deshalb mit Art. 3 Abs. 1 GG in Einklang stehe.⁶⁶

Das Terrorismusbekämpfungsgesetz hat dem § 1 SÜG die neuen Absätze 4 und 5 angefügt. Danach kommt es jetzt nicht mehr allein auf die »Sicherheitsempfindlichkeit« im Sinne der Wahrung von Geheimnisschutz an. Vielmehr sind auch lebens- und verteidigungswichtige Einrichtungen erfasst, deren Funktionsunfähigkeit schwere Schäden hervorrufen würde. Insoweit ist von vorbeugendem personellem Sabotageschutz die Rede. § 1 Abs. 5 definiert zB. als lebenswichtig solche Einrichtungen,

- » 1. deren Beeinträchtigung aufgrund der ihnen anhaftenden betrieblichen Eigengefahr die Gesundheit oder das Leben großer Teile der Bevölkerung erheblich gefährden kann, oder
- » 2. die für das Funktionieren des Gemeinwesens unverzichtbar sind und deren Beeinträchtigung erhebliche Unruhe in großen Teilen der Bevölkerung und somit Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung entstehen lassen würde.«

Beim ersten Fall ist etwa an großchemische Werke oder Staudämme, beim zweiten an die Energieversorgung, aber auch an die Telekommunikation oder die Medien zu den-

61 BGBl. 2002 I, S. 361.

62 Überblick über den Inhalt des SÜG bei Riegel, ZTR 1994, 316 ff.

63 GMBL 1994, 674 ff. Heute gilt die VS-Anweisung in der Fassung vom 31. März 2006, abrufbar unter <http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Themen/Sicherheit/SicherheitAllgemein/VSA.html> (24.04.2012).

64 BAG, 17.05.1983 – 1 AZR 1249/79 – AP § 75 BPersVG Nr. 11 – NJW 1984, 824.

65 Ebda., re. Sp.

66 BVerfG, 10.02.1988 – 2 BvR 522/87 – RDV 1989, 17 – DVBl. 1988, S. 530 mit Anm. Kutscha.

ken. § 34 SÜG enthält eine Ermächtigung, die erfassten Bereiche im Einzelnen durch Rechtsverordnung festzulegen; diese ist jedoch bislang nicht ergangen.

Vergleicht man den seit 2002 geltenden § 1 Abs. 5 SÜG mit der Rechtsprechung des BAG, so kann man von einer »Kodifizierung« des bestehenden Rechtszustands sprechen. Das Gericht hatte im BfA-Fall im Prinzip bereits eine Erweiterung auf den Sabotageschutz und die mögliche Unruhe in der Bevölkerung vorgenommen. Der Kreis der erfassten Tätigkeiten ist unter diesen Umständen fast beliebig weit ausdehnbar. Könnte nicht auch der Ausfall von Schulen und Universitäten, die ja für das Funktionieren des Gemeinwesens unverzichtbar sind, erhebliche Unruhe in großen Teilen der Bevölkerung auslösen? Und wie steht es mit öffentlichen Verkehrsmitteln und Supermärkten?

2. Sicherheitsüberprüfung

a) Das Verfahren

Nach § 2 Abs.1 S. 1 SÜG muss jede Person, die mit einer sicherheitsempfindlichen Tätigkeit betraut werden soll, einer Sicherheitsüberprüfung unterzogen werden. Dasselbe gilt nach § 2 Abs. 2 SÜG für den Ehegatten, den eingetragenen (gleichgeschlechtlichen) Lebenspartner sowie den sog. Lebensgefährten, mit dem der Betroffene in einer auf Dauer angelegten Gemeinschaft lebt (nichteheliche Lebensgemeinschaft).⁶⁷

Zuständig für die Sicherheitsüberprüfung ist grundsätzlich die Behörde, die die sicherheitsempfindliche Tätigkeit zuweist. Bei Arbeiten in Privatunternehmen liegt die Kompetenz beim Bundesministerium für Wirtschaft. Die entscheidende Rolle kommt allerdings der sog. mitwirkenden Behörde nach § 3 Abs. 2 SÜG zu: Es handelt sich dabei insbesondere um das Bundesamt für Verfassungsschutz und den Militärischen Abschirmdienst.

Die Überprüfung beginnt mit einer sog. Sicherheitserklärung, die der Betroffene und – soweit vorhanden – der Ehegatte, Partner usw. ausfüllen muss. Sie enthält bis zu 20 Angaben, die im Einzelnen in § 13 Abs. 1 SÜG aufgelistet sind.⁶⁸

Je nach Geheimhaltungsgrad der dem Einzelnen zugänglichen Informationen werden unterschiedlich intensive Formen der Sicherheitsüberprüfung durchgeführt. Ergeben sich allerdings »sicherheitserhebliche Erkenntnisse«, die nur durch Maßnahmen der nächst höheren Art der

Sicherheitsüberprüfung zu klären sind, kann die zuständige Stelle mit Zustimmung des Betroffenen die erweiterte Überprüfung vornehmen. Die Sicherheitsüberprüfung findet nach § 17 Abs. 1 SÜG alle fünf Jahre statt, es sei denn, während dieser Zeit würden sicherheitsrelevante Erkenntnisse bekannt.

b) Entscheidungskriterien

Die Überprüfung erstreckt sich auf die Frage, ob der Betroffene oder sein Ehegatte, Partner usw. ein Sicherheitsrisiko darstellt. § 5 Abs. 1 SÜG setzt dabei voraus, dass

»tatsächliche Anhaltspunkte

- › Zweifel an der Zuverlässigkeit des Betroffenen bei der Wahrnehmung einer sicherheitsempfindlichen Tätigkeiten begründen oder
- › eine besondere Gefährdung durch Anbahnungs- und Werbeversuche fremder Nachrichtendienste, insbesondere die Besorgnis der Erpressbarkeit, begründen, oder
- › Zweifel am Bekenntnis des Betroffenen zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes oder am jederzeitigen Eintreten für deren Erhaltung begründen.«

Satz 2 fügt dem hinzu, ein Sicherheitsrisiko könne auch »aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte zur Person des Ehegatten, Lebenspartners oder Lebensgefährten vorliegen.«

Um diese Fragen abzuklären, kann das Bundesamt für Verfassungsschutz nach näherer Maßgabe des § 12 SÜG nicht nur die vom Betroffenen angegebenen sog. Referenzpersonen, sondern auch weitere geeignete Auskunftspersonen befragen. Es prüft dabei, ob die Angaben des Betroffenen zutreffen und ob – unabhängig davon – tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, die auf ein Sicherheitsrisiko schließen lassen. § 12 Abs. 5 SÜG spricht darüber hinaus von der Einschaltung »anderer geeigneter Stellen«.

Bevor die Zulassung zu einer sicherheitsempfindlichen Tätigkeit wegen Sicherheitsbedenken abgelehnt wird, ist dem Betroffenen nach § 6 Abs. 1 S. 1 SÜG Gelegenheit zu geben, sich persönlich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern. Dabei ist allerdings der sog. Quellenschutz zu gewährleisten. Dem Betroffenen werden daher keinerlei Indizien mitgeteilt, aus denen er schließen

⁶⁷ Weitere Einzelheiten zum Verfahren bei Riegel, ZTR 1994, 316, 321.

⁶⁸ Wird das Ausfüllen der Erklärung verweigert, kann keine Entscheidung ergehen; der Betroffene wird so behandelt als bestünde ein Sicherheitsrisiko. Dasselbe gilt, wenn sich der Ehegatte, Lebenspartner oder Lebensgefährte verweigert: Engeli-Schulz, DÖD 2011, 102, 105. Für den letzten Fall zweifelnd Adam, ZTR 2009, 569, 573.

könnte, von wem eine bestimmte Information stammt. Nach § 6 Abs. 1 S. 3 SÜG unterbleibt die Anhörung insgesamt, »wenn sie einen erheblichen Nachteil für die Sicherheit des Bundes oder eines Landes zur Folge hätte, insbesondere bei Sicherheitsüberprüfungen der Bewerber bei den Nachrichtendiensten des Bundes.« Ehegatten, Lebenspartner und Lebensgefährten werden in gleicher Weise behandelt.

Kommt die mitwirkende Behörde, dh. im Regelfall das Bundesamt für Verfassungsschutz zu dem Ergebnis, dass ein Sicherheitsrisiko vorliegt, so unterrichtet sie die zuständige Stelle. Die Entscheidung liegt dann bei dieser, doch ist eine Abweichung höchst unwahrscheinlich. Außerdem bestimmt § 14 Abs. 3 S. 2 SÜG: »Im Zweifel hat das Sicherheitsinteresse Vorrang vor anderen Belangen.«⁶⁹ Lehnt die zuständige Stelle die Betrauung mit der sicherheitsempfindlichen Tätigkeit ab, teilt sie dies dem Betroffenen mit (§ 14 Abs. 4 SÜG).

3. Handhabung durch die Rechtsprechung

Entscheidend ist, wie die Kriterien nach § 5 Abs. 1 SÜG gehandhabt werden. Die in § 5 Abs. 1 Nr. 1 SÜG angesprochene »Zuverlässigkeit« des Betroffenen ist ein Kriterium von bemerkenswerter Weite, zumal § 5 Abs. 1 Nr. 3 SÜG deutlich macht, dass damit nicht allein die »politische Zuverlässigkeit« im Sinne eines Bekenntnisses zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung gemeint ist. Die Offenheit dieses Kriteriums fällt umso stärker ins Gewicht, als bereits tatsächliche Anhaltspunkte für Zweifel an der Zuverlässigkeit genügen – und dies nicht nur beim Betroffenen, sondern auch beim Ehegatten, Lebenspartner oder Lebensgefährten. Wenn die Zweifel ihrerseits nur ein Niveau erreichen, das beim Entscheider Unsicherheit erzeugt, hat nach § 14 Abs. 3 S. 2 SÜG das Sicherheitsinteresse Vorrang vor allen anderen Belangen.

Die Rechtsprechung betrifft im Wesentlichen die Bundeswehr und die Geheimdienste; Rückschlüsse auf andere Bereiche sind daher nicht zwingend, doch spricht einiges dafür, dass die Maßstäbe keine prinzipiell anderen sind.⁷⁰

a) Die Zeit des Kalten Krieges

Die – soweit ersichtlich – erste einschlägige Entscheidung des BAG⁷¹ war durch rechtsstaatliches Denken geprägt. Ein bei einer Standortverwaltung der Bundeswehr beschäftig-

ter Lagerarbeiter war auf Veranlassung des militärischen Sicherheitsdienstes »wegen Sicherheitsbedenken« gekündigt worden. Dazu wurden keinerlei nähere tatsächliche Umstände vorgetragen. Wollte man dies genügen lassen, so das BAG, wäre der Rechtsschutz de facto ausgeschlossen. Die Kündigungsschutzklage hatte Erfolg.

Im nächsten Fall wurden dann die Sicherheitsbedenken im Einzelnen dargelegt, was uns Aufschluss über die damals angelegten Maßstäbe gibt.⁷² Im konkreten Fall ging es um einen früheren Hauptmann der Wehrmacht, der als »Platzmeister« auf einem Schießplatz der Bundeswehr beschäftigt war. Seine geschiedene Frau und seine beiden erwachsenen Kinder wohnten in der DDR, doch war dies schon bei seiner Einstellung bekannt, so dass eine Kündigung schwerlich darauf gestützt werden konnte. Allerdings hatte der Kläger in den Jahren 1947/48 die Verpflichtung unterschrieben, der SED beizutreten, falls sie auch in West-Deutschland zugelassen würde. Obwohl dies im Kündigungszeitpunkt ca. 14 Jahre zurücklag, brach es ihm im Ergebnis das Genick. Sei die Erklärung ernst gemeint gewesen, wäre er auch heute noch ein Sicherheitsrisiko, insbesondere wegen einer möglichen Anwerbung durch östliche Geheimdienste. Habe er sie nur zum Schein abgegeben, weil er auf diese Weise eine Besucherlaubnis erhalten habe und leichter seine Kinder hätte besuchen können, »so kann das die Befürchtung auslösen, dass ihm auch in anderer Situation der Kontakt mit seiner Familie wichtiger ist, als sein Verhalten nach Überzeugungstreue auszurichten.« Man müsse dann von einer »gewissen Geschmeidigkeit seines Charakters« ausgehen. Ob dies wirklich ein Unterscheidungsmerkmal gegenüber der großen Mehrheit seiner Mitbürger war?

Später ergab sich insoweit eine Veränderung, als der Entzug der VS-Ermächtigung und die Feststellung von Sicherheitsbedenken als selbständige Verwaltungsakte angesehen wurden, an die die Arbeitsgerichte – vom nie praktisch werdenden Fall der Nichtigkeit abgesehen – gebunden waren. Dies ist auch heute unter dem SÜG der Fall,⁷³ so dass sich die inhaltliche Auseinandersetzung auf

⁶⁹ Ebenso für einen Fall der vor dem Inkrafttreten des SÜG erfolgten Sicherheitsüberprüfung BVerwG, 08.11.1994 – 1 WB 64/94 – BVerwGE 103, 182 – NJW 1995, 740. Das LAG Köln (12.11.2007 – 2 Sa 904/07 – ZTR 2008, 401 und Juris) spricht zu Recht von einem Spezialfall der Verdachtskündigung.

⁷⁰ Für Gleichbehandlung *Engelien-Schulz*, DöD 2011, 102, 106.

⁷¹ 27.09.1960 – 3 AZR 171/58 – AP § 1 KSchG Sicherheitsbedenken Nr. 1.

⁷² BAG, 28.02.1963 – 2 AZR 342/62 – AP § 1 KSchG Sicherheitsbedenken Nr. 3.

⁷³ S. zuletzt BAG, 26.11.2009 – 2 AZR 272/08 – AP § 626 BGB Nr. 225; LAG Köln, 08.07.2010 – 13 Sa 152/10 – Juris.

die Verwaltungsgerichte verlagerte. Dort wurden eher noch strengere Maßstäbe angelegt, wie ein im Detail dokumentiertes Urteil des VG Köln aus dem Jahr 1981 belegt.⁷⁴

Ein Ingenieur war bei einer Rüstungsfirma beschäftigt, die sich dem Verteidigungsministerium gegenüber verpflichtet hatte, Verschlusssachen nur solchen Betriebsangehörigen zugänglich zu machen, bei denen ein besonders Personenüberprüfungsverfahren stattgefunden hatte. Dieses war in den Grundzügen wie die heutige Sicherheitsüberprüfung ausgestaltet, so dass die inhaltliche Kompetenz letztlich beim Bundesamt für Verfassungsschutz lag. In seinem Antrag gab der Ingenieur an, er habe einen Onkel sowie einige Vettern in der DDR; außerdem wohnten dort seine Schwiegermutter und sein Schwager sowie weitere Verwandte seiner Frau. 1970 sei er zur Beerdigung seines Schwiegervaters, 1972 und 1976 zu Verwandtenbesuchen in der DDR gewesen. Er sei bereit, Reisen in den kommunistischen Machtbereich in Zukunft zu unterlassen.

Das Bundesamt für Verfassungsschutz hatte Bedenken. Bei der Überprüfung, in die auch »Auskunftspersonen« eingeschaltet worden seien, habe sich ergeben, dass ein Vetter der Ehefrau beim MfS im höheren Dienst beschäftigt sei. Weiterhin sei festgestellt worden, dass seine Verwandten engagierte SED-Anhänger seien oder Berufe ausübten, die systemtreues Verhalten voraussetzten. Eine Tante der Ehefrau sei überzeugte Altkommunistin und beziehe eine Parteirente.

Der Ingenieur durfte dazu Stellung nehmen. Nicht ein Vetter, sondern der Sohn eines Vettters seiner Ehefrau sei beim MfS beschäftigt. Zu diesem bestehe aber überhaupt kein Kontakt. Ihm sei auch nicht bekannt, dass von seinen Verwandten außer der fast 80 Jahre alten Tante irgendwer Mitglied der SED sei. Diese habe im Übrigen in Gesprächen zum Ausdruck gebracht, dass sie das heutige politische System in der DDR nicht als den Kommunismus ansehe, für den sie vor 1933 gekämpft habe. Sein weiteres Vorbringen wird im Urteil des VG Köln wie folgt wiedergegeben:

»Falls er die Ermächtigung nicht erhalte und entlassen werde, sei es aufgrund seines Alters so gut wie aussichtslos, eine neue Stelle zu erhalten. Da seine Ehe seit Jahren mit gewissen Spannungen belastet sei, erwäge er, sich von seiner Ehefrau scheiden zu lassen und eine seit Jahren mit ihm befreundete Frau zu heiraten, die keine Verwandtschaft in der DDR habe, wenn er unter dieser Voraussetzung die Ermächtigung zum Umgang mit Verschlusssachen erhalte.«

Das Angebot verfiel nicht. Das Bundesamt für Verfassungsschutz meinte, er sei in seinen letzten Arbeitsstellen als »schwieriger, eigenwilliger, kritisch und unkollegial reagierender Querulant« bezeichnet worden, diese Einschätzung werde durch den Scheidungsvorschlag bestätigt. Es wurde nicht bestritten, dass lediglich die Tante der SED angehörte, doch stünden eben zahlreiche Verwandte in besonderem Umfang »im Blickfeld der SED«. Auch soweit zu einzelnen Angehörigen kein oder kein ständiger Kontakt unterhalten werde, sei das davon ausgehende Sicherheitsrisiko unkalkulierbar.

Das Bundeswirtschaftsministerium lehnte den Antrag des Betroffenen ab. Die dagegen erhobene Klage blieb ohne Erfolg. Das Verwaltungsgericht meinte, die Abschätzung des »Sicherheitsrisikos« erfordere eine Bewertung politischer Gesamtzusammenhänge, was besondere geheimdienstliche Erfahrungen voraussetze, die dem Gericht fehlen würden. Es könne deshalb nur überprüfen, ob der Sachverhalt richtig ermittelt, der Bewertungsmaßstab korrekt und der Beurteilungsspielraum nicht überschritten sei. Die Schlussfolgerungen des Bundesamts wurden als »plausibel und sachgerecht« bezeichnet, die Verlässlichkeit der Erkenntnisquellen spielte ersichtlich keine Rolle, auch nicht die Tatsache, dass zum MfS-Sohn des Vettters keinerlei Kontakte bestanden.

»Kontaktschuld ohne Kontakt« – eine immerhin bemerkenswerte argumentatorische Leistung. Das »Blickfeld der SED« als Bereich, der Verdacht auslöst und ihn auf Personen überträgt, die mit den »Unberührbaren« vor einigen Jahren gesprochen und vielleicht Briefe mit ihnen gewechselt haben. Wer einmal »infiziert« ist, hat – nicht anders als der Platzmeister bei der Bundeswehr – auch keine Heilungschance mehr. Selbst die Scheidung und damit das »Abstoßen« des Stasi-Vettters dritten Grades und der SED-Veteranin würden da nicht helfen. Es wäre sicherlich unsachlich und polemisch, wollte man darauf verweisen, dass die Scheidung von jüdischen oder halb-jüdischen Ehegatten zu früheren Zeiten durchaus einen »Reinigungseffekt« bewirken konnte.

b) Der Zeitraum von 1990 bis zur Gegenwart

Aus den letzten zwanzig Jahren stammt ein recht großer Anteil der veröffentlichten Entscheidungen aus dem

⁷⁴ Sachverhalt und Entscheidungsgründe wiedergegeben bei Däubler, in: Staack (Hrsg.), Alles unter Kontrolle, Göttingen 1983, S. 31 ff.

Bereich der Geheimdienste, wo man offensichtlich keine zusätzlichen Nachteile befürchtet, wenn man sich gegen bestimmte Maßnahmen gerichtlich zur Wehr setzt. In einer Entscheidung des OVG Nordrhein-Westfalen⁷⁵ ging es um einen beim Militärischen Abschirmdienst (MAD) beschäftigten Regierungsamtmann, der mit der Sicherheitsüberprüfung von Angehörigen der Bundeswehr befasst war. Er hatte einem Kollegen ein Darlehen in erheblicher Höhe gegeben, dies jedoch geheim gehalten, da das dadurch geschaffene Abhängigkeitsverhältnis nicht bekannt werden sollte. Gegen den Entzug der VS-Ermächtigung setzte er sich erfolglos zur Wehr. In einem anderen Fall war ein Angestellter des Verfassungsschutzes mit der Vorauswertung russischer Texte befasst, unterhielt jedoch privaten Kontakt zu seinem russischen Schwager, der im Verdacht stand, ein russischer Mafioso zu sein und der auch wegen einer Straftat nach dem Betäubungsmittelgesetz rechtskräftig zu einer Haftstrafe verurteilt war, sich dieser jedoch durch Flucht ins Ausland entzogen hatte. Der Entzug der VS-Ermächtigung wurde von der Verwaltungsgerichtsbarkeit bestätigt. Das Kündigungsschutzverfahren wies die Besonderheit auf, dass der Kläger wegen langer Tätigkeit im öffentlichen Dienst unkündbar war und die Arbeitgeberseite nicht umfassend genug nach einer Weiterverwendung in einem nicht sicherheitsrelevanten Bereich gesucht hatte.⁷⁶

In anderen Entscheidungen wirkt der Ost-West-Gegensatz noch immer nach. Private Kontakte von Mitarbeitern des Auswärtigen Dienstes mit Mitarbeitern des MfS wurden differenziert beurteilt.⁷⁷ Heiratet ein Offizier der Bundeswehr eine Ukrainerin oder eine Russin, so bringt er sich noch immer in Gefahr. Im Fall einer Ukrainerin verneinte das Bundesverwaltungsgericht im Gegensatz zur Bundeswehr ein Sicherheitsrisiko, weil die in Kiew verbliebenen Verwandten als leitende Mitarbeiter der privatisierten Verkehrsbetriebe keinerlei Meldepflichten zu erfüllen hatten.⁷⁸ Anders wurde jedoch bei einer Russin entschieden, deren Bruder in der russischen Armee Dienst tat.⁷⁹ Die Heirat mit einer Chinesin scheint demgegenüber weniger risikobehaftet. Im konkreten Fall ging es um einen Rüstungsbetrieb, dessen Leitung bei der Einstellung des Arbeitnehmers wusste, dass seine Lebensgefährtin in China lebte und er sie vor Arbeitsantritt heiraten wollte. Ohne Einschaltung der Sicherheitsbehörden erhielt der Betroffene ein Schreiben, in dem es hieß: »Die Geschäftsleitung hat festgelegt, dass Sie ein Sicherheitsrisiko für die Firma A... sind.« Im

Folgenden wird dies mit einer besonderen Gefahr für Anwerbungsversuche chinesischer Nachrichtendienste begründet; außerdem bestehe das Risiko, dass seine Frau und ihr Kind entführt und er dann zu Aussagen erpresst würde. Das LAG Schleswig-Holstein erklärte die Kündigung für rechtswidrig.⁸⁰

4. Bewertung

Wer in einem sicherheitsempfindlichen Bereich tätig ist, muss sich eine eingehende Überprüfung gefallen lassen. Die private Lebensführung unterliegt in beträchtlichem Umfang der mittelbaren oder unmittelbaren Kontrolle des Arbeitgebers.⁸¹ Neben den genannten Beispielen ist der Fall der Überschuldung zu erwähnen; auch sie kann wegen des höheren Anwerbungsrisikos negative Konsequenzen haben.⁸² Weiter sollte man Reisebeschränkungen tunlichst einhalten.⁸³

Aus den veröffentlichten Entscheidungen wird nicht deutlich, dass der Betroffene bei einer vorherigen Anhörung wie auch im Zusammenhang mit dem Bescheid selbst nur einen Teil der Erwägungen erfährt, die für die Behörde maßgebend waren. Auch das Verwaltungsgericht war lange Zeit durch § 99 Abs. 2 S. 1 VwGO gehindert, die Sicherheitsbehörden zur Vorlage aller Unterlagen zu zwingen; der Quellenschutz hatte Vorrang. Die darin liegende Verkürzung des Rechtsschutzes ist vom BVerfG als Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG qualifiziert worden.⁸⁴ Allerdings hat es sich nicht für eine volle Transparenz entschieden.

75 13.01.1999 – 12 A 3882/96 – Juris.

76 BAG, 26.11.2009 – 2 AZR 272/08 – AP § 626 BGB Nr. 225. Grundsätzlich zustimmend *Engelien-Schulz*, DÖD 2011, 106.

77 BVerwG, 27.08.1997 – 1 D 19/96 – Juris mwN.

78 BVerwG, 09.12.1999 – 1 WB 60/99, 1 WB 61/99 – ZBR 2000, 127 – NVwZ-RR 2000, 305.

79 BVerwG, 09.11.1994 – 1 WB 10/94, zitiert bei BVerwG aaO. (soweit ersichtlich unveröffentlicht).

80 LAG Schleswig-Holstein, 22.06.2011 – 3 Sa 95/11 – AuR 2011, 374 (Leitsatz) und Juris.

81 Vgl. *Engelien-Schulz*, DÖD 2011, 104: »Angesichts der Unteilbarkeit einer Persönlichkeit hat es keine Bedeutung, ob das Verhalten (...) während der Arbeitszeit oder außerhalb dieser hervortrat.«

82 BVerwG, 30.01.2001 – 1 WB 119/00 – NVwZ-RR 2001, 520; *Engelien-Schulz*, DÖD 2011, 104.

83 BVerwG, 16.11.1973 – 1 WB 74.73 – BVerwGE 46, 190 ff. Dazu auch *Riegel*, ZTR 1994, 316, 325 f.

84 BVerfG, 27.10.1999 – 1 BvR 385/90 – BVerfGE 101, 106 ff.; dazu auch *Soost*, in: Müller-Heidelberg ua. (Hrsg.), Grundrechte-Report, Reinbek 2000, S. 146.

Vielmehr seien im Wege der praktischen Konkordanz die durch Art. 19 Abs. 4 GG geschützten Interessen des Einzelnen mit dem staatlichen Geheimhaltungsinteresse, das sich insbesondere auf den Schutz der Quellen beziehe, in Einklang zu bringen.⁸⁵ Dies führt dazu, dass ein sog. In-Camera-Verfahren durchgeführt wird, in dem zwar das Gericht, nicht aber der Betroffene und sein Prozessvertreter Kenntnis von den zugrunde liegenden Tatsachen erhält. Dem ist durch eine entsprechende Neufassung des § 99 Abs. 2 VwGO Rechnung getragen worden. Unter diesen Umständen kann das Gericht nur eine Art Schlüssigkeitsprüfung vornehmen, ist jedoch nicht in der Lage, subjektiv motivierte Falschaussagen von Informanten zu erkennen, die beispielsweise mit dem Betroffenen persönlich verfeindet sind. Konsequenter ist man insoweit im Strafverfahren, wo trotz des auch dort bestehenden Bedürfnisses nach Quellenschutz ein In-Camera-Verfahren nicht akzeptiert wird.⁸⁶ Von den Konsequenzen für den Einzelnen her kann der Verlust des Arbeitsplatzes insbesondere bei hoher Spezialisierung sehr viel einschneidender sein als eine zur Bewährung ausgesetzte Freiheitsstrafe oder eine Geldstrafe. Insoweit bedarf die geltende Rechtslage der Revision.

V. Ausgrenzung von »Feinden« aus dem Arbeitsmarkt

Bei gefährlichen Technologien und Dienstleistungen sowie in sicherheitsempfindlichen Bereichen ist die Natur der Arbeit Anknüpfungspunkt für öffentlich-rechtliche Regeln, die das traditionelle Arbeitsrecht partiell außer Kraft setzen und gegen die nur schwacher Rechtsschutz in Anspruch genommen werden kann. Daneben gibt es strukturell vergleichbare Fälle, in denen eine bestimmte Gruppe von Menschen als »gefährlich« qualifiziert und deshalb von vielen (oder allen) Tätigkeiten ausgeschlossen wird. Wichtigstes Beispiel sind in der Geschichte der Bundesrepublik Personen mit kommunistischer Einstellung oder kommunistischer Parteimitgliedschaft (unten 1); aktuelle Bedeutung besitzt das EU-rechtliche Verbot, mit Personen Rechtsgeschäfte zu tätigen, die sich auf einer sog. Antiterrorliste befinden (unten 2).

1. Kommunisten

a) Die Zeit von 1949 bis 1968

Die Bundesregierung hatte schon am 19. September 1950 einen Beschluss gefasst, wonach jede Unterstützung von Bestrebungen gegen die freiheitliche demokratische Staatsordnung mit der Tätigkeit als Beamter oder Arbeitnehmer des Bundes unvereinbar war. Dies sollte insbesondere in Bezug auf die »auf Gewalthandlungen abzielenden Beschlüsse des 3. Parteitages des kommunistischen SED« und des sog. »National-Kongresses« gelten.⁸⁷ Im Folgenden wurden neben KPD und FDJ zahlreiche Organisationen genannt, deren Unterstützung untersagt war. Ob auch schon die bloße Mitgliedschaft genügte, blieb in der Rechtsprechung der folgenden Jahre umstritten.⁸⁸ Die Länder fassten bis auf das damalige Württemberg-Hohenzollern ähnliche Beschlüsse. Wie viele Personen betroffen waren und ihren Arbeitsplatz verloren, lässt sich den vorliegenden Veröffentlichungen nicht entnehmen.

Auch in der Privatwirtschaft kam es schon längst vor dem KPD-Verbot im Jahre 1956 zu zahlreichen Entlassungen. Kommunistische Betätigung im Betrieb wurde als »Störung des Betriebsfriedens« qualifiziert und führte auch bei Betriebsratsmitgliedern zu fristlosen Kündigungen. Die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte bietet zahlreiches Anschauungsmaterial.⁸⁹ Am bekanntesten ist eine BAG-Entscheidung, die sich mit einer erstaunlich einfallreichen Werbemaßnahme der KPD zu befassen hatte: Ein Arbeitnehmer hatte kleine Flugblätter verteilt, deren eine Seite wie ein 10-Mark-Schein aussah und deren andere Seite mit kommunistischen Parolen bedruckt war.⁹⁰ Die Adressaten hatten sich darüber amüsiert; zu irgendwelchen Protestaktionen oder gar Arbeitsunterbrechungen war es nicht gekommen. Gleichwohl bestätigte das BAG die unmittelbar

⁸⁵ BVerfGE 101, 106, 124 ff.

⁸⁶ BGH, 11.02.2000 – 3 StR 377/99 – NJW 2000, 1661.

⁸⁷ Wortlaut des Beschlusses bei v. Brünneck, Politische Justiz gegen Kommunisten in der Bundesrepublik Deutschland 1949–1968, mit Vorwort von Erhard Denninger, Frankfurt a. M. 1978, S. 54 f. Der Beschluss richtete sich auch gegen Rechtsradikale, die jedoch quantitativ überhaupt nicht ins Gewicht fielen (v. Brünneck, S. 237).

⁸⁸ v. Brünneck (Fn. 87), S. 56.

⁸⁹ LAG Bayern (Nürnberg), 16.10.1957 – Ber. Reg. N 170/57/V – BB 1958, 43: »Staatsfeindliche Äußerung vor Betriebsratswahl«; LAG Berlin, 11.12.1951 – 2 LAG 622/51 – BB 1952, 172: Verteilung verbotener Schriften; LAG Tübingen, 29.11.1951 – Ta 3/51 – BB 1952, 58: Gefährdung des Arbeitsfriedens durch Verteilung von Flugblättern.

⁹⁰ BAG, 03.12.1954 – 1 AZR 150/54 – AP § 13 KSchG Nr. 2.

daraufhin ausgesprochene fristlose Kündigung: Bei der Gefährdung des Betriebsfriedens komme es nicht nur auf die Einstellung der Arbeitnehmer an, sondern auch auf die des Arbeitgebers, »der genauso zum Betrieb gehöre wie der Arbeitnehmer«. Die »Störung des Betriebsfriedens« wird so unter der Hand zu einer »Störung des Arbeitgebers.« Auch der christliche Gedanke der »Läuterung« fand keine Gnade: Der Anstellungsvertrag eines kaufmännischen Direktors konnte noch 1952 wegen Irrtums über eine »verkehrswesentliche Eigenschaft« nach § 119 Abs. 2 BGB angefochten werden, weil er von 1945 bis 1947 KPD-Mitglied und für diese Partei als Stadtverordneter tätig, dann aber ausgetreten war.⁹¹ Dass für die »kommunistischen Verfassungsfeinde« eben besondere Regeln galten, wird sogar an einer Entscheidung deutlich, die ansonsten volle Anerkennung verdient: Bei einem privaten Treffen von Arbeitskollegen in einem Café hatte einer deutliche Kritik an einem Vorgesetzten geübt und ein anderer »politisch anfechtbare« Äußerungen getan. Ein weiterer Teilnehmer informierte die Leitung von der Kritik und den Personalrat von den politischen Ansichten. Das BAG⁹² bestätigte die Kündigung des Denunzianten wegen Bruchs der Vertraulichkeit (was manchen heutigen Befürwortern von »Hotlines« ins Stammbuch geschrieben werden sollte), machte aber für den Fall eine Ausnahme, das »ein Kollege von den Plänen eines andern Kollegen erfährt, die Verfassung zu untergraben.« Hier hätte also der Persönlichkeitsschutz zurücktreten müssen. Auch die in den 1970er Jahren ergangene Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zur Verteilung von Exemplaren der kommunistischen Zeitung »UZ« durch einen Bankangestellten gehört in diese Reihe: Obwohl alles in der Freizeit und fernab vom Arbeitsplatz in einer Filiale geschah und obwohl die in der UZ enthaltene Kritik an den Banken unschwer auch in der »Süddeutschen Zeitung« hätte stehen können, wurde eine verhaltensbedingte Kündigung bejaht.⁹³ Eine Benachteiligung wegen der politischen Anschauung im Sinne des Art. 3 Abs. 3 GG liege nicht vor, da diese voraussetze, dass die Kündigung »nur« wegen dieses Grundes ausgesprochen worden sei. Wer dagegen eine pazifistische Plakette trug – und dies sogar während der Arbeit als Lufthansabeschafter – konnte demgegenüber bei den Arbeitsgerichten mit Verständnis rechnen; von einer Störung des Betriebsfriedens war (mit Recht) in späteren Jahren nicht mehr die Rede.⁹⁴

In den 1950er und 1960er Jahren war die Betätigung für kommunistische Ziele im Betrieb nur ein möglicher

Grund, um politisch unerwünschte Personen aus dem Betrieb zu entfernen. Viel wichtiger waren strafrechtliche Ermittlungsverfahren und strafrechtliche Verurteilungen wegen »Staatsgefährdung«. Das hierzu verfügbare Anschauungsmaterial ist so umfangreich, dass es hier nicht im Einzelnen ausgebreitet werden kann.⁹⁵ Hervorzuheben ist Folgendes:

Der Bereich des Strafbaren wurde im Jahre 1951 weit nach vorne verlagert.⁹⁶ Es ging nicht allein um den Verrat von Staatsgeheimnissen (Landesverrat) oder um die Vorbereitung eines Umsturzes (Vorbereitung zum Hochverrat). Vielmehr wurden in einem besonderen Abschnitt im StGB staatsgefährdende Handlungen unter Strafe gestellt, die oft Verhalten betrafen, das man heute als völlig harmlos ansehen würde. Als Beispiel mag man die Anfrage eines Doktoranden beim Bundeskriminalamt anführen, der sich nach der Zahl der polizeilichen Ermittlungsverfahren in Verfahren wegen politischer Delikte erkundigte. Wie sein Doktorvater, der spätere Bundesinnenminister *Werner Maihofer*, in einem »Panorama«-Interview 1965 mitteilte, erhielt er statt der gewünschten Informationen einen Besuch der politischen Polizei.⁹⁷ In der Zeit nach dem KPD-Verbot war es eine strafbare Fortführung der aufgelösten Partei, wenn sich drei frühere Parteimitglieder in einer Wohnung trafen, um über gemeinsame Aktionen zu beraten. Im konkreten Fall⁹⁸ war allerdings der zu Hause Besuchte in die Absichten seiner beiden alten Bekannten nicht eingeweiht und hatte es auch abgelehnt, sich auf konspirative Gespräche einzulassen. Dennoch wurde er wegen des Verdachts eines Vergehens nach §§ 42, 47 BVerfGG

91 LAG Hamm, 30.04.1953 – 2 Sa 532/52 – BB 1953, 501.

92 21.10.1965 – 2 AZR 2/65 – AP § 1 KSchG verhaltensbedingte Kündigung Nr. 5.

93 BAG, 28.09.1972 – 2 AZR 469/71 – AP § 134 BGB Nr. 2. Zur Zurückweisung der Verfassungsbeschwerde s. *Däubler*, Die Quelle, 1975, S. 219 ff.

94 Hessisches LAG, 21.09.1990 – 13 Sa 612/89 – LAGE Art. 5 GG Nr. 4.

95 Umfassend v. *Brünneck* (Fn. 87). S. weiter *Posser*, Politische Strafjustiz aus der Sicht des Verteidigers, Karlsruhe 1961; *Richard Schmid*, Einwände, Stuttgart 1965, S. 14 ff.; *Lutz Lehmann*, Legal & Opportun. Politische Justiz in der Bundesrepublik, Berlin 1966; *Baumgarte*, Politische Strafjustiz in Niedersachsen, Ahlen 1966; *Pfannenschwarz/Schneider*, Das System der strafrechtlichen Gesinnungsverfolgung in Westdeutschland, Berlin 1965. Lesenswert auch die Entscheidungsrezensionen von *R. Hoffmann*, KJ 1969, 71 ff. und *J. Meyer*, KJ 1971, 328 ff.

96 Zu den Vorarbeiten s. *Kern*, NJW 1950, 667 ff. (mit durchaus kritischem Unterton).

97 Mitgeteilt bei *Lehmann* (Fn. 95), S. 108.

98 BAG, 23.02.1961 – 2 AZR 187/59 – AP § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung Nr. 9.

verhaftet und erst nach vier Wochen gegen Auflagen auf freien Fuß gesetzt. Im Strafverfahren selbst wurde er mangels Beweises freigesprochen. Sein Arbeitgeber hatte noch während der Haft eine Verdachtskündigung ausgesprochen, die das Landesarbeitsgericht im Hinblick auf den Freispruch für rechtswidrig erklärt hatte. Anders ging das BAG mit dem Verdacht um. Nach der Lebenserfahrung würde dieser weiter bestehen, auch sei der Betroffene kurz vor dem Vorfall in der sowjetisch besetzten Zone gewesen. Weiter habe man bei der Haussuchung mehrere kommunistische Schriften gefunden. Eine Benachteiligung wegen politischer Überzeugung liege nicht vor, wenn man diese bei der Beurteilung eines Verdachts mitberücksichtige – eine bemerkenswerte Handhabung des Begriffs der »Benachteiligung«. Schlichte Gespräche mit Abgesandten von DDR-Organisationen wurden häufig als staatsgefährdender Nachrichtendienst nach § 92 StGB qualifiziert.⁹⁹

Die Vorverlegung der Strafbarkeitsgrenze gewann dadurch zusätzliche Bedeutung, dass die Schwelle für die Einleitung eines staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens sehr niedrig angesetzt wurde. Vorsichtige Schätzungen gehen für die Jahre 1949–1968 von 125.000 Verfahren aus.¹⁰⁰ Nur in ca. 3,5 % aller Fälle kam es zu Verurteilungen, während diese Zahl bei allen »nicht-politischen« Verfahren bei gut 16 % lag.¹⁰¹ Arbeitsrechtlich hatte dies zur Folge, dass sehr häufig eine »Verdachtsituation« geschaffen wurde, die nach der Rechtsprechung des BAG eine Kündigung rechtfertigen konnte. Politisch ergab sich ein (sicherlich nicht ganz ungewollter) Einschüchterungseffekt.

b) Die Zeit von 1968–1990

Nach der Neugründung der DKP im Jahre 1968 und im Gefolge der Entspannungspolitik wurde die Instrumentalisierung des Strafrechts aufgegeben. Was blieb, waren bis zu den politischen Umbrüchen in den Jahren 1989 bis 1991 die sog. Berufsverbote, dh. die Unvereinbarkeit zwischen der Betätigung für die DKP und für mit ihr sympathisierende Organisationen auf der einen Seite und der Beschäftigung im öffentlichen Dienst auf der anderen Seite. Im Beamtenrecht steuerte das Bundesverwaltungsgericht einen harten Kurs und erkannte auf die Disziplinarstrafe der Entfernung aus dem Dienst, wenn ein Beamter für eine »verfassungsfeindliche« Partei zum Bundestag oder zum Landtag kandidiert hatte, ohne dass ihm irgendwelche anderen verfassungsfeindlichen Aktivitäten zur Last gelegt

werden konnten.¹⁰² Es ging damit über die Rechtsprechung des BVerfG hinaus, das eine umfassende Einzelfallprüfung forderte und überdies verlangte, dass der Pflichtverstoß von einigem Gewicht war.¹⁰³ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in dieser Rechtsprechung einen Verstoß gegen die Meinungsfreiheit nach Art. 10 EMRK gesehen,¹⁰⁴ so dass man sie heute als obsolet ansehen muss.

Das BAG verfolgte von vorneherein eine andere Linie und differenzierte je nach Bedeutung und Funktion der ausgeübten Tätigkeit.¹⁰⁵ Danach hat zwar ein Vertragslehrer dieselben Anforderungen wie ein beamteter Lehrer zu erfüllen, doch stellt sich die Situation zB. bei technischen Angestellten und bei Schreibkräften anders dar.¹⁰⁶ Bemerkenswert ist, dass die Kündigung meist daran scheiterte, dass sich die fraglichen Personen bei der Erfüllung ihrer Aufgaben als hundertprozentig korrekt erwiesen hatten – insoweit haben sie vermutlich darauf verzichtet, ihre kritischen politischen Überzeugungen in den Unterricht oder andere Aufgaben einfließen zu lassen.¹⁰⁷

c) Einschätzung

Die Ausgrenzung von Kommunisten aus dem Arbeitsmarkt erfolgte in der Perspektive, durch präventive Maßnahmen eine grundlegende Veränderung der bestehenden Ordnung zu verhindern. Es ging nicht um technische oder finanzielle, sondern um politische Risiken (wie real oder unreal sie auch gewesen sein mögen). Auch hier wurde die Trennung zwischen Arbeit und Privatleben weitgehend aufgegeben.

⁹⁹ Material dazu bei Posser (Fn. 95), S. 18 ff.

¹⁰⁰ v. Brünneck (Fn. 87), S. 242.

¹⁰¹ Angaben nach v. Brünneck (Fn. 87), S. 243 ff.

¹⁰² BVerwG, 10.05.1984–1 D 7/83 – BVerwGE 76, 157 ff. (Fall Meister). S. bereits zuvor BVerwG, 29.10.1981–1 D 50/80 – BVerwGE 73, 263 ff. sowie *Siemantel/Wohlfahrt* (Hrsg.), Der Fall Hans Peter. Entlassung eines »Verfassungsfeindes«. Dokumentation und Analyse, Köln 1982.

¹⁰³ BVerfG, 20.05.1975–2 BvL 13/73 – BVerfGE 39, 334 ff.

¹⁰⁴ EGMR, 26.09.1995–7/1994/454/535 – AuR 1995, 471 ff. (Fall Dorothea Vogt).

¹⁰⁵ Grundlegend BAG, 31.03.1976–5 AZR 104/74 – AP Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 2 – NJW 1976, 1708; zuletzt BAG, 13.10.1988–6 AZR 144/85 – AP § 611 BGB Abmahnung Nr. 4 – NZA 1989, 716 ff. und 28.09.1989–2 AZR 317/86 – AP § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 24.

¹⁰⁶ S. etwa BAG, 20.07.1989–2 AZR 114/87 – AP zu § 1 KSchG 1969 Sicherheitsbedenken Nr. 2 (DKP-Mitglied als Fernmeldehandwerker) und BAG, 12.03.1986–7 AZR 468/81 – Juris (KBW-Mitglied als Fernmeldehandwerker).

¹⁰⁷ Anschauungsmaterial bietet etwa BAG, 28.09.1989–2 AZR 317/86 – AP § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 24.

Auch hier wurde – jedenfalls in der Zeit bis 1968 – der Rechtsschutz verkürzt: Der Zeuge vom Hörensagen wurde von den Gerichten grundsätzlich akzeptiert, ebenso ein umfassender Quellenschutz, ohne dass es auch nur im Entferntesten so etwas wie das heutige In-Camera-Verfahren gegeben hätte.¹⁰⁸ Ein Unterschied bestand insoweit, als die Rechtsstellung des Arbeitgebers im Grundsatz erhalten blieb: Es gab – anders als etwa in sicherheitsempfindlichen Bereichen – kein Verbot, bestimmte »nicht zertifizierte« Menschen zu beschäftigen. Angesichts der antikapitalistischen Ausrichtung der kommunistischen Programmatik und des hohen Stellenwerts konsequenter betrieblicher Interessenvertretung dürfte es allerdings nur ganz ausnahmsweise Arbeitgeber gegeben haben, die dem keine Bedeutung zumaßen.

2. Terroristen und ihre Unterstützer

Auch die Bekämpfung des islamistischen Terrorismus greift in traditionelle arbeitsrechtliche Strukturen ein. Maßgebende Rechtsgrundlagen sind zwei EG-Verordnungen, die in allen Mitgliedstaaten unmittelbar gelten. Zum einen handelt es sich um die »Verordnung (EG) Nr. 2580/2001 des Rates vom 27. Dezember 2001 über spezifische, gegen bestimmte Personen und Organisationen gerichtete restriktive Maßnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus«¹⁰⁹, zum andern um die »Verordnung (EG) Nr. 881/2002 des Rates vom 27. Mai 2002 über die Anwendung bestimmter spezifischer restriktiver Maßnahmen gegen bestimmte Personen und Organisationen, die mit Osama bin Laden, dem Al-Qaida-Netzwerk und den Taliban in Verbindung stehen.«¹¹⁰ Zentraler Inhalt beider Verordnungen ist das »Einfrieren« aller Vermögenswerte, die den im jeweiligen Anhang aufgeführten Organisationen und natürlichen Personen gehören.¹¹¹ Diese unterliegen damit umfassenden Verfügungsbeschränkungen; sie bleiben formal Rechtsinhaber, können aber keinerlei Dispositionen treffen. An jedermann richtet sich das Verbot, dem fraglichen Personenkreis keinerlei wirtschaftliche Ressourcen zur Verfügung zu stellen (sog. Bereitstellungsverbot). Die Anhänge beider Verordnungen werden an den jeweiligen Erkenntnisstand angepasst; bei der VO (EG) Nr. 2580/2001 geschah dies bisher 28, bei der VO (EG) Nr. 881/2002 sogar 146 Mal.¹¹² Wäre ein in Deutschland beschäftigter Arbeitnehmer mit einer »gelisteten« Person identisch, dürfte an ihn nicht einmal mehr das laufende

Gehalt ausbezahlt werden; eine Weiterbeschäftigung wäre ausgeschlossen.¹¹³ Schon der Verdacht, mit einer auf der Liste stehenden Person identisch zu sein, könnte zu einer Kündigung führen.¹¹⁴

Das Einfrieren aller Vermögensgegenstände und das Bereitstellungsverbot laufen auf einen sog. bürgerlichen Tod hinaus, wie ihn das französische Recht bis 1854 für Personen vorsah, die zu lebenslänglicher Freiheitsstrafe verurteilt wurden.¹¹⁵ Dem Betroffenen wird die Stellung eines Marktbürgers entzogen. Lediglich die VO (EG) Nr. 2580/2001 sieht in ihrem Art. 5 Abs. 2 vor, dass die nationalen Behörden aus humanitären Gründen einzelne Ausnahmen bewilligen können; gleichwohl ist die wirtschaftliche Existenz des Betroffenen weitgehend vernichtet, wenn sich sein Name längere Zeit auf der Liste befindet.¹¹⁶

Handelt es sich bei einer auf der Liste aufgeführten Person um jemanden, der der Unterstützung terroristischer Aktivitäten verdächtig ist, so greifen Strafrecht und Strafprozessrecht ein. Fälle dieser Art sind unproblematisch. Anders verhält es sich bei allen denjenigen, die die Grenze zur Strafbarkeit nicht überschritten haben, sich aber gleichwohl auf einer Liste befinden: Sie werden mit existentiellen Sanktionen belegt, ohne dass man ihnen mehr vorwerfen kann, als dass sie sich »irgendwie« verdächtig gemacht haben. Die Informationen, die zur Listung führen, dürften aus geheimdienstlichen Quellen stammen. Sie werden weder dem Betroffenen noch Dritten bekannt gegeben. Angesichts der Tatsache, dass sich die EU rechtsstaatlichen Prinzipien verpflichtet fühlt, hat der EuGH den Rat verpflichtet, einzelne Personen deshalb von der Liste zu strei-

108 Einzelheiten bei *v. Brünneck* (Fn. 87), S. 250 ff.; *Richard Schmid* (Fn. 95), S. 53 ff.

109 ABl. 2001, L 344/70.

110 ABl. 2002, L 139/9.

111 Art. 2 Abs. 1 lit. a VO (EG) Nr. 2580/2001, Art. 2 Abs. 1 VO (EG) Nr. 881/2002.

112 Mitgeteilt bei *Otto/Lampe*, NZA 2011, 1135, die sarkastisch bemerken, beim internationalen Terrorismus scheine es sich um einen relativ volatilen Wachstumsmarkt mit einer Vielzahl von Akteuren zu handeln.

113 S. etwa *Raif*, Auswirkungen von Sanktionslisten auf das Arbeitsverhältnis, Hamburg 2010, S. 39 ff.

114 Für eine solche Verdachtskündigung *Raif*, aaO., S. 118 ff.

115 Näher *Däubler*, BGB kompakt, 3. Aufl., München 2008, Kap. 4 Rn. 9.

116 Ebenso Generalanwalt *Maduro* in der Rs. C-402/05 P und C-415/05 P, EuGRZ 2008, 103, 112 Tz. 47: »Die Folgen für den Betroffenen sind potentiell vernichtend, selbst wenn für den Grundbedarf und den Lebensunterhalt gesorgt ist.«

chen.¹¹⁷ Im bekannten Fall Kadi dauerte es allerdings von 2001 bis 2008, ehe die Bemühungen des Betroffenen zum Erfolg führten.¹¹⁸ Die Gültigkeit der Regelungen als solche wurde nicht in Frage gestellt.¹¹⁹ Immerhin stehen die Betroffenen ja besser als die in Guantánamo Inhaftierten, da sie in Freiheit belassen werden.

Die Situation ist insofern eine andere als die unter 1 geschilderte, als es unter den in Deutschland tätigen Arbeitnehmern praktisch niemanden gibt, der für Al Qaida oder die Taliban Sympathien entwickeln oder sie gar unterstützen würde. Dennoch ist das Antiterror-Regelwerk von erheblicher arbeitsrechtlicher Bedeutung. Deutsche Unternehmen, die ihre Produkte über die EU-Grenzen hinaus exportieren wollen, benötigen ein sog. AEO-Zertifikat, das von den Zollbehörden ausgestellt wird.¹²⁰ Es sichert eine bevorzugte Abfertigung beim Zoll und damit einen wichtigen (zeitlichen) Vorteil im Wettbewerb mit anderen Anbietern. Dieses AEO-Zertifikat bekommt man nur, wenn die Liste des im Unternehmen eingesetzten Personals mit den Antiterrorlisten der EU abgeglichen wurde. Für die Beschäftigten entsteht das Risiko, aufgrund einer realen oder einer möglichen Namensgleichheit in die »Sanktionsmühle« zu geraten. Wie man mit Hilfe eines sachkundigen Rechtsanwalts wieder herauskommt, ist nirgends geregelt. Im Gegenzug schließt aber Art. 6 der VO (EG) Nr. 881/2002 die Haftung der das Einfrieren anordnenden Stellen aus, sofern sie nicht »erwiesenermaßen nachlässig« gehandelt haben. Muss man daraus nicht den Schluss ziehen, dass es zum allgemeinen Lebensrisiko gehört, wenn man als Unbeteiligter vorübergehend seine Rechte als Marktbürger verliert und damit einen »bürgerlichen Tod« erleidet?

In der Literatur wird die Auffassung vertreten, es bestehe für alle Unternehmen die Pflicht, ein »Terrorlistenscreening« ihrer Mitarbeiter vorzunehmen, da andernfalls eine Bestrafung nach § 34 AWG drohe.¹²¹ Dies lässt sich zwar nicht wirklich begründen,¹²² deutet aber eine potentielle Entwicklungsrichtung an. Das FinG Düsseldorf¹²³ bejaht das Recht der Zollbehörden, die Erteilung des AEO-Zertifikats von einem solchen Screening abhängig zu machen. Dem Betriebsrat steht ein Mitbestimmungsrecht nach § 87

Abs. 1 Nr. 6 BetrVG zu,¹²⁴ mit dessen Hilfe er sicherstellen kann, dass zu Unrecht in Verdacht Geratenen das Existenzminimum bleibt und dass sie sachkundigen Rechtsbeistand erhalten, um sich möglichst schnell aus ihrer misslichen Lage befreien zu können.¹²⁵

VI. Zusammenfassung

Die Stellung abhängig Beschäftigter wird immer stärker durch öffentlich-rechtliche Vorgaben geprägt, die sich am Gedanken technischer, finanzieller und politischer Sicherheit orientieren. Ein offener Diskurs darüber, ob es um reale oder vermeintliche Gefahren geht, ist schwierig, im Zusammenhang mit der Terrorismusbekämpfung praktisch unmöglich. Die überkommenen Strukturen des Arbeitsrechts, die ein gewisses Maß an Freiheit und sozialer Sicherheit garantieren, müssen zurücktreten. Die wissenschaftliche Diskussion hat dies bisher mehr oder weniger verdrängt – sie sollte sich bewusst werden, dass das Gärtchen, das sie bestellt, immer kleiner wird. Zwar betrifft das »Sicherheitsrecht« heute nur einen kleinen Teil der Beschäftigten – aber die Möglichkeit, weite Bereiche des Wirtschaftslebens für sicherheitsrelevant zu erklären und das Terroristenscreening zu einer universellen Praxis zu machen, zeigt, dass aus der Ausnahme jederzeit eine Regel werden kann.

117 EuGH, 03.09.2008 – C-402/05 P und C-415/05 P – EuGRZ 2008, 480 ff. (Kadi/Al Barakaat); EuGH, 29.06.2010 – C-550/09 – EuGRZ 2010, 289 (DHKP-C).

118 S. EuGH aaO., Ziff. 31.

119 Zum Diskussionsstand s. Raif (Fn. 113), S. 26 ff.

120 AEO steht für »Acknowledged Economic Operator« = Anerkannter Wirtschaftsbeteiligter.

121 Roeder/Buhr, BB 2011, 1333 f.

122 S. Däubler-Gmelin, DuD 2011, 455.

123 01.06.2011 – 4 K 3063/10 Z – DuD 2011, 735; dazu kritisch, aber im Ergebnis zustimmend Roeder/Buhr, BB 2012, 193 ff.

124 Däubler-Gmelin, DuD 2011, 458; Klebe in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Fn. 27), § 87 Rn. 197; Raif (Fn. 113), S. 203; aA. Otto/Lampe NZA 2011, 1138; Roeder/Buhr, BB 2011, 1336.

125 Einzelheiten bei Däubler-Gmelin, DuD 2011, 459 ff.

Soziales Recht – Bemerkungen zur Begriffsgeschichte

Prof. Dr. Dr. h.c. Eberhard Eichenhofer, Universität Jena

I. Einleitung

Die neue Zeitschrift »Soziales Recht« stellt sich bewusst in eine die Rechtswissenschaft des frühen 20. Jahrhunderts prägende Richtung.¹ In Deutschland wie Frankreich fanden diese Bemühungen um die systematische Durchdringung des Ausgangs des 19. Jahrhunderts entstandenen kollektiven Arbeitsrechts und des Sozialversicherungsrechts² in dem Begriff »soziales Recht« einen gemeinsamen begrifflichen Nenner. Die dieses Konzept leitenden Ideen beschränken sich allerdings nicht darauf, die neu entstandenen Materien eines im Dienste wohlfahrtsstaatlicher Ziele stehenden Rechts in die überkommene Systematik der liberalen Rechtsordnung einzubauen. Das Konzept »soziales Recht« soll vielmehr zeigen, dass mit der Übernahme wohlfahrtsstaatlicher Zwecke das gesamte Recht und maßgeblich seine Grundannahmen eine grundlegende Neuausrichtung erfuhren. Dies soll im Folgenden anhand einiger Betrachtungen zur Geschichte des Begriffs »soziales Recht« gezeigt werden.

1930 kleidete Gustav Radbruch diesen Gedanken in die Formulierung, wir begriffen das moderne, sozialgestaltende Recht nicht in seiner »Tiefe, wenn wir unter sozialem Recht lediglich ein Recht verstehen, das sich Sicherung und Wohlfahrt der wirtschaftlich Schwachen fürsorglich angelegen sein lässt. Das soziale Recht beruht vielmehr auf einer Strukturwandlung alles Rechtsdenkens, auf einem neuen Begriff des Menschen: soziales Recht ist ein Recht, das nicht auf das individualitätslose, seiner Eigenart entkleidete, auf das als vereinzelt gedachte, seiner Vergesellschaftung enthobene Individuum zugeschnitten ist, sondern auf den konkreten und vergesellschafteten Menschen«.³

Die Eigentümlichkeiten der wohlfahrtsstaatlichen Rechtsordnung werden folglich nicht allein durch ihre institutionellen Hervorbringungen: Sozialversicherungs-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht, sondern zugleich durch die ihr zugrunde liegenden anthropologischen und philosophischen Grundlagen bestimmt. Dadurch erlangt das Konzept des sozialen Rechts seine grundsätzliche Bedeutung.

»Soziales Recht« war seit dem Ausgang des 19. bis in die ersten Jahrzehnte des 20. Jahrhunderts ein Begriff, mit dem die im Recht der damaligen Zeit neu gefundenen Antworten auf die soziale Frage begrifflich zusammengefasst wurden. Es bezeichnet eine Rechtsordnung, welches die Anliegen der Sozialreform in sich aufgenommen und zur Grundlage der Neugestaltung des gesamten Rechts machte. »Soziales Recht« handelt also nicht nur von einer Vielzahl von rechtlichen Reformen, welche das Recht der bürgerlichen Gesellschaft im Übergang von der liberalen zur wohlfahrtsstaatlichen Ordnung durchlief, sondern der Begriff soll verdeutlichen, dass damit auch zahlreiche Veränderungen in den grundlegenden Konstruktionen und Begriffsbildungen des Rechts einher gingen. Dies soll im Folgenden am Beispiel einiger namhafter Theoretiker des »sozialen Rechts« veranschaulicht werden (II), sodann am Beispiel von Gustav Radbruch, als dem herausragenden Theoretiker des sozialen Rechts,⁴ näher umrissen werden (III), um schließlich ausblickend die Bedeutung und den Gehalt sozialen Rechts für die Gegenwart festzuhalten (IV).

II. Theoretiker sozialen Rechts

1. Otto von Gierke

In seinem berühmten Vortrag von 1889: Die soziale Aufgabe des Privatrechts kritisierte Otto von Gierke,⁵ dass sich der Erste Entwurf zum BGB nicht hinreichend der Wirklichkeit gestellt habe. In seiner Kritik am BGB-Entwurf werden einige zentrale Botschaften einer Theorie des »sozialen Rechts« sicht- und erkennbar. Gierke hält dem historischen Gesetzgeber entgegen, er versage als bewusster

1 Vgl. auch Seifert, SR 2011, 62.

2 Kaskel, DJZ 1918, 541 ff., Sozialrecht als SR bestimmter sozialer Gruppen und Antwort auf die wirtschaftliche Entwicklung des 19. Jahrhunderts.

3 Radbruch, in: Radbruch, Der Mensch im Recht, 3. Aufl., Göttingen 1957, S. 35, 37.

4 Eichenhofer, ZSR 1983, 393.

5 Dazu wie zum Folgenden: von Gierke, in: Wolf (Hrsg.), Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Frankfurt a. M. 1949, S. 478.

Gestaltgeber des menschlichen Zusammenlebens, nämlich neben der Förderung des Einzelinteresses auch das Gemeinwohl anzustreben: »Wir besinnen uns wieder auf die Einheit allen Rechts, wir nehmen in den Zweck des öffentlichen Rechts die Freiheit und in den Zweck des Privatrechts die Gemeinschaft auf.«

Der oft behauptete Gegensatz von privatem und öffentlichem Recht müsse daher überwunden werden, ohne dabei freilich die Differenz zwischen beiden preiszugeben. Die Überwindung jenes behaupteten Gegensatzes soll und kann aber gelingen, wenn die soziale Bindung als ein beide Gebiete verbindendes Moment erkannt und anerkannt wird: »Die Entstaatlichung des öffentlichen Rechts im Sinne des naturrechtlichen Individualismus bedeutet die Auflösung und den Tod, die Verstaatlichung des Privatrechts im Sinne des Sozialismus bedeutet Unfreiheit und Barbarei. Wir brauchen ein öffentliches Recht, das durch und durch Recht ist, das ein Verhältnis der Gegenseitigkeit zwischen dem Ganzen selbst und seinem Gliede, zwischen der höchsten Allgemeinheit und allen engeren Verbänden setzt (...). Wir brauchen aber auch in Privatrecht, in welchem trotz aller Heilighaltung der unantastbaren Sphäre des Individuums der Gedanke der Gemeinschaft lebt und webt. Schroff ausgedrückt: In unserem öffentlichen Recht muß ein Hauch des naturrechtlichen Freiheitsraumes wehen und unser Privatrecht muß ein Tropfen sozialistischen Öles durchsickern!«

Um dieses Ziel im Privatrecht zu verwirklichen, sei jeder Inhaber von Rechten zugleich als Träger von Pflichten zu begreifen. Dem Privateigentümer müssen die Grenzen seiner Macht vor Augen geführt, der Dienstvertrag als personen- und mitgliedschaftsrechtliches Verhältnis ausgestaltet, die Gefährdungshaftung für gefährliche Besitztümer aus Gründen sozialer Gerechtigkeit eingeführt, ein Recht an den Persönlichkeitsgütern (Gesundheit, Ehre) anerkannt und entwickelt und ein Recht der Personenverbände – insbesondere ein Unternehmensrecht – verwirklicht werden. Kurzum: »Unser Privatrecht wird sozialer sein oder es wird nicht sein.«⁶

Soziales Recht heißt also zunächst und vor allem die Auflösung und Überwindung begrifflicher Entgegensetzungen. Öffentliches und privates Recht sind weder Gegensätze, noch begrifflich voneinander von Grund auf verschieden. Denn auch ersteres ist nicht frei von individuellen Berechtigungen und letzteres nicht frei von sozialen Bindungen. »Soziales Recht« schärft auch die Einsicht, dass

Rechte und Pflichten keinen Gegensatz bilden, sondern zusammen gehören: Kein Recht ohne Pflicht, aber umgekehrt auch keine Pflicht ohne Recht!

2. Anton Menger

Auch *Anton Menger*⁷ kritisierte den individualistischen Grundansatz, daraus das Bürgerliche Gesetzbuch geschaffen wurde. Er argumentierte begrifflich und gedanklich vom Boden »sozialistischen« Denkens, das freilich von den Begründern eines »wissenschaftlichen Sozialismus« nicht ohne Anflug von Ironie als »Juristen-Sozialismus«⁸ bezeichnet wurde. Es ging *Menger* um die rechtliche Definition von Sozialismus: »Erst wenn die socialistischen Ideen aus den endlosen volkswirtschaftlichen und philanthropischen Erörterungen (...) losgeschält und in nüchterne Rechtsbegriffe verwandelt sind, werden die praktischen Staatsmänner zu erkennen imstande sein, wie weit die geltende Rechtsordnung im Interesse der leidenden Volksklassen umzubilden ist. In dieser juristischen Bearbeitung erblicke ich die wichtigste Aufgabe der Rechtsphilosophie unserer Zeit, ihre richtige Lösung wird wesentlich dazu beitragen, daß sich die unerläßlichen Änderungen im Wege einer friedlichen Reform vollziehen.«⁹ In der Rechtsverfolgung dominiere die »Zurücksetzung der Zurückgesetzten«.¹⁰

Recht müsse die Arbeiterschaft für den Staat gewinnen. Der Gesetzgeber habe sich als »Erzieher seiner Nation zu fühlen«¹¹ und »bei einer im Werden begriffenen Aenderung der sozialen Machtverhältnisse sogar die Zukunft«¹² vorwegzunehmen. Recht dürfe nicht von der »völlig verschiedenen sozialen Lage«¹³ absehen. »Man weiss eben heute, dass es keine größere Ungleichheit gibt, als das Ungleiche gleich behandeln.«¹⁴ Recht, das sich um eine Verbesserung der Lage der Besitzlosen bemühe, schaffe keine Privilegien,

6 Vgl. dazu auch Seifert (Fn. 1), 63 f.

7 *Menger*, Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, Neudruck, Darmstadt 1968.

8 *Engels/Kautsky*, Juristensozialismus (1887), in: Marx-Engels-Werke (MEW), Bd. 21, S. 491 ff.

9 *Menger*, Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag in geschichtlicher Darstellung, Stuttgart 1886, III.

10 *Menger*, Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 5. Aufl., Tübingen 1908, S. 19.

11 Ebd., S. 14.

12 Ebd., S. 15.

13 Ebd., S. 19.

14 Ebd., S. 30.

sondern erstrebe »die Beteiligung aller, der Besitzenden wie der Besitzlosen, in gleichem Masse.«¹⁵

Ein Recht auf Arbeit sei in der Armenpflege angelegt. Denn nach deren Regeln hat der Staat die Armen entweder zu unterstützen oder ihnen Arbeit zu geben.¹⁶ »Durch das Recht auf Arbeit wird den Staatsbürgern nicht die Befugnis Arbeit zu suchen, sondern Arbeit zu finden gewährleistet.«¹⁷ »Kraft des Rechts auf Arbeit kann jeder arbeitsfähige Staatsbürger, der bei einem Privatunternehmer keine Arbeit findet, von dem Staat oder den staatlichen Verbänden (Bezirk, Gemeinde) verlangen, daß ihm die gewöhnliche Tagelöhnerarbeit gegen Zahlung des üblichen Taglohnes zugewiesen werde.«¹⁸

»Das Ideal eines Vermögensrechts (...) wäre (...) erreicht, wenn die Rechtsordnung bewirken könnte, daß jedem Arbeiter sein voller Arbeitsertrag, jedem Bedürfnis nach Maßgabe der vorhandenen Mittel die volle Befriedigung zuteil wird.«¹⁹ »An die Stelle unserer auf Marktverhältnissen beruhenden Güterverteilung soll eben ein von wirtschaftlichen Zwecken beherrschtes Vermögensrecht treten.«²⁰ Anton Menger erkannte in dem unfall- oder krankensicherungsrechtlichen Anspruch des Arbeitsunfähigen auf zeitweilige oder dauernde Versorgung eine Ausprägung des Rechts auf den vollen Arbeitsertrag und in der Armenversorgung »eine allerdings recht kümmerliche Analogie des Rechts auf Existenz«.²¹

Wie bei von Gierke dominiert auch bei Menger eine kritische Sicht auf das herrschende Privatrecht, dem er eine die Anliegen der Sozialreform – in seinem Ansatz das Recht auf den vollen Arbeitsvertrag und das Recht auf Existenz – in sich aufnehmende Vorstellung eines an sozialen Prinzipien orientierten Rechts gegenüberstellt. Das Recht auf Arbeit hat im Arbeitsförderungsrecht Gestalt angenommen, das Recht auf Existenz ist im Sozialversicherungsrecht ausgeformt.

Ein »Recht auf den vollen Arbeitsertrag« liefe freilich auf die Beseitigung der Privatwirtschaft hinaus, weil es die Erzielung von Vermögenseinkünften aus produktiv genutztem Kapital gänzlich ausschlosse. Die Vorstellung hat jedoch insoweit ihre Wirkung entfaltet, als Arbeitsrecht Rechtsformen der Beteiligung der Arbeiterschaft an Vermögenserträgen und -zuwachsen bereitzustellen hat – sei es in Gestalt von Tariflöhnen, sei es in Form von Gewinnbeteiligungen an den Unternehmenserträgen. Die Idee eines Rechts auf Existenz liegt nicht nur seit alters der Armenfürsorge zugrunde, sondern rechtfertigt auch die

Inpflichtnahme von Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Rahmen der Sozialversicherung.

Auch hierin liegt eine Form der Beteiligung der Arbeiterschaft am Ertrag aus Arbeitsleistung, weil durch die Inpflichtnahme von Arbeitgebern und Arbeitnehmern zu Beitragszahlungen an die Sozialversicherung die Ergebnisse von Wertschöpfung für die Daseinssicherung der von sozialen Risiken betroffenen Personen verwendet wird. Die Beteiligung der Arbeiterschaft am Arbeitsertrag geschieht im Kontext sozialrechtlicher Vorsorge also durch die Übertragung der Ergebnisse privater Wertschöpfung auf öffentliche Einrichtungen der Lebenssicherung für Personen, die aus sozial akzeptierten Gründen nicht oder nicht mehr arbeiten.

3. Léon Duguit

Léon Duguit²² fand seinen Zugang zum sozialen Recht aus der Soziologie. Auguste Comte und Emile Durkheim hatten dieser in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts einen unverlierbaren Platz im geistigen Leben Frankreichs geschaffen. Soziales durch Soziales erklären – war ihr Wahlspruch. Diese Maxime sicherte nicht nur der Soziologie einen eigenständigen Platz unter den Wissenschaften, sondern sie veränderte auch das moderne Denken von Grund auf. Die Lebensbeziehungen der Menschen erschienen nun nicht mehr als das Resultat willentlicher Setzung der Menschen, sondern stattdessen als das Ergebnis teils bewusster, teils aber auch gewordener sozialer Entwicklung.²³ Privatrechtsbeziehungen werden soweit erstmals als sozial determiniert erkannt und deshalb auch als sozial gebunden verstanden.

Duguits soziologisch angeleitete Kritik galt den Grundpfeilern überkommenen Rechtsdenkens – dem subjektiven Recht und dem staatlichen Gewaltmonopol. Beide Figuren seien metaphysisch, da sie mit der »Realität« unvereinbar seien: »Der Mensch hat keine Rechte (...) aber jeder einzel-

15 Ebd., S. 36.

16 Menger, Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag, Stuttgart 1886, S. 12 f.

17 Ebd., S. 14.

18 Ebd., S. 14 f.

19 Ders. (Fn. 9), S. 1 f.

20 Ebd., S. 4 f.

21 Ebd., S. 164.

22 Vgl. dazu wie zum Folgenden: Duguit, Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon, Paris 1912; ders., Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'état, Paris 1911 (2^{ème} édition); zu Duguit: Grimm, Solidarität als Rechtsprinzip, Frankfurt a. M. 1973.

23 Vgl. dazu auch Seifert (Fn. 1), 67.

ne hat in der Gesellschaft eine gewisse Funktion zu erfüllen, eine gewisse Aufgabe zu erledigen. Und dies ist genau die Grundlage des Rechts, das sich an alle wendet, Große oder Kleine, Regierte oder Regierende.«²⁴ Die privatrechtliche Handlungsfreiheit gebühre dem Einzelnen einzig um seiner gesellschaftlichen Aufgaben willen, Eigentum sei kein Recht, sondern soziale Funktion: und nur um ihrer Erfüllung willen rechtlich anerkannt und geschützt. Arbeiterschutz und Schulpflicht sollen die Funktionsfähigkeit der Arbeitskraft begründen und erhalten.

Der Auflösung privatrechtlicher Autonomie entspreche im öffentlichen Recht die Auflösung des staatlichen Gewaltmonopols. Die individuellen subjektiv-öffentlichen Rechte des Einzelnen seien dazu bestimmt, die staatliche Allmacht zu beschränken.²⁵ Dagegen sei die öffentliche Gewalt kein Recht, sondern eine einfache Tatsache.²⁶ Das Konzept des öffentlichen Rechts entstamme wie das subjektive Recht einem juristischem Individualismus: »Die öffentliche Gewalt ist nur eine scholastische Form, ein Konzept, das in einer gewissen Epoche dem Bedürfnis entsprochen hat, die Bereitstellung von Dienstleistungen zu begründen, aber das heute nutzlos und gefährlich ist.«²⁷ Wie die Stellung des Einzelnen, so sei auch der Staat in die funktionsteilige Organisation der Gesellschaft eingebunden. Wie der Einzelne, so sei auch der Staat dem objektiven Recht unterworfen: »Die öffentliche Gewalt ist nicht Emanation von Recht, sondern eine schlichte Tatsache.«²⁸ Der Staat wandle sich von einer souveränen, befehlenden, das Gewaltmonopol wahrnehmenden Einrichtung zum Träger staatlicher Dienstleistungen.²⁹ Der moderne Staat habe nicht primär vielerlei zu unterlassen, sondern vor allem viel zu bewirken.³⁰ Das Konzept staatlicher Souveränität wird durch dasjenige staatlicher Leistungsverantwortung verdrängt.³¹ Gesetze organisierten die staatliche Leistungserbringung³² und Kollektivverträge zur Regelung der Arbeitsbeziehungen³³ durchbrächen die aus dem Souveränitätsdenken erwachsene Vorstellung umfassender staatlicher Regelung.³⁴

Die gedankliche Basis dieses Ansatzes ist der Solidarismus, beruhend auf der Überlegung, dass sich aus der gesellschaftlichen Arbeitsteilung für die Individuen und den Staat einzelne Fraktionen ergäben, welche im und durch das Recht ausgeformt werden.³⁵ »Der Syndikalismus organisierte die formlose Masse der Einzelnen; er überführt sie in die Gesellschaft der Starken und in sich geschlossenen Gruppen in rechtlicher genauer Form und zusammengesetzt von Menschen, welche durch gemeinschaftliche Sor-

ge und berufliches Interesse zur Einheit verbunden sind.«³⁶ Das Recht wird als eine objektive, vom individuellen Willen losgelöste auf sozialer Regelsetzung beruhenden Ordnung verstanden.³⁷ Recht folge aus sozialer Interdependenz.³⁸ Denn jeder Einzelne wie der Staat seien jeweils nur einzelne Elemente eines Gesamtsystems. In diesem Rahmen bildet die im kollektiven Arbeitsrecht und der Sozialversicherung jeweils ausgeformte Gruppenautonomie eine Erklärung wie Rechtfertigung;³⁹ es entspricht damit einem Modell vom staatszentrierten Rechtspluralismus (*Sinzheimer*).⁴⁰ Das »soziale Recht« begründet das Rechtsdenken jenseits von Individualismus und Etatismus. Es überwindet den Gegensatz von Individuum und Gesellschaft, der das individualistische Rechtsdenken trägt und prägt. Jenseits vom Staat werden in den Kollektiven eigene Träger von Rechten wie Institutionen der Rechtssetzung sichtbar, welche das Individuum berechtigen und verpflichten können und gleichzeitig in ihrem rechtssetzenden Staat eine autonome Rechtssetzungsmacht innehaben, die nicht nur neben die staatliche Rechtssetzungsmacht tritt, sondern diese durch autonome Rechtssetzungen ersetzt und verdrängt.

4. Georges Gurvitch

Georges Gurvitch stellte in seinem umfangreichen, 1932 erschienenen Werk »L'idée du droit social«⁴¹ den Begriff

24 *Duguit*, *Les transformations* (Fn. 22), S. 19 f. (Übersetzung aus dem Französischen, d. Verf.).

25 *Duguit*, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, 1922 (3^{ème} ed), p. 36 ff.

26 Ebd., S. 44 ff.

27 *Ders.*, *Le droit social* (Fn. 22), S. 22.

28 Ebd., S. 44.

29 *Duguit*, *Les transformations du droit public*, Paris 1921 (2^e tirage), XIX, S. 1 ff.

30 Ebd., S. 29.

31 Ebd., S. 33, 52.

32 Ebd., S. 80 ff.

33 Ebd., S. 130 ff.

34 Ebd., S. 130 ff.

35 *Grimm*, (Fn. 22), S. 46 ff.

36 *Duguit*, (Fn. 25), p. 123 f. (Übersetzung aus dem Französischen, E. E.)

37 Ebd., S. 51 ff.

38 Ebd., S. 57 ff.

39 Ebd., S. 82 ff.; *Duguit* (Fn. 25), 144 ff.; vgl. auch *Seifert* (Fn. 1), 67 ff.

40 Ebd., 69 ff.

41 *Gurvitch*, *L'idée du droit social*, Paris 1932.

und die ideengeschichtliche Tradition des sozialen Rechts zusammen. Soziales Recht soll den tiefgreifenden Wandel des Rechts im Industriezeitalter kennzeichnen. Es wird als autonomes Recht des Verkehrs erkannt, welches das Ziel verfolgt, in überzeitlicher Weise den Einzelnen in die Gesellschaft einzubeziehen.⁴²

Die Zentralbegriffe dieses Rechtsverständnisses sind Integration und Teilhabe.⁴³ Dabei bezeichnet Integration die Einbeziehung des Einzelnen in eine Gesamtheit, die unabhängig vom Willen jedes Einzelnen geschieht. Teilhabe bedeutet vor allem die Sicherung von Mitwirkungsrechten und Ansprüchen aus Beteiligung. Das Sozialrecht wird also vom Prinzip der Zusammenarbeit bestimmt.⁴⁴ Es hat im kollektiven Arbeitsrecht (*droit syndical* als »Coutume Ouvrière«) Gestalt angenommen:⁴⁵ Subjektive soziale Rechte sind Teilhaberechte.⁴⁶ »Das Recht ist eine gesetzte Ordnung, welche den Versuch verkörpert, in einem gegebenen gesellschaftlichen Milieu die Gerechtigkeit zu verwirklichen.«⁴⁷ *Gurvitch* sieht in *Grotius* und *Leibniz*, den Physiokraten, *Saint-Simon*, *Fourier*, *Blanc*, *Proudhon*, *Fichte*, *Hegel*, *Marx*, *De Maistre*, *Bonald*, *Comte*, *von Stein*, *Gierke*, *Saleilles*, *Hariou* und *Duguit* jeweils unterschiedliche Repräsentanten des sozialen Rechts.

Das Teilhaberecht, welches mit Mitgliedschaft und Mitwirkungsrechten verbunden ist, wird damit als Grundkategorie eines sozial gestaltenden Rechts sichtbar. Es wird in der aktuellen Sozialpolitik mit den Begriffen sozialer In- und Exklusion verhandelt und gereicht damit Bestrebungen zur Überwindung von Diskriminierungen im gesellschaftlichen Verkehr – im Arbeitsleben wie dem sozialen Schutz sowie dem zivilrechtlichen Massenverkehr – zur gesellschaftlichen Grundlage.

III. Gustav Radbruchs Konzept sozialen Rechts

1. Die juristische Deutung der Industriearbeit und Gustav Radbruchs Kritik

Gustav Radbruchs mit dem Konzept »soziales Recht« verfolgtes Anliegen ist die Kritik an der in der Rechtswissenschaft seiner Zeit vorherrschenden Deutung von Industriearbeit in den Kategorien der aus der Rechtsgeschäftslehre übernommenen Konstruktion einer Vertragsbeziehung unter formal gleichgestellten Personen: »Person ist gleichermaßen der Besitzende und der Nichtbesitzende, die schwa-

che Einzelperson und die mammutstarke Verbandsperson. Im Begriff der Person wird die rechtliche Gleichheit, die gleiche Eigentümerfreiheit und die gleiche Vertragsfreiheit Aller mitgedacht. Aber in der Rechtswirklichkeit ist die Eigentümerfreiheit in der Hand des sozial Mächtigen etwas wesentlich anderes als in der Hand des sozial Schwachen. Die Eigentumsfreiheit des Besitzenden wird aus der Freiheit der Verfügung über Sachen zu einer Freiheit der Verfügung über Menschen: Wer über die Arbeitsmittel gebietet, hat auch Kommandogewalt über die Arbeiter.«⁴⁸

Hier geht es *Radbruch* darum, den Personenbegriff – als den zentralen Begriff individualistischen Rechtsdenkens – für die rechtliche Deutung von Industriearbeit als insgesamt untauglich zu erweisen. Wenn der einzelne Arbeiter dem Unternehmer sozial unterlegen ist, entfaltet der Individualvertrag keine Richtigkeitsgewähr, weil diese nicht nur die formelle Gleichheit zwischen den Parteien voraussetzt, sondern eine annähernd gleiche Mächtigkeit fordert. Unternehmer und Arbeiter seien jedoch nicht gleichgeordnet, weil jener diesen Weisungen erteilen darf. Dieses begründet sich aber nicht aus dem Unternehmenseigentum, da dieses Sachenrecht und nicht Herrschaftsrecht über Personen ist.

Dieser Deutung setzt *Radbruch* eine andere personenrechtliche Vision des Arbeitsvertrages entgegen: »Dies ist aber das Wesen des modernen Arbeitsrechts, dass es nicht wie das abstrakte bürgerliche Recht nur Personen, sondern Unternehmer, Arbeiter, Angestellte, nicht nur Einzelpersonen, sondern Verbände und Betriebe, nicht nur die freien Verträge, sondern auch die schweren wirtschaftlichen Machtkämpfe, die den Hintergrund dieser angeblich freien Verträge bilden, daß es die Einzelmenschen als Glieder ihres Verbandes, ihres Betriebes, letzten Endes der ganzen Wirtschaft und Gesellschaft sieht mit allen Motiven des Gemeinsinns oder zum Mindesten jenes kollektiven Ego-

42 Ebd., S. 8, »Le droit social est un droit autonome de communion, intégrant d'une façon objective chaque totalité active réelle, qui incarne une valeur extratemporelle«.

43 Ebd., S. 16 ff.

44 Ebd., S. 33.

45 Ebd., S. 33.

46 Ebd., S. 91: »droits subjectifs sociaux' droits de participation dans un tout«.

47 Ebd., S. 111: »Le droit est un ordre positif qui représente un essai de réaliser dans un milieu social donné la Justice«.

48 *Radbruch* (Fn. 3), S. 37; *Le Bouëdec*, Le concept de »droit social«: Gustav Radbruch et le renouvellement de la pensée du droit sous Weimar, in: La crise du droit sous la république de Weimar et le nazisme, *Astéris* 4/2006; *Paul*, in: Kaufmann, Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 1968, 170 ff., *Seelmann*, Sozialismus und soziales Recht bei Gustav Radbruch, 1973.

ismus, den wir Solidarität nennen. Nicht nur der Arbeiter, auch der Unternehmer wird als Organ eines Kollektivgebildes erkannt. Hinter der Einzelperson des Unternehmers taucht das Kollektivgebilde der Unternehmung auf.⁴⁹

Die Kritik an dem abstrakten, im Personenbegriff gründenden Rechtsdenken erklärt sich aus einer soziologisch angeleiteten Betrachtung der Rechtswirklichkeit. Sie kann jedenfalls im Hinblick auf die Ordnung von Arbeitsbeziehungen nicht auf der Gleich-, sondern der Einordnung in vorhandene Arbeitszusammenhänge aufbauen. Der Individualvertrag vermag angesichts dessen keinen angemessenen Ausgleich und die auf dieser Basis gefundenen Verhandlungsergebnisse keine Richtigkeit verbürgen. Die Idee der gestörten Vertragsparität⁵⁰ findet in diesen Einsichten eine Erklärung. Des Weiteren wird sichtbar, dass die aus dem Machtungleichgewicht von Arbeitgeber und Arbeitnehmer hervorgehenden Löhne einen Ausgleich durch Kollektivvertrag – Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung – fordern. Das Kollektive Arbeitsrecht ist notwendig, weil das individuelle Arbeitsrecht zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber einen sozialen Ausgleich nicht sichern kann.

2. Neubestimmung von Recht und Wirklichkeit

Die Errungenschaft der Weimarer Republik – das in Tarifvertragsverordnung und Betriebsrätegesetz niedergelegte Kollektive Arbeitsrecht – löste eine Krise im juristischen Denken aus, weil es den Horizont des individualistischen Rechtsdenkens verlässt und nach einer neuen Begriffsbildung verlangt. Ein seinem Gegenstand und Anliegen angemessenes Verständnis von Arbeitsrecht fordert, Begriffe wie Arbeiter, Gewerkschaftsmitglied, Belegschafts- oder Unternehmensangehöriger, aber auch Gewerkschaft, Betrieb und Unternehmung, als End- und Bezugsgrößen rechtlichen Denkens anzuerkennen. Soziale Rollen wie Kollektivgebilde erlangen durch modernes Recht so eine eigene tragende Bedeutung.

Gustav Radbruch wirft der Rechtswissenschaft seiner Zeit vor, die Wirklichkeit nicht angemessen denken zu können; sie kennt »keine Gesellschaft, die nicht erst vom Recht gestiftet würde, sie sieht von der vorrechtlichen Gesellschaft lediglich das, was ein mit naturalistischen Kategorien bewaffnetes Auge von ihr sehen kann: die atomisierte Summe der unverbundenen einzelnen.«⁵¹ Das individualistische Rechtsdenken beruht auf der Unfähigkeit, soziale Rollen wie Kol-

lektivgebilde juristisch zu denken. Dieses Scheitern erklärt sich aus ihrem naturalistischen Wirklichkeitsverständnis.

Die dem Recht zugeordnete Wirklichkeit beruht nicht auf natürlichen Begebenheiten, sondern auf sozialen Zuständen. Der Rechtsbegriff Kauf beruht auf einer arbeitsteiligen Wirtschaft, namentlich auf Tausch- und Geldwirtschaft. Er kann ohne diese sozialen Bezüge nicht gedacht werden.⁵² Deshalb ist Recht auch begabt, verändernd auf gesellschaftliche Zustände zu wirken. »Das Recht hat seine Selbständigkeit und Eigengesetzlichkeit eingebüßt, es hat die Güte in sich aufgenommen, sich in den Dienst der Wohlfahrt, der Sittlichkeit, der Kultur gestellt – es ist zum sozialen Recht geworden. Eine soziale Rechtswissenschaft reißt also das Recht heraus aus seiner selbstgerechten Isolierung, stellt es in den Zusammenhang der sozialen Tatbestände, in die es fördernd und hemmend eingreift, und der Werte, denen es dienen soll.«⁵³

In *Radbruchs* Theorie des sozialen Rechts werden damit Recht und Wirklichkeit, Sollen und Sein aufeinander bezogen. »Der Rechtsbegriff kann nur bestimmt werden als die Wirklichkeit, die zur Rechtsidee hinstrebt. Hinter dieser Auffassung des Rechtsbegriffs steht aber die Grundanschauung, daß mit der bloßen Antithese von Sein und Sollen, von Wirklichkeit und Wert nicht auszukommen ist, daß vielmehr zwischen Wirklichkeitsurteil und Wertbeurteilung die Wertbeziehung, zwischen Natur und Ideal der Kultur ihr Platz gewahrt werden muß: Die Rechtsidee ist Wert, das Recht aber wertbezogene Wirklichkeit, Kulturercheinung.«⁵⁴ Damit ist nicht nur die Abhängigkeit des Rechts von den gesellschaftlichen Strukturen dargetan, sondern umgekehrt dem Recht das Mandat zur Gestaltung von Gesellschaft überantwortet. Recht erhält die Aufgabe, die gesellschaftlichen Lebensformen rechtliche Ideale auszugestalten, seinen eigenen Beitrag zur umfassenden Kultivierung und Humanisierung der Lebensverhältnisse zu leisten.

Die den Sozialstaat beherrschende und legitimierende Vorstellung, dass der Staat nicht nur befugt, sondern auch

49 *Radbruch*, Kulturlehre des Sozialismus, 2. Aufl., 1970, ders. (Fn. 3).

50 *Hönn*, Kompensation gestörter Vertragsparität, München 1982; vgl. dazu auch BVerfGE 81, 242; 89, 214, 276.

51 *Radbruch*, in: Kaufmann (Hrsg.), Die ontologische Begründung des Rechts, Darmstadt 1965, S. 5, 10.

52 Vgl. dazu grundlegend *Searle*, Sprechakte, 1971.

53 *Radbruch*, in: Zentrale für Heimatdienst, Der Geist der neuen Volksgemeinschaft, Berlin 1919, 75; ders. (Fn. 51), S. 8 f.

54 *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 7. Aufl., Stuttgart 1970, S. 118.

umfassend angehalten sei, die Gesellschaft zu formen, findet in dieser Bestimmung des Verhältnisses von Recht und sozialer Wirklichkeit ihre Erklärung. Recht ist also nicht die einseitige Folge aus gesellschaftlichen Zuständen oder vorgeblichen ökonomischen Zwangsläufigkeiten zu verstehen, sondern die sozialen Lebensbedingungen sind ihrerseits an den elementaren Rechtsprinzipien – primär den Freiheitsrechten aller Menschen und dem dafür unabdingbaren Postulat der Gleichheit⁵⁵ – auszurichten.

3. Gerechtigkeit

Gleich dem Wahren, Guten und Schönen ist für *Radbruch* die Gerechtigkeit ein apriorischer Wert. Wie Wissenschaft Wahrheit, Ethik Güte und Ästhetik Schönheit erstrebt, so ist die Gerechtigkeit Ausgangs- wie Endpunkt allen Rechts.⁵⁶ Gerechtigkeit meint zunächst Gleichbehandlung aller Menschen. Sie begreift den Menschen als soziales Wesen, insofern der Mensch mit anderen Menschen zusammenlebt und -wirkt. Die soziale Gerechtigkeit erweist sich in dieser Deutung nicht als rechtsfremde Forderung, die einzig politischen Zweckmäßigkeits- und Nützlichkeitsabwägungen entstammt, sondern lässt sich verstehen als Ausprägung dessen, wofür Recht immer stand.

Radbruch bescheinigt dem individualistischen Rechtsdenken, ebenfalls dem Ideal der Gerechtigkeit verpflichtet zu sein. Allerdings glaubt es, dieses durch Rechtsgleichheit hinreichend erfüllt zu haben. »Während dem individualistischen Recht der Gedanke der Gleichheit zu Grunde liegt, ist das soziale Recht auf den Gedanken der Ausglei-chung (gerechten Verteilung, E. E.) gegründet; dort herrscht die kommutative, hier die distributive Gerechtigkeit.«⁵⁷ Soziales Recht ist der Tatsache inne, dass die Verwirklichung von Gerechtigkeit mehr fordert, als die Garantie der Rechtsgleichheit. Er zitierte wiederholt und zustimmend *Anatole France* mit seinem berühmten Spottwort, dass »das Gesetz in seiner majestätischen Gleichheit Reichen wie Armen verbietet, auf den Straßen zu betteln, unter Brücken zu schlafen und Brot zu stehlen.«⁵⁸

Für individualistisches Rechtsdenken erschöpft sich die Gerechtigkeit in der ausgleichenden Gerechtigkeit, *iustitia commutativa*, der Wahrung der Proportionalität von Leistung und Gegenleistung, Schaden und Ersatz, Schuld und Strafe. Gerechtigkeit erscheint in allen diesen Zusammenhängen als ein Ideal des Tauschverkehrs, darin Warenbesitzer einander gegenüber treten, und Recht, das seine Auf-

gabe einzig darin findet, Äquivalenz des Warentausches zu gewährleisten.

»Die Sozialisierung der Rechtsordnung bedeutet demgemäß, dass das Recht aus der Herrschaft der ausgleichenden immer mehr unter die Herrschaft der austeilenden Gerechtigkeit tritt. Sie bedeutet keineswegs, dass, was man bisher Recht nannte, aus dem Bereiche der Gerechtigkeit, dh. der Gleichheit, überhaupt herausträte, sondern dass an die Stelle der abstrakten Gleichheit von Leistung und Gegenleistung und der daraus folgenden abstrakten Gleichheit der sie austauschenden Menschen immer mehr die verhältnismäßige Gleichheit tritt, die je nach seiner Eigenart und Lage, seiner Leistung und Bedürftigkeit jeden verschieden, aber doch alle nach einem und demselben Maßstab behandelt.«⁵⁹

IV. Bedeutung des Konzepts soziales Recht

1. Historischer Rang

Radbruchs Theorie des sozialen Rechts ist ein bedeutsames Zeugnis für die grundlegende Neuorientierung der deutschen Rechtswissenschaft während der 1920er Jahre. Seine Konzeption verkörpert die begriffliche Erfassung des aus dem monarchischen Konstitutionalismus hervorgegangenen, in der Weimarer Reichsverfassung als Volksstaat mit umfassender sozialer Zweckbestimmung und eingehend entfalteten sozialen Grundrechten errichteten Verfassungsstaats. Sie dokumentiert auch den Wandel der Sozialdemokratie von einer sozialrevolutionären Bewegung zu einer sozialpolitischen Reformpartei. Im sozialen Recht steckt das Plädoyer, die von der Sozialdemokratie mitgestaltete Weimarer Republik anzunehmen, zu bewahren und zu entfalten. *Radbruch* konnte so zeigen, dass die Sozialdemokratie mit ihrem Desiderat »Sozialismus« nicht wesentlich für eine neue ökonomische Formation, sondern für eine neue Kultur steht, deren Grundlagen durch politisches Handeln, namentlich Sozialgesetzgebung geschaffen werden.

55 Dazu *Eichenhofer*, FS Heide Pfarr, 2010, S. 81.

56 Ebd., S. 124 f.; *Radbruch*, Vorschule der Rechtsphilosophie, 2. Aufl., Göttingen 1959, S. 24 f.

57 Ders. (Fn. 3), S. 39.

58 Ders. (Fn. 3), S. 88, 95.

59 Ders. (Fn. 3), S. 32.

Gustav Radbruch konnte mit guten Gründen fragen: »Was sind Sozialpolitik und Arbeitsrecht im Grunde anderes, als ein Stück Sozialismus mitten in der kapitalistischen Wirtschaftsordnung, als Sozialisierung zwar nicht einzelner Wirtschaftszweige, aber bestimmter Unternehmensbefugnisse und Unternehmenserträge in allen Wirtschaftszweigen?«⁶⁰

2. Bedeutung für Arbeits- und Sozialrecht

Die von *Radbruch* entworfene Theorie des sozialen Rechts erklärt die Sozialpolitik. Das Arbeitsrecht begründet eine Wirtschaftsordnung, »die nicht mehr Arbeitsherren und Arbeitsuntertanen nennen wird, sondern nur Arbeitsbürger.«⁶¹ Die Mitgliedschaft in einem Verband (Unternehmen, Schule, Universität, Bergbauunternehmen, Berufsstand, Militärverband) wird desgleichen Ausgangspunkt für die Begründung einer Mitgliedschaft in der sozialen Sicherung – einem künstlich geschaffenen Kollektivgebilde, das bei Eintritt von Schadensfällen Versicherungs- und Versorgungsleistungen gewährt. Das gesetzgeberische Motiv zur Begründung dieser Verbände entstammt der Einsicht in die fehlende Selbstvorsorgefähigkeit des einzelnen, und damit dem Postulat, das dem sozialen Recht allgemein zugrunde liegt: den Status der Ohnmacht, die Gefahr der Verelendung zu überwinden.

Schaut man auf die leistungsbegründenden Umstände des Sozialrechts,⁶² so begegnet einem jenes Wirklichkeitsverständnis, das dem sozialen Recht allgemein zugrunde liegt. Berufsunfähigkeit, Erwerbsunfähigkeit, Arbeitslosigkeit, Krankheit, Bedürftigkeit, allgemein: soziale Bedarfslagen sind Erscheinungsformen einer institutionellen Wirklichkeit, die stets nur vor dem Hintergrund bestehender sozialer Institutionen verstanden werden können. Im Falle des Arbeits- und Sozialrechts ist es die Realität einer auf Arbeitsfähigkeit beruhenden Wirtschaft, in der jeder auf die Verwertung der Arbeitskraft durch Teilnahme am Arbeitsmarkt verwiesen ist. Soziales Recht schützt den Menschen in seinem Recht auf Erwerbsbeteiligung durch ein Recht auf Arbeit, und schützt ihn in der Erwerbsbeteiligung durch Arbeitsschutz- und Sozialversicherungsrecht – durch letzteres, insoweit es den Beschäftigten bei Eintritt sozialer Risiken durch Leistungen der Sozialversicherungen entschädigt.

Im Sozialrecht begegnet dem Betrachter ein interessanter Kompromiss zwischen der ausgleichenden und austeilenden Gerechtigkeit. Im Sozialversicherungsrecht finden sich Elemente kommutativer und distributiver Gerechtigkeit: Hier die Abhängigkeit des individuellen Leistungsumfanges vom individuellen Beitragsaufwand, dort alle, sich an abstrakten Bedarfen orientierenden Leistungen: Kinderzuschläge, Familienhilfe, Hinterbliebenenversorgung, ferner die beitragsunabhängige Gewährung von Mindestrenten, die Anerkennung von Ersatz- und Ausfallzeiten im Rentenrecht – Kriegsopferversorgung oder Bildungsförderung durch Sozialversicherungsrecht!

3. Deutung des Sozialstaats

Die Theorie des sozialen Rechts vermag schließlich Sozialstaatlichkeit genauer zu begreifen. Sozialstaatlichkeit ist ein universales Prinzip der Rechtsordnung, welche in vielen Rechtsgebieten einzulösen ist. Sozialstaatlichkeit wäre zu eng, ja schief verstanden, würde sie wesentlich als Aufgabenzuwachs des Staates verstanden. Sozialstaatlichkeit meint nicht eine neue Form von Staatlichkeit, sondern eine neue Form von Recht. Der Stilwandel der Rechtsordnung – weg von wenigen umfassenden Kodifikationen und hin zu jener Fülle von Detailregelungen – begründet sich aus deren »sozialrechtlicher« Transformation. Sie bemüht sich um Ausgestaltung sozialer Rollen, um einen verändernden Einfluss auf soziale Wirklichkeit, um distributive, also Einzelfall-Gerechtigkeit, um die Effektivierung von Grundrechten. Der dafür zu entrichtende Preis ist die zunehmende Konkretetheit rechtlicher Regelungen und damit einhergehend die numerische Zunahme von Rechtsnormen. Das, was »Verrechtlichung« genannt wird, erklärt sich aus dieser neuen Aufgabenstellung von Recht. Und weil sie die soeben beschriebenen Anliegen überall stellen, macht ein sich so verstehendes Recht vor keinem Rechtsgebiet halt.

⁶⁰ *Ders.*, *Der Sozialismus und die geistige Lage der Gegenwart*, *Neue Blätter für den Sozialismus*, Jg. III (1932), S. 8 (9), 17.

⁶¹ *Ders.* (Fn. 3), S. 49.

⁶² *Eichenhofer*, *VSSR* 1981, 19 ff.

Zur Primärrechtswidrigkeit der Leiharbeits-Richtlinie

Wiss. Mit. Dr. jur. Johannes Heuschmid und wiss. Mit. Melanie Klauk, Universität Trier

I. Einleitung

Die Vereinbarkeit des AÜG mit der Richtlinie 2008/104/EG über Leiharbeit¹ (Leiharbeits-RL) – auch in der Fassung des »Ersten Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes«² – wird seit längerer Zeit in der Literatur diskutiert.³ Diese Problematik soll vorliegend nicht vertieft werden. Gegenstand dieses Beitrages ist vielmehr die vorgelagerte Frage, ob die Leiharbeits-RL, genauer gesagt die in Art. 5 Abs. 2 und Abs. 3 Leiharbeits-RL enthaltenen Ausnahmeregelungen, höchstselbst mit Art. 20 Charta der Grundrechte der Europäischen Union⁴ (EU-GRC) im Einklang stehen. Sollten insoweit Friktionen bestehen, könnte sich im deutschen Recht ein noch über die Leiharbeits-RL hinausgehender Anpassungsbedarf ergeben. Anlass, die Frage der Primärrechtskonformität der Leiharbeits-RL zu stellen, bietet die Entscheidung Test-Achats des EuGH⁵, welche in letzter Zeit für viel Wirbel gesorgt hat.⁶ Inhaltlich ging es um die seit langem strittige Frage, ob bei Prämien und Leistungen im Versicherungswesen die Berücksichtigung des Geschlechts bei der Risikobewertung ein bestimmender Faktor sein darf, was nach der Richtlinie 2004/113/EG⁷ (Gleichbehandlungs-RL) bzw. dem darauf beruhenden belgischen Umsetzungsgesetz zulässig war.⁸ In der Test-Achats-Entscheidung hat der EuGH diese Frage nunmehr mit dem Argument einer Verletzung der EU-GRC bzw. des Kohärenzgebotes verneint. Test-Achats ist damit einer der seltenen Fälle, in denen der EuGH Sekundärrecht wegen Verstoßes gegen die im Primärrecht verankerten Grundrechte verworfen hat.⁹

Aus wissenschaftlicher Sicht stellt sich die Frage, ob die vom EuGH in Test-Achats gemachten Ausführungen zum Gleichbehandlungsgrundsatz auch Gültigkeit für andere Richtlinien haben. Sollte dies der Fall sein, dürfte es in nächster Zeit zu einer Überprüfung des sekundärrechtlichen *acquis* anhand der Vorgaben der EU-GRC kommen.¹⁰ Wegen eines der Gleichbehandlungs-RL vergleichbaren Regelungsmusters gilt das insbesondere für die Leiharbeits-RL.

II. Die Entscheidung Test-Achats als Ausgangspunkt

Das dem EuGH vom belgischen Verfassungsgerichtshof nach Art. 267 AEUV vorgelegte Urteil stellte in Frage, ob Art. 5 Abs. 2 Gleichbehandlungs-RL mit den Grundrechten aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen (Art. 6 Abs. 2 EUV idF. des Vertrages von Amsterdam¹¹) – insbesondere mit dem insoweit gewährleisteten Gleichheits- und Nichtdis-

1 Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.11.2008 über Leiharbeit, ABl. 2008, L 327/9.

2 Erstes Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung vom 28.04.2011, BGBl. 2011 I, S. 642 ff.

3 Blanke, DB 2010, 1528 ff.; Waas, ZESAR 2009, 207 ff.; Fuchs, NZA 2009, 57 ff.; Sansone, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht, Köln 2011 (zugl. Köln, Univ., Diss. 2010), insb. S. 440 ff.; Waltermann, Abschied vom Normalarbeitsverhältnis? Welche arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich im Hinblick auf die Zunahme neuer Beschäftigungsformen und die wachsende Diskontinuität von Erwerbsbiographien? Gutachten B zum 68. Deutschen Juristentag, Bd. I, Gutachten Teil B, Berlin 2010; Düwell/Dahl, DB 2009, 1070 ff.; Ulber, AuR 2010, 10 ff. Aktuell zum »Ersten Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes«: Ulber, AÜG Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Frankfurt a.M. 2011, Einleitung F, Rn. 56 ff.; Hamann, NZA 2011, 70 ff.; Sommer, AuR 2011, 421.

4 Charta der Grundrechte der Europäischen Union (2010/C 83/02), ABl. 2010, C 83/389.

5 EuGH, 01.03.2011 – C-236/09 – NJW 2011, 907 (Test-Achats).

6 S. etwa: Körner, AuR 2011, 331 ff.; Höfer, BetrAV 2011, 586 ff.; Birk, DB 2011, 819 ff.; Höfer, DB 2011, 1334 ff.; Kahler, NJW 2011, 894 ff.; Kerschbaumer, AiB 2011, 363 ff.; Lüttringhaus, EuZW 2011, 296 ff.; Temming, jurisPR-ArbR 14/2011, Anm. 5; Kroll-Ludwigs, JZ 2011, 734 ff.; Purnhagen, EuR 2011, 690 ff.; Hoffmann, ZIP 2011, 1445 ff.; vgl. auch die Mitteilung der Kommission vom 22.12.2011, Leitlinien zur Anwendung der Richtlinie 2004/113/EG des Rates auf das Versicherungswesen im Anschluss an das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Rechtssache C-236/09 (Test-Achats), K(2011) 9497 endgültig.

7 Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13.12.2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. 2004, L 373/37.

8 Das entspricht auch der Rechtslage in Deutschland, wo privatrechtliche Versicherungsverträge vom Verbot geschlechtsspezifischer versicherungsmathematischer Faktoren umfänglich ausgenommen sind (vgl. § 20 Abs. 2 S. 1 iVm. § 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG); Körner, AuR 2011, 331, 333; Temming, jurisPR-ArbR 14/2011, Anm. 5.

9 Vgl. aus der jüngeren Rechtsprechung: EuGH, 09.11.2010 – verb. Rs. C-92/09 und C-93/09 – EuZW 2010, 939 (Schecke und Eifert).

10 So auch: Lüttringhaus, EuZW 2011, 296 f.

11 Vertrag von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte, ABl. 1997, C 340.

kriminierungsgrundsatz – vereinbar sei.¹² Die Vorlagefrage bezog sich damit explizit auf die Rechtslage vor dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon¹³, also auf einen Zeitpunkt, zu dem die EU-GRC noch keine formelle Rechtskraft besaß. Entgegen der Vorlagefrage erfolgte die Prüfung der Richtlinie durch den EuGH auf der Basis der Rechtslage nach Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon, also insbesondere anhand der Normen der EU-GRC.¹⁴ Die EU-GRC wurde damit folglich als Prüfungsmaßstab für Sachverhalte herangezogen, die vor dem Zeitpunkt liegen, zu dem die Charta formelle Rechtskraft erlangt hat. Ausreichend für eine solche Indienstrafe der Charta ist nach der Rechtsprechung des EuGH, dass die Erwägungsgründe des in Streit stehenden Rechtsakts auf die Charta verweisen.¹⁵

Die in *Test-Achats* streitgegenständliche Gleichbehandlungs-RL verpflichtete die Mitgliedstaaten in Art. 5 Abs. 1 grundsätzlich dazu, bis spätestens zum 21.12.2007 sicherzustellen, dass für neu abgeschlossene Verträge¹⁶ geschlechtsneutrale Versicherungstarife gelten. Dieses Gebot geschlechtsneutraler Versicherungstarife schränkt die Gleichbehandlungs-RL aber bereits im nächsten Absatz (Art. 5 Abs. 2) wieder ein. Nach dieser Ausnahmeregelung konnten die Mitgliedstaaten vor dem 21.12.2007 beschließen, »proportionale Unterschiede bei den Prämien und Leistungen dann zuzulassen, wenn die Berücksichtigung des Geschlechts bei einer auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ein bestimmender Faktor ist«¹⁷. Diese Ausnahme von der Grundregel geschlechtsneutraler Prämien und Leistungen im Versicherungssektor hat der EuGH nunmehr in der Entscheidung *Test-Achats* für ungültig erklärt.¹⁸

Erstaunlich daran ist, dass der Gerichtshof die Art. 21 und 23 EU-GRC zwar als Prüfungsmaßstab heranzieht, sie dann aber in der Folge kaum mehr erwähnt und insbesondere keine dogmatisch nachvollziehbare Grundrechtsprüfung durchführt.¹⁹ Von besonderem Interesse muss in diesem Zusammenhang die Formulierung des Obersatzes zum allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz sein, der nicht auf die Spezifika der Art. 21 und 23 EU-GRC eingeht.²⁰ Die Vergleichbarkeit der Sachverhalte sei dabei, so der EuGH in *Test-Achats*, »im Lichte des Zwecks und des Ziels der Unionsmaßnahme, die die fragliche Unterscheidung einführt, zu beurteilen«.²¹ Insoweit beruhe die Gleichbehandlungs-RL auf der Prämisse, dass für die Zwecke der Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes die Lage

von Männern und Frauen vergleichbar sei.²² Auffällig ist darüber hinaus das gänzliche Unterbleiben einer Rechtfertigungsprüfung.²³ Relevant werden die den Prüfungsmaßstab ausmachenden Normen der EU-GRC erst wieder in der Schlussfolgerung des EuGH, nach der die Regelung des Art. 5 Abs. 2 Gleichbehandlungs-RL nicht mit Art. 21 und 23 EU-GRC vereinbar sei.²⁴

Als zweiten Argumentationsstrang führt der EuGH den Verstoß gegen das Kohärenzgebot an, ohne dabei die dogmatische Bedeutung des Kohärenzgebotes innerhalb der Grundrechtsprüfung näher auszuleuchten. Das Kohärenzgebot spielt in der Rechtsprechung des EuGH²⁵ eine zunehmend prominente Rolle.²⁶ Trotz der häufigen Verwendung sind seine Konturen noch weitgehend ungeklärt.²⁷ Überwiegende Anwendung fand es bislang in steuerrechtlichen Konstellationen als Rechtfertigungsgrund bzw. im Antidiskriminierungsrecht im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung.²⁸ Letztendlich geht es bei der Kohärenzprüfung

12 Cour constitutionnelle (Belgien), Urteil Nr. 103/2009 vom 18.06.2009, Geschäftsverzeichnis-Nr. 4486.

13 Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, unterzeichnet in Lissabon am 13.12.2007, ABl. 2007, C 306.

14 EuGH (Fn. 5) – C-236/09 – Rn. 17 ff.; kritisch: *Kahler*, NJW 2011, 894 ff. Generalanwältin *Kokott* prüfte hingegen altes Recht (Art. 6 Abs. 2 EUV a. F.), zog die EU-GRC aber als Erkenntnisquelle heran, siehe Schlussanträge, 30.09.2010 – C-236/09 – Rn. 27 f.

15 EuGH (Fn. 5) – C-236/09 – Rn. 17 ff.; EuGH (Fn. 9) – verb. Rs. C-92/09 und C-93/09 – Rn. 46, EuZW 2010, 939 ff.; *Purnhagen*, EuR 2011, 690 ff.; *Körner*, AuR 2011, 331 f.

16 Zur Auslegung des Begriffs der »neuen Verträge« siehe die Mitteilung der Kommission K (2011) 9497 endg. (Fn. 6), S. 3 f.

17 Hintergrund ist, dass geschlechtsspezifische Prämien und Leistungen im Versicherungsbereich in den Mitgliedstaaten weit verbreitet waren und sind, Erwägungsgrund 18 der Richtlinie 2004/113/EG; Anhang 1 der Mitteilung der Kommission K(2011) 9497, (Fn. 6), S. 10 f.

18 EuGH (Fn. 5) – C-236/09 – Rn. 32 ff.

19 *Körner*, AuR 2011, 331, 333.

20 EuGH (Fn. 5) – C-236/09 – Rn. 28.

21 EuGH (Fn. 5) – C-236/09 – Rn. 29 mwN.

22 EuGH (Fn. 5) – C-236/09 – Rn. 30 mwN.

23 *Lüttringhaus*, EuZW 2011, 296, 298; *Temming*, jurisPR-ArbR 14/2011, Anm. 5; *Körner*, AuR 2011, 331, 333.

24 S. EuGH (Fn. 5) – C-236/09 – Rn. 32.

25 EuGH, 28.01.1992 – C-204/90 – Slg. 1992, I-249 (Bachmann), Rn. 28; 17.11.2009 – C-169/08 – Slg. 2009, I-821 (Presidente Consiglio dei Ministri), Rn. 42; 10.03.2009 – C-169/07 – Slg. 2009, I-1721 (Hartlauer), Rn. 55; 12.01.2010 – C-341/08 – Slg. 2010, I-47 (Petersen), Rn. 53.

26 *Heuschmid*, jurisPR-ArbR 12/2010, Anm. 1; *Kahler*, NJW 2011, 894, 897.

27 *Heuschmid*, jurisPR-ArbR 12/2010, Anm. 1.

28 *Kahler*, NJW 2011, 894, 897; EuGH (Fn. 25), – C-169/07 – Rn. 55; (Fn. 25) – C-341/08 – Rn. 53.

um die innere Stimmigkeit einer Vorschrift im Gesamtgefüge eines Rechtsaktes.²⁹ Soweit es sich um Maßnahmen des Unionsgesetzgebers handelt, findet sich hierfür in Art. 7 AEUV eine normative Stütze.

Nach der Ansicht des EuGH in *Test-Achats* stellt die zeitlich unbefristet zulässige Ausnahme des Art. 5 Abs. 2 Gleichbehandlungs-RL eine Verletzung des Kohärenzgebotes dar. Zwar könne der Unionsgesetzgeber die in Art. 157 Abs. 1 AEUV, Art. 19 Abs. 1 AEUV iVm. Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 2 EUV und Art. 8 AEUV vorgesehene Gleichbehandlung von Frauen und Männern schrittweise verwirklichen und dabei insbesondere den Zeitpunkt seines Tätigwerdens selbst bestimmen,³⁰ wird er aber tätig, so müsse der Unionsgesetzgeber kohärent die Gleichbehandlungsziele verwirklichen.³¹ Einer solchen kohärenten Verwirklichung des Gleichbehandlungsziels stünden Übergangszeiten und Ausnahmeregelungen nicht entgegen, jedoch müsse das gesetzgeberische Handeln im Ergebnis auf eine Gleichbehandlung hinauslaufen.³² Die Möglichkeit unbefristeter Ausnahmen hingegen laufe dem eigentlichen Ziel der Gleichbehandlungs-RL – der Gleichbehandlung von Frauen und Männern – zuwider.³³

Im Ergebnis erklärt der EuGH die Ausnahmeregelung des Art. 5 Abs. 2 Gleichbehandlungs-RL mit Wirkung ab dem 21.12.2012 – also mit der Gewährung einer Übergangsfrist – für ungültig. Ab diesem Zeitpunkt dürfen nur noch Verträge mit sog. *Unisex*-Tarifen abgeschlossen werden.³⁴ Unklar bleibt allerdings, welcher der beiden Argumentationsstränge am Ende entscheidungserheblich ist. Diese Unsicherheit spiegelt sich auch in den Stellungnahmen der Literatur zur *Test-Achats*-Entscheidung wider. Während einige Autoren davon ausgehen, der EuGH habe die Gleichbehandlungs-RL allein am Kohärenzgebot überprüft,³⁵ gehen andere davon aus, der relevante Prüfungsmaßstab sei die EU-GRC.³⁶ Richtig dürfte sein, dass es auf beide Aspekte ankommt, wobei an dieser Stelle offen bleiben muss, wie sich beide zueinander verhalten.³⁷ *Kahler* erklärt das Vorgehen des EuGH in *Test-Achats* damit, dass der Gerichtshof die Ausnahmebestimmungen der Gleichbehandlungs-RL jedenfalls wegen Verstoßes gegen das Prinzip der Kohärenz für unwirksam ansah, weswegen er auf darüber hinausgehende Ausführungen zu den Grundrechten verzichten konnte.³⁸

III. Die Leiharbeits-RL im Lichte der *Test-Achats* Rechtsprechung

Da die Leiharbeits-RL einem der Gleichbehandlungs-RL analogen Regelungsmuster folgt, stellt sich die Frage, inwieweit und mit welchem Ergebnis die soeben dargelegten *Test-Achats*-Grundsätze auf die Leiharbeits-RL übertragbar sind.

1. Die Leiharbeits-RL

Bei der Leiharbeits-RL handelt es sich um eines der umstritteneren Regelungsvorhaben des europäischen Gesetzgebers.³⁹ Bereits in den 1990er-Jahren hatte die Europäische Kommission die Sozialpartner auf europäischer Ebene im Rahmen des Sozialen Dialogs zu einem solchen Regelungsvorhaben konsultiert.⁴⁰ Nach erfolglosen Verhandlungen erklärten diese 2001 das Scheitern ihrer Bemühungen, ua. weil keine Einigung über die Regelungen zum Gleichbehandlungsgrundsatz erzielt werden konnte.⁴¹ Damit war eine Rahmenvereinbarung der euro-

29 *Kahler*, NJW 2011, 894, 897.

30 EuGH (Fn. 5) – C-236/09 – Rn. 20.

31 EuGH (Fn. 5) – C-236/09 – Rn. 21.

32 EuGH (Fn. 5) – C-236/09 – Rn. 21.

33 EuGH (Fn. 5) – C-236/09 – Rn. 31 f.

34 Für Altverträge gilt das allerdings nicht, siehe Erwägungsgrund 18 der Richtlinie 2004/113/EG; *Höfer*, BetrAV 2011, 586 ff.; aA. mit guten Argumenten hingegen Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge, 30.09.2010 – C-236/09 – Rn. 81. Für das deutsche Recht bedeutet dies, dass § 20 Abs. 2 S. 1 AGG (»Eine unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts ist im Falle des § 19 Abs. 1 Nr. 2 bei den Prämien oder Leistungen nur zulässig, wenn dessen Berücksichtigung bei einer auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ein bestimmender Faktor ist.«) gegen europäisches Primärrecht verstößt und daher mit Ablauf des 21.12.2012 unanwendbar wird.

35 *Hoffmann*, ZIP 2011, 1445, 1447 ff.; *Purnhagen*, EuR 2011, 690, 696 ff.

36 *Körner*, AuR 2011, 331 f.

37 So auch *Kahler*, NJW 2011, 894, 897.

38 *Kahler*, NJW 2011, 894, 896; *Temming* weist darauf hin, dass dann auch eine Abwägung mit kollidierenden Grundrechten anderer entbehrlich ist, die erst iRd. Angemessenheit zu erörtern wären: *Temming*, jurisPR-ArbR 14/2011, Anm. 5.

39 Ausführlich: *Ulber*, AÜG (Fn. 3), Einleitung F Rn. 56; *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht – Eine systematische Darstellung (Ius Communitatis), Heidelberg 2009, S. 334 ff.; *Raab*, ZfA 2003, 389, 395 ff.

40 *Waes*, ZESAR 2009, 207 mwN.; Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern (Vorlage der Kommission) vom 20.03.2002, KOM (2002) 149 endg. (Vorschlag Leiharbeits-RL), S. 9.

41 *Ulber*, AÜG (Fn. 3), Einleitung F Rn. 56; *Fuchs*, NZA 2009, 57, 58; *Raab*, ZfA 2003, 389, 395; Vorschlag Leiharbeits-RL (Fn. 40), S. 8.

päischen Sozialpartner gescheitert. 2002 legte die Europäische Kommission einen eigenen Gesetzentwurf für eine Leiharbeits-RL vor, der das sog. *Flexicurity*-Konzept⁴² verwirklichen sollte.⁴³ Dieser stieß jedoch im Europäischen Parlament und in einigen Mitgliedstaaten auf erhebliche Bedenken. Vor dem Hintergrund des Leiharbeitsverbots in manchen Mitgliedstaaten bis Mitte der 1990er-Jahre kann dies nicht verwundern.⁴⁴ Im Zentrum der Auseinandersetzung stand auch hier der Gleichbehandlungsgrundsatz.⁴⁵ So kam das Projekt der Leiharbeits-RL vorübergehend zum Stillstand. Erst im Jahr 2008 konnte die Leiharbeits-RL nach einer Einigung von Europäischem Parlament und Rat endgültig verabschiedet werden.⁴⁶ Bis zum 05.12.2011 war die Richtlinie in nationales Recht umzusetzen. Mit dem »Ersten Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes« sollte die deutsche Rechtslage mit den Vorgaben der Leiharbeits-RL in Einklang gebracht werden. Vorrangiges Ziel der Leiharbeits-RL ist nach Art. 2 der Schutz der Leiharbeitnehmer, indem deren Gleichbehandlung mit der Stammebelegschaft sichergestellt wird.⁴⁷ In Art. 5 Abs. 1 wird sodann der Gleichbehandlungsgrundsatz definiert.⁴⁸ Dort heißt es, »die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Leiharbeitnehmer entsprechen während der Dauer ihrer Überlassung an ein entleihendes Unternehmen mindestens denjenigen, die für sie gelten würden, wenn sie von jenem genannten Unternehmen unmittelbar für den gleichen Arbeitsplatz eingestellt worden wären«. Als Vergleichsmaßstab wird folglich ein Arbeitnehmer des Entleihunternehmens vorgeschrieben.

Vom Gleichbehandlungsgrundsatz macht die Leiharbeits-RL in Art. 5 Abs. 2 bis 4 Ausnahmen,⁴⁹ wobei für den vorliegenden Zusammenhang insbesondere die Ausnahmeregelungen in Abs. 2 und Abs. 3 von Interesse sind. Nach Art. 5 Abs. 2 besteht die Möglichkeit – beschränkt auf das Arbeitsentgelt – bei unbefristeten Arbeitsverträgen durch eine gesetzliche Regelung vom Gleichbehandlungsgrundsatz abzuweichen. Ferner sieht Art. 5 Abs. 3 Leiharbeits-RL eine Abweichungsmöglichkeit für sämtliche Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen aufgrund von tarifvertraglichen Regelungen vor. Umstritten ist jedoch schon, ob die Regelung des Abs. 2 im Verhältnis zu Abs. 3 *lex specialis* ist, mit der Folge, dass bei befristeten Arbeitsverhältnissen nicht vom *equal-pay*-Grundsatz abgewichen werden kann.⁵⁰ Festzuhalten bleibt damit zunächst, dass die Leiharbeits-RL ein Regel-Ausnahme-Verhältnis enthält, das

dem der *Test-Achats*-Entscheidung zugrundeliegenden Regel-Ausnahme-Verhältnis der Gleichbehandlungs-RL ähnelt: Zunächst wird im Einklang mit den Wertungen der EU-GRC ein Gleichbehandlungsziel definiert, von dem dann Ausnahmen zugelassen werden.

Betrachtet man nun die Konsequenzen der in Art. 5 Abs. 2 und 3 Leiharbeits-RL vorgesehenen Ausnahmen, die über § 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 und § 9 Nr. 2 AÜG in nationales Recht umgesetzt sein sollen, kann man feststellen, dass es zu einer flächendeckenden – für die Leiharbeitnehmer nachteiligen – Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz gekommen ist.⁵¹ Ganz maßgeblich für diese Konsequenz ist die im deutschen Recht vorgesehene Möglichkeit der arbeitsvertraglichen Bezugnahme auf abweichende Tarifverträge (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 und § 9 Nr. 2 AÜG), deren Europarechtskonformität in der Literatur zu Recht bezweifelt wird.⁵² Regelmäßig sind die in den Leiharbeits-Tarifverträgen vorgesehenen Arbeitsbedingungen deutlich schlechter als die in den entsprechenden Branchentarifverträgen.⁵³ Das gilt etwa für die wichtige Frage des Lohnes. So verdienen Leiharbeitnehmer etwa im Schnitt 40 % weniger als andere Arbeitnehmer⁵⁴ (45 % unterhalb des durchschnittlichen Lohns für einfache Hel-

42 Ausführlich dazu: *Blanke*, Welche Änderungen des deutschen Gesetzes erfordert die Umsetzung der EU-Richtlinie Leiharbeit – mit dem Schwerpunkt Gleichbehandlungsgrundsatz und Abweichungen gem. Art. 5 der EU-RL? Rechtsgutachten erstattet im Auftrag des DGB, 2010, S. 73 ff. Im Zusammenhang mit der Leiharbeit kam es allerdings zu keinem Zeitpunkt zu einer Ausgewogenheit von Flexibilität und Sicherheit, so dass in diesem Zusammenhang zu Recht von einem Scheitern dieses Konzeptes ausgegangen werden kann, *Blanke*, aaO., S. 85.

43 Vorschlag Leiharbeits-RL (Fn. 40), S. 2; *Fuchs*, NZA 2009, 57, 58. Zum Richtlinien-Entwurf siehe *Raab*, ZfA 2003, 389, 396 f.; *Thüsing*, DB 2002, 2218 ff.; *Wank*, NZA 2003, 14 ff.

44 *Hießl*, ZESAR 2011, 472 f.

45 *Fuchs*, NZA 2009, 57, 58; Vorschlag Leiharbeits-RL (Fn. 40), S. 9, 38.

46 ABl. 2008, L 327/9.

47 *Ulber*, AÜG (Fn. 3), Einleitung F, Rn. 57; zugleich soll auch die Qualität der Leiharbeit verbessert werden.

48 *Waas*, ZESAR 2009, 207, 210.

49 *Waas*, ZESAR 2009, 207, 210 ff.

50 *Ulber*, AÜG (Fn. 3), Einleitung F, Rn. 63; ausführlich hierzu: *Sansone* (Fn. 3), S. 539 ff.

51 *Sansone* (Fn. 3), S. 42; *Schüren/Wank*, RdA 2011, 1, 5; *Ulber*, NZA 2009, 232 ff.; *Waltermann*, NZA 2010, 482 ff.

52 *Sommer*, AuR 2011, 421; *Blanke*, DB 2010, 1528, 1531 f.; *Schüren/Wank*, RdA 2011, 1, 5.

53 Überblick zu verschiedenen verschlechternden tariflichen Regelungen: *Ulber*, AÜG (Fn. 3), § 9 Rn. 205 ff.; *Däubler*, Arbeitsrecht – Ratgeber für Beruf, Praxis und Studium, Frankfurt 2011, Rn. 1172a.

54 *Däubler*, Arbeitsrecht (Fn. 53), Rn. 1172a; *Böckler Impuls*, 19/2011, S. 2.

fertigkeiten,⁵⁵ 35 % Entgelt Differenz bei qualifizierteren Tätigkeiten zB. in Organisations-, Verwaltungs- und Büroberufen,⁵⁶ im Einzelfall sogar bis zu 60 % unterhalb der entsprechenden Tarifentgelte bei den Entleihern).⁵⁷ In der Praxis stellt die Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern deshalb die Ausnahme und gerade nicht die Regel dar.⁵⁸ Geht man davon aus, dass es das erklärte Ziel der EU-Kommission bei der Erarbeitung der Leiharbeits-RL war, den Grundsatz der Gleichbehandlung zu stärken,⁵⁹ muss man als Zwischenbilanz festhalten, dass dieses Ziel deutlicher kaum verfehlt werden kann. Damit ist nun auf die eingangs gestellte Frage zurückzukommen, ob die Ausnahmeregelungen in der Leiharbeits-RL mit den Vorgaben des Unionsrechts – wie es durch die *Test-Achats*-Entscheidung konkretisiert wurde – vereinbar sind.

2. Vereinbarkeit der Ausnahmebestimmungen der Leiharbeits-RL mit Primärrecht

a) Vereinbarkeit mit dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 20 EU-GRC

Im Unterschied zum *Test-Achats*-Fall⁶⁰ enthält die EU-GRC in Bezug auf Leiharbeitnehmer kein besonderes Diskriminierungsverbot, wie es etwa mit Art. 21 EU-GRC für geschlechtsspezifische Benachteiligungen der Fall ist. Indes dürfte dies zu keiner generell abweichenden Bewertung führen, da der EuGH in *Test-Achats* bei der Formulierung seines Obersatzes maßgeblich auf den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz abgestellt hat, obwohl es im Anlassfall um eine Geschlechterdiskriminierung ging und dementsprechend eigentlich die speziellen Diskriminierungsverbote des Unionsrechts einschlägig gewesen wären.⁶¹ Offensichtlich wollte der EuGH seine Aussage nicht auf den Bereich der speziellen Diskriminierungsverbote begrenzen. Grund hierfür dürfte sein, dass es sich bei Art. 21 und 23 zwar um eigenständige Grundrechte handelt⁶², diese aber insbesondere auch Konkretisierungen des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes in Art. 20 EU-GRC darstellen.⁶³ Prüfungsmaßstab für die Frage der Primärrechtskonformität der Leiharbeits-RL ist folglich Art. 20 EU-GRC. Neben der Gleichbehandlung bei der Gesetzesanwendung gebietet der Gleichbehandlungsgrundsatz auch die Gleichbehandlung bei der Gesetzgebung,⁶⁴ um die es vorliegend geht.

Die Anwendbarkeit der EU-GRC als Prüfungsmaßstab ergibt sich aus Art. 51 Abs. 1 S. 1 EU-GRC, da es sich bei

der Richtlinie um eine Maßnahme der Organe der Europäischen Union handelt.⁶⁵ Dass die Leiharbeits-RL schon vor dem Inkrafttreten der EU-GRC erlassen wurde, ändert – wie oben bereits dargelegt – nach der Rechtsprechung des EuGH daran nichts, da die Leiharbeits-RL in den Erwägungsgründen auf die EU-GRC verweist und damit eine Bindung an diese herbeiführt.⁶⁶

Der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 20 EU-GRC stellt sicher, dass alle Differenzierungen einem umfassenden Rechtfertigungsprogramm unterworfen werden.⁶⁷ Soweit ersichtlich verlangt der EuGH in diesem Kontext, wie etwa in *Test-Achats* aktuell veranschaulicht, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden, es sei denn, eine solche Behandlung ist objektiv gerechtfertigt.⁶⁸ Die Prüfung des Gleichbehandlungsgrundsatzes erfolgt also in zwei Stufen: Nach der Feststellung einer Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte im ersten Schritt folgt im zweiten Schritt die Prüfung möglicher Rechtfertigungen.⁶⁹

55 Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen (Hrsg.), *Zeitarbeit in Nordrhein-Westfalen. Strukturen, Einsatzstrategien, Entgelte*, Studie Zeitarbeit in NRW Endbericht, Dortmund 2008, S. 13.

56 *Waltermann*, NZA 2010, 482 ff.; Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen, Studie Zeitarbeit in NRW Endbericht (Fn. 55), S. 73.

57 *Blanke*, DB 2010, 1528 mwN.

58 *Sansone* (Fn. 3), S. 42; *Schüren/Wank*, RdA 2011, 1, 5; *Ulber*, NZA 2009, 232 ff.; *Waltermann*, NZA 2010, 482 ff.

59 *Blanke*, DB 2010, 1528, 1529; ausführlich *Steuer*, Die Arbeitnehmerüberlassung als Mittel zur Förderung des Arbeitsmarktes in Deutschland, Baden-Baden 2009, S. 137 ff.; Vorschlag Leiharbeits-RL (Fn. 40), S. 9, 14, 38.

60 Dort Art. 21, 23 EU-GRC.

61 EuGH (Fn. 5) – C-236/09 – Rn. 28.

62 *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union: GRCh, Kommentar, München 2010, (EU-GRC), Art. 20 Rn. 5.

63 Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott*, 30.09.2010 – C-236/09 – Rn. 29; *Meyer*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, Baden-Baden 2011, (EU-GRC), Art. 20 Rn. 11; *Graser*, in: *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo* (Hrsg.), EU-Kommentar, Baden-Baden 2009, Art. 20 GRCh Rn. 1.

64 *Jarass* (Fn. 62), Art. 20 Rn. 3 mwN.; *Graser*, in: *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo* (Fn. 63), Art. 20 GRCh Rn. 9.

65 *Heuschmid*, in: *Däubler* (Hrsg.), *Arbeitskampfrecht*, Handbuch für die Rechtspraxis, Baden-Baden 2011, § 11 Rn. 10; *Willemsen/Sagan*, NZA 2011, 258 ff.

66 Vgl. Erwägungsgrund 1.

67 *Graser*, in: *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo* (Fn. 63), Art. 20 GRCh Rn. 1.

68 EuGH (Fn. 5) – C-236/09 – Rn. 28; 16.12.2008 – C-127/07 – Slg. 2008, I-9895 (*Arcelor Atlantique et Lorraine* u.a.), Rn. 23; *Meyer*, EU-GRC (Fn. 63), Art. 20 Rn. 14 ff.

69 *Graser*, in: *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo* (Fn. 63), Art. 20 GRCh Rn. 4.

(1). Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte

Daher ist zunächst zu fragen, ob es sich bei Leiharbeitnehmern und Stammebelegschaft um zwei vergleichbare Sachverhalte handelt. Letzteres ist der Fall, wenn die zu vergleichenden Sachverhalte unter einen gemeinsamen Oberbegriff gefasst werden können.⁷⁰ Als gemeinsamer Oberbegriff kommt hier die gleiche Tätigkeit der beiden Vergleichsgruppen im selben Betrieb in Betracht. Problematisch könnte insofern allerdings sein, dass Stammebelegschaft und Leiharbeitnehmer Vertragsbeziehungen zu unterschiedlichen Arbeitgebern unterhalten, was wiederum eine zulässige Differenzierung begründen könnte. Denn immerhin fallen die verschiedenen Arbeitgeber typischerweise in den Geltungsbereich unterschiedlicher Tarifverträge. Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH zum Gleichbehandlungsgrundsatz kann dieser Einwand allerdings nicht durchschlagen. Der Gerichtshof stellt – in inzwischen wohl ständiger Rechtsprechung⁷¹ – beim Vorliegen der Voraussetzungen des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes, also insbesondere bei der Frage der Vergleichbarkeit zweier Sachverhalte, auf »den Zweck und die Ziele der Unionsmaßnahme ab, die die fragliche Unterscheidung einführt.«⁷² Die Richtlinienvorgaben sind demnach die maßgebliche Bezugsgröße für die Bildung der Vergleichsgruppe, wobei der Rückgriff auf das Sekundärrecht dabei weniger als rechtlicher, sondern als tatsächlicher Rahmen für die Bestimmung des Kriteriums der Vergleichbarkeit zu verstehen ist.⁷³ Aus der Leiharbeits-RL ergibt sich wiederum unmissverständlich, dass die beiden betroffenen Arbeitnehmergruppen (Stammebelegschaft und Leiharbeitnehmer) gleich zu behandeln sind.⁷⁴ Folglich liegen vergleichbare Sachverhalte vor.⁷⁵

Weiter ist zu klären, ob die Ausnahmeregelungen in Art. 5 Abs. 2 und 3 Leiharbeits-RL eine Ungleichbehandlung von Leiharbeitnehmern im Verhältnis zur Stammebelegschaft herbeiführen. Dies dürfte unproblematisch zu bejahen sein. Die Ausnahmen ermöglichen es, dass Leiharbeitnehmer und Stammebelegschaft hinsichtlich der »wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen« unterschiedlich behandelt werden. Wie oben bereits dargelegt, wird – jedenfalls in Deutschland – flächendeckend von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Dem kann nicht entgegeng gehalten werden, dass die Richtlinie selbst keine Ungleichbehandlung herbeiführt, sondern lediglich die Mitgliedstaaten im Zusammenwirken mit den Sozialpartnern zu einer solchen Ungleichbehandlung ermächtigt. Denn der Unionsgesetz-

geber darf niemanden zu Maßnahmen ermächtigen, die gegen die Unionsgrundrechte verstoßen würden.⁷⁶

(2). Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

Liegt demnach eine Ungleichbehandlung vor, stellt sich die Frage nach der Rechtfertigung. Wie oben dargelegt, ist der EuGH über diesen Punkt in der Entscheidung *Test-Achats* hinweggegangen. In anderen Entscheidungen zum Gleichbehandlungsgrundsatz geht der Gerichtshof hingegen davon aus, dass eine Ungleichbehandlung zulässig ist, wenn sie »objektiv gerechtfertigt« ist.⁷⁷ Unklar ist bisher insbesondere, inwiefern der Gerichtshof auf dieser zweiten (Rechtfertigungs-) Stufe verschiedene Kontrollintensitäten unterscheidet.⁷⁸ In der Literatur wird jedenfalls davon ausgegangen, dass eine Beeinträchtigung des Art. 20 EU-GRC durch eine Gleichbehandlung leichter zu rechtfertigen ist als eine Beeinträchtigung durch eine Ungleichbehandlung,⁷⁹ um die es vorliegend geht. Um einen sinnvollen Bewertungsmaßstab zu erhalten, spricht vieles dafür, im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu rekurrieren (vgl. auch Art. 52 Abs. 2 S. 2 EU-GRC).⁸⁰ Danach muss die Ungleichbehandlung in einem angemessenen Verhältnis zu dem mit ihr verfolgten Ziel stehen.⁸¹

70 Rossi, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, München 2011, (EUV/AEUV), Art. 20 GRCh Rn. 20.

71 EuGH (Fn. 5) – C-236/09 – Rn. 29; EuGH (Fn. 68) – C-127/07 – Rn. 26.

72 Kroll-Ludwigs, JZ 2011, 734, 735 f.; kritisch: Kahler, NJW 2011, 894, 895; Lüttringhaus, EuZW 2011, 295, 297.

73 Kroll-Ludwigs, JZ 2011, 734, 736.

74 Vgl. Art. 2 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 und Erwägungsgrund 14 der Leiharbeits-RL.

75 So auch: Hießl, ZESAR 2011, 472, 477.

76 EuGH, 27.06.2006 – C-540/03 – Slg. 2006, I-5769 (Familienzusammenführung), Rn. 84; Schlussanträge der Generalanwältin Kokott, 30.09.2010 – C-236/09 – Rn. 30.

77 EuGH (Fn. 5) – C-236/09 – Rn. 28; Jarass (Fn. 62), Art. 20 Rn. 12; dies entspricht auch der Rechtslage auf der Basis des Kommissionsvorschlags von 2002, nach dem aus sachlichen Gründen vom Gleichbehandlungsgrundsatz abgewichen werden konnte, vgl. KOM (2002) 149 endg.

78 Graser, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Fn. 63), Art. 20 GRCh Rn. 4; Rossi, in: Calliess/Ruffert (Fn. 70), Art. 20 GRCh Rn. 24.

79 Rossi, in: Calliess/Ruffert (Fn. 70), Art. 20 GRCh Rn. 28.

80 EuGH, 13.04.2000 – C-292/97 – Slg. 2000, I-2737 (Karlsson), Rn. 58; Graser, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Fn. 63), Art. 20 GRCh Rn. 6; Jarass (Fn. 62), Art. 20 Rn. 15; aA. Rossi, in: Calliess/Ruffert (Fn. 70), Art. 20 GRCh Rn. 27, der bereits in einer »Zwei-Schritt-Prüfung« ausreichend Raum für die Berücksichtigung wertender Betrachtungen der sachlichen Gründe sieht.

81 Jarass (Fn. 62), Art. 20 Rn. 15.

In diesem Zusammenhang sind auch primärrechtlich gewährleistete Einflussfaktoren zu beachten, die zu einer Rechtfertigung der Ungleichbehandlung beitragen können.⁸² Zu denken ist hier insbesondere an den Schutz der unternehmerischen Freiheit in Art. 16 EU-GRC.⁸³ Darüber hinaus dürfte auch Art. 28 EU-GRC jedenfalls in den Fällen zu berücksichtigen sein, in denen es um Abweichungen vom Gleichbehandlungsgrundsatz aufgrund von tarifvertraglichen Regelungen geht. Art. 28 EU-GRC gewährleistet auf europäischer Ebene die Tarifautonomie, also das Recht der Sozialpartner, die Bedingungen der Arbeit durch Tarifverträge zu regeln.⁸⁴ Allerdings divergiert die Rechtsprechung des EuGH zum Gewährleistungsgehalt von Art. 28 EU-GRC noch erheblich, so dass gegenwärtig nicht abschließend geklärt ist, welche Rechtsfolgen sich aus Art. 28 EU-GRC für den vorliegenden Fall ergeben können.⁸⁵ Im Ergebnis sprechen jedenfalls die aktuellen Entscheidungen⁸⁶ dafür, dass Art. 28 EU-GRC einer strengen Durchsetzung des Gleichbehandlungsgebotes nicht im Weg stehen dürfte. Bestätigt wird dieser Befund durch die Rechtsprechung des BVerfG zur Tarifautonomie auf nationaler Ebene. Dieses geht trotz einer großzügigen Interpretation des autonomen Handlungsspielraums der Sozialpartner in Art. 9 Abs. 3 GG davon aus, dass Beeinträchtigungen der Tarifautonomie zum Schutz der Grundrechte von Dritten gerechtfertigt werden können.⁸⁷ Das gilt insbesondere im Zusammenhang mit der Gewährleistung von Gleichheitssätzen.⁸⁸ Nicht zuletzt ist bei Maßnahmen des EU-Gesetzgebers zu beachten, dass dieser einen nicht unerheblichen gesetzgeberischen Ermessensspielraum besitzt.⁸⁹ Letzterer ist jedoch nicht grenzenlos; insbesondere darf er nicht dazu führen, dass dadurch die in der EU-GRC niedergelegten tragenden Grundsätze des Unionsrechts ausgehöhlt werden.⁹⁰

Diese Aspekte sind im Rahmen einer Gesamtabwägung zu berücksichtigen, die das Ausmaß der resultierenden Belastung einerseits sowie das Gewicht der erörterten, die Differenzierung tragenden Gründe andererseits ins Verhältnis setzt.⁹¹ Wie sich aus Art. 2, Erwägungsgrund 16 sowie 8 und 9 der Leiharbeits-RL ergibt, soll die mögliche Ungleichbehandlung nach Art. 5 Abs. 3 Leiharbeits-RL den Unternehmen mehr Flexibilität verschaffen. Ein Ziel, das durchaus dem Schutz der EU-GRC unterliegt.

Gegen eine Rechtfertigung sprechen allerdings andere in der Gesamtabwägung zu berücksichtigende Gesichtspunkte. Dies gilt zunächst für die Frage der praktischen Wirksamkeit

der Leiharbeits-RL. Eine Richtlinie, die das Ziel der Gleichbehandlung definiert (Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 5 Abs. 1), darf nicht zulassen, dass dieses auf der ganzen Linie verfehlt wird. Hierdurch wird die *ratio legis* geradezu entstellt, von *effet utile*⁹² des Gleichbehandlungsgrundsatzes kann keine Rede mehr sein. Aber auch systematische Gründe sprechen gegen eine Rechtfertigung. Gemäß Art. 151 AEUV, der nach der Rechtsprechung des EuGH bei der Auslegung des sekundären Unionsrechts zu beachten ist,⁹³ verfolgt die Union das Ziel der »Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen«. Regelungen, die es zulassen, dass ohne zeitliche Grenzen zum Nachteil der Leiharbeitnehmer vom Gleichbehandlungsgrundsatz abgewichen werden kann, laufen konträr zu diesem Ziel. Die Leiharbeits-RL ist daher im Lichte von Art. 151 AEUV dahingehend auszulegen, dass dauerhafte Verschlechterungen unzulässig sind. Ebenso verlangt Nr. 7 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer,⁹⁴ die durch Art. 151 AEUV wie auch durch Abs. 5 der Präambel des EUV in Bezug genommen wird, ebenfalls eine »Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen« und zählt dabei ausdrücklich die Leiharbeit auf. Nicht zuletzt ist die in Art. 5 Abs. 5 Leiharbeits-RL enthaltene Aufforderung, missbräuchliche Anwendungen der Leiharbeits-RL zu verhindern, in die Gesamtabwägung einzubeziehen.

Nach dem bisher Gesagten überwiegen die Argumente, die gegen eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung spre-

82 Jarass (Fn. 62), Art. 20 Rn. 16.

83 Kahler, NJW 2011, 894, 896; Jarass (Fn. 62), Art. 16 Rn. 2.

84 Rieble/Vielmeier, EuZA 2011, 474, 500 f.; Jarass (Fn. 62), Art. 28 Rn. 8.

85 Für einen eher weiten Gewährleistungsgehalt Rosenblatt (EUGH, 12.10.2010 – C-45/09 – EuZW 2010, 869–874); für einen nicht so weitgehenden Gewährleistungsgehalt Prigge (EuGH, 13.09.2011 – C-447/09 – EuZW 2011, 751–754) und Hennigs (EuGH, 08.09.2011 – C-297/10 – EuZW 2011, 883; vgl. dazu auch: Deinert, AiBplus 08/2011, 9).

86 EuGH (Fn. 85) – C-447/09; (Fn. 85) – C-297/10.

87 BVerfG, 29.12.2004 – verb. Rs. 1 BvR 2582/03, 1 BvR 2283/03, 1 BvR 2504/03 – NZA 2005, 153 ff.

88 Dieterich, in: Müller-Glöße/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 11. Aufl., München 2011, Art. 9 GG Rn. 79.

89 EuGH, 21.02.1979 – C-138/78 – Slg. 1979, 713 (Stöltzing), Rn. 7; Schlussanträge der Generalanwältin Kokott, 30.09.2010 – C-236/09 – Rn. 34, 47 f.

90 Schlussanträge der Generalanwältin Kokott, 30.09.2010 – C-236/09 – Rn. 48.

91 Graser, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Fn. 63), Art. 20 GRCh Rn. 6; Meyer (Fn. 63), Art. 20 Rn. 16 f.

92 Schlachter, Casebook Europäisches Arbeitsrecht, Baden-Baden 2005, S. 37 mwN.

93 EuGH, 29.09.1987 – C-126/86 – Slg. 1987, 3697 (Zaera), Rn. 14 (noch zu Art. 117 EWG).

94 Gemeinschaftscharta der Sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer vom 09.12.1989, KOM (89) 248 endg.

chen. Eine dauerhafte Ungleichbehandlung steht außer Verhältnis zu dem die Differenzierung tragenden Grund und kann deshalb nicht gerechtfertigt werden. Bestätigt wird dieser Befund durch die Entscheidung *Test-Achats*. Die Ungültigkeitserklärung des EuGH wurde dort ganz maßgeblich auf die Tatsache gestützt, dass die Gleichbehandlungs-RL unbefristete Ungleichbehandlungen ermöglichte.⁹⁵

Nichts anderes ergibt sich aus den einschränkenden Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 5 Abs. 2 bzw. Abs. 3 Leiharbeits-RL. So ist etwa in Art. 5 Abs. 3 vorgesehen, dass Abweichungen nur unter »Achtung des Gesamtschutzes« von Leiharbeitnehmern erfolgen dürfen. Aus dieser Formulierung geht jedoch nicht hervor, wann das Gesamtschutzniveau gewahrt ist. Selbst wenn diese Vorgabe vom deutschen Gesetzgeber in nationales Recht umgesetzt worden wäre, könnte dadurch nicht verhindert werden, dass dauerhaft vom eigentlichen Ziel der Richtlinie – der Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern und Stammebeschäftigten – abgewichen wird.⁹⁶

Festzuhalten bleibt damit, dass eine Anwendung der Leiharbeits-RL, die eine zeitlich unbeschränkte Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz zulässt, mit Art. 20 EU-GRC nicht vereinbar ist.

Neben der Überprüfung der Richtlinie anhand von Art. 20 EU-GRC käme auch eine Überprüfung am Maßstab von Art. 31 EU-GRC in Betracht, der das Grundrecht auf gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen verbürgt. Letzterer soll hier jedoch außer Betracht bleiben, da in diesem Beitrag allein die mit der *Test-Achats*-Entscheidung einhergehenden Gleichbehandlungsprobleme untersucht werden sollen.

b) Verstoß gegen das Kohärenzgebot

Das soeben im Zusammenhang mit Art. 20 EU-GRC gefundene Ergebnis wird durch eine Überprüfung anhand des Kohärenzgebots bestätigt. Unabhängig von der genauen dogmatischen Einordnung der Kohärenzprüfung stellt sich auch für die Leiharbeits-RL die Frage nach der inneren Stimmigkeit ihrer Ausnahmegesetze in Art. 5 Abs. 2 und Abs. 3 vor dem Hintergrund des mit der Richtlinie verfolgten Ziels (Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 5 Abs. 1). In der Entscheidung *Test-Achats* hatte der EuGH ausgeführt, dass der EU-Gesetzgeber, der sich zu einem bestimmten Tätigwerden entschlossen hat, in kohärenter Weise auf die Erreichung des verfolgten Ziels hinwirken muss.⁹⁷ Nicht zu beanstanden sind nach dem Gerichtshof allerdings Übergangszeiten oder

Ausnahmen begrenzten Umfangs.⁹⁸ Unzulässig sind Abweichungen erst dann, wenn diese unbefristet aufrechterhalten werden können.⁹⁹ Selbst wenn man davon ausgeht, dass die Anforderungen an die Kohärenz einer Regelung nicht überspannt werden dürfen, da der Gesetzgeber eine absolute Kohärenz und Systemreinheit nicht leisten kann,¹⁰⁰ muss man dennoch konzedieren, dass die durch die Ausnahmeregelungen in Art. 5 Abs. 2 und 3 Leiharbeits-RL ermöglichten zeitlich unbefristeten Abweichungen vom primären Richtlinienziel nicht mit dem Kohärenzgebot in Einklang zu bringen sind. Zulässige Ausnahmen müssen nämlich, was hier gerade nicht der Fall ist, »begrenzten Umfangs« sein.

Festzuhalten bleibt damit, dass die Leiharbeits-RL auch gegen das Kohärenzgebot verstößt, wie es in der ständigen Rechtsprechung des EuGH Anwendung findet.

3. Konsequenzen des Verstoßes

Geht man mit dem soeben Dargelegten davon aus, dass die Leiharbeits-RL gegenwärtig gegen Primärrecht verstößt, stellt sich die Frage nach den Konsequenzen eines solchen Verstoßes. Dies gilt zum einen für die Ebene des Unionsrechts, zum anderen für die Ebene des nationalen Rechts, durch das die sekundärrechtlichen Vorgaben umgesetzt werden sollten.

a) Ebene des Unionsrechts

Auf der Ebene des Unionsrechts muss geprüft werden, ob die streitigen Ausnahmeregelungen der Leiharbeits-RL für ungültig¹⁰¹ erklärt werden müssen oder ob sie ggf. einer einschränkenden primärrechtskonformen Auslegung zugänglich sind. Nach der Rechtsprechung des EuGH sind Richtlinienbestimmungen, die den Mitgliedstaaten eine unionsrechtswidrige Handlungsoption einräumen und keinen Spielraum für eine konforme Auslegung dieser Option belassen, rechtswidrig und deshalb grundsätzlich für ungültig zu erklären.¹⁰² Im Falle einer solchen Ungültigkeitser-

95 EuGH (Fn. 5) – C-236/09 – Rn. 31 und 32.

96 Vgl. *Waas*, der davon ausgeht, dass die Regelung verhältnismäßig viel Spielraum lässt, ZESAR 2009, 207, 211.

97 EuGH (Fn. 5) – C-236/09 – Rn. 21.

98 EuGH (Fn. 5) – C-236/09 – Rn. 21.

99 EuGH (Fn. 5) – C-236/09 – Rn. 32.

100 *Heuschmid*, jurisPR-ArbR 12/2010, Anm. 1.

101 Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott*, 30.09.2010 – C-236/09 – Rn. 71.

102 EuGH (Fn. 76) – C-540/03 – Rn. 27 f.

klärung ist weiter zu untersuchen, ob das Unwirksamkeitsverdict die gesamte Richtlinie betrifft oder ob es sich auf einzelne Richtlinienbestimmungen beschränkt. Betrachtet man die Rechtsprechung des EuGH eingehender, zeigt sich, dass eine Gesamtungültigkeitserklärung nur angezeigt ist, wenn die relevanten Bestimmungen untrennbar mit dem verbleibenden Rest der Richtlinie zusammenhängen.¹⁰³ Soweit es sich bei der streitgegenständlichen Bestimmung hingegen um einen abtrennbaren Teil der Richtlinie handelt, kommt eine isolierte Aufhebung der betroffenen Richtlinienbestimmung in Betracht.¹⁰⁴ Letzteres wäre vorliegend der Fall. Eine Streichung der Ausnahmeregelungen in Art. 5 Leiharbeits-RL würde die Richtlinie nicht in ihrer Substanz treffen.¹⁰⁵ Das Gegenteil wäre sogar der Fall. Eine Aufhebung der Ausnahmebestimmungen wäre die Voraussetzung für die tatsächliche Verwirklichung der in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 Leiharbeits-RL definierten Ziele. Die Tatsache, dass die betroffenen Ausnahmeregelungen ggf. Gegenstand eines politischen »package-deals« waren, ändert daran nichts. Auch die weiteren Ziele der Leiharbeits-RL, wie etwa die Verbesserung der Qualität der Leiharbeit durch die Anerkennung der Leiharbeitsunternehmen als Arbeitgeber, wären nämlich durch eine isolierte Aufhebung nicht gefährdet.

Sollte der EuGH die Ausnahmeregelungen für ungültig erklären, würde ein solches Urteil grundsätzlich zurückwirken.¹⁰⁶ Anders wäre es dagegen, wenn der Gerichtshof die Rückwirkung seiner Entscheidung ausnahmsweise einschränken würde.¹⁰⁷ Eine solche Einschränkung kommt insbesondere dann in Betracht, wenn aufgrund der widerstreitenden Interessen zwingende Erwägungen der Rechtssicherheit es erfordern.¹⁰⁸ Vor dem Hintergrund der erheblichen finanziellen Konsequenzen, die sich aus rechtswidrigen Regelungen von Leiharbeitsverhältnissen ergeben können,¹⁰⁹ ist anzunehmen, dass der Gerichtshof, analog zur Entscheidung *Test-Achats*, im Fall einer Ungültigkeitserklärung die Urteilswirkungen zeitlich beschränken würde.¹¹⁰

Eine Ungültigkeitserklärung ist allerdings nur dann notwendig, wenn die Richtlinie nicht – einschränkend – primärrechtskonform ausgelegt werden kann. Denn nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH hat die primärrechtskonforme Auslegung Vorrang vor der Ungültigkeitserklärung.¹¹¹ Fraglich ist damit, ob die Ausnahmebestimmungen in Art. 5 Abs. 2 und 3 Leiharbeits-RL einer solchen – einschränkenden – primärrechtskonformen Auslegung zugänglich sind.

Oben wurde ausführlich dargelegt, dass sich das Verdict der Primärrechtswidrigkeit maßgeblich auf die Möglichkeit stützt, unbeschränkt vom Gleichbehandlungsgrundsatz abweichen zu können. Folglich muss eine primärrechtskonforme Auslegung an dieser Stellschraube ansetzen. Eine Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz kann demnach allenfalls befristet zulässig sein. Fraglich kann damit höchstens sein, innerhalb welcher zeitlichen Grenzen eine Abweichung noch als primärrechtskonform angesehen werden kann. Diese Frage ist vor dem Hintergrund der Tatsache zu beantworten, dass ein großer Teil der Leiharbeitsverhältnisse nicht länger als drei Monate dauert.¹¹² Will man dem Gleichbehandlungsgebot insoweit tatsächlich zum Durchbruch verhelfen, kann eine Abweichung nur zulässig sein, solange sie deutlich kürzer als drei Monate währt.¹¹³ Maßgeblich für die Konkretisierung des zulässigen Abweichungszeitraums muss sein, dass der überwiegende Anteil der Leiharbeiter tatsächlich auch in den Genuss der Gleichbehandlung kommt (*effet-utile*). Dies kann von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat durchaus variieren. Um eine für jeden Mitgliedstaat passende Regelung zu treffen, wäre es sinnvoll, wenn der EuGH diese Frage den nationalen Gerichten überantworten würde¹¹⁴ – vorausgesetzt

103 EuGH, 05.10.2000 – C-376/98 – Slg. 2000, I-8419 (Deutschland/Parlament und Rat), Rn. 117; Schlussanträge der Generalanwältin Kokott, 30.09.2010 – C-236/09 – Rn. 71.

104 Schlussanträge der Generalanwältin Kokott, 30.09.2010 – C-236/09 – Rn. 71.

105 Vgl. auch: EuGH (Fn.103), – C-376/98 – Rn. 117.

106 EuGH, 26.04.1994 – C-228/92 – Slg. 1994, I-1445 (Roquette Frères), Rn. 17; Schlussanträge der Generalanwältin Kokott, 30.09.2010 – C-236/09 – Rn. 74.

107 Schlussanträge der Generalanwältin Kokott, 30.09.2010 – C-236/09 – Rn. 75.

108 EuGH, 30.09.2003 – C-239/01 – Slg. 2003, I-10333 (Deutschland/Kommission), Rn. 78; Schlussanträge der Generalanwältin Kokott, 30.09.2010 – C-236/09 – Rn. 76.

109 Erinnert sei nur an die Folgen der Tarifunfähigkeit der CGZP.

110 EuGH (Fn. 5) – C-236/09 – Rn. 33 ff.; so auch Schlussanträge der Generalanwältin Kokott, 30.09.2010 – C-236/09 – Rn. 79 ff. (dreijährige Übergangsfrist aus Rechtssicherheits Erwägungen).

111 St. Rspr., siehe EuGH, 04.10.2001 – C-403/99 – Slg. 2001, I-6883 (Italien/Kommission), Rn. 37; 26.06.2007 – C-305/05 – Slg. 2007, I-5305 (Ordre des barreaux francophones et germanophones ua.), Rn. 28; 19.11.2009 – C-402/07 und C-432/07 – Slg. 2009, I-10923 (Sturgeon ua.), Rn. 47; *Leible/Domröse*, in: Riesenhuber (Hrsg.) Europäische Methodenlehre, Handbuch für Ausbildung und Praxis, Berlin 2010, S. 255.

112 *Blanke*, DB 2010, 1528 ff.; Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen, Studie Zeitarbeit in NRW Endbericht (Fn. 55), S. 33 ff.; in Italien dauern Beschäftigungsverhältnisse in der Leiharbeitsbranche in 90% der Fälle kürzer als drei Monate, in Frankreich in 44% der Fälle sogar kürzer als eine Woche, vgl. *Hießl*, ZESAR 2011, 472 f.; aus Schweden werden hingegen deutlich längere Beschäftigungszeiten berichtet.

113 So aber der Antrag der Fraktion der SPD »Fairness in der Leiharbeit« vom 23.03.2010, BT-Drs. 17/1155, S. 3.

114 Vgl. etwa EuGH, 14.07.2011 – C-46/10 – NZA 2008, 124 (Viking), Rn. 85.

natürlich der eben beschriebene *effet utile* wird gewahrt. Auch der Wortlaut der Leiharbeits-RL stünde einer solchen einschränkenden Auslegung bzw. primärrechtskonformen Rechtsfortbildung nicht im Wege.¹¹⁵ Sowohl in Art. 5 Abs. 2 als auch in Art. 5 Abs. 3 Leiharbeits-RL könnte eine bestimmte höchstzulässige Abweichungsdauer hineingelesen werden. Selbstverständlich muss dann innerhalb dieses Abweichungszeitraums sichergestellt sein, dass, wie Art. 5 Abs. 3 Leiharbeits-RL vorsieht, »der Gesamtschutz der Leiharbeitnehmer« beachtet ist.¹¹⁶ Nicht zuletzt streitet für eine solche Auslegung auch der für das Unionsrecht geltende Grundsatz, nach dem Ausnahmenvorschriften prinzipiell eng auszulegen sind.¹¹⁷

Demnach bleibt festzuhalten, dass die Leiharbeits-RL einschränkend primärrechtskonform ausgelegt werden kann, weshalb sich eine Ungültigkeitserklärung durch den EuGH erübrigen dürfte. Um Rechtssicherheit herzustellen, sollte dem Gerichtshof dennoch die hier behandelte Rechtsfrage nach Art. 267 AEUV vorgelegt werden.

b) Ebene des nationalen Rechts

An die eben getroffenen Feststellungen schließt sich die Frage an, welche Konsequenzen eine solche primärrechtskonforme Auslegung für das nationale Recht, namentlich für die Regelungen der § 3 Abs. 1 Nr. 3 und § 9 Nr. 2 AÜG und der darauf beruhenden Tarifverträge, haben könnte.

Auch die Ausnahmenvorschriften des AÜG sind – als Umsetzung europäischen Rechts durch einen Mitgliedsstaat, dh. »bei der Durchführung des Unionsrechts« – gem. Art. 51 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 EU-GRC anhand von Art. 20 EU-GRC zu überprüfen.¹¹⁸ Beim AÜG handelt es sich um die Durchführungsmaßnahme der Leiharbeits-RL iSd. Art. 51 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 EU-GRC. Das ergibt sich zum einen bereits daraus, dass es sich beim AÜG spätestens seit dem »Ersten Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes« vom 29.04.2011 um ein Umsetzungsgesetz zur Leiharbeits-RL handelt.¹¹⁹ Zum anderen nimmt der EuGH die nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 EU-GRC erforderliche Eröffnung des Anwendungsbereiches des Unionsrechts bereits dann an, wenn eine nationale Rechtsmaterie in irgendeiner Hinsicht von einer Richtlinie erfasst wird.¹²⁰ Auch dies wäre vorliegend der Fall.

Mit der Eröffnung des Anwendungsbereiches der EU-GRC nimmt Art. 20 EU-GRC vorliegend am Anwendungsvorrang des Unionsrechts teil.¹²¹ In der Konsequenz muss das nationale Recht deshalb »so weit wie möglich« im Einklang mit Art. 20 EU-GRC ausgelegt werden.¹²² Im Fall einer

Unmöglichkeit der primärrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts muss dieses unangewendet bleiben.¹²³

Betrachtet man nun die Regelungen der §§ 3 Abs. 1 Nr. 3 und 9 Nr. 2 AÜG, fällt zunächst auf, dass diese keinerlei Einschränkungen bei den Abweichungsmöglichkeiten vorsehen. Die einzige Einschränkung in § 3 Abs. 1 Nr. 3 und § 9 Nr. 2 AÜG stellt die neue Mindestlohnklausel in § 3 a Abs. 2 AÜG dar, die allerdings als reine Lohnuntergrenze kaum zur Gleichbehandlung von Leih- und Stammarbeitnehmern beitragen dürfte. Gleichzeitig steht der Wortlaut der hier vorgeschlagenen einschränkenden primärrechtskonformen Auslegung auch nicht im Wege. Sofern man Letzteres in Abrede stellt, kann selbiges Ergebnis jedenfalls durch eine »primärrechtskonforme Rechtsfortbildung« erreicht werden.¹²⁴ Wie soeben bei der Leiharbeits-RL dargelegt, können die betroffenen Bestimmungen des AÜG unproblematisch dahingehend angewandt werden, dass eine Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz nur innerhalb eines noch näher zu bestimmenden Zeitraums zulässig ist.

Sollte ein deutsches Gericht entgegen des soeben Dargelegten zu dem Ergebnis kommen, dass die Vorschriften des AÜG einer primärrechtskonformen Auslegung nicht zugänglich sind, wären die Bestimmungen unanwendbar. Erst kürzlich hat der EuGH im Zusammenhang mit dem Verbot der Altersdiskriminierung entschieden, dass der Grundsatz der Unanwendbarkeit auch in einem Rechtsstreit

115 Der EuGH differenziert regelmäßig nicht zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung; vgl. Pötters/Christensen, JZ 2011, 387, 388 f.

116 Ulber, AÜG (Fn. 3), Einleitung F Rn. 62 f.

117 St. Rspr. des EuGH, siehe etwa EuGH, 09.09.2003 – C-151/02 – Slg. 2003, I-8389 (Jaeger), Rn. 89; 23.03.2006 – C-465/04 – Slg. 2006, I-2879 (Honyvem), Rn. 24; Riesenhuber, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre (Fn. 111), S. 345 ff. mwN.; Schlussanträge der Generalanwältin Kokott, 30.09.2010 – C-236/09 – Rn. 72.

118 Däubler-Heuschmid, Arbeitskampfrecht (Fn. 65), § 11 Rn. 11 ff.

119 Vgl. BT-Drs. 17/5238, S. 1.

120 Schlussanträge des Generalanwält Bot, 05.04.2011 – C-108/10 – Rn. 110 ff.; Däubler-Heuschmid, Arbeitskampfrecht (Fn. 65), § 11 Rn. 14.

121 Leible/Domröse, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre (Fn. 111), S. 255.

122 Leible/Domröse, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre (Fn. 111), S. 276 mwN. aus der Rspr.

123 EuGH, 22.10.1998 – verb. Rs. C-10/97 bis C-22/97 – Slg. 1998, I-6307 (Ministero delle Finanze/IN.CO.GE. '90 Srl. ua.), Rn. 20 f. mwN.; Leible/Domröse, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre (Fn. 111), S. 274; Schlachter, ZfA 2007, 249, 256; EuGH, 19.01.2010 – C-555/07 – Slg. 2010, I-365 (Küçükdeveci), Rn. 51.

124 Ähnlich: BAG, 24.03.2009 – 9 AZR 983/07 – AuR 2009, 213 ff.; BGH, 26.11.2008 – VIII ZR 200/05 – JZ 2009, 519 ff.

zwischen Privaten anzuwenden ist.¹²⁵ Es sind keine Gründe ersichtlich, warum dies nicht auch im Zusammenhang mit dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz gelten sollte.¹²⁶ Die vom BVerfG gebilligte Nichtanwendung nationaler Gesetze¹²⁷ setzt dabei nicht einmal eine vorherige Vorlage an den EuGH voraus.¹²⁸ Vielmehr kann jedes nationale Gericht eine dem Gleichbehandlungsgrundsatz widersprechende Regelung unangewendet lassen.¹²⁹ Auf den vorliegenden Fall übertragen wären § 3 Abs. 1 Nr. 3 und § 9 Nr. 2 AÜG demzufolge unanwendbar und die darauf beruhenden Tarifverträge rechtswidrig. Als Konsequenz hätten die Verleiher nach § 10 Abs. 4 S. 4 AÜG den Leiharbeitnehmern die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren.¹³⁰

IV. Ergebnis

Ausgehend von der *Test-Achats*-Entscheidung ergeben sich erhebliche Zweifel an der Primärrechtskonformität der Ausnahmeregelungen in Art. 5 Abs. 2 und 3 Leiharbeits-RL sowie des darauf beruhenden deutschen Umsetzungsrechts im AÜG. Besonders fragwürdig erscheint die über die Ausnahmeregelung ermöglichte – zeitlich unbe-

grenzte – Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz. Auf der Basis einer einschränkenden primärrechtskonformen Auslegung bzw. Rechtsfortbildung ist allenfalls eine zeitlich befristete Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz mit dem Primärrecht vereinbar. Der zulässige Abweichungszeitraum dürfte von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat variieren. Eine solche einschränkende primärrechtskonforme Auslegung bzw. Rechtsfortbildung kann weitreichende Konsequenzen für Leiharbeitsverhältnisse haben, die abweichend vom Gleichbehandlungsgrundsatz geregelt sind. Rechtssicherheit kann letztlich nur durch eine Entscheidung des EuGH hergestellt werden. Zu denken ist etwa an eine Vorlage nach Art. 267 AEUV in einem Verfahren auf Lohnnachzahlung gem. § 10 Abs. 4 S. 4 AÜG.

125 EuGH (Fn.123), – C-555/07 – Rn. 51; Hoffmann, ZIP 2011, 1445, 1452; aA. Stotz, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre (Fn. 111), S. 673.

126 Hierfür spricht, dass der EuGH in der Entscheidung *Kücükdeveci* insbesondere darauf abstellte, dass das Verbot der Altersdiskriminierung gerade deshalb ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts sei, weil es eine spezifische Anwendung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes darstelle, vgl. EuGH (Fn. 123), – C-555/07 – Rn. 50; Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak* vom 08.09.2011, Rs. C-282/10, Rn. 146.

127 BVerfG, 06.07.2010 – 2 BvR 2661/06 – (Honeywell), BVerfGE 126, 286 – 331.

128 EuGH (Fn.123), – C-555/07 – Rn. 53.

129 Vgl. Hoffmann, ZIP 2011, 1445, 1452.

130 *Ulber*, AÜG (Fn. 3), § 10 Rn. 99 ff.

Rechtsprechung als Politik – Der Beitrag des Bundesarbeitsgerichts zur Entwicklung der Arbeitsbeziehungen in Deutschland

Habilitationsschrift von Britta Rehder, 2011, Campus Verlag, Frankfurt/New York, 400 S. (ISBN 978-3-593-39505-0), 39,90 €.

I. Einführung

Die herausragende Bedeutung der Rechtsprechung für die Auslegung und Fortbildung des Arbeitsrechts ist für jeden Arbeitsrechtler eine bare Selbstverständlichkeit. Wem fällt in diesem Zusammenhang nicht sofort das geflügelte Wort von *Franz Gamillscheg* ein, nach dem der Richter »der

eigentliche Herr des Arbeitsrechts« ist¹. Den meisten Arbeitsrechtlern wird zudem noch die lebhafte Debatte über die methodischen und verfassungsrechtlichen Grundlagen und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht in Erinnerung sein, die vor allem in den 1980er Jahren die Gemüter bewegte.

Die (überarbeitete und leicht gekürzte) Fassung der Habilitationsschrift von *Britta Rehder*² gibt schon in ihrem Titel zu erkennen, dass es ihr nicht um eine weitere rechtsdogmatische Auseinandersetzung mit dem gleichsam ewigen Thema des Richterrechts im Arbeitsrecht geht, sondern um eine Betrachtung aus politikwissenschaftlicher Perspektive.

1 AcP 164 (1964), 384, 388.

2 Seit 2011 Inhaberin des Lehrstuhls für das politische System Deutschlands an der Fakultät für Sozialwissenschaft der Ruhr-Universität Bochum.

Wer als Arbeitsrechtler nun gleich abwinkt, weil bei einem solchen Ansatz kein (unmittelbarer) rechtsdogmatischer Erkenntnisgewinn zu erwarten ist, würde sich freilich um eine höchst lesenswerte Studie bringen. Gerade weil die Verfasserin den Beitrag des Bundesarbeitsgerichts zur Entwicklung der Arbeitsbeziehungen in Deutschland unter einem politologischen Blickwinkel beleuchtet, gelingen ihr wertvolle Einsichten, die auch den Arbeitsrechtler bereichern.

Für ihr Werk wählt *Rehder* einen auf den ersten Blick eher schmalen Zugang. Im Zentrum der Untersuchung soll nämlich das tarifrechtliche Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 TVG stehen (S. 13) und damit eine Materie, bei der sich der Arbeitsrechtler auf vergleichsweise sicherem Terrain wähnt, orientiert ein Blick in die gängigen Kommentare und Handbücher zum Tarifrecht doch darüber, wie man mit dieser Vorschrift umzugehen hat.³ Schon die folgenden Ausführungen zeigen indes, dass die Verfasserin erheblich weiter ausgreift und den Streit um die Ausgestaltung des Günstigkeitsprinzips zum Anlass nimmt, der Frage nach der grundsätzlichen Konzeption des Tarifrechts in Deutschland nachzugehen. So stellt sie von vornherein klar, dass mit der Reichweite des Günstigkeitsprinzips zugleich darüber entschieden wird, ob die Arbeitsbeziehungen und damit vor allem die Arbeitsentgelte eher kollektivrechtlich-zentralisiert oder eher individualrechtlich-liberal geregelt werden (S. 13–14).

Die grundlegende These von *Rehder* besteht darin, dass eine »epistemische Gemeinschaft« von Arbeitsrechtsexperten seit dem Beginn des 20. Jahrhunderts für eine Dominanz des kollektivrechtlichen Prinzips und damit für eine Zurückdrängung des Günstigkeitsprinzips kämpfte, diese Strategie in den ersten Jahrzehnten nach dem Zweiten Weltkrieg ihre größten Erfolge feierte und es seitdem zu einem Wiedererstarken von Liberalisierungstendenzen gekommen ist (S. 14–15). Auch wenn die Verfasserin das Schwergewicht auf die Zeit nach 1945 legt, bezieht sie die vorherige Entwicklung ebenfalls in ihre Betrachtungen ein, was schon deshalb sinnvoll ist, weil das kollektive Arbeitsrecht vielfach nur von seinen historischen Wurzeln her verstanden werden kann.

II. Wissensbasierter Akteurzentrierter Institutionalismus als Deutungsrahmen

Um sich mit dem spezifisch politologischen Ansatz von *Rehder* vertraut zu machen, muss man sich zunächst durch die ersten drei Kapitel der Studie durcharbeiten, auch wenn dies dem Arbeitsrechtler (einschließlich des Rezensenten) beinahe so etwas wie das Erlernen einer »zweiten Sprache«⁴ abverlangt. Der analytische Deutungsrahmen zur Erfassung und Ordnung der Geschichte des tarifrechtlichen Günstigkeitsprinzips besteht kurz gesagt in einem »Wissensbasierten Akteurzentrierten Institutionalismus«, den die Verfasserin durch das Zusammenführen verschiedener neuerer sozialwissenschaftlicher Literaturstränge entwickelt (S. 15).

Ausgangspunkt der Überlegungen von *Rehder* ist ein Institutionenbegriff im Sinne eines Regelungssystems, das sich auf die Verteilung und Ausübung von Macht, die Definition von Zuständigkeiten, die Verfügung über Ressourcen sowie Autoritäts- und Abhängigkeitsverhältnisse bezieht (S. 16).⁵ Eine solche Definition ist weit genug, um auch das tarifrechtliche Günstigkeitsprinzip zu umfassen, geht es doch zentral um die Zuweisung von Kompetenzen im Hinblick auf die Festlegung von Arbeitsbedingungen. Nach einem gerafften Überblick über die einschlägigen sozialwissenschaftlichen Strömungen der letzten Jahrzehnte (S. 17–26) bringt *Rehder* als allgemeines Deutungsmuster für die Veränderungen des Günstigkeitsprinzips im Tarifrecht den Begriff der *institutional absorption* ins Spiel (S. 27–28). Hierunter versteht die Verfasserin eine Entwicklung, bei der ein altes institutionelles Arrangement durch ein neues Arrangement vorübergehend verändert wird, sich aber langfristig – wenn auch abgewandelt – gegenüber der zwischenzeitlichen Dominanz des neuen institutionellen Arrangements durchsetzt. Genau dieser Mechanismus sei über einen Zeitraum von rund einhundert Jahren im Tarifrecht zu beobachten, das sich zunächst vom allgemeinen Privatrecht emanzipiert habe und von

3 Monographisch *Belling*, Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht, Berlin 1984 (zugl. Münster, Univ., Diss. 1983); aus jüngerer Zeit *Kaden*, Individuelle Bündnisse für Arbeit und Günstigkeitsprinzip, Frankfurt a. M. 2003 (zugl. Greifswald, Univ., Diss. 2003).

4 So die treffende Wendung der Verfasserin auf S. 37 für die umgekehrte Situation der Befassung von Politologen mit dem Recht in Anlehnung an *Shapiro/Stone*, *Comparative Political Studies* 26 (1994), 397, 398: »second discourse«.

5 Im Anschluss an *Mayntz/Scharpf*, in: dies. (Hrsg.), *Gesellschaftliche Selbstregulierung und politische Steuerung*, Frankfurt a. M. 1995, S. 39, 40.

kollektivistischen Vorstellungen geprägt worden sei, dann jedoch zunehmend wieder unter den Einfluss privatrechtlichen Denkens geraten sei (S. 28–29).

Im Anschluss daran kommt *Rehder* auf die Rolle von Gerichten als politische Akteure zu sprechen (S. 33–54). Hierbei wird der Leser über das bemerkenswerte Phänomen informiert, dass es in den USA schon seit Jahrzehnten eine ausgedehnte Diskussion über die Wechselwirkung von Rechtsprechung und politischem System gibt (*Law & Politics*), die auf dem geistigen Nährboden des *legal realism* erwachsen ist, während dieses Thema in Deutschland bislang nur eine vergleichsweise geringe Aufmerksamkeit genießt.⁶ Die Gründe für das hierzulande fast gänzliche Fehlen einer *Political-Jurisprudence*-Bewegung, die Gerichte als politische Akteure wahrnimmt, sieht *Rehder* weniger in den Eigenheiten der jeweiligen Rechtssysteme (*common law* versus *code law*) sowie in der Herausbildung eines Monopols der deutschen Rechtswissenschaft auf die wissenschaftliche Bearbeitung des Rechtssystems, sondern – neben der häufig als Referenzrahmen gewählten Systemtheorie mit ihrer Betonung der Eigenlogiken von Politik und Recht⁷ – eher in Entwicklungen innerhalb der deutschen Politologie, die sich damit freilich von ihren eigenen Wurzeln entfernt habe. Die Schrift von *Rehder* ist damit auch als ein Versuch zu verstehen, die »Gerichtsblindheit« der deutschen Politikwissenschaft zu überwinden.

Im nächsten Kapitel geht es der Verfasserin um die Konkretisierung ihres analytischen Rahmens, der aus einer Verschränkung von »Akteurzentriertem Institutionalismus«⁸ und Wissenspolitologie⁹ besteht (S. 55–91). Dieser Ansatz legt den Akzent zunächst auf die jeweiligen Akteure, die mit bestimmten Deutungen und Intentionen auf die ihren Aktionsradius an sich begrenzenden Institutionen einwirken. Dabei eröffnen rechtliche Normen zwar einerseits keine unbegrenzten Interpretationsspielräume, so dass sich dieser Ansatz nicht in einer Sichtweise verliert, nach der die Akteure ihre jeweilige soziale Umwelt überhaupt erst konstruieren. Andererseits eröffnen rechtliches Wissen und Argumentationsmacht die Chance, bestimmte politisch relevante Deutungen von Institutionen durchzusetzen. Mit der Anknüpfung an wissenspolitologische Theorien wird zugleich der Boden bereitet, Juristen als »epistemische Gemeinschaft«¹⁰ einzuordnen, die kraft ihres fachlichen Wissens und ihrer beruflichen Positionen erheblichen Ein-

fluss ausüben können. Gemeint sind damit Gruppen von Experten, die sich durch gemeinsame Annahmen und Überzeugungen auszeichnen und politisch relevante Wirkungen erzielen.¹¹ Dabei hebt *Rehder* insbesondere die zumeist vernachlässigte Bedeutung konkurrierender epistemischer Gemeinschaften innerhalb derselben Fachdisziplin hervor.

Weitere Überlegungen gelten dem Umstand, dass die Unschärfe des rechtlichen Rahmens, in den das tarifrechtliche Günstigkeitsprinzip eingebettet ist, den verschiedenen Akteuren bei der Interpretation dieses Rahmens gewisse Freiheitsgrade verschafft, die strategisch genutzt werden können (S. 72–77). Aus arbeitsrechtlicher Perspektive sei angemerkt, dass der das Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 TVG überlagernde Tarifvorbehalt des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG hierbei hätte stärker akzentuiert werden können, weil erst anhand dieser Vorschrift die grundsätzliche Kompetenzverteilung zwischen Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung sichtbar wird. Besondere Aufmerksamkeit widmet die Verfasserin der Vielfalt und Heterogenität der tarifrechtspolitischen Akteure (S. 77–84) sowie der antithetischen Gegenüberstellung von arbeitsrechtlichem Denken und liberalem Vertragsdenken (S. 86–88).

III. Tarifrecht zwischen Kollektivität und Günstigkeitsprinzip

Mithilfe ihres methodischen Instrumentariums unternimmt es *Rehder* in den folgenden drei Kapiteln, das grundsätzliche Verständnis des Tarifrechts sowie insbesondere die Entwicklung des Günstigkeitsprinzips in den letzten einhundert Jahren unter einem politologischen Blickwinkel auszuleuchten.¹²

6 Zu den Unterschieden zwischen amerikanischem und deutschem Rechtsdenken erhellend *Grechenig/Gelter*, *RabelsZ* 72 (2008), 513 ff.

7 Exemplarisch *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a. M. 1993, S. 407 ff.

8 Im Anschluss an *Mayntz/Scharpf* (Fn. 5), S. 39 ff.

9 Im Anschluss an *Nullmeier/Rüb*, *Die Transformation der Sozialpolitik. Vom Sozialstaat zum Sicherungsstaat*, Frankfurt a. M. 1993, S. 24 ff.

10 Im Anschluss an *Haas*, *International Organization* 46 (1992), 1 ff.

11 Eine nähere Erläuterung der Identifikationsmerkmale von epistemischen Gemeinschaften findet sich im Anhang, S. 356 ff.

12 Für eine umfassende Darstellung der Entwicklung aus rechtswissenschaftlicher Perspektive siehe *Krummel*, *Die Geschichte des Unabdingbarkeitsgrundsatzes und des Günstigkeitsprinzips im Tarifvertragsrecht*, Frankfurt a. M. 1991 (zugl. Köln, Univ., Diss. 1990). Für eine ökonomische und verhaltenswissenschaftliche Analyse des tarifrechtlichen Günstigkeitsprinzips siehe *Kordel*, *ZfA* 2005, 459 ff.

1. Die Frühphase

Dabei betrachtet die Verfasserin zunächst den Zeitraum von 1900 bis 1945, also eine Phase der deutschen Geschichte, die mit Kaiserreich, Weimarer Republik und Drittem Reich durch drei sehr unterschiedliche Regime und erhebliche sozialgeschichtliche Umwälzungen gekennzeichnet ist (S. 93–173). Da das zum 1.1.1900 in Kraft getretene Bürgerliche Gesetzbuch den individuellen Arbeitsvertrag nur cursorisch behandelt und den seit dem Ende des 19. Jahrhunderts zumindest in Teilen der Wirtschaft rasch um sich greifenden kollektiven Tarifvertrag gar nicht thematisiert hatte, stellte sich zunehmend die Frage nach der angemessenen rechtlichen Erfassung dieser Phänomene der Industriegesellschaft. Eine Gruppe von Juristen gelangte seinerzeit zu der Überzeugung, dass der Tarifvertrag von zentraler Bedeutung sei, um die Machtasymmetrie von Arbeitgeber und einzelner Arbeitnehmer auszugleichen, er mit den herkömmlichen Instrumenten des bürgerlichen Rechts aber nicht hinreichend erfasst werden könne. Daher wurde die Forderung nach einer speziellen gesetzlichen Regulierung erhoben, in deren Zentrum eine normative Wirkung des Tarifvertrags stehen sollte.

Rehder sieht in dieser Gruppe von Arbeitsrechtlern eine epistemische Gemeinschaft, die sie der – nicht näher betrachteten – epistemischen Gemeinschaft der reinen Privatrechtler gegenüberstellt. Als Mitglieder dieser Gruppe identifiziert die Verfasserin neben *Hugo Sinzheimer* als deren Zentralfigur weiter *Karl Flesch*, *Philipp Lotmar*, *Arthur Stadthagen* sowie (den Nichtjuristen) *Heinz Potthoff*. Ob man auch *Lotmar* dem Kreis der primär in kollektiven Kategorien denkenden Arbeitsrechtler direkt zuordnen kann, ist allerdings zweifelhaft, weil die *Lotmar'sche* Tarifvertragskonzeption¹³ in erster Linie als eine Fortentwicklung zivilrechtlicher Denktraditionen einzustufen ist.¹⁴ Auch werden die verschiedenen weiteren Vorschläge für eine Kodifizierung des Tarifvertragsrechts einschließlich der sie begleitenden rechtswissenschaftlichen Diskussion¹⁵ nicht eigens thematisiert. Im Einzelnen weist *Rehder* bemerkenswerte Übereinstimmungen der Genannten nach, so die Eigenschaft als Rechtspraktiker (mit Ausnahme von *Lotmar*) sowie die Zugehörigkeit zum Judentum (mit Ausnahme von *Potthoff*), die aufgrund der damit verbundenen und mit den Arbeitern im Kaiserreich geteilten Diskriminierungserfahrung die Nähe zum Arbeitsrecht begründet

habe (S. 99–102). Sehr instruktiv schildert die Verfasserin weiterhin das Hinwirken der epistemischen Gemeinschaft der Arbeitsrechtler – oft genug gegen den Widerstand der Gewerkschaften – auf die Schaffung einer gesetzlichen Regelung des Tarifvertragswesens, zu der es unmittelbar nach dem Ende des Ersten Weltkriegs schließlich in Gestalt der Tarifvertragsverordnung (TVVO) von 1918 kam (S. 102–111). Durch § 1 Abs. 1 S. 2 TVVO wurde zugleich das Günstigkeitsprinzip und damit ein Einfallstor für die individuelle Vertragsfreiheit verankert. Allerdings stellte diese Vorschrift die Anwendbarkeit des Günstigkeitsprinzips unter einen kollektiven Vorbehalt, indem die Tarifvertragsparteien ihre Regelungen zugleich als Mindest- und als Höchsttarifbedingungen festschreiben konnten.

Für die Weimarer Zeit konstatiert *Rehder* zunächst eine Erweiterung und Heterogenisierung der epistemischen Gemeinschaft der Arbeitsrechtler, die sich zunehmend als ein bloßes Netzwerk dargestellt habe (S. 117–125). Im Einzelnen schildert die Verfasserin anschaulich, dass sich mit der Etablierung des Arbeitsrechts im universitären Forschungsbetrieb drei Strömungen herausbildeten: Auf dem einen Ende der Skala befand sich das weitgehend außerhalb der Universität angesiedelte linke (sozialdemokratische) Spektrum um *Hugo Sinzheimer* mit einer starken Betonung rechtssoziologischer Aspekte (*Ernst Fraenkel*, *Otto Kahn-Freund*, *Franz Neumann*, *Walter Kaskel*, *Heinz Potthoff*). Auf dem anderen Ende der Skala wurde eine vorwiegend von privatrechtlichem Denken geprägte Sichtweise auf das Arbeitsrecht vertreten (*Erwin Jacobi*, *Arthur Nikisch*). In der Mitte stand schließlich eine Gruppe, die mit der Vorstellung einer Machtasymmetrie von Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine zentrale kognitive Annahme der linken Arbeitsrechtler teilte, aber stärker rechtsdogmatisch argumentierte und zudem den Charakter von Tarifverträgen als Instrument zur Ordnung des Arbeitslebens hervorhob (*Alfred Hueck*, *Hans Carl Nipperdey*).

13 *Lotmar*, Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik 15 (1900), 1, 89 f., 99 ff.; *ders.*, Soziale Praxis 11 (1901/02), Sp. 349 ff.; *ders.*, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches, Erster Band, Leipzig 1902, S. 775 ff.

14 Ebenso die eingehende Deutung durch *Rückert*, Philipp Lotmars Konzeption von Freiheit und Wohlfahrt durch »soziales« Recht (1850–1922), in: *ders.* (Hrsg.), Philipp Lotmar. Schriften zu Arbeitsrecht, Zivilrecht und Rechtsphilosophie, Frankfurt a. M. 1992, S. XI, LX ff.; ferner *Picker*, FS Richardi, 2007, S. 141, 148 ff.

15 Zahlreiche Nachweise bei *Oetker*, in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, 7. Aufl., München 2007, Geschichte Rn. 6 mit Fn. 12–14.

Angesichts des Scheiterns einer Ablösung des Provisoriums der TVVO durch ein Tarifvertragsgesetz (S. 125–134) unterlag die weitere tarifrechtspolitische Entwicklung in der Weimarer Republik letztlich nur noch dem Einfluss der Gerichte sowie jedenfalls bis zu einem gewissen Grade auch der Rechtswissenschaft. In diesem Zusammenhang führt *Rehder* aus, dass bei der Interpretation des Günstigkeitsprinzips schon damals über die Zulässigkeit eines untertariflichen Entgelts zur Sicherung des Arbeitsplatzes gestritten wurde, also über die »Burda-Konstellation«¹⁶ des Vergleichs von Rechtsnormen mit Marktfolgen (S. 146–148). In diesem Zusammenhang muss aus der arbeitsrechtlichen Perspektive freilich ergänzt werden, dass die auf S. 146 erwähnte Entscheidung des Gewerbegerichts Oberlahnstein,¹⁷ das sich für die Einbeziehung außerrechtlicher (ökonomischer) Faktoren in den Günstigkeitsvergleich ausgesprochen hatte, nicht nur – wie von *Rehder* erwähnt – vom arbeitsrechtlichen Schrifttum durchgängig abgelehnt wurde,¹⁸ sondern sich auch das Reichsarbeitsgericht mehrfach gegen die Verrechnung eines untertariflichen Lohns mit allgemeinen wirtschaftlichen Erwägungen gewandt hat,¹⁹ so dass die These von einer regelrechten »Transformation des Tarifrechts durch die Rechtsprechung« (so S. 143) jedenfalls im Hinblick auf das Günstigkeitsprinzip als zu weit gehend erscheint.

Der Nationalsozialismus, mit dem sich die Verfasserin im Folgenden befasst (S. 157–170), intensivierte nicht nur die bereits in der Weimarer Zeit angelegte Intervention des Staates in das tarifpolitische Geschehen, sondern zerschlug auch den sozialdemokratischen Flügel der epistemischen Gemeinschaft der Arbeitsrechtler. Demgegenüber gelang es dessen konservativem Flügel, sich als Arbeitsrechtsexperten zu behaupten, wobei namentlich *Nipperdey* den Ordnungsgedanken bei der Regelung von Arbeitsbedingungen immer stärker akzentuierte (S. 157–170). Zusammenfassend erscheint *Rehder* die Phase von 1900 bis 1945 als gescheiterter Versuch eines *institutional layering* (S. 170–173). Hierunter versteht sie eine Entwicklung, bei der es den Vertretern eines neuen Verständnisses einer Institution im Ergebnis nicht gelingt, ihre Vorstellungen gegenüber der früheren Sichtweise durchzusetzen.

2. Die Nipperdey-Ära

Das folgende Kapitel betrifft die Zeitspanne von 1945 bis 1965 und damit die Phase der unbestrittenen Vormachtstellung von *Nipperdey*, die er vor allem als der erste Präsident des Bundesarbeitsgerichts (ab 1954) einnahm (S. 175–240)²⁰. An den Anfang stellt *Rehder* einen Überblick über die Kontinuität des konservativen Flügels der epistemischen Gemeinschaft der Arbeitsrechtler (S. 176–186). Im Hinblick auf die Neuordnung des Tarifrechts stellt die Verfasserin fest, dass dabei vor allem um den Einfluss des Staates bei der Festlegung der Arbeitsbedingungen gestritten wurde. Demgegenüber sei das Günstigkeitsprinzip ohne nähere Diskussion liberalisiert worden, indem die Möglichkeit beseitigt wurde, die tarifvertraglichen Arbeitsbedingungen als Höchsttarifbedingungen festzulegen (S. 186–194).²¹ Weitere Ausführungen gelten den politischen Querelen um die Schaffung des BAG als dem in der Folgezeit wichtigsten Akteur bei der Interpretation des Günstigkeitsprinzips, bei der sich eine *Policy Community* aus Arbeitsrechtswissenschaft, Arbeitsverwaltung, Arbeitsgerichten und Gewerkschaften habe durchsetzen können (S. 195–205).

Mit ihren Darlegungen zum Anwachsen der übertariflichen Entgelte (Lohnndrift), zu dem es in der wirtschaftlichen Aufschwungphase der 1950er Jahre kam, verdeutlicht *Rehder*, welche Probleme die Ausschaltung der kollektivvertraglichen Beschränkbarkeit des Günstigkeitsprinzips vor allem für die Arbeitgeberseite auslöste (S. 209–211). Die Judikatur des BAG in der *Nipperdey*-Ära zum Ordnungsprinzip, das die verschlechternde Ablösung von arbeitsvertraglichen Einheitsregelungen durch Tarifvertrag gestattet

16 Vgl. BAG, 20.04.1999 – 1 ABR 72/98 – AP GG Art. 9 Nr. 89.

17 GewGer Oberlahnstein, 09.09.1924 – SchlichtW 1924, 177.

18 Ebenso eher privatrechtlich orientierte Rechtswissenschaftler, vgl. *Jacobi*, Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig 1927, § 14 I 2 Fn. 29 aE., S. 233.

19 RAG, 04.01.1928 – RAG 58/1927 – ARS 2 Nr. 1; RAG, 27.06.1928 – RAG 56/28 – ARS 3 Nr. 36; dazu auch *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Zweiter Band, 3. bis 5. Aufl., Mannheim 1932, § 23 IV 1, S. 262 mit weiteren Nachweisen zu gleichlautender instanzgerichtlicher Judikatur in Fn. 16.

20 Zu *Nipperdey* siehe auch *Adomeit*, in: Grundmann/Riesenhuber (Hrsg.), Deutschsprachige Zivilrechtslehrer in Berichten ihrer Schüler, Band 1, Berlin 2007, S. 148 ff.

21 Bezeichnenderweise finden sich zu diesem Punkt keine Ausführungen bei *Herschel*, ZfA 1973, 183, 192 f.

habe,²² sowie zu den begrenzten Effektivklauseln als Instrument zur tatsächlichen Weiterleitung von Tarifentgelt-erhöhungen an die Arbeitnehmer²³ deutet *Rehder* als Stabilisierung des Vorrangs der tariflichen Regelungsmacht bei gleichzeitiger Begrenzung des Spielraums auf der einzelvertraglichen Ebene (S. 221–228). Aufschlussreich sind ferner die Ausführungen über die Strategien (»Schließungsprozesse«), mit denen *Nipperdey* und seine Mitstreiter ihre Deutungshoheit über das Tarifrecht absicherten (S. 228–237). Die Nachkriegszeit ordnet die Verfasserin folgerichtig als gelungenes *institutional layering* ein, bei dem die epistemische Gemeinschaft der Arbeitsrechtler die Konzeption des Tarifrechts als rechtlicher Rahmen durchgesetzt habe, der den Tarifvertragsparteien die Kompetenz zur kollektiven Ordnung des Arbeitslebens geben solle (S. 238–240).

3. Tarifrecht unter Veränderungsdruck

Die dritte Phase, der sich *Rehder* zuwendet, umfasst den Zeitraum von 1965 bis 2005 (S. 241–324). Die Verfasserin beginnt dabei mit Ausführungen, die sich auf die Veränderungen der Akteursstruktur beziehen. So diagnostiziert *Rehder* zunächst einen schleichenden Zerfall der epistemischen Gemeinschaft der Arbeitsrechtler (S. 243–267) und informiert darüber hinaus über die Entflechtung der arbeitsrechtlichen *Policy Community* sowie über die Pluralisierung des BAG (S. 267–293).

Die folgenden Ausführungen betreffen wiederum das Günstigkeitsprinzip, wobei drei Entwicklungen in das Blickfeld geraten (S. 293–323): Erstens geht es um den 1968 vollzogenen Umschwung des BAG bei der rechtlichen Beurteilung von begrenzten Effektivklauseln,²⁴ wodurch dem kollektiven Zugriff auf den Günstigkeitsbereich enge Grenzen als zuvor gesetzt werden. Zweitens skizziert *Rehder* das (freilich nicht das Tarifrecht betreffende) Problem der ablösenden Betriebsvereinbarung und die Erfindung des kollektiven Günstigkeitsprinzips durch den Großen Senat des BAG im Jahr 1986.²⁵ Drittens schließlich thematisiert die Verfasserin die Vorstöße zur Neuinterpretation des Günstigkeitsprinzips im Sinne einer Einbeziehung der ökonomischen Folgen der Aufrechterhaltung tariflicher Standards²⁶ sowie die Zurückweisung dieser Sichtweise durch die Burda-Entscheidung des BAG²⁷. Insgesamt zieht *Rehder* ein eher pessimistisches Resümee der

arbeitsrechtlichen Entwicklung seit den 1960er Jahren (S. 323–324). Mit einer zusammenfassenden Betrachtung über den »Aufstieg und Niedergang« der epistemischen Gemeinschaft der Arbeitsrechtler schließt die Verfasserin (S. 325–333).

IV. Fazit

Das Buch von *Rehder* spannt einen weiten Bogen, der sie über die Rolle des BAG bei der Entwicklung der Arbeitsbeziehungen in Deutschland deutlich hinausführt. Dabei dürften manche Einschätzungen wie etwa die Zuordnung der Konzeption von *Sinzheimer* zu liberalen Traditionen (S. 112, 129) teilweise auf Widerspruch stoßen²⁸. Ferner hätte man sich einen Hinweis auf die vom BAG seit dem Ende der 1990er Jahre vertretene Deutung der Tarifautonomie als kollektive Privatautonomie²⁹ vorstellen können. Allerdings wird man der Eigenheit der Studie nur gerecht, wenn man sich deren spezifische Fragestellung vor Augen hält, welche Faktoren für die Durchsetzung bestimmter Interpretationen von Institutionen als Voraussetzung für ihren Wandel in einem politologischen Sinne bestimmend waren. Insoweit wird der Arbeitsrechtler, der sich mit dem Tarifrecht und dem Günstigkeitsprinzip regelmäßig aus der Binnenperspektive des Rechts beschäftigt und allenfalls die Ökonomie zu Rate zieht, mit einer an anderen Kriterien orientierten Außenperspektive konfrontiert. Damit

22 BAG, 20.12.1957–1 AZR 87/57 – AP Art. 44 Truppenvertrag Nr. 11 (insoweit distanzierend allerdings *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Zweiter Band, Erster Halbband, 7. Aufl., Berlin/Frankfurt a. M. 1967, § 30 VII 4 Fn. 50, S. 594; keine Ablösung durch *Verbandstarifvertrag*); BAG, 04.02.1960 – 5 AZR 72/58 – AP TVG § 4 Günstigkeitsprinzip Nr. 7.

23 Für eine Zulässigkeit – wenn auch ohne nähere Begründung – BAG, 01.03.1956 – 2 AZR 183/54 – AP TVG § 4 Effektivklausel Nr. 1; BAG, 26.04.1961 – 4 AZR 501/59 – AP TVG § 4 Effektivklausel Nr. 5.

24 BAG, 14.02.1968 – 4 AZR 275/67 – AP TVG § 4 Effektivklausel Nr. 7. Bestätigt durch BAG, 16.06.2004 – 4 AZR 408/03 – AP TVG § 4 Effektivklausel Nr. 24.

25 BAG (GS), 16.09.1986 – GS 1/82 – AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 17.

26 Beginnend mit *Adomeit*, NJW 1984, 26 f. In dieselbe Richtung der 65. DJT 2004, Beschluss Nr. 7 c der Abteilung Arbeitsrecht (»klarstellende Erweiterung des Günstigkeitsprinzips unter Einbeziehung der Beschäftigungswirkungen«).

27 Siehe oben Fn. 16.

28 Vgl. *Picker*, ZfA 2007, 129 ff.; eingehend S. *Blanke*, Soziales Recht oder kollektive Privatautonomie? Hugo Sinzheimer im Kontext nach 1900, Tübingen 2005 (zugl. Frankfurt a. M., Univ., Diss. 2004).

29 Beginnend mit BAG, 14.10.1997–7 AZR 298/96 und 7 AZR 811/96 – AP TVG § 1 Tarifverträge: Metallindustrie Nr. 154 und 155. Umfassend *Bayreuther*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, München 2005.

leistet das Buch von *Rehder* nicht nur einen wertvollen Beitrag für die Herausbildung einer deutschen Variante von *Law & Politics*, sondern kann auch dem Arbeitsrecht-

ler zu einem vertieften Verständnis der eigenen Profession verhelfen.

Prof. Dr. Rüdiger Krause, Georg-August-Universität Göttingen

Abstracts*

Däubler: Security provisio in employment law

SR SR 2/2012, p. 57–75

This article addresses the ever-increasing number of special rules related to security needs that are being superimposed on labour law. These include the many public law provisions that are to be observed in relation to work involving hazardous technology; they can be seen in the aviation sector as well as in nuclear installations. Recently, a comparable regime has been introduced for customer advisors in banks. Anyone who is engaged in a »security sensitive« field must undergo a thorough check of his or her private life, since it can be important for assessing his or her »social responsibility«. Political »enemy declarations«, as pursued against communists in the 1950s and as seen today in even more stringent forms against potential supporters of terrorists, are leading to a type of exclusion from the labour market. Although »security law« today applies to a small number of employees, it is legally possible that broader areas of economic life could be declared to be security-sensitive and that terrorist screening could become a universal practice.

* Hinweis der Redaktion: Aus technischen Gründen sind die deutschen Zusammenfassungen dieser Ausgabe ausnahmsweise nur auf der Internetseite www.soziales-recht.eu abrufbar.

Eichenhofer: Social law – remarks on the history of ideas

SR SR 2/2012, p. 76–83

The term »social law« is based on leading ideas developed by theorists such as Otto von Gierke, Anton Menger, Léon Duguit, Georges Gurvitch and in particular Gustav Radbruch. Law is »social« when it is tailored to the concrete situation of people in society, rather than to the typified individual standing alone outside the context of society, stripped of individual characteristics. With the development of state welfare functions, law overall and the basic assumptions underlying it have undergone a fundamentally new orientation in this direction.

Heuschmid/Klauk: The unlawfulness of the Temporary Agency Work Directive

SR SR 2/2012, p. 84–94

In the light of the *Test-Achats* decision of the ECJ, the authors examine whether the exceptions in Art. 5 of the Directive on temporary agency work are consistent with the general right to equal treatment guaranteed in Art. 20 of the Charter of Fundamental Rights and with the principle of coherence. With respect to primary Union law, the authors advocate a restrictive interpretation to the effect that a deviation from the principle of equal treatment would only be allowed for a limited period. This interpretation could also be applied to the interpretation of the German Law on temporary agency work (*Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – AÜG*).

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

Abhandlungen

- *Ulrich Preis: Sonderzahlungen im Wandel von Praxis und Dogmatik*
- *Felix Welti: Soziale Krankenversicherung im Kraftfeld der Gesundheitspolitik*

Rezensionsaufsätze

- *Frauke Brosius-Gersdorf, Demographischer Wandel und Familienförderung (Stephan Rixen)*