



I  
M  
  
P  
L  
E  
N  
U  
M

# BESCHÄFTIGUNGS- VERHÄLTNISSE: SPANNUNGSFELDER UND ENTWICKLUNGEN

ZWEITE RECHTSPOLITISCHE GESPRÄCHE  
ZUM SOZIAL- UND ARBEITSRECHT

Ralf Thomas Baus | Günter Krings  
Elke Roos | Rainer Schlegel (Hrsg.)

Mit Beiträgen von:

Ralf Brauksiepe | Gregor Thüsing  
Thomas Vießmann | Christiane Padé  
Markus Krumbiegel | Ole Schröder  
Bernhard Joachim Scholz | Thomas Ritter

ISBN 978-3-942775-22-9

[www.kas.de](http://www.kas.de)



Konrad  
Adenauer  
Stiftung

Bei den hier abgedruckten Beiträgen handelt es sich um die überarbeiteten Vorträge der zweiten Rechtspolitischen Gespräche zum Sozial- und Arbeitsrecht am 28. und 29. Oktober 2010 in Berlin sowie um einen ergänzten Text.

#### REDAKTION

Nadine Birner  
Tobias Montag



Das Werk ist in allen seinen Teilen urheberrechtlich geschützt.  
Jede Verwertung ist ohne Zustimmung der Konrad-Adenauer-Stiftung e.V. unzulässig. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung in und Verarbeitung durch elektronische Systeme.

© 2011, Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., Sankt Augustin/Berlin  
Druck: Druckerei Franz Paffenholz GmbH, Bornheim.  
Gestaltung: SWITSCH Kommunikationsdesign, Köln.  
Printed in Germany.  
Gedruckt mit finanzieller Unterstützung der Bundesrepublik Deutschland.

ISBN 978-3-942775-22-9

#### INHALT

- 5 | VORWORT
- 9 | EINLEITUNG  
*Günter Krings*
- 13 | BESCHÄFTIGUNGSPOLITIK UND ARBEITSRECHTLICHE HERAUSFORDERUNGEN**
- 15 | AKTUELLES AUS DEM BUNDESMINISTERIUM FÜR ARBEIT UND SOZIALES ZUR ARBEITSMARKT- UND BESCHÄFTIGUNGSPOLITIK  
*Ralf Brauksiepe*
- 31 | VERTRAGSFREIHEIT UND ARBEITSRECHT  
*Gregor Thüsing*
- 57 | RECHTLICHE PROBLEME DER ALTERS-DISKRIMINIERUNG IN DER ARBEITSRECHTLICHEN PRAXIS  
*Markus Krumbiegel*
- 69 | SPANNUNGSFELDER DES BESCHÄFTIGTEN-DATENSCHUTZES  
*Ole Schröder*
- 77 | BESCHÄFTIGUNGSVERHÄLTNISSE DES SGB II**
- 79 | RECHTLICHE PROBLEME RUND UM EIN-EURO-JOBS  
*Thomas Vießmann*
- 99 | MINIJOB – EIN NORMALES ARBEITSVERHÄLTNISS?  
*Christiane Padé*

## 111 | LAGE DER GERICHTSBARKEIT

113 | GIBT ES NOCH ENTSCHEIDUNGSFREIHEIT FÜR  
DEN DEUTSCHEN RICHTER?  
ZUM ZWANG DER VORLAGE AN DEN EUGH

*Bernhard Joachim Scholz*

125 | LÜTH IST UNANWENDBAR!  
ZUM AUSLEGUNGSMASSSTAB UNBESTIMMTER RECHTSBEGRIFFE  
IM DEUTSCHEN ARBEITS- UND SOZIALRECHT

*Thomas Ritter*

132 | AUTOREN UND HERAUSGEBER

133 | ANSPRECHPARTNER IN DER KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG

## VORWORT

Zahlreiche Gesetze, die den Bundestag verlassen, berühren in irgendeiner Form das Sozial- und Arbeitsrecht. Dieses regelt den Berufsalltag vieler Menschen und steuert Sozialleistungen, die mittlerweile über die Hälfte des Bundeshaushaltes ausmachen. Die hohe gesetzgeberische Aktivität erklärt sich aus dem Umstand, dass die beiden Rechtsgebiete stets an die aktuellen Anforderungen angepasst werden müssen. Dabei scheint nur der Wandel Gewissheit zu sein, denn die Arbeitswelt befindet sich im Umbruch: Arbeitnehmer wollen – unter anderem mit Blick auf die längeren Lebensarbeitszeiten – von ihrer Vertragsfreiheit Gebrauch machen und einen auf ihre individuelle Situation angepassten Arbeitsvertrag schließen; Altersgrenzen und ihre Vereinbarkeit mit dem Verbot von Altersdiskriminierung werden hinterfragt und Datenschutz-Skandale in einigen großen Unternehmen haben den Gesetzgeber zum Handeln veranlasst. Auch die Beschäftigungsverhältnisse des SGB II werfen eine Reihe von Fragen auf: Umstritten ist unter anderem, ob die Verweigerung eines Ein-Euro-Jobs durch den Bezieher von Arbeitslosengeld II sanktioniert werden darf oder wie sich die fehlende Sozialversicherungspflicht von Minijobs mit dem Ziel der Zukunftsfestigkeit unserer Sozialversicherungssysteme vereinbaren lässt.

Obwohl diese drängenden Fragen längst in der öffentlichen Debatte angekommen sind, scheinen Juristen das Sozial- und Arbeitsrecht eher zu meiden. Damit geht der Politikberatung aber auch rechtspolitischer Sachverstand verloren, der angesichts der Komplexität der beiden Rechtsbereiche für die Abgeordneten, die letztlich über deren Fortentwicklung zu entscheiden haben, unverzichtbar ist.

Aus diesem Grund hat die Konrad-Adenauer-Stiftung 2009 die Rechtspolitischen Gespräche zum Sozial- und Arbeitsrecht ins Leben gerufen. Einmal im Jahr treffen sich Richter aus den verschiedenen Gerichtsbarkeiten, Rechtswissenschaftler sowie Fachpolitiker und tauschen sich über aktuelle und grundsätzliche Fragen aus den Bereichen Soziales und Arbeit aus. Das Netzwerk eröffnet jungen Juristen eine Chance, sich einzubringen, und ermöglicht Politikern einen Einblick in die Konsequenzen sozial- und arbeitsrechtlicher Gesetzgebung.

In der Auftaktveranstaltung 2009 standen zunächst die aktuellen Fragen des Sozialrechts im Mittelpunkt der Diskussion. Gegenstand der zweiten Rechtspolitischen Gespräche am 28. und 29. Oktober 2010 in Berlin waren vor allem die Beschäftigungsverhältnisse und deren Ausgestaltung. Der vorliegende Band macht die überarbeiteten Beiträge dieser Tagung, ergänzt um einen weiteren Text, nun einer breiteren Fachöffentlichkeit zugänglich.

Im ersten Abschnitt werden die Beschäftigungspolitik und aktuelle arbeitsrechtliche Herausforderungen behandelt. Der Parlamentarische Staatssekretär Dr. Ralf Brauksiepe MdB gibt zunächst einen Einblick in die Arbeitsmarkt- und Beschäftigungspolitik des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales. Das Verhältnis von Vertragsfreiheit und Arbeitsrecht ist das Thema des Beitrags von Professor Dr. Gregor Thüsing LL.M. Bei Markus Krumbiegel, Richter am Arbeitsgericht Nürnberg, stehen die rechtlichen Probleme der Altersdiskriminierung im Mittelpunkt, während der Parlamentarische Staatssekretär beim Minister des Innern Dr. Ole Schröder MdB die Spannungsfelder des Beschäftigtendatenschutzes erörtert.

Im zweiten Abschnitt zu den Beschäftigungsverhältnissen des SGB II untersucht Dr. Thomas Vießmann, Vorsitzender Richter am Bayerischen Landessozialgericht, die rechtlichen Probleme rund um Ein-Euro-Jobs. Dr. Christiane Padé, Richterin am Sozialgericht Freiburg, geht aus sozialrechtlicher Sicht der Frage nach, ob Minijobs ein normales Arbeitsverhältnis sind. Im letzten Abschnitt zur Lage der Gerichtsbarkeit befasst sich Dr. Bernhard Joachim Scholz, Richter am Sozialgericht Mainz, mit der Entscheidungsfreiheit des deutschen Richters angesichts des Zwangs zur Vorlage an den EuGH. Abschließend zeigt Rechtsanwalt Dr. Thomas Ritter auf, wie das europäische Recht die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe im deutschen Sozial- und Arbeitsrecht beeinflusst.

Den Autoren gebührt an dieser Stelle unser herzlicher Dank. Zu danken haben wir darüber hinaus allen Referenten und Moderatoren der zweiten Rechtspolitischen Gespräche. Der Erfolg der Tagung geht aber auch auf viele gute Ideen und konstruktive Vorschläge zurück, die im Vorfeld eingebracht wurden. Zu nennen sind hier insbesondere Peter Böck, Richter am Bundesarbeitsgericht, und Joachim Vetter, Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht Nürnberg. Nicht zu vergessen sind abschließend die Teilnehmer, die mit ihrer Diskussionsbereitschaft wesentlich zum Gelingen der Tagung beitrugen und uns darin bestärkten, die Rechtspolitischen Gespräche 2011 fortzusetzen.

Wir wünschen allen Leserinnen und Lesern eine anregende Lektüre.

Berlin, im April 2011

*Dr. Ralf Thomas Baus  
Leiter Team Innenpolitik  
Hauptabteilung Politik und Beratung*

*Professor Dr. Günter Krings MdB  
Stellvertretender Vorsitzender der CDU/CSU-Bundestagsfraktion*

*Dr. Elke Roos  
Richterin am Bundessozialgericht*

*Professor Dr. Rainer Schlegel  
Leiter der Abteilung III – Arbeitsrecht, Arbeitsschutz – im Bundesministerium für Arbeit und Soziales*

# EINLEITUNG

*Günter Krings*

Bereits zum zweiten Mal haben die Rechtspolitischen Gespräche zum Sozial- und Arbeitsrecht stattgefunden. Viele der Teilnehmer konnten wir schon im letzten Jahr begrüßen. Dies ist zum einen ein ehrliches Kompliment an die letzte Veranstaltung und zeigt zum anderen den Erfolg unseres Konzeptes, hinter dem eben nicht nur ein „Spiritus Rector“ sondern ein ganzes Netzwerk an Organisatoren steht. Ich sehe darin ein gelungenes Beispiel für die Zusammenarbeit von Politik, Justiz und natürlich der Konrad-Adenauer-Stiftung.

Diese Zusammenarbeit von Politik und Justiz ist gerade im Sozial- und Arbeitsrecht nicht nur wünschenswert, sie ist vielmehr unentbehrlich: Unsere Gesellschaft steht in den kommenden Jahren vor fundamentalen Veränderungen. Arbeitsmarktpolitisch wird das Lebenszeitmodell, also der Beruf, den man mit sechzehn Jahren beginnt und den man dann mit 67 in Richtung Rente verlässt, immer stärker in Frage gestellt. Stattdessen nehmen Zeitarbeit und sogenannte „gebrochene“ Erwerbsbiographien immer weiter zu. Zudem sind in den kommenden Jahren mit den Themen Migration und demographischer Wandel drängende sozialpolitische Fragen zu klären, auf die unser Rechts- und Sozialstaat Antworten geben muss.

Das letzte Jahr war von der weltweiten Finanz- und Wirtschaftskrise beherrscht. Es lag daher nahe, dass auch die letztjährige Veranstaltung Fragen wie die nach der Finanzierbarkeit des Sozialstaates aufgegriffen hat. Festgehalten werden kann mittlerweile, dass sich unsere Sozialversicherungssysteme in der Krise als stabil erwiesen haben. Sie haben maßgeblich dazu beigetragen, das Vertrauen der Bürgerinnen und Bürger in unser Wirtschaftssystem zu erhalten und damit auch den Grundstein für den jetzigen Aufschwung zu legen.

Der Gesetzgeber hat auf die Krise schnell und entschlossen reagiert. Kaum ein Land in der Welt hat sich so schnell von der Wirtschaftskrise erholt wie Deutschland. Glücklicherweise verzeichnen wir starke Wachstumsraten mit derzeit um die 3,4 Prozent (BIP). Deutschland ist damit tatsächlich – gemeinsam mit den nordischen Ländern – die Konjunkturlokomotive Europas. Natürlich löst dies allein noch nicht die Probleme, die unser Sozialstaat hat. Aber es kann die Lösung leichter machen und es zeigt, dass unser Rechtssystem für solche Krisenzeiten – gerade im europäischen Vergleich – gut aufgestellt ist.

So sind bei einer starken wirtschaftlichen Entwicklung vor allem höhere Lohnvereinbarungen zu erwarten – wie Anfang Oktober 2010 in der Stahlindustrie mit einem Tarifabschluss, der zu einer Lohnsteigerung von 3,6 Prozent und sogar zur Gleichstellung von Leiharbeitern mit Stammarbeitern führte. Daneben sinkt die Arbeitslosigkeit auf ein historisches Tief auf unter drei Millionen. Diese Faktoren erleichtern uns die zukünftige politische Arbeit zur Erhaltung und Umstellung der Sozialsysteme ein wenig, sie machen diese Arbeit aber keineswegs hinfällig. Zahlreiche aktuelle Themen im Bereich des Arbeitsrechts, wie die Änderung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Grundsatz der Tarifeinheit oder die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu den Hartz-IV-Regelsätzen, belegen den politischen Handlungsbedarf.

Das Bundesarbeitsgericht hat in mehreren Beschlüssen im Januar und Juni 2010 seine bisherige Rechtsprechung zur Tarifeinheit im Betrieb geändert. Bisher waren tarifplurale Strukturen, also mehrere tariffähige Gewerkschaften in einem Betrieb, zugunsten des spezielleren Tarifvertrags aufzulösen. Das Bundesarbeitsgericht hat sich nun mit Verweis auf die positive wie auch negative Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG für eine Lösung auf der Ebene der Tarifparteien ausgesprochen. Die Arbeitgeber fürchten nach dieser Rechtsprechung „englische Zustände“

und Streikkaskaden. Der deutsche Gewerkschaftsbund hingegen fürchtet eine Fragmentierung der Gewerkschaftslandschaft und noch mehr Konkurrenz durch „christliche Gewerkschaften“ oder durch die traditionellen Spartengewerkschaften. Daher haben das erste Mal seit mehr als fünfzig Jahren der BDA und der DGB gemeinsam einen Entwurf für eine gesetzlich angeordnete Tarifeinheit vorgelegt. Danach soll jeweils die „Mehrheitsgewerkschaft“ in einem Betrieb maßgeblich für den Tarifvertrag sein.

Gerade die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hat uns jedoch vor Augen geführt, dass die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG im Arbeitsrecht Vorrang haben sollte. Der Grundsatz der Tarifautonomie, verstanden als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, hat sich bewährt. Daher ist es besonders wichtig, dass der Gesetzgeber hier mit äußerster Zurückhaltung und großer Sorgfalt agiert. Einer rechtlichen Erzwingung einer einheitlichen Arbeitnehmerrepräsentanz gegen den Willen bestimmter Arbeitnehmergruppen ist sicherlich mit Vorsicht zu begegnen. Vielleicht ließe sich aber in diesem Kontext auch dem Gedanken einer Kodifikation des Arbeitsrechts wieder nähertreten.

Haben wir bei unserer letzten Veranstaltung 2009 noch gespannt auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu den Hartz-IV-Regelsätzen gewartet und spekuliert, so wissen wir seit dem 9. Februar 2010 mehr: Das menschenwürdige Existenzminimum umfasst nach Auffassung des Gerichts neben der „physischen Existenz“ auch ein „Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben“. Der Gesetzgeber ist demzufolge dazu verpflichtet, alle existenznotwendigen Aufwendungen in einem transparenten und sachgerechten Verfahren nach dem tatsächlichen Bedarf zu bemessen. Dies erfordert verlässliche Zahlen und schlüssige Berechnungsverfahren. Das Gericht hatte für die geforderten Nachbesserungen eine Frist bis zum 1. Januar 2011 gesetzt. Mit dem Gesetzesentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales liegt eine den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts gerecht werdende Regelung vor. Nun ist eine schnelle Entscheidung der Gesetzgebungsorgane, insbesondere zur Förderung der betroffenen Kinder, dringend notwendig. Zudem werden zahlreiche andere Themengebiete im Spannungsfeld des Arbeits- und Sozialrechts diskutiert, die die Bedeutung eines Austausches zwischen Politik und Justiz unterstreichen.

Ein herzlicher Dank gebührt den Referenten und Autoren: Dr. Ralf Brauk-siepe (Aktuelles aus dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales zur Arbeitsmarkt- und Beschäftigungspolitik), Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M. (Arbeitsrecht und Vertragsfreiheit), Dr. Thomas Vießmann (Rechtliche Probleme rund um Ein-Euro-Jobs), Dr. Christiane Padé (Minijob – ein normales Arbeitsverhältnis?), Markus Krumbiegel (Rechtliche Probleme der Altersdiskriminierung in der arbeitsrechtlichen Praxis), Dr. Ole Schröder (Spannungsfelder des Beschäftigtendatenschutzes), Dr. Bernhard Joachim Scholz (Gibt es noch Entscheidungsfreiheit für den deutschen Richter? Zum Zwang der Vorlage an den EuGH) und Dr. Thomas Ritter (Lüth ist unabwendbar! Zum Auslegungsmaßstab unbestimmter Rechtsbegriffe im deutschen Arbeits- und Sozialrecht). Einbezogen in den Dank sind auch Dr. Elke Roos, Dr. Rüdiger Linck, Prof. Dr. Rainer Schlegel und Dr. Ralf Thomas Baus für die facettenreiche Moderation.

## BESCHÄFTIGUNGSPOLITIK UND ARBEITSRECHTLICHE HERAUSFORDERUNGEN

# AKTUELLES AUS DEM BUNDES- MINISTERIUM FÜR ARBEIT UND SOZIALES

ZUR ARBEITSMARKT- UND BESCHÄFTIGUNGSPOLITIK

*Ralf Brauksiepe*

Zu den zahlreichen Aufgaben eines Parlamentarischen Staatssekretärs bei der Bundesministerin für Arbeit und Soziales gehören auch einige lästige Verpflichtungen, aber auch einige angenehme und wenige besonders angenehme. Die Teilnahme an den zweiten Rechtspolitischen Gesprächen zum Sozial- und Arbeitsrecht gehört entschieden zu den besonders angenehmen Aufgaben. Die Rechtspolitischen Gesprächen befassen sich mit einer Reihe von Rechtsfragen, die zum großen Teil auch die Zuständigkeit meines Hauses betreffen. Einige aktuelle Themen der Arbeitsmarkt- und Beschäftigungspolitik der Bundesregierung möchte ich der vertieften Auseinandersetzung mit der Rechtsmaterie vorausschicken.

## **LAGE AM ARBEITSMARKT**

Das Positive vorweg: Die Arbeitslosigkeit sinkt weiter und die Beschäftigung nimmt zu. Der Arbeitsmarkt gewinnt insgesamt an Dynamik. In Anbetracht der Schwere der wirtschaftlichen Krise und verglichen mit den Erwartungen

zu Beginn des Jahres 2009 ist die Entwicklung am Arbeitsmarkt erfreulich moderat ausgefallen: Deutschland ist es im Vergleich zu vielen anderen Volkswirtschaften gelungen, die Entwicklung von Bruttoinlandsprodukt und Beschäftigung weitgehend voneinander zu entkoppeln.

Man muss sich noch einmal die Ausgangslage im Jahr 2008 vor Augen führen: Die Arbeitslosigkeit lag zeitweise unter drei Millionen, und erstmals gab es im Jahresdurchschnitt über vierzig Millionen Erwerbstätige. 2009 betrug die BIP-Veränderungsrate minus 4,7 Prozent, während die Zahl der Erwerbstätigen (40,2 Millionen) faktisch konstant blieb (Abnahme: 45.000 Personen oder -0,1 Prozent). Im Jahresdurchschnitt 2009 lag die Zahl der Arbeitslosen bei rund 3,42 Millionen und damit nur um rund 155.000 höher als im Jahr 2008.

Angesichts des drastischen Produktionseinbruchs fielen die negativen Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt deutlich schwächer aus als erwartet. Dies haben wir neben der Beschäftigungspolitik der Unternehmen, das heißt der Nutzung der Möglichkeiten zur flexiblen Gestaltung des Arbeitseinsatzes, vor allem aber dem massiven Einsatz der Kurzarbeit – deren Volumen nahezu 330.000 Vollzeitstellen entspricht – zu verdanken.

Führt man sich erneut die ausgesprochen gute Arbeitsmarktlage vor der Krise vor Augen, hat der deutsche Arbeitsmarkt den drastischen Rückgang der Wirtschaftsleistung erstaunlich gut verdaut. Zu keinem Zeitpunkt wurde das Niveau der Arbeitslosigkeit aus dem Jahr 2007 erreicht. Die Fortschritte auf dem Arbeitsmarkt, die seit 2005 erzielt wurden, wurden folglich durch die Krise nicht aufgezehrt. Der starke Einsatz der aktiven Arbeitsmarktpolitik hat allerdings seinen Preis: Die Ausgaben für konjunkturelles Kurzarbeitergeld beliefen sich im Jahr 2009 auf 4,6 Milliarden Euro, und auch die Ausgaben für Arbeitslosengeld stiegen um 3,4 Milliarden auf rund 17 Milliarden Euro an.

Auch im September 2010 ist die Arbeitslosigkeit erneut gefallen, und zwar auf den niedrigsten Wert für diesen Monat seit dem Jahr 1992. Die aktuelle Arbeitslosenquote beträgt 7,2 Prozent. Deutschland ist damit seit Monaten einer der wenigen EU-Mitgliedstaaten, in denen die Arbeitslosigkeit im Vorjahresvergleich sinkt. Auch die Zahl der Kurzarbeitenden fällt stetig und lag nach Hochrechnungen der Bundesagentur für Arbeit (BA) im Juli 2010 bei etwa 290.000 Personen. Der gleichzeitige Rückgang der Arbeitslosigkeit und der Kurzarbeit zeigt, dass Kurzarbeit keinesfalls

den Eintritt in die Arbeitslosigkeit nur verzögert – was bei der Ausweitung der Kurzarbeitergeldregelungen oft befürchtet wurde –, sondern tatsächlich verhindert.

### **Entwicklung der Beschäftigung**

Eine ähnlich positive Entwicklung ist bei der Beschäftigung zu beobachten. Besonders erfreulich ist der zuletzt deutliche Anstieg der sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung. Seit März 2010 gibt es wieder mehr Beschäftigte als im Vorjahr und auch mehr als im Jahr 2008. Allerdings wurden zunächst überwiegend Teilzeitstellen neu geschaffen, während die Vollzeitbeschäftigung erst seit Mai 2010 gegenüber dem Vorjahr stieg. Nach Angaben der BA gab es im Juli 2010 178.000 Teilzeitstellen und fast genauso viele Vollzeitstellen (173.000) mehr als noch vor einem Jahr.

Diese Entwicklung ist eng mit dem Strukturwandel der Wirtschaft verbunden. In den Dienstleistungsbranchen wie Gesundheits- und Sozialwesen sowie Erziehung und Unterricht ist die Beschäftigung in den beiden letzten Jahren kontinuierlich gestiegen. Bei den wirtschaftlichen Dienstleistungen gab es lediglich im Jahr 2009 ein Wachstum, da die Zeitarbeitsbranche zum Ende des Jahres 2008 deutlich geschrumpft ist. Derzeit wächst die Zahl der Zeitarbeiter wieder, das Niveau des Jahres 2008 ist jedoch noch nicht erreicht. Hingegen ist die Beschäftigung vor allem im Verarbeitenden Gewerbe und im Bereich der Logistik in Folge des Wirtschaftseinbruchs geschrumpft. Da das Verarbeitende Gewerbe überwiegend Vollzeitstellen bietet und im Dienstleistungssektor der Teilzeitanteil höher ist, erklärt insbesondere der Branchenwandel die Veränderungen in der Beschäftigtenstruktur.

### **Weitere Entwicklung am Arbeitsmarkt**

Der positive Trend in der Wirtschaft und am Arbeitsmarkt wird sich fortsetzen. In ihrer Herbstdiagnose 2010 haben die beauftragten Wirtschaftsforschungsinstitute festgestellt, dass Deutschland die Wirtschaftskrise deutlich schneller als erwartet hinter sich lässt. Demnach wird das Bruttoinlandsprodukt im Jahr 2010 um 3,5 Prozent wachsen – und damit so stark wie seit der Wiedervereinigung nicht mehr. Die Zahl der Arbeitslosen könnte im Jahr 2011 erstmals wieder unter die Drei-Millionen-Grenze fallen.

## Kurzarbeit und Kurzarbeitergeld

Unsere sehr gute Entwicklung auf dem Arbeitsmarkt verdanken wir vor allem der hohen Flexibilität des Arbeitsmarktes und unserer Politik der Beschäftigungssicherung.

Die Politik hat Unternehmen bei Kurzarbeit mit zeitlich befristeten Sonderregelungen massiv unterstützt. Das war wichtig und richtig. Diese Politik impliziert Vorteile für Arbeitnehmer, denn Kurzarbeit sichert ihre Beschäftigung und ihr Einkommen. Zudem wurden rund 150.000 Kurzarbeiter qualifiziert. Eine solche Politik hat auch Vorteile für Arbeitgeber, die in der Aufschwungphase sofort über qualifizierte und eingearbeitete Mitarbeiter verfügen; es entstehen keine mit der Einstellung von Arbeitskräften verbundenen Kosten. Schließlich bringt diese Politik auch Vorteile für den Staat mit sich, denn Kurzarbeitergeld sichert den privaten Konsum und dient somit als automatischer Stabilisator.

Jedoch muss klargestellt werden, dass Kurzarbeit kein Dauerinstrument ist, sondern nur die Brücke bis zum Aufschwung bauen soll. Nur so kann Deutschland seine internationale Wettbewerbsfähigkeit absichern. Daher haben wir bereits eine Exit-Strategie eingeleitet. Die Bezugsdauer des Kurzarbeitergeldes für Arbeitnehmer, deren Anspruch vom 1. Januar bis 31. Dezember 2010 entstanden ist, wurde von 24 Monaten in 2009 auf derzeit achtzehn Monate verkürzt. Die Sonderregelungen zum Kurzarbeitergeld gelten befristet bis zum 31. März 2012. Damit besteht ausreichend Planungssicherheit für die Unternehmen noch bis Mitte 2012.

## BILANZ NACH EINEM JAHR REGIERUNGSHANDELN

Seit gut einem Jahr ist die christlich-liberale Koalition in der Regierungsverantwortung. Wir haben seitdem auch im Bereich Arbeit und Soziales auf einer Vielzahl von wichtigen Feldern Verbesserungen herbeigeführt. Auf einige möchte ich im Folgenden näher eingehen:

### Neuorganisation der Grundsicherung für Arbeitsuchende

Im Koalitionsvertrag ist unter anderem festgehalten: „Die Koalition will die Aufgabenwahrnehmung und Finanzierung für Langzeitarbeitslose im Sinne der Menschen neu ordnen. [...] Unser Ziel ist eine bürgerfreundliche Verwaltung, die unnötige Doppelarbeit vermeidet.“<sup>1</sup> Ich weiß, dass der Koalitionsvertrag auch vorsieht, dies ohne eine Grundgesetzänderung

zu realisieren, aber ich denke, nicht nur wir, sondern auch die Sozialgerichtsbarkeit kann gut damit leben, dass es anders gekommen ist, und dass nicht getrennt wurde, „was zusammengehört“.<sup>2</sup>

Im Frühjahr 2010 wurde eine politische Einigung zwischen den Vertretern der Regierungsfractionen, der SPD-Fraktion sowie der A- und B-Länder erreicht. Die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts aus dem Urteil vom 20. Dezember 2007 konnten fristgerecht umgesetzt werden. Das „Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes“ mit der Einführung des neuen Art. 91e GG und das „Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisation der Grundsicherung für Arbeitsuchende“ sind am 17. Juni 2010 vom Deutschen Bundestag mit großer Mehrheit beschlossen worden. Der Bundesrat hat dem Gesamtpaket am 9. Juli 2010 zugestimmt.

Die verfassungsrechtliche Grundlage für die Weiterentwicklung der Organisation der Grundsicherung für Arbeitsuchende ist der neue Art. 91e GG. Er schafft die Rahmenbedingungen für die weitere Aufgabewahrnehmung der beiden Leistungsträger des SGB II in gemeinsamen Einrichtungen und lässt insoweit eine Mischverwaltung zu. Das ist eine neue Art der Ausführung von Bundesgesetzen. Die Leistungserbringung „aus einer Hand“ ist damit verfassungsrechtlich dauerhaft abgesichert. Die Zusammenarbeit von BA und Kommunen in gemeinsamen Einrichtungen ist in Zukunft der Regelfall (drei Viertel der Grundsicherungsstellen). Das kommunale Optionsmodell wird als Ausnahmefall verstetigt (ein Viertel der Grundsicherungsstellen). Bis zu 41 weitere Optionskommunen können damit zu den bereits bestehenden 69 hinzukommen.

Die Zusammenarbeit von BA und Kommunen wird neben der verfassungsrechtlichen Absicherung auch in der einfachgesetzlichen Ausgestaltung verbessert. Für die Beschäftigten wird eine sichere Perspektive geschaffen. Wir haben klare Aufsichtsstrukturen geschaffen, die den jeweiligen Verantwortlichkeiten folgen. Es gilt der Grundsatz, dass die Aufsicht soweit reicht wie die Finanzierungsverantwortung. Die bestehende Finanzierung der Grundsicherung für Arbeitsuchende bleibt unberührt. Unsere Philosophie lautet: Mehr Bürgerfreundlichkeit durch dezentrale Entscheidungskompetenzen und Leistungen aus einer Hand durch passgenaue Angebote und moderne Steuerung. Im Verantwortungsbereich der Trägerversammlung der gemeinsamen Einrichtungen wird es zukünftig darum gehen, zu anstehenden Fragen Mehrheiten zu organisieren, und das wird sich vor Ort abspielen.

Mit der Umsetzung der Organisationsreform und der Einführung moderner Steuerung haben wir wichtige Schritte getan und Weichen gestellt, um die Teilhabechancen langzeitarbeitsloser Menschen zu verbessern.

### **Neubemessung der Regelbedarfe**

Es ist nicht nur unsere verfassungsrechtliche Verpflichtung, sondern auch Wille der Bundesregierung, durch eine Neugestaltung der Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts im Zweiten und Zwölften Buch Sozialgesetzbuch (SGB II und SGB XII) das soziokulturelle Existenzminimum derjenigen Personen nachhaltig sicherzustellen, die auf staatliche Fürsorgeleistungen angewiesen sind.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 9. Februar 2010 eine Neubemessung der Regelsätze bis zum 1. Januar 2011 verlangt. Es hat jedoch nicht die Leistungshöhe als unzureichend beurteilt, sondern kritisierte ihre nicht vollständig transparente und nachvollziehbare Ermittlung. Deshalb fordert uns das Urteil auf, die künftige Bemessung durch ein Parlamentsgesetz zu regeln.

Die Ergebnisse dieser Neubemessung liegen mit dem Referentenentwurf eines „Gesetzes zur Ermittlung von Regelbedarfen und zur Änderung des Zweiten und Zwölften Buches Sozialgesetzbuch“ vor. Datenbasis der Neubemessung der Regelbedarfe bleibt die bewährte Einkommens- und Verbrauchsstichprobe (EVS), die vom Bundesverfassungsgericht ausdrücklich als geeignetes Instrument zur realitätsgerechten Bemessung der Regelbedarfe bestätigt worden ist. Wir sind durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts aufgerufen, die Bemessung der Regelleistungen und Regelbedarfe im SGB II und SGB XII auf Basis der Konsumstruktur von Haushalten im unteren Einkommensbereich transparent und nachvollziehbar zu gestalten. Dies haben wir getan. Maßgeblich ist aber auch, dass die Regelbedarfe wie bisher als pauschalierte Geldleistungen erbracht werden. Diese Art der Leistungserbringung verbunden mit der pauschalen Einbeziehung von einmaligen Leistungen hat das Gericht ausdrücklich nicht beanstandet. Damit haben die Leistungsberechtigten die Möglichkeit, eigenverantwortlich zu entscheiden, wie die Regelbedarfe für die Mitglieder einer Bedarfsgemeinschaft auf die anfallenden Bedarfe aufgeteilt werden sollen.

Mit der Neubemessung der Regelbedarfe werden, wie vom Verfassungsgericht gefordert, auch neue Grundsätze der Anpassung greifen. Für Jahre, in denen keine neue EVS erhoben wird, werden die Regelbedarfsstufen nach einem sogenannten Mischindex von Preisentwicklung und Lohnentwicklung fortgeschrieben werden. Da es bei den Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts zuerst um Leistungen zur physischen Existenzsicherung geht, deren realer Wert erhalten bleiben muss, wird die Preisentwicklung gegenüber der Lohnentwicklung im Verhältnis von 70 Prozent zu 30 Prozent stärker berücksichtigt.

### **Bildungs- und Teilhabebedarfe**

Ein weiterer Aspekt des Urteils des Bundesverfassungsgerichts betrifft die Verbesserung der Bildungs- und Entwicklungschancen von Kindern und Jugendlichen. Was wir bei den Kindern und Jugendlichen versäumen, können wir bei der Integration ins Erwerbsleben nur unter großen Anstrengungen nachholen. Das Gerichtsurteil eröffnet die Chance, im Rahmen der Fürsorge durch den Bund die Bildungs- und Teilhabebedarfe von Kindern und Jugendlichen zwingend abzudecken und zielgerichteter als bisher einzusetzen.

Dieses Ziel ist nicht allein dadurch zu erreichen, dass bildungs- und entwicklungsspezifische Bedarfe pauschal über die Regelbedarfe gedeckt werden. Das Verfassungsgericht hat uns hierzu einen breiten Gestaltungsraum eröffnet und erkennt unter anderem auch Sachleistungen und/oder Dienstleistungen als ein probates Mittel für eine punktgenaue Förderung von Kindern im SGB-II-Leistungsbezug an.

Wir haben uns in Experten- und Praktikerworkshops darüber ausgetauscht, wie bedürftige Kinder am besten gefördert werden können. Gemeinsam wurden die Inhalte eines neuen Bildungs- und Teilhabepaketes festgelegt, das bei Kindern und Jugendlichen die Gewährung bestimmter Leistungen zusätzlich zum Regelbedarf vorsieht. Dazu gehören die Lernförderung für Kinder mit schulischen Defiziten, ein Schulbasispaket, das die materiellen Schulbedarfe und eintägige Schulausflüge abdeckt, die Übernahme der Mehraufwendungen für Mittagessen in Schulen und Kindertagesstätten sowie ein Budget, das gesellschaftliche Teilhabe, insbesondere in Sportvereinen und Musikschulen, ermöglicht.

Unser Ziel ist es, das für die Umsetzung des Bildungs- und Teilhabepaketes erforderliche Erbringungskonzept sinnvoll mit bestehenden kommunalen Angeboten zu verzahnen. Nicht beabsichtigt ist der Aufbau eigener Strukturen. Vielmehr sollen hilfebedürftige Kinder und Jugendliche Leistungen erhalten, die sie für die Teilhabe vor Ort einsetzen können. Hierbei kann es sich sowohl um die Mitgliedschaft bei der Jugendfeuerwehr als auch im Sportverein handeln.

Schließlich sehen wir aber auch, dass die Gesellschaft ebenso vor der Aufgabe steht, jenen Kindern den Zugang zu Teilhabe und Bildung zu erleichtern, die in Haushalten mit geringem Einkommen, allerdings ohne staatliche Fürsorgeleistungen aufwachsen. Dies kann und darf jedoch nicht aus Mitteln der Grundsicherung erfolgen, weil die Fürsorgeleistungspflicht des Bundes strikt an die Sicherung des Existenzminimums gekoppelt ist. Vor diesem Hintergrund sieht die Bundesregierung die Bildungs- und Teilhabeleistungen auch für die Kinder und Jugendlichen vor, für die der Kinderzuschlag nach dem Bundeskindergeldgesetz gewährt wird. Darüber hinaus sehe ich die Notwendigkeit, dass die Bürgergesellschaft den Zugang zu Angeboten so organisieren muss, dass alle Kinder, die Hilfe brauchen, auch Hilfe bekommen. Das Bildungspaket soll deshalb so konzipiert werden, dass es für andere anschlussfähig ist. Die organisatorische und finanzielle Umsetzung könnte durch Stiftungen, die Wirtschaft, Bürgerinitiativen, aber auch durch private Spender unterstützt werden.

### **Fachkräftesicherung**

Für einen Arbeitsmarktpolitiker gibt es heute zahlreiche motivierende Prognosen und Umfragen. Dazu zählen zum Beispiel die Schätzungen zur aktuellen Entwicklung des Arbeitsmarktes oder auch Umfragen zur Stimmung in den Unternehmen und bei den Verbrauchern. In beiden Bereichen zeichnet sich eine überaus positive Entwicklung ab. Die deutsche Wirtschaft erholt sich und mit diesem positiven Trend steigt auch der Bedarf an Fachkräften.

Zugleich gibt es allerdings auch Projektionen, die Hinweise zur künftigen Entwicklung unserer Bevölkerung enthalten. So liegt zum Beispiel die aktuelle Bevölkerungsvorausberechnung des Statistischen Bundesamtes vor, wonach die Bevölkerung im erwerbsfähigen Alter von zwanzig bis vierundsechzig Jahren in den nächsten zwanzig Jahren um über sechs

Millionen abnehmen wird. Dies ist eine Revolution auf leisen Sohlen und das Ergebnis niedriger Geburtenraten über Jahrzehnte hinweg.

Infolge der demographischen Entwicklung werden die Schwierigkeiten der Unternehmen wachsen, ihren Bedarf an Fachkräften zu decken. Dies könnte auch negative Folgen für die wirtschaftliche Entwicklung unseres Landes haben. Das ist die schlechte Nachricht. Die gute Nachricht lautet: Die Entwicklung ist gestaltbar. Wir wissen, was hilft, und wir wissen, was schadet.

Der demographische Wandel stellt die Betriebe vor Herausforderungen, die vage gespürt, aber noch nicht in ihren Dimensionen und Konsequenzen angemessen realisiert werden. Viele Betriebe sind unsicher, abwartend, noch passiv. Das Problembewusstsein jedoch wächst: Immer mehr Unternehmen beklagen den Umstand knapper werdender Arbeitskräfte – in einzelnen Regionen, Branchen und in Bezug auf bestimmte Qualifikationen. Eine weiter abnehmende Arbeitslosigkeit bei gleichzeitig wachsender Nachfrage nach Arbeitskräften ist ein realistisches Szenario für die nahe Zukunft. Die eine Säule wird sinken, die andere Säule steigen.

Nun kommt es darauf an, die Potentiale der in unserem Land lebenden Menschen besser zu nutzen. Denn es gibt immer noch in hohem Maße ignorierte Potentiale. Ich denke hier vor allem an die Menschen, die derzeit händierend nach einem Arbeitsplatz suchen, und ich denke an Frauen, an Ältere, an Geringqualifizierte und an Menschen mit Migrationshintergrund. Ihretwegen, aber auch aufgrund objektiver volkswirtschaftlicher Notwendigkeit muss es gelingen, eine umfangreiche Teilhabe am Arbeitsleben zu ermöglichen.

Eine von meinem Haus neu aufgebaute Arbeitskräfteallianz wird künftig regionale arbeitsmarktnahe Akteure und Betriebe, die sich im Bereich Arbeitskräftesicherung engagieren, unterstützen und enge Kooperationsstrukturen aufbauen sowie die Entwicklung und Umsetzung von Maßnahmen zur Arbeitskräftesicherung vor Ort begleiten.

Es wird kaum ein Unternehmen geben, das von der demographischen Entwicklung nicht tangiert wird. Betriebe, die um Mitarbeiter konkurrieren müssen, werden sich künftig anders verhalten. Der erwartete betriebswirtschaftliche Nutzen wird sie motivieren.

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) entwickelt derzeit ein Frühwarnsystem – ein Arbeitskräfte-Monitoring –, das Betrieben helfen wird, besser planen zu können. Mithilfe des Arbeitskräfte-Monitorings wollen wir analysieren, wie viele Arbeitskräfte aktuell und in der Zukunft gebraucht werden. Die Erkenntnisse werden ab 2011 zweimal pro Legislatur in einem Trendreport vorgestellt werden.

Ein Blick in die Zukunft gibt keinerlei Anlass für hektischen Alarmismus, wohl aber für überlegtes Handeln. Wenn wir das Richtige tun, werden wir alle davon profitieren.

### **Qualifizierung**

Das Thema Fachkräftesicherung ist untrennbar mit dem Thema Bildung verbunden. Der Bund hat sich bereiterklärt, trotz notwendiger Haushaltskonsolidierung bis 2013 zusätzlich zwölf Milliarden Euro in Bildung und Forschung zu investieren. Dies unterstreicht die Priorität von Bildung und Forschung; an ihnen wollen wir deshalb auch nicht sparen.

Bund und Länder haben im Herbst 2008 eine Qualifizierungsinitiative für Deutschland mit dem Titel „Aufstieg durch Bildung“ ins Leben gerufen. Die Initiative hat sich das ehrgeizige Ziel gesetzt, in Deutschland die Ausgaben für Bildung und Forschung bis zum Jahr 2015 auf 10 Prozent des Bruttoinlandsprodukts zu steigern. Daran halten wir fest, auch wenn sich Bund und Länder im Juni 2010 beim dritten Bildungsgipfel noch nicht über eine endgültige Finanzierung der dafür notwendigen zusätzlichen Mittel von 13 Milliarden Euro verständigen konnten.

Die Qualifizierungsinitiative für Deutschland umfasst ein breites Maßnahmenbündel über alle Bildungsbereiche von der frühkindlichen Bildung bis zur Weiterbildung im Beruf. Ziel ist es, Bildung in Deutschland in Qualität und Wirkungsbreite grundlegend zu verbessern und einen Beitrag zur mittel- und längerfristigen Sicherung des Fachkräftebedarfes zu leisten.

Gut qualifizierte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sind die Basis des Wohlstandes in Deutschland. Rund 85 Prozent verfügen entweder über eine abgeschlossene Berufsausbildung oder haben Abitur. Das ist im OECD-Vergleich eine Spitzenposition. Aber wir wissen auch, dass wir noch besser werden müssen, weil viele Industrie- und Schwellenländer unabhängig von der Krise ebenfalls erhebliche Anstrengungen im

Bildungsbereich unternehmen. Es ist daher wichtig, dass in Deutschland Betriebe und Arbeitnehmer wettbewerbsfähig bleiben.

Das Thema Weiterbildung ist auf Vorschlag des BMAS als eigenständiges Thema in die Qualifizierungsinitiative aufgenommen worden. Ziel ist die Steigerung der Weiterbildungsbeteiligung bis zum Jahr 2015 von 43 Prozent (2006) auf 50 Prozent der Erwerbsbevölkerung.

Einige Schritte in die richtige Richtung sind schon getan: Auf Bundesebene haben wir die Bildungsförderung kontinuierlich ausgeweitet. Im Jahr 2009 wurden hierfür im Bereich des SGB II und III rund 8,8 Milliarden Euro ausgegeben – im Vergleich zu 7,3 Milliarden Euro im Jahr 2008. Im Jahr 2010 stehen über neun Milliarden Euro bei Agenturen und Jobcentern für die Aus- und Weiterbildungsförderung zur Verfügung.

Von der Ausweitung der beruflichen Weiterbildungsförderung während der Wirtschaftskrise haben Wirtschaft und Arbeitnehmer profitiert. Zwar ist nach Untersuchungen des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB) die Weiterbildungsbeteiligung der Unternehmen im vergangenen Jahr krisenbedingt von 49 Prozent auf 45 Prozent gesunken, jedoch haben Betriebe mit traditionell hohem Weiterbildungsentgelt ihre Ausgaben für Bildung sogar verstärkt und die Krise gezielt zur Qualifizierung genutzt.

Wir wollen auch die Thematik der Umschulungsförderung in nicht verkürzbaren Ausbildungsberufen, insbesondere in den Gesundheitsberufen, prüfen. Das Thema beschäftigt auch die Sozialgerichte. Entgegen der Intention des Gesetzgebers erkennen Sozialgerichte auch eine individuelle bzw. trägereigene Finanzierung für das dritte Umschulungsjahr an. Sie sehen dadurch eine Finanzierung für die Gesamtdauer der Umschulung als gesichert an, da die Bundesagentur die beiden ersten Jahre finanziert. Unser Ziel ist es, hier möglichst einheitliche Fördervoraussetzungen für alle nicht verkürzbaren Gesundheits- und Pflegeberufe zu erreichen. Allerdings muss eine solche Lösung auch finanzierbar bleiben.

### **Zuwanderung**

Die Frage, ob unser Land mehr Zuwanderung benötigt, sorgt für reichlich Gesprächsstoff. Auf diese Frage hat das Bundesministerium für Arbeit und Soziales eine klare Antwort: **Ja, wir brauchen auch Zuwanderung,**

denn wir haben nicht zu viel, sondern zu wenig qualifizierte Zuwanderung.

Richtig ist zwar, dass Zuwanderung allein unsere demographischen Probleme nicht lösen kann, jedoch wird die demographische Lücke ohne ein Mehr an Zuwanderung noch größer, als bisher erwartet. Aktuell verlassen mehr Menschen unser Land als zu uns kommen; im Jahr 2009 betrug der Nettoverlust 12.500 Personen. Damit ist auch ein Verlust an Qualifikation und Wissen verbunden.

Notwendig sind eine Willkommenskultur und eine flexible Nutzung vorhandener Instrumente, damit Hochqualifizierte nach Deutschland kommen und hier bleiben. Notwendig ist aber auch, die Rahmenbedingungen und gegebenenfalls das System der Zulassung zu ändern.

In Deutschland führt Migration bislang noch zu einem Absinken der Qualifikationsstruktur der Erwerbsbevölkerung. Das muss nicht so sein. In Australien haben 40 Prozent der Einwanderer einen Hochschulabschluss, in den USA 43 Prozent und in Kanada 59 Prozent. In Deutschland sind es dagegen nur 22 Prozent.

Mit der Zuwanderung von Personen mit Hochschulabschluss kann auch ein Abbau von Arbeitslosigkeit verbunden sein. Dies leuchtet ein, denn jede Topmanagerin braucht eine gute Sekretärin und jeder Ingenieur auch Kollegen, die ihm zurarbeiten.

Moderne Zuwanderungspolitik muss unseren Interessen und Bedürfnissen folgen. Deutschland braucht insoweit Zuwanderung von Qualifizierten, um den Fachkräftemangel in den Griff zu bekommen.

### **Tarifeinheit**

Zur Sicherung der Zukunftsfähigkeit des Standortes Deutschland gehört zweifellos auch die künftige Ausgestaltung der zur Sozialen Marktwirtschaft gehörenden Arbeitsmarktordnung. Die wirtschaftswissenschaftlichen Forschungsinstitute kommen in ihrer Gemeinschaftsdiagnose für den Herbst 2010 zu dem Ergebnis, dass trotz Abnahme der Bevölkerung im erwerbsfähigen Alter und einer im Vergleich zu anderen hoch entwickelten Industriestaaten hohen Steuerbelastung für Unternehmen Deutschland an Anziehungskraft für Investitionen gewonnen hat. Grund

dafür seien nicht zuletzt die in der vergangenen Dekade vorgenommenen Reformen an der Arbeitsmarkt- und Sozialordnung.

„Ein Betrieb – ein Tarifvertrag“: Dies galt seit Jahrzehnten in der deutschen Rechtsprechung. Diesen Grundsatz der Tarifeinheit hat das Bundesarbeitsgericht im Sommer 2010 aufgegeben und damit für Aufsehen gesorgt. Nunmehr können im Betrieb mehrere Tarifverträge zugleich Anwendung finden. Über die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts wird in der Praxis ebenso kontrovers diskutiert wie in der Wissenschaft. Die Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände und der Deutsche Gewerkschaftsbund wollen den Grundsatz der Tarifeinheit gesetzlich geregelt sehen und haben der Politik einen gemeinsamen Vorschlag unterbreitet. Sie fürchten um die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie.

Was ist die Funktion der Tarifautonomie? Reicht es aus, dass mehrere jeweils erstreikbare Tarifverträge im Betrieb zur Anwendung kommen können, um die Funktionsfähigkeit zu stören? Es geht im Kern um die Frage: In welchem Verhältnis stehen im Arbeitsleben Solidarität und Freiheit?

Wie können in diesem Spannungsfeld Tarifvertragsparteien ihre Aufgabe wahrnehmen, das Arbeitsleben – wie das Bundesverfassungsgericht sagt – „sinnvoll zu ordnen“? Eine sinnvolle Ordnung des Arbeitslebens findet in der Bundesrepublik Deutschland seit jeher durch die großen Industrie- und Branchengewerkschaften statt. Sie sind ein Garant für eine solidarische Lohnpolitik, die alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer miteinbezieht und bei der stärkere Arbeitnehmergruppen oftmals zugunsten schwächerer Verzicht üben.

Solidarität organisieren in gewisser Weise auch sogenannte Spezialistengewerkschaften wie etwa der Marburger Bund. Doch findet dies zunächst in kleinerem Rahmen innerhalb einer Berufsgruppe statt. Kann solch eine beschränkte Solidarität auch das Arbeitsleben sinnvoll ordnen?

Der Vorwurf des „gemeinwohlschädlichen Gruppenegoismus“ wäre jedenfalls vorschnell, denn die Koalitionsfreiheit ist ein Freiheitsrecht. Die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sollen selbst entscheiden können, ob sie einer Gewerkschaft und wenn ja, welcher Gewerkschaft sie beitreten wollen. Eine sinnvolle Ordnung des Arbeitslebens im Sinne des Grund-

gesetzes muss daher auch immer eine freiheitliche Ordnung sein. „Ob“ und „wie“ Solidarität geübt wird, sollen die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aus freien Stücken entscheiden können.

Allerdings: Unsere Verfassung gewährleistet nicht ein bloß formales Recht zur Selbstbestimmung. Die Verankerung des Sozialstaatsprinzips im Grundgesetz zeigt, dass auch die tatsächlichen Möglichkeiten der Wahrnehmung einer rechtlich zugesicherten Freiheit bedeutsam sind. Dies gilt in besonderer Weise für das Recht auf Koalitionsfreiheit und die aus ihm abgeleitete Tarifautonomie. Die Organisation beschränkter Solidarität durch Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in Schlüsselpositionen darf also nicht dazu führen, dass alle anderen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer real die Möglichkeit verlieren, ihre Arbeitsbedingungen auf Augenhöhe mit dem Arbeitgeber zu verhandeln. Die Koalitionsfreiheit will keinen Zwang zur Solidarität, sie will aber die effektive Chance zur Solidarität. Diese Grundentscheidung der Verfassung muss der Gesetzgeber beachten. Seine Aufgabe, das Verhältnis der Freiheit von der Solidarität mit Anderen zu der Freiheit zur Solidarität mit Anderen zu bestimmen, kann ihm dabei niemand abnehmen.

Dieses Verhältnis will die Bundesregierung mit Sorgfalt justieren. Die bestehenden Handlungsoptionen zum Umgang mit Tarifpluralitäten im Betrieb prüft sie daher genau.

### **Mindestlohn**

Zu guter Arbeit gehören anständige Löhne. Die Bundesregierung möchte, dass in allen Branchen in Deutschland faire Löhne gezahlt werden. Dabei setzen wir – in der Tradition der Sozialen Marktwirtschaft in Deutschland – auf die Tarifvertragsparteien. Die Tarifvertragsparteien wissen in aller Regel am besten, welche Löhne und welche Arbeitsbedingungen in den einzelnen Branchen sowohl von den Arbeitnehmern als auch den Arbeitgebern als fair empfunden werden.

Diese Bundesregierung hat sich im Koalitionsvertrag daher ausdrücklich zur Tarifautonomie bekannt: „Sie ist ein hohes Gut und gehört unverzichtbar zum Ordnungsrahmen der Sozialen Marktwirtschaft“.<sup>3</sup> Wir stehen zu starken Gewerkschaften und starken Arbeitgeberverbänden, die sich jeweils für die Interessen ihrer Mitglieder einsetzen.

Dieses Bekenntnis heißt nicht, dass wir Mindestlöhne grundsätzlich ablehnen. Wenn sich die Sozialpartner in einer Branche auf einen Mindestlohn einigen, wenn dieser von einem breiten Konsens in der Branche getragen wird und wenn wir den Tarifvertrag unter Beteiligung des Tarifausschusses geprüft haben, dann ist es das Ziel des BMAS, den Tarifvertrag für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie Arbeitgeber dieser Branche verbindlich zu machen. Eine solche Lösung ist nicht nur für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der jeweiligen Branche gut, es profitieren auch die Unternehmen, die Mitglied in einem Arbeitgeberverband sind und Tariflöhne zahlen.

In einigen Branchen gibt es bereits Mindestlöhne – teilweise schon über einen längeren Zeitraum hinweg. Andere Branchen haben ein entsprechendes Interesse signalisiert; wir werden ihre Anfragen sorgfältig prüfen.

Wir wollen aber auch wissen, wie sich die bestehenden Mindestlohnregelungen bewährt haben. Deshalb haben wir im Koalitionsvertrag vereinbart, die Wirkung von Mindestlöhnen bis Ende 2011 zu evaluieren.

### **Beschäftigtendatenschutz**

Im Koalitionsvertrag für die 17. Legislaturperiode haben wir uns darauf verständigt, den Arbeitnehmerdatenschutz zu verbessern. Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter sollen vor Bespitzelungen an ihrem Arbeitsplatz wirksam geschützt werden. Es sollen praxisgerechte Regelungen für Bewerber und Arbeitnehmer geschaffen und gleichzeitig Arbeitgebern eine verlässliche Regelung für den Kampf gegen Korruption an die Hand gegeben werden.

Das Bundeskabinett hat am 25. August 2010 den Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes beschlossen. Damit werden die Vorgaben der Koalitionsvereinbarung umgesetzt. Der Entwurf regelt erstmals das Fragerecht des Arbeitgebers im Bewerbungsverfahren und die Zulässigkeit ärztlicher und sonstiger Untersuchungen, zum Beispiel psychologische Eignungstests. Im laufenden Beschäftigungsverhältnis darf der Arbeitgeber Beschäftigtendaten nur erheben, verarbeiten und nutzen, wenn dies zur Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist. Dazu gehört auch die Erhebung und Verwendung von Daten zur Korruptionsbekämpfung und zur Überprüfung, ob die in einem

Unternehmen zu beachtenden relevanten Regelungen eingehalten werden (Compliance-Management).

Geregelt werden darüber hinaus die Zulässigkeit einer offenen Videoüberwachung am Arbeitsplatz, die Nutzung von Telekommunikationsdiensten, Internet und E-Mail sowie der Einsatz von Ortungssystemen und biometrischen Verfahren im Beschäftigungsverhältnis. Eine heimliche Videoüberwachung wird dem Arbeitgeber untersagt.

Das Schutzniveau der Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz darf nicht unterschritten werden, zum Beispiel durch Betriebs- oder Dienstvereinbarungen. Mit diesen Regelungen schaffen wir Vorschriften, die in ausgewogener Weise die Informationsinteressen von Arbeitgebern und die Interessen der Beschäftigten am Schutz ihres Persönlichkeitsrechts berücksichtigen.

- 1| CDU / CSU / FDP, *Wachstum. Bildung. Zusammenhalt, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP, 17. Legislaturperiode, 2009, S. 82.*
- 2| Masuch, *Wird jetzt getrennt, was zusammengehört?, NJW 2009, Editorial.*
- 3| CDU / CSU / FDP, *Wachstum. Bildung. Zusammenhalt, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP, 17. Legislaturperiode, 2009, S. 21.*

## VERTRAGSFREIHEIT UND ARBEITSRECHT

*Gregor Thüsing*

### I. ZWEI FÄLLE ZUR EINFÜHRUNG

Es war keine gute Zeit für einen Bäcker in New York am Ende des vorvergangenen Jahrhunderts. Seine Arbeitsbedingungen waren hart, Wochenarbeitszeiten von weit mehr als sechzig Stunden waren üblich. Man schlief in den Backstuben und wartete darauf, in der Mitte der Nacht geweckt zu werden, um sein Tagwerk zu beginnen. Oftmals waren es Kellergeschosse mit niedrigen Decken, die für die Bäckerei genutzt wurden; Kinderarbeit war eine Selbstverständlichkeit. Der Gesetzgeber des Staates New York erkannte das Übel und wollte es lindern; er erließ 1897 ein Gesetz zum Schutz der Arbeitnehmer in Bäckereien, das zahlreiche Verbesserungen vorsah. Nicht alle waren von der Sinnhaftigkeit des neuen Rechts überzeugt, und vielleicht hatte Joseph Lochner gar kein schlechtes Gewissen, als er weiterhin mehr als zehn Stunden Arbeit pro Tag von seinen Bäckern erwartete. In einem Strafverfahren gestand er den Gesetzesverstoß, und dennoch plädierte er *not guilty*, nicht schuldig, denn die Vorschrift sei verfassungswidrig: Der Staat habe kein Recht, einem Arbeitnehmer zu verbieten, freiwillig mehr als zehn Stunden am Tag zu arbeiten. Der *Supreme Court* der Vereinigten Staaten stimmte ihm zu:

Erstmals erkannte er an, dass *liberty* im Sinne der Verfassung auch die Vertragsfreiheit sei. Diese Freiheit verstand er auch als die Freiheit, in gesundheitsschädliche Arbeitsbedingungen einzuwilligen: „Der Arbeitnehmer mag wünschen, sich etwas zusätzlich zu verdienen, dadurch, dass er mehr als die zulässige Zeit arbeitet, aber das Gesetz verbietet es dem Arbeitgeber, seinem Arbeitnehmer zu erlauben, dies zu tun“, heißt es in den Entscheidungsgründen, und weiter: „Es gibt keinen vernünftigen Grund dafür, die Vertragsfreiheit zu beschränken, indem die Arbeitszeiten eines Bäckers festgelegt werden, denn es findet sich kein Hinweis darauf, dass Bäcker nicht gleich intelligent und geistig fähig sind wie andere Arbeitnehmer, und dass sie nicht selber ihrer Rechte wahrnehmen können – ohne den beschützenden Arm des Staates, der in die Unabhängigkeit ihres Entschlusses und ihrer Handlung eingreift“.<sup>1</sup>

Ein ganz anderer Fall, diesmal im Deutschland unserer Tage: Ein Arbeitnehmer arbeitet bereits seit vielen Jahren beim selben Arbeitgeber, doch in letzter Zeit hat er verstärkt gesundheitliche Probleme. Sein Arbeitgeber, der dennoch mit ihm zufrieden ist, zeigt sich kulant, obwohl der Arbeitnehmer schließlich drei Jahre hintereinander mehr als sechs Wochen Entgeltfortzahlung in Anspruch nimmt. Erst als sich die Ertragslage des Unternehmens deutlich verschlechtert, sieht der Arbeitgeber die Notwendigkeit, zu handeln. Sein Justitiar weist ihn zutreffend darauf hin, dass er nach geltender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) seinen Arbeitnehmer kündigen könne, denn die erheblichen Lohnfortzahlungskosten seien eine hinreichende personenbedingte Rechtfertigung im Sinne des § 1 Abs. 2 des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG).<sup>2</sup> In einem persönlichen Gespräch zeigt sich der Arbeitnehmer verständig, sagt aber auch, dass er in seinem Alter und bei seiner körperlichen Verfassung wohl keinen anderen Arbeitsplatz mehr finden werde. Auch habe er sich nun so in den Betrieb eingearbeitet, dass ihm ein Neuanfang woanders schwerfallen würde. Der Arbeitgeber sieht dies ein und stimmt dem Kompromiss zu, den der Arbeitnehmer vorschlägt: Der wolle zukünftig auf jede Lohnfortzahlung, die mehr als sechs Wochen im Jahr ausmacht, verzichten. Der Arbeitgeber bittet seinen Justitiar, einen entsprechenden Vertragstext zu entwerfen. Der aber sagt ihm, dass solch eine Einigung nicht möglich ist, da gemäß § 12 des Entgeltfortzahlungsgesetzes (EFZG) auf Lohnfortzahlung nicht verzichtet werden kann. Daraufhin wird der Arbeitnehmer gekündigt und arbeitslos.

Beide Entscheidungen erregen Anstoß oder regen zumindest zum Nachdenken an: Die eine, weil sie dem Arbeitnehmer zu wenig Schutz gibt, die formale Einwilligung in die Selbstschädigung als Ausdruck verfassungsrechtlich geschützter Freiheit wertet und die Einigung akzeptiert, komme was da wolle. Die andere, weil sie dem Arbeitnehmer zu viel des Guten zu geben scheint, die Einwilligung aus sachlichem Grund ignoriert und der vertraglichen Einigung zu wenig Respekt beimisst: Der Schutz wird hier zur Last, die Wohltat zur Plage. Wenn ich also heute über Vertragsfreiheit im Arbeitsrecht sprechen will, dann nicht über die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers – es geht mir um den Arbeitnehmer und dessen Vertragsfreiheit. Wieweit kann und inwieweit muss sein Schutz auch gegen seinen bekundeten Willen realisiert werden? Es geht um die Untergrenze und insbesondere um die Obergrenze des Arbeitnehmerschutzes durch Arbeitsrecht.

## II. VERORTUNG DES THEMAS IM KONTEXT DES ARBEITSRECHTS

Die Bedeutung der Fragestellung wird schnell klar, ruft man sich in Erinnerung, was die Ziele des Arbeitsrechts sind. Im Einzelnen mögen diese streitig sein, Einigkeit besteht jedoch darin, dass es vor allem um den Schutz des Arbeitnehmers vor der Fremdbestimmung durch den Arbeitgeber geht.<sup>3</sup> Zu fragen, wieweit dieser Schutz gehen muss und wieweit er gehen darf, zielt damit auf einen Kernpunkt des Arbeitsrechts selbst. Freilich ist dies nur ein zentraler Aspekt, der hiermit angesprochen wird, denn manche Regelungen des Arbeitsrechts – und zunehmend mehr – rechtfertigen sich meines Erachtens nicht aus dem Schutz des Arbeitnehmers vor dem Arbeitgeber. Es sind die Interessen der Allgemeinheit oder Dritter, die hier im Vordergrund stehen. Die Diskriminierungsverbote etwa realisieren das Gleichberechtigungsziel des Art. 3 GG, sind jedoch erst in zweiter Linie Schutz des Arbeitnehmers, jedenfalls nicht der Arbeitnehmer an sich, denn wenn auch Frauen bei einer Bewerbung berücksichtigt werden müssen, dann ist dies ein Nachteil für die männlichen Bewerber; wenn ältere Arbeitnehmer nicht wegen ihres Alters entlassen werden dürfen, ist dies ein Nachteil für die jüngeren. Die Mutter, die während der Schwangerschaft bestimmte Arbeiten nicht verrichten darf, unterliegt der Beschränkung des Gesetzes im Hinblick auf den Schutz nicht ihrer selbst, sondern des sich entwickelnden Lebens in ihr, und es ist sinnvoll, dass die Einigung zwischen Arbeitnehmerin und Arbeitgeber hieran nichts ändern kann. Der folgende Blick richtet sich

demgegenüber allein auf die gesetzlichen Regelungen, die sich einzig im Schutz des Arbeitnehmers erschöpfen. Es wird gefragt, wann es solchen Schutz geben muss, auch wenn der Arbeitnehmer auf ihn verzichtet und wann es ihn nicht geben darf, eben weil der Arbeitnehmer eine verantwortete, privatautonome eigene Entscheidung getroffen hat. Eine erste Weichenstellung gibt hier das Verfassungsrecht, dessen Dogmatik in den letzten Jahren bei der Konturierung der Vertragsfreiheit und ihrer Auswirkungen auf das Arbeitsrecht große Schritte nach vorne getan hat.

### III. DIE VERFASSUNGSRECHTLICHEN VORGABEN

Der Rahmen ist schnell umrissen: Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die Privatautonomie ein Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit. Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet damit das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen im Rechtsleben.<sup>4</sup> Diese Selbstbestimmung versteht das Gericht jedoch anders als der *Lochner court* nicht im Sinne einer – wie ich es nennen möchte – bloß formalen Freiheit, die den Vertragsschluss unabhängig vom Inhalt des Vertrages und den Umständen seines Zustandekommens schützen will. Entscheidend ist die materielle, tatsächliche Freiheit, eine rechtsgeschäftliche Bindung eingehen zu können oder auch nicht.<sup>5</sup> Sie allein ist geschützt, und nur an ihrer Beschränkung oder Sicherung muss sich das Arbeitsrecht messen lassen.

#### 1. Die Handelsvertreter und die Bürgschaftsentscheidung: Freiheit zum und Freiheit vom Vertrag

Ein Meilenstein in der Entwicklung dieses Ansatzes war die Bürgschaftsentscheidung von 1993, vorbereitet durch die Handelsvertreterentscheidung nur drei Jahre zuvor.<sup>6</sup> Für uns reicht ein Blick auf die zeitlich letzte, in der das Bundesverfassungsgericht sein Verständnis vollends ausformte: Es ging bekanntlich um eine Tochter, die mittellos und ohne Aussicht, dass sich das ändern würde, für den Millionenkredit ihres Vaters bürgte, nicht weil sie Begünstigte dieses Kredits war, sondern einzig aus Zuneigung, Unerfahrenheit und Pflichtgefühl. Die Bank erklärte, dies sei eine Formalität „bloß für die Akten“. Der BGH stellte noch fest, Vertrag sei Vertrag, und da die Tochter weder getäuscht noch gezwungen wurde, müsse sie sich an ihrem Wort festhalten lassen.<sup>7</sup> Das Bundesverfassungsgericht entschied anders: Die Vertragsautonomie ist vom Gesetzgeber auszugestalten. Insbesondere muss er die Vertragsautonomie der einen

Seite mit der der anderen Seite versöhnen. Hat einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht, dass er den Vertragsinhalt faktisch allein bestimmen kann, bewirkt dies für den anderen Teil Fremdbestimmung. Deren Folgen sind gegebenenfalls zu berichtigen: Handelt es sich um eine typisierbare Fallgestaltung, die eine strukturelle Unterlegenheit des einen Vertragsteils erkennen lässt, und sind die Folgen des Vertrags für den unterlegenen Vertragsteil ungewöhnlich belastend, dann muss die Zivilrechtsordnung hierauf reagieren und Korrekturen ermöglichen. Diese Korrekturen beschränken dann nicht die Vertragsfreiheit des schwächeren Partners, sondern sie entfalten sie, obwohl sie ja gerade einen Vertrag unwirksam machen. Eben dies ist der grundlegende perspektivische Unterschied zu *Lochner*.

#### 2. Weiterentwicklung im Arbeitsrecht: Kündigungsschutz und Art. 12 GG

Für das Arbeitsrecht war dies nicht der erste Schritt in diese Richtung – und es ist auch hierbei nicht stehen geblieben. Die Habilitationsschriften von Fastrich und Preis, auf die in den Entscheidungsgründen verwiesen wird, legten bereits vorher dar, dass das Grundgesetz eine Inhaltskontrolle der Arbeitsverträge zulässt und sie in bestimmten Konstellationen gebietet.<sup>8</sup> Auch sie verstanden Freiheit materiell, nicht formal, sondern argumentieren, wie Singer es konzise in einem Beitrag für die Juristenzeitung formulierte, für eine „Kompensation von Funktionsdefiziten formaler Vertragsfreiheit durch grundrechtliche Schutzpflichten“.<sup>9</sup>

Das Bundesverfassungsgericht hat in jüngerer Zeit diesen Ansatz leicht modifiziert auf ein anderes Grundrecht übertragen: Die Berufsfreiheit des Arbeitnehmers. An ihr misst es den Kündigungsschutz und die Kleinbetriebsklausel des Kündigungsschutzgesetzes.<sup>10</sup> Seine Entscheidung von 1998 war bedeutsam, nicht nur weil sie die Ausnahme des § 24 KSchG, wonach Betriebe mit weniger als sechs Arbeitnehmern vom Gesetz nicht erfasst sind, korrigierend auf das Unternehmen, nicht den Betrieb bezog. In unserem Zusammenhang ist sie vielmehr deshalb wichtig, weil auch hier wiederum die Freiheit, sich zu binden, eingeschränkt wurde, um ein Grundrecht zu entfalten. Denn das Gericht führte aus, auch in Unternehmen außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes müsse es ein Mindestmaß an Kündigungsschutz geben – andernfalls sei der Berufsfreiheit des Arbeitnehmers nicht hinreichend Rechnung zu tragen, der ungeschützt vor der Disposition des Arbeitgebers damit rechnen müsste, seinen

Arbeitsplatz jederzeit verlieren zu können. Dass die Berufsfreiheit auch darin liegen könnte, weniger sichere Arbeitsplätze zu besetzen, dafür aber zu einem höheren Lohn – man denke an die hohen Bezüge von Vorstandsmitgliedern, die immer wieder auch mit dem hohen Risiko des Positionsverlustes gerechtfertigt werden –, und dass sich die Berufsfreiheit des Arbeitnehmers auch darin äußern könnte, nicht für einen arbeitsvertraglichen Kündigungsschutz zu verhandeln und stattdessen in der Einigung mit dem Arbeitgeber andere Punkte durchzusetzen, erwog das Gericht nicht. Daher ging es auch hier davon aus, dass seine Entscheidung die Freiheit des Arbeitnehmers entfaltet, nicht dass sie diese beschränkt.

### 3. Ein anderer Ansatz: Wohlmeinende Fremdbestimmung und Grenzen des Grundrechtsverzichts

Das Gericht hätte durchaus auch einen anderen Ansatz der Begründung wählen können, denn dem Verfassungsrecht sind paternalistische Motive nicht fremd. Ein Rechtsgut kann auch gegen den geschützt werden, der es innehat. Der Schutz des Menschen vor sich selbst und seinem eigenen, unvernünftigen Willen ist verfassungsrechtlich legitim, wenn auch in Grenzen.<sup>11</sup> Beispiele sind schnell zur Hand: Der Staat kann gehalten sein, den Selbstmörder zu retten, auch wenn dieser sein Grundrecht aus Art. 2 GG verzweifelnd wegwirft;<sup>12</sup> das Kind kann nicht auf seinen Religionsunterricht verzichten; einem Transsexuellen wird die Zuordnung zum anderen Geschlecht vorenthalten, solange er noch nicht 25 Jahre alt ist,<sup>13</sup> oder etwas delikater: Die entwürdigende Selbstdarstellung in einer Peepshow ist als Verstoß gegen Art. 1 GG verboten, auch wenn die Darstellerin selber durchaus bereit ist, sich zum Objekt männlicher Begierde zu machen.<sup>14</sup> Wie eine Selbstverständlichkeit erklärte das Bundesverfassungsgericht in einem einschlägigen Beschluss den Gesetzgeber für befugt, durch Gesetz in das Grundrecht zur freien Entfaltung der Persönlichkeit einzugreifen, wenn dadurch der Betroffene gehindert werden soll, sich selbst einen „größeren persönlichen Schaden zuzufügen“.<sup>15</sup> Nichts anderes kann dann wohl für die Vertragsfreiheit gelten, die dogmatisch ja auf dem gleichen Boden steht und aus dem gleichen Artikel hergeleitet wird wie die allgemeine Handlungsfreiheit. Wer einwendet, hier werde Freiheit leichtfertig aufgegeben, den mag man fragen, was denn das für eine Freiheit sei: Die Freiheit, sich selbst zu schaden, dürfte die sein, auf die zuerst verzichtet werden kann, wenn andere Rechtsgüter hierdurch gefördert werden können.<sup>16</sup>

Auf der anderen Seite kennt das Verfassungsrecht durchaus die Rechtsfigur der Grundrechtsausübung durch Grundrechtsverzicht. Es kann legitim sein, seine grundrechtliche Freiheit selbst einzuschränken, denn die ungebundene Freiheit ist auch die Freiheit zum Verzicht auf Freiheit. Beide Wertungen lassen sich versöhnen, wenn die Voraussetzungen eines zulässigen Grundrechtsverzichts aufgezeigt werden. Die sind noch nicht *en détail* ausgelotet, aber vergrößert lassen sich vor allem zwei Determinanten bestimmen: Der Verzicht muss freiwillig erfolgen, und das Grundrecht muss einzig zur Disposition des Grundrechtsträgers stehen.<sup>17</sup> Ersteres ist nicht der Fall – so die Beispiele in der Literatur –, wenn Täuschung oder Drohung vorliegen; letzteres insbesondere dann nicht, je näher das Grundrecht an die Gewährleistung der Menschenwürde kommt oder eine Institutsgarantie in Frage gestellt wird. Liegen diese Voraussetzungen jedoch vor, dann ist es unerheblich, ob der Wille des Grundrechtsträgers schlechterdings unvernünftig erscheint: Bluttransfusionen, die der Verletzte aus religiösen Gründen ablehnt, können nicht zwangsweise verabreicht werden, auch wenn Todesgefahr droht;<sup>18</sup> der Mönch, der für Kost und Logis sein Leben in den Dienst des Klosters stellt, kann arbeitsrechtlich nicht zu einem Mindestlohn gezwungen werden. Auf der anderen Seite ist aber festzustellen: Auch die Vertragsautonomie kann also um der Vertragsautonomie willen beschränkt werden gegen den Willen desjenigen, der sie innehat, wenn der Verzicht nicht freiwillig ist. Die Entfaltung der materiellen Vertragsfreiheit und die Beschränkung der formellen Vertragsfreiheit treffen sich hier von unterschiedlichen Seiten kommend.

Dieses verfassungsrechtliche Verständnis spiegelt sich durchaus im geltenden Vertragsrecht wider: Der Wille der Parteien ist nicht immer das letzte Wort zur Gültigkeit einer Bindung, auch wenn Dritt- oder Allgemeininteressen nicht im Spiel sind. Schenkungen werden nicht anerkannt, wenn sie nicht notariell vereinbart wurden und ebenso der Verkauf von Grundstücken. Der Gesetzgeber schützt vor Übereilung, auch wenn die Parteien dies nicht wollen. Nicht nur im deutschen Recht, sondern auch in anderen Rechtsordnungen sind beide Geschäfte an Formvorschriften gebunden.<sup>19</sup> Auch hier scheint mir aber der Ansatzpunkt zu sein, dass dies ein Mittel ist, den wirklichen Willen des Schenkers bzw. Verkäufers zu ermitteln. Will er es tatsächlich, was er durch Einhaltung der Form belegt, dann kann er so viel verschenken, wie er will und sich vom Grundstück trennen, auch wenn das Geschäft nachteilig für ihn ist. Das Gleiche gilt dann auch für Haustürwiderrufgeschäfte: Was in der psy-

chisch engen Atmosphäre der Butterfahrt abgeschwätzt wird, soll erst binden, wenn man sich zwei Wochen unbehelligt vom werbenden Verkaufsgespräch tatsächlich hierfür entschieden hat (§ 312 i.V.m. § 355 BGB).

#### 4. Eine erste Wertung

Bereits hier kann eine kurze Zwischenbilanz gezogen werden: Der richtige Ansatzpunkt zur Legitimation arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften und auch zur Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen ist nicht die Begrenzung der Vertragsfreiheit des Arbeitnehmers zu Gunsten eines anderen Rechtsguts, das es zu schützen gilt, sondern die Entfaltung seiner Vertragsfreiheit. Der Wille, den Arbeitnehmer vor den Folgen eines – vielleicht nur in den Augen des Richters – unvernünftigen, aber frei gewollten Handelns zu schützen, kann daher grundsätzlich keine Rechtfertigung sein. Weil dem so ist, kann die bloße Unangemessenheit einer Vereinbarung allein noch kein Grund zur Korrektur sein; entscheidend ist, ob sie Ergebnis eines freien Willens war oder nicht bzw. ob es das tatsächlich Gewollte ist. Voraussetzung auch für die Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen ist also stets die gestörte Vertragsparität, bei der die Einigung beider Vertragspartner nur für eine Seite Ausübung der Vertragsautonomie bedeutet. Dabei erscheint es sinnvoll, das Verhandlungsungleichgewicht ebenso wie im Kauf-, Miet- oder Werkvertragsrecht am Kriterium der Vorformulierung festzumachen, denn ein deutlicherer Fall der einseitigen Bestimmung des Vertragsinhalts ist kaum vorstellbar. Ein Grund dafür, im Arbeitsrecht anders zu werten, ist nicht ersichtlich, denn die bisherige Praxis der Rechtsprechung hat immer wieder gezeigt, dass das Gesetzesrecht allein nicht in der Lage ist, angemessene Verträge trotz Vorformulierung herzustellen. Ein intellektuelles oder wirtschaftliches Gefälle – wie etwa beim Bürgschaftsfall – ist hier nicht erforderlich, da die Praxis des Vertragsschlusses eine Diskussion des Kleingedruckten verhindert, unabhängig davon, wie die wirtschaftlichen Verhältnisse zwischen den Parteien sind.

Auch die sonstige arbeitsrechtliche Schutzgesetzgebung erhält durch das Gesagte eine erste Bewertung: Wo sie eine Regel aufstellt, die der einzelne Arbeitnehmer anders vereinbaren will und frei hierüber entscheiden kann, darf der Gesetzgeber nicht ohne hinreichenden Grund in die Vertragsautonomie des Arbeitnehmers eingreifen, auch wenn dies im Einzelfall zu unangemessenen Ergebnissen führt. Eine Rechtfertigung zum

Eingriff, sei es direkt durch Gesetz oder mittelbar durch eine entsprechende Befugnis der Tarifvertragsparteien oder Betriebspartner, mag der Schutz von Drittinteressen sein, nicht aber der Schutz des Arbeitnehmers vor sich selbst. Man wird sich aber genau anschauen müssen, was eine freie und was eine nicht ganz so freie Entscheidung ist – hierin liegt dann die eigentliche Arbeit. Ein Blick auf den nächsten Argumentegeber, die ökonomische Analyse, soll dabei helfen.

#### IV. ÖKONOMISCHE ARGUMENTE

Das ökonomische Argument gewinnt zunehmend an Bedeutung im arbeitsrechtlichen Kontext. In Zeiten steigender Arbeitslosigkeit kann es auch Juristen nicht gleichgültig sein, welche wirtschaftlichen Folgen ihre Argumente haben. Es war ein richtungsweisendes Novum, als beim letzten Juristentag die Gutachten zur Frage „Welche arbeits- und ergänzenden sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit?“ nicht nur von einem Arbeitsrechtler, sondern auch von einem Ökonomen geschrieben wurden.<sup>20</sup> Das scheint Berechtigung genug, auch hier diesen Seitenblick zu wagen.

##### 1. Entscheidungsfreiheit als Garant eines pareto-optimalen Vertragsschlusses

Der Ökonom lebt in einer Welt voller Modelle und im einfachsten aller Modelle scheint die Argumentation klar: Existieren keine Transaktionskosten, ist also eine Einigung der Betroffenen ohne Hindernisse und Aufwand möglich, dann birgt diese Einigung das gesamtwirtschaftlich bestmögliche, man sagt auch pareto-optimale Ergebnis. Dieses nach ihrem Entdecker *Coase*-Theorem genannte Phänomen impliziert eine Vermutung gegen *zwingende* Gesetzesregeln, die dem vereinbarten Vertragsinhalt entgegenstehen.<sup>21</sup> Der Ökonom geht davon aus, die Parteien eines Vertrags wissen am besten, was sie wollen, und wofür sie bereit sind, eine Gegenleistung zu erbringen. Ein Kündigungsschutz mag etwa dem Arbeitnehmer, der weiß, er wird überall anders auch einen Arbeitsplatz finden, weniger wert sein, als er den Arbeitgeber kostet, der Wert darauf legt, seinen Personalbestand flexibel planen zu können. Beide Seiten würden ohne zwingenden Kündigungsschutz einen für sich besseren Vertrag erhandeln können. „Weg mit dem Kündigungsschutz!“, heißt es daher oftmals von wirtschaftsliberaler Seite, „Freiheit dem Markt“.

Man mag einwenden, dass wir nicht in einer Welt frei von Transaktionskosten leben und die Argumentation beruhigt zur Seite legen. So einfach scheint der Weg jedoch nicht. Allerdings lässt sich dadurch ein wesentliches Argument für eine Inhaltskontrolle von Verträgen formulieren, nicht aber für zwingendes Gesetzesrecht auch gegenüber der Individualvereinbarung. Ein kurzes Beispiel macht deutlich, wieso dies so ist: Müsste der Vertragspartner jedes Mal das „Kleingedruckte“ genau studieren, weil es sonst gelten würde, unabhängig wie unangemessen es ist, wird er dies auch oftmals tun und der Vertragsschluss würde sich erschweren. Weiß er allerdings, dass er unterschreiben kann, denn das, was er nicht gelesen hat, bindet ihn nur, wenn es ihn nicht treuwidrig benachteiligt, ist es viel einfacher, Verträge abzuschließen. Die Regelung wirkt transaktionskostenminimierend und damit effizienzsteigernd. Was der Staat als angemessen ansieht, kann freilich nur die *default rule*, der Lückenbüßer, sein, wenn die Parteien nicht tatsächlich freien Willens sind und bewusst eine andere Lösung gewählt haben. Der Vorrang der Individualabrede ist daher notwendig und eben diese tatsächliche Einigung muss – ökonomisch betrachtet – als Grundsatz Bestand haben vor dem Gesetz. Freilich ist dies nicht immer so. Auch der Ökonom erkennt, dass nicht in allen Situationen die bewusste vertragliche Einigung das optimale Ergebnis darstellt, und er hat es sich zur Aufgabe gemacht, diese besonderen Situationen zu beschreiben, in denen ein lenkender Eingriff des Gesetzes zulässig, ja geboten erscheint. Sehr unterschiedliche Argumente können hier gesichtet werden: Teilweise entstammen sie der neoklassischen Mikroökonomik, teilweise der Volkswirtschaftslehre, teilweise greifen sie entscheidungstheoretische Ansätze auf. Auch der Jurist kann davon lernen.

## 2. Wirtschaftliches Gefälle

Das wirtschaftliche Gefälle allein – und das sollte am Anfang stehen – ist in den seltensten Fällen ein solcher Grund zur Korrektur, denn die Tatsache, dass zwei Vertragspartner unterschiedliche finanzielle Ressourcen haben, kann für sich allein noch nicht die Effizienz des Vertragsschlusses in Frage stellen. Die meisten Menschen haben sehr viel weniger Geld als der Shell-Konzern, aber dennoch bedarf es nicht einer Schutzgesetzgebung für den Kaufvertrag beim Tanken. Das Gefälle wird erst erheblich – das wusste schon Schmidt-Rimpler –, wenn es der anderen Seite nicht mehr möglich ist, vom Vertrag Abstand zu nehmen, wo sie so sehr darauf angewiesen ist, dass jede Vertragsbedingung akzeptiert wird.<sup>22</sup>

Hier besteht dann die gleiche Situation wie in den Fällen eines Monopolisten, der ohne Wettbewerb seinen Preis alleine bestimmen kann. Allerdings ergibt sich diese Einschränkung nicht aus dem Blick auf die einzelnen Vertragsparteien, denn für den Arbeitnehmer ist es immer noch besser, zu schlechten Bedingungen zu arbeiten, als ohne Lohn und Brot dazustehen – eben deshalb stimmt er dem Vertrag zu. Das Bild wechselt jedoch, bezieht man alle Verträge mit hinein: Die Ineffizienz eines Monopols ist eine ökonomische Binsenweisheit, weil es an der Konkurrenz fehlt, die die ökonomische Richtigkeit des Vertragsinhalts gewährleistet. Ein Vertrag „Geld oder Leben“ ist also ebenso nicht effektiv, auch wenn notgedrungen lieber gezahlt als gestorben wird. Dieses Phänomen führte zum Pauperismus des 19. Jahrhunderts: Das Industrieproletariat unterbot sich gegenseitig in seinem Arbeitslohn, um einen Arbeitsplatz zu bekommen. Gesamtgesellschaftlich – also alle solche Vertragsschlüsse zusammengenommen – war dies wohlstandsmindernd: Wenn einer ganzen Bevölkerungsgruppe die Möglichkeit zur Weiterentwicklung und zum Konsum genommen wird, dann fehlen Abnehmer der Produkte und Menschen, die durch berufliche Qualifizierung effizienzsteigernde Produktion ermöglichen.

Trotz hoher Arbeitslosigkeit ist dies heute nicht mehr der Fall. Wenn auf Entgeltfortzahlung nach mehr als sechs Wochen im Jahr verzichtet wird, oder wenn der Kündigungsschutz gegen Abfindung verkürzt werden soll und dies als unzulässig gewertet wird, dann geht es nicht darum, die Verarmung der Massen zu verhindern; dafür sorgt schon das Sozialrecht. Der Arbeitnehmer könnte genauso gut Nein sagen und sich bei einem anderen Arbeitgeber bewerben, solange hier kein Kartell der Arbeitgeber besteht, das ein Ausweichen unmöglich macht. Allerdings mag hieraus ein Tendenzargument gewonnen werden, was immer schon im arbeitsrechtlichen Bewusstsein war: Je unqualifizierter ein Arbeitnehmer ist, desto geringer ist seine Verhandlungsstärke, desto eher bedarf er des Schutzes des Staates, der Mindestarbeitsbedingungen festlegt. So belegen Studien anschaulich, dass ein Mindestlohn keinen oder doch nur einen unwesentlichen Einfluss auf die Arbeitslosigkeit hat, wohl aber geeignet ist, das soziale Abdriften ganzer Bevölkerungsschichten zu verhindern. Hier spielen dann auch weniger ökonomische Argumente eine Rolle als vielmehr Aspekte der Verteilungsgerechtigkeit, gegenüber denen das Pareto-Kriterium blind ist. Ob diese Umverteilung freilich nicht über das Vertragsrecht, sondern über direkte Staatszuwendungen oder aber Steuern erreicht werden sollte, ist offen.

### 3. Informationsgefälle

Ein zweiter Punkt, der Grund zum Eingriff in den Vertrag sein kann, ist ein mögliches Informationsgefälle: Wer bessere Informationen hat, den Wert des Geschäftes zu beurteilen, hat in der vertraglichen Einigung einen Vorteil. Die Nobelpreisträger des vergangenen Jahres, ihnen voran George Akerlof, haben dies eindrucksvoll dargelegt. Das Irrtumsrecht und das Insiderrecht sind hier Paradigma, jedoch hat bereits vor mehr als zehn Jahren Fleischer in seiner Habilitationsschrift dem Juristen umfassend die Bedeutung der Informationsasymmetrie im Vertragsrecht auch für andere Gebiete dargelegt.<sup>23</sup> Das Arbeitsrecht findet sich leider nicht hierin, aber man mag Beispiele hinzufügen: Weiß der Arbeitnehmer nicht um die wirtschaftlichen Schwierigkeiten seines zukünftigen Arbeitgebers oder schätzt er sie falsch ein, wird er vielleicht auf einen Kündigungsschutz verzichten, weil er denkt, er sei nicht erforderlich; oder noch deutlicher: Weiß der Arbeitnehmer nicht, dass das Produkt, das er herstellen soll, gefährlich ist, wird er nicht auf Schutzmaßnahmen bestehen, die er bei entsprechender Kenntnis für absolut notwendig erachtet hätte.

### 4. Intellektuelles Gefälle

Eng mit dem vorgenannten Punkt hängt ein mögliches intellektuelles Gefälle als Grund zum Eingriff in den Vertrag zusammen: Wer gar nicht weiß, dass er nicht weiß, der ist noch viel schutzbedürftiger, als der, der weiß, dass er unvollständige Informationen für den Vertragsabschluss besitzt. Das Recht zeichnet dies im Schutz des Minderjährigen und Betreuten nach, aber dies ist nur die Reinform einer schützenswerten Personengruppe, eine geglückte Vertypung, der sich andere, wenn auch weniger eindeutige Fälle hinzugesellen können. Anfechtung wegen Irrtum, Täuschung oder Zwang, *culpa in contrahendo* oder internationaler: *mistake* und *undue influence*, und auch der Schutz vor Übereilung durch Widerrufsrechte und Formvorschriften sind Rechtsinstitute, die auch eine ökonomische Berechtigung haben: All dies sind Situationen, in denen ein Vertragspartner gehindert ist, seine eigenen Präferenzen in Bezug auf den Vertragsabschluss zu erkennen und zu formulieren. Der Vertragspartner soll aber die Chance haben, durch den Vertrag seinen Interessen zu dienen. Bildet er sie falsch, dann ist das Ergebnis ineffizient: Er gibt Wertvolleres für Wertloseres; das Saldo ist negativ, während die Vorstellung vom effizienten Vertragsabschluss ja gerade in der beidseitigen Besserstellung der Parteien liegt.

### 5. Begrenzte Rationalität

Als letzter Punkt soll auf ein Phänomen hingewiesen werden, das vergleichsweise jung in der ökonomischen Literatur ist: Der Mensch handelt in bestimmten Situationen nicht rational, auch wenn er glaubt, eine logisch nachvollziehbare Entscheidung getroffen zu haben. Es ist Verdienst vor allem der Entscheidungstheorie, hier einige typische Situationen in ihr System einbezogen zu haben.<sup>24</sup> Sie modifizierte den Ansatz der neoklassischen Mikroökonomik dahingehend, dass menschliches Verhalten nicht gänzlich rational, sondern lediglich *bounded rational* ist, d.h. es ist *intendently rational, but only limited so*.<sup>25</sup>

Typische Situationen sind hier zum Beispiel die Tendenz, bestimmte Risiken für die eigene Person als geringer einzuschätzen als für andere gleichbetroffene Personen: Obwohl mehr und mehr Ehen geschieden werden, hält der frisch Verheiratete ein Scheitern seiner Ehe oftmals für unwahrscheinlich, mag er für andere Neuvermählte das Risiko durchaus sehen. Der Mitgründer einer Gesellschaft stimmt einer Buchwertklausel zur Abfindung zu, weil er sein Risiko des Ausscheidens als geringer ansieht als das anderer. Wer raucht, schließt für sich selber aus, dadurch Krebs bekommen zu können, mag er auch die Statistiken kennen. Das hat auch im Arbeitsrecht Bedeutung: Wer sich eine Betriebsrente versprechen lässt, dem mag die Schutzlosigkeit seiner Anwartschaften vielleicht erträglich erscheinen, weil er davon ausgeht, das Unternehmen werde schon nicht insolvent, und weil es auch nicht nötig werde, dass er von sich aus den Arbeitgeber wechselt. Weil aber auf lange Sicht dieses Risiko tatsächlich besteht, existiert das Gesetz zur betrieblichen Altersversorgung, das einen Schutz garantiert, der individualvertraglich vielleicht oder typischerweise nicht vereinbart werden würde.

### 6. Eine zweite Zwischenbilanz

Nach diesem kleinen Rundgang durch mögliche Gründe zur Korrektur eines Vertrags soll eine zweite Zwischenbilanz versucht werden: Die These, Eingriffe in den Vertrag seien stets ineffizient, ist unzutreffend. Das allein ist bereits eine wichtige Feststellung, befreit sie den Arbeitsrechtler doch vom kategorischen Vorwurf, ein markt- und wohlstandsfeindliches Rechtsgebiet zu verteidigen. Zum Zweiten: Verfassungsrechtliche und ökonomische Bahnen laufen oftmals parallel. Es ist auch ökonomisch sinnvoll, beim Eingriff in den Vertrag an der Unfreiheit der

Entscheidung im weitesten Sinne festzumachen, sei diese Unfreiheit in Informationsdisparität, intellektuellem Gefälle oder irrationalen Verhalten begründet.<sup>26</sup>

## V. SCHLUSSFOLGERUNGEN

Bricht man beide Perspektiven nun auf die einzelnen Fallgruppen des Arbeitsrechts herunter, dann empfiehlt es sich, den Individualvertrag als die reinste Ausprägung der Vertragsautonomie an den Anfang zu stellen und erst dann zum kollektiven Arbeitsrecht, also zum Betriebsverfassungs- und Tarifrecht, überzugehen. Drei Beispiele sollen der Erläuterung dienen: die Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen, einige Neuerungen im Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) und der Unterlassungsanspruch der Gewerkschaften bei tarifwidrigen Betriebsvereinbarungen.

### 1. Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen

Was vorformuliert wird, soll auf seine Angemessenheit hin überprüft werden. Diese Neuerung des § 310 BGB wurde durch die vorangegangenen Überlegungen bestätigt. Die grundlegende Entscheidung des Gesetzgebers, die Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen in das Arbeitsrecht hineinzutragen, ist also zu begrüßen. Es ist auffällig, dass sich das BAG in der letzten einschlägigen Entscheidung für das Gegenteil entschieden hat, vor allem gestützt auf das – zugegebenermaßen gewichtige – Argument, der Gesetzgeber habe dies in § 23 des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG) ausdrücklich so angeordnet – *sit pro ratione voluntas*.<sup>27</sup> Dieser Grund wird künftig wegfallen. Betrachtet man freilich die bisherige Rechtsprechung näher, so fällt insbesondere bei den Rückzahlungsklauseln und bei den Wettbewerbs- und Nebentätigkeitsverboten auf, dass bei ihrer Gültigkeit keine Rolle zu spielen scheint, ob sie individualvertraglich ausgehandelt oder aber vorformuliert vom Arbeitgeber gestellt wurden. Das BAG erklärte nicht nur Allgemeine Arbeitsbedingungen, sondern auch individualvertragliche Abreden für unwirksam, sofern „ein verständiger Arbeitgeber“ für sie „im Gefolge der Grundsätze des deutschen Arbeitsrechts [...] keine sachliche Rechtfertigung beanspruchen kann“.<sup>28</sup> Das Gericht stützte sich hier mal auf die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers,<sup>29</sup> mal auf das „aus der Sozialstaatlichkeit abzuleitende Arbeitnehmerschutzprinzip“.<sup>30</sup> Zuweilen genügte ihm bereits der bloße Hinweis auf

eine allgemein anerkannte Vertragskontrolle kraft Richterrechts,<sup>31</sup> welche bei allen Vertragswerken eingreifen müsse, deren Zustandekommen in einer Situation gestörter Vertragsparität wurzele.<sup>32</sup>

Dem entspricht es, dass in § 3a des Entwurfs der Arbeitsgesetzbuchkommission von 1977 eine richterliche Billigkeitskontrolle bei jeder arbeitsvertraglichen Vereinbarung vorgesehen ist, die die Belange des Arbeitnehmers nicht in angemessener Weise wahrt.<sup>33</sup> Unabhängig davon, ob und inwieweit man einen Unterschied in Billigkeitskontrolle und Inhaltskontrolle sehen will: Solch ein weites Mandat des Richters zur Vertragskorrektur kann dem Gebot der Entfaltung der Vertragsautonomie nicht entnommen werden, denn eine gestörte Vertragsparität kann nicht bei allen Arbeitnehmern und in jeder Situation angenommen werden, man denke an Piloten und Fußballspieler oder auch nur an IT-Spezialisten und Rechtsanwälte in Topkanzleien. Hier kann das Ja zum Vertrag durchaus ein freies Ja sein.

Die Begründung, die für die Inhaltskontrolle in den genannten Fällen gegeben wird, stellt denn auch nicht auf die Vertragsautonomie und die Richtigkeitsgewähr des Vertragsschlusses ab. Sie verweist vielmehr auf gesetzgeberische Schutzlücken und die Gefahr der Gesetzesumgehung, der durch richterliche Korrektur begegnet werden müsse. Die Begründung stimmt vor dem Hintergrund des zuvor Gesagten nachdenklich: Eine Gesetzeslücke wäre nur anzunehmen, wenn die Entscheidung unfrei wäre oder aber der Vertragsautonomie kein Vorrang eingeräumt werden dürfte, weil der Schutz anderer Rechtsgüter des Arbeitnehmers oder legitimer Dritt- oder Allgemeininteressen eine Korrektur erfordern. Beides scheint nicht vorzuliegen: Wer mit dem Arbeitgeber detailliert aushandelt, wie hoch seine Jahressonderzahlung sein soll, der tut dies in aller Freiheit. Wer präzise Regelungen über Kündigung und Abfindung schafft, der wahrt in der Verhandlung seine eigenen Interessen. Legitime Drittinteressen scheinen nicht im Spiel zu sein, und dennoch unterzieht die Rechtsprechung diese Einigung einer Angemessenheitskontrolle.

Allerdings – das sei konzediert – fällt auf, dass dies Regelungen sind, die Sachverhalte betreffen, die von vornherein schlecht abzuschätzen sind und in denen die Gefahr der Fehleinschätzung, des leichtsinnigen „es wird schon nichts passieren“ besonders groß ist. Man mag daher dem Gesetzgeber zubilligen, hier anders zu werten und einen Schutz gegen Leichtsinns zu schaffen, der effizienzsteigernd wirkt, indem er einen

angemessenen gesetzlichen Ausgleich zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen vorgibt. Der Gesetzgeber hat aber nicht gehandelt; und zwingend ist das nicht, daher besteht ein *Favor* der Vertragsfreiheit.

Für die eventuell verbleibenden Fälle der Vertragskontrolle unfreier *Individualentscheidung* bilden die §§ 305 ff. BGB keinen geeigneten Anker. Wieweit hier die Grenze gehen wird, wird im Schrifttum seltener diskutiert. Ihre Festlegung scheint die ungleich schwierigere Frage zu sein. Dass es eine Grenze geben sollte, wird auch durch Schaffung des § 310 BGB nicht in Frage gestellt: Wie schon der Bürgschaftsfall nicht über das AGBG gelöst werden konnte, wird es auch zukünftig im Arbeitsrecht Fälle geben können, bei denen die Unfreiheit der Entscheidung des Arbeitnehmers zur Korrektur zwingen kann, auch wenn keine vorformulierten Vertragsbedingungen vorliegen. Auch Beispiele, die bisher in der Rechtsprechung kaum Gefolgschaft gefunden haben, könnten hier diskutiert werden. So mag man überdenken, ob auch die unausgewogensten Fälle eines Aufhebungsvertrags wirklich von der Rechtsordnung kommentarlos zu akzeptieren sind: Hier sind Situationen denkbar, und viele Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte bieten hierfür Beispiele, in denen der besondere Druck verhindert, dass sich der Arbeitnehmer über seine eigenen Interessen hinreichend klar wird.<sup>34</sup> Wenn man denn eine Regelungslücke im Arbeitsrecht annehmen wollte, dann scheint sie sich hier zu befinden, denn eine Lösung vom Vertrag wäre hier Entfaltung der Vertragsfreiheit des Arbeitnehmers, nicht Beschränkung. Dieser Weg ist auch zukünftig nicht versperrt, allerdings wird man nach Geltung des § 310 BGB sich ein wenig mehr Mühe geben müssen, die Fälle unfreier Entscheidung von denen frei gewollten Vertragsinhalts zu unterscheiden. Es wird, so glaube ich, zu einer stärkeren Differenzierung des Arbeitsrechts kommen. Jean-Marc Bosman hat nur wenig gemein mit Ayse Süzen oder Christel Schmidt – oder mit anderen Worten: Das Arbeitsverhältnis des Fußballers ist ein ganz anderes als das einer Reinigungskraft, und es ist sinnvoll, die Schutzgesetzgebung hieran anzupassen.

## 2. Betriebsverfassung

Geht man einen Schritt weiter zur Betriebsverfassung, so wird man auf ähnliche Phänomene stoßen. Allerdings wird der Geltungsgrund der Betriebsverfassung nicht allgemein gleich gesehen. Während einige davon ausgehen, es sei die Privatautonomie als gebündelte Privatautonomie, die den durch Wahl legitimierten Betriebsrat zum Handeln ermächtigt,<sup>35</sup>

nimmt die wohl herrschende Meinung an, allein die Delegation des Staates sei es, die dem Betriebsrat seine Rechte verleiht.<sup>36</sup> Unabhängig davon ist jedoch anerkannt, dass der Betriebsrat nicht für den Einzelnen oder die Mehrheit spricht, sondern er ist Repräsentant der gesamten Belegschaft. Die Ausgleichsfunktion unter den einzelnen Individualinteressen bringt es mit sich, dass in die individualvertraglich begründeten Positionen eingegriffen werden kann; das kollektive Günstigkeitsprinzip bei der Abänderung von Gesamtzusagen durch Betriebsvereinbarungen ist wahrscheinlich das prominenteste Beispiel.<sup>37</sup>

Die Grenzziehung im Einzelnen auszuloten, ist eine Aufgabe, die den Rahmen dieses Beitrages sicherlich sprengen würde; bereits vor einiger Zeit hat es noch einmal Georg Annuß unternommen, die Bandbreite möglicher Argumente aufzuzeigen.<sup>38</sup> Ich will daher hier die Frage auf einen anderen Aspekt verengen: Nicht inwieweit darf der Betriebsrat seine Rechte gegen den Willen des einzelnen Arbeitnehmers ausüben, sondern: Inwieweit darf es eine Betriebsverfassung gegen oder ohne den Willen des Betriebsrats geben? Auch bei dieser Wertung muss dazu Stellung bezogen werden, inwieweit es einen Schutz des Arbeitnehmers geben kann, obwohl er selber auf diesen Schutz verzichten will. Die Frage stellt sich verstärkt nach den Neuerungen, die das Betriebsverfassungsreformgesetz am 28. Juli 2001 für das Betriebsverfassungsgesetz gebracht hat. „Wer schützt vor dem Betriebsrat?“ betitelt damals Neef einen Beitrag in der *Neuen Zeitschrift für Arbeitsrecht*,<sup>39</sup> und in der Tat, die Fälle, in denen Betriebsratsstrukturen der Belegschaft übergestülpt wurden, sind zahlreicher geworden: Der Gesamtbetriebsrat und der Konzernbetriebsrat sind nun auch für Betriebe und Unternehmen zuständig, die über keinen Betriebsrat verfügen und ihn daher nicht durch Entsendung von Mitgliedern legitimiert haben. Sie können zudem nun gemäß § 17 Abs. 2 des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG) in Betrieben ohne Betriebsrat einen Wahlvorstand zur Wahl eines Betriebsrats bestellen. Die Gesetzesbegründung nennt dies gefällig das Mentorenprinzip; andere sprechen von aufgedrängter Bereicherung<sup>40</sup> und machen damit deutlich, dass hier nicht allein eine unterstützende Funktion eingeräumt wird, sondern dass der Gesamt- oder Konzernbetriebsrat seinen Willen an die Stelle des Willens der Belegschaft setzen kann. Die Neuregelung gewinnt an Schärfe, macht man sich deutlich, dass nicht ganz klar ist, ob nicht nur ein Recht des Mentors besteht, tätig zu werden, sondern auch eine Pflicht: Die Erläuterungen des Regierungsentwurfs deuten in die letztere Richtung, denn in der Begründung zu § 17 Abs. 2 BetrVG

sprechen sie von der „Verpflichtung“ des Gesamtbetriebsrats bzw. Konzernbetriebsrats, einen Wahlvorstand zu bestellen.<sup>41</sup>

Wann nun ist solche Fremdbestimmung gerechtfertigt? Einige betriebswirtschaftliche Studien sagen nie, denn wenn es eine effektive Institution wäre, würde sie sich auf freiwilliger Basis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer herausbilden. Das Zahlenmaterial, auf das sie sich stützen, ist durchaus beeindruckend. Wir argumentieren jedoch *de lege lata*, nicht *de lege ferenda*, und daher ist nach dem Zweck der Regelung zu fragen, unabhängig von deren ökonomischer Sinnhaftigkeit. Der Minderheitenschutz kann es nicht sein, denn auch ohne Mentorenprinzip können bereits 10 Prozent der Belegschaft die Errichtung eines Betriebsrats durchsetzen. Zudem wäre es auch inhaltlich weit über das Ziel hinausgeschossen, denn die Rechte des Betriebsrats reichen sehr viel weiter als es zum Minderheitenschutz erforderlich wäre. Sie sind umfassende Beteiligungsrechte, nicht allein solche, die die Minderheit gegen die Mehrheit schützen wollen. Man wird vom Zweck der Mitbestimmung argumentieren müssen: Der liegt darin, die Abhängigkeit der Belegschaft vom Arbeitgeber zu mindern, ihre Mitgestaltung zu ermöglichen in den Fragen, die auch und vor allem sie betreffen.<sup>42</sup> Letztlich ist es die „Demokratisierung des Betriebs“, die eine Signalwirkung auch über den betrieblichen Bereich hinaus hat, oder wie ich es in einem amerikanischen Lehrbuch zum *labor law* gelesen habe: „Democratic values are furthered by enabling workers to have a say in the setting of work conditions“.<sup>43</sup> Dies darf nicht gegen den Willen der Belegschaft geschehen, unabhängig davon, wie man das Verhältnis von privatautonomer und demokratischer Entscheidungsfindung abstrakt bestimmen mag. Es gibt daher keine Wahlpflicht zum Betriebsrat, so wie es auch keine Wahlpflicht zum Parlament geben kann. Die Betriebsverfassung ist ein Angebot an die Belegschaft, kann ihr aber nicht aufgestülpt werden, wenn sie sich aus freien Stücken dagegen entscheidet. Denn es besteht kein Anlass dafür, der Demokratie stets den Vorrang vor der Autonomie einzuräumen. Der Ausgleich beider Prinzipien kann nicht in der einseitigen Durchsetzung des einen zu Lasten des anderen liegen.

Einige Belegschaften ganzer Unternehmen haben sich gegen die Betriebsverfassung entschieden. Typischerweise sind dies Arbeitnehmer, die prima facie als nur wenig schutzbedürftig anzusehen sind; SAP Walldorf ist da wohl das prominenteste Beispiel. Die Entscheidung gegen den Betriebsrat kann in der Tat gute Gründe haben, und es besteht keine

Vermutung gegen die Sinnhaftigkeit des Verzichts: Eine Betriebsverfassung kostet Geld und auch wenn das BetrVG ein Umlageverbot vorsieht, anders etwa als das österreichische Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG),<sup>44</sup> und die Rechtsprechung sehr weitgehend eine Veröffentlichung der Betriebsratskosten gegenüber der Belegschaft nahezu unmöglich macht<sup>45</sup> – weil dies eine Behinderung der Betriebsratsarbeit sei –, gilt dennoch: Irgendwo muss der Arbeitgeber das Geld hernehmen, und vielleicht würde er das gesparte in die Gehaltszahlung einfließen lassen.

Darüber hinaus können sich die Beteiligungsrechte des Betriebsrats durchaus auch gegen den einzelnen Arbeitnehmer wenden. Wenn mehr als 90 Prozent der Arbeitnehmer eines Betriebs diese Fremdbestimmung ablehnen, dann trägt derjenige die Begründungslast, der der verbleibenden Minderheit dennoch das größere Gewicht zubilligen will: Die Belegschaft mag vor Augen haben, dass ihre Gesamtzusage durch eine ablösende Betriebsvereinbarung bedroht wäre; sie mag Vorbehalte dagegen haben, dass ein allzu willfähriger Betriebsrat zu schnell geneigt sein könnte, der Einführung von Kurzarbeit gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG zuzustimmen; sie mag es scheuen, dass ein von den Tarifvertragsparteien ermächtigter Betriebsrat von tarifvertraglichen Öffnungsklauseln Gebrauch macht. Warum sollte es hier der Gesetzgeber besser wissen als die Belegschaft? Mir erscheint dies als eine unvorsichtige Missachtung der privatautonomeren Entscheidung, für die es keine hinreichende Rechtfertigung gibt. Solange diese eigenverantwortlich getroffen wurde, ist sie zu respektieren.

Freilich ist auch hier wieder darauf zu achten, dass die Entscheidung der Belegschaft tatsächlich frei ist und unbeeinflusst vom Druck eines Arbeitgebers, der sich einem drohenden Betriebsrat mit allen lautereren und vielleicht auch unlauteren Mitteln entgegenstemmen will: Die neue Regelung in § 15 Abs. 3a KSchG, wonach die Initianten der Betriebsratswahl Kündigungsschutz genießen, sichert diese Freiheit und ist daher zu begrüßen. Nicht jede Neuerung ist also zu verwerfen, freilich sind sinnvolle Vorschläge auf der Strecke geblieben: Wirtschaftsminister Werner Müller schlug 2001 vor, die Errichtung eines Betriebsrats an eine Wahlbeteiligung von mindestens 30 Prozent zu knüpfen. Dies wäre ein Schritt in die richtige Richtung gewesen.

### 3. Tarifvertragsrecht

Ein letzter kurzer Blick auf das Tarifvertragsrecht. Auch hier lassen sich parallele Argumentationslinien aufbauen. Der Arbeitsrechtler denkt wohl zuerst an den Burda-Beschluss.<sup>46</sup> Ein Verlagshaus in Süddeutschland schloss mit seinem Betriebsrat eine Vereinbarung, dass anstehende betriebsbedingte Kündigungen nicht ausgesprochen werden sollen, dafür aber die Belegschaft auf einen Teil ihres Entgelts verzichtet. 98,5 Prozent der Arbeitnehmer stimmten zu und schlossen entsprechend geänderte Arbeitsverträge ab. Die Gewerkschaft, die den Tarifvertrag mit dem Arbeitgeberverband abgeschlossen hatte, dem der Verlag – die Burda AG – angehörte, wollte dies nicht mitmachen. Sie klagte auf Unterlassung: Dem Arbeitgeber solle untersagt werden, die untertarifliche Entlohnung zu praktizieren. Der Kläger erhielt recht. Das Bundesarbeitsgericht räumte zwar ein, die Entscheidung der Arbeitnehmer, lieber weniger Lohn als gar keinen Lohn zu akzeptieren, könne eine „durchaus vernünftige Reaktion“ sein, jedoch habe die Gewerkschaft ein Recht darauf, die Einhaltung ihres Tarifvertrags unabhängig vom Willen der betroffenen Arbeitnehmer zu schützen.

So einschränkungslos formuliert scheint mir das Ergebnis falsch. Prüfstein muss auch hier sein, ob der Arbeitsvertrag auf dem freien Willen des Arbeitnehmers beruht, ohne Irrtum und ohne Zwang. Gegen erpresste Entscheidungen abzuschirmen, ist ein legitimes Anliegen des Arbeitsrechts, und auch die Privatautonomie wird hierdurch nicht beeinträchtigt, sondern entfaltet. Liegt jedoch eine freie Entscheidung vor, dann spricht zu wenig dafür, den Schutz des Arbeitnehmers ihm selbst zur Last werden zu lassen. Insbesondere ist kein hinreichendes Eigeninteresse der Gewerkschaften anzuerkennen, das gewichtig genug wäre, die Privatautonomie zu beugen. Allerdings sind diese unmittelbar aus Art. 9 Abs. 3 GG berechtigt: Gewerkschaftliches Wirken genießt verfassungsrechtlichen Schutz und dessen wesentlicher Bestandteil ist der Abschluss von Tarifverträgen. Das legt nahe, auch diese zu schützen. Doch diese Koalitionsbetätigungsfreiheit kann nicht weiter reichen als die der Arbeitnehmer, in deren Dienst sie steht. Die Gewerkschaften sind um der Arbeitnehmer willen da, nicht umgekehrt. Dies wird insbesondere an der Entwicklungsgeschichte der Dogmatik zu dieser Norm deutlich.<sup>47</sup> Die Eigenberechtigung der Koalitionen wurde stets nur als ein verstärkendes Element der Berechtigung des Arbeitnehmers verstanden, nicht als eine Berechtigung, die unabhängig von ihr existiert.<sup>48</sup> Löst man sie von diesem Grund, wird sie funktionswidrig.

Wann aber ist die Entscheidung der Arbeitnehmer, auf ihren Tariflohn verzichten zu wollen, tatsächlich frei? Es ist nicht zu leugnen, dass es einen ganz erheblichen Druck bedeuten kann, wenn ein Arbeitgeber droht, er werde die Produktion einstellen müssen, wenn nicht ein Lohnverzicht vereinbart werde. Dies ist eine Waffe, oftmals wirksamer als jedes Arbeitskämpfungsmittel, wie Rieble einmal festgestellt hat – und dennoch ist sie keinen Beschränkungen unterworfen. Ein Blick in das US-amerikanische Kollektivarbeitsrecht mag weiterführende Anregungen geben: In der Entscheidung *NLRB v. Gissel Packing Co.*<sup>49</sup> hatte das *National Labor Relations Board* bereits vor mehr als dreißig Jahren zu entscheiden, ob die Ankündigung eines Arbeitgebers, dass er seinen Betrieb schließen müsse, wenn er zu einem bestimmten Tarifabschluss gezwungen werde, eine verbotene und unter Umständen zu Schadensersatz verpflichtende *unfair labor practice* war oder nicht. Das *Board* unterschied zwischen Drohungen und bloßen Vorhersagen. Entscheidendes Abgrenzungskriterium war, ob der Arbeitgeber lediglich in vorsichtiger Form auf eine wahrscheinliche, nachweisbare Folge hinweist, die außerhalb seiner Kontrolle liegt, oder ob er eine Drohung ausspricht. Die erste Alternative sei zulässig, die zweite nicht. Würde man einen solchen Schutz auch im deutschen Recht schaffen, dann wäre ein gewerkschaftlicher Unterlassungsanspruch wohl entbehrlich, *de lege lata* scheint es sinnvoll, ihn eben auf diese Fälle zu begrenzen.

### VI. SCHLUSS

Ein Resümee fällt nicht ganz leicht. Keine Lösung für Einzelfälle konnte hier formuliert werden, jedoch sprechen gute Gründe für ein Tendenzargument: Mehr Dispositionsfreiheit im Arbeitsrecht lautet das Petikum. Eine gesetzliche Regelung, die stets unabdingbar ist, ist schlechter als eine, die aus guten Gründen von Arbeitnehmer und Arbeitgeber einvernehmlich geändert werden kann. Die Forderung der Bürgerschaftsentscheidung ist ernst zu nehmen, auch in die Gegenrichtung: Wo eine typisierbare Fallgestaltung vorliegt, dass ein Vertrag nicht aufgrund ungleicher Verhandlungsmacht geschlossen wurde, ist er nicht zu korrigieren. Gelingt es dem Gesetzgeber, solche typischen Situationen zu erfassen, bei denen angenommen werden kann, die Entscheidung des Arbeitnehmers ist tatsächlich frei getroffen, dann dient es der Effizienz des Arbeitsrechts und entspricht es der verfassungsrechtlich vorgegebenen Privatautonomie, hier Eigenbestimmung vor Fremdbestimmung gehen zu lassen. Ist die Entscheidung aber nicht ganz so frei, dann sollte man über eine

gesetzgeberische Korrektur nachdenken, auch in Fällen, in denen bisher die Rechtsprechung anderer Auffassung ist – das Stichwort Aufhebungsvertrag ist schon gefallen. Ein Weg zurück zu Lochner ist damit nicht verbunden, denn Scylla zu wählen, wenn Charybdis droht, ist keine Freiheit, sondern der Zwang zum kleineren Übel. Der kranke Arbeitnehmer des Eingangsfallles hätte jedoch die Chance darauf, in Arbeit und Brot zu bleiben und seinen angestammten Arbeitsplatz nicht zu verlieren. Arbeitnehmer und Arbeitgeber könnten also „das Beste“ aus der Situation machen. Bereits ein Arbeitsloser weniger ist ein Erfolg für das Arbeitsrecht. Ich denke, nachdenken lohnt sich.

- 1| *Lochner v. State of New York* 198 US 45 (1905): „The employee may desire to earn the extra money, which would arise from his working more than the prescribed time, but this statute forbids the employer from permitting the employee to earn it [...]. There is no reasonable ground for interfering with the liberty of person and the right of free contract, by determining the hours of labor, in the occupation of a baker. There is no contention that bakers as a class are not equal in intelligence and capacity to men in other trades or manual occupations, or that they are not able to assert their rights and care for themselves without the protecting arm of the State, interfering with their independence of judgement and of action.“ Zu diesem landmark case des US-amerikanischen Verfassungsrechts siehe auch Gunther/Sullivan, *Constitutional Law*, S. 465 ff.; Stone/Seidmann/Sunstein/Tushnet, *Constitutional Law*, S. 796 f.
- 2| BAG, 12.02.1989, DB 1989, S. 2075; BAG, 29.07.1993, DB 1993, S. 2439; siehe hierzu auch v. Hoyningen-Huene/Linck, § 1 KSchG RdNr. 233 ff.; Erk-Ascheid, § 1 KSchG RdNr. 228 ff.; Stahlhacke/Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz, 7. Aufl. 1999, RdNr. 743a, die von einer „Paradoxie des Sozialstaats“ sprechen.
- 3| Hueck/Nipperdey, *Arbeitsrecht*, Bd. 1, 6. Aufl., S. 25: „Das Arbeitsrecht ist also zunächst einmal Arbeitnehmerschutzrecht, wobei dieser Begriff im weitesten Sinn zu verstehen ist.“
- 4| BVerfG, 02.05.1996, NJW 1996, S. 2021; BVerfG, 19.10.1993; BVerfGE 89, S. 214 <231>; BVerfG, 23.04.1986; BVerfGE 73, S. 261 <270>; BVerfG, 12.12.1958; BVerfGE 8, S. 274 <328>; BAG, 15.01.195; BAGE 1, S. 258 <270>; Erichsen in: Isensee/Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VI, S. 1210 RdNr. 58; Zöllner, AcP 1996, S. 1 <25>.
- 5| Siehe auch Canaris, AcP 200 (2000), S. 273 <300>.
- 6| BVerfG, 07.02.1990; BVerfGE 81, S. 242; BVerfG 19.10.1993; BVerfGE 89, S. 214 <229 ff> = JZ 1994, S. 408 mit Anmerkung von Wiedemann; bestätigt durch BVerfG, 05.08.1994, NJW 1994, S. 2749. Aus der umfangreichen Diskussion siehe Wiedemann, JZ 1994, S. 411 <412>; Honsell, NJW 1994, S. 565 f.; Preis/Rolfs, DB 1994, S. 261 <264>; Graf von Westphalen, MDR 1994, S. 5 <8>; ablehnend Adomeit, NJW 1994, S. 2467 ff.
- 7| BGH, 16.03.1989, NJW 1989, S. 1605.
- 8| Fastrich, *Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*, 1992; Preis, *Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht*, 1993.
- 9| Singer, JZ 1995, S. 1133 <1138>.

- 10| BVerfG, 27.01.1998; BVerfGE 97, S. 169; siehe hierzu auch BAG, 21.02.2001, NZA 2001, S. 833.
- 11| Kritisch, jedoch sehr informativ Hillgruber, *Der Schutz des Menschen vor sich selbst*, 1992; hierzu Singer, JZ 1995, S. 1133 m.w.N.; Heinrich, *Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit*, 2000, S. 136 ff.
- 12| VG Karlsruhe, 11.12.1987, JZ 1988, S. 208 ff.; BVerfG, 07.10.1981; BVerfGE 58, S. 208 ff.
- 13| BVerfG, 16.03.1982; BVerfGE 60, S. 123 ff.
- 14| BVerwG, 15.12.1981; BVerwGE 64, S. 274. Hierzu, und auch dazu, dass die Rechtsprechung heute auf andere Argumente abstellt, Hillgruber, a.a.O., S. 104 ff.
- 15| BVerfG, 06.03.1982; BVerfGE 60, S. 123 <132>.
- 16| Eingehend zu den verschiedenen Ansätzen paternalistischer Gesetzgebung im Vertragsrecht Kronman, *Paternalism and the Law of Contracts*, 92 Yale L.J. 763 Y, 1983.
- 17| Stern, *Staatsrecht*, Bd. III 2, S. 912 ff.; siehe eingehend auch Amelung, *Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes*, 1981, S. 79 ff.; Singer, *Die Lehre vom Grundrechtsverzicht und ihre „Ausstrahlung“ auf das Privatrecht*, *Gedächtnisschrift Jeand'Heur*, 1999, S. 171 ff.; Heinrich, *Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit*, 2000, S. 137 ff.
- 18| Siehe BVerfG, 19.10.1971; BVerfGE 32, S. 98 – „Gesundbeter“.
- 19| Zum französischen Recht siehe Art. L. 931 Code Civil (Schenkung) und zum US-Recht § 110 Abs. 1 lit. d) Restatement 2nd Contract (Immobilienverkauf). Siehe hierzu auch Farnsworth, *Promises and Paternalism*, 41 Wm. & Mary L. Rev. 385, 2000.
- 20| Kleinhenz und Hanau, *Gutachten B und C zum 63. Deutschen Juristentag* 2000.
- 21| Grundlegend Coase, *The Problem of Social Costs*, *Journal of Law and Economics*, Bd. 3, S. 1; dazu auch Schäfer/Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 3. Aufl. 2000, S. 90; Posner, *Economic Analysis of Law*, 5. Aufl. 1994, S. 87 ff.
- 22| Schmidt-Rimpler, *Grundlagen einer Erneuerung des Vertragsrechts*, AcP 147 (1941), S. 157 und ders., *Zum Vertragsproblem*, *Festschrift Raiser*, 1974, S. 3 ff.; siehe dazu und insbesondere unter dem Blickwinkel des Tarifvertragsrechts Enderlein, RdA 1995, S. 264.
- 23| Fleischer, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, 2000.
- 24| Zur Entscheidungstheorie, ihren Ursprüngen und ihre Weiterentwicklung vgl. den Überblick bei Fleischer, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, S. 110 ff.
- 25| So die prägende Formulierung durch Simon, *Administrative Behavior*, S. XXIV. Dazu siehe auch Mercurio/Medema, *Economics and the Law – From Posner to Post Modernism*, S. 130 ff.
- 26| Ausführlicher und zwischen verschiedenen Typen des Paternalismus differenzierend Kronman, *Paternalism and the Law of Contracts*, 92 Yale L.J. 763, 1983; siehe auch mit mathematischer Herleitung Zamir, *Efficiency and Paternalism*, 84 Va. L. Rev. 229, 1998; allgemein Burrows, *Analysing Legal Paternalism*, 15 Int'l Rev. L. & Econ. 489, 1995.
- 27| BAG, 03.12.2000, NZA 2001, S. 723.
- 28| BAG, 10.05.1962, AP Nr. 22 zu § 611 BGB – Gratifikation; vgl. auch LAG Hamm, 14.08.1998, AP Nr. 208 zu § 611 BGB – Gratifikation.
- 29| BAG, 10.05.1962, AP Nr. 22 zu § 611 BGB – Gratifikation.
- 30| BAG, 26.10.1973, BB 1974, S. 696; BAG, 26.10.1973 und 18.12.1975, AP Nr. 161, 170 zu § 242 BGB – Ruhegehalt.
- 31| BAG, 21.12.1970, BB 1971, S. 522; BAG, 22.12.1970, AP Nr. 2 zu § 305 BGB – Billigkeitskontrolle.

- 32| BAG, 31.10.1969, AP Nr. 1 zu § 242 BGB – Ruhegehalt – Unterstützungskassen; BAG, 21.12.1970 und 22.12.1970, BB 1971, S. 522 und BB 1971, S. 523 = AP Nr. 1, 2 zu § 305 BGB – Billigkeitskontrolle; BAG, 19.06.1970, 10.05.1971, 10.03.1972 und 18.12.1975, AP Nr. 144, 152, 156 und 170 zu § 242 BGB – Ruhegehalt.
- 33| Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung (Hrsg.), Arbeitsgesetzbuchkommission, Entwurf eines Arbeitsgesetzbuches – Allgemeines Arbeitsvertragsrecht, 1977.
- 34| Siehe etwa bereits das BAG, 17.10.2000, SAE 2001, S. 310 – Blomeyer.
- 35| Mit ausführlicher Begründung Lambrich, Tarif- und Betriebsautonomie, 1999, S. 203 ff.; ebenso Reuter, Festschrift Schaub, 1999, S. 605 <627 f.>; Ehmann, ZRP 1996, S. 314 <317>; Ehmann/Lambrich, NZA 1996, S. 346 <351 f.>; Wiese, ZfA 1996, S. 439 <474>.
- 36| Richardi, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, 1968, S. 316 ff.; Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rd-Nr. 1411; Reichold, Betriebsverfassung als Sozialprivatrecht, 1995, S. 539 ff.
- 37| BAG GS 16.09.1986, NZA 1987, S. 168; jüngst BAG, 28.03.2000, NZA 2001, S. 49; dazu Richardi, NZA 1987, S. 185 <187 f.>; Annuß, NZA 2001, S. 756 <760 ff.>.
- 38| Annuß, NZA 2001, S. 756.
- 39| Neef, NZA 2001, S. 361.
- 40| Rieble, ZIP 2001, S. 133 <135>: „Zwangsbeglückung“.
- 41| BT-Drucks. 14/5741, S. 38; dazu Thüsing/Lambrich, NZA-Sonderheft 2001, #.
- 42| Ausführlich und m.w.N. Lambrich, Tarif- und Betriebsautonomie, 1999, S. 127 ff.
- 43| Harper/Estreicher, Labor Law – Cases, Materials and Problems, 4. Aufl. 1996, S. 4. Grundlegend zu diesem Thema das vielbeachtete Buch von Paul Weiler, Governing the Workplace – The Future of Labor Law and Employment Law, 1990.
- 44| Zur Deckung der Kosten der Geschäftsführung des Betriebsrats kann von den Arbeitnehmern eine Betriebsumlage eingehoben werden (§ 73 ArbVG). Die Eingänge aus der Betriebsumlage bilden den mit Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Betriebsratsfonds (§ 74 ArbVG; vgl. dazu Floretta/Strasser, Kommentar zum ArbVG, 1975, S. 397 ff.; Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht, 3. Aufl. 1990, Bd. II, S. 298 ff.; Mayer-Maly/Marhold, Österreichisches Arbeitsrecht, 1991, S. 184 ff.).
- 45| BAG, 19.07.1995, NZA 1996, S. 332.
- 46| BAG, 20.04.1999, NZA 1999, S. 887 = AP Nr. 89 zu Art. 9 GG mit Anmerkung von Richardi; dazu Wiedemann, RdA 2000, S. 169; Thüsing, DB 1999, S. 1552; Annuß, RdA 2000, S. 287; Rieble, ZTR 1999, S. 483; Trappehl/Lambrich, NJW 1999, S. 3217.
- 47| Dazu ausführlich Lambrich, Tarif- und Betriebsautonomie, 1999, S. 160 ff.
- 48| Siehe z.B. RG, 02.07.1925, RGZ 111, S. 199 <202>: „Ihrem Wesen und Zweck nach muß aber diese Vereinigungsfreiheit der zum Verband zusammengeschlossenen Teilnehmer die weitere Befugnis begreifen, sie wirksam auszugestalten und zur rechtlichen Geltung zu bringen. Auch das fällt begrifflich in den Rahmen des der Organisation als solcher gewährleisteten Freiheitsrechts. Ihre Koalitionsfreiheit würde in Wahrheit unvollkommen und ein Schattenbild sein, wenn nicht auch das Recht der Gesamtheit der Teilnehmer geschützt wäre, die zur Durchführung des Koalitionszwecks erforderlichen Maßnahmen und Abmachungen zu treffen [...]. Die Schutzbestimmung des Art. 159 S. 2 RV hat hiernach, und zwar in diesem Sinne auch zugunsten der Vereinigung selbst, gegenüber einschränkenden Maßnahmen Anwendung zu finden.“ Für

- den Grundrechtsschutz juristischer Personen aus Art. 9 Abs. 3 GG ist allgemein anerkannt, dass er seine Rechtfertigung in den dahinterstehenden Menschen findet: Krüger in: Sachs, GG, 2. Aufl. 1998, Art. 19 RdNr. 44 ff.
- 49| NLRB v. Gissel Packing Co. 395 US 575 = 89 SCz 1918 = 23 L.Ed. 2nd 547, 1969; siehe auch Thüsing, NZA 1999, S. 693; Cox/Bok/Gorman/Finkin, Labor Law, 12. Aufl. 1996, S. 146 ff.

# RECHTLICHE PROBLEME DER ALTERSDISKRIMINIERUNG IN DER ARBEITSRECHTLICHEN PRAXIS

*Markus Krumbiegel*

## **THESEN**

- Die Gewährleistung des Schutzes vor Altersdiskriminierung bereitet in der gerichtlichen Praxis erhebliche Schwierigkeiten.
- Im Bereich der Sozialauswahl bei betriebsbedingten Kündigungen ist die Berücksichtigung der Dauer der Betriebszugehörigkeit als Auswahlkriterium gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) haltbar. Arbeitnehmer mit längerer Betriebszugehörigkeit haben schlechtere Aussichten auf dem Arbeitsmarkt und sind deshalb in höherem Maße schützenswert.
- Demgegenüber ist die unmittelbare Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer bei der Sozialauswahl durch das Kriterium des Lebensalters nicht hinreichend zu rechtfertigen. Rechtssicherheit ist nur durch Streichung des Lebensalters als Auswahlkriterium in § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG zu erreichen.

- Die Befristung von Arbeitsverhältnissen bis zum Erreichen eines bestimmten Lebensalters im Zusammenhang mit der Berechtigung des Bezugs gesetzlicher Altersrente ist mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar.
- Gleiches gilt für die Reduzierung oder den Ausschluss von Sozialplanleistungen für (demnächst) rentenberechtigte Arbeitnehmer.

## EINLEITUNG

Jeder Mensch weist ein Lebensalter auf. Von einer Altersdiskriminierung ist potentiell jeder Mensch betroffen.<sup>1</sup> Der Schutz vor Altersdiskriminierung ist daher ein fundamentales Thema. Leider ergeben sich beachtliche praktische Schwierigkeiten bei der Verwirklichung des angestrebten Schutzes. Der folgende Beitrag soll einige Problemfelder der arbeitsrechtlichen Praxis aufzeigen.

## I. DIE EUROPARECHTLICHEN GRUNDLAGEN DES SCHUTZES VOR DISKRIMINIERUNG WEGEN DES ALTERS

### 1. Die Richtlinie 2000/78/EG vom 27. November 2000

a) Am Anfang stand die Richtlinie 2000/78/EG vom 27. November 2000. Deren Art. 2 untersagt sowohl unmittelbare als auch mittelbare Diskriminierung, unter anderem wegen des Alters. Unmittelbare Diskriminierung liegt demnach vor, wenn eine Person wegen des Alters in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als sie eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Mittelbare Diskriminierung ist gegeben, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen eines bestimmten Alters gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können. Dies gilt nicht für Vorschriften, Kriterien oder Verfahren, die durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt sind und deren Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.

Gemäß Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie liegt keine Diskriminierung vor, falls berufliche Anforderungen eine Ungleichbehandlung rechtfertigen. Es muss aber ein rechtmäßiger Zweck verfolgt und eine angemessene Anforderung gestellt werden.

Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie lautet schließlich: „Ungeachtet des Artikels 2 Absatz 2 können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass Ungleichbehandlungen wegen des Alters keine Diskriminierung darstellen, sofern sie objektiv und angemessen sind und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel, worunter insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung zu verstehen sind, gerechtfertigt sind und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.“ Anschließend folgt eine Auflistung potentiell zulässiger Ungleichbehandlungen.

b) Diese verkürzte Darstellung der Richtlinienvorgaben zeigt bereits das Problem: Der Schutz vor Diskriminierung kann nicht zweifelsfrei definiert werden. Ungleichbehandlungen können gerechtfertigt sein. Die Unterscheidung zwischen einer unzulässigen Diskriminierung und einer gerechtfertigten Ungleichbehandlung ist in der Praxis oftmals schwer zu treffen. Denn welches Ziel ist im Sinne der Richtlinie „legitim“, welches Mittel ist angemessen und erforderlich? Die Unsicherheit ist der Preis für die Spielräume, die die Richtlinie bietet.

### 2. Diskriminierungsverbot ist Primärrecht

In seiner vieldiskutierten *Mangold*-Entscheidung vom 22. November 2005 (C-144/04) hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) überraschend festgestellt, dass das Verbot der Altersdiskriminierung ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts, d.h. Primärrecht ist. Es handle sich um eine spezifische Anwendung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes. Die Richtlinie 2000/78 konkretisiere diesen Grundsatz. Diese Rechtsprechung hat der EuGH zwischenzeitlich bestätigt.<sup>2</sup>

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat darin keine unzulässige Kompetenzüberschreitung des EuGH erkannt.<sup>3</sup> Die im Schrifttum leidenschaftlich geführte Diskussion über die Rechtmäßigkeit der EuGH-Rechtsprechung dürfte damit beendet sein. Seit dem 1. Dezember 2009 greift ohnehin das Diskriminierungsverbot in Art. 21 Abs. 1 der EU-Grundrechte-Charta. Dort ist das Alter explizit als verpöntes Diskriminierungsmerkmal angeführt.

Die Einstufung als Primärrecht hat praktische Folgen. Jedes nationale Gericht muss die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts garantieren und jede möglicherweise zuwiderlaufende Bestimmung des nationalen

Rechts unangewendet lassen. Angesichts der Unbestimmtheit der dargestellten gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben stellt diese Aufgabe eine Gratwanderung dar.

## **II. DAS ALLGEMEINE GLEICHBEHANDLUNGSGESETZ (AGG) VOM 14. AUGUST 2006**

Der deutsche Gesetzgeber hat mit dem AGG unter anderem die Umsetzung der Vorgaben der Richtlinie 2000/78/EG bezweckt. Das AGG enthält das Diskriminierungsverbot wegen des Alters (§ 1) und unterscheidet wie die Richtlinie zwischen unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung (§ 3 Abs. 1 und 2). Ferner lässt es unterschiedliche Behandlungen wegen beruflicher Anforderungen zu (§ 8).

Eine Umsetzung von Art. 6 der Richtlinie findet sich in § 10 AGG. Demnach ist eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters zulässig, wenn sie objektiv und angemessen sowie durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Die Mittel zur Erreichung dieses Ziels müssen angemessen und erforderlich sein. Ein Beispielskatalog für mögliche Fälle gerechtfertigter unterschiedlicher Behandlungen findet sich in § 10 Satz 3 AGG.

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) können auch betriebsbezogene Interessen ein legitimes Ziel darstellen (22. Januar 2009 – 8 AZR 906/07). Diese Rechtsprechung ist aber in Frage zu stellen. Der EuGH hat in seiner Entscheidung vom 5. März 2009 (C-388/07 – *Age Concern*) mit Bezug auf Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 angeführt, dass sich „sozialpolitische Ziele“ wie die dort Angeführten von rein individuellen Beweggründen, die der Situation des Arbeitgebers eigen sind, unterscheiden. Dies spricht dafür, dass der EuGH betriebsbezogene Interessen nicht ausreichen lässt. Der EuGH weist allerdings darauf hin, dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass eine nationale Rechtsvorschrift bei der Verfolgung der genannten rechtmäßigen Ziele den Arbeitgebern „einen gewissen Grad an Flexibilität“ einräumt. Die Fortführung dieser Rechtsprechung bleibt abzuwarten. Speziell für das BAG wird sich die Frage einer Vorlage an den EuGH stellen.

## **III. IST DAS DEUTSCHE KÜNDIGUNGSRECHT MIT DEM GEMEINSCHAFTSRECHT VEREINBAR?**

Die Problematik der Vereinbarkeit nationalen Rechts mit den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts konkretisiert sich besonders bei den Vorgaben zur Sozialauswahl im Rahmen einer betriebsbedingten Kündigung mit hoher Praxisrelevanz.

1. Bekanntlich ist gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG eine betriebsbedingte Kündigung sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des Arbeitnehmers die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, die Unterhaltungspflichten und die Schwerbehinderung des Arbeitnehmers nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat. Nach § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG sind allerdings Arbeitnehmer, deren Weiterbeschäftigung unter anderem zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebs im berechtigten betrieblichen Interesse liegt, nicht in die Sozialauswahl einzubeziehen.

2. Bereits das Kriterium der Betriebszugehörigkeit wirft Zweifelsfragen auf. Die Berücksichtigung der Betriebszugehörigkeit stellt eine mittelbare Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer dar, denn Betriebszugehörigkeit und Lebensalter steigen parallel. Eine lange Betriebszugehörigkeit können Arbeitnehmer in jungen Jahren noch nicht erlangt haben.<sup>4</sup>

Die Dauer der Betriebszugehörigkeit hat nach deutschem Rechtsverständnis traditionell große Bedeutung. Sie verleiht dem Arbeitnehmer besonderen Schutz, weil mit zunehmender Betriebszugehörigkeit im Allgemeinen auch der Beitrag wächst, den der Arbeitnehmer zum Wert des Unternehmens leistet. Außerdem nimmt typischerweise die persönliche Bindung zu, die etwa in einer arbeitsplatzbezogenen Wahl des Wohnorts zum Ausdruck kommen kann.<sup>5</sup> Die übliche Berücksichtigung der Betriebszugehörigkeit bei der Bemessung von Abfindungen hat der Gesetzgeber in § 1 a Abs. 2 KSchG zu Grunde gelegt.

Die hohe Bewertung der Verfestigung des Arbeitsverhältnisses unter sozialen Gesichtspunkten kann jedoch hinterfragt werden. Das Arbeitsverhältnis ist ein Austauschverhältnis – Arbeitsleistung gegen Vergütung gemäß § 611 Abs. 1 BGB. Wird dieser Umstand emotionsfrei in den Vordergrund gestellt, so verliert die Bedeutung der Betriebszugehörigkeit an Gewicht. Wer lange gearbeitet hat, hat dafür auch lange Geld bekommen. Das Arbeitsverhältnis ist kein Freundschaftsdienst.

Diese provokante Formulierung soll verdeutlichen, dass die zu Lasten Jüngerer gehende Berücksichtigung der Betriebszugehörigkeit bei der Sozialauswahl nicht selbstverständlich gerechtfertigt ist. Meines Erachtens gelingt eine Rechtfertigung – und damit die Vereinbarkeit mit gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben – aber dann, wenn man in der Berücksichtigung der Betriebszugehörigkeit bei der Sozialauswahl ein adäquates Mittel zur Erreichung eines arbeitsmarktpolitischen Ziels sieht. Die These lautet: Arbeitnehmer mit längerer Betriebszugehörigkeit haben schlechtere Aussichten auf dem Arbeitsmarkt und sind deshalb in höherem Maße schützenswert. Das BAG hat zur Rechtfertigung steigender Sozialplanabfindungen angeführt, dass sich mit der Dauer der Betriebszugehörigkeit die Qualifikation zunehmend auf spezifische Bedürfnisse des bisherigen Beschäftigungsbetriebs verengt, weshalb die Chancen auf dem Arbeitsmarkt abnehmen.<sup>6</sup> Dieses zutreffende Argument ist auf den Bereich der Sozialauswahl übertragbar.

3. Besonders schwierig ist die Berücksichtigung des Lebensalters gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG. Es bewirkt in Verbindung mit dem Kriterium der Betriebszugehörigkeit eine doppelte Bevorzugung älterer Arbeitnehmer bei der Sozialauswahl. Dessen ungeachtet stellt sich die Frage, ob die Ungleichbehandlung zu Lasten Jüngerer überhaupt zu rechtfertigen ist. Es droht die Gefahr einer unmittelbaren Diskriminierung.

a) Nach Auffassung des BAG besteht das legitime Ziel des besseren Schutzes Älterer. Diese hätten „typischerweise schlechtere Chancen auf dem Arbeitsmarkt“. „Nach aller Erfahrung“ würden mit steigendem Lebensalter die Vermittlungschancen sinken.<sup>7</sup> Es werden somit arbeitsmarktpolitische Zielsetzungen zur Rechtfertigung der Ungleichbehandlung angeführt.

Bezüglich der Vornahme einer Sozialauswahl durch eine Punktetabelle, welche bei Vorliegen einer Namensliste gemäß § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüfbar ist, hat das BAG sowohl die lineare Berücksichtigung des Lebensalters<sup>8</sup> als auch die Bildung von Altersgruppen in Schritten von zehn Jahren als zulässig angesehen. Bezüglich der Altersgruppenbildung wurde die Erhaltung der Altersstruktur (§ 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG) als legitimes Ziel angesehen.<sup>9</sup> Leider besteht auch in diesem Punkt das Problem der ungeklärten Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht. Das Arbeitsgericht Siegburg hat die Altersgruppenbildung zum Gegenstand einer EuGH-Vorlage gemacht (27. Januar 2010 – 2 Ca 2144/09).

b) Demgegenüber wird in der neueren Literatur vertreten, dass ein höheres Risiko von (Langzeit-)Arbeitslosigkeit mit steigendem Lebensalter statistisch nicht belegbar sei.<sup>10</sup> Eine Kommentierung statistischer Daten soll hier nicht erfolgen. Die These der generell schlechteren Chancen Älterer ist schon deshalb angreifbar, weil sie die Besonderheiten der jeweiligen Tätigkeit unbeachtet lässt. Ein 52-jähriger Diplom-Ingenieur mag zwar ein höheres Gehalt als ein 29-jähriger Ingenieur derselben Fachrichtung verlangen, seine Chancen auf dem Arbeitsmarkt können aber dennoch besser sein, weil potentielle Arbeitgeber gerade an seinem (vielleicht bei Wettbewerbern erworbenem) Erfahrungswissen interessiert sind. Zumindest bei intellektueller Arbeit kann meines Erachtens keine typisierende Betrachtung dahingehend vorgenommen werden, dass der Ältere immer im Nachteil ist. Bei rein körperlich fordernder Tätigkeit ist dies anders. Das Bundesarbeitsgericht geht zu Recht davon aus, dass die physische Belastbarkeit mit zunehmendem Alter abnimmt.<sup>11</sup> Ein gesunder 25-jähriger Bauhelfer wird leichter eine neue Anstellung finden als sein 55-jähriger Kollege, auch wenn dieser ebenfalls gesund ist. Allein die körperlichen Abnutzungserscheinungen mindern dessen Marktwert.

c) Nach meiner Auffassung könnte daher zur Vermeidung einer unzulässigen Altersdiskriminierung allenfalls eine tätigkeitsbezogene Betrachtung bezüglich der Arbeitsmarktchancen vergleichbarer Arbeitnehmer innerhalb der Sozialauswahl erfolgen. Eine solche Betrachtung würde sich jedoch von den gesetzlichen Vorgaben lösen. Gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG soll der Arbeitgeber das (einfach zu ermittelnde) Lebensalter berücksichtigen, aber keine (de facto schwierige) Prüfung der Arbeitsmarktchancen vornehmen. Dies wäre eine Veränderung des Prüfungsmaßstabs. Zudem bestünde weiterhin das Risiko der Diskriminierung wegen unterbliebener Würdigung der persönlichen Umstände bei der Arbeitsplatzsuche – ein 25-jähriger Lagerarbeiter mit Bandscheibenschaden kann sich in einer schlechteren Situation befinden als ein gesunder 45-jähriger Kollege.

Im Ergebnis besteht daher eine erhebliche Rechtsunsicherheit ohne die Aussicht auf eine zügige Klärung jeglicher Detailfragen. Angesichts der Bedeutung der Sozialauswahl kann dies nicht hingenommen werden. Die Gerichte stehen im Spannungsfeld zwischen der Anwendung der (angreifbaren) BAG-Rechtsprechung und der Vorlage an den EuGH.

Zur Beseitigung der Unsicherheiten sollte eine Änderung des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG durch Streichung des Kriteriums Lebensalter erfolgen.

#### IV. SIND ALTERSGRENZEN HALTBAR?

Die gleichsam automatische Beendigung des Arbeitsverhältnisses beim Erreichen eines bestimmten Lebensalters stellt einen weiteren Problemkreis dar. Aus der Perspektive nationalen Rechts ist zu fragen, ob ein sachlicher Grund gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG) für Befristungen in Kollektivnormen und Arbeitsverträgen besteht. Die Rechtsprechung unterscheidet zwei Konstellationen:

a) Ein sachlicher Grund kann in der Gefährdung wichtiger Rechtsgüter aufgrund altersbedingt nachlassender Leistungsfähigkeit liegen. Im Vordergrund standen hierbei meist Beschäftigte von Fluggesellschaften. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat eine Rechtfertigung der Altersgrenze bezüglich des Kabinenpersonals verneint.<sup>12</sup> Demgegenüber wurde eine tarifliche Grenze von sechzig Jahren für Piloten anerkannt. Das BAG hat diesbezüglich die Frage der Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht aber nunmehr dem EuGH gestellt.<sup>13</sup> Dessen Entscheidung bleibt abzuwarten.

b) Für die Praxis bedeutsamer ist die Beurteilung von Altersgrenzen im Zusammenhang mit der Berechtigung des Bezugs gesetzlicher Altersrente.

Das BAG sieht eine Altersgrenze als gerechtfertigt an, wenn der Arbeitnehmer nach Vertragsinhalt und Vertragsdauer eine Altersversorgung in der gesetzlichen Rentenversicherung erwerben kann oder bei Vertragschluss bereits die für den Bezug der Altersrente erforderliche rentenrechtliche Wartezeit erfüllt hat. Die Wirksamkeit ist nicht von der konkreten wirtschaftlichen Absicherung des einzelnen Arbeitnehmers bei Erreichen der Altersgrenze abhängig.<sup>14</sup> Diese Entscheidung erging zur tariflichen Altersgrenze in § 19 Nr. 8 des Rahmentarifvertrages für die gewerblichen Beschäftigten in der Gebäudereinigung (RTV Gebäudereinigung).

Der EuGH hat sich zu Altersgrenzen bereits mehrfach geäußert. In den Entscheidungen vom 16. Oktober 2007 (C-411/05 – *Palacios de la Villa*) und 5. März 2009 (C-388/07 – *Age Concern*) billigte er Altersgrenzen dem Grunde nach. Dem Verlust des Arbeitsplatzes muss aber ein finanzieller Ausgleich in Form einer angemessenen Altersrente entgegenstehen. In der Rechtssache *Petersen* (12. Januar 2010 – C- 341/08)

scheiterte die Altersgrenze des § 95 Abs. 7 Satz 3 SGB V a.F. an der Widersprüchlichkeit der Regelungen der gesetzlichen Krankenversicherung im Vergleich mit der privaten Krankenversicherung. Die private Krankenversicherung sieht keine Altersgrenze vor, so dass die damalige Altersgrenze für Zahnärzte im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung von 68 Jahren schwerlich mit dem Schutz der Patienten zu rechtfertigen war.

Am 12. Oktober 2010 erging eine Entscheidung des EuGH zu § 10 Satz 3 Nr. 5 AGG (C-45/09 – *Rosenblatt*). Nach dieser Regelung ist eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters gegebenenfalls bei Vereinbarungen, die die Beendigung ohne Kündigung zu einem Zeitpunkt vorsehen, zu dem ein Beschäftigter eine Rente wegen Alters beantragen kann, gerechtfertigt. Die Entscheidung vom 12. Oktober 2010 geht auf eine Vorlage des Arbeitsgerichts Hamburg zurück und bezieht sich auf § 19 Nr. 8 RTV Gebäudereinigung, also gerade auf die tarifvertragliche Regelung, welche bereits der Beurteilung des BAG unterlag.

Der EuGH beanstandet § 10 Satz 3 Nr. 5 AGG nicht. In Fortführung seiner Rechtsprechung sieht der Gerichtshof eine (allgemeinverbindliche) tarifvertragliche Regelung innerhalb des Ermessensspielraums zur Erreichung des legitimen Ziels der besseren Beschäftigungsverteilung zwischen den Generationen bei Absicherung der Älteren. Die hier zu beurteilenden gesetzlichen und tarifvertraglichen Regelungen würden zudem nicht zu einer Aufgabe jeglicher Erwerbstätigkeit bei Eintritt in den Ruhestand zwingen. Die Berufstätigkeit könne bei einem anderen Arbeitgeber fortgeführt werden. Damit begegnet der EuGH dem Argument einer im Einzelfall für den Lebensunterhalt nicht ausreichenden Höhe der beziehbaren Altersrente.

Die *Rosenblatt*-Entscheidung schafft eine begrüßenswerte Sicherheit hinsichtlich § 10 Satz 3 Nr. 5 AGG. Zumindest bei widerspruchsfreien Altersversorgungssystemen sind Altersgrenzen mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar.

## V. DIE GESTALTUNG VON SOZIALPLÄNEN

Bei der Erstellung von Sozialplänen ist es üblich, die Abfindungshöhe bei Kopplung an die Betriebszugehörigkeit zunächst ansteigen zu lassen und bei den sogenannten rentennahen Jahrgängen wegen deren Absicherung durch den bevorstehenden Rentenbezug wieder zu reduzieren. Diese Praxis ist im Hinblick auf gemeinschaftsrechtliche Vorgaben aber noch nicht abschließend geklärt.

1. Gemäß § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG ist eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters bei Differenzierungen von Leistungen in Sozialplänen gerechtfertigt, wenn die Parteien eine nach Alter oder Betriebszugehörigkeit gestaffelte Abfindungsregelung geschaffen haben, in der die wesentlich vom Alter abhängenden Chancen auf dem Arbeitsmarkt durch eine verhältnismäßig starke Betonung des Lebensalters erkennbar berücksichtigt worden sind, oder Beschäftigte von den Leistungen des Sozialplans ausgeschlossen haben, die wirtschaftlich abgesichert sind, weil sie, gegebenenfalls nach Bezug von Arbeitslosengeld, rentenberechtigt sind.

2. Das BAG sieht in § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG eine gemeinschaftsrechtskonforme Regelung. Es bestehe das legitime sozialpolitische Ziel der Unterscheidung nach wirtschaftlichen Nachteilen der betroffenen Arbeitnehmer. Dabei sei die Berücksichtigung der typischerweise schlechteren Arbeitsmarktchancen Älterer geboten.<sup>15</sup> Das BAG hat zur Rechtfertigung steigender Sozialplanabfindungen zudem angeführt, dass sich mit der Dauer der Betriebszugehörigkeit die Qualifikation zunehmend auf spezifische Bedürfnisse des bisherigen Beschäftigungsbetriebs verengt, weshalb die Chancen auf dem Arbeitsmarkt abnehmen.<sup>16</sup> Dies rechtfertige die Erhöhung der Abfindung mit der Dauer der Betriebszugehörigkeit und/oder dem Lebensalter.

Andererseits billigt das BAG die Reduzierung oder den Ausschluss der Sozialplanleistungen für rentenberechtigte Arbeitnehmer.<sup>17</sup> Eine verringerte Abfindung für rentennahe Jahrgänge sei zulässig, wenn die Abfindung ausreicht, um in Kombination mit dem Arbeitslosengeld die Zeit bis zur Rentenberechtigung zu überbrücken. Die wirtschaftliche Absicherung dieser Jahrgänge sei im Rahmen der Verteilungsgerechtigkeit zu berücksichtigen.<sup>18</sup> Wegen der zu erwartenden Absicherung sei auch ein Altersstichtag (60. Lebensjahr), ab welchem eine (geringere) Abfindung nach einem auf die Dauer bis zur Rentenberechtigung bezogenen Berechnungsmodell bezahlt wird, vom Gestaltungsspielraum gedeckt.<sup>19</sup>

3. Der EuGH hat mit seiner Entscheidung vom 12. Oktober 2010 (C-499/08 – *Andersen*) eine dänische gesetzliche Regelung zu Fall gebracht. Das dänische Recht sieht ab bestimmten Zeiträumen der Betriebszugehörigkeit gestaffelte „Entlassungsabfindungen“ vor. Kein Anspruch auf eine Abfindungszahlung besteht allerdings, falls der „Angestellte“ bei seiner Entlassung eine Altersrente vom Arbeitgeber erhält und dem entsprechenden Rentensystem vor Vollendung des 50. Lebensjahres beigetreten ist. Die Regelung bezweckt, Abfindungen nur Personen zu gewähren, die weiter arbeiten wollen, aber aufgrund ihrer langen Betriebszugehörigkeit und ihres Alters Schwierigkeiten bei der Stellensuche haben. Es soll keine Kombination von Abfindung und Rentenzahlung durch den Arbeitgeber geben.

Der EuGH hat die Regelung als zu weitgehend, d.h. als nicht erforderlich, angesehen. Er bemängelt den bewirkten Zwang zur Annahme einer niedrigeren Altersrente. Für einen Arbeitnehmer könne es trotz der Möglichkeit des Rentenbezugs vorteilhaft sein, die Erwerbstätigkeit (bei einem anderen Arbeitgeber) fortzusetzen, um später eine höhere Gesamtrente zu erhalten. Nach der gesetzlichen Regelung erhalte er jedoch keine Abfindung als Unterstützung für die Zeit der Stellensuche. Einen vorübergehenden Verzicht auf die Arbeitgeberrente sehe das Gesetz nicht vor. Dadurch entstehe für den Arbeitnehmer ein Zwang zur Annahme der niedrigeren Altersrente. Der EuGH erkennt eine übermäßige Beeinträchtigung der berechtigten Arbeitnehmerinteressen.

Der Entscheidung in der Sache *Andersen* liegt eine sehr spezielle Ausgestaltung des dänischen Rechts vor dem Hintergrund einer arbeitgeberfinanzierten Rente zu Grunde. Das Argument des „Zwangs zur Annahme einer niedrigeren Altersrente“ ist zwar grundsätzlich auf andere nationale Regelungen übertragbar. Meiner Ansicht nach kann die dargestellte Rechtsprechung des BAG damit aber nicht angegriffen werden. Die Fälle, in denen rentennahe Jahrgänge nicht vollständig auf Abfindungen verzichten, sondern nur eine Kürzung der Sozialplanleistung im Hinblick auf die verringerte Überbrückungsfunktion hinnehmen müssen, scheinen nicht berührt. Die betroffenen Arbeitnehmer erhalten eine Abfindung bezogen auf eine anschließende Arbeitslosigkeit bis zum Rentenbezug und dürfen diese aber auch bei Antritt einer neuen Stelle behalten. Hier kann kein Zwang zur Annahme einer niedrigeren Altersrente entstehen. Bei einer übergangslosen Möglichkeit des Rentenbezugs und dem Entfall einer Abfindung greifen die Überlegungen der Rechtfertigung von Altersgrenzen im Hinblick auf die wirtschaftliche Absicherung.

Besonders das BAG wird sich aber die Frage stellen, ob eine Bestätigung der Rechtsprechung ohne Vorlage an den EuGH weiterhin möglich ist. Dies gilt, wie dargelegt, vor allem solange das BAG von den „typischerweise schlechteren Arbeitsmarktchancen Älterer“ ausgeht.

## VI. SCHLUSSBEMERKUNG

Im Rahmen dieses Beitrags kann nicht auf alle Problemfelder eingegangen werden. Leider gibt es noch mehrere. So stellt sich sowohl bezüglich des verschuldensabhängigen materiellen Schadensersatzanspruchs gemäß § 15 Abs. 1 AGG als auch des verschuldensunabhängigen Anspruchs auf Entschädigung gemäß § 15 Abs. 2 AGG das Problem der Höhe möglicher Ansprüche.<sup>20</sup> Ungeklärt ist die Vereinbarkeit der Haftungseinschränkung des § 15 Abs. 3 AGG mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben. Gleiches gilt für die Frage, welche Bedeutung und welches Gewicht der Tarifautonomie bei der Prüfung der Vereinbarkeit von tariflichen Entgeltregelungen mit dem Verbot der Altersdiskriminierung zukommt.<sup>21</sup> Es besteht weiterhin reichlich Diskussionsbedarf.

1/ BAG, 25.02.2010 – 6 AZR 911/08.

2/ EuGH, 19.01.2010 – C-555/07 – „Kücükdeveci“.

3/ BVerfG, 06.07.2010 – 2 BvR 2661/06 – „Honeywell“.

4/ BAG, 26.05.2009 – 1 AZR 198/08.

5/ Vgl. BAG, 06.02.2003 – 2 AZR 623/01.

6/ BAG, 26.05.2009 – 1 AZR 198/08.

7/ BAG, 06.11.2008 – 2 AZR 523/07; ebenso BAG, 05.11.2009 – 2 AZR 676/08; BAG, 13.10.2009 – 9 AZR 722/08.

8/ BAG, 05.11.2009 – 2 AZR 676/08.

9/ BAG, 06.11.2008 – 2 AZR 523/07; BAG, 18.03.2010 – 2 AZR 468/08.

10/ Vgl. die Auswertung von Kaiser/Dahm, NZA 2010, S. 473 ff.

11/ Vgl. BAG, 13.10.2009 – 9 AZR 722/08 – zur Abgrenzung zwischen physischer und psychischer Belastbarkeit.

12/ BAG, 23.06.2010 – 7 AZR 1021/08.

13/ BAG, Vorlagebeschluss vom 17.06.2009 – 7 AZR 112/08 (A); EuGH C-447/09.

14/ BAG, 18.06.2008 – 7 AZR 116/07.

15/ BAG, 26.05.2009 – 1 AZR 198/08.

16/ BAG, 26.05.2009 – 1 AZR 198/08.

17/ BAG, 26.05.2009 – 1 AZR 198/08.

18/ BAG, 23.03.2010 – 1 AZR 832/08.

19/ BAG, 26.05.2009 – 1 AZR 212/08.

20/ Vgl. BAG, 18.03.2010 – 8 AZR 1044/08.

21/ Vgl. für die Frage zur Grundvergütung nach Lebensalter im Bundesangestelltentarifvertrag und zu den Überleitungsvorschriften im Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst die Vorlagebeschlüsse des BAG vom 20.05.2010 – 6 AZR 148/09 (A) und 6 AZR 319/09 (A).

## SPANNUNGSFELDER DES BESCHÄFTIGTENDATENSCHUTZES<sup>1</sup>

Ole Schröder

Vor einigen Wochen las ich in einem amerikanischen Nachrichtenblog, in dem der Kabinettsbeschluss zum Beschäftigtendatenschutz kommentiert wurde, Deutschland entwickle sich immer mehr zum *Nanny-Staat*<sup>2</sup>.

Dieser Gedanke mag aus amerikanischer Sicht naheliegen, wird in den USA doch gerade erst um die Einführung einer gesetzlichen Krankenversicherungspflicht gerungen, die es in Deutschland schließlich seit über hundert Jahren gibt. Gleichwohl müssen wir uns immer wieder die Frage stellen, ob wir bei den gesetzlichen Regelungen, die wir neu entwerfen, das rechte Maß wahren. Anhand des Beschäftigtendatenschutzgesetzes, das am 25. August 2010 das Kabinett passiert hat, möchte ich diese Fragestellung exemplarisch diskutieren.

Wir haben in Deutschland rund 35 Millionen Arbeitnehmer. Für jeden Einzelnen dieser 35 Millionen Beschäftigten stellt sich die Frage nach dem Schutz seiner personenbezogenen Daten im Beschäftigungsverhältnis. Der Beschäftigtendatenschutz betrifft viele Menschen, er betrifft aber auch einen Lebensbereich, dem wir einen großen Teil unserer Zeit widmen.

Derzeit gibt es nur wenige spezialgesetzliche Vorschriften zum Schutz der personenbezogenen Daten von Beschäftigten. Für zahlreiche in der betrieblichen Praxis bestehende Fragen gibt es keine gesetzlichen Regelungen. Deshalb werden für die meisten Fallgestaltungen allgemeine Abwägungsklauseln angewendet. Es ist deshalb durchaus nachvollziehbar, dass seit vielen Jahren Regelungen für den Datenschutz am Arbeitsplatz gefordert werden. Vieles wird derzeit gerichtlichen Entscheidungen überlassen, die jedoch für die Beschäftigten und die Arbeitgeber ohne rechtlichen Beistand oft nur schwer zu erschließen sind.

Die Regierungskoalition hat sich vor diesem Hintergrund in ihrer Koalitionsvereinbarung darauf verständigt, den Beschäftigtendatenschutz gesetzlich zu regeln.

Anlass dazu waren auch die Datenschutz-Skandale in großen Unternehmen wie der Telekom oder bei Lidl.

Die Bundesregierung hat diesen Auftrag zwischenzeitlich erfüllt. Am 25. August 2010 hat das Bundeskabinett den Gesetzentwurf zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes beschlossen. Damit hat die Bundesregierung auf diesem Gebiet schon mehr geschafft als sämtliche Vorgängerregierungen.

Das Thema Beschäftigtendatenschutz steht in einem starken Spannungsverhältnis, das sich durch die unterschiedlichen Interessen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern ergibt.

Dieses Spannungsverhältnis wurde auch in der Koalitionsvereinbarung aufgegriffen. Dort heißt es: „Wir setzen uns für eine Verbesserung des Arbeitnehmerdatenschutzes ein und wollen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter vor Bespitzelungen an ihrem Arbeitsplatz wirksam schützen. [...] Es sollen praxisgerechte Regelungen für Bewerber und Arbeitnehmer geschaffen und gleichzeitig Arbeitgebern eine verlässliche Regelung für den Kampf gegen Korruption an die Hand gegeben werden.“<sup>3</sup>

Im Rahmen einer gesetzlichen Regelung muss sich der Gesetzgeber für bestimmte Lösungen entscheiden. Es ist deshalb nicht überraschend, dass es gerade bei einem Querschnittsthema wie dem Beschäftigtendatenschutz Kritik von vielen Seiten gibt.

Die Gewerkschaften empfinden den Entwurf als zu arbeitgeberfreundlich. Der Deutsche Gewerkschaftsbund bemängelt, es handele sich nicht um einen Entwurf zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes, sondern um einen Entwurf zur Regelung der Erlaubnis des Arbeitgebers zur Nutzung von Beschäftigtendaten. Die Arbeitgeber hingegen meinen, die vorgeschlagenen Regelungen gingen in erster Linie zu ihren Lasten. Aufgrund der allseitigen Kritik könnte man durchaus annehmen, dass der Entwurf die richtige Mitte getroffen hat.

Richtig ist, dass der Gesetzentwurf bereits ein Kompromiss ist. Ein Kompromiss, der in langen und schwierigen Verhandlungen innerhalb der Bundesregierung erreicht wurde.

In dem vor uns liegenden parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren wird es zu interessanten Diskussionen über die einzelnen Regelungen kommen. Ich möchte die inhaltlichen Spannungsfelder anhand der folgenden vier Punkte exemplarisch darstellen:

- Internetrecherchen des Arbeitgebers;
- heimliche Videoüberwachung;
- automatisierte Datenabgleiche;
- Betriebsvereinbarungen.

## **INTERNETRECHERCHEN DES ARBEITGEBERS**

Es ist eine Selbstverständlichkeit, dass sich ein Arbeitgeber über einen Stellenbewerber vor der Einstellung ein Bild machen möchte. Dafür ist die persönliche Begegnung am besten geeignet. Dabei spielt das Frage-recht des Arbeitgebers, zu dem der Gesetzentwurf auch Regelungen enthält, eine gewichtige Rolle. Einige Arbeitgeber möchten sich aber schon vor einem Gespräch über einen Bewerber informieren und nutzen dafür das Internet. Aber wie weit darf der Arbeitgeber mit seinem Informationsinteresse gehen? Diese Frage wird kontrovers diskutiert.

Das Internet vergisst nicht. Rein private Aktivitäten, unvorteilhafte Fotos oder falsche Angaben, die ein Arbeitgeber im Internet auffindet, können einer Bewerbung schon im Vorfeld ein Ende bereiten. Weiß der Bewerber nichts über mögliche Internetrecherchen des Arbeitgebers, hat er kaum eine Möglichkeit, sich zu bestimmten Netzinhalten zu positionieren oder Angaben zu korrigieren. Ein besonderes Augenmerk liegt dabei auf den

sogenannten sozialen Netzwerken im Internet. Viele Nutzer von *facebook*, *studIVz* usw. offenbaren ihren Freunden im Internet sehr private Informationen. Solche Informationen sind im Regelfall nicht für Arbeitgeber bestimmt.

Vor diesem Hintergrund fordern manche, der Arbeitgeber dürfe das Internet gar nicht für Recherchen über Bewerber nutzen. Andererseits handelt es sich bei Inhalten des Internet meistens um allgemein zugängliche Daten, wenn sie nicht nur ganz bestimmten Nutzern vorbehalten sind. Muss ein Arbeitgeber nicht ein Recht darauf haben, sich aus allgemein zugänglichen Quellen informieren zu dürfen? Tritt ein Bewerber etwa im Internet mit radikalen politischen Meinungen hervor, dürften einzelne Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse an diesem Umstand haben.

Die Bundesregierung hat sich in ihrem Gesetzentwurf für folgende Regelung entschieden: Ein Arbeitgeber darf allgemein zugängliche Daten über einen Bewerber nur erheben, wenn er darauf vorher hingewiesen hat. Ein solcher Hinweis kann zum Beispiel im Rahmen einer Stellenausschreibung allgemein erfolgen. Zudem darf eine Datenerhebung nur dann erfolgen, wenn ihr keine schutzwürdigen Interessen des Bewerbers entgegenstehen.

Im Hinblick auf soziale Netzwerke, die der elektronischen Kommunikation dienen, geht der Gesetzentwurf davon aus, dass schutzwürdige Belange des Bewerbers immer überwiegen. Das bedeutet, dass der Arbeitgeber generell keine Informationen aus sozialen Netzwerken wie *facebook* über den Bewerber erheben darf. Das gilt unabhängig davon, ob diese Informationen – etwa über Suchmaschinen – frei zugänglich sind oder nicht. Informationen aus Netzwerken, die der Darstellung der beruflichen Qualifikation ihrer Mitglieder dienen (zum Beispiel *Xing*, *LinkedIn*), soll der Arbeitgeber hingegen verwenden dürfen.

### HEIMLICHE VIDEOÜBERWACHUNG

Der Gesetzentwurf verbietet die heimliche Videoüberwachung in nicht öffentlich zugänglichen Betriebsstätten. Diese Regelung ist erst in den letzten Verhandlungen über den Gesetzentwurf aufgenommen worden. Es handelt sich um eine Vorschrift, mit der deutlich über die geltende Rechtslage hinausgegangen wird. Das Bundesarbeitsgericht lässt die heimliche Videoüberwachung als Ultima Ratio zur Aufklärung von Straftaten im Betrieb zu.

Die Regelung ist deshalb umstritten. Die Arbeitgeber, allen voran der Einzelhandel, halten das Instrument der heimlichen Videoüberwachung für unverzichtbar. In der betrieblichen Praxis wird die heimliche Videoüberwachung häufig eingesetzt, um Diebstähle von Mitarbeitern aufzuklären. Es wird vorgetragen, dass jährlich Schäden in Höhe von mehreren Millionen Euro durch heimliche Videoüberwachung aufgeklärt bzw. verhindert werden können. Sofern ein Betriebsrat vorhanden ist, müssen sowohl er als auch der betriebliche Datenschutzbeauftragte der Maßnahme zustimmen. Dem entgegengesetzt stehen die negativen Erfahrungen mit der heimlichen Videoüberwachung, zum Beispiel der Überwachung von Umkleieräumen bei Lidl. Heimliche Überwachungen erregen häufig Argwohn.

Für die gefundene Lösung im Gesetzentwurf der Bundesregierung spricht aus meiner Sicht, dass es sich um eine klare Regelung handelt, die eindeutig der Transparenz den Vorzug einräumt. Dem Arbeitgeber bleibt die Möglichkeit, kritische Bereiche durch offene Videoüberwachung zu schützen. Dadurch kann ein gewisses Maß an Abschreckung erzielt werden.

### AUTOMATISIERTE DATENABGLEICHE

Automatisierte Datenabgleiche sind in großen Wirtschaftsunternehmen, aber auch in der Verwaltung ein Standardinstrument, um Unregelmäßigkeiten und Korruptionsfälle aufzudecken. Natürlich müssen solche Datenabgleiche mit Augenmaß durchgeführt werden und verhältnismäßig sein. Möchte man Zahlungsvorgänge der Einkaufsabteilung überprüfen, ist es nicht notwendig, die Bankdaten von Mitarbeitern aus völlig unbeteiligten Abteilungen in den Abgleich mit einzubeziehen.

Es gibt Forderungen, automatisierte Datenabgleiche völlig zu verbieten oder nur bei konkretem Anlass zuzulassen, da sonst ein Generalverdacht gegen sämtliche Betroffenen zum Ausdruck gebracht werde. Dies würde den praktischen Erfordernissen nicht gerecht werden. Gerade die anlasslosen Prüfungen führen häufig zu ersten Anhaltspunkten für Unregelmäßigkeiten, insbesondere in Bezug auf Korruption.

Der Gesetzentwurf lässt automatisierte Datenabgleiche zu. Allerdings müssen sie in pseudonymisierter oder anonymisierter Form durchgeführt werden. Erst wenn sich ein konkreter Verdachtsfall ergibt, dürfen die Daten personalisiert werden. Die Beschäftigten sind über Inhalt, Umfang

und Zweck des automatisierten Abgleichs zu unterrichten, sobald der Zweck durch die Unterrichtung nicht mehr gefährdet wird.

## **BETRIEBSVEREINBARUNGEN**

Betriebs- und Dienstvereinbarungen sind bewährte Instrumente, um datenschutzrechtliche Fragen praxisnah zu regeln. Das geltende Bundesdatenschutzgesetz lässt Abweichungen von seinen Regelungen durch Betriebsvereinbarungen zu. Die Grundsätze des Datenschutzrechts, des Arbeitsrechts und des Grundrechtsschutzes dürfen durch solche Vereinbarungen nicht verletzt werden. Im Rahmen beidseitiger Kompromissvereinbarungen können dem Arbeitgeber auch stärkere Kontrollrechte zugestanden werden.

Die Bundesregierung hat sich in dem vorliegenden Gesetzentwurf darauf verständigt, dass durch Betriebsvereinbarungen nicht zu Lasten der Beschäftigten von den Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz abgewichen werden darf. Die gesetzlichen Regelungen werden damit zum verbindlichen Mindeststandard. Ausgestaltungen und höhere datenschutzrechtliche Standards können durch Betriebsvereinbarungen weiterhin geregelt werden. Belastende Regelungen für die Beschäftigten, etwa die Einräumung stärkerer Kontrollrechte für den Arbeitgeber, sollen aber unzulässig sein.

Insbesondere die Arbeitgeber kritisieren diese Regelung als zu unflexibel. An dieser Stelle müssen wir uns mit dem Argument auseinandersetzen, mancher Betriebsrat sei klüger als der Gesetzgeber. Vor Ort könnten betriebsangepasste Lösungen gefunden werden, die bei den Belegschaften eine hohe Akzeptanz erfahren. Es müsse möglich sein, für andere Vorzüge vereinzelt auf das hohe Schutzniveau des Gesetzes zu verzichten, ohne dass die allgemeinen Grundsätze verletzt werden.

Interessanterweise haben sich die Gewerkschaften zu diesem Punkt bisher gar nicht geäußert. In der Vergangenheit war auch zu hören, dass sich selbst Betriebsräte durch die Unabdingbarkeit der Vorschriften beschnitten sehen. Darüber wird man sicher reden müssen.

Aus meiner Sicht stellt die Frage, wie viel Selbstbestimmung der Gesetzgeber im Unternehmen zulassen möchte, den Kern der Diskussion um Betriebsvereinbarungen dar. Insofern wird es sich sicher lohnen, in den nächsten Wochen und Monaten gerade diese Regelung gründlich zu diskutieren.

Entscheidend ist, dass am Ende ein Gesetz steht, das sowohl den politischen Zielen als auch den praktischen Anforderungen genügt. Demnach zielen die Bestrebungen auf ein Gesetz, das die Beschäftigtendaten schützt, den Betrieben Rechtssicherheit gibt und sich in die betrieblichen Abläufe einfügt.

In dem vor uns liegenden Gesetzgebungsverfahren werden die von mir vorgestellten, aber auch weitere Themen des Gesetzentwurfs intensiv diskutiert werden. Es wird mit Sicherheit an der einen oder anderen Stelle zu Veränderungen an dem Gesetzentwurf kommen. Das ist im parlamentarischen Verfahren üblich und macht die Diskussion spannend.

- 1/ *Es gilt das gesprochene Wort.*
- 2/ *Bevormundender Staat.*
- 3/ *CDU/CSU/FDP, Wachstum. Bildung. Zusammenhalt, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP, 17. Legislaturperiode, 2009, S. 106.*

BESCHÄFTIGUNGSVERHÄLTNISSE  
DES SGB II

# RECHTLICHE PROBLEME RUND UM EIN-EURO-JOBS

*Thomas Vießmann*

Ein-Euro-Jobs sind keine Erfindung des SGB II. Auch das Bundessozialhilfegesetz sah bereits Arbeitsgelegenheiten vor (§ 18 Abs. 2, § 19 BSHG). Trotz dieser Tradition ist das Feld der „Arbeitsgelegenheiten gegen Mehraufwandsentschädigung“, wie der Terminus *technicus* lautet, nicht annähernd vollständig beackert. Vieles ist zwar diskutiert, Weniges aber wirklich ausdiskutiert. Das liegt nicht zuletzt an der Vielschichtigkeit der auftretenden Probleme. Denn man hat es mit einem multipolaren Rechtsverhältnis zu tun. Rechtlich beteiligt sind der Leistungsempfänger, der Leistungsträger sowie häufig ein mit dem Leistungsträger nicht identischer Maßnahmeträger. Zudem können auch Personen außerhalb dieses Dreiecksverhältnisses betroffen sein, zum Beispiel der Bewerber auf dem primären Arbeitsmarkt, der sich „verdrängt“ fühlt. Dabei dominieren die Probleme, welche die *Begründung* eines Ein-Euro-Job-Verhältnisses betreffen.<sup>1</sup> Auch die Sanktionierung von Arbeitsverweigerungen im weitesten Sinn wirft zahlreiche rechtliche Fragen auf.

## RECHTSCHARAKTER DER HERANZIEHUNG ZU EINEM EIN-EURO-JOB UND RICHTLICHES RECHTSSCHUTZ

§ 16d Satz 1 SGB II<sup>2</sup> bestimmt, dass für erwerbsfähige Hilfebedürftige, die keine Arbeit finden können, Arbeitsgelegenheiten geschaffen werden sollen – eine Regelung, die augenscheinlich nur das Rechtsverhältnis zwischen dem Leistungsträger und dem Maßnahmeträger tangiert. Werden Gelegenheiten für im öffentlichen Interesse liegende zusätzliche Arbeiten gefördert, ist nach § 16d Satz 2 Halbsatz 1 SGB II den erwerbsfähigen Hilfebedürftigen zuzüglich zum Arbeitslosengeld II eine angemessene Entschädigung für Mehraufwendungen zu zahlen. Die weiteren Regelungen innerhalb von § 16d SGB II betreffen allein die inhaltliche Ausgestaltung des Dauerrechtsverhältnisses, das zwischen dem erwerbsfähigen Hilfebedürftigen und dem Leistungsträger entsteht. Dagegen vermisst man dezidierte Aussagen dazu, wie überhaupt die Andienung eines Ein-Euro-Jobs vonstatten geht und vor allem wie sie rechtlich einzuordnen ist. Immerhin erschließt sich aus § 31 SGB II, dass aus der Sicht des erwerbsfähigen Hilfebedürftigen ein Ein-Euro-Job – zumindest faktisch – nicht nur ein staatliches Benefizium verkörpert. Denn in § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. d SGB II ist unter bestimmten weiteren, hier nicht näher zu erörternden Voraussetzungen eine Sanktion in Form einer Leistungsabsenkung verankert. Diese findet Anwendung, wenn sich der erwerbsfähige Hilfeempfänger weigert, einen zumutbaren Ein-Euro-Job auszuführen.<sup>3</sup> Die Absenkung verkörpert ohne Zweifel eine Beeinträchtigung der dem erwerbsfähigen Hilfebedürftigen zugewiesenen Rechtspositionen. Es versteht sich von selbst, dass der Betroffene sich dagegen mit sozialgerichtlicher Hilfe zur Wehr setzen kann.

Für bestimmte Heranziehungsmodi stellt sich die Frage von vornherein nicht, ob dagegen gerichtlich vorgegangen werden kann oder nicht: Ein üblicher Weg, dem Leistungsempfänger einen Ein-Euro-Job nahezubringen, besteht darin, entsprechende Regelungen in eine Eingliederungsvereinbarung oder in einen diese ersetzenden Eingliederungsverwaltungsakt aufzunehmen;<sup>4</sup> in beiden Fällen kann bei entsprechender, klarer Formulierung eine *Verpflichtung* zur Teilnahme statuiert werden. Ist in einer Eingliederungsvereinbarung die Teilnahme an einer konkreten Maßnahme bestimmt, kann sich der Leistungsempfänger gegen die Heranziehung als solche nicht wehren – er hat dies ja gerade konsentiert. Rechtsschutz steht ihm allerdings gegen die nachfolgende Absenkung zu, ohne dass dabei irgendwelche Einwendungen aufgrund der ursprüng-

lichen Zustimmung des Hilfeempfängers präkludiert wären. Dass gegen einen Eingliederungsverwaltungsakt eine Anfechtungsklage zulässig ist, bedarf keiner Erläuterung; der Eingliederungsverwaltungsakt ist regelmäßig auch dergestalt teilbar, dass die Verpflichtung zur Wahrnehmung des Ein-Euro-Jobs isoliert angegriffen werden kann.

Trotz der aktuellen anderslautenden Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zu Trainingsmaßnahmen<sup>5</sup> bedarf es bei den Ein-Euro-Jobs keiner Regelung in einer Eingliederungsvereinbarung, um letztlich eine Verweigerung durch den Leistungsempfänger sanktionieren zu können. Vielmehr ist es nach wie vor gängige Verfahrensweise, dass die Leistungsträger im Rahmen eines normalen Briefes ein „Angebot“ oder einen „Vermittlungsvorschlag“ unterbreiten. Diesbezüglich ist nicht geklärt – gleichwohl für die gerichtliche Praxis essentiell –, ob schon gegen diese Form der Heranziehung als solche unmittelbarer Rechtsschutz vor den Sozialgerichten zu gewähren ist. Das hängt davon ab, ob man die Heranziehung lediglich als rechtliche Begünstigung (dazu unten a) oder aber als rechtliche Belastung (dazu unten b) einstuft. Denn nur in letzterem Fall ist eine rechtliche Beschwerde, die erst eine Klagebefugnis zu vermitteln in der Lage ist, vorstellbar; und nur in letzterem Fall kann es bei der objektiven Rechtswidrigkeit der Heranziehung auch zu einer Verletzung in subjektiven Rechten und damit zu deren gerichtlicher Kassation kommen.<sup>6</sup>

a) Vor allem in der sozialgerichtlichen Rechtsprechung wird die Ansicht vertreten,<sup>7</sup> in der Andienung eines Ein-Euro-Jobs liege keine Belastung des betroffenen erwerbsfähigen Hilfeempfängers. Diese Judikatur beruht nicht zuletzt auf einem entsprechenden Urteil des Bundessozialgerichts aus dem Jahr 2005 zum Angebot einer Trainingsmaßnahme nach § 48 SGB III,<sup>8</sup> in dem der lediglich vorbereitende Charakter des Angebots betont worden ist. Hält man diese Entscheidung für zutreffend, tut man sich schwer, im Rahmen der Zuweisung von Ein-Euro-Jobs eine davon abweichende Handhabung plausibel zu begründen; zu frappierend erscheinen die Parallelen zwischen dem Angebot einer Trainingsmaßnahme und dem eines Ein-Euro-Jobs. Versuche in der Literatur, signifikante Unterschiede der Sachverhalte herauszuarbeiten und daraus eine divergierende Beurteilung zu rechtfertigen,<sup>9</sup> vermögen nicht wirklich zu überzeugen. Nach der Ansicht, dass mit der Andienung eines Ein-Euro-Jobs keine Belastung verbunden ist, würde diese keine rechtsschutzfähige Beschwerde vermitteln. Daher könnte dagegen grundsätzlich weder mit

einer Gestaltungsklage noch mit einer Feststellungsklage<sup>10</sup> vorgegangen werden. Effektiver Rechtsschutz wäre ausschließlich gegen die Absenkung als eigentlich belastende Folgemaßnahme erreichbar.

b) Die Vertreter der konträren Ansicht leiten das belastende Moment der Zuweisung eines Ein-Euro-Jobs aus § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. d und Nr. 2 SGB II ab. *Voelzke* vertritt die Ansicht, die Andienung eines Ein-Euro-Jobs sei einerseits Begünstigung, andererseits aber auch Belastung.<sup>11</sup> Auch die herrschende Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte zu §§ 19, 25 BSHG ging davon aus, das Angebot einer Arbeitsgelegenheit gegen Mehraufwandsentschädigung verkörpere einen belastenden Verwaltungsakt.<sup>12</sup> Diese Auffassung führt konsequenterweise dazu, dass schon die Heranziehung zu einem Ein-Euro-Job als solche vor den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit angefochten werden kann.

Die Meinung, das Angebot verkörpere (auch) einen belastenden Verwaltungsakt, erscheint vorzugswürdig. Nur diese Ansicht vermag eine nachfolgende Absenkung – wenn der Ein-Euro-Job verweigert worden ist – zu rechtfertigen. Denn ohne eine bestehende *Teilnahmepflicht* an einer ganz konkreten Maßnahme ist eine Absenkung schlichtweg nicht denkbar. Sanktioniert werden kann nur die *pflichtwidrige* Verweigerung, nicht aber diejenige Verweigerung, die auf der Basis von Freiwilligkeit erfolgt ist. Durch irgendeinen regelnden Akt *muss* also eine konkrete Teilnahmepflicht auferlegt worden sein, will eine Behörde eine Absenkung vornehmen. Dies kann aber nicht erst durch den Absenkungsbescheid selbst geschehen. Dann nämlich würde die bis dahin bestehende Freiwilligkeit quasi rückwirkend beseitigt und an ihre Stelle träte ebenfalls rückwirkend eine Teilnahmeverpflichtung. Ein solches Konstrukt ist nach hiesiger Einschätzung mit dem Rechtsstaatsprinzip nicht vereinbar. Nahe liegend erscheint vielmehr, dass *von Anfang an* keine Freiwilligkeit besteht; bereits das sogenannte Angebot eines Ein-Euro-Jobs statuiert regelmäßig eine Teilnahmeverpflichtung.

Das Dogma von der Freiwilligkeit des Ein-Euro-Jobs kann nicht mit der Begründung gehalten werden, dass man eigentlich nicht einen Verstoß gegen eine Teilnahmepflicht, sondern generell mangelnde Eingliederungsbereitschaft sanktioniert. Würde man so argumentieren, würde man in § 16d in Verbindung mit § 31 SGB II implizit eine Vermutung hineinlesen: Vermutet würde, dass derjenige, der unberechtigt eine Arbeitsgelegenheit ablehnt, nicht eingliederungswillig sei. Sanktioniert würde

nach § 31 SGB II diese manifestierte fehlende Kooperationsbereitschaft. Da diese Vermutung aber auf jeden Fall widerlegbar sein müsste, bliebe zu prüfen, ob nicht anderweitig hinreichende Bemühungen vorlägen. Das müsste sich indes auch im SGB II niederschlagen, was nicht der Fall ist: Das Gesetz bietet keinerlei Handhabe, den erwerbsfähigen Hilfebedürftigen aufgrund seiner anderweitigen Eingliederungsbemühungen vor einer Absenkung zu verschonen; auch die Tatbestandsvoraussetzungen der Erforderlichkeit und der Zumutbarkeit bieten hierfür keinen normativen Ansatz.

Gegen das gewonnene Ergebnis kann nicht eingewandt werden, dass die Angebote nach ihrem Inhalt und ihrer Form regelmäßig als unverbindliche Mitteilungen konzipiert sind. Bereits die Rechtsfolgenbelehrung verdeutlicht, dass eine grundsätzliche Teilnahmepflicht angeordnet werden soll. Weiterhin wäre der Einwand nicht richtig, für eine Anordnung einer Teilnahmepflicht würde keine Rechtsgrundlage existieren; daher dürften die Angebote auch nicht entsprechend interpretiert werden. Zu konzedieren ist, dass § 16d SGB II keine Befugnisnorm verkörpert. Gleichwohl geht das Gesetz augenscheinlich davon aus, dass eine Teilnahmepflicht auferlegt werden kann; denn ohne *Teilnahmepflicht* kann es keine Sanktionen geben. Die Lösung liegt darin, dass § 16d *in Verbindung mit § 31 SGB II* die Behörden durchaus ermächtigt, eine verbindliche Verpflichtung zur Teilnahme auszusprechen.<sup>13</sup> Diese Teilnahmeverpflichtung steht, wie sich aus § 31 Abs. 1 Satz 2 SGB II ergibt, allerdings unter dem Vorbehalt, dass keine wichtigen Gründe für die Verweigerung der Arbeitsgelegenheit vorliegen. Damit besteht eine (zulässige) Abhängigkeit von einer Bedingung, was aber nicht den Regelungscharakter zu Gunsten eines lediglich unverbindlichen Angebots aufhebt.

Allerdings sind die Angebotsschreiben üblicherweise so formuliert, dass man es regelmäßig nicht *ausschließlich* mit einer belastenden Regelung zu tun hat; vielmehr liegt darin auch eine rechtliche Begünstigung. Allgemein existieren mannigfaltige Konstellationen, bei denen Begünstigungen und Belastungen eng kohärieren. An erster Stelle sind Leistungsbegehren zu nennen, die von staatlicher Seite nur zum Teil erfüllt werden: Soweit eine Leistung bewilligt wird, liegt eine Begünstigung vor; soweit die bewilligte hinter der beantragten Leistung zurückbleibt, wirkt die entsprechende Regelung belastend. Praktisch bedeutsam sind auch solche Verwaltungsakte, die für den Adressaten begünstigend wirken, für einen Dritten aber eine Belastung darstellen (zum Beispiel bei einer

Baugenehmigung) oder umgekehrt. Kennzeichnend für diese Fälle der Koinzidenz von Begünstigung und Belastung ist, dass gewissermaßen *neben* einer begünstigenden auch eine belastende Komponente besteht: Die Regelung weist im Fall einer nur teilweisen Leistungsbewilligung eine *gegenständliche* Dichotomie auf, so dass bei ein und demselben Rechtsbetroffenen Begünstigung und Belastung zusammentreffen. In den Drittbeteiligungsfällen hat die Regelung zwar eine einheitliche Gestalt, jedoch divergieren die Rechtswirkungen in personeller Hinsicht.

Ein derart deutlich wahrnehmbares und objektivierbares Auseinanderfallen der Regelungswirkungen gibt es bei der Heranziehung zu einem Ein-Euro-Job nicht. Bei näherer Betrachtung entdeckt man aber auch hier eine janusköpfige Ausprägung. Wenn nämlich das „Angebot“ für einen Ein-Euro-Job in der gängigen Form ohne expliziten Ausschluss eines Leistungsanspruchs unterbreitet wird, wird neben der Statuierung einer Teilnahmepflicht ein Leistungstitel verliehen, mit dem sich die Teilhabe an der Maßnahme durchsetzen lässt. Diese zusätzliche Facette wirkt sich zum Beispiel bei Rücknahme oder Widerruf der Heranziehung aus; in Bezug auf die Teilnahmeberechtigung an einer Maßnahme kann zumindest theoretisch Vertrauensschutz greifen.

Die hier festzustellende Parallelität von begünstigender und belastender Komponente rührt nicht daher, dass der eine Betroffene den Ein-Euro-Job lediglich *faktisch* als Segen, der andere ihn als Last empfindet. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sich der unterschiedliche Widerhall bei den Betroffenen auch in einer rechtlichen Dichotomie niederschlägt. Denn nach dem Inhalt der gängigen Angebotsschreiben treffen diese die *verbindliche Regelung*, dass der jeweilige Adressat an einer ganz bestimmten Maßnahme teilnehmen *darf*; sie begründen damit für diesen eine Rechtsposition. Auch die als einfache Schreiben ergangenen Angebote offenbaren einen hinreichenden Bindungswillen des Leistungsträgers gegenüber dem erwerbsfähigen Hilfebedürftigen. Gerade die Rechtsfolgenbelehrung zeigt, dass das Angebot eines Ein-Euro-Jobs etwas Verbindliches und Endgültiges in sich trägt. Mit der dadurch deutlich geregelten *Teilnahmepflicht* wäre es nur schwer zu vereinbaren, wenn der Leistungsträger seinerseits sich nicht daran festhalten lassen müsste. Somit liegt es nach dem objektiven Empfängerhorizont nahe, auch im Hinblick auf die inhärente rechtliche Begünstigung einen Bindungswillen des Leistungsträgers anzunehmen.

Da also bereits die Heranziehung zu einem Ein-Euro-Job – sogar das als freundliches Schreiben gestaltete „Angebot“ – eine Rechtsbelastung verkörpert, indem sie eine Teilnahmepflicht statuiert, erscheint es angesichts Art. 19 Abs. 4 GG geboten, auch insoweit sozialgerichtlichen Rechtsschutz zu gewähren. Daran vermag der Umstand nichts zu ändern, dass die Heranziehung zu einem Ein-Euro-Job nicht selbständig vollstreckbar ist, sondern lediglich bei Nichtbefolgung in eine Leistungsabsenkung mündet. Art. 19 Abs. 4 GG gebietet nicht erst dann Rechtsschutz, wenn eine Vollstreckbarkeit im klassischen Sinn besteht. Hinzu kommt, dass die Absenkung in ihrer rechtsbeeinträchtigenden Wirkung durchaus mit einer Maßnahme der Verwaltungsvollstreckung verglichen werden kann, denn sie verkörpert nicht nur die Vorenthaltung eines im gesetzgeberischen Ermessen stehenden Benefiziums, sondern einen Zugriff auf das verfassungsrechtlich geschützte Existenzminimum.

## ZUR FRAGE DER BETROFFENHEIT DES ADRESSATEN IN FREIHEITSGRUNDRECHTEN

Der erwerbsfähige Hilfebedürftige sieht sich Beeinträchtigungen seiner freiheitsgrundrechtlichen Rechtspositionen zum einen durch die Auferlegung einer Arbeitspflicht, zum anderen durch die bei einer „Verweigerung“ folgende Leistungsabsenkung ausgesetzt. Betroffen sind dabei verschiedene, voneinander zu trennende verfassungsrechtliche Rechtsgüter. Die Auferlegung einer Arbeitspflicht tangiert die Willens- oder Entscheidungsfreiheit, welche Art von Arbeiten der Betroffene ausüben und welche er unterlassen möchte – und damit den Bereich der persönlichen Entfaltung und Autonomie im weitesten Sinn. Bei der zweiten Facette steht dagegen die Sicherung der „nackten“ – vor allem auch der physischen – Existenz im Vordergrund.

### 1. Verfassungsmäßiges Recht, von einer Arbeitspflicht verschont zu bleiben

Dieses Recht, das die Integrität der persönlichen Autonomie gegenüber dem Staat schützt, wird nicht nur durch die Heranziehung zu einem Ein-Euro-Job, sondern auch durch die Absenkungsentscheidung betroffen. Denn auch die Absenkung als Folgemaßnahme beeinträchtigt mittelbar die Entscheidungsfreiheit. Daran ändert nichts, dass häufig aus Gründen des Zeitablaufs mit der Absenkungsentscheidung die konkret zugrunde

liegende Arbeitspflicht nicht mehr durchgesetzt werden kann. Das ist auch nicht notwendig; vielmehr genügt, dass nachträglich an eine bestimmte Willensausübung nachteilige Folgen geknüpft werden.

Rechtlich unerheblich ist auch, dass eine Absenkung die Willensfreiheit, über die Verwertung der eigenen Arbeitskraft autonom und souverän zu entscheiden, nur *mittelbar* betrifft. Denn die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>14</sup> zeigt, dass man sich vom tradierten Topos „Eingriff in Freiheit und Eigentum“ lösen muss, wenn man die vielschichtige Wirkungsweise der Freiheitsgrundrechte authentisch erfassen will. Ein Freiheitsgrundrecht ist vielmehr dann beeinträchtigt – mit der Folge eines verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsbedarfs –, wenn sein subjektbezogener (persönliche Komponente) und sachlicher, objektbezogener Schutzbereich (gegenständliche Komponente) in dem Staat zurechenbarer Weise (funktionelle Komponente) beeinträchtigt sind.<sup>15</sup> Diese Voraussetzungen liegen hier zweifelsohne vor; insbesondere besteht ein hinreichend enger Zurechnungszusammenhang zwischen staatlicher Gewaltausübung und der Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit.

Art. 12 Abs. 1 GG ist im Sinn einer negativen Berufsfreiheit im Regelfall nicht einschlägig, weil der Ein-Euro-Job als Eingliederungsmaßnahme nicht die Kriterien des Berufs erfüllt. Denn Beruf im Sinn von Art. 12 Abs. 1 GG ist jede Tätigkeit, die auf Dauer berechnet ist und der Schaffung und Erhaltung der Lebensgrundlage dient.<sup>16</sup> Dass Ein-Euro-Jobs die berufliche Wiedereingliederung fördern und auf diese Weise mittelbar der Schaffung einer Lebensgrundlage dienen sollen, genügt nach hier vertretener Ansicht nicht, um die Kriterien des Berufs zu erfüllen. Es dürfte wohl auch an der Dauerhaftigkeit fehlen. Art. 12 Abs. 1 GG könnte nur dann Wirkkraft entfalten, wenn die Verpflichtung, einen Ein-Euro-Job wahrzunehmen, geeignet wäre, den Betroffenen von der Aufnahme einer konkret zugänglichen Berufstätigkeit abzuhalten. Nach dem Reglement des SGB II (§ 31 Abs. 1 Satz 2) erscheint ein derartiger Zielkonflikt aber ausgeschlossen. Denn eine Arbeitspflicht wird nur mit dem Vorbehalt auferlegt, dass keine wichtigen Gründe für die Ablehnung vorliegen. Die Gelegenheit, einen tragfähigen Beruf zu ergreifen, würde allemal einen wichtigen Grund in diesem Sinn verkörpern.

Ebenso wenig berührt die Heranziehung zu Ein-Euro-Jobs den Schutzbereich von Art. 12 Abs. 2 und 3 GG. Unter dem Reglement des Bundessozialhilfegesetzes war es offenbar nicht zur Gänze unbestritten, ob und

inwieweit Arbeitsgelegenheiten unzulässige Zwangsarbeit verkörpern würden.<sup>17</sup> Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts liegt in der Heranziehung zu Arbeitsgelegenheiten gegen Mehraufwandsentschädigung kein Verstoß gegen Art. 12 Abs. 2 (Verbot des Arbeitszwangs) oder Abs. 3 GG (Zwangsarbeit). Denn § 19 Abs. 2 und § 25 BSHG, so das Bundesverwaltungsgericht, seien nicht auf die Erzwingung einer Arbeit oder die Leistung von Zwangsarbeit gerichtet, sondern würden es dem Betroffenen überlassen, ob er die angebotene Arbeit leisten wolle. § 25 BSHG sei keine Sanktionsnorm, sondern im Gesamtsystem der Sozialhilfe eine der vielfältigen Hilfenormen, deren Sinn und Zweck es sei, den Hilfeempfänger letzten Endes von der Sozialhilfe unabhängig zu machen. Soweit die Vorschrift einen Zwang bewirke, sei dieser schon dem allgemeinen Nachrangprinzip inhärent. Jedermann müsse nach Maßgabe seiner Kräfte wenigstens dann zur Beschaffung seines notwendigen Lebensunterhalts arbeiten, wenn er andernfalls der Allgemeinheit zur Last fiele. Die Inanspruchnahme der Freiheit ohne jede Rücksichtnahme auf die Gemeinschaft wäre ein Missbrauch, der wegen der Sozialbindung der Grundrechte keinen Grundrechtsschutz genösse.<sup>18</sup> Damit rekurriert das Bundesverwaltungsgericht auf den Umstand, dass die Verpflichtung zu einem Ein-Euro-Job im Rahmen einer Begünstigung ausgesprochen wird; es setzt den Schwerpunkt auf den begünstigenden *Gesamtcharakter*.<sup>19</sup>

Eine solche Betrachtung im Gesamtkontext erscheint durchaus sachgerecht, um die Heranziehung zu einem Ein-Euro-Job von Arbeitszwang oder Zwangsarbeit abzugrenzen. Jedoch ließe sich dagegen vorbringen, den Gesamtkontext der Heranziehung insgesamt als Begünstigung einzuordnen, sei schief, weil mit dem Arbeitslosengeld II ohnehin nur das an den erwerbsfähigen Hilfeempfänger ausgekehrt werde, was diesem schon kraft höherrangigen Rechts, nämlich des Grundrechts auf ein menschenwürdiges Existenzminimum, unmittelbar eingeräumt werde. Bei dieser Betrachtungsweise würde das Leistungsrecht des SGB II quasi keine konstitutiven Begünstigungen einräumen, was den gedanklichen Ansatz des Bundesverwaltungsgerichts in Frage stellen würde. Noch überzeugender erscheint deshalb die Begründung des Bundesverfassungsgerichts,<sup>20</sup> wonach mit diesen Verfassungsnormen spezifisch auf Missstände, wie sie im Dritten Reich aufgetreten seien, reagiert werden solle. Das führt zu einer entsprechenden tatbestandlichen Reduktion, da als subjektive Tatbestandsvoraussetzung eine verwerfliche Gesinnung des Staates verlangt wird. Nicht zielführend wäre dagegen die Argumen-

tation, Art. 12 Abs. 2 und 3 GG betreffen in jedem Fall nur Grundrechtseingriffe im klassischen Sinn (unmittelbar, final, rechtsförmlich, imperativ); ein solches Theorem existiert schlechterdings nicht.

Die Verankerung des Rechts, von einer Arbeitspflicht verschont zu bleiben, findet sich in Art. 2 Abs. 1 GG. In seiner klassischen Funktion als Abwehrrecht schützt Art. 2 Abs. 1 GG die Freiheit von staatlichem Zwang, also von Handlungs- und Duldungspflichten. Es schützt insbesondere das Verschontbleiben von Verboten solcher Handlungen oder Unterlassungen, die der Bürger subjektiv als „seine Freiheit“ definiert. Der sachliche Schutzbereich zeigt sich auf abstrakter Ebene universell. Geschützt ist die Freiheit, etwas zu tun oder zu unterlassen, im umfassenden Sinn. Gleichwohl muss funktionell stets eine wie auch immer geartete *Reduzierung* der Freiheit, etwas zu tun oder zu unterlassen, festgestellt werden.<sup>21</sup> All das liegt bei der Heranziehung zu einem Ein-Euro-Job vor. Der Staat reduziert damit die Freiheit des Betroffenen, frei von obrigkeitlicher Beeinflussung zu entscheiden, was er tun oder unterlassen möchte. Gleichwohl kann es zu einer *Verletzung* des Grundrechts kaum kommen, wenn die Verwaltung die Vorgaben des einfachen Gesetzesrechts beachtet. Denn die Kriterien der „Erforderlichkeit“<sup>22</sup> und der „Zumutbarkeit“ des Ein-Euro-Jobs bieten eine hinreichende Absicherung gegen unverhältnismäßige Beschränkungen der Freiheit der autonomen Entscheidung. Unabhängig davon erscheint diese Freiheit weitgehenden Beschränkungen zugänglich, da auf der generellen Ebene die Heranziehung zu Arbeitsgelegenheiten durch verschiedene gewichtige Zwecke des Allgemeinwohls gerechtfertigt erscheint. Es ist verfassungsrechtlich prinzipiell unbedenklich, wenn der Staat individuelle Maßnahmen ergreift, um das Angewiesensein des Einzelnen auf Grundsicherungsleistungen möglichst zu beenden. Die erwerbsfähigen Grundsicherungsempfänger haben keinen Rechtsanspruch darauf, Leistungen zu beziehen und dabei von Eingliederungsbemühungen unbehelligt zu bleiben. Sie trifft die generelle Verpflichtung, sich mit angemessenen Mitteln aus dem Leistungsbezug wieder herausführen zu lassen.

Grundsätzlich darf auch ein gewisser Druck ausgeübt werden, um einen Leistungsempfänger zur Mitwirkung an der Eingliederungsmaßnahme zu bewegen; Leistungsabsenkungen nach § 31 SGB II verkörpern solche grundsätzlich zulässigen Druckmittel. An dieser positiven Gesamteinschätzung ändert auch die jüngste kritische Einschätzung durch den Bundesrechnungshof<sup>23</sup> nichts, der zufolge die Effizienz von Ein-Euro-Jobs

stark zu wünschen übrig lässt.<sup>24</sup> Denn im Hinblick auf die generelle Zweckmäßigkeit von Arbeitsgelegenheiten steht dem Gesetzgeber eine Einschätzungsprärogative zu; dessen Entscheidung wäre nur bei evidenter Zweckuntauglichkeit angreifbar. Sogar die Erwägung, dem Hilfeempfänger solle für die staatliche Unterstützung eine angemessene Gegenleistung abverlangt werden (sogenanntes *Workfare*-Prinzip), wäre zumindest im Prinzip geeignet, als ausreichender Gemeinwohlbelang für eine Einschränkung der Freiheit der autonomen Entscheidung zu dienen; das Bundesverwaltungsgericht scheint in der oben behandelten Entscheidung zur Frage unzulässiger Zwangsarbeit oder unzulässigen Arbeitszwangs<sup>25</sup> partiell in diese Richtung zu tendieren. Das Bundessozialgericht dagegen hat das *Workfare*-Prinzip in einer aktuellen Entscheidung ausdrücklich verworfen;<sup>26</sup> in der neueren Literatur wird es jedoch reaktiviert<sup>27</sup>. Gleichwohl sollte man sich von ihm distanzieren. Denn es weist – wie im Folgenden gezeigt wird – bezüglich anderer verfassungsrechtlich geschützter Rechtsgüter „Untiefen“ auf, die seine Heranziehung generell als verfassungsrechtlich „gefährlich“ erscheinen lassen.

Auch wenn Art. 12 Abs. 2 und 3 GG – die besondere Ausprägungen des Schutzes der Menschenwürde sind – generell nicht einschlägig sind, so kann im Einzelfall gleichwohl der allgemeine Schutz der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) ins juristische Blickfeld geraten: Denkbar ist dies bei ausbeuterischer Beschäftigung und bei erniedrigenden oder extrem unterwertigen Arbeiten. Hierbei darf man die Augen vor einer subtilen Form von Ausbeutung des Ein-Euro-Jobbers nicht verschließen: Dieser darf nicht für billiges Geld, genauer gesagt nur für eine geringe Mehraufwandsentschädigung zuzüglich des Arbeitslosengelds II, für Tätigkeiten „missbraucht“ werden, die an sich über reguläre Arbeitsverhältnisse zu ungleich höheren Tarifen wahrzunehmen wären. Eine „Dumping-Beschäftigung“ im Gewand eines Ein-Euro-Jobs erscheint im Hinblick auf die Menschenwürde des Einzelnen nicht ohne Bedenken. Denn der Verdacht liegt nicht fern, dass der Ein-Euro-Jobber ausgenutzt und dadurch in gewisser Weise zum bloßen Objekt herabgewürdigt wird. Zwar bestimmt § 10 SGB II, dass grundsätzlich jede Arbeit zumutbar ist (zudem gewährt nicht einmal § 121 SGB III einen nennenswerten Berufsschutz). Das wirkt sich auch auf Ein-Euro-Jobs aus, die ja gerade auf solcherart zumutbare Tätigkeiten vorbereiten sollen. Angesichts dieser Vorbereitungsfunktion der Ein-Euro-Jobs kann die Menschenwürde sicherlich nur in Extremfällen verletzt sein. Gleichwohl besteht ein signifikanter Unterschied, ob jemand eine als übel empfundene Arbeit im Wege eines

Arbeitsverhältnisses übernimmt oder sie ihm mit Mehraufwandsentschädigung aufkrotyiert wird. Im ersten Fall unterzieht sich der Betroffene der als übel empfundenen Arbeit wenigstens freiwillig. Vor allem aber kann er für die ungeliebte Arbeit im Fall eines regulären Arbeitsverhältnisses das erwirtschaften, was auf dem Markt an Entgelt dafür angeboten wird. Wenn man davon ausgeht, dass die Nachfrage der Arbeitskräfte für unterwertige, vielleicht sogar als demütigend empfundene Arbeiten a priori nicht sonderlich hoch ist, erscheint es nach den Gesetzen des Marktes durchaus nahe liegend, dass die Arbeitgeber für derartige Arbeiten sogar vergleichsweise hohe Löhne zahlen. Würde man als Ratio für Ein-Euro-Jobs nicht den Eingliederungsgedanken, sondern den *Workfare*-Ansatz in den Vordergrund stellen, wäre die Grenze zur „Aufopferung“, zum Missbrauch und damit zur Degradierung zum „Objekt“, weitaus früher erreicht; denn nach dieser Begründung würde der erwerbsfähige Hilfebedürftige persönlich von dieser Tätigkeit nicht im Sinne eines beruflichen Fortkommens profitieren können.

## **2. Zur Frage der Vereinbarkeit einer Absenkung nach § 31 SGB II mit dem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums**

Für Ein-Euro-Jobs ist das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums<sup>28</sup> insoweit von großer Bedeutung, als Sanktionen bei Verweigerungen empfindliche Leistungsbeschränkungen bewirken. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 9. Februar 2010 – 1 BvL 1/09 u.a. – dieses Grundrecht ausführlich beleuchtet und darauf aufbauend dessen Bedeutung für die Regelleistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II herausgearbeitet. Die Aussagen in dem Urteil lassen den Rückschluss zu, dass die Leistungsabsenkung nach § 31 SGB II, die auf der Verweigerung eines Ein-Euro-Jobs beruht, zumindest vom Grundsatz her nicht gegen das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums verstößt.

Nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts kommt dem Gesetzgeber ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu, soweit es um unausweichliche Wertungen geht, die mit der Bestimmung der Höhe des Existenzminimums verbunden sind.<sup>29</sup> Das Grundrecht bedarf der Konkretisierung und stetigen Aktualisierung durch den Gesetzgeber, der die zu erbringenden Leistungen an dem jeweiligen Entwicklungsstand des Gemeinwesens und den bestehenden Lebensbedingungen auszurichten

hat.<sup>30</sup> Dem Gesetzgeber steht ein Gestaltungsspielraum bei der Bestimmung des Umfangs der Leistungen zu. Dieser bezieht sich einerseits auf die Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse, andererseits auf die wertende Einschätzung des notwendigen Bedarfs.<sup>31</sup> Zwar ist der Leistungsanspruch aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip *dem Grunde nach* durch die Verfassung vorgegeben, nicht aber der Umfang des Anspruchs (Arten des Bedarfs und dafür erforderliche Mittel).<sup>32</sup> Letzterer hängt von den gesellschaftlichen Anschauungen über das für ein menschenwürdiges Dasein Erforderliche, der konkreten Situation des Hilfebedürftigen sowie von technischen Gegebenheiten ab und muss vom Gesetzgeber konkret bestimmt werden.<sup>33</sup>

So gesehen kann das Urteil vom 9. Februar 2010 nur dahingehend interpretiert werden, dass das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums lediglich einen materiell-rechtlichen Rahmen vorgibt. Diese Einschätzung betrifft wohlgerne nicht nur die (formale) gerichtliche Überprüfungsichte, sondern auch den materiellen Regelungsgehalt. Das hat zur Folge, dass das Grundrecht unmittelbar keine konkreten, in Euro bezifferten Antworten auf die Frage zu geben vermag, wie denn das notwendige Existenzminimum im Einzelfall zu berechnen sei. Es reglementiert nicht das konkrete Ergebnis, sondern mehr das – vom Gesetzgeber zu beachtende – Verfahren, um zu angemessenen Resultaten zu kommen.

Hinsichtlich der Weite des Rahmens ist zu unterscheiden zwischen der Sicherung der physischen Existenz des Menschen – dort ist der Rahmen eng – und der Möglichkeit zur Teilhabe am gesellschaftlichen Leben – dort ist er weiter. Soweit es um die notwendigen Leistungen zur Sicherung der physischen Existenz geht, sind keinerlei Abstriche im Leistungsumfang zulässig; insoweit existiert eine absolute Grenze. Darüber hinausgehende Leistungen unterfallen zwar auch dem verfassungsrechtlichen Schutz, jedoch verlangen die verfassungsrechtlichen Vorgaben keinen absoluten Standard. Vielmehr darf die Leistungshöhe durch sachgerechte Wertungen bestimmt werden. Der Leistungsbereich zeigt sich auch abwägungsoffen; die Leistungshöhe ist von dynamischen Faktoren abhängig, deren Findung und Gewichtung Aufgabe des Gesetzgebers ist. Vorrangige Ziele des Gesetzgebers können sich auf die Leistungshöhe auswirken; damit dürfen die Leistungen im Bereich der Teilhabe am gesellschaftlichen Leben in gewissem Grad auch als Steuerungsmittel eingesetzt werden.

Grundsätzlich bleibt dem Gesetzgeber überlassen, ob er das Existenzminimum durch Geld-, Sach- oder Dienstleistungen sichern will.<sup>34</sup> Zwar tragen Geldleistungen der Autonomie des Einzelnen am besten Rechnung, jedoch ist dieser Aspekt offensichtlich für das Bundesverfassungsgericht nicht von so großer Bedeutung, als dass es strengere Bindungen für den Gesetzgeber proklamieren würde.

Die genannten Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts verdeutlichen, dass das Existenzminimum in materieller Hinsicht grundsätzlich relativ ist. Hinsichtlich des Umfangs des notwendigen Leistungsanspruchs sind Variabilitäten möglich. Trotz aller Relativierbarkeit darf es aber nicht dazu kommen, dass aufgrund einer Leistungsabsenkung dem Hilfeempfänger das Mindeste, was zum Leben „physisch“ notwendig ist, vorenthalten wird. Selbst dann, wenn sich der Hilfeempfänger jeglicher Eingliederung widersetzen würde, wäre es nicht vertretbar, ihm vollständig das Existenzminimum zu entziehen. Das mag zwar die „abschreckende Wirkung“ der Leistungsabsenkung mindern, gleichwohl steht diese ultimative staatliche Verpflichtung nicht zur Disposition. Das Bundesverfassungsgericht hat im Urteil vom 9. Februar 2010 diesen Gedanken aufgenommen, indem es das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums als dem Grunde nach unverfügbar und unbedingt einlösbar klassifiziert hat.<sup>35</sup>

Dagegen kann der „relativierbare Anteil“ des notwendigen Existenzminimums durch erforderliche Sanktionen bis zu einer bestimmten absoluten Grenze reduziert werden, ohne dass darin ein Verfassungsverstoß liegt. Der Sanktionskatalog des § 31 SGB II wahrt diese Grenze grundsätzlich, weil die äußerste Sanktion (vorübergehende Leistungseinstellung) es immer noch ermöglicht, wenigstens durch Sachleistungen „das nackte Überleben“ zu sichern. Dieser vorübergehende vollständige Wegfall von Geldleistungen verbunden mit der Gewährung von Sachleistungen erscheint als Ultima Ratio bei „unverbesserlichen Verweigerern“ verfassungsrechtlich noch vertretbar. Zwar mögen bei diesem sehr kleinen Personenkreis Eingliederungsbemühungen ohnehin illusorisch erscheinen, was im Rahmen der „Erforderlichkeit“ des Ein-Euro-Jobs eine Rolle spielen könnte. Damit der Staat aber nicht vorzeitig vor einer beharrlichen Verweigerungshaltung kapitulieren muss, erscheint ein effizienter Maßnahmenkatalog, der auch derart einschneidende Sanktionen vorsieht, kaum verzichtbar.

Unter Berücksichtigung all dessen sind Grund und Höhe der Absenkungen nach § 31 SGB II in Bezug auf das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums grundsätzlich unbedenklich. Allerdings muss mit dem nach § 31 Abs. 3 Satz 6 SGB II eingeräumten Ermessen, bei bestimmten gravierenden Leistungsabsenkungen Sachleistungen zu gewähren, behutsam umgegangen werden. Denn, wie oben gezeigt, die Gewährung von Sachleistungen kann schlichtweg alternativlos sein, um nicht das zur physischen Existenz Notwendige zu entziehen. Deshalb erschiene es wünschenswert, dass der Gesetzgeber diese formal bestehende, sehr weite Ermessenseinräumung korrigiert.

Trotz der verfassungsgerichtlichen „Entwarnung“ sollte nicht das Risiko eingegangen werden, die Heranziehung zu Ein-Euro-Jobs mit dem *Workfare*-Ansatz zu begründen. Trotz aller Relativierbarkeit und Einschränkung des verfassungsrechtlich geschützten Existenzminimums darf das menschenwürdige Existenzminimum in Bezug auf die *Entstehung* des Anspruchs wohl nicht an Bedingungen geknüpft werden. Auch wenn zwischen Arbeitslosengeld II und Arbeitsleistung unter keinen Umständen ein synallagmatisches Austauschverhältnis angenommen werden darf, so könnte die Akzentuierung des *Workfare*-Prinzips gleichwohl die Gefahr begründen, gerade den Anschein der Bedingungsabhängigkeit zu erzeugen.

#### **ZUR RECHTLICHEN BETROFFENHEIT DRITTER DURCH EIN-EURO-JOBS**

Ein-Euro-Jobs werden nicht zuletzt deswegen kritisiert, weil sie geeignet seien, Arbeitsplätze auf dem ersten Arbeitsmarkt zu verdrängen.<sup>36</sup> Diese Gefahr kann nicht wirklich bestritten werden. Das Gesetz trägt ihr dadurch Rechnung, dass in § 16d Satz 2 Halbsatz 1 SGB II die „Zusätzlichkeit“ der Arbeitsgelegenheit zur Voraussetzung erhoben wird. Zusätzlichkeit liegt vereinfacht ausgedrückt dann vor, wenn die Tätigkeit sonst nicht oder zumindest signifikant anders vorgenommen werden würde (zum Beispiel quantitativ wesentlich reduziert, zeitlich wesentlich hinausgeschoben); das Bundessozialgericht wendet zur Konkretisierung des Begriffs § 261 Abs. 2 SGB III an.<sup>37</sup> Anlass, in diesem Kontext eine mögliche rechtliche Betroffenheit Dritter zu erörtern, gibt die Aussage des Bundessozialgerichts, die Zielrichtung des Merkmals der Zusätzlichkeit sei „eher“ auf den Schutz von Konkurrenten ausgerichtet.<sup>38</sup> Das Bundessozialgericht hat damit sicherlich nicht insinuiert wollen, eventuellen

Konkurrenten solle ein subjektives Recht auf eigenes Zum-Zug-Kommen oder auch nur auf fehlerfreie Ermessensentscheidung eingeräumt werden. Der vom Bundessozialgericht betonte Schutzzweck zu Gunsten von Konkurrenten manifestiert sich in lediglich objektivem Recht. Eine „Konkurrentenklage“ unter Berufung auf fehlende Zusätzlichkeit findet nicht statt; das gilt sowohl für diejenigen Bewerber, die sich darum bemühen, die entsprechende Tätigkeit im Wege eines regulären Arbeitsverhältnisses auszuüben, als auch für diejenigen, die als selbständige Unternehmer zum Beispiel einen Werkvertrag schließen wollen.

Auch das Verfassungsrecht verleiht dem Konkurrenten keine subjektiven Rechtspositionen. Zwar mag es auf der Ebene des objektiven Rechts ein Gebot geben, welches besagt, dass der Staat den Arbeitsmarkt halbwegs funktionsfähig zu erhalten hat (auch Schutzrecht gegenüber Einwirkungen Dritter, Einwirkungen von höherer Gewalt). Indes existiert selbst auf objektiver Ebene kein (verfassungsrechtlicher) Rechtssatz, der es dem Staat a priori verbieten würde, durch die Schaffung von Arbeitsgelegenheiten Beschäftigungskapazitäten zu absorbieren.<sup>39</sup> Subjektive Rechte von sich verdrängt fühlenden Betroffenen scheiden ohnehin aus. Weder existiert ein Abwehrrecht gegen die Wahrnehmung einer bestimmten Tätigkeit im Wege eines Ein-Euro-Jobs statt über den regulären Arbeitsmarkt, noch lässt sich ein subjektives Recht auf Zuweisung einer konkreten Arbeit im Wege eines regulären Beschäftigungsverhältnisses feststellen. Denn Art. 12 Abs. 1 GG verleiht ein Abwehrrecht gegen dem Staat zurechenbare Beeinträchtigungen der Entfaltungsfreiheit im Erwerbsleben. Dagegen bietet die Berufsfreiheit keine Garantie für einen bestimmten beruflichen Erfolg. Dazu gehört auch, dass der Staat nicht dafür zu sorgen hat, dass der Grundrechtsinhaber einen bestimmten erwünschten Arbeitsplatz im staatlichen Bereich erhält. Würde man das annehmen, erhielte Art. 12 Abs. 1 GG partiell den Charakter eines Leistungsrechts; eine solche Funktion kommt dem Grundrecht aber nicht zu. Aus Art. 12 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG kann allenfalls ein Recht auf sachgerechte Auswahl abgeleitet werden, wenn mehrere Bewerber für eine Beschäftigung im staatlichen Bereich vorhanden sind. Alle Erwägungen im Vorfeld, ob überhaupt ein Beschäftigungsverhältnis begründet werden soll, befinden sich außerhalb der subjektiven Schutzwirkung.

## FAZIT

Bereits die bloße Heranziehung zu einem Ein-Euro-Job verkörpert (auch) eine belastende Regelung, gegen die sozialgerichtlicher Rechtsschutz möglich sein muss. Grundlegende verfassungsrechtliche Bedenken dagegen – auch gegen eine Leistungsabsenkung – bestehen nicht. Gleichwohl ist die Rechtsmaterie verfassungsrechtlich hochsensibel. Der Verwaltung wird daher bei den konkreten Heranziehungsentscheidungen ein hohes Augenmaß abverlangt.

- 1/ *Zur rechtlichen Ausgestaltung des „Beschäftigungs“-Verhältnisses herrscht mehr Klarheit: Schon angesichts § 16d Satz 2 Halbsatz 2 SGB II erscheint unangefochten, dass ein öffentlich-rechtliches Beschäftigungsverhältnis begründet wird. Das Bundessozialgericht hat den öffentlich-rechtlichen Charakter der Mehraufwandsentschädigung bestätigt (vgl. BSGE 102, S. 73). Eventuelle Rückgriffe auf die Figur des faktischen Arbeitsverhältnisses sind ausgeschlossen. Ein begrenztes Direktionsrecht sowohl des Leistungsträgers als auch unmittelbar des Maßnahmeträgers, so wie man es aus dem Arbeitsverhältnis kennt, wird man allerdings nicht negieren können.*
- 2/ *§ 16d ist durch Art. 2 Nr. 6 des Gesetzes zur Neuausrichtung der arbeitsmarktpolitischen Instrumente vom 21.12.2008 (BGBl I, S. 2917) mit Wirkung vom 01.01.2009 in das SGB II eingefügt worden.*
- 3/ *An dieser Stelle soll nicht vertieft werden, ob auch der Sanktionstatbestand des § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II einschlägig sein kann, z.B. wenn der erwerbsfähige Hilfebedürftige sich zwar nicht explizit weigert, den Ein-Euro-Job auszuführen, jedoch durch destruktives Verhalten den Maßnahmeträger – absichtlich oder nicht – dazu bringt, diesen für beendet zu erklären.*
- 4/ *So z.B. in dem Fall, der BSG, 18.02.2010 – B 14 AS 53/08 R, zugrunde lag.*
- 5/ *BSG, 17.12.2009 – B 4 AS 20/09 R: die Sanktionsnorm war § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. c SGB II.*
- 6/ *Die Eröffnung gerichtlichen Rechtsschutzes hängt nicht davon ab, ob man das „Angebot“ eines Ein-Euro-Jobs als Verwaltungsakt betrachtet oder nicht. Konstituierend für den Rechtsschutz ist vielmehr die subjektive Beschwer.*
- 7/ *So z.B. BayLSG, 13.04.2007 – L 7 AS 344/06.*
- 8/ *BSG SozR 4-1300 § 63 SGB X Nr. 2 RdNr. 11 ff.*
- 9/ *So z.B. Voelzke in: Hauck/Noftz, SGB II, Stand: Juli 2009, § 16d RdNr. 54.*
- 10/ *Insbesondere dürfte für eine vorbeugende Feststellungsklage ein hinreichend verdichtetes (konkretes) Rechtsverhältnis fehlen. Höchst problematisch erscheint auch die Sachentscheidungsvoraussetzung eines hinreichenden Feststellungsinteresses. Dieses Interesse müsste sich gerade auf den vorbeugenden Rechtsschutz beziehen: Ein Abwarten der befürchteten Verwaltungsmaßnahme, hier also der Absenkung, müsste also unzumutbar sein, weil der nachträgliche Rechtsschutz nicht ausreichend wäre. Für eine eher klägerfreundliche Handhabung könnte man insoweit anführen, dass Widerspruch und Anfechtungsklage gegen die Absenkung gemäß § 39 Nr. 1 SGB II keine aufschiebende Wirkung haben. Jedoch steht dem Betroffenen einstweiliger Rechtsschutz vor den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit offen (vgl. § 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG).*

- 11| Voelzke, a.a.O., § 16d RdNr. 58 f.; so auch Bieback, *Probleme des SGB II*, NZS 2005, S. 337 <341, 342>.
- 12| Vgl. Schmitt, *BSHG*, 2. Aufl. 2003, § 19 RdNr. 13 mit Rechtsprechungshinweisen.
- 13| Dass § 31 SGB II ohnehin ergänzend herangezogen wird, zeigt das dort enthaltene Tatbestandsmerkmal der Zumutbarkeit.
- 14| Vgl. BVerfGE 85, S. 386 <397>; 105, S. 279 <300 f.>; 110, S. 177 <190 bis 192>.
- 15| Vgl. dazu grundlegend Vießmann, *Der Anspruch auf Krankenbehandlung nach dem SGB V im Spiegel des subjektiv-rechtlichen Gehalts der Freiheitsgrundrechte*, VSSR 2010, S. 105 <107>.
- 16| BVerfGE 105, S. 252 <265>; stRSpr.
- 17| Vgl. dazu Schmitt, a.a.O., § 18 RdNr. 4.
- 18| BVerwG, Beschluss vom 23.02.1979 – 5 B 114/78.
- 19| In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird bei Gleichheitsprüfungen mitunter die Frage, ob eine Schlechterstellung vorliegt, mittels einer Gesamtbetrachtung beantwortet; vgl. BVerfGE 107, S. 205 <216 f.>.
- 20| BVerfGE 74, S. 102 <115 ff.>.
- 21| Vießmann, a.a.O., S. 105 <122>.
- 22| Vgl. dazu BSGE 102, S. 201, RdNr. 23. Materiell meint Erforderlichkeit, dass die Arbeitsgelegenheit ein Mindestmaß an Eignung für eine Integrationsperspektive bietet (Krahmer, *Rechtsmängel bei der praktischen Umsetzung von Arbeitsgelegenheiten*, SGB 2006, S. 581). Sie muss im Rahmen von § 16d SGB II schon als Voraussetzung dem Grunde nach behandelt werden und nicht ausschließlich im Rahmen eines Auswahlermessens.
- 23| Laut Artikel der Süddeutschen Zeitung vom 15.11.2010 handelt es sich um einen internen Bericht des Bundesrechnungshofes.
- 24| So auch DGB-Bundesvorstand, *Arbeitsmarkt aktuell*, Ausgabe 04/2009.
- 25| Vgl. oben Endnote 18.
- 26| BSGE 102, S. 201, RdNr. 21/22.
- 27| Koppenfels-Spies, *Ein-Euro-Jobs – Sinnvolle Eingliederungsmaßnahme oder billiges Allzweckmittel der Arbeitsmarktpolitik?*, NZS 2010, S. 1 <7>.
- 28| Vgl. dazu in der älteren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts BVerfGE 40, S. 121 <133>; 82, S. 60 <80>; 99, S. 216 <233>.
- 29| BVerfG, NJW 2010, S. 505 <507> Erwägung 133.
- 30| BVerfG, NJW 2010, S. 505 <508> Erwägung 133; vgl. zur Zeitabhängigkeit des Existenzminimums bereits Neumann, *Menschenwürde und Existenzminimum*, NVwZ 1995, S. 426 <428>.
- 31| BVerfG, NJW 2010, S. 505 <508> Erwägung 138.
- 32| BVerfG, NJW 2010, S. 505 <508> Erwägung 138; unmittelbar der Verfassung kann z.B. entnommen werden, dass sich der Anspruch nur auf diejenigen Mittel erstreckt, die zur Aufrechterhaltung eines menschenwürdigen Daseins unbedingt erforderlich sind, BVerfG, NJW 2010, S. 505 <508> Erwägung 135. Andererseits muss ein gesetzlicher Leistungsanspruch so ausgestaltet sein, dass er stets den gesamten Bedarf jedes individuellen Grundrechtsträgers deckt; das macht deutlich, dass Pauschalierungen und Typisierungen – auch wenn sie nicht grundsätzlich unzulässig sind – Grenzen gesetzt sind; bis zu einem bestimmten Grad muss der Anspruch individualisiert sein, BVerfG, NJW 2010, S. 505 <508> Erwägung 137.
- 33| BVerfG, NJW 2010, S. 505 <508> Erwägung 138 unter Hinweis auf BVerfGE 115, S. 118 <153>.
- 34| BVerfG, NJW 2010, S. 505 <508> Erwägung 138.
- 35| BVerfG, NJW 2010, S. 505 <507> Erwägung 133.

- 36| Vgl. nur Koppenfels-Spies, NZS 2010, S. 1 <6>.
- 37| Vgl. BSGE 102, S. 201, RdNr. 27.
- 38| BSGE 102, S. 201, RdNr. 28; BSG, Urteil vom 10.12.2009 – B 4 AS 30/09 R, RdNr. 21. Stimmen in der Literatur zufolge möchte das Kriterium der Zusätzlichkeit verhindern, dass reguläre Arbeitsverhältnisse verdrängt werden; es soll Wettbewerbsverzerrungen vorgebeugt werden (Pfohl in: Linhart/Adolph, *SGB II, SGB XII, AsylbVLG*, § 16d RdNr. 8 <Stand: Februar 2009>). Geschützt werden soll die Funktionsfähigkeit, Vielfalt und Effektivität des primären Arbeitsmarktes (vgl. Rixen/Panaris, Hartz IV, *Welcher Ein-Euro-Job ist „zusätzlich“?*, NJW 2005, S. 2177 <2178>; Krahmer, a.a.O., SGB 2006, S. 581 <583>).
- 39| Das kann theoretisch anders sein, wenn in weitaus größerem Umfang als bisher Arbeitsgelegenheiten in den Arbeitsmarkt einbrechen würden. Aber nur unter extremen Umständen wäre es vorstellbar, dass durch eine derartige staatliche Einwirkung das auf dem Arbeitsmarkt vorhandene Arbeitsangebot so massiv eingeschränkt würde, dass dies gegen den objektiven Gehalt von Art. 12 Abs. 1 GG verstoßen könnte.

# MINIJOB – EIN NORMALES ARBEITSVERHÄLTNIS?

*Christiane Padé*

## **THESEN**

- Minijobs sind für Arbeitgeber attraktiv, weil
  - gewisse bürokratische Erleichterungen bestehen;
  - Minijobs als „Probearbeitsverhältnisse“ angesehen werden;
  - „Minijobber“ flexibel einsetzbar sind;
  - Minijobs de facto Nettolohnvereinbarungen enthalten und die geringeren Sozialversicherungsbeiträge für Arbeitgeber billiger sind.
  
- Der Gesetzgeber fördert Minijobs, weil
  - er hofft, damit den Übergang in sozialversicherungspflichtige Arbeitsverhältnisse zu erleichtern;
  - nach seiner Einschätzung die betreffenden Arbeitnehmer anderweitig sozial abgesichert sind;
  - sehr geringe Beiträge das volle Leistungsspektrum in der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung und im Bereich der Teilhabeleistungen nicht rechtfertigen.

- Minijobs sind für Arbeitslosengeld-II-Empfänger attraktiv, weil sie den Verdienst bis zu einer Höhe von fast der Hälfte der Regelleistung zusätzlich zu den Leistungen des Grundsicherungsträgers behalten dürfen.
- Grundsicherungsträger sparen durch Aufnahme von Minijobs Leistungen.
- Der Vorschlag, die Grenze für Minijobs in Höhe der Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende festzusetzen, hätte einiges für sich:
  - Die Minijob-Grenze liegt in Höhe des 0,345-fachen der Bezugsgrenze (rund 845 Euro).
  - Die Pauschbeträge auf die Pflegeversicherung richten sich nach dem Modell der Krankenversicherung.
  - Es besteht eine Rentenversicherungspflicht zumindest für Arbeitslosengeld-II-Empfänger mit Minijob vom ersten Euro an.

## **EINLEITUNG**

Haben Sie schon mal eine Putzfrau gesucht? Oder sich gefragt, wie Sie Ihre wieder loswerden? Ist Ihr Babysitter bei der Minijob-Zentrale angemeldet? Bekommt Ihre Putzfrau oder vielleicht die Eltern Ihres Babysitters Leistungen von der örtlichen ARGE? Haben Sie sich schon mal Gedanken gemacht, wie die Mitarbeiterin Ihres Bausparkassenvertreter, die Sie mit freundlicher Stimme und überflüssigen Vorschlägen am Telefon nervt, sozial abgesichert ist?

Von einer arbeitsrechtlichen Perspektive aus gesehen kann die Frage, ob der Minijob ein normales Arbeitsverhältnis darstellt, eindeutig bejaht werden. Demnach stellt der Minijob eine normale Teilzeittätigkeit (§ 2 Abs. 2 TzBfG) dar, in der unter anderem das Diskriminierungsverbot gilt.<sup>1</sup> Hier können das Recht und die tatsächliche Wirklichkeit im Einzelfall weit auseinanderklaffen. Kündigungsschutz oder Urlaubsentgelt, Lohnfortzahlung im Krankheitsfall und ähnliche Wohltaten des Arbeitsrechts kommen „Minijobbern“ tatsächlich eher selten zugute. Im Folgenden werde ich mich auf das Sozialrecht konzentrieren.

## **WAS IST EIN MINIJOB?**

In der Sozialversicherung sprechen wir von geringfügigen Beschäftigungen, die zeitgeringfügig oder entgeltgeringfügig sein können (§ 8 Abs. 1 SGB IV). Die zeitgeringfügigen Beschäftigungen sind solche, für die von vornherein klar ist, dass sie auf nicht mehr als zwei Monate oder fünfzig Tage im Kalenderjahr beschränkt sein werden. Das ist zum Beispiel beim Erntehelfer oder bei der Verkäuferin auf dem Weihnachtsmarkt der Fall. Diese Art von geringfügigen Beschäftigungen stellen uns im Sozialrecht vor vergleichsweise geringe Probleme und sollen im Folgenden nicht weiter berücksichtigt werden.

Die entgeltgeringfügigen Beschäftigungen sind die berühmten 400-Euro-Jobs, also Tätigkeiten, in denen regelmäßig nicht mehr als 400 Euro monatlich verdient werden. Nicht als Minijob gelten regelmäßig Berufsausbildungsverhältnisse, egal ob die Vergütung höher oder geringer als 400 Euro ist (§§ 27 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB III, 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB V, 5 Abs. 2 Satz 3 SGB VI, 20 SGB XI).<sup>2</sup>

## **WIE FUNKTIONIERT EIN MINIJOB IN DER SOZIALVERSICHERUNG?**

Bevor ich auf die spezielle Problematik der Empfänger von Leistungen nach dem SGB II eingehe, soll zunächst die Funktionsweise der Minijobs in einzelnen Zweigen der Sozialversicherung beleuchtet und dann kurz untersucht werden, warum sie auch für Arbeitgeber und Gesetzgeber attraktiv sind:

In der *Arbeitslosenversicherung* und in der *Pflegeversicherung* sind geringfügig Beschäftigte versicherungsfrei (§ 27 Abs. 2 SGB III). Das bedeutet im Umkehrschluss, dass sie bei Verlust ihres Jobs keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld I haben und bei Eintritt der Pflegebedürftigkeit kein Pflegegeld bekommen. Weder Arbeitgeber noch Arbeitnehmer zahlen Beiträge zur Arbeitslosen- oder Pflegeversicherung.

In der *Krankenversicherung* sind geringfügig Beschäftigte ebenso versicherungsfrei (§ 8 Abs. 1 SGB V). Die Arbeitgeber tragen Beiträge in Höhe von 13 Prozent des Arbeitsentgelts zur Krankenversicherung, der Privathaushalt nur 5 Prozent (§ 249b SGB V). Der Versicherte hat keinen Leistungsanspruch gegen die Krankenkasse aus diesen Beiträgen, die Beiträge fließen in den Gesundheitsfonds.

In der *Rentenversicherung* gilt eine differenzierte Regelung: 400-Euro-Jobs sind grundsätzlich versicherungsfrei, wobei die Arbeitgeber einen Pauschalbeitrag in Höhe von 15 Prozent des Arbeitsentgelts zahlen. Die Höhe des Pauschalbeitrages bei Privathaushalten beläuft sich auf 5 Prozent. Diese Beiträge sind nicht verloren, sondern führen zu Zuschlägen an Entgeltpunkten und damit zu einer gewissen Berücksichtigung bei der Rentenberechnung und zu einer teilweisen Anrechnung auf Wartezeiten, zum Beispiel für eine Rente wegen Erwerbsminderung (§§ 52 Abs. 2, 6 Abs. 1 Nr. 6, 76b SGB VI). Außerdem können geringfügig Beschäftigte in der gesetzlichen Rentenversicherung auf die Versicherungsfreiheit verzichten. Das bedeutet, dass sie aus eigenen Mitteln den vom Arbeitgeber gezahlten Beitrag auf die vollen Beiträge aufstocken können und die gezahlten Rentenversicherungsbeiträge voll berücksichtigt werden (§ 168 Abs. 1 Nr. 1b, 1c SGB VI). Die Beiträge werden aus mindestens 155 Euro berechnet (§ 163 Abs. 8 SGB VI).

#### WARUM SIND MINIJOBS FÜR ARBEITGEBER ATTRAKTIV?

Für die Kranken- und Rentenversicherung müssen die Arbeitgeber allein 28 Prozent der Beiträge zahlen. Darüber hinaus werden gegebenenfalls Umlagen für Lohnfortzahlung im Krankheitsfall und bei Mutterschutz (§ 3 Aufwendungsausgleichsgesetz) sowie Beiträge zur gesetzlichen Unfallversicherung (§ 150 SGB VII) fällig. Häufig tragen Arbeitgeber auch noch die für Minijobs geltende pauschale Steuer von 2 Prozent des Arbeitsentgelts (§ 40a Abs. 2 EStG). Dazu kommen die Kosten für die Lohnbuchhaltung einschließlich der Meldungen an die Minijob-Zentrale und die Kosten für die Zahlung der Beiträge. Das bedeutet, dass Minijobs für den Arbeitgeber vordergründig viel mehr an Sozialversicherungsbeiträgen und Nebenkosten verursachen als andere Arbeitsverhältnisse, also solche jenseits der Grenze von 400 Euro. Warum sind Minijobs trotzdem für Arbeitgeber attraktiv?

Bei *Privathaushalten* liegen die Vorteile einer geringfügigen Beschäftigung auf der Hand. Diese müssen geringere Beiträge zahlen als bei regulären Arbeitsverhältnissen. Darüber hinaus brauchen sie keine Lohnbuchhaltung führen, weil sie das Entgelt mit dem sogenannten Haushaltscheck melden und die Minijob-Zentrale die Beiträge selbst berechnet und einzieht. Aus eigener Erfahrung kann ich sagen, dass das vergleichsweise unkompliziert und unbürokratisch vonstattengeht und Unklarheiten auch telefonisch schnell geklärt werden können.

Aber wie verhält es sich mit *anderen Arbeitgebern*, zum Beispiel dem Wirt vom Biergarten nebenan oder dem Bausparkassenvertreter? Auch für sie sind natürlich das Berechnen der Pauschalbeiträge und deren Abführung einfacher, weil alles an die Minijob-Zentrale geht. Man muss nicht aufwändig die Krankenkasse (und im Regelfall die Lohnsteuerklasse) des Versicherten ermitteln und für jeden Beschäftigten an eine andere Krankenkasse Beiträge und Umlagen abführen.

In bestimmten Branchen wie zum Beispiel dem Reinigungsgewerbe dürfen Minijobs wohl auch eine Art *Probearbeitsverhältnis* sein, in dem der Betreffende erst einmal getestet wird, bevor man ihm eine „richtige“ Stelle anbietet. Dahinter steht die Überlegung, dass ein „Minijobber“ leichter kündbar sei. Da nur geringe Entgelte gezahlt werden, werden diese eben nicht als „wirkliche“ Arbeitnehmer wahrgenommen. Sie sind selten über ihre Rechte informiert. Der Eindruck, dass sie keine „richtigen“ Arbeitnehmer sind, wird durch die fehlende Sozialversicherungspflicht noch verstärkt.

Minijobs genießen des Weiteren ein hohes Maß an Attraktivität, da die Arbeitgeber geringfügig Beschäftigte *flexibler* einsetzen können. Sie arbeiten in der Regel nur wenige Stunden in der Woche und sind häufig bereit, zu ungewöhnlichen Zeiten tätig zu werden. Dies gilt sowohl für den Kellner im Biergarten um die Ecke als auch für die geringfügig beschäftigte Sprechstundenhilfe beim Hausarzt. Viele Arbeitsverträge für geringfügige Beschäftigungen dürften seit 2003 so ausgestaltet sein, dass keine feste Monatsstundenzahl vereinbart ist, sondern ein Einsatz nach Bedarf erfolgt. Das bedeutet, dass auch kein festes Monatsentgelt gezahlt wird, sondern nur die tatsächlich geleisteten Zeiten. Diese Attraktivität von Minijobs lässt sich nicht auf die sozialversicherungsrechtlichen Besonderheiten zurückführen, sondern liegt in der geringen wöchentlichen Arbeitszeit begründet.

Schließlich und vor allem – und das lässt sich nicht verleugnen – ist die Ausgestaltung der Sozialversicherungsbeiträge für die Arbeitgeber attraktiv. *De facto* enthalten nämlich Arbeitsverträge für geringfügige Beschäftigungen eine *Nettolohnvereinbarung*. Die Arbeitsvertragsparteien sind sich darüber einig, dass dem Arbeitnehmer ein Nettoeinkommen, das dem Bruttogehalt entspricht, verbleiben soll und der Arbeitgeber sich um die Beiträge zur Sozialversicherung kümmert. Das bedeutet, dass die Privilegierung der geringfügig beschäftigten Arbeitnehmer *de facto*

eine *Privilegierung der Arbeitgeber* ist, denn eine Nettolohnabrede bedeutet, dass der Arbeitgeber immer alle Sozialversicherungsbeiträge zahlt. Hierbei spielt es keine Rolle, ob 19,5 Prozent Rentenversicherungsbeiträge, 15,9 Prozent Krankenversicherungsbeiträge und Beiträge zur Arbeitslosen- und Pflegeversicherung anfallen oder „nur“ 15 Prozent Rentenversicherungsbeiträge und 13 Prozent Krankenversicherungsbeiträge gezahlt werden müssen.

Nehmen wir zum Beispiel an, die Arbeitsvertragspartner vereinbaren, dass ein Arbeitnehmer einen Nettolohn von 373 Euro bekommen soll. Ist der Job voll sozialversicherungspflichtig, müsste der Arbeitgeber bei dieser Nettolohnvereinbarung rund 210 Euro an Sozialversicherungsbeiträgen abführen. Im Gegensatz dazu fallen bei einem Minijob rund 105 Euro an.

In einigen Studien und Gutachten, wie zum Beispiel dem von Raimund Waltermann für den diesjährigen Deutschen Juristentag,<sup>3</sup> meint man auch herausgefunden zu haben, dass bei Minijobs *geringere Entgelte* gezahlt werden. Das ist sicher richtig, allerdings ist insofern auch zu beachten, dass viele Minijobs Tätigkeiten sind, für die keine besondere Qualifikation erforderlich ist, wie zum Beispiel bei Kellnern, Callcenter-Mitarbeitern und Putzhilfen.

### **WAS HABEN DER GESETZGEBER UND DIE SOZIALVERSICHERUNG VON MINIJOBEN?**

Warum fördert der Gesetzgeber Minijobs? Die ursprüngliche Idee war wohl, den geringfügig Beschäftigten die Möglichkeit einzuräumen, auf diese Weise einen *Übergang in ein reguläres Arbeitsverhältnis* zu schaffen.<sup>4</sup> Die Überlegungen beinhalteten beispielsweise, Müttern den Wiedereinstieg in das Erwerbsleben nach einer mehr oder weniger langen Baby-pause zu erleichtern. Hintergrund für die fehlende sozialrechtliche Absicherung war in diesem Zusammenhang die Überlegung, dass diese Frauen in der Regel *anderweitig sozial abgesichert* sind.<sup>5</sup> Ähnliche Begründungen gelten auch für geringfügig beschäftigte Studenten und Rentner sowie Beamte, die einen geringfügig bezahlten Nebenjob haben.<sup>6</sup>

Die Privilegierung könnte der Gesetzgeber jedoch auch dadurch erreichen, dass er diese Beschäftigungsverhältnisse ganz von der Sozialversicherung – und damit von der Beitragspflicht – ausnimmt und die Arbeit-

geber zum Beispiel auch für die Unfallversicherung auf private Angebote verweist. Allerdings wollte man auf diesem größer werdenden Sektor der Arbeitswelt nicht ganz auf die Beiträge verzichten und einigte sich deshalb auf den Kompromiss der geringeren Beiträge.

Des Weiteren sollte eine Sonderregelung für Beschäftigten mit sehr geringen Einkünften auch deshalb getroffen werden, weil man meinte, dass sehr geringe Beiträge es nicht rechtfertigen, das volle Leistungsspektrum zum Beispiel der Krankenversicherung einschließlich aller Behandlungsansprüche im Krankenhaus und der Rehaklinik abzudecken. Für diese Sonderregelung ist natürlich die Grenze von 400 Euro eine gegriffene Größe, die durch jede andere ersetzt werden könnte. Interessant ist, dass offenbar keine Probleme damit bestehen, das komplette Leistungsspektrum der gesetzlichen Krankenversicherung Rentnern zur Verfügung zu stellen, die nur eine vergleichsweise geringe Rente haben und deshalb nur sehr geringe Krankenversicherungsbeiträge zahlen müssen.

### **WELCHE AUSWIRKUNGEN HABEN MINIJOBEN AUF ARBEITLOSENGELD-II-EMPFÄNGER?**

Hier gilt zunächst, dass Minijobs „normale“ Arbeitsverhältnisse sind. Leistungsbeziehern ist es grundsätzlich zumutbar, sich wenigstens einen Minijob zu suchen, um ihre Hilfebedürftigkeit zu verringern (§ 10 SGB II). Entsprechend kann die Suche nach einem Minijob auch Gegenstand einer sogenannten Eingliederungsvereinbarung sein. Ein Verstoß gegen die Verpflichtung, sich einen Minijob zu suchen, kann mit Sanktionen geahndet werden.<sup>7</sup>

Für alle Arbeitsverhältnisse gilt zunächst, dass die ersten 100 Euro pauschal nicht angerechnet werden. Für diesen Betrag nimmt das Gesetz an, dass er für Versicherungen, Riesterbeiträge und Werbungskosten gebraucht wird. Von dem zwischen 100 Euro und 400 Euro liegenden Betrag werden 20 Prozent abgezogen, der Rest wird angerechnet. Das bedeutet im Klartext, dass ein geringfügig beschäftigter Hilfeempfänger von 400 Euro 160 Euro behalten darf. Das ist fast die Hälfte der Regelleistung. Wenn zwei zusammenlebende Hilfeempfänger jeweils einen Job haben, mit dem sie je 400 Euro monatlich verdienen, haben sie rund 320 Euro mehr zum Leben. Diese 320 Euro brauchen sie nicht vollständig für die Werbungskosten. Beiträge zu Versicherungen, Riesterrente usw.

fallen auch ohne Minijob an. Vom Grundsicherungsträger sind dafür keine gesonderten Leistungen zu gewähren.

Ich plädiere hier nicht dafür, den pauschalen Abzugsbetrag von 100 Euro oder die 20 Prozent vom Entgelt grundsätzlich zu streichen, denn nach meiner Erfahrung scheint es eine Vielzahl von Fällen zu geben, in denen ein Minijob faktisch die einzige Möglichkeit für einen Hilfebedürftigen ist, überhaupt zu arbeiten. Richtig ist aber auch, dass die derzeitige Regelung dazu einlädt, sich mit Minijob und Arbeitslosengeld II einzurichten.

### **WAS BEDEUTET DAS ZUSAMMENSPIEL VON ARBEITSLOSEN-GELD II UND FEHLENDER SOZIALVERSICHERUNGSPFLICHT FÜR DEN EINZELNEN HEUTE UND IN DER ZUKUNFT?**

Für die Grundsicherungsträger bedeutet die Aufnahme eines Minijobs Einsparungen, denn sie müssen Leistungen in Höhe von bis zu 240 Euro weniger auszahlen. Wegen der fehlenden Versicherungspflicht müssen sie allerdings weiterhin Beiträge zur Kranken- und Pflegeversicherung zahlen.

Der Grundsicherungsträger zahlt an die Krankenversicherung derzeit einen Betrag von rund 126 Euro monatlich für einen erwerbsfähigen Hilfebedürftigen. Das entspricht einem Einkommen von rund 845 Euro monatlich, nämlich dem 0,345-fachen der Bezugsgröße (§§ 232a SGB V, 18 SGB IV). Wenn der Hilfeempfänger ein Einkommen erzielt, das der Beitragspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung unterliegt, werden dieses Einkommen und der Zahlbetrag des Arbeitslosengelds II zusammengerechnet bis zur Grenze des 0,345-fachen der Bezugsgröße.

In der gesetzlichen Rentenversicherung sind Empfänger von Arbeitslosengeld II nach derzeitiger Rechtslage<sup>9</sup> noch versicherungspflichtig. Als beitragspflichtige Einnahme gilt monatlich der Betrag von 205 Euro, für den der Bund Rentenversicherungsbeiträge zu tragen hat (§§ 166 Abs. 1 Nr. 2a, 170 Abs. 1 Nr. 1, 173 Satz 2 SGB VI). Die Rentenansprüche für Zeiten des Arbeitslosengeld-II-Empfangs sind deshalb sehr gering. Selbst wenn der Empfänger von Arbeitslosengeld II einen Minijob hat, kommt es selten zu maßgeblich höheren Rentenansprüchen, denn ein Verzicht auf die Rentenversicherungsfreiheit des Minijobs kommt nur in seltenen Fällen vor. Die Gefahr eines weiteren Bedarfs an Sozialhilfe im Alter trotz Rente steigt deshalb mit steigender Dauer des Arbeitslosengeld-II-Be-

zugs. Selbst wenn auf die Rentenversicherungsfreiheit verzichtet wird und der geringfügig Beschäftigte voll rentenversicherungspflichtig ist, ergibt sich bei einem vollen Arbeitsleben mit einem Einkommen von 400 Euro monatlich nur ein Rentenanspruch von derzeit rund 143 Euro.<sup>9</sup>

### **WAS GIBT ES FÜR LÖSUNGSANSÄTZE?**

Welche Schlussfolgerungen sollte man aus diesen Erkenntnissen ziehen?

Im Koalitionsvertrag wurde die Absicht angekündigt, die Minijob-Grenze zu erhöhen und zu flexibilisieren.<sup>10</sup> An anderer Stelle ist die Rede von der Zukunftsfestigkeit der Sozialversicherungssysteme.<sup>11</sup> Professor Rainer Schlegel hat in seiner Kommentierung zu den geringfügigen Beschäftigungen<sup>12</sup> die Überlegung geäußert, die Grenze der Sozialversicherungsfreiheit den existenzsichernden Leistungen der Sozialhilfe anzupassen. Aus meiner Sicht ist dieser Vorschlag konsequent und eines zweiten Blicks würdig. Wenn der Gesetzgeber davon ausgeht, dass „Minijobber“ anderweitig sozial abgesichert sind, dann ist nicht einzusehen, warum die Grenze für Minijobs nicht an der Mindestgrenze für eine soziale Absicherung orientiert sein soll.

Der Teufel steckt natürlich im Detail. Die Grenze der Hilfebedürftigkeit nach dem SGB II und damit die Grenze für die Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung sowie derzeit noch in der gesetzlichen Rentenversicherung kann nicht klar definiert werden. Die Hilfebedürftigkeit des Einzelnen hängt nach dem SGB II im Einzelfall davon ab, ob mehrere erwerbsfähige Hilfebedürftige zusammenleben oder einer alleine lebt (§ 20 Abs. 2 bis 3 SGB II). Darüber hinaus richtet sie sich nach der Größe der zusammenlebenden Familie sowie den tatsächlichen und angemessenen Kosten für die Wohnung (§ 22 SGB II), die auch noch regional und entsprechend dem Leistungsempfänger differieren. Selbst wenn der Gesetzgeber endlich auf das Bundessozialgericht hört und die Möglichkeit der Pauschalierung der Kosten der Unterkunft wahr macht,<sup>13</sup> bleiben weiterhin Unwägbarkeiten in der Berechnung der Hilfebedürftigkeit. Dazu kommt, dass ein Teil des Einkommens nicht auf den Hilfebedarf angerechnet wird (§§ 11 Abs. 2, 30 SGB II). Deshalb hat ein Hilfeempfänger, der netto exakt den Satz seiner Hilfebedürftigkeit verdient, trotzdem Anspruch auf Grundsicherungsleistungen.

Folglich bleibt auch für die Orientierung der sozialversicherungsrechtlichen Privilegierung von Minijobs an der Hilfebedürftigkeit nach dem SGB II oder SGB XII nur die Möglichkeit einer Pauschale. Anbieten würde sich zum Beispiel die schon gesetzlich vorgesehene Größe des 0,345-Fachen der Bezugsgröße, also rund 845 Euro monatlich, aus der zum Beispiel auch die Beiträge zur freiwilligen Krankenversicherung von Sozialhilfeempfängern und die vom Grundsicherungsträger zu tragenden Pflichtbeiträge zur Kranken- und Pflegeversicherung berechnet werden. Das hätte den Vorteil der Dynamisierung, denn es wäre eine Orientierung an der jährlich anzupassenden Bezugsgröße möglich, die sich am Durchschnittsentgelt in der gesetzlichen Rentenversicherung orientiert. Dieses Modell ist nicht neu, denn es lag auch schon der Idee der 325-Euro-Jobs vor Einführung der 400-Euro-Grenze zugrunde.<sup>14</sup>

Unter Berücksichtigung der Freibeträge nach §§ 11 Abs. 2 und 30 SGB II liegt auch die Höhe des daraus anzurechnenden Einkommens von knapp 600 Euro nicht weit unter dem Betrag, den ein alleinstehender Hilfebedürftiger derzeit durchschnittlich an Arbeitslosengeld II erhält. Bei Familien mit Kindern wird ohnehin eine zusätzliche Sozialleistung notwendig.

Diese Regelung hätte außerdem den Vorteil, dass in der Gegenwart die Grundsicherungsträger und damit die Steuermittel entlastet würden. Die Gleitzone (§ 20 Abs. 2 SGB IV) würde nach diesem Modell ebenso entfallen wie die Möglichkeit, eine geringfügige Beschäftigung neben einer anderen Tätigkeit ohne Anrechnung ausüben zu können (§ 8 Abs. 2 Satz 1 SGB IV). Damit könnte eine Flexibilisierung und auch Dynamisierung der Minijobs erreicht werden.

Was ist aber mit der Zukunftsfestigkeit der Sozialversicherungssysteme? Es ist keine große Neuigkeit, dass die Sozialversicherungssysteme nur dann zukunftsfest sind, wenn die Leistungsansprüche mit den Einnahmen in einem wirtschaftlichen Verhältnis stehen, also ausreichend Beiträge eingenommen werden.

Fehlende Sozialversicherungspflicht in einer Erwerbstätigkeit führt im Alter häufiger zur Bedürftigkeit und damit zur späteren Belastung des Steuermittelhaushalts. Bei der derzeitigen demographischen Entwicklung wird diese Belastung in nicht allzu ferner Zukunft zu einem zunehmenden Problem werden.<sup>15</sup>

Nach der derzeitigen Regelung werden aus den Minijobs zumindest Beiträge zur Krankenversicherung abgeführt. Das Gesetz sieht für den Einnahmefall in der gesetzlichen Krankenversicherung schon heute einen Ausgleich aus Steuermitteln vor (§ 232a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB V). Nachdem „Minijobber“ mit Anspruch auf Arbeitslosengeld II ohnehin pflegeversichert sind, scheint es überlegenswert, ob für diese Versicherung eine ähnliche Pauschalbeitragsregelung eingeführt werden sollte wie für die Krankenversicherung. Somit könnten zusätzlich zu den Einnahmen aus der Pflegeversicherungspflicht von Empfängern von Arbeitslosengeld II Beiträge der Arbeitgeber und damit die Zukunftsfestigkeit der Pflegeversicherung gesichert werden.

In der Rentenversicherung dagegen schlage ich zumindest<sup>16</sup> in diesem Fall eine Rentenversicherungspflicht von „Minijobbern“ mit Bezug von Arbeitslosengeld II vor. Empfänger von Arbeitslosengeld II würden damit quasi „verpflichtet“, auf die Rentenversicherungsfreiheit zu „verzichten“. Das könnte beispielsweise durch eine Ersetzung der Verzichtserklärung durch den Leistungsträger nach dem Modell des § 5 Abs. 3 Satz 1 SGB II erreicht werden. Die Rentenversicherungsbeiträge würden dann in voller Höhe auf bis zu 845 Euro durch den geringfügig beschäftigten Empfänger von Arbeitslosengeld II aufgestockt werden. Gegebenenfalls müsste der Grundsicherungsträger die Aufstockungsbeiträge aus dem Arbeitslosengeld II einbehalten und an die Rentenversicherung abführen können, um die Beitragspflicht durchzusetzen. Auf diese Weise kann vermieden werden, dass ein Empfänger von Arbeitslosengeld II seinem Arbeitgeber gegenüber die Hilfebedürftigkeit offenlegen muss. Die aus der geringfügigen Beschäftigung später abgeleitete Rente könnte dann einen größeren Anteil des Existenzminimums im Alter abdecken. Ein Verzicht auf die Rentenversicherungsfreiheit bei Arbeitslosengeld-II-Empfängern würde außerdem die 100-Euro-Jobs in diesem Bereich unattraktiv machen, denn die Rentenversicherung geht von einem Mindesteinkommen von 155 Euro aus, so dass bei kleinen Jobs ein Großteil der Einnahmen für die Rentenversicherung aufgewandt werden müsste.

- 1| *Im Einzelnen zu den rechtlichen Rahmenbedingungen der Minijobs im Arbeitsrecht Waltermann, Abschied vom Normalarbeitsverhältnis?, Gutachten B zum 68. Deutschen Juristentag, S. B 32 ff.*
- 2| *Vgl. klarstellend BSG, 15.7.2009 – B 12 KR 14/08 R, SGB 2010, S. 489 mit Anmerkung von Wallrabenstein, sowie Anmerkung in Dankelmann in JurisPR 9/2010 Anm. 3.*
- 3| *Waltermann, Abschied vom Normalarbeitsverhältnis?, Gutachten B zum 68. Deutschen Juristentag, S. B 37 f.*
- 4| *Vgl. dazu Vennebusch/Hardebusch, Minijobs sind eine Brücke in den Arbeitsmarkt, Kompass 3/4 2010, S. 3 ff.*
- 5| *Seewald, Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, Stand: 2010, § 8 SGB IV, RdNr. 3.*
- 6| *Vgl. zur Kritik an dieser Annahme Wallrabenstein, Anmerkung zu BSG, 15.07.2009 – B 12 KR 14/08 R, SGB 2010, S. 493 <494>.*
- 7| *Ob das auch bei kleinen Minijobs mit einem Verdienst unter der Grenze von 100 Euro gilt, erscheint im Hinblick auf die damit zusammenhängende fehlende Reduzierung der Hilfebedürftigkeit zumindest diskussionsbedürftig. Vgl. Wallrabenstein, Anmerkung zu BSG, 15.07.2009 – B 12 KR 14/08 R, SGB 2010, S. 493.*
- 8| *Stand: 04.11.2010.*
- 9| *Waltermann, Abschied vom Normalarbeitsverhältnis?, Gutachten B zum 68. Deutschen Juristentag, S. B 31 m.w.N.; kritisch dazu Spellbrink, NZS 2010, S. 353 <355>.*
- 10| *CDU / CSU / FDP, Wachstum. Bildung. Zusammenhalt, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP, 17. Legislaturperiode, 2009, S. 22.*
- 11| *Ebd., S. 7.*
- 12| *Schlegel in: Schlegel/Voelzke, Juris Praxiskommentar zum SGB IV, § 8 RdNr. 22.*
- 13| *Vgl. § 22a Entwurf eines Gesetzes zur Ermittlung von Regelbedarfen und zur Änderung des Zweiten und Zwölften Buchs Sozialgesetzbuch, BT 17/3404, S. 28.*
- 14| *Vgl. zur Rechtsentwicklung Schlegel in: Schlegel/Voelzke, Juris Praxiskommentar SGB IV, § 8 RdNr. 2.*
- 15| *So zu Recht ausführlich Waltermann, Abschied vom Normalarbeitsverhältnis?, Gutachten B zum 68. Deutschen Juristentag, S. B 30 f.*
- 16| *Die Rentenversicherungspflicht für alle geringfügigen Beschäftigungen scheint auch unter dem Gesichtspunkt der Diskriminierung von Frauen, die immer noch einen Großteil der Minijobs innehaben, im Allgemeinen diskussionsbedürftig. Das ist aber nicht Thema dieses Beitrags.*

## LAGE DER GERICHTSBARKEIT

# GIBT ES NOCH ENTSCHEIDUNGS- FREIHEIT FÜR DEN DEUTSCHEN RICHTER?

ZUM ZWANG DER VORLAGE AN DEN EUGH

*Bernhard Joachim Scholz*

## **EINLEITUNG**

Der Einfluss des Europarechts auf die Judikatur der nationalen Gerichte nimmt stetig zu. Folgerichtig nimmt auch die Diskussion um die Grenzen des Einflusses des Europarechts und um die Kompetenzabgrenzung zwischen den nationalen Gerichten und dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) an Fahrt auf. In den letzten Jahren hat sich hierzu eine facettenreiche Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG), aber auch des EuGH entwickelt, die nicht immer deckungsgleich ist. Die vorliegenden Entscheidungen zeigen deutlich, dass eine klare Verortung und Abgrenzung der jeweiligen Kompetenzbereiche immer wichtiger wird. Im Folgenden soll daher das grundsätzliche – verfassungsrechtliche – Verhältnis zwischen den Kontrollbefugnissen des EuGH und denen der deutschen Gerichte – d.h. des BVerfG und der Fachgerichte – beleuchtet werden.

Zunächst soll jedoch ein kurzer Blick auf die Grundlagen der europäischen Integration – die Ausgangspunkt jeglicher Überlegungen in Bezug auf das europäische Kompetenzsystem sein sollten – geworfen werden: Deutschland ist eingebunden in die Friedensordnung der Europäischen Union, die nunmehr seit über fünfzig Jahren Stabilität und Wohlstand in Europa gewährleistet. Frühere Gegner wirken mit vereinten Kräften an der Gestaltung eines gemeinsamen Europas zusammen und treten in der Welt selbstbewusst als Europäer auf. „Die große Gründungs-idee der EU ist“ – so der Richter des BVerfG Udo di Fabio bei einem Zusammentreffen des EuGH mit dem BVerfG in Karlsruhe – „nicht die Volkssouveränität, es sind auch nicht die universalen Menschenrechte. Die Gründungs-idee ist die Erhaltung des Friedens, und zwar durch koordinierten Interessenausgleich und eine immer engere Verbindung der Völker Europas im Rahmen eines gemeinsamen Wirtschaftsraums, aus dem eine politische Union wächst.“<sup>1</sup>

#### **DIE RECHTSVEREINHEITLICHUNG ALS MATERIE DER EUROPÄISCHEN INTEGRATION**

Die Herstellung und Erhaltung dieser Friedensordnung verlangt naturgemäß auch ihren Tribut, der mit den Schlagworten Zentralisierung und Vereinheitlichung nur grob angedeutet ist. Nachdem der Schwerpunkt in Europa zunächst auf der Schaffung eines gemeinsamen Wirtschaftsraums lag,<sup>2</sup> kamen nach und nach auch andere Politikbereiche hinzu. Mit dem Ziel eines europaweiten Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts arbeiten die EU-Mitgliedstaaten mittlerweile in vielen Bereichen, unter anderem in der Innen- und Justizpolitik, aber auch in der Arbeits- und Sozialpolitik zusammen. Die Rechtsvereinheitlichung spielt im europäischen Integrationsprozess eine zunehmend wichtige Rolle. Sie führt aber auch immer wieder zu Konfliktfällen.

Der EuGH hat sich nach seiner anfänglichen Konzentration auf das Wirtschaftsrecht inzwischen immer mehr zu einem Verfassungsgericht entwickelt, wenn auch die Bestrebungen mit dem Ziel einer europäischen Verfassung vorläufig als gescheitert gelten müssen. Mit dem Vertrag von Lissabon wurde nunmehr die Grundrechtecharta als geltendes Recht aufgenommen; geplant ist weiter der Beitritt der EU zur Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), was diese auch zum Recht der Europäischen Union machen wird. Auch der EuGH wird sich daher künftig mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) auseinandersetzen müssen.

#### **DER GRUNDRECHTSSCHUTZ IN EUROPA**

Unabhängig davon greift aber auch der EuGH inzwischen auf – bislang ungeschriebene – Grundrechte zurück, die er aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten ableitet. Zu Konfliktfällen führt dies aus deutscher Sicht insbesondere dann, wenn auf europäischer Ebene ein weitergehender Grundrechtsschutz als nach dem Grundgesetz (GG) angenommen wird. Dies war der Fall in der vielbeachteten und auch vielkritisierten Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Mangold* aus dem Jahre 2005.<sup>3</sup> Darin griff der EuGH – unabhängig von der Verankerung in einer konkreten Richtlinie – auf ein grundsätzliches Verbot der Altersdiskriminierung als einem allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts zurück. Er erklärte die nach § 14 Abs. 3 des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG) mögliche sachgrundlose Befristung des Arbeitsvertrags eines über 52 Jahre alten Arbeitnehmers für unvereinbar mit diesem Grundsatz und auch § 14 Abs. 3 TzBfG selbst für unanwendbar.<sup>4</sup>

Diese Rechtsprechung wirft die Frage nach der Reichweite des Grundrechtsschutzes durch den EuGH einerseits und das BVerfG andererseits auf. Denn ein doppelter Grundrechtsschutz nach unterschiedlichen Maßstäben ist weder notwendig, noch wünschenswert, da es zwangsläufig zu Wertungswidersprüchen und damit Konflikten kommen muss. Vielmehr ist es Aufgabe einer „Kooperation der Verfassungsgerichte im überstaatlichen Verbund“<sup>5</sup>, die wechselseitige Beeinflussung der beiden Rechtsbereiche in einen schonenden Ausgleich zu bringen. Der Anwendungsvorrang des Europarechts hat sich ausschließlich auf diejenigen Rechtsbereiche zu beziehen, für die der Europäischen Union als supranationalem Zusammenschluss die Kompetenz von ihren souveränen Mitgliedstaaten übertragen wurde.<sup>6</sup> Die übrigen Bereiche unterstehen hingegen nach wie vor uneingeschränkt der Jurisdiktion der Mitgliedstaaten; in Deutschland unterstehen sie dem BVerfG und den Fachgerichten. Es handelt sich um ein System auf mehreren Ebenen, ohne dass diese in einem Über- oder Unterordnungsverhältnis stünden.

Die Kontrolle, ob sich ein Rechtsakt der Europäischen Union noch innerhalb dieser Grenzen bewegt, die sogenannte *ultra-vires*-Kontrolle, hat sich das BVerfG folgerichtig in ständiger Rechtsprechung vorbehalten. Was den Grundrechtsschutz anbelangt, hatte es in seinem sogenannten *Solange II*-Beschluss<sup>7</sup> bereits klargestellt, dass es Rechtsvorschriften der Europäischen Union (damals Gemeinschaft) solange nicht mehr auf ihre

Vereinbarkeit mit den Grundrechten nach dem Grundgesetz überprüft, wie die Europäische Union, insbesondere die Rechtsprechung des EuGH, einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleistet. Dieser ist wie der vom Grundgesetz als unabdingbar gebotene Grundrechtsschutz im Wesentlichen gleich zu achten, zumal er den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt. Nach dem Beschluss vom 13. März 2007<sup>8</sup> gilt dies (nun) auch ausdrücklich für innerstaatliches Recht, *soweit es zwingende* Vorgaben von EG-Richtlinien umsetzt. Dies bedeutet, dass dort, wo dem Gesetzgeber Entscheidungsspielräume verbleiben, richtlinienumsetzendes nationales Recht in vollem Umfang auf die Vereinbarkeit mit deutschen Grundrechten überprüft werden kann und muss.

Der EuGH hält diese Grenzen hingegen nicht ein: So hat er in der bereits genannten *Mangold*-Entscheidung vor Ablauf der Umsetzungsfrist der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinie – wie eben bereits ausgeführt – zur Überprüfung der deutschen Rechtsvorschrift auf ein Verbot der Altersdiskriminierung als ungeschriebenen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts zurückgegriffen. Diesen Vorgang hat er mit seiner *Kücükdeveci*-Entscheidung vom 19. Januar 2010<sup>9</sup> wiederholt. Der EuGH geht hierbei vom Unionsrecht als einer eigenständigen Rechtsordnung mit autonomer Unionsgewalt aus. Aus der damit verbundenen Loslösung der Union von ihren völker- und nationalverfassungsrechtlichen Grundlagen folge, dass unionsrechtliche Rechtsakte nicht von nationalen Gerichten verworfen werden könnten und Urteile des EuGH damit allgemeine Bindungswirkung entfalten würden.

#### **DIE SICHERUNG DER EINHEITLICHEN ANWENDUNG UND AUSLEGUNG DES UNIONSRECHTS DURCH VORLAGE AN DEN EUGH**

Aufgabe des EuGH ist nach Art. 19 EU die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge. Hierzu gehört insbesondere die Sicherung der einheitlichen Anwendung und Auslegung des primären und sekundären Unionsrechts. Dem dient unter anderem die Vorlage an den EuGH nach Art. 267 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) (früherer Art. 234 EG) zur Vorabentscheidung.

Der EuGH entscheidet in diesem Verfahren über die Auslegung des primären und sekundären Unionsrechts, über die Gültigkeit sekundären

Unionsrechts und über die Rechtmäßigkeit von Handlungen der Organe der Union. Ist die Entscheidung eines mitgliedstaatlichen Gerichts mit Rechtsmitteln nicht mehr anfechtbar, ist dieses Gericht zur Anrufung des EuGH verpflichtet (Art. 267 Abs. 3 AEUV). Das mitgliedstaatliche Gericht ist verpflichtet, im Rahmen des Streitgegenstandes rechtliche Gesichtspunkte, die sich aus einer zwingenden Unionsrechtsvorschrift ergeben, von Amts wegen aufzugreifen. Will das nationale Gericht seine Entscheidung auf die Ungültigkeit einer EU-Rechtsnorm stützen oder ist die Auslegung einer EU-Rechtsnorm für den konkreten Rechtsstreit entscheidungserheblich, ist das Gericht dazu verpflichtet, die Frage dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen. Für den Grundrechtsschutz ist die Beachtung dieser Vorlagepflicht besonders wichtig, da dieser nach der *Solange*-Rechtsprechung des BVerfG nach derzeitigem Stand der Grundrechtsgewährleistung in der EU nicht mehr nach dem Maßstab des Grundgesetzes gewährt wird.

Bei der Vorlagepflicht in Bezug auf die Auslegung einer EU-Rechtsnorm werden drei Fallgruppen unterschieden: Das Gericht ist zur Vorlage verpflichtet, wenn

- es von einer vorliegenden Rechtsprechung des EuGH abweichen will;
- die entscheidungserhebliche Frage des Unionsrechts durch den EuGH noch nicht beantwortet und in ihrer möglichen Beantwortung nicht un-zweifelhaft ist;
- die vorliegende Rechtsprechung des EuGH die Frage noch nicht erschöpfend beantwortet hat bzw. eine Fortentwicklung dieser Rechtsprechung nicht nur als entfernte Möglichkeit in Betracht kommt.

Obwohl eine entscheidungserhebliche Frage des Unionsrechts noch nicht Gegenstand einer (erschöpfenden) Auslegung des EuGH war, entfällt die Vorlagepflicht, wenn die richtige Anwendung des Unionsrechts derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt (*acte clair-Doktrin*).<sup>10</sup> Dabei genüge es nicht – so der EuGH –, dass das letztinstanzlich entscheidende Gericht selbst keine Zweifel über die richtige Auslegung hat; vielmehr müsse es überzeugt sein, dass über die richtige Auslegung auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und den EuGH die gleiche Gewissheit bestehe.<sup>11</sup> Ob diese Gewissheit bestehe, sei unter Berücksichtigung der Eigenheiten des Unionsrechts, der besonderen Schwierigkeiten seiner Auslegung (mehrere gleichermaßen verbindliche Sprachfassungen, eigenständige Terminologie und Rechts-

begrifflichkeit, die von den verschiedenen nationalen Begrifflichkeiten abweichen könne, Gesamtzusammenhang und Entwicklungsstand des Unionsrechts) und der Gefahr divergierender Gerichtsentscheidungen innerhalb der EU zu beurteilen.<sup>12</sup> Die Auslegung einer unionsrechtlichen Vorschrift erfordere zudem den Vergleich ihrer sprachlichen Fassungen.<sup>13</sup> Bei allem Verständnis für das Bedürfnis nach einer einheitlichen Anwendung des Unionsrechts sind diese Anforderungen für die Gerichte nahezu unerfüllbar.

### **DIE VERFASSUNGSGERICHTLICHE KONTROLLE DER VORLAGEPFLICHT – „KOOPERATION DER VERFASSUNGSGERICHTE“**

In Fällen, in denen das nationale Gericht eine Vorlagepflicht nach Art. 267 AEUV trifft, ist der EuGH gesetzlicher Richter im Sinne des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, so dass die Vorlagepflicht der verfassungsgerichtlichen Kontrolle durch das BVerfG unterliegt, das – nach Erschöpfung des Rechtswegs – mit der Verfassungsbeschwerde angerufen werden kann. Das BVerfG geht hier allerdings davon aus, dass es kein Kontrollorgan sei, „das jeden einem Gericht unterlaufenden Verfahrensfehler korrigieren müsste. Es beanstandet vielmehr die Auslegung und Anwendung von Verfahrensnormen nur, wenn sie bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz bestimmenden Gedanken nicht mehr verständlich erscheinen und offensichtlich unhaltbar sind.“<sup>14</sup> Es hat hierfür drei Fallgruppen entwickelt:

- grundsätzliche Verkennung der Vorlagepflicht;
- bewusstes Abweichen von der Rechtsprechung des EuGH ohne Vorlagebereitschaft;
- Unvollständigkeit der Rechtsprechung des EuGH.

Obwohl die ersten beiden Fallgruppen durchaus in der Praxis bereits vorgekommen sind, soll uns hier nur die dritte Fallgruppe interessieren, die die größte praktische Relevanz hat. Außerdem weicht das BVerfG in diesem Punkt in ständiger Rechtsprechung von der *acte-claire-Doktrin* des EuGH ab. Liegt zu einer entscheidungserheblichen Frage des Unionsrechts einschlägige Rechtsprechung des EuGH noch nicht vor oder hat dieser die entscheidungserhebliche Frage möglicherweise noch nicht erschöpfend beantwortet oder erscheint eine Fortentwicklung der Rechtsprechung des EuGH nicht nur als entfernte Möglichkeit, wird Art. 101

Abs. 1 Satz 2 GG nach der Rechtsprechung des BVerfG nur dann verletzt, wenn das letztinstanzliche Gericht den ihm in solchen Fällen notwendig zukommenden Beurteilungsspielraum in unvertretbarer Weise überschritten hat.<sup>15</sup> Von einer unvertretbaren Nichtvorlage an den EuGH geht das BVerfG hierbei dann aus, wenn mögliche Gegenauffassungen im Hinblick auf die entscheidungserhebliche Frage des Unionsrechts gegenüber der vom Gericht vertretenen Meinung eindeutig vorzuziehen sind;<sup>16</sup> eine unvertretbare Nichtvorlage liegt nach Meinung des BVerfG hingegen nicht vor, wenn das Gericht die unionsrechtliche Rechtsfrage in zumindest vertretbarer Weise beantwortet hat<sup>17</sup>. Maßgeblich ist nach dieser Rechtsprechung mithin die Vertretbarkeit der materiell-rechtlichen Lösung des Fachgerichts. Der EuGH stellt – wie gesagt – demgegenüber darauf ab, dass die materiell-rechtliche Lösung nicht nur vertretbar sein muss, sondern dass die richtige Auslegung derart offensichtlich ist, dass auch für alle anderen mitgliedstaatlichen Gerichte und den EuGH die gleiche Gewissheit besteht. Es darf somit keine anderen vertretbaren Auslegungen geben.

Die Rechtsprechung des BVerfG zum Willkürmaßstab ist in der Literatur auf Kritik gestoßen. Man hält ihr unter anderem vor, sie vermenge materielle und prozessuale Fragen. Die materiell-rechtliche Vertretbarkeit der Auslegung einer unionsrechtlichen Vorschrift habe nichts mit der prozessrechtlichen Vorlagepflicht nach Art. 267 AEUV zu tun; ob die Vorlagepflicht in objektiv willkürlicher Weise missachtet werde, hänge nicht vom materiellen Recht, sondern von der Auslegung des Art. 267 AEUV ab. Diese Vorschrift werde indes nicht erst dann unvertretbar angewandt, wenn die Entscheidung materiell-rechtlich unvertretbar sei, sondern bereits dann, wenn es vertretbare abweichende Möglichkeiten zur Beantwortung der unionsrechtlichen Frage gebe.<sup>18</sup>

Vor diesem Hintergrund wirkte der Kammerbeschluss des Ersten Senats des BVerfG vom 25. Februar 2010<sup>19</sup> wie ein Paukenschlag. Das BVerfG schwenkte mit diesem Beschluss unter dem Beifall der genannten kritischen Stimmen in der Literatur<sup>20</sup> – unter formaler Beibehaltung seiner Rechtsprechung – weitestgehend auf die Linie des EuGH und dessen *acte-claire-Doktrin* ein. Es führte hierzu in seinem Kammerbeschluss wie folgt aus: „Die gemeinschaftsrechtliche Rechtsfrage wird hingegen nicht zumindest vertretbar beantwortet, wenn das nationale Gericht eine eigene Lösung entwickelt, die nicht auf die bestehende Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften zurückgeführt werden

kann und auch nicht einer eindeutigen Rechtslage entspricht. Dann erscheint die fachgerichtliche Rechtsanwendung des [Art. 267 Abs. 3 AEUV] nicht mehr verständlich und ist offensichtlich unhaltbar.“ So hob es das angefochtene Urteil des Bundesarbeitsgerichts<sup>21</sup> auf, da in ihm „jegliche Ausführungen dazu (fehlten), dass die maßgebliche Frage des Gemeinschaftsrechts bereits durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften entschieden ist oder warum die richtige Antwort auf diese Rechtsfrage offenkundig sein soll.“ Es handelte sich – wohlgemerkt – um einen Kammerbeschluss.

Mit Spannung wurde daher das Urteil (des Zweiten Senats) im Verfahren *Honeywell* erwartet, in dem es unter anderem um die Frage ging, ob der EuGH mit seinem *Mangold*-Urteil seine Kompetenzen überschritten hat, d.h. ob das Urteil einen sogenannten „ausbrechenden Rechtsakt“ darstellt (*ultra-vires*-Kontrolle): Der Zweite Senat des BVerfG hat in seinem sogenannten *Honeywell*-Beschluss vom 6. Juli 2010<sup>22</sup> die Wendung des Ersten Senats in seinem Kammerbeschluss vom 25. Februar 2010 ausdrücklich nicht mit vollzogen, sondern stellte fest, dass das BVerfG unionsrechtlich nicht verpflichtet sei, die Verletzung von unionsrechtlichen Vorlagepflichten voll zu kontrollieren und an der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 267 AEUV auszurichten.<sup>23</sup> Der Zweite Senat des BVerfG gesteht den Fachgerichten bei der Auslegung und Anwendung von Unionsrecht damit weiterhin einen Spielraum eigener Einschätzung und Beurteilung zu, der demjenigen bei der Handhabung einfachrechtlicher Bestimmungen der deutschen Rechtsordnung entspricht und lehnt es ab, als „oberstes Vorlagenkontrollgericht“ tätig zu werden.<sup>24</sup> Er gewährt freilich dem EuGH einen ähnlichen Spielraum im Rahmen der *ultra-vires*-Kontrolle: Diese führt er – im Hinblick auf die Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes – nur durch, wenn ein Kompetenzverstoß der europäischen Organe hinreichend qualifiziert ist, d.h. der Kompetenzverstoß offensichtlich ist und im Kompetenzgefüge zwischen Mitgliedstaaten und Union erheblich ins Gewicht fällt. Das BVerfG betont hierbei, dass die Spannungslage zwischen der Pflicht zur *ultra-vires*-Kontrolle, dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts und dem mit Art. 23 Abs. 1 GG gegebenen Wirksamkeits- und Durchsetzungsversprechen kooperativ auszugleichen und durch wechselseitige Rücksichtnahme zu entschärfen sei. Der Erste Senat hat demgegenüber in einem Kammerbeschluss vom 30. August 2010<sup>25</sup> an seiner Linie festgehalten und damit den Konflikt zwischen den beiden Senaten verfestigt.

## AUSBLICK

Man darf gespannt sein, wie sich dieser Konflikt zwischen EuGH und BVerfG (und auch zwischen den beiden Senaten des BVerfG) weiterhin entwickeln wird.<sup>26</sup> Während der Zweite Senat in seiner *Honeywell*-Entscheidung die gegenseitige Zurückhaltung der Gerichte betont, hat der Erste Senat in seinen Kammerbeschlüssen vom 25. Februar 2010 und 30. August 2010 die Rechtsprechung des EuGH zum *acte clair* nahezu vollständig übernommen. Des Weiteren hat der Erste Senat eine strenge Prüfung der Einhaltung der Vorlagepflicht durch das nationale Gericht über eine Vertretbarkeitsprüfung hinaus vorgenommen. Die Frage der Kompetenzabgrenzung zwischen den deutschen Gerichten und dem EuGH wird auch in der Literatur äußerst kontrovers diskutiert: Die Stellungnahmen reichen von der These, das „BVerfG verweiger(e) willkürlich die Kooperation mit dem EuGH“<sup>27</sup> bis hin zu dem Ausruf „Stoppt den Europäischen Gerichtshof“ von Roman Herzog.<sup>28</sup> Dem Gebot gegenseitigen Ausgleichs und der Sicherung der Entscheidungs- und Beurteilungsfreiheit der deutschen Gerichte dürfte der aktuelle Beschluss des Zweiten Senats (*Honeywell*) eher dienen. „Rechtsprechung im Mehrebenensystem und Kooperation bedeutet“ – um abschließend noch einmal Udo di Fabio zu Wort kommen zu lassen –, „dass die Gerichte sich wechselseitig in ihren Rechtsbindungen und rechtskulturellen Einbindungen achten und sich nicht auf einen Machtkampf untereinander einlassen, der von manchen Interessenten der besseren Dramaturgie wegen herbeigeredet wird. Ein rational verstehbarer Verbund von Staaten oder von Gerichten entsteht erst durch die Aufhellung der unterschiedlichen Interessen und Horizonte sowie einer aus diesem Wissen folgenden wechselseitigen Akzeptanz.“<sup>29</sup>

1] Abgedruckt in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung vom 21.10.2010, S. 6.

2] Die Europäische Union ist inzwischen – gemessen am Bruttoinlandsprodukt – der größte gemeinsame Markt der Welt.

3] EuGH, 22.11.2005 – Rs. C-144/04, Slg. 2005, S. I-9981 – „Mangold“.

4] EuGH, 22.11.2005 – C-144/04, Slg. 2005, S. I-9981-10042 = NJW 2005, S. 3695 = NZA 2005, S. 1345.

5] Di Fabio, *Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft*, 2001, S. 78.

6] In Deutschland nach Art. 23 GG.

7] BVerfG, Beschluss vom 22.10.1986 – 2 BvR 197/83, NJW 1987, S. 577.

8] BVerfG, Beschluss vom 13.03.2007 – 1 BvF 1/05, NVwZ 2007, S. 937 – „Emissionshandel“.

- 9| NZA 2010, S. 85.
- 10| EuGH, Slg. 1982, S. 3415 <3430 f.> = NJW 1983, S. 1257 RdNr. 16, 21 – CILFIT; EuGH, Slg. 2005, S. I-8151 <8206> – „Intermodal Transports“; EuGH, Slg. 2005, S. I-10513 <10547> – „Gaston Schul“; vgl. BVerfGE 82, S. 159 <193> = NVwZ 1990, S. 53; Karpenstein in: Grabitz/Hilf, EUV/EGV, S. 36. Erg.-Lfg. 2008, Art. 234 EG RdNr. 57; Rabe in: Festschrift für Konrad Redeker, 1993, S. 201 <204 f.>.
- 11| EuGH, Slg. 1982, S. 3415 <3430> = NJW 1983, S. 1257 f. RdNr. 16 – CILFIT; BGH, NJW 2006, S. 1978, <1979>; Karpenstein (o. Fn. 7), RdNr. 360; ders. in: Grabitz/Hilf (o. Fn. 7), Art. 234 EG RdNr. 58.
- 12| EuGH, Slg. 1982, S. 3415 <3430> = NJW 1983, S. 1257 <1258> RdNr. 17 ff. – CILFIT; EuGH, Slg. 2005, S. I-8151 <8206> – „Intermodal Transports“.
- 13| EuGH, Slg. 1982, S. 3415 <3430> = NJW 1983, S. 1257 <1258> – CILFIT.
- 14| BVerfGE 82, S. 159 <194>.
- 15| BVerfGE 82, S. 159 <195 f.> = NVwZ 1990, S. 53; BVerfG, EuGRZ 2006, S. 477 <478>; BVerfG, NJW 2007, S. 1521; BVerfG, NJW 2008, S. 209 <212>; BVerfG, NVwZ 2007, S. 197 <198>; BVerfG, NVwZ 2007, S. 942 <945>; BVerfG, NVwZ 2008, S. 780; Dörr in: Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl. 2006, Europ. Verwaltungsrechtsschutz, RdNr. 148; Kunig in: v. Münch/Kunig, GG, 5. Aufl. 2003, Art. 101 RdNr. 35.
- 16| BVerfGE 82, S. 159 <195 f.> = NVwZ 1990, S. 53; BVerfG, EuGRZ 2006, S. 477 <478>; BVerfG, NJW 2007, S. 1521; BVerfG, NJW 2008, S. 209 <212>; BVerfG, NVwZ 2007, S. 197 <198>; BVerfG, NVwZ 2008, S. 780; BVerfG, NVwZ-RR 2008, S. 658.
- 17| BVerfG, NVwZ 2007, S. 197 <198>; BVerfG, NVwZ 2007, S. 942 <945>; BVerfG, NVwZ 2008, S. 780 <781>; BVerfG, NVwZ-RR 2008, S. 658 <659>.
- 18| Roth, NVwZ 2009, S. 345 <350>; ders., Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter, 2000, S. 213 <218 f.>; weitere kritische Stimmen: Vedder, NJW 1987, S. 526 <531>; Nicolaysen, EuR 1985, S. 368 <373>; Hilf, EuGRZ 1981, S. 1 <5>; Wölker, EuGRZ 1988, S. 97 <99>; Rodi, DÖV 1989, S. 750 <761>; Clausnitzer, NJW 1989, S. 641 <643>; Rabe in: Bender/Breuer/Ossenbühl/Sendler (Hrsg.), Festschrift für Konrad Redeker, 1993, S. 201 <212>; Heitsch, EuGRZ 1997, S. 461 <469>; Meilicke, BB 2000, S. 17 <22>; Vosskuhle, JZ 2001, S. 924 <925>; Classen in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 3, 5. Aufl. 2005, Art. 101, RdNr. 53, 57; Dörr, Der Europäisierte Rechtschutz auftrag deutscher Gerichte, 2003, S. 166 f.; Fastenrath in: Bröhmer (Hrsg.), Festschrift für Georg Ress, 2005, S. 461; ders., NJW 2009, S. 272; Hummert, Neubestimmung der acte-clair-Doktrin im Kooperationsverhältnis zwischen EG und Mitgliedstaat, 2006, S. 54 ff. <151>; Classen, JZ 2008, S. 794 <795>; Höpfer, NZA 2008, S. 91 <94>; Höpfer, NZA 2009, S. 420 <423>.
- 19| Stattgebender Kammerbeschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 25.02.2010 – 1 BvR 230/09, NJW 2010, S. 1268 – MERL.
- 20| Vgl. weiter z.B. Temming, ZESAR 2010, S. 277ff., m.w.N.; Thüsing, NZA 2010, S. 930.
- 21| BAG, 21.05.2008 – 8 AZR 84/07.
- 22| BVerfG, Beschluss vom 06.07.2010 – 2 BvR 2661/06, NZA 2010, S. 995 ff.
- 23| a.a.O., RdNr. 88.
- 24| a.a.O., RdNr. 89.
- 25| Stattgebender Kammerbeschluss vom 30.08.2010 – 1 BvR 1631/08, EuGRZ 2010, S. 641.

- 26| Vgl. hierzu insbesondere den nach Redaktionsschluss für den vorliegenden Beitrag ergangenen Beschluss des Ersten Senats vom 25.01.2011 – 1 BvR 1741/09, BB 2011, S. 563.
- 27| So Fastenrath, NJW 2009, S. 272.
- 28| DRiZ 2010, S. 141.
- 29| Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 21.10.2010, S. 6.

# LÜTH IST UNANWENDBAR!

ZUM AUSLEGUNGSMASSTAB UNBESTIMMTER RECHTSBEGRIFFE  
IM DEUTSCHEN ARBEITS- UND SOZIALRECHT

*Thomas Ritter*

## **EINLEITUNG**

Gegenstand der Erörterungen im Rahmen der zweiten Rechtspolitischen Gespräche zum Sozial- und Arbeitsrecht am 28. und 29. Oktober 2010 in Berlin waren die besondere Ausgestaltung der Vertragsfreiheit im Arbeitsrecht, Rechtsprobleme rund um den Ein-Euro-Job und den Minijob, rechtliche Probleme der Altersdiskriminierung, der Arbeitnehmer- bzw. Beschäftigtendatenschutz sowie die Bindungen deutscher Richter bei der Entscheidung über die Vorlage an den Europäischen Gerichtshof (EuGH). Alle dabei erörterten Rechtsfragen berührten – unmittelbar oder mittelbar – die Grundrechte der jeweils beteiligten Arbeitnehmer und Arbeitgeber bzw. der Leistungsempfänger. Sie taten dies zwangsläufig, da sowohl das deutsche Arbeitsrecht als auch das deutsche Sozialrecht zum einen weitgehend als Konkretisierung grundrechtlicher Schutzpflichten<sup>1</sup> verstanden werden kann und zum anderen beide Rechtsgebiete durch das Vorhandensein zahlreicher unbestimmter Rechtsbegriffe gekennzeichnet sind.<sup>2</sup> Solche unbestimmten Rechtsbegriffe stellen bekanntermaßen sogenannte „Einfallstore der Grundrechte“ in das jeweilige Rechtsgebiet dar.<sup>3</sup> Nach den vom

Bundesverfassungsgericht (BVerfG) im *Lüth*-Urteil von 1958<sup>4</sup> aufgestellten Grundsätzen ist dabei vom Richter der jeweils entscheidungsrelevanten unbestimmte Rechtsbegriff im Lichte der objektiven Werteordnung des Grundgesetzes bzw. des Systems objektiver Wertnormen des Grundgesetzes auszulegen.

Bei der rechtspolitischen Tagung am 28. und 29. Oktober 2010 wurde getreu den vom Bundesverfassungsgericht 1958 im *Lüth*-Urteil aufgestellten Grundsätzen bei sämtlichen oben genannten Themenbereichen – soweit es um die verfassungsrechtliche Bewertung ging – auf die Werteordnung des Grundgesetzes und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes Bezug genommen. Es ist allerdings fragwürdig, ob die durch die Einfallstore der unbestimmten Rechtsbegriffe einstrahlenden Grundrechte in der Rechtswirklichkeit tatsächlich noch die deutschen Grundrechte sind. Dies würde voraussetzen, dass das *Lüth*-Urteil des BVerfG von 1958 mit seinen Bewertungen und Vorgaben für die Gesetzesauslegung heute nochmals so erlassen werden könnte. Im Folgenden wird aufgezeigt, dass das nicht der Fall ist. Heute müsste klarstellend ein europäisiertes *Lüth*-Urteil ergehen. Das in der rechtsverbindlichen Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden: GRCH) kodifizierte System objektiver europäischer Wertnormen übt seit dem Inkrafttreten des Lissabon-Vertrags (EUV) am 1. Dezember 2009 Einfluss auf die unbestimmten Rechtsbegriffe des deutschen Rechts aus.<sup>5</sup>

#### **DIE EUROPÄISIERUNG DER OBJEKTIVEN WERTEORDNUNG UND DES SYSTEMS OBJEKTIVER WERTNORMEN**

Der zentrale Satz des BVerfG zur Begründung seiner Werteordnungsformel im *Lüth*-Urteil von 1958 ist folgende Aussage über das Grundgesetz: „Dieses Wertsystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, muß als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten; Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse.“<sup>6</sup> Diese vom Bundesverfassungsgericht vorgenommene Bewertung des Grundgesetzes, alleiniger verfassungsrechtlicher Auslegungsmaßstab für die deutsche Rechtsordnung zu sein, setzt eine Alleinstellung des dem Grundgesetz immanenten Systems von Wertnormen und die Abwesenheit anderer Richtlinien- und Impulsgeber voraus. Diese Voraussetzung mag 1958 erfüllt gewesen sein. Heute liegt diese Voraussetzung nicht mehr vor.

Das Wert- und Rechtssystem der sozialen Gemeinschaft der Bürger Deutschlands orientiert sich schon seit geraumer Zeit nicht mehr ausschließlich am Grundgesetz, sondern überwiegend am europäischen Recht. So wurde bereits für Ende 2008 ein 80-Prozent-Anteil europäisch determinierten deutschen Rechts festgestellt.<sup>7</sup> Insgesamt umfasste Ende 2008 das in jedem Unionsstaat geltende EU-Recht 29 Verträge, 2.036 Richtlinien und 8.214 Verordnungen, insgesamt also 10.279 unmittelbar europäische Regelungen.<sup>8</sup> Hinzu kommen die direkt auf der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs beruhenden Gesetze.<sup>9</sup> Der Anteil von 80 Prozent europäischen Rechts an den in Deutschland geltenden Normen wurde dabei zum Stichtag 31. März 2010 nochmals ausdrücklich bestätigt.<sup>10</sup>

Mit der EU-Grundrechtecharta<sup>11</sup> liegt das System europäischer Wertnormen – die objektive europäische Werteordnung – seit Inkrafttreten des Lissabon-Vertrags auch kodifiziert vor. Die europäischen Grundrechte und damit auch die objektive europäische Werteordnung haben am Anwendungsvorrang des EU-Rechts teil.<sup>12</sup> Dies bedeutet, dass der bisherigen Rechtsprechung zur Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln schon nach der eigenen Argumentation des BVerfG die Grundlage entzogen ist und dass fortan solche Rechtsbegriffe neu im Lichte des Systems europäischer Wertnormen auszulegen sind. Dies gilt insbesondere für das Familienrecht,<sup>13</sup> das Gesellschaftsrecht,<sup>14</sup> das Arbeitsrecht<sup>15</sup> und auch die anderen Rechtsgebiete.<sup>16</sup> Die objektive europäische Werteordnung hat sich auch institutionell schon realisiert. So wird, ausgehend von der dargestellten Determinierung des deutschen Rechts durch europäisches Recht, etwa der deutsche Verwaltungsrichter ausdrücklich als europäischer Jurist bezeichnet.<sup>17</sup> Der deutsche Notar ist aus den gleichen Gründen nicht mehr nur als deutscher, sondern als europäischer Amtsträger anzusehen<sup>18</sup>. So formulierte der Generalanwalt in dem beim EuGH seit 2008 laufenden Vertragsverletzungsverfahren wegen § 5 der Bundesnotarordnung (BNotO) in seinen Schlussanträgen vom 14. September 2010: „Der Notar übt mit seiner Intervention eine Tätigkeit öffentlicher Art mit Wirkungen aus, die automatisch in allen Staaten der Union anerkannt werden. Das Bestehen eines hohen Maßes an Vertrauen sowie die Gemeinschaft von Werten und Grundsätzen, auf der die Union beruht, verwandeln den Notar in einen Amtsträger nicht nur des betreffenden Staates, sondern der Union.“<sup>19</sup> Wegen dieser europäischen Amtsträgerschaft des deutschen Notars kann auch die Wirksamkeit von Eheverträgen im Rahmen notarieller Beurkundung (§§ 1408,

1410 BGB) nicht mehr anhand des § 138 BGB i.V.m. der Wertordnung des Grundgesetzes<sup>20</sup> überprüft werden, sondern es ist § 138 BGB i.V.m. der objektiven europäischen Werteordnung, die in der Grundrechtecharta kodifiziert ist, heranzuziehen. Dies hat mit Blick auf die unterschiedliche Ausgestaltung des Schutzes von Ehe und Familie im Grundgesetz einerseits und in der EU-Grundrechtecharta andererseits erhebliche Folgen für die Grenzen und die Ausübung der Ehevertragsfreiheit.

Entsprechend unterschiedlich ausgestaltet ist auch der arbeitsrechtliche sowie der sozialrechtliche Gehalt des Grundgesetzes einerseits und der EU-Grundrechtecharta andererseits.

Um die sich aus dem „Einfall“ der objektiven europäischen Werteordnung über die unbestimmten Rechtsbegriffe ergebenden Auswirkungen zu verdeutlichen, sei beispielhaft auf folgende Unterschiede in den arbeitsrechtlichen Werteordnungen des Grundgesetzes einerseits und der GRCH andererseits hingewiesen:

### **1. Unternehmerfreiheit**

Beim Erlass des Grundgesetzes wurde im Parlamentarischen Rat auf die ausdrückliche Regelung einer Unternehmerfreiheit im Grundgesetz verzichtet. Demgegenüber ist die Unternehmerfreiheit in Art. 16 GRCH ausdrücklich neben der Berufsfreiheit und der Eigentumsfreiheit geregelt und betont. Daraus lässt sich eine Stärkung der Stellung des Unternehmers ableiten mit entsprechenden Folgen für die Rechtsprechung zu den Grenzen der Unternehmerentscheidung, etwa im Rahmen der betriebsbedingten Kündigung. So stärkt Art. 16 GRCH die Befugnis des Arbeitgebers, die Zahl der Arbeitskräfte, mit denen eine Arbeitsaufgabe erledigt werden soll, zu bestimmen und davon ausgehend Personal zu reduzieren.<sup>21</sup> Zudem wird die Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers dahingehend bekräftigt, bisher durch eigene Mitarbeiter ausgeführte Arbeiten in Zukunft durch selbständige Unternehmer ausführen zu lassen, also im Wege der Fremdvergabe Leiharbeitsfirmen zur Ausführung der betrieblichen Aufgaben einzusetzen und deshalb betriebsbedingte Kündigungen auszusprechen<sup>22</sup>.

### **2. Kinderrechte**

Beim Erlass des Grundgesetzes verzichtete der Parlamentarische Rat darauf, Rechte von Kindern ausdrücklich im Grundgesetz zu regeln. In Art. 24 GRCH sind hingegen Kinderrechte ausdrücklich auf verfassungsrechtlicher Ebene neben den Elternrechten geregelt, wobei gemäß Art. 24 Abs. 2 GRCH bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher Stellen oder privater Einrichtungen das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein muss. Daraus lässt sich eine Stärkung der verfassungsrechtlichen Stellung von Kindern und mittelbar die ihrer Eltern ableiten. Dies hat entsprechende Folgen für die Rechtsprechung zu betriebsbedingten Kündigungen, konkret für die Rahmenbedingungen für die Gewichtung von Unterhaltspflichten im Rahmen der Sozialauswahl. Entsprechend wird die Rechtsprechung zu verhaltensbedingten Kündigungen dahingehend beeinflusst, dass Unterhaltspflichten wegen Art. 24 GRCH zwingend in die Abwägung einzubeziehen sind und nicht mehr vernachlässigt werden dürfen.<sup>23</sup> Des Weiteren werden die Rangvorgaben des Art. 24 GRCH zumindest für öffentliche Arbeitgeber bei einem Antrag auf Verringerung der Arbeitszeit gemäß § 8 des Gesetzes über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (TzBfG) zu berücksichtigen sein, wenn es um eine Arbeitszeitreduzierung wegen Kinderbetreuung geht.

### **3. Rechte älterer Menschen**

Des Weiteren verzichtete der Parlamentarische Rat beim Erlass des Grundgesetzes auf eine ausdrückliche Regelung der Rechte älterer Menschen. Demgegenüber wird in Art. 25 GRCH das Recht älterer Menschen auf ein würdiges und unabhängiges Leben und auf Teilnahme am sozialen und kulturellen Leben ausdrücklich anerkannt. Auch diese Vorgabe der europäischen Werteordnung hat Auswirkungen auf die Rechtsprechung, etwa zu betriebsbedingten Kündigungen, genauer gesagt, auf die Gewichtung der Betriebszugehörigkeit und des Alters im Rahmen der Sozialauswahl.

### **4. Einheitlicher verfassungsrechtlicher Entlassungsschutz**

Beim Erlass des Grundgesetzes verzichtete der Parlamentarische Rat zudem auch auf ausdrückliche Regelungen zum Schutz vor Entlassung aus dem Arbeitsverhältnis. Demgegenüber hat nach Art. 30 und 31 GRCH

jeder Arbeitnehmer – gleich ob er im Klein- oder im Großbetrieb beschäftigt ist – Anspruch auf Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung und das Recht auf sichere Arbeitsbedingungen. Diese Vorgabe der objektiven europäischen Werteordnung kann Auswirkungen auf die Möglichkeit der Regelung von Kleinbetriebsklauseln wie § 23 des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) haben und sie wirkt sich auf die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte zu dem über die Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB gewährten Kündigungsschutz in Kleinbetrieben aus.<sup>24</sup>

Die wenigen Beispiele zeigen, dass das in der EU-Grundrechtecharta kodifizierte System objektiver europäischer Wertnormen einen vom Grundgesetz differenten arbeitsrechtlichen Gehalt aufweist. Diese durch eine ausdrückliche Regelung der Unternehmerfreiheit, der Kinderrechte sowie der Rechte älterer Menschen und des verfassungsrechtlich gewährleisteten Entlassungsschutzes gekennzeichnete europäisierte objektive Werteordnung wirkt über die unbestimmten Rechtsbegriffe und Generalklauseln in das deutsche Recht ein und verschiebt den bisherigen Entscheidungsrahmen bei der Ausübung der Vertragsfreiheit im Bereich des Arbeitsrechts.

## ZUSAMMENFASSUNG

Der verfassungsrechtliche Rahmen für die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe im deutschen Arbeits- und Sozialrecht ergibt sich entgegen der bisherigen auf das *Lüth*-Urteil des BVerfG<sup>25</sup> zurückgehenden Rechtsprechung nicht mehr aus dem Grundgesetz. Schlagwortartig formuliert gilt vielmehr: *Lüth* ist unanwendbar.<sup>26</sup> Bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe ist schon aufgrund des hohen Anteils europäisch-determinierten Rechts auf das System objektiver europäischer Wertnormen Bezug zu nehmen, das seit dem 1. Dezember 2009 über Art. 6 EUV Lissabon rechtsverbindlich in der EU-Grundrechtecharta<sup>27</sup> kodifiziert ist. Aufgabe der Zukunft ist es, im Zusammenwirken von Rechtsprechung und Wissenschaft das in der EU-Grundrechtecharta kodifizierte System objektiver europäischer Wertnormen zu entwickeln und zu konkretisieren. Im Lichte dieser objektiven europäischen Werteordnung kann dann das gesamte deutsche Arbeits- und Sozialrecht neu ausgelegt werden.

- 1| Vgl. zu grundrechtlichen Schutzpflichten: Krings, *Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche: Die subjektiv-rechtliche Rekonstruktion der grundrechtlichen Schutzpflichten und ihre Auswirkung auf die verfassungsrechtliche Fundierung des Verbrauchervertragsrechts*, 2003; Jarass, *Die Grundrechte: Abwehrrechte und objektive Grundsatznormen: Objektive Grundrechtsgehalte, insbes. Schutzpflichten und privatrechtsgestaltende Wirkung*, in: Badura/Dreier (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, 2001, S. 35 ff.; auch: BVerfGE 30, S. 173 <188 ff.>; BVerfGE 21, S. 362 <371 f.>.
- 2| Zu unbestimmten Rechtsbegriffen im deutschen Sozialrecht: Blüggel, *Der Richter als Ersatzgesetzgeber*, in: Baus/Krings/Schlegel (Hrsg.), *Aktuelle Fragen des Sozialrechts*, 2010, S. 33 ff.; Link, *Die Hypertrophie der richterlichen Unabhängigkeit*, in: Baus/Krings/Schlegel, *Aktuelle Fragen des Sozialrechts*, 2010, S. 43 ff.
- 3| Vgl. etwa BVerfGE 31, S. 58.
- 4| BVerfGE 7, 198 = NJW 1958, S. 257. Das *Lüth*-Urteil wird als eines der bedeutendsten Urteile der deutschen Nachkriegsgeschichte angesehen (vgl. nur: Grimm, *Die Verfassung und die Politik*, 1. A., S. 112 <202 f. und 307 f.>).
- 5| ABIEU Nr. C 303, S. 1; BGBl II 2008, S. 1165 ff.
- 6| BVerfGE 7, S. 198 = NJW 1958, S. 257.
- 7| Hoppe, *EuZW* 2009, S. 168.
- 8| Ebd., S. 168 m.w.N.
- 9| Ebd., S. 169 m.w.N.
- 10| Hölscheidt/Hoppe, *ZParl* 2010, S. 543 <546 m.w.N.>.
- 11| ABIEU Nr. C 303, S. 1; BGBl II 2008, S. 1165 ff.
- 12| EuGH, NJW 1964, S. 2371; EuGH, *EuZW* 2003, S. 592.
- 13| Ritter, *NJW-Aktuell* Heft 41/2010, S. 12; Kleinert, *Bildende Kunst und Zugewinn: Gesetzliches Güterrecht in der Bundesrepublik*, 2010, S. 98.; vgl. auch: Palandt/Brudermüller, *BGB*, 60. Aufl., 2011, § 1408 Rdnr. 7.
- 14| Schaub/Schüppen/Ritter, *Anwaltshandbuch Aktienrecht*, 2. Aufl. 2010, § 24 Rdnr., S. 3 ff.; Heinz/Ritter, *EuZW* 2009, S. 599.
- 15| Ritter, *NZA* 2010 Heft 14, Editorial.
- 16| Ritter, *NJW* 2010, S. 1110.
- 17| Winkelmann, *NJW* 2010, S. 1233.
- 18| Heinz/Ritter: *EuZW* 2009, S. 599; Ritter, *NJW-Aktuell* Heft 41/2010, S. 12.
- 19| EuGH, *Vertragsverletzungsverfahren C-54-08: Schlussanträge des Generalanwalts Villalon vom 14.09.2010*, dort S. 1-43 Rdnr. 143.
- 20| So etwa: BGH, 11.10.2006 – XII ZR 79/04.
- 21| Vgl. BAGE 88, S. 363; BAGE 92, S. 61.
- 22| Vgl. BAG, 13.03.2008 – 2 AZR 1037/06.
- 23| Vgl. BAG, 16.12.2004 – 2 ABR 7/04 – Tz. 28.
- 24| Vgl. BAG, 21.02.2001 – 2 AZR 15/00.
- 25| BVerfGE 7, S. 198 = NJW 1958, S. 257.
- 26| Vgl. Ritter, *NJW* 2010, S. 1110 ff.
- 27| ABIEU Nr. C 303, S. 1; BGBl II 2008, S. 1165 ff.

## AUTOREN UND HERAUSGEBER

*Dr. Ralf Thomas Baus*  
 Leiter Team Innenpolitik, Hauptabteilung Politik und Beratung,  
 Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., Berlin

*Dr. Ralf Brauksiepe MdB*  
 Parlamentarischer Staatssekretär bei der Bundesministerin für Arbeit  
 und Soziales, Berlin

*Prof. Dr. Günter Krings MdB*  
 Stellvertretender Vorsitzender der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Berlin

*Markus Krumbiegel*  
 Richter am Arbeitsgericht Nürnberg

*Dr. Christiane Padé*  
 Richterin am Sozialgericht Freiburg

*Dr. Thomas Ritter*  
 Rechtsanwalt, Berlin

*Dr. Elke Roos*  
 Richterin am Bundessozialgericht, Kassel

*Prof. Dr. Rainer Schlegel*  
 Leiter der Abteilung III – Arbeitsrecht, Arbeitsschutz – im Bundes-  
 ministerium für Arbeit und Soziales, Berlin

*Dr. Bernhard Joachim Scholz*  
 Richter am Sozialgericht Mainz

*Dr. Ole Schröder MdB*  
 Parlamentarischer Staatssekretär beim Bundesminister des Innern, Berlin

*Prof. Dr. Gregor Thüsing LL.M.*  
 Institut für Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherung, Rheinische  
 Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

*Dr. Thomas Vießmann*  
 Vorsitzender Richter am Bayerischen Landessozialgericht, München

## ANSPRECHPARTNER IN DER KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG

*Dr. Ralf Thomas Baus*  
 Leiter Team Innenpolitik  
 Hauptabteilung Politik und Beratung  
 10907 Berlin  
 Telefon: +49(0)-30-2 69 96-35 03  
 E-Mail: [ralf.baus@kas.de](mailto:ralf.baus@kas.de)