

Soziales Recht

Wissenschaftliche Zeitschrift
für Arbeits- und Sozialrecht

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



in Zusammenarbeit mit



Abhandlungen

Inter omnes-Wirkung und Drittbeteiligung bei Entscheidungen über
die Tariffähigkeit

Daniel Ulber Seite **141**

Die Bewältigung von selbst- und fremdbestimmten Rechtsprechungs-
änderungen durch das Bundesarbeitsgericht

Ulrich Koch Seite **159**

Zum Schutz des Vertrauens in den Fortbestand von Rechtsprechung
im Sozialrecht

Ulrich Steinwedel Seite **168**

Rezensionsaufsätze

Andrea Potz, Beweiserleichterungen im Arbeitsrecht am Beispiel des
Gleichbehandlungsrechts

Ulrike Wendeling-Schröder Seite **175**

Zusammenfassungen (Abstracts) / Vorschau

Seite **180**

Inter omnes-Wirkung und Drittbeteiligung bei Entscheidungen über die Tariffähigkeit

Wiss. Mit. Dr. Daniel Ulber, Universität zu Köln

Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit der inter omnes-Wirkung der Entscheidung über die Tariffähigkeit nach § 97 Abs. 1 und Abs. 5 ArbGG. Dabei wird vor dem Hintergrund der CGZP-Entscheidung des BAG insbesondere die Frage der Gewährung des rechtlichen Gehörs in diesen Verfahren untersucht. Besonderes Augenmerk liegt dabei auf der Frage, ob und wie sich die Interessen der betroffenen Dritten in einem solchen Verfahren wahren lassen, ohne das gerichtliche Verfahren zu paralysieren.

Dazu werden zunächst die Möglichkeiten der potentiell von den Wirkungen einer Entscheidung über die Tariffähigkeit Betroffenen dargestellt, sich am Verfahren zu beteiligen. Sind danach die Beteiligungsmöglichkeiten im Verfahren nach § 97 Abs. 1 und 5 ArbGG geklärt, wird die Verfassungsmäßigkeit der durch das BAG vorgenommenen Begrenzung des Kreises der Beteiligten untersucht. Dazu wird zunächst der Gewährleistungsgehalt des Art. 103 Abs. 1 GG herausgearbeitet. Sodann wird die CGZP-Entscheidung des BAG einer Überprüfung anhand der herausgearbeiteten verfassungsrechtlichen Kontrollmaßstäbe unterzogen.

I. Einleitung

Dass gerichtliche Entscheidungen Rechtskraft gegenüber jedermann haben (sogenannte inter omnes-Wirkung), ist im deutschen Recht die Ausnahme. Grundsätzlich gilt, dass gerichtliche Entscheidungen ihre Wirkungen nur zwischen den Parteien des Rechtsstreits und ihren Nachfolgern entfalten (§ 325 Abs. 1 ZPO). Dieser Grundsatz wird allerdings verschiedentlich durchbrochen.¹

Soll die Erstreckung auf Dritte mit Blick auf die Gewährung rechtlichen Gehörs nicht in Legitimationsschwierigkeiten geraten, müssen die Interessen der Dritten im Rahmen des Verfahrens in angemessener Weise berücksichtigt werden.² Andererseits kann es bisweilen erforderlich sein, eine Entscheidung nicht nur *inter partes* wirken zu lassen, sondern gegenüber jedermann rechtskräftig zu entschei-

den. Sowohl die Rechtssicherheit, aber auch verfassungsrechtlich geschützte Positionen können eine solche Wirkung gegenüber jedermann gebieten.³ Der Konflikt, der in solchen Konstellationen zwischen der Notwendigkeit einer einheitlichen, kohärenten, für alle verbindlichen gerichtlichen Entscheidung und den berechtigten Interessen Dritter an einer verfahrensmäßigen Beteiligung im Vorfeld der Entscheidung entsteht, wird besonders bei Massenverfahren deutlich.⁴ In diesen wird die dargestellte Konfliktlage noch durch die Notwendigkeit, eine effektive Verfahrensführung zu gewährleisten, verschärft.

Ein Paradebeispiel für den dargestellten Konflikt bietet die Entscheidung über die Tariffähigkeit und/oder die Tarifzuständigkeit einer Arbeitnehmervereinigung nach § 97 Abs. 1 und Abs. 5 ArbGG. Gerichtlichen Entscheidungen in diesen Verfahren wird von der Rechtsprechung des BAG⁵ und der ganz hM. eine Wirkung gegenüber jedermann zugesprochen.⁶

Die Tariffähigkeit ist Wirksamkeitsvoraussetzung des Tarifvertrags. Dementsprechend ist jeder von einer nicht tariffähigen Arbeitnehmervereinigung abgeschlossene

1 Vgl. dazu mwN. *Prütting*, RdA 1991, 257, 261; BAG, 14.10.1960–1 AZR 233/58 – NJW 1961, 573, 575; *Becker*, ZZZ 117 (2004), 59, 72 ff.; *Musielak*, in: *Musielak*, ZPO, 9. Aufl., München 2012, § 325 Rn. 11 ff.

2 *Becker*, ZZZ 117 (2004), 59, 77 ff.; *Leipold*, AP BetrVG 1972 Bl. 5 § 113 Nr. 15; *Lücke*, Die Beteiligung Dritter im Zivilprozess, Tübingen 1993 (zugl. Freiburg (Breisgau), Univ., Habil.-Schr. 1991), S. 94 ff.; *Prütting*, RdA 1991, 257, 264; *Weth*, Das arbeitsgerichtliche Beschlussverfahren, München 1994 (zugl. Köln, Univ., Habil.-Schr. 1993), S. 50 ff.

3 BAG, 14.10.1960–1 AZR 233/58 – NJW 1961, 573, 575; *Oetker*, in: *Wiedemann*, TVG, 7. Aufl., München 2007, § 9 Rn. 30.

4 Vgl. auch BSG, 4.10.1995–7 KLAR 1/93 – NZA 1995, 320, 336; *Leipold*, AP BetrVG 1972 Bl. 5 § 113 Nr. 15; *Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig*, Stand 65. Lfg. April 2012, Art. 103 GG Rn. 44.

5 BAG, 15.11.2006–10 AZR 665/05 – NZA 2007, 448, 451; BAG, 28.3.2006–1 ABR 58/04 – NZA 2006, 1112, 1114; BAG, 6.6.2000–1 ABR 21/99 – NZA 2001, 156, 158.

6 *Böttcher*, AP ArbGG 1953 § 97 Nr. 1; *Koch*, FS Düwell, 2011, S. 274, 283; *Nikisch*, AP ArbGG 1953 § 11 Nr. 25; *Wiedemann/Oetker* (Fn. 3), § 2 TVG Rn. 115; *Peter*, in: *Däubler*, TVG, 3. Aufl., Baden-Baden 2012, § 2 Rn. 190; *Prütting*, RdA 1991, 257, 266; *Zimmermann*, in: *Natter/Gross*, ArbGG, Baden-Baden, 2010, § 97 Rn. 25; vgl. dazu *Krause*, Rechtskrafterstreckung im kollektiven Arbeitsrecht, 1996, S. 324 ff.

Tarifvertrag nichtig.⁷ Die Entscheidung über die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung hat eine erhebliche wirtschaftliche Relevanz. Am Jahresende 2009 waren insgesamt 72.797 Tarifverträge in Kraft.⁸ Würde man die Entscheidung in einem Rechtsstreit über die Tariffähigkeit nicht gegenüber jedermann in Rechtskraft erwachsen lassen, wären anarchische Verhältnisse im Arbeitsrecht vorprogrammiert.⁹ In uU. tausenden von Verfahren müsste immer wieder dieselbe Vorfrage geklärt werden.¹⁰ Das ist weder sinnvoll noch praktikabel, insbesondere wenn man sich die Möglichkeit divergierender Entscheidungen vergegenwärtigt¹¹. Deswegen besteht ein Bedürfnis nach einer einheitlichen Entscheidung über die Tariffähigkeit oder Tarifunfähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung.¹² Dies gilt auch mit Blick auf die wirtschaftliche Bedeutung einer solchen Entscheidung.¹³ Daher ist es nachvollziehbar, wenn die ganz h.M. bei Entscheidungen über die Tariffähigkeit eine Bindungswirkung inter omnes annimmt.¹⁴

Aufgrund der Breitenwirkung einer solchen Entscheidung wird ein Konflikt besonders deutlich: Eine Vielzahl von Arbeitnehmern und Arbeitgebern wird von der Entscheidung über die Tariffähigkeit berührt, weil sie von Tarifverträgen einer Arbeitnehmervereinigung erfasst werden oder diese durch die arbeitsvertragliche Bezugnahme im Arbeitsverhältnis zur Anwendung bringen. Es ist aber nicht möglich, ein Verfahren unter Beteiligung von potentiell tausenden von Beteiligten zu betreiben. Damit wird die inter omnes-Wirkung der Entscheidung besonders rechtfertigungsbedürftig. Denn ihre Legitimität hängt auch davon ab, dass das Recht der Dritten auf rechtliches Gehör im Verfahren nicht verletzt wird.¹⁵ Dabei darf freilich nicht aus dem Auge verloren werden, dass sich die Notwendigkeit der Beteiligung Dritter nicht als Selbstzweck darstellt. Sie soll sicherstellen, dass der gerichtlichen Entscheidung ein richtiger und vollständiger Sachverhalt zu Grunde gelegt wird und durch Vortrag der widerstreitenden Rechtsauffassungen Einfluss auf die Willensbildung des Gerichts genommen werden kann.¹⁶

II. Inter omnes-Wirkung und Beteiligung Dritter bei Entscheidungen nach § 97 Abs. 1 und 5 ArbGG

Die Entscheidung über die Tariffähigkeit oder Tarifzuständigkeit entfaltet Rechtskraft gegenüber jedermann.¹⁷ Damit

stellt sich die Frage, auf welchem Wege die von der Entscheidung unmittelbar oder mittelbar Betroffenen ein solches Verfahren einleiten und sich an ihm beteiligen können. Mit Blick auf das Verfahren nach § 97 Abs. 1 und Abs. 5 ArbGG besteht die Besonderheit, dass § 97 Abs. 2 ArbGG in Verbindung mit § 83 ArbGG zwar die Beteiligung am Verfahren regelt, sich aus den Vorschriften aber nicht ergibt, dass alle Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die potentiell mittelbar von einer Entscheidung über die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung getroffen werden, im Verfahren zu beteiligen sind.

1. Antragsbefugnis

Nach § 97 Abs. 1 ArbGG kann das Verfahren auf Antrag jeder tariffähigen¹⁸ Arbeitnehmer- oder Arbeitgebervereinigung, die räumlich und sachlich – zumindest teilweise¹⁹ – für denselben Bereich zuständig ist wie die Arbeitnehmervereinigung, deren Tariffähigkeit streitig ist, sowie der obersten Arbeitsbehörden des Bundes oder der Länder²⁰

7 BAG, 15.11.2006 – 10 AZR 665/05 – NZA 2007, 448, 451; Löwisch/Rieble, TVG, 3. Aufl., München 2012, § 2 TVG Rn. 160; Natter/Gross/Zimmermann (Fn. 6), § 97 ArbGG Rn. 33 ff.

8 Bispinck, WSI-Tarifhandbuch 2010, S. 110.

9 Böttcher, AP ArbGG 1953 § 97 Nr. 1; Nikisch, Anm. zu BAG, AP ArbGG 1953 § 11 Nr. 25.

10 Nikisch, Anm. zu BAG, AP ArbGG 1953 § 11 Nr. 25; Diütz, ArbRGeg 20 (1982), S. 33, 43; Krause (Fn. 6), S. 326 f.

11 Wiedemann/Oetker (Fn. 3), § 9 TVG Rn. 30; dazu bereits BAG, 14.10.1960 – 1 AZR 233/58 – NJW 1961, 573, 575; die Entscheidung ist aus anderen Gründen iE. nicht unproblematisch, vgl. dazu Böttcher, JZ 1961, 387, 388.

12 Nicht hingegen bereits deshalb, weil überhaupt divergierende Entscheidungen entstehen könnten. Vgl. dazu Prütting, RdA 1991, 257, 265.

13 BAG, 14.10.1960 – 1 AZR 233/58 – NJW 1961, 573, 575; Greiner, Anm. zu BAG, 5.10.2010 – 1 ABR 88/09 – und BAG, 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – EzA Nr. 30 und 31 zu § 2 TVG.

14 Vgl. dazu ausführlich unten unter III.

15 Jauernig, ZZZ 101 (1988), 261, 377; Leopold, AP BetrVG 1972 § 113 Nr. 15.

16 BVerfG, 12.1.2011 – 1 BvR 2538/10 – Rz. 26; BVerfG, 27.9.1978 – 1 BvR 570/77 – BVerfGE 49, 212, 215; BVerfG, 28.6.1967 – 2 BvR 143/61 – BVerfGE 22, 114, 119.

17 Siehe oben Fn. 5 und 6.

18 BAG, 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – NZA 2011, 289, 293; BAG, 28.3.2006 – 1 ABR 58/04 – NZA 2006, 1112, 1114; BAG, 14.12.1999 – 1 ABR 74/98 – NZA 2000, 949, 951; Bepler, in: HWK, 5. Aufl., Köln 2012, § 97 ArbGG Rn. 6; Grunsky, ArbGG, 7. Aufl., München 1995, § 97 Rn. 6; Matthes/Schlewing, in: Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöße, ArbGG, 7. Aufl., München 2009, § 97 Rn. 16; Wiedemann/Oetker (Fn. 3), § 2 TVG Rn. 108.

19 BAG, 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – NZA 2011, 289, 293; BAG, 28.3.2006 – 1 ABR 58/04 – NZA 2006, 1112, 1114; GMPM/Matthes/Schlewing (Fn. 18), § 97 ArbGG Rn. 15.

20 Hierzu vgl. Koch, FS Düwell (Fn. 6), S. 274, 277.

eingeleitet werden. Zum Kreis der Antragsbefugten gehört auch eine gewerkschaftliche Spitzenorganisation, soweit diese zum Abschluss von Tarifverträgen bevollmächtigt ist oder den Abschluss von Tarifverträgen in ihrer Satzung vorsieht.²¹ Antragsberechtigt ist dabei auch die Vereinigung, deren Tariffähigkeit oder Tarifzuständigkeit bestritten wird.²²

Dies gilt auch für Arbeitgeber, die sich über die Tariffähigkeit oder Tarifzuständigkeit eines Tarifvertragspartners im Unklaren sind.²³ Das folgt zwar nicht aus dem Wortlaut des § 97 Abs. 1 ArbGG, aber aus einer entsprechenden Anwendung der Vorschrift, bzw. unter Rückgriff auf §§ 97 Abs. 2, 81 ArbGG.²⁴ Der Sinn und Zweck des Verfahrens nach § 97 Abs. 1 ArbGG gebietet es, dem Arbeitgeber die Möglichkeit zu verschaffen, Rechtsunsicherheiten zu vermeiden. Dabei ist allerdings nicht erforderlich, dass ein Tarifvertrag bereits existiert.²⁵ Es genügt, dass durch eine Arbeitnehmervereinigung der Abschluss eines Tarifvertrags mit dem antragstellenden Arbeitgeber angestrebt wird.

Nicht antragsbefugt ist der Betriebsrat eines Betriebs, für den die Tarifzuständigkeit einer Vereinigung streitig ist.²⁶ Dies ist umstritten, weil nach § 97 Abs. 2 ArbGG für das Verfahren nach § 97 ArbGG die §§ 80 bis 84 und 87 bis 96a ArbGG entsprechend anzuwenden sind. Kommt es als Vorfrage in einem Rechtsstreit zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber auf die Tariffähigkeit an, so bleibt der Rückgriff auf § 97 Abs. 5 ArbGG jedenfalls möglich.²⁷

Fraglich ist die Möglichkeit eines einzelnen Arbeitnehmers, ein solches Verfahren einzuleiten. Das BAG lehnt dies ab, weil die Arbeitnehmer nicht zu den in § 97 ArbGG genannten Stellen und Personen zählen.²⁸ Diese Begründung ist freilich aufgrund der Ausnahme, die die Rechtsprechung für den Arbeitgeber macht, nicht zwingend. Im Ergebnis wird man die Antragsbefugnis nach § 97 Abs. 1 ArbGG aber deswegen verneinen können, weil dem Arbeitnehmer einerseits keine Möglichkeit zur Verfügung steht, einen Tarifvertrag abzuschließen, und andererseits bei Ansprüchen gegenüber seinem Arbeitgeber, die von der Tariffähigkeit einer Vereinigung abhängen, das Verfahren nach § 97 Abs. 5 ArbGG eröffnet ist.

Damit besteht im Ergebnis für jeden von einem Tarifvertrag Betroffenen die Möglichkeit, ein Verfahren zur Klärung der Tariffähigkeit einzuleiten, solange nicht ein anderes Verfahren rechtshängig ist.²⁹

2. Beteiligte

Die Frage, wer in einem Verfahren nach § 97 Abs. 1 und 5 ArbGG zu beteiligen ist, ergibt sich aus § 97 Abs. 2 ArbGG iVm. dem »entsprechend«³⁰ anzuwendenden § 83 Abs. 3 ArbGG. Aus der Antragsberechtigung ergibt sich nicht notwendigerweise die Beteiligtenstellung.³¹ So verneint das BAG die Beteiligtenstellung der obersten Arbeitsbehörden des Bundes und der Länder, solange diese keinen eigenen Antrag stellen³² und es nicht um die Feststellung der Tariffähigkeit geht.³³ In jedem Fall zu beteiligen ist die Vereinigung, um deren Tariffähigkeit oder Tarifzuständigkeit es geht.³⁴ Ebenso zu beteiligen sind konkurrierende tariffähige

21 HWK/Bepler (Fn. 18), § 97 ArbGG Rn. 6; Grunsky (Fn. 18), § 97 ArbGG Rn. 6; GMPM/Matthes/Schlewing (Fn. 18), § 97 ArbGG Rn. 16.

22 BAG, 25.11.1986 – 1 ABR 22/85 –, AP TVG § 2 Nr. 36; HWK/Bepler (Fn. 18), § 97 ArbGG Rn. 6; Grunsky (Fn. 18), § 97 ArbGG Rn. 6; Hauck, in: Hauck/Helml/Biebl, ArbGG, 4. Aufl., München 2011, § 97 Rn. 4; Schulin EzA Nr. 17 zu § 2 TVG.

23 BAG, 13.3.2007 – 1 ABR 24/06 – NZA 2007, 1069, 1070; BAG, 27.9.2005 – 1 ABR 41/04 – NZA 2006, 273, 276 f.; BAG, 29.6.2004 – 1 ABR 14/03 – NZA 2004, 1236, 1237; BAG, 14.12.1999 – 1 ABR 74/98 – NZA 2000, 949, 951; BAG, 17.2.1970 – 1 ABR 14/69 – AP TVG Tarifzuständigkeit § 2 Nr. 2; HWK/Bepler (Fn. 18), § 97 ArbGG Rn. 6; Hauck (Fn. 22), § 97 ArbGG Rn. 4; GMPM/Matthes/Schlewing (Fn. 18), § 97 ArbGG Rn. 19; Natter/Gross-Zimmermann (Fn. 6), § 97 ArbGG Rn. 8; Grunsky (Fn. 18), § 97 ArbGG Rn. 6; Treber, in: AnwK-ArbR, 2. Aufl., Bonn, 2010, § 97 ArbGG Rn. 4.

24 BAG, 17.2.1970 – 1 ABR 14/69 – AP TVG Tarifzuständigkeit § 2 Nr. 2; vgl. auch BAG, 27.9.2005 – 1 ABR 41/04 – NZA 2006, 273, 276 f.; Grunsky (Fn. 18), § 97 ArbGG Rn. 7; Natter/Gross/Zimmermann (Fn. 6), § 97 ArbGG Rn. 8; für den Rückgriff auf § 81 ArbGG: HWK/Bepler (Fn. 18), § 97 ArbGG Rn. 6, Kerwer, RdA 2008, 242, 244; Wiedemann/Oetker (Fn. 3), § 2 TVG Rn. 110.

25 Dann kann über § 9 TVG ein Verfahren eingeleitet werden, das nach § 97 Abs. 5 ArbGG ausgesetzt werden kann, vgl. BAG, 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – NZA 2011, 289, 295.

26 BAG, 13.3.2007 – 1 ABR 24/06 – NZA 2007, 1069, 1070; GMPM/Matthes/Schlewing (Fn. 18), § 97 ArbGG 19; differenzierend: Kerwer, RdA 2008, 242, 243.

27 AnwK-ArbR/Treber (Fn. 23), § 97 ArbGG Rn. 4.

28 BAG, 18.7.2006 – 1 ABR 36/05 – NZA 2006, 1225, 1226.

29 BAG, 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – NZA 2011, 289, 292; dazu Koch, FS Düwell (Fn. 6), S. 274, 283.

30 Vgl. dazu Koch, FS Düwell (Fn. 6), S. 274, 283.

31 GMPM/Matthes (Fn. 18), § 83 ArbGG Rn. 13; AnwK-ArbR/Treber (Fn. 23), § 97 ArbGG Rn. 5; Walker, in: Schwab/Weth, ArbGG, 3. Aufl., Köln 2011, § 97 Rn. 18.

32 BAG, 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – NZA 2011, 289, 294; ebenso Schwab/Weth/Walker (Fn. 31), § 97 ArbGG Rn. 18.

33 BAG, 25.11.1986 – 1 ABR 22/85 –, AP TVG § 2 Nr. 36; ablehnend HWK/Bepler (Fn. 18), § 97 ArbGG Rn. 9; restriktiver nunmehr BAG, 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – NZA 2011, 289, 294.

34 BAG, 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – NZA 2011, 289, 294; BAG, 28.3.2006 – 1 ABR 58/04 – NZA 2006, 1112, 1113; HWK/Bepler (Fn. 18), § 97 ArbGG Rn. 8; Koch, FS Düwell, 2011, S. 274, 283; GMPM/Matthes/Schlewing (Fn. 18), § 97 ArbGG Rn. 23; Natter/Gross/Zimmermann (Fn. 6), § 97 ArbGG Rn. 13.

hige und jedenfalls teilweise für den gleichen Bereich tarifzuständige Organisationen³⁵ und jedenfalls diejenigen Personen und Stellen, die von ihrer Antragsbefugnis Gebrauch gemacht haben.³⁶

a) Beteiligung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite

Problematisch ist, in welchem Umfang im Verfahren die Arbeitnehmer- und die Arbeitgeberseite zu beteiligen sind. Dass eine solche Beteiligung notwendig ist, ist unstrittig. Das BAG erachtet es aber als ausreichend, wenn auf beiden Seiten die jeweiligen Spitzenverbände beteiligt werden.³⁷ Es geht davon aus, dass der nach § 97 Abs. 2 ArbGG für das Verfahren nach § 97 ArbGG entsprechend anzuwendende § 83 Abs. 3 ArbGG so anzuwenden ist, dass nicht »der Arbeitgeber, die Arbeitnehmer« anzuhören sind, sondern die »Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite«, weil es nicht um die Entscheidung eines konkreten Rechtsverhältnisses geht, an dem diese beteiligt sind, sondern um die Eigenschaft einer Vereinigung.³⁸ Dementsprechend könne in dem Verweis nur der Sinn liegen, ihn entsprechend so anzuwenden, dass die Arbeitgeber- und die Arbeitnehmerseite zu hören seien.³⁹ Die Spitzenorganisationen seien die Repräsentanten dieser Interessengruppen.⁴⁰ Schließlich verweist das BAG in seiner früheren Rechtsprechung darauf, dass nicht zu erwarten sei, dass durch die Anhörung der einzelnen Arbeitgeber Entscheidungsgrundlagen gewonnen werden, die nicht schon von den zu beteiligenden Spitzenorganisationen beigebracht werden oder ohnehin nach § 83 Abs. 1 ArbGG von Amts wegen zu ermitteln sind.⁴¹ Sollte eine Entscheidung tatsächlich auf Falschangaben eines Beteiligten beruhen, eröffnet § 97 Abs. 4 ArbGG die Möglichkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens.⁴²

Die Reduzierung einer potentiell unüberschaubaren Beteiligtenzahl findet auch ansonsten im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren nach § 83 Abs. 3 ArbGG statt.⁴³ Ohnehin ist der Gedanke weit verbreitet, dass dann, wenn aufgrund einer Vielzahl von zu beteiligenden Personen eine Paralyse des Verfahrens droht, eine Einschränkung des rechtlichen Gehörs in Betracht kommt.⁴⁴

Der Erste Senat des BAG setzt sich mit dem seiner Rechtsprechung überwiegend zustimmenden Schrifttum nicht auseinander.⁴⁵ Wenn deswegen im Schrifttum vertreten wird, die Frage, wie weitreichend die Beteiligungsrechte zu gewähren sind, werde nur von einer einzigen Kommentirstelle angesprochen⁴⁶, so muss sich der Senat fragen lassen, ob er nicht bisweilen zu erkennen geben lassen sollte, dass

er das Schrifttum zu einer problematischen Frage zur Kenntnis genommen hat.⁴⁷ Dies gilt umso mehr, wenn die Parteien eines Rechtsstreits bereits durch ihren Vortrag zu erkennen geben, dass sie verfassungsrechtlich argumentieren.

Das Schrifttum sieht, ebenso wie das BAG, eine Beschränkung der Zahl der Beteiligten als zwingend geboten an.⁴⁸ Das BAG erkennt gleichwohl die Notwendigkeit einer Beteiligung und hält es für ausreichend, wenn auf Seiten der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber die jeweiligen Spitzenverbände beteiligt werden.⁴⁹ Dies stützt es auf drei Argumente: Das erste betrifft die Notwendigkeit, ein funktionierendes rechtsstaatliches Gerichtsverfahren zu gewährleisten.⁵⁰ Das zweite betrifft die mittelbare Berücksichtigung der Interessen der nicht Beteiligten durch andere Repräsentanten ihrer Interessen.⁵¹ Das dritte Argument

35 HWK/Bepler (Fn. 18), § 97 ArbGG Rn. 8.

36 Koch, FS Düwell (Fn. 6), S. 274, 283.

37 BAG, 14.12.2010–1 ABR 19/10 – NZA 2010, 289, 295; BAG, 28.3.2006–1 ABR 58/04 – NZA 2006, 1112, 1113; BAG, 25.11.1986–1 ABR 22/85 – AP TVG § 2 Nr. 26.

38 BAG, 14.12.2010–1 ABR 19/10 – NZA 2011, 289, 295; BAG, 25.11.1986–1 ABR 22/85 – AP TVG § 2 Nr. 26.

39 BAG, 25.11.1986–1 ABR 22/85 – AP TVG § 2 Nr. 26.

40 BAG, 14.12.2010–1 ABR 19/10 – NZA 2011, 289, 295; BAG, 25.11.1986–1 ABR 22/85 – AP TVG § 2 Nr. 26.

41 BAG, 25.11.1986–1 ABR 22/85 – AP TVG § 2 Nr. 26; insoweit zustimmend Schulin, EzA Nr. 17 zu § 2 TVG.

42 Vgl. dazu Hauck (Fn. 22), § 97 ArbGG Rn. 7.

43 BAG, 27.5.1982–6 ABR 105/79 – AP ArbGG 1979 § 80 Nr. 3; BAG, 10.11.1987–1 AZR 360/86 – AP BetrVG 1972 § 113 Nr. 15 m. Anm. Leipold; GMPM/Matthes (Fn. 18), § 83 ArbGG Rn. 44.

44 BSG, 4.10.1994–7 KlAR 1/93 – NZA 1995, 320, 336; Schlosser, Gestaltungsfragen und Gestaltungsurteile, 1966, S. 215, 223 ff.

45 Ebenso wie das BAG: HWK/Bepler (Fn. 18), § 97 ArbGG Rn. 8; Dörner, in: GK-ArbGG, Loseblatt, § 97 Rn. 22; Koch, in: ErfK, 11. Aufl., München 2011, § 97 Rn. 4; ders., FS Düwell (Fn. 6), S. 274, 283; Natter/Gross/Zimmermann (Fn. 6), § 97 ArbGG Rn. 13.

46 So Löwisch SAE 2011, 61, 64 f. unter Verweis auf Friedrich, in: Dörner/Fischermeier/Löwisch, Fachanwaltskommentar Arbeitsrecht, 4. Aufl., Köln 2011, § 97 Rn. 17; wobei er übersieht, dass die Frage zB. von HWK/Bepler (Fn. 18), § 97 ArbGG Rn. 8 und GK-ArbGG/Dörner (Fn. 45), § 97 Rn. 22 einer (abweichenden) Lösung zugeführt wird und bereits durch BAG, 25.11.1986–1 ABR 22/85 – AP TVG § 2 Nr. 26 abweichend entschieden wurde.

47 Zumal, wenn es sich um den Vorsitzenden des 4. Senats handelt, vgl. HWK/Bepler (Fn. 18), § 97 ArbGG Rn. 8.

48 GK-ArbGG/Dörner (Fn. 45), § 97 Rn. 22; HWK/Bepler (Fn. 18), § 97 ArbGG Rn. 8.

49 BAG, 14.12.2010–1 ABR 19/10 – NZA 2011, 289, 294; ebenso: Hauck (Fn. 22), § 97 ArbGG Rn. 5; GMPM/Matthes/Schlewing (Fn. 18), § 97 ArbGG Rn. 23; Natter/Gross/Zimmermann (Fn. 6), § 97 ArbGG Rn. 13.

50 BAG, 14.12.2010–1 ABR 19/10 – NZA 2011, 289, 295; BAG, 25.11.1986–1 ABR 22/85 – AP TVG § 2 Nr. 26; so auch GK-ArbGG/Dörner (Fn. 45), § 97 Rn. 22.

51 BAG, 14.12.2010–1 ABR 19/10 – NZA 2011, 289, 294 f.; so auch GK-ArbGG/Dörner (Fn. 45), § 97 Rn. 22; Leipold, AP Nr. 15 zu § 113 BetrVG 1972 Bl. 5.

schließlich besagt, dass Dritte alternative Möglichkeiten haben, die Frage klären zu lassen, soweit diese für sie rechtliche Relevanz erlangt.⁵² Aus der Kombination der letzten beiden Gesichtspunkte ergibt sich nach Auffassung des BAG eine Rechtsschutzmöglichkeit, die dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) und den sich aus diesem ergebenden Anforderungen an die Gewährung effektiven Rechtsschutzes genügt.⁵³ Diese Überlegungen des BAG bedürfen einer näheren Untersuchung. Im Einzelnen:

b) Ordnungsgemäßer Verfahrensverlauf

Ein ordnungsgemäßes Verfahren wäre jedenfalls dann, wenn man alle Arbeitgeber und Arbeitgeberverbände beteiligen würde, die mit einer Arbeitnehmervereinigung einen Tarifvertrag abgeschlossen haben, nicht zu gewährleisten.⁵⁴ So wäre unter Umständen eine unüberschaubare Anzahl von Beteiligten zu hören.⁵⁵ Schließlich könnte es auch während des Verfahrens zu einem permanenten Wechsel der anzuhörenden Personen kommen.⁵⁶ Das Verfahren nach § 97 ArbGG wäre faktisch paralysiert. Der abweichenden Ansicht von *Löwisch*, der dies für abwegig hält,⁵⁷ kann schwerlich gefolgt werden. Im Falle mancher Gewerkschaften würde selbst ein Fußballstadion nicht ausreichen, um alle nach dieser Betrachtungsweise zu beteiligenden Personen aufzunehmen. *Löwisch* verweist zur Begründung seiner Auffassung auf § 65 Abs. 3 VwGO.⁵⁸ § 65 Abs. 3 VwGO dient indes der Verfahrensökonomie.⁵⁹ Er bietet die Möglichkeit und zielt darauf ab, von vornherein die Zahl der im Verfahren zu Beteiligten zu reduzieren. Eine Beteiligung erfolgt nur auf Antrag. Die Norm muss im Übrigen im Zusammenhang mit § 67a VwGO gesehen werden. Dieser ermöglicht es dem Gericht, zu verlangen, dass ein gemeinsamer Bevollmächtigter den Vortrag für alle Beteiligten bündelt und diese insgesamt vor Gericht repräsentiert.⁶⁰ Die Wertung der Vorschriften aus der VwGO ist, dass im Interesse der ordnungsgemäßen Durchführung eines Verfahrens Beschränkungen der Gewährung rechtlichen Gehörs und die Beteiligung am Verfahren zulässig sind. Dies gilt jedenfalls dann, wenn eine mittelbare Beteiligung durch Gesamtrepräsentanten erfolgt.⁶¹ Insofern lässt sich *Löwischs* Auffassung nicht auf § 65 VwGO stützen.

c) Repräsentation im Massenverfahren

Das BAG stützt sich auf den mit den Überlegungen zum Ausgleich zwischen Beteiligungsrechten und Funktionsfähigkeit des Verfahrens eng verknüpften Gedanken, dass die

jeweiligen Spitzenverbände eine ausreichende Repräsentation der Interessen der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite sicherstellen.⁶² Spitzenorganisationen sind Zusammenschlüsse von Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern (§ 2 Abs. 2 TVG). Ihre Funktion beschränkt sich nicht nur auf den Abschluss von Tarifverträgen (§ 2 Abs. 2 bis 4 TVG). Sie liegt ebenso in der politischen Koordinierung der Mitgliedsverbände, der Schlichtung von Streitigkeiten zwischen den Mitgliedern und der gemeinsamen Vertretung der allgemeinen Interessen der Arbeitnehmer oder Arbeitgeber nach außen.⁶³ Diese Gesamtrepräsentationsfunktion⁶⁴ geht nach dem Selbstverständnis der Spitzenorganisationen über die Vertretung ihrer Mitglieder hinaus. Diese Gesamtvertretung ist auch nicht deswegen unzureichend, weil es Arbeitgeber gibt, die weder unmittelbar noch mittelbar über die Mitgliedschaft in einem Mitgliedsverband Mitglied der Spitzenorganisation sind.⁶⁵

52 BAG, 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – NZA 2011, 289, 295.

53 BAG, 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – NZA 2011, 289, 295.

54 BAG, 25.11.1986 – 1 ABR 22/85 – AP TVG § 2 Nr. 36 ; GK-ArbGG/*Dörner* (Fn. 45), § 97 Rn. 22; *Greiner*, Anm. zu BAG, 5.10.2010 – 1 ABR 88/09 – und BAG, 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – EZA Nr. 30 und 31 zu § 2 TVG; HWK/*Bepler* (Fn. 18), § 97 Rn. 8; *Schulin*, Anm. zu BAG, EZA § 2 TVG Rn. 17; so auch mit Blick auf § 9 TVG: *Zeuner*, Rechtliches Gehör, materielles Recht und Urteilswirkungen, Karlsruhe 1974, S. 29; zweifelnd Schwab/*Weth/Walker* (Fn. 31), § 97 ArbGG Rn. 18.

55 BAG, 25.11.1986 – 1 ABR 22/85 – AP TVG § 2 Nr. 26; GMPM/*Matthes/Schlewing* (Fn. 18), § 97 ArbGG Rn. 23.

56 BAG, 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – NZA 2011, 289, 295.

57 *Löwisch*, SAE 2011, 61, 65.

58 *Löwisch*, SAE 2011, 61, 65.

59 Vgl. dazu *Bier*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 65 Rn. 33 zur Entstehungsgeschichte vgl. *Kopp*, NJW 1991, 521, 524 und BVerfG, 27.3.1980 – 2 BvR 316/80 – NJW 1980, 1511.

60 Auf letzteren Gesichtspunkt weist bereits BAG, 25.11.1986 – 1 ABR 22/85 – AP 2 TVG § Nr. 26 hin.

61 BSG, 4.10.1994 – 7 KlAR 1/93 – NZA 1995, 320, 336.

62 BAG, 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – NZA 2011, 289, 295; BAG, 25.11.1986 – 1 ABR 22/85 – AP TVG § 2 Nr. 26; ähnlich BSG, 4.10.1994 – 7 KlAR 1/93 – NZA 1995, 320, 336; GK-ArbGG/*Dörner* (Fn. 45), § 97 Rn. 22; *Leipold*, AP BetrVG 1972 Bl. 5 § 113 Nr. 15; GMPM/*Matthes/Schlewing* (Fn. 18), § 97 ArbGG Rn. 23.

63 Vgl. auch *Schulin*, Anm. zu BAG, EZA § 2 TVG Rn. 17; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Band I, 1998, S. 462 ff.

64 BAG, 25.11.1986 – 1 ABR 22/85 –, AP TVG § 2 Nr. 26; ähnlich BSG, 4.10.1994 – 7 KlAR 1/93 – NZA 1995, 320, 336; *Dütz*, ArbRGeg 20 (1982), S. 33, 43.

65 BAG, 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – NZA 2011, 289, 295; BAG, 25.11.1986 – 1 ABR 22/85 – AP TVG § 2 Nr. 26.

d) Alternative Möglichkeiten der Nichtbeteiligten

Das BAG verweist des Weiteren darauf, dass die Arbeitgeber, die als Tarifvertragsparteien einen Haustarifvertrag mit der CGZP abgeschlossen haben, deswegen kein berechtigtes Interesse an der Beteiligung im Verfahren nach § 97 Abs. 1 ArbGG haben, weil ihnen die Möglichkeit offen steht, über § 9 TVG ein Verfahren nach § 97 Abs. 5 ArbGG einzuleiten. Denn im Rahmen eines solchen Rechtsstreits müsse das Arbeitsgericht das Verfahren nach § 97 Abs. 5 ArbGG aussetzen, wenn entweder die Tariffähigkeit der abschließenden Arbeitnehmervereinigung streitig ist oder wenn gegen diese Bedenken bestehen.⁶⁶ Dieser Hinweis des BAG muss vor dem Hintergrund des Prozessverhaltens von Arbeitgebern gesehen werden, die CGZP-Tarifverträge zur Anwendung brachten. Verfahren von Leiharbeitnehmern gegen Arbeitgeber, die CGZP-Tarifverträge anwendeten, verliefen in der Vergangenheit wie folgt: Der Arbeitnehmer erhob Klage unter Verweis auf die Unwirksamkeit der Tarifverträge der CGZP, das Verfahren wurde durch den Arbeitgeber so lange wie möglich verzögert und sofern ein Aussetzungsbeschluss drohte, wurde ein Vergleich angeboten oder der Anspruch des Leiharbeitnehmers anerkannt.⁶⁷ Ziel dieser Prozessführung war es zu verhindern, dass es zu einem Aussetzungsbeschluss nach § 97 Abs. 5 ArbGG kam. Denn dann wäre die Tariffähigkeit der CGZP bereits deutlich früher durch die Arbeitsgerichtsbarkeit geklärt worden. Erst nachdem ver.di und der Senat der Stadt Berlin das Beschlussverfahren nach § 97 Abs. 1 ArbGG eingeleitet hatten, war dies nicht mehr möglich. Denn das Verfahren nach § 97 Abs. 1 ArbGG wird unabhängig von einem zugrunde liegenden Rechtsstreit eingeleitet.

III. Verfassungsmäßigkeit der Rechtsprechung des BAG zu § 97 Abs. 1 und 5 ArbGG unter besonderer Berücksichtigung der Beteiligung Dritter

Mit Blick auf die Rechtsprechung des BAG zur eingeschränkten Beteiligung im Verfahren nach § 97 ArbGG sind unlängst verfassungsrechtliche Bedenken erhoben worden.⁶⁸ Dabei müssen zwei Dinge auseinandergehalten werden: Die Verfassungsmäßigkeit der inter omnes-Wirkung

der Entscheidung als solcher und – sofern diese gegeben ist – die Einschränkung der Gewährung rechtlichen Gehörs für Dritte.

Eine Vielzahl von Stimmen löst die Problematik der Drittbetroffenheit durch eine Einschränkung der inter omnes-Wirkung.⁶⁹ Dem ist im Grundsatz zuzustimmen. Die Wirkungen der Rechtskraft über die Parteien eines Rechtsstreits hinaus wird man ohne Rechtfertigung nicht anerkennen dürfen. Gleichwohl gibt es eben Fälle wie die des § 97 ArbGG, in denen eine inter omnes-Wirkung unausweichlich ist.

Dies ergibt sich im Falle des § 97 ArbGG aus den gleichen Gesichtspunkten, die auch die Bindungswirkung von § 9 TVG gegenüber Dritten legitimieren.⁷⁰ Dass beide Verfahren eine zumindest gleichwertige Rechtskraftwirkung haben, zeigt sich an den Vorschriften der § 63 ArbGG und § 97 Abs. 3 ArbGG. Diese verlangen, dass die Entscheidung alsbald der zuständigen obersten Landesbehörde und dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales in vollständiger Form abschriftlich zu übersenden oder elektronisch zu übermitteln ist. Dies ergibt nur dann einen Sinn, wenn die Entscheidung über den Kreis der Beteiligten hinaus Bindungswirkung entfaltet.⁷¹ Das Gleiche gilt für das Aussetzungserfordernis als solches.⁷² Wegen dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Rechtsklarheit⁷³ kann die Rechtsordnung es nicht hinnehmen, wenn die Entscheidung über die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung keine inter omnes-Wirkung entfaltet.⁷⁴ Dies gilt auch in Ansehung der Tatsache, dass eine Anhörung aller potentiell von den Auswirkungen einer solchen Entscheidung Betroffenen unmöglich ist. Der Einwand von *Zeuner*, dass in einer solchen Konstellation über die Einschränkung der Rechtskraft nachgedacht werden muss, ist grundsätzlich richtig.⁷⁵ Ist

⁶⁶ BAG, 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – NZA 2011, 289, 295.

⁶⁷ Vgl. hierzu *Schüren*, NZA 2007, 1213, 1214.

⁶⁸ *Löwisch*, SAE 2011, 61, 65.

⁶⁹ Vgl. dazu auch *Leipold*, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., Tübingen 2005, vor § 128 Rn. 38; *Häsemeyer*, ZZP 101 (1988), 385, 404; *Maunz/Dürig/Schmidt-Aßmann* (Fn. 4), Art. 103 GG Rn. 43.

⁷⁰ Vgl. dazu *Weth* (Fn. 2), S. 67; *Prütting*, RdA 1991, 247, 262.

⁷¹ Vgl. dazu *Dütz*, ArbRGeg 20 (1982), S. 33, 43; kritisch *Krause* (Fn. 6), S. 184.

⁷² *Dütz*, ArbRGeg 20 (1982), S. 33, 43.

⁷³ Vgl. dazu schon BAG, 14.10.1960 – 1 AZR 233/58 – NJW 1961, 573, 575; *Dütz*, ArbRGeg 20 (1982), S. 33, 42; *Krause* (Fn. 6), S. 207.

⁷⁴ *Dütz*, ArbRGeg 20 (1982), S. 33, 42 f.; *Krause* (Fn. 6), S. 326; *Nikisch*, Anm. zu BAG, AP ArbGG 1953 § 11 Nr. 25.

⁷⁵ *Zeuner*, (Fn.54), S. 41 f.

diese aber aus übergeordneten Gründen – wie im Tarifrecht⁷⁶ – ausgeschlossen und gleichzeitig keine Möglichkeit gegeben, alle Betroffenen zu beteiligen ohne das Verfahren lahm zu legen, so ist die Frage der Reichweite des betroffenen Personenkreises sehr wohl ein Argument, um das rechtliche Gehör einzuschränken.

Neben dem bereits angesprochenen drohenden Verfahrenschaos, ergibt sich die Notwendigkeit der inter omnes-Wirkung auch aus der verfassungsrechtlich sensiblen Funktion des Kriteriums der Tariffähigkeit. Ohne tariffähig zu sein kann eine Arbeitnehmervereinigung keine wirksamen Tarifverträge schließen. Könnte jeder ihrer Tarifpartner immer wieder ihre Tariffähigkeit in Frage stellen und müsste die Vereinigung immer wieder erneut ihre Tariffähigkeit feststellen lassen, so hätte dies Rückwirkungen auf ihre Akzeptanz als Tarifvertragspartner und damit auf ihre Betätigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG. Bei Verfahren, die die Tariffähigkeit oder Tarifzuständigkeit betreffen, ist es aufgrund von Art. 9 Abs. 3 GG und den strukturellen Besonderheiten des Tarifrechts geboten, der Entscheidung eine Rechtskraftwirkung gegenüber jedermann zuzusprechen.⁷⁷ Dies liegt auch im Interesse der Arbeitgeberseite. Diese muss wissen, ob sie sich auf Tarifverhandlungen mit der Gegenseite einlassen kann. Die inter omnes-Wirkung der Entscheidung über die Tariffähigkeit oder Tarifzuständigkeit dient damit der Sicherung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie und der Rechtssicherheit.⁷⁸

1. Verfassungsrechtlicher Rahmen

Die Rechtskraftwirkung gegenüber Dritten ist grundsätzlich verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.⁷⁹ Unproblematisch ist sie, wenn alle Dritten, die von der Rechtskraft betroffen werden, am Prozess beteiligt sind.⁸⁰ Werden sie im Prozess hingegen nicht beteiligt und entfaltet die Entscheidung gleichwohl in einem Folgeprozess Bindungswirkung ihnen gegenüber, so wird damit ihr Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG;⁸¹ Art. 2 Abs. 1 GG iVm. dem Rechtsstaatsprinzip »allgemeiner Justizgewährungsanspruch«⁸²) und auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) berührt. Denn sie haben, obwohl die Entscheidung auch ihnen gegenüber Rechtskraft entfaltet, keine Möglichkeit zum Sachvortrag und zu rechtlichen Ausführungen im Prozess.⁸³ Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist dies mit Blick auf das Gebot effektiven Rechtsschutzes nicht unproblematisch,⁸⁴ auch wenn dem Sach-

gründe entgegengehalten werden können⁸⁵. Dieser Gedanke verweist unmittelbar auf Art. 103 Abs. 1 GG.⁸⁶ Wurde Art. 103 Abs. 1 GG durch eine gerichtliche Entscheidung nicht verletzt, so kann die Drittbindung unter dem Gesichtspunkt der Gewährung rechtlichen Gehörs nicht beanstandet werden. Dementsprechend »führt« hier trotz des engen Zusammenhangs Art. 103 Abs. 1 GG die verfassungsrechtliche Prüfung.

Dementsprechend stellt sich verfassungsrechtlich vorrangig die Frage, ob das rechtliche Gehör in einem Verfahren in einer Weise gewährt wurde, die die inter omnes-Wirkung legitimiert.⁸⁷

2. Gewährleistungsgehalt des Art. 103 Abs. 1 GG

Art. 103 Abs. 1 GG erfordert, dass nicht nur den formell Beteiligten rechtliches Gehör zu gewähren ist. Vielmehr steht der Anspruch auf rechtliches Gehör grundsätzlich jedem zu, dem gegenüber die gerichtliche Entscheidung materiell-rechtlich wirkt und der deshalb von dem Verfahren rechtlich unmittelbar betroffen wird.⁸⁸ Voraussetzung

76 BAG, 14.10.1960 – 1 AZR 233/58 – NJW 1961, 573, 575.

77 BAG, 14.10.1960 – 1 AZR 233/58 – NJW 1961, 573, 575.

78 BAG, 14.10.1960 – 1 AZR 233/58 – NJW 1961, 573, 575.

79 Die Möglichkeit wird als selbstverständlich vorausgesetzt durch: BVerfG, 1.2.1967 – 1 BvR 630/64 – NJW 1967, 492; BVerfG, 9.2.1982 – 1 BvR 191/81 – NJW 1982, 1635, 1636.

80 BVerfG, 8.2.1994 – 1 BvR 765, 766/89 – NJW 1994, 1053; *Jauernig*, ZZZ 101 (1988), 361, 363; *Musielak/Weth* (Fn.1), vor § 64 ZPO Rn. 5.

81 BVerfG, 27.3.1980 – 2 BvR 316/80 – NJW 1980, 1511.

82 BVerfG, 30.4.2003 – 1 PBvU 1/02 – NJW 2003, 1924.

83 BVerfG, 9.7.1980 – 2 BvR 701/80 – BVerfGE 55, 1, 5 f.; BVerfG, 9.2.1982 – 1 BvR 191/81 – NJW 1982, 1635, 1636.

84 BVerfG, 19.6.1979 – 1 BvR 335/78, NJW 1980, 169 (170); *Grunsky*, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl., Bielefeld 1974, S. 226 f.; *Stein/Jonas/Leipold* (Fn. 69), vor § 128 ZPO Rn. 37 ff.

85 Vgl. zu dieser verfassungsrechtlichen Konfliktlage BVerfG, 30.4.2003 – 1 PBvU 1/02 – NJW 2003, 1924, 1926; BSG, 4.10.1994 – 7 KIAR 1/93 – NZA 1995, 320, 336.

86 Das wird auch in der Rspr. des BVerfG deutlich: BVerfG, 29.11.1989 – 1 BvR 1011/88 – BVerfGE 81, 123, 129; BVerfG, 8.6.1993 – 1 BvR 878/90 – BVerfGE 89, 28, 35; BVerfG, 27.10.1999 – 1 BvR 385/90 – BVerfGE 101, 106, 129; BVerfG, 23.10.2007 – 1 BvR 782/07 – NZA 2008, 1201, 1202; die Verknüpfungen und Überschneidungen der verschiedenen grundrechtlichen Gewährleistungen sind unübersehbar, *Degenhart*, in: Sachs, GG, 6. Aufl., München 2011, Art. 103 Rn. 3 f.; *Jauernig*, ZZZ 101 (1988), 361, 362; *Stein/Jonas/Leipold* (Fn. 69), vor § 128 ZPO Rn. 16; *Wolf*, JZ 1971, 405, 406.

87 Die inter omnes-Wirkung allein reicht nicht aus, um einen solchen Anspruch zu begründen, *Lüke*, (Fn. 2), S. 152; *Zeuner* (Fn.54), S. 31.

88 BVerfG, 8.2.1994 – 1 BvR 765, 766/89 – NJW 1994, 1053; BVerfG, 14.4.1988 – 1 BvR 544/86 – NJW 1988, 1963; BVerfG, 14.4.1987 – 1 BvR 332/86 – NJW 1988, 125; BVerfG, 9.2.1982 – 1 BvR 191/81 – NJW 1982, 1635; *Lüke* (Fn. 2), S. 124 ff; *Weth* (Fn. 2), S. 50; *Zeuner* (Fn.54), S. 9.

ist eine hinreichende Beziehung zum Verfahren.⁸⁹ Dies kommt auch in den vom BVerfG aufgestellten Erfordernissen der *Unmittelbarkeit* und des *eigenen Rechts* zum Ausdruck.

a) Eigenes Recht

Wann ein *eigenes Recht* betroffen ist, ist vom BVerfG bisher nicht vollständig geklärt. Anerkannt ist dies dann, wenn mit Bindungswirkung gegenüber einem Dritten in einem Folgeprozess über ein Recht entschieden wird.⁹⁰ Dennoch kann nicht jeder rechtliche Reflex ausreichen, um die Betroffenheit in einem eigenen Recht auszulösen.⁹¹

Das problematische an der Tariffähigkeit ist, dass sie zwar kein eigenes Recht eines Arbeitgebers mit Haustarifverträgen mit einer Gewerkschaft betrifft, aber als Wirksamkeitsvoraussetzung dieser Tarifverträge Auswirkungen in seinem Interessenkreis hat. Deswegen stellt sich die Frage, ob auch solche Konstellationen vom Schutzbereich des Art. 103 Abs. 1 GG erfasst sind.

Eher restriktive Stimmen im Schrifttum stellen darauf ab, ob die materiell-rechtliche Position des Dritten so selbstständig ist, dass er ein Beteiligungsrecht am Prozess verlangen kann⁹² oder, ob seine Rechtsposition nicht mehr als eigenständig angesehen werden kann, weil sie sich in einem Abhängigkeitsverhältnis von den Prozessparteien befindet.⁹³

Diese Sichtweise wird teilweise kritisiert. Sie sei zu streng.⁹⁴ Vielmehr soll grundsätzlich auch dann, wenn solche materiell-rechtlichen Abhängigkeiten gegeben sind, ein Beteiligungsrecht bestehen können.⁹⁵ Lediglich die Intensität der Beeinträchtigung der Rechtsposition des Dritten soll eingeschränkt sein. Dies führe im Regelfall dazu, dass der Dritte gegenüber den Parteien des Rechtsstreits kein eigenständiges prozessuales Mitwirkungsrecht habe. Dies wird insbesondere dann anerkannt, wenn die Hauptparteien des Prozesses davor geschützt werden müssen, dass ihr Prozess durch eine Drittbeteiligung überfrachtet wird.⁹⁶ Diese Auffassung kommt daher im Regelfall nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen. Ihre weite Fassung des Schutzbereichs korrigiert sie durch zahlreiche Einschränkungen, insbesondere eine Ausweitung der Rechtfertigungsgründe.⁹⁷

Auch hier zeigt sich, dass eine weite Fassung grundrechtlicher Schutzbereiche nicht zwingend für mehr Grundrechtsschutz sorgt, sondern auch dazu führen kann, dass aufgrund einer korrespondierenden Ausweitung der ver-

fassungsrechtlichen Rechtfertigungsgründe Schutz suggeriert wird, der im Ergebnis nicht durchgreift.⁹⁸ Der Charme solcher Lösungen liegt darin, dass sie eine höhere Flexibilität im Einzelfall aufweisen, allerdings um den Preis einer geringeren Rechtssicherheit.

b) Unmittelbarkeit

Jenseits der Frage, ob eine eigene Rechtsposition betroffen sein muss, verlangt das BVerfG auch eine unmittelbare Betroffenheit dieser Position. Auch hinsichtlich der Unmittelbarkeit lassen sich der Rechtsprechung des BVerfG allenfalls typische Fälle entnehmen, in denen sie vorliegt. Eine allgemeingültige Definition fehlt.⁹⁹ Im Schrifttum wird eine Nähebeziehung zwischen der betroffenen Rechtsposition und den Wirkungen des gerichtlichen Urteils verlangt.¹⁰⁰ Damit ist freilich wenig gewonnen, da theoretisch bei jedem rechtlichen Reflex bereits eine hinreichende Nähe angenommen werden könnte.¹⁰¹ Das Kriterium der Unmittelbarkeit scheint auch eher für verwaltungsrechtliche Streitigkeiten von Relevanz zu sein.¹⁰² Bei Entscheidungen mit Rechtskraftwirkung inter omnes dürfte die Unmittelbarkeit nicht ohne weiteres abzulehnen sein.¹⁰³ Gleichwohl ergibt

89 Sachs/Degenhart (Fn. 86), Art. 103 GG Rn. 9; Maunz/Dürig/Schmidt-Aßmann (Fn. 4), GG, Art. 103 Abs. 1 Rn. 15, 33 ff.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., München 2010, § 82 Rn. 5.

90 Calavros, Urteilswirkungen zu Lasten Dritter, Bielefeld 1978 (zugl. Würzburg, Univ., Diss. 1978), S. 34; Weth (Fn. 2), S. 59; Musielak/Weth (Fn. 1), vor § 64 Rn. 5; Zeuner (Fn. 54), S. 25.

91 Stein/Jonas/Leipold (Fn. 69), vor § 128 ZPO Rn. 38 ff.; Schmahl, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, GG, 11. Aufl., Köln 2008, Art. 103 Rn. 5; Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Art. 103 GG Rn. 39; Zeuner (Fn. 54), S. 56 f.

92 Häsemeyer, ZZZ 101 (1988), 385, 388, 402, 409; Stein/Jonas/Leipold (Fn. 69), vor § 128 ZPO Rn. 39 f.

93 Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn. 89), § 82 Rn. 5; Schlosser (Fn. 44), S. 181; Musielak/Weth (Fn. 1), vor § 64 Rn. 5; Zeuner (Fn. 54), S. 28.

94 Schleusener, JZ 1967, 431, 432.

95 Schleusener, JZ 1967, 431, 432.

96 BSG, 4.10.1995–7 KlAR 1/93 – NZA 1995, 320, 336; ähnlich, Schlosser (Fn. 44), S. 215; ders., JZ 1967, 431, 432 f.; Maunz/Dürig/Schmidt-Aßmann (Fn. 4), Art. 103 GG Rn. 17; krit. Lüke (Fn. 2), S. 232.

97 Calavros (Fn. 90), S. 42, Schleusener, JZ 1967, 431, 432 f.; ähnlich Wolf, JZ 1971, 405 ff.

98 Vgl. dazu Rusteberg, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, Tübingen 2009 (zugl. Freiburg (Breisgau) Univ., Diss. 2008), passim.

99 Das Merkmal ist bislang nicht klar konturiert worden, vgl. dazu Lüke (Fn. 2), S. 149; Weth (Fn. 2), S. 56.

100 Maunz/Dürig/Schmidt-Aßmann (Fn. 4), Art. 103 GG Rn. 41.

101 BSG, 4.10.1995–7 KlAR 1/93 – NZA 1995, 320, 337; hiergegen Weth (Fn. 2), S. 54.

102 Krause (Fn. 6), S. 245.

103 AA. Häsemeyer, ZZZ 101 (1988), 385, 388, 411.

sich ein Unterschied mit Blick auf die Intensität der Betroffenheit.¹⁰⁴

c) Der Umfang des rechtlichen Gehörs

Sind die Voraussetzungen des eigenen Rechts und der Unmittelbarkeit erfüllt, muss ungeachtet möglicher Ausnahmen im Grundsatz eine verfahrensmäßige Beteiligung der Dritten erfolgen, indem sie sowohl zum Sachverhalt¹⁰⁵ als auch zu den Rechtsfragen vortragen können.¹⁰⁶ Art. 103 Abs. 1 GG dient damit neben dem Schutz des Bürgers auch dem übergeordneten Interesse der Richtigkeitsgewähr richterlicher Entscheidungen.¹⁰⁷ Die Gewährung rechtlichen Gehörs entfaltet ihre Schutzfunktion insbesondere dort, wo aufgrund fehlerhafter oder unvollständiger Tatsachengrundlage Fehlentscheidungen zu befürchten sind.

Soweit das BVerfG diesen Zweck des rechtlichen Gehörs um die Wahrung der Subjektstellung der Beteiligten im gerichtlichen Verfahren erweitert hat,¹⁰⁸ geht es hierbei in erster Linie darum, das Vertrauen der Verfahrensbeteiligten in die Arbeit der Justiz zu schützen. Bislang ist die Stoßrichtung dieser Rechtsprechung aber lediglich, die Gerichte zu verpflichten, den Beteiligten innerhalb des laufenden Verfahrens die Möglichkeit zu geben, auf den Vortrag der Gegenseite zu replizieren¹⁰⁹ und auf die innerprozessuale Seite bezogen.¹¹⁰ Gleichwohl muss diese Rechtsprechungslinie im Auge behalten werden, gerade wenn in Massenverfahren mit dem Argument operiert wird, eine Beteiligung Dritter sei nicht erforderlich, weil diese ohnehin keinen relevanten Vortrag beibringen könnten.¹¹¹ Soll so argumentiert werden, wird zumindest erhöhter Begründungsaufwand zu leisten sein.

d) Das Beruhensfordernis

Für eine Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG reicht es nicht aus, dass eine Gehörsverletzung vorliegt. Vielmehr muss die gerichtliche Entscheidung auf dieser beruhen.¹¹² Dies ist der Fall, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Anhörung des Beteiligten zu einer anderen, ihm günstigeren Entscheidung geführt hätte.¹¹³ Damit muss zunächst geklärt werden, was der Dritte an eigenem tatsächlichen und rechtlichen Vorbringen zum Prozess hätte beitragen können.¹¹⁴ Wenn sämtlicher von ihm vorzubringender Vortrag bereits von anderer Seite dem Gericht vorgetragen ist, wird man eine Gehörsverletzung mangels Beruhens der Entscheidung auf der Verletzung rechtlichen Gehörs verneinen müssen. Das Gericht hat den Vortrag dann unge-

achtet seiner Herkunft zu würdigen und zu berücksichtigen.

e) Zulässige Einschränkungen des rechtlichen Gehörs

Hinsichtlich der Rechtfertigung einer Einschränkung des rechtlichen Gehörs und des effektiven Rechtsschutzes ist die Rechtsprechung des BVerfG wenig ausdifferenziert. Art. 103 Abs. 1 GG enthält keinen ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt.

(1) Der Prüfungsmaßstab des BVerfG

Das BVerfG gestattet dem Gesetzgeber die Einschränkung von Äußerungsmöglichkeiten, »wenn dies durch sachliche Gründe hinreichend gerechtfertigt wird.«¹¹⁵ Er muss dabei die verschiedenen widerstreitenden Interessen abwägen.¹¹⁶ Welche Interessen und Sachgründe hier anzuerkennen sind, wird kaum konkretisiert. Hintergrund dürfte sein, dass das BVerfG die als Rechtfertigungsgründe tauglichen Gesichts-

104 Vgl. hierzu BSG, 4.10.1995–7 KlAR 1/93 – NZA 1995, 320, 336.

105 BVerfG, 30.4.2003–1 PBvU 1/02 – NJW 2003, 1924; BVerfG, 8.2.1994–1 BvR 765, 766/89 – NJW 1994, 1053, 1054; BVerfG, 30.1.1985–1 BvR 876/84 – NJW 1985, 1150; BVerfG, 18.4.1984–1 BvR 869/83 – NJW 1984, 2203.

106 BVerfG, 6.6.2011, – 2 BvR 960/11 – nv.; BVerfG, 30.4.2003–1 PBvU 1/02 – NJW 2003, 1924; BVerfG, 9.7.1980–2 BvR 701/80 – BVerfGE 55, 1, 5 f.; Stein/Jonas/Leipold (Fn. 69), vor § 128 ZPO Rn. 59; insoweit aA. BSG, 27.2.1991–5 RJ 30/89 – NJW 1991, 1910 unter Verweis auf BVerfG, 24.3.1976–2 BvR 804/75 – NJW 1976, 1391.

107 BVerfG, 12.1.2011, – 1 BvR 2538/10 – nv.; BVerfG, 30.4.2003–1 PBvU 1/02 – NJW 2003, 1924; BVerfG, 8.1.1959–1 BvR 396/55 – BVerfGE 9, 89 (95); vgl. dazu Lüke (Fn. 2), S. 180 f.

108 BVerfG, 15.11.2010–2 BvR 1183/09 – Rz. 18; BVerfG, 30.4.2003–1 PBvU 1/02 – NJW 2003, 1924, 1926; BVerfG, 29.5.1991–1 BvR 1383/90 – NJW 1991, 2823 f.

109 BVerfG, 6.6.2011–2 BvR 960/11 – Rz. 5, nv.; BVerfG, 15.11.2010–2 BvR 1183/09 – Rz. 22, nv.; BVerfG, 11.5.1965–2 BvR 242/63 – BVerfGE 19, 32, 36; BVerfG, 21.3.2006–2 BvR 1104/05 – NJW 2006, 2248; vgl. dazu auch Lüke (Fn. 2), S. 123.

110 EGMR, Urteil vom 21.2.2002, Ziegler v. Switzerland, Appl. no. 33499/96, Rn. 38; Urteil vom 19.5.2005, Steck-Risch et al. v. Liechtenstein, Appl. no. 63151/00, Rn. 57; Besonders deutlich wird dies in BVerfG, 15.11.2010–2 BvR 1183/09 – Rz. 18 und BVerfG, 30.4.2003–1 PBvU 1/02 – NJW 2003, 1924, 1926; Vgl. auch Sachs/Degenhart (Fn. 86), Art. 103 GG Rn. 6 f.; Stein/Jonas/Leipold (Fn. 69), vor § 128 ZPO Rn.15.

111 Kritisch zum Argument insgesamt: Zeuner (Fn.54), S. 16 f.; vgl. dazu unten III. 3. b) bb).

112 BVerfG, 6.6.2011–2 BvR 960/11 – Rz. 5; BVerfG, 29.11.1989–1 BvR 1011/88 – NJW 1990, 1105.

113 BVerfG, 14.12.1982–2 BvR 434/82 – BVerfGE 62, 392, 396; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 12. Aufl., München 2012, Art. 103 Rn. 12.

114 Jauernig, ZZZ 101 (1988), 361, 364.

115 BVerfG, 27.10.1999–1 BvR 385/90 – BVerfGE 101, 106, 129; BVerfG, 29.11.1989–1 BvR 1011/88 – NJW 1990, 1104, 1105; so auch Becker, ZZZ 117 (2004), 59, 79; Jauernig, ZZZ 101 (1988), 361, 377; Stein/Jonas/Leipold (Fn. 69), vor § 128 ZPO Rn. 17.

116 BVerfG, 27.10.1999–1 BvR 385/90 – BVerfGE 101, 106, 129; Zierlein, in: Umbach/Clemens, GG, Heidelberg 2002, Art. 103 Rn. 33.

punkte, wie etwas das Rechtsstaatsprinzip oder die Funktionsfähigkeit des gerichtlichen Verfahrens¹¹⁷, bereits mitberücksichtigt, um den Schutzbereich zu bestimmen und zu begrenzen.¹¹⁸ Auch ein Teil des Schrifttums verweist darauf, dass sich jedenfalls bei der Frage des »Ob« einer Beteiligung am Verfahren eher das Problem der »begriffsimmanenten Schutzbereichseingrenzung« stellt.¹¹⁹ Das Rechtsstaatsprinzip und die Gewährleistung von Rechtssicherheit können ungeachtet dieser Frage jedenfalls auch zur Eingriffsrechtfertigung herangezogen werden.¹²⁰ Ebenso anerkannt ist, dass, sofern die Gewährung rechtlichen Gehörs sich nachteilig auf die Effektivität des Rechtsschutzes auswirkt, hierin ein Sachgrund für die Beschränkung der Gewährung rechtlichen Gehörs liegen kann.¹²¹ Neben diesen Gesichtspunkten ist eine Rechtfertigung unter dem Gesichtspunkt sonstigen kollidierenden Verfassungsrechts möglich.¹²²

Nicht jede Einschränkung rechtlichen Gehörs ist dabei gleichermaßen rechtfertigungsbedürftig. Die Anforderungen an die Gehörgewährung richten sich stets nach der Intensität der Beschränkung.¹²³ Der Gesetzgeber hat ebenso wie die Gerichte einen Gestaltungsspielraum bei der Entscheidung in welcher Weise und in welchem Umfang rechtliches Gehör gewährt wird.¹²⁴ Der Gesetzgeber und die Gerichte müssen sich aber auf sachliche Gründe¹²⁵ stützen und den widerstreitenden verfassungsrechtlichen Interessen Rechnung tragen, wenn sie Vorgaben für die Gewährung rechtlichen Gehörs machen.¹²⁶

(2) Die Funktionsfähigkeit des gerichtlichen Verfahrens

Dass eine Vielzahl von Beteiligten geeignet ist, die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege zu beeinträchtigen, ist nicht von der Hand zu weisen.¹²⁷ Es wird allerdings kritisch angemerkt, alleine die Tatsache, dass eine unübersehbare Vielzahl von Personen zu beteiligen sei, sei kein Kriterium.¹²⁸ Das wird man so pauschal nicht sagen können. Richtig an der Kritik ist aber, dass sorgfältig überprüft werden muss, ob eine Breitenwirkung, die zu einem weiten Kreis potentiell Betroffener führt, tatsächlich notwendig ist.¹²⁹ Ist dies der Fall und kann angesichts der Interessen der Parteien eines Verfahrens nicht auf die Bindung Dritter an die Entscheidung verzichtet werden, so bleibt kein anderer Weg, als die Zahl der Beteiligten zu beschränken.¹³⁰ Soweit die Beteiligung lediglich mit der Zielsetzung der Verfahrenverschleppung begehrt wird, ist dies ohnehin selbstverständlich.¹³¹

Soweit man zu einer Beschränkung oder einem Ausschluss der Gewährung rechtlichen Gehörs kommt, ist aber zu verlangen, dass für diesen Ausschluss – soweit möglich – kompensatorisch wirkende Elemente in die Verfahrensordnung implementiert werden, die diesen Ausschluss ausgleichen. Überhaupt scheint der entscheidende Gesichtspunkt für die Frage, ob eine Verletzung rechtlichen Gehörs in Fällen der Drittbetroffenheit vorliegt, das Vorhandensein und die Eignung von solchen Kompensationsmechanismen zu sein.¹³²

f) Schlussfolgerungen

Soll aus diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben ein transparentes und einheitliches Prüfprogramm für die verfas-

117 Krause (Fn. 6), S. 250; Stein/Jonas/Leipold (Fn. 69), vor § 128 ZPO Rn. 17; in: Maunz/Dürig/Schmidt-Aßmann (Fn. 4), Art. 103 GG Rn. 41; Wolf, JZ 1971, 405, 407.

118 Vgl. hierzu allgemein, Rusteberg, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt (Fn. 98).

119 Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopauf/Schmahl (Fn. 91), Art. 103 GG Rn. 16; ähnlich Nottebom, Rechtskrafterstreckung präjudizieller Entscheidungen im arbeitsgerichtlichen Verfahren, Frankfurt a.M. 2001 (zugl. Bochum, Univ., Diss. 2000), S. 232 ff.

120 BSG, 4.10.1994–7 Kiar 1/93 – NZA 1995, 320, 336; Nottebom (Fn. 119), S. 234 f.; Weth (Fn. 2), S. 66.

121 BVerfG, 27.10.1999–1 BvR 385/90 – BVerfGE 101, 106, 129. Allerdings anhand der unterschiedlichen Wirkung der Offenbarung geheimzuhaltender Tatsachen nur gegenüber dem Gericht im Strafverfahren und im verwaltungsgerichtlichen Verfahren; BSG, 4.10.1994–7 Kiar 1/93 – NZA 1995, 320, 336; noch offen gelassen von BVerfG, 9.2.1982–1 BvR 191/81 – NJW 1982, 1635, 1636; BAG, 14.12.2010–1 ABR 19/10 – NZA 2011, 289, 295; ähnlich Grunsky (Fn. 84), S. 231; Stein/Jonas/Leipold (Fn. 69), vor § 128 ZPO Rn. 38; Weth (Fn. 2), S. 67; Wolf, JZ 1971, 405, 407 f.; Maunz/Dürig/Schmidt-Aßmann (Fn. 4), Art. 103 GG Rn. 17.

122 Krause (Fn. 6), S. 250; Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopauf/Schmahl (Fn. 91), Art. 103 GG Rn. 16.

123 BVerfG, 25.2.2004–2 BvR 1621/03 – NJW 2004, 1519.

124 BVerfG, 29.1.2004–2 BvR 2321/03 – NJW-RR 2004, 934; BVerfG, 29.11.1989–1 BvR 1011/88 – NJW 1990, 1104, 1105; Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopauf/Schmahl (Fn. 91), Art. 103 GG Rn. 16; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, 2. Aufl., Tübingen 2008, 103 Rn. 27 ff.; Zeuner (Fn. 54), S. 37 ff.

125 BVerfG, 27.10.1999–1 BvR 385/90 – BVerfGE 101, 106, 129; BVerfG, 29.11.1989–1 BvR 1011/88 – BVerfGE 81, 123, 129.

126 BVerfG, 27.10.1999–1 BvR 385/90 – BVerfGE 101, 106, 129; Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopauf/Schmahl (Fn. 91), Art. 103 GG Rn. 16; Zeuner (Fn. 54), S. 37 ff.

127 Nottebom (Fn. 119), S. 232; Maunz/Dürig/Schmidt-Aßmann (Fn. 4), Art. 103 GG Rn. 17; Schlosser, JZ 1967, 431, 433; Wolf, JZ 1971, 405, 407.

128 Weth (Fn. 2), S. 66.

129 Krause (Fn. 6), S. 251; Zeuner (Fn. 54), S. 42 Fn. 66.

130 BSG, 4.10.1994–7 Kiar 1/93 – NZA 1995, 320, 336; Calavros (Fn. 90), S. 43, 143 ff.; Krause (Fn. 6), S. 250; kritisch aber iE. wohl ebenso Weth (Fn. 2), S. 66 f., am Beispiel des § 9 TVG

131 Maunz/Dürig/Schmidt-Aßmann (Fn. 4), Art. 103 GG Rn. 17.

132 In diese Richtung auch Maunz/Dürig/Schmidt-Aßmann (Fn. 4), Art. 103 GG Rn. 19.

sungsrechtliche Zulässigkeit von Entscheidungen mit Rechtskraftwirkung gegenüber jedermann entfaltet werden, so muss zunächst der Tatsache Rechnung getragen werden, dass sich verschiedene Gesichtspunkte im verfassungsmäßigen Prüfprogramm wechselseitig beeinflussen. Wer den Kreis der Personen, denen rechtliches Gehör zu gewähren ist, weit auslegt, indem er die Kriterien der Betroffenheit in einem eigenen Recht und der Unmittelbarkeit großzügig betrachtet, erfasst auch Konstellationen, in denen die Intensität der Drittbetroffenheit gering sein kann. Dies führt dann zwar dazu, dass überhaupt ein Rechtfertigungsbedarf für die Rechtskraftwirkung gegenüber diesen Personen entsteht, führt aber gleichzeitig dazu, dass die Intensität der Beeinträchtigung geringer ist. Dies wirkt sich dann dynamisch auf das notwendige Ausmaß der Gegengründe aus.

Zur Beurteilung der Intensität der Beeinträchtigung ist zunächst zu ermitteln, wie groß der Kreis der potentiell von der Entscheidung betroffenen Personen ist. Sodann ist zu fragen, ob diese Personen entweder unmittelbar oder mittelbar am Verfahren beteiligt wurden. Eine mittelbare Beteiligung kann etwa darin liegen, dass die Interessen der nicht am Verfahren Beteiligten durch einen Repräsentanten im Verfahren gewahrt werden.¹³³ Dies kommt insbesondere dann in Betracht, wenn Interessenverbände für die Einzelpersonen tätig sind.¹³⁴ Die Verfahrensordnung muss also auf kompensatorisch wirkende Elemente durchforstet werden, die verhindern, dass wesentlicher tatsächlicher oder rechtlicher Vortrag im Verfahren unberücksichtigt bleibt.¹³⁵

Die Intensität der Beeinträchtigung hängt daneben davon ab, wie sich die Rechtskrafterstreckung auf die Rechte des Dritten auswirkt.¹³⁶ Dabei ist danach zu fragen, wie stark die Abhängigkeit der Rechtsposition des Dritten von der Disposition der Parteien des Rechtsstreits ist.¹³⁷ Bei einer unmittelbaren rechtlichen Betroffenheit ist die Beeinträchtigung intensiver als bei einer lediglich reflexhaften rechtlichen Berührung. Die Erkenntnis von Krause, dass es eben auch Fälle einer eingeschränkten Betroffenheit des Dritten gibt, ist hier von ganz wesentlicher Bedeutung.¹³⁸ Mit Blick auf die Sicherungsfunktion, die das rechtliche Gehör für die Tatsachengrundlage einer gerichtlichen Entscheidung hat, wird eine Beteiligung der Dritten umso drängender, wie ansonsten eine Unvollständigkeit der Tatsachengrundlage einer gerichtlichen Entscheidung zu besorgen ist.¹³⁹

Für die Rechtfertigung ist erforderlich, dass überhaupt ein oder mehrere Sachgründe für die inter omnes-Wirkung

der gerichtlichen Entscheidung gegeben sind. Ergibt sich die Eingriffsintensität in besonderem Maße daraus, dass eine Vielzahl von Personen ausgeschlossen wird, so müssen die Sachgründe für die gleichwohl eintretende inter omnes-Wirkung auch diesen Ausschluss decken.¹⁴⁰ Der Ausschluss ist umso legitimer, je stärker er kompensiert wird, zB. durch alternative Formen der Repräsentation ihrer Interessen im Verfahren¹⁴¹, und umso stärker eine Beteiligung aller potentiell Betroffenen das Verfahren paralysieren würde.¹⁴²

Ergibt sich die Beeinträchtigungsintensität aus mehreren Parametern, muss jeder für sich genommen mit einem sachlich begründeten¹⁴³ Gegengrund versehen werden. Dieser kann allerdings auch in kollidierenden Grundrechten Dritter liegen.¹⁴⁴ Zu beachten sind hier auch das Rechtsstaatsprinzip und der Grundsatz effektiven, insbesondere zügigen Rechtsschutzes.¹⁴⁵ Denn auch die Antragsteller haben ein berechtigtes Interesse daran, dass ihr Verfahren nicht durch eine unübersehbare Vielzahl von Beteiligten zum Erliegen kommt.¹⁴⁶

Im Ergebnis muss der Gesetzgeber, ebenso wie die Rechtsprechung, diese Parameter in seine Überlegungen einbeziehen, wenn er Vorgaben für die Gewährung des rechtlichen Gehörs entwickelt. Dabei kommt ihm – eben-

133 BSG, 4.10.1995–7 KfAR 1/93 – NZA 1995, 320, 336; Calavros (Fn. 90), S. 43, 143 ff.; Krause (Fn. 6), S. 247, 252; Leibold, Anm. zu BAG, AP BetrVG § 113 Nr. 15, S. 7; zurückhaltender Stein/Jonas/Leibold (Fn. 69), § 325 ZPO Rn. 52 ff.; Nottebom (Fn. 119), S. 235 ff.; vgl. dazu ausführlich Lüke (Fn. 2), S. 184 ff.

134 BSG, 4.10.1995–7 KfAR 1/93 – NZA 1995, 320, 336; Dütz, ArbRGeg 20 (1982), S. 33, 43.

135 Krause (Fn. 6), S. 208.

136 BSG, 4.10.1995–7 KfAR 1/93 – NZA 1995, 320, 336; Jauernig, ZZZ 101, 361, 375 f.

137 Jauernig, ZZZ 101 (1988), 361, 375; Zeuner (Fn. 54), S. 28 f.

138 Krause (Fn. 6), S. 248 f.

139 BVerfG, 27.10.1999–1 BvR 385/90 – BVerfGE 101, 106, 129; BVerfG, 8.6.1993–1 BvR 878/90 – BVerfGE 89, 28, 35.

140 Schlosser, JZ 1967, 431, 432 f.

141 BSG, 4.10.1995–7 KfAR 1/93 – NZA 1995, 320, 336; BAG, 25.11.1986–1 ABR 22/85 – AP TVG § 2 Nr. 36; Calavros (Fn. 90), S. 43, 143–146; Dütz, ArbRGeg 20 (1982), S. 33, 42; Schlosser (Fn. 44), S. 215 f.

142 BSG, 4.10.1994–7 KfAR 1/93 – NZA 1995, 320, 336; BAG, 25.11.1986–1 ABR 22/85 – AP TVG § 2 Nr. 36; Krause (Fn. 6), S. 250; Stein/Jonas/Leibold (Fn. 69), vor § 128 ZPO Rn. 38; Nottebom (Fn. 119), S. 232 f.; Zeuner (Fn. 54), S. 29.

143 BVerfG, 29.11.1989–1 BvR 1011/88 – BVerfGE 81, 123, 129.

144 BSG, 4.10.1995–7 KfAR 1/93 – NZA 1995, 320, 336.

145 Krause (Fn. 6), S. 250; Stein/Jonas/Leibold (Fn. 69), vor § 128 ZPO Rn. 17; Weth (Fn. 2), S. 67.

146 BSG, 4.10.1994–7 KfAR 1/93 – NZA 1995, 320, 336; Krause (Fn. 6), S. 250 f.; Schlosser, JZ 1967, 431, 432.

so wie den Gerichten – allerdings ein Einschätzungsspielraum zu.¹⁴⁷

3. Verfassungsmäßigkeit der Beschränkung der Beteiligten im Verfahren nach § 97 Abs. 1 und 5 ArbGG, insb. der CGZP-Beschluss

a) Eröffnung des Schutzbereichs

Es stellt sich also zunächst die Frage, ob der Schutzbereich des Art. 103 Abs. 1 GG eröffnet ist, weil die von der Rechtsprechung des BVerfG vorausgesetzte unmittelbare Betroffenheit in eigenen Rechten vorliegt.¹⁴⁸ Die Auswirkungen einer Entscheidung über die Tariffähigkeit müssten dann geeignet sein, eine unmittelbare rechtliche Betroffenheit von Personen zu begründen, die mit den durch die Vereinigung geschlossenen Tarifverträgen in Berührung kommen.

(1) »Eigenes Recht«?

Dementsprechend stellt sich die Frage, ob im Verfahren nach §§ 97 Abs. 1 und Abs. 5 ArbGG überhaupt ein »eigenes Recht« eines Dritten betroffen ist. Die Tariffähigkeit ist zunächst einmal eine Eigenschaft eines Verbandes. Sie entscheidet darüber, ob eine Arbeitnehmervereinigung Tarifverträge mit unmittelbarer und zwingender Wirkung für die Arbeitsverhältnisse der beiderseits tarifgebundenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber (§§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG) abschließen kann.¹⁴⁹ In erster Linie geht es hier also um eine Rechtsfrage, die sich auf den Verband selbst bezieht.

Ein »eigenes« Recht an der Tariffähigkeit haben die Mitglieder des Verbandes nicht. Denn geht man richtigerweise davon aus, dass es sich bei den Koalitionen um eigenständige Grundrechtsträger handelt¹⁵⁰, so ist deren eigene Rechtsposition betroffen, wenn um ihre Tariffähigkeit gestritten wird. Dementsprechend wird auch für § 9 TVG anerkannt, dass hier die vom Tarifvertrag erfassten Arbeitnehmer keinen Anspruch auf die Gewährung rechtlichen Gehörs haben, weil die für den Tarifvertrag zuständigen Personen die Tarifvertragsparteien sind.¹⁵¹ Eine verfassungsrechtliche Prozessstandschaft der Mitglieder für ihren Verband gibt es nicht.

Die Tariffähigkeit hängt von Faktoren ab, auf die die Mitglieder oder Außenstehende keinen Einfluss haben. Erweitert eine Gewerkschaft ihren satzungsmäßigen Zuständigkeitsbereich zu stark, kann dies zum Verlust der sozialen Mächtigkeit und damit auch der Tariffähigkeit

führen. Soweit im Arbeitsverhältnis der Tarifvertrag unmittelbar und zwingend gilt (§§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG) oder arbeitsvertraglich in Bezug genommen wurde, ist die Tariffähigkeit des Verbandes lediglich mittelbar von Bedeutung.¹⁵² Sie ist Wirksamkeitsvoraussetzung des Tarifvertrags. Sie ist aber nicht Inhalt oder Gegenstand des Rechtsverhältnisses zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.¹⁵³ Es liegt also jedenfalls kein Fall der unmittelbaren Beeinflussung einer individuellen Rechtsposition der Parteien vor.¹⁵⁴ Gleichwohl gibt es einen nicht zu bestreitenden rechtlichen Reflex im Arbeitsverhältnis der Parteien.

Die am Verfahren nach § 97 Abs. 1 und Abs. 5 ArbGG nicht beteiligten Arbeitgeber und den Arbeitnehmer verbindet ein Rechtsverhältnis, das sie autonom begründet und mit Inhalt gefüllt haben. Ein Tarifvertrag kann hier zur Anwendung kommen, wenn beide Arbeitsvertragsparteien tarifgebunden sind (§§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG) oder der Tarifvertrag aufgrund sonstiger staatlicher Vorschriften zur Anwendung gebracht wird (zB. durch Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG) oder aber, weil die Arbeitsvertragsparteien die Anwendung des Tarifvertrags im Arbeitsverhältnis kraft privatautonomer Abrede vereinbart haben. Entfällt der Tarifvertrag mangels Tariffähigkeit der Gewerkschaft, so bleibt der Arbeitsvertrag unberührt. Soweit die Parteien für Regelungen des Tarifvertrags keine Regelungen im Arbeitsvertrag vorgesehen haben, müssen diese Lücken nunmehr geschlossen werden. Dies macht deutlich, dass ein großer Teil der Rechtsreflexe, die die Entscheidung über die Tariffähigkeit erzeugt, auf privatautonomer Entscheidung der Parteien des Arbeitsverhältnisses beruhen. Dem Risiko einer Entscheidung über die Tariffähigkeit haben sich die Parteien damit selbst ausgesetzt.

147 BVerfG, 29.11.1989 – 1 BvR 1011/88 – BVerfGE, 81, 123, 129; Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopauf/Schmahl (Fn. 91), Art. 103 GG Rn. 16; Dreier/Schulze-Fielitz (Fn. 124), GG, 103 Rn. 27 ff.; Zeuner (Fn. 54), S. 37 ff.

148 Stein/Jonas/Leipold (Fn. 69), vor § 128 ZPO Rn. 35; Jarass/Pieroth/Pieroth (Fn. 113), Art. 103 GG Rn. 8.

149 BVerfG, 19.10.1966 – 1 Bv/L 24/65 – NJW 1996, 2305; ErfK/Franzen, 12. Aufl., München 2012, § 2 TVG, Rn. 4; vgl. dazu ausf. Ulber D., RdA 2011, 353 ff.

150 StRspr. vgl. nur BVerfG, 27.4.1999 – 1 BvR 2203/93 und 1 BvR 897/95 – NJW 1999, 3033, 3034 mwN.

151 Weth (Fn. 2), S. 62; Zeuner (Fn. 54), S. 29; ähnlich BAG, 14.10.1960 – 1 AZR 233/58 – NJW 1961, 573, 575.

152 Krause (Fn. 6), S. 328.

153 Zum ähnlichen § 9 TVG vgl. Krause (Fn. 6), S. 254 f.

154 Vgl. hierzu auch Krause (Fn. 6), S. 328.

Die Situation eines Arbeitgebers, der einen Haustarifvertrag mit einer Gewerkschaft geschlossen hat, liegt etwas anders. Denn seine Vertragsbeziehung mit der Gewerkschaft ist eine direkte. Es darf aber nicht verkannt werden, dass auch er diese Vertragsbeziehung freiwillig herbeigeführt hat und ihm jederzeit die Möglichkeit offen steht, die Tariffähigkeit der Gewerkschaft klären zu lassen. Insofern wird ihm nicht jede Möglichkeit abgeschnitten, sich Gehör zu verschaffen.¹⁵⁵ Ihm steht ein eigenes Antragsrecht nach § 97 Abs. 1 ArbGG zu. Betreibt er ein Verfahren nach § 9 TVG und wird dieses durch das Arbeitsgericht ausgesetzt, besteht ein Antragsrecht nach § 97 Abs. 5 ArbGG.¹⁵⁶ Es stellt sich die Frage, ob ein Arbeitgeber, der ein solches Verfahren in Ansehung von Zweifeln an der Tariffähigkeit nicht betreibt, um den Schein der Wirksamkeit des Tarifvertrags zu wahren, rechtsmissbräuchlich handelt, wenn er in einem später von dritter Seite eingeleiteten Verfahren nunmehr Beteiligung verlangt. Das Risiko, dass ein solches Verfahren durch einen Dritten und nicht durch ihn selbst betrieben wird, hat er ja selbst gesetzt. Insofern gerät auch die Diskussion um die Auswirkungen einer Entscheidung über die Tariffähigkeit etwas schief, wenn suggeriert wird, es bestehe hier Bedarf über Vertrauensschutz für Arbeitgeber nachzudenken.¹⁵⁷

Schließlich kann das Verfahren nach § 97 Abs. 1 ArbGG auch unabhängig von seinem Willen eingeleitet werden. Damit ist jedenfalls ein Zugriffsrecht der nach § 97 Abs. 1 ArbGG Antragsbefugten auf die Rechtsposition der Dritten durch den Gesetzgeber anerkannt.

Gleichwohl scheinen alle diese Gesichtspunkte nicht dazu zu zwingen, bereits die rechtliche Betroffenheit iSd. Art. 103 Abs. 1 GG abzulehnen. Jedenfalls erscheint aber die Intensität der Betroffenheit überaus gering.

(2) Unmittelbarkeit

Wie bereits gezeigt, ist das Kriterium der Unmittelbarkeit eher für verwaltungsgerichtliche Streitigkeiten von Bedeutung und inhaltlich nur begrenzt konturiert. Die Entscheidung über die Tariffähigkeit einer Gewerkschaft betrifft deren Eigenschaft als Tarifpartner. Diese Eigenschaft ist Voraussetzung der Wirksamkeit der von ihr abgeschlossenen Tarifverträge. Damit liegt für Arbeitsvertragsparteien, auf deren Arbeitsverhältnis der Tarifvertrag Anwendung findet, lediglich eine mittelbare Betroffenheit vor. Ob solche sachlogischen Abhängigkeiten¹⁵⁸ alleine reichen, um die Unmittelbarkeit zu bejahen, mag man bezweifeln.

Gleichwohl besteht eine gewisse Nähebeziehung durch die inter omnes-Wirkung der Entscheidung. Dementsprechend erscheint es auch hier sachgerechter, sich weniger danach zu fragen, ob eine unmittelbare Betroffenheit vorliegt oder nicht, sondern deren Intensität realistisch einzuschätzen.

(3) Ergebnis

Dementsprechend wird man den Schutzbereich des Art. 103 Abs. 1 GG, soweit die Rechtsprechung des BAG den Kreis der an den Verfahren nach § 97 Abs. 1 und Abs. 5 ArbGG zu beteiligenden Personen nicht auf alle Arbeitgeber erstreckt hat, als eröffnet ansehen können. Damit ist allerdings noch nichts über die Intensität eines etwaigen Eingriffes gesagt. Denn wenn man den Schutzbereich des Art. 103 Abs. 1 GG derart extensiv fasst, setzen sich die Einwände, die gegen eine Eröffnung des Schutzbereiches sprechen, auf den Ebenen der Bewertung der Eingriffsintensität einerseits und der Rechtfertigung eines etwaigen Eingriffes andererseits fort.

b) Eingriffsintensität

Die Eingriffsintensität ergibt sich weniger aus der Tatsache, dass eine Vielzahl von Personen nicht beteiligt wurde. Dies ist bei Verfahren, bei denen eine unübersehbare Vielzahl von Personen zumindest mittelbar Auswirkungen der Entscheidung über die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung zu spüren bekommt, unvermeidbar, wenn man trotz dieses Effektes die Notwendigkeit der inter omnes-Wirkung anerkennt. Die Tatsache, dass die Rechtsstellung der Arbeitnehmervereinigung, die Gegenstand des Verfahrens nach § 97 Abs. 1 und Abs. 5 ArbGG ist, eine selbstständige ist, an der die Personen, die die Tarifverträge zur Anwendung bringen, nicht partizipieren, relativiert die Eingriffsintensität.¹⁵⁹ Auch die vielfältigen Möglichkeiten einzelner Arbeitgeber, eine Feststellung der Tariffähigkeit ihrer Tarifvertragspartner bzw. der Wirksamkeit der von

¹⁵⁵ BAG, 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – NZA 2011, 289, 295; Vgl. zu diesem Gesichtspunkt, *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (Fn. 89), § 82 Rn. 5.

¹⁵⁶ So auch BAG, 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – NZA 2011, 289, 295.

¹⁵⁷ *Zeppenfeld/Faust*, NJW 2011, 1643 ff.; dagegen *Schlegel*, NZA 2011, 380 ff.; *Schüren/Wilde*, NZS 2009, 303 ff.

¹⁵⁸ *Häsemeyer*, ZZZ 101 (1988), S. 385, 388.

¹⁵⁹ So im Ergebnis wohl auch BAG, 14.10.1960 – 1 AZR 233/58 – NJW 1961, 573, 575; ähnlich BAG, 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – NZA 2011, 289, 295; zustimmend *Greiner*, Anm. zu BAG, 5.10.2010 – 1 ABR 88/09 – und BAG, 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – EzA Nr. 30 und 31 zu § 2 TVG.

ihnen zur Anwendung gebrachten Tarifverträge selbst zu veranlassen, lassen den Ausschluss vom Verfahren nach § 97 Abs. 1 und Abs. 5 ArbGG in einem milderen Licht erscheinen.¹⁶⁰

Dies gilt insbesondere für die Entscheidung des BAG im Verfahren über die Tariffähigkeit der CGZP. Denn die Bedenken gegen die Tariffähigkeit der CGZP und die Wirksamkeit ihrer Tarifverträge waren seit dem Abschluss dieser Tarifverträge allgemein bekannt. Das Schutzbedürfnis eines Arbeitgebers, der gleichwohl kein ihm offen stehendes gerichtliches Verfahren zur Feststellung der Wirksamkeit dieser Tarifverträge betreibt, ist begrenzt.¹⁶¹ Angesichts der vorhandenen Möglichkeiten zur gerichtlichen Klärung der Rechtsfrage und der größtenteils privatautonom herbeigeführten Effekte, die eine Entscheidung über die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung in den Rechtsverhältnissen Dritter zeigt, ist die Eingriffsintensität mit Blick auf Art. 103 Abs. 1 GG nicht besonders hoch zu bewerten.

Dennoch bleibt die Frage, wie die spezifische Ausgestaltung der Beteiligung im Verfahren nach § 97 Abs. 1 und Abs. 5 ArbGG, die zum Ausschluss einer Vielzahl von zumindest mittelbar Betroffenen führt, zu bewerten ist.

In den Fokus rückt bei solchen Konstellationen die Frage, ob, wenn schon keine unmittelbare Beteiligung, so doch eine mittelbare Beteiligung am Verfahren und damit eine Berücksichtigung der Interessen der nicht am Verfahren Beteiligten sichergestellt ist. Die Eingriffsintensität fällt damit umso geringer aus, je stärker das Verfahren Elemente beinhaltet, die die fehlende Beteiligung aller potentiell Betroffenen kompensiert. Dazu erscheinen mit Blick auf das Verfahren nach § 97 Abs. 1 Abs. 5 ArbGG folgende Gesichtspunkte einer näheren Betrachtung wert zu sein:

(1) Geltung des Amtsermittlungsgrundsatzes

Mit Blick auf kompensatorisch wirkende Elemente in der Verfahrensordnung erscheint die Frage von besonderer Bedeutung, ob und in welcher Weise es sich auswirkt, dass im Beschlussverfahren nach § 97 Abs. 1 und Abs. 5 ArbGG der Amtsermittlungsgrundsatz gilt. Dieser verpflichtet die Arbeitsgerichte, nicht nur den Parteivortrag, sondern alle im Arbeitsleben geäußerten Vorbehalte zu berücksichtigen und diese aufzugreifen.¹⁶² Das Arbeitsgericht ist nicht an den Vortrag der Beteiligten im Verfahren gebunden, sondern ist berechtigt und verpflichtet, allen Anhaltspunkten, die für oder gegen die Tariffähigkeit einer Vereinigung sprechen, nachzugehen.¹⁶³

Gleichwohl kann mit der Geltung des Amtsermittlungsgrundsatzes nicht der vollständige Verzicht auf rechtliches Gehör gerechtfertigt werden.¹⁶⁴ Denn der Amtsermittlungsgrundsatz vermag die Gewährung rechtlichen Gehörs nicht vollständig zu ersetzen.¹⁶⁵ Dies ergibt sich bereits daraus, dass die Verfahrensordnung die Beteiligung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite vorsieht. Damit gibt das ArbGG zu erkennen, dass es ungeachtet der Geltung des Amtsermittlungsgrundsatzes die Notwendigkeit sieht, rechtliches Gehör zu gewähren. Auch das verwaltungsgerichtliche Verfahren verzichtet trotz Geltung des Amtsermittlungsgrundsatzes nicht auf Vorschriften über die Beiladung.¹⁶⁶

Bei der Frage, in welchem Umfang eine Beteiligung zu erfolgen hat, kann die Geltung des Amtsermittlungsgrundsatzes aber berücksichtigt werden.¹⁶⁷ Denn es erscheint angemessen, bei der Bewertung der Intensität der Beeinträchtigung eines Dritten, dem in einem Massenverfahren kein rechtliches Gehör gewährt wird, die Geltung des Amtsermittlungsgrundsatzes als »modifizierenden Faktor«¹⁶⁸ zu berücksichtigen. Der Amtsermittlungsgrundsatz soll verhindern, dass eine unvollständige Tatsachengrundlage die Entscheidung des Gerichts beeinflusst und dient damit auch dazu, die Interessen von Dritten, die nicht am Verfahren beteiligt sind, zu wahren. Dementsprechend ist der Amtsermittlungsgrundsatz jedenfalls dann, wenn in einem Massenverfahren die Beteiligung aller potentiell Betroffenen nicht möglich ist, als ausgleichender Faktor anzuerkennen.¹⁶⁹ Insofern ist es nachvollziehbar, wenn die Geltung des Amtsermittlungsgrundsatzes berücksichtigt wird, soweit es um die Reichweite und Auslegung des § 97 ArbGG geht.¹⁷⁰

¹⁶⁰ BAG, 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – NZA 2011, 289, 295.

¹⁶¹ Vgl. zum Streit über die Frage des Vertrauensschutzes im Zusammenhang mit der CGZP-Entscheidung *Zeppenfeld/Faust*, NJW 2011, 1643 ff.; dagegen *Schlegel*, NZA 2011, 380 ff.; *Schüren/Wilde*, NZS 2009, 303 ff.; siehe dazu auch oben unter III. 3. a) aa).

¹⁶² BAG, 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – NZA 2011, 289, 295; BAG, 28.1.2008 – 3 AZB 30/07 – NZA 2008, 489, 490.

¹⁶³ BAG, 28.1.2008 – 3 AZB 30/07 – NZA 2008, 489, 490.

¹⁶⁴ *Baur*, AcP 153 (1954), 393, 409; *Schlosser* (Fn. 44), S. 188; *Krause* (Fn. 6), S. 247.

¹⁶⁵ BVerfG, 18.6.1957 – 1 BvR 41/57 – BVerfGE 7, 53, 57; *Zeuner*, FS Nipperdey, 1965, S. 1013, 1016.

¹⁶⁶ Vgl. dazu auch *Krause* (Fn. 6), S. 247; *Zeuner* (Fn. 54), S. 49 ff.

¹⁶⁷ *Schlosser* (Fn. 44), S. 186 f.

¹⁶⁸ *Zeuner* (Fn. 54), S. 40.

¹⁶⁹ *Schlosser* (Fn. 44), S. 188.

¹⁷⁰ BAG, 25.11.1986 – 1 ABR 22/85 – AP TVG § 2 Nr. 36; *Dütz*, ArbRGeg 20 (1982), S. 33, 42.

(2) Sicherung einer vollständigen Tatsachengrundlage

Die Funktion des Art. 103 Abs. 1 GG liegt jedenfalls auch darin, dafür zu sorgen, dass dem Gericht bei seiner Entscheidung die entscheidungserheblichen Tatsachen bekannt sein können und relevanter rechtlicher Vortrag zur Kenntnis genommen werden kann. Je größer die Gefahr einer fehlerhaften oder unvollständigen Entscheidungsgrundlage ausfällt, umso stärker ist die Eingriffsintensität. Umgekehrt ist dann, wenn die Entscheidungsgrundlage auch ohne die Beteiligung des Dritten gesichert ist, die Eingriffsintensität geringer. Hierbei besteht ein Zusammenhang mit der Frage, ob die Geltung des Amtsermittlungsgrundsatzes eine Einschränkung des rechtlichen Gehörs rechtfertigt.¹⁷¹ Denn soweit der Amtsermittlungsgrundsatz gilt, kann die Gefahr einer unvollständigen oder fehlerhaften Entscheidungsgrundlage geringer ausfallen. Dies hängt allerdings von der inhaltlichen Ausgestaltung der Prüfungspflichten des Gerichts ab. Diese sind vom BAG für das Verfahren nach § 97 ArbGG in mehreren Entscheidungen präzisiert worden.¹⁷² Danach dürfte das Arbeitsgericht, das über die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung entscheidet, wenn ihm von dritter Seite Informationen zugetragen werden, die für oder gegen die Tariffähigkeit sprechen, verpflichtet sein, diese zu prüfen.¹⁷³ Insofern wird sich ein nicht beteiligter Dritter mit Blick auf Verfahren nach § 97 ArbGG nicht darauf berufen können, aufgrund seiner fehlenden Beteiligung sei die Tatsachengrundlage der Entscheidung unrichtig.

Ohnehin scheint mit Blick auf den Gegenstand der Verfahren nach § 97 ArbGG eine solche Annahme fernliegend.¹⁷⁴ Denn die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung lässt sich in tatsächlicher Hinsicht mit Hilfe von Informationen darlegen, die ausschließlich oder jedenfalls vorwiegend der Vereinigung selbst zur Verfügung stehen. Zu prüfen sind beispielsweise der Mitgliederbestand, die finanzielle Ausstattung des Verbandes, seine organisatorische Leistungsfähigkeit, was insbesondere die personelle und materielle Ausstattung betrifft, sowie unter Umständen die Anzahl und der Gegenstand der abgeschlossenen Tarifverträge. Diese Informationen sind einem einzelnen Arbeitgeber, der mit dieser Arbeitnehmervereinigung einen Tarifvertrag schließt, überhaupt nicht oder nur sehr eingeschränkt bekannt. Wesentlicher tatsächlicher Vortrag kann daher von ihm nicht geleistet werden.¹⁷⁵ Dies spricht für sich genommen zwar noch nicht dafür, einen Eingriff in Art. 103 Abs. 1 GG von vorneherein auszuschließen.

Aber auf die Sicherungsfunktion für die Tatsachengrundlage der Entscheidung wird sich ein einzelner Arbeitgeber kaum berufen können.¹⁷⁶

(3) Interessenwahrnehmung durch Dritte

Dies gilt umso mehr, wenn man die Sicherungsmechanismen für eine hinreichende Tatsachengrundlage im Verfahren nach § 97 ArbGG sieht. Denn diejenigen Beteiligten, die über die für die Tatsachenentscheidung notwendigen Informationen verfügen, werden sämtlich am Verfahren beteiligt.¹⁷⁷ Dies sind zunächst einmal die Spitzenverbände, die aufgrund ihrer Aufgabe der Gesamtrepräsentanz¹⁷⁸ besonders geeignet sind, die tarifpolitischen Bewertungen, also die Bedeutung und Relevanz der bereits abgeschlossenen Tarifverträge, sowie die notwendige Durchsetzungskraft, die erforderlich ist, um in bestimmten Branchen Tarifverträge durchzusetzen, sachgerecht beurteilen können.¹⁷⁹ Aber auch die Beteiligung des betroffenen Verbandes selbst, der über den Mitgliederbestand, die Verbandsorganisation und die finanzielle Ausstattung Kenntnis hat, sichert eine hinreichende Tatsachengrundlage.¹⁸⁰ Im Grunde genommen stellt sich die Frage, was ein einzelner Arbeitgeber überhaupt an relevantem Vortrag in ein solches Verfahren einbringen soll.¹⁸¹ Mehr als die Tatsache, dass er einen Haustarifvertrag mit der Gewerkschaft abgeschlossen hat, wird er nicht vortragen können. Und wenn er meint, dass er ein Bedürfnis an der Überprüfung der Tariffähigkeit seines Tarifvertragspartners hat, so ist ihm der Weg diese

171 BVerfG, 30.4.2003 – 1 PBvU 1/02 – NJW 2003, 1924; BVerfG, 27.10.1999 – 1 BvR 385/90 – BVerfGE 101, 106, 129; BVerfG, 8.6.1993 – 1 BvR 878/90 – BVerfGE 89, 28, 35; Zeuner, FS Nipperdey (Fn. 165), S. 1013, 1024 f.

172 BAG, 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – NZA 2011, 289, 295; BAG, 28.1.2008 – 3 AZB 30/07 –, NZA 2008, 489, 490.

173 BAG, 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – NZA 2011, 289, 295; BAG, 28.1.2008 – 3 AZB 30/07 – NZA 2008, 489, 490.

174 BAG, 25.11.1986 – 1 ABR 22/85 – AP TVG § 2 Nr. 36; Dütz, ArbRGeg 20 (1982), S. 33, 42.

175 So auch Krause (Fn. 6), S. 208 f.

176 BAG, 25.11.1986 – 1 ABR 22/85 – AP TVG § 2 Nr. 36.

177 BAG, 25.11.1986 – 1 ABR 22/85 – AP TVG § 2 Nr. 36; Krause (Fn. 6), S. 327; ähnlich Greiner, Anm. zu BAG, 5.10.2010 – 1 ABR 88/09 – und BAG, 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – EZA Nr. 30 und 31 zu § 2 TVG.

178 Dütz, ArbRGeg 20 (1982), S. 33, 42.

179 BAG, 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – NZA 2011, 289, 295; BSG, 4.10.1994 – 7 KlAR 1/93 – NZA 1995, 320, 336; Greiner, Anm. zu BAG, 5.10.2010 und BAG, 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – EZA Nr. 30 und 31 zu § 2 TVG; Krause (Fn. 6), S. 208.

180 Dütz, ArbRGeg 20 (1982), S. 33, 42; Krause (Fn. 6), S. 327.

181 So iE. auch Krause (Fn. 6), S. 327; ähnlich BAG, 25.11.1986 – 1 ABR 22/85 – AP TVG § 2 Nr. 36.

zu klären über § 9 TVG und § 97 Abs. 5 ArbGG eröffnet. Damit wird jedenfalls eine wichtige Sicherungsfunktion des Art. 103 Abs. 1 GG durch einen Arbeitgeber, der einen Haustarifvertrag mit einer Arbeitnehmervereinigung abgeschlossen hat, nicht ins Felde geführt werden können, wenn er Beteiligung im Verfahren nach § 97 ArbGG verlangt.

Gleichwohl ist darauf hinzuweisen, dass der Repräsentationsgedanke nur dann greift, wenn der Repräsentant nicht nur über die notwendigen tatsächlichen Kenntnisse verfügt, um den Repräsentierten effektiv im Prozess zu vertreten. Vielmehr muss auch die berechnete Erwartung bestehen, dass er diese Umstände wegen der Interessengleichheit oder doch zumindest seinem Anspruch im Allgemeinen, die Interessen der Repräsentierten zu vertreten, auch tatsächlich in den Prozess einführt.¹⁸² Nun besteht der Zweck einer Spitzenorganisation gerade in der Vertretung der übergeordneten Interessen der Gesamtheit der Arbeitgeber bzw. der Arbeitnehmer.¹⁸³ Vor diesem Hintergrund erfüllen Spitzenorganisationen ihrem Wesen nach die Anforderungen, die an eine solche Gesamtrepräsentation zu stellen sind.¹⁸⁴ Allerdings stellt sich die Schwierigkeit, dass ein Verband eine Vielzahl individueller Interessen im Blick haben muss, eine vollständige Interessengleichheit damit nicht zu gewährleisten ist. Im Grundsatz ist aber die Annahme gerechtfertigt, dass in einem Verfahren, in dem über die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung gestritten wird, ein Spitzenverband einschreiten wird, sofern er die Interessen der Arbeitgeberseite insgesamt nicht gewahrt sieht.¹⁸⁵ Da aus Sicht der Spitzenorganisation immer auch die Rolle der Arbeitnehmervereinigung als potentiell Tarifvertragspartner der repräsentierten Einzelarbeitgeber Gegenstand des Verfahrens ist, kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass der Verband sich bei der Interessenvertretung nur auf die Verbandsmitglieder konzentriert.

Schließlich bieten nicht nur die Arbeitnehmervereinigung selbst, sondern auch der Arbeitgeberverband, der mit dieser einen Tarifvertrag abgeschlossen hat, Gewähr dafür, dass alle tatsächlichen und rechtlichen Umstände, die für die Tariffähigkeit der Arbeitnehmervereinigung sprechen, in den Prozess eingeführt werden. Dementsprechend ist bei der Bewertung der Repräsentationsfunktion der Spitzenverbände zu berücksichtigen, dass es neben diesen noch weitere Beteiligte am Verfahren gibt, deren Interessen sich mit denen der nichtbeteiligten Arbeitgeber decken und die dementsprechend vortragen werden.¹⁸⁶

(4) Ergebnis

Bei einer Gesamtbetrachtung der Ausgestaltung des Verfahrens nach § 97 Abs. 1 und Abs. 5 ArbGG erscheint die Beeinträchtigung der Rechtsposition Dritter, die sich aus einer etwaigen Nichtbeteiligung am Verfahren ergeben könnte, eher gering. Denn zum einen ist ihnen nicht grundsätzlich der Weg abgeschnitten, ein solches Verfahren selbst zu betreiben, und zum anderen wird ihre Nichtbeteiligung ansonsten durch eine Vielzahl von Elementen kompensiert. Dementsprechend erscheinen bei einer Gesamtbetrachtung ihre Interessen weitgehend gewahrt. Die Intensität eines etwaigen Eingriffs in Art. 103 Abs. 1 GG fällt daher überaus gering aus.

c) Rechtfertigung

Soweit man eine Beeinträchtigung von Art. 103 Abs. 1 GG bejaht, wenn im Verfahren nach § 97 Abs. 1 und Abs. 5 ArbGG eine Beteiligung der Arbeitgeber, die mit einer Arbeitnehmervereinigung Haustarifverträge abgeschlossen haben, grundsätzlich unterbleibt, stellt sich die Frage der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung dieses Eingriffs.

Es darf dabei nicht verkannt werden, dass dem Gesetzgeber bei der Abwägung der widerstreitenden Interessen ein gewisser Einschätzungsspielraum zukommt und grundsätzlich auch die Gerichte diesen Einschätzungsspielraum in Anspruch nehmen können, wenn sie die Auswirkungen, die eine Beschränkung des rechtlichen Gehörs auf die widerstreitenden verfassungsrechtlich geschützten Positionen hat, zu bewerten haben.¹⁸⁷

In erster Linie kommen zwei verfassungsrechtlich geschützte Positionen in Betracht, um einen etwaigen Eingriff zu rechtfertigen. Dies betrifft zunächst den effektiven Rechtsschutz für die Antragsteller, aber auch für die sonstigen am Verfahren beteiligten Personen. Zudem kommt eine Rechtfertigung unmittelbar aus Art. 9 Abs. 3 GG in Betracht.¹⁸⁸

182 Lütke (Fn. 2), S. 186 f.; Nottebom (Fn. 119), S. 235 ff.

183 BSG, 4.10.1994–7 K IAR 1/93 – NZA 1995, 320, 336; Ditz, ArbRGeg 20 (1982), S. 33, 42.

184 Ditz, ArbRGeg 20 (1982), S. 33, 42; iE. ebenso Krause (Fn. 6), S. 208.

185 Ähnlich Nottebom (Fn. 119), S. 28 f.

186 Krause (Fn. 6), S. 327 f.

187 BVerfG, 29.11.1989–1 BvR 1011/88 – BVerfGE 81, 123, 129; Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopauf/Schmahl (Fn. 91), Art. 103 GG Rn. 16; Dreier/Schulze-Fielitz (Fn. 124), 103 GG Rn. 27 ff.; Zeuner (Fn. 54), S. 37 ff.

188 Ähnlich Krause (Fn. 6), S. 251.

(1) Rechtsstaatsprinzip und Grundsatz effektiven Rechtsschutzes

Das Rechtsstaatsprinzip und der Grundsatz effektiven Rechtsschutzes gebieten, dass gerichtliche Verfahren in vertretbarer Zeit zum Abschluss gebracht werden. Niemand hat ein berechtigtes Interesse daran, ein Verfahren durch missbräuchliche Ausübung eines bestehenden oder vermeintlichen Beteiligungsrechts zu verzögern.¹⁸⁹ Der Gesetzgeber und die Gerichte sind gehalten, eine Verzögerung oder Lahmlegung eines gerichtlichen Verfahrens zu verhindern, die dadurch entstehen kann, dass eine unübersehbare Vielzahl von Personen beteiligt wird.¹⁹⁰ Insofern kann eine Beschränkung des beteiligten Personenkreises an einem gerichtlichen Verfahren nicht nur vor dem Hintergrund des Rechtsstaatsprinzips und des Grundsatzes des effektiven Rechtsschutzes gerechtfertigt sein, diese Grundrechtspositionen können sich auch soweit verdichten, dass eine Beschränkung des zugelassenen Personenkreises geboten sein kann.

Letzteres lässt sich mit Blick auf das Verfahren nach § 97 Abs. 1 und Abs. 5 ArbGG gut vertreten. Denn es ist evident, dass soweit über die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung gestritten wird, deren in Anspruch genommener Zuständigkeitsbereich sich auf mehrere 100.000 Arbeitsverhältnisse erstreckt, nicht alle Personen, die in irgendeiner Weise ein rechtliches Interesse an der Tariffähigkeit dieser Arbeitnehmervereinigung haben, beteiligt werden können.¹⁹¹ Gleichermäßen unpraktikabel wäre eine Beteiligung nur derjenigen Arbeitgeber, die eine Beteiligung verlangen. Angesichts des potentiell unüberschaubaren Personenkreises der Drittbetroffenen wäre auch damit eine Paralyse des Verfahrens nicht zu verhindern. Für die hier in Rede stehende Frage, ob die vom BAG vorgenommenen Beschränkungen verfassungsgemäß sind, reicht allerdings zunächst die Erkenntnis aus, dass es ein legitimes verfassungsrechtliches Ziel ist, die effektive Durchführung des gerichtlichen Verfahrens zu gewährleisten, auch wenn hierzu Personen vom Verfahren ausgeschlossen oder nicht an diesem beteiligt werden.¹⁹²

Die Beschränkungen, die das BAG vorgenommen hat, sind auch geeignet, eine Beeinträchtigung des Verfahrens durch eine unübersehbare Vielzahl von Beteiligten zu vermeiden. Angesichts der dargestellten potentiellen Reichweite der Entscheidung über die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung ist eine Einschränkung auch erforderlich. Bei der Frage, in welchem Umfang diese erfolgt

und wie diese ausgestaltet wird, steht den Gerichten grundsätzlich ein Einschätzungsspielraum zu.

Das BAG ist in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise davon ausgegangen, dass durch die Beteiligung der Spitzenorganisationen auf Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite eine Repräsentation der Interessen auch der ausgeschlossenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber stattfindet.¹⁹³ Angesichts des Zwecks von Spitzenorganisationen ist diese Annahme gut nachvollziehbar.¹⁹⁴ Bedenkt man, dass zusätzlich zu den Spitzenorganisationen auch noch die betroffene Arbeitnehmervereinigung sowie die Arbeitgeberverbände, die mit dieser Tarifverträge abgeschlossen haben, beteiligt werden, ist die Annahme des BAG, dass damit eine weitreichende Interessenrepräsentation gesichert ist, nicht zu beanstanden. Im Übrigen ist die Grenzziehung durch das BAG auch ansonsten weder willkürlich noch ohne sachlichen Grund erfolgt. Denn angesichts des bereits dargestellten Problems, dass der Zuständigkeitsbereich einer Arbeitnehmervereinigung einen überaus großen Bereich des Arbeitslebens erfassen kann¹⁹⁵, ist bei einer Beteiligung auch der Haustarifvertragspartner einer Arbeitnehmervereinigung eine Beschränkung des beteiligten Personenkreises auf einen beherrschbaren Umfang nicht zu gewährleisten. Auch angesichts der geringen Eingriffsintensität erscheint die Überlegung des BAG legitim, dass das Interesse an einer effektiven Führung des Verfahrens nach § 97 Abs. 1 und Abs. 5 ArbGG den Vorrang vor einer umfassenden Beteiligung aller potentiellen, in ihren Interessen betroffenen Personen genießt.

(2) Art. 9 Abs. 3 GG

Im Übrigen ergibt sich eine Rechtfertigung aber auch unmittelbar aus Art. 9 Abs. 3 GG. Denn eine Arbeitnehmervereinigung, über deren Tariffähigkeit gestritten wird, ist durch die durch das Verfahren verursachte Rechtsunsicherheit über den Bestand ihrer Tarifverträge berechtigter-

189 Vgl. dazu BVerfG, 27.3.1980 – 2 BvR 316/80 – NJW 1980, 1511.

190 BSG, 4.10.1994 – 7 K1AR 1/93 – NZA 1995, 320, 336; Vgl. Krause (Fn. 6), S. 250 f.

191 SchulIn, EzA Nr. 17 zu § 2 TVG; Krause (Fn. 6), S. 251.

192 BSG, 4.10.1994 – 7 K1AR 1/93 – NZA 1995, 320, 336; Krause (Fn. 6), S. 251; Schlosser, JZ 1967, 431, 432.

193 Dütz, ArbRGeg 20 (1982), S. 33, 43.

194 Vgl. oben unter II. 2. c).

195 Der von der CGZP beanspruchte Zuständigkeitsbereich umfasste zwischenzeitlich ca. 700.000 Arbeitnehmer und die CGZP hatte eine Vielzahl von Haustarifverträgen geschlossen.

weise daran interessiert, dass so schnell wie möglich rechtskräftig ihre Tariffähigkeit festgestellt wird.¹⁹⁶ Das Gleiche gilt für ihre durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Vertragspartner. Aus Art. 9 Abs. 3 GG ergibt sich damit mit Blick auf die Verfahren nach § 97 Abs. 1 und Abs. 5 ArbGG ein besonderes Beschleunigungsgebot. Es stellt sich die Frage, ob vor diesem Hintergrund nicht ohnehin eine Beschränkung des Verfahrens auf zwei Instanzen angezeigt wäre. Jedenfalls legitimiert Art. 9 Abs. 3 GG in besonderem Maße gesetzgeberische und gerichtliche Maßnahmen, die das Ziel verfolgen, das Verfahren über die Tariffähigkeit so zügig wie möglich voranzutreiben.

Eng verzahnt mit dieser Grundrechtsposition sind auch die sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebenden Erfordernisse von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit.¹⁹⁷ Denn angesichts der Tatsache, dass auch die staatliche Verwaltung, insbesondere die Sozialversicherungsträger, ein Interesse an einer verbindlichen Klärung der Frage der Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung haben, muss auch mit Blick auf deren Interessen eine Beschleunigung des Verfahrens, gegebenenfalls auch unter Beschränkung des rechtlichen Gehörs, betrieben werden.

Jedenfalls mit Blick auf das Beruhens-Erfordernis, kann eine Verfassungswidrigkeit der konkreten Entscheidung ohnehin kaum angenommen werden. Es ist nicht ersichtlich, was ein Arbeitgeber, der mit der CGZP einen Haustarifvertrag abgeschlossen hat, Zusätzliches oder Relevantes zu dem in Rede stehenden Verfahren hätte beitragen sollen. Soweit ersichtlich sind auch die Kritiker des BAG nicht in der Lage solche Umstände zu benennen.

d) Ergebnis

Angesichts der verschiedenen kompensatorisch wirkenden Elemente, die die Verfahrensordnung und die Rechtsprechung des BAG vorsehen¹⁹⁸, sind die verfassungsrechtlichen Grenzen einer Beschränkung des rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG nicht überschritten. Das BAG hat vielmehr für einen sachgerechten Ausgleich der widerstreiten-

den verfassungsrechtlichen Positionen gesorgt, indem es eine Beteiligung der Arbeitgeber, die mit der CGZP Haustarifverträge abgeschlossen haben, abgelehnt hat.

IV. Zusammenfassung

Die Wirkungen gerichtlicher Entscheidungen lassen sich nicht immer auf den Kreis der unmittelbar am Verfahren Beteiligten beschränken. Der Grundsatz unmittelbaren rechtlichen Gehörs aller potentiell von einer Entscheidung mittelbar Betroffenen, wie ihn Art. 103 Abs. 1 GG als verfassungsrechtlichen Idealfall vorsieht, lässt sich damit in der Praxis nicht immer durchhalten.

Mit Blick auf das Verfahren zur Feststellung der Tariffähigkeit nach § 97 Abs. 1 und 5 ArbGG kann sich das BAG darauf berufen, einen sachgerechten Ausgleich der widerstreitenden Interessen geschaffen zu haben. Die Beteiligung der Spitzenorganisationen als Repräsentanten der Arbeitgeber und Arbeitnehmerseite erscheint als ausgewogener Ausgleich zwischen der Notwendigkeit, die Interessen der Drittbetroffenen zu wahren und das Verfahren sachgerecht betreiben zu können. Es trägt damit auch der Tatsache Rechnung, dass auch die Verfahrensordnung in einer Weise ausgestaltet sein muss, die den verfassungsrechtlich geschützten Interessen der Koalitionen aus Art. 9 Abs. 3 GG genügt. Damit ist die fehlende Beteiligung von Arbeitgebern, die mit einer Gewerkschaft einen Haustarifvertrag abgeschlossen haben, im Verfahren nach § 97 Abs. 1 und 5 ArbGG verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Mit Blick auf die teilweise nicht unerhebliche Verfahrensdauer, sollte eine Verkürzung des Verfahrens nach § 97 Abs. 1 und 5 ArbGG auf eine Tatsacheninstanz erwogen werden.

¹⁹⁶ Krause (Fn. 6), S. 251.

¹⁹⁷ Dütz, ArbRGeg 20 (1982), S. 33, 42.

¹⁹⁸ Vgl. dazu bereits oben unter III. 3. a) und b), sowie II. 2. e).

Die Bewältigung von selbst- und fremdbestimmten Rechtsprechungsänderungen durch das Bundesarbeitsgericht¹

Prof. Dr. Ulrich Koch, Richter am Bundesarbeitsgericht, Erfurt

I. Vorbemerkungen

Gerichtsentscheidungen mit einem überraschenden Ergebnis gehören zum juristischen Alltag. Dies gilt für obergerichtliche Entscheidungen gleichermaßen wie für die Urteile und Beschlüsse der Instanzgerichte. Verliert die Partei, weil sie den erforderlichen Tatsachenvortrag nicht gehalten hat oder er vom Gericht nicht in ihrem Sinn gewürdigt worden ist, hat aus ihrer Sicht regelmäßig ihr Verfahrensbevollmächtigter den für sie negativen Prozessausgang zu verantworten. Etwas anderes ist es, wenn das Unterliegen auf einer geänderten Rechtsprechung des Spruchkörpers beruht. In diesem Fall ist der Verfahrensbevollmächtigte zwar immer noch nicht frei von Schuld, verfügt er doch nicht über die aus Sicht der Partei erforderlichen hellseherischen Fähigkeiten in Bezug auf die Rechtsauffassung des Gerichts. Jedoch wird ihn seine Partei fragen, ob denn ein Gericht so einfach seine Rechtsprechung ändern darf und ob nicht in ihrem Fall die Beibehaltung der bisherigen Spruchpraxis aus Gründen des Vertrauensschutzes geboten gewesen wäre. Diese Fragen kann und will auch dieser Beitrag nicht beantworten.

Die nachfolgenden Ausführungen behandeln – aus richterlicher Sicht – einige ausgewählte Fragen zu Rechtsprechungsänderungen und dem schillernden und vielfach interessengeleitet gebrauchten Begriff des Vertrauensschutzes. Im Vordergrund steht dabei naturgemäß die Rechtsprechung des BAG.

II. Verfassungsrechtliche Grundlagen

1. Verlässlichkeit als Anknüpfungspunkt

Nach Ansicht des BAG wird unser Rechtssystem von einem – vom Gericht aber nicht näher definierten – Grad der Verlässlichkeit der Rechtsordnung bestimmt.² Wegen die-

ser Verlässlichkeit kann das Vertrauen auf den Bestand sowie den Fortbestand in einen bestimmten Rechtszustand von Verfassungen wegen besonders geschützt sein. Daher begrenzen das Rechtsstaatsprinzip und die Grundrechte jedenfalls die Befugnis des Gesetzgebers, Rechtsänderungen vorzunehmen, die an Sachverhalte der Vergangenheit anknüpfen.³

2. Die Begrenzung der rückwirkenden Geltung von Rechtsnormen

In Bezug auf den Vertrauensschutz hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) besondere Regeln über die Rückwirkung von Rechtsnormen aufgestellt. Es unterscheidet in ständiger Rechtsprechung zwischen echter und unechter Rückwirkung. Grundsätzlich erlaubt die Verfassung nur ein belastendes Gesetz, dessen Rechtsfolgen für einen frühestens mit der Verkündung beginnenden Zeitraum eintreten. Die Anordnung einer belastenden Rechtsfolge schon für einen vor dem Zeitpunkt der Verkündung der Norm liegenden Zeitraum (Rückbewirkung von Rechtsfolgen, sog. echte Rückwirkung) ist grundsätzlich unzulässig. Der von einem Gesetz Betroffene muss grundsätzlich bis zum Zeitpunkt der Verkündung einer Neuregelung

1 Die nachfolgenden, um einige Fußnoten ergänzten Ausführungen waren am 27. Januar 2012 Gegenstand meiner Antrittsvorlesung an der Georg-August-Universität in Göttingen. Die Vortragsform ist hier beibehalten worden. Im Text enthalten sind auch solche Passagen, die wegen der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit nicht in der hier wiedergegebenen Form vorgetragen werden konnten. An dieser Stelle möchte ich meinem akademischen Lehrer Franz Gamillscheg meinen Dank aussprechen, ebenso Hansjörg Otto, der maßgeblicher Urheber meines Lehrauftrags war, sowie Thomas Dieterich, mit dem ich mehrere Semester in Göttingen gemeinsam Lehrveranstaltungen halten durfte. Bedanken möchte ich mich bei Rüdiger Krause und Olaf Deinert sowie bei Günter Schaub, der mir nicht nur den Weg in das arbeitsrechtliche Schrifttum gewiesen, sondern mir auch die Verantwortung für die Fortführung eines Teils seines arbeitsrechtlichen Werkes übertragen hat. In besonderer Weise gebührt mein Dank aber meiner Familie für ihre vorbehaltlose Unterstützung meiner wissenschaftlichen Arbeit.

2 BVerfG, 3.12.1997 – 2 BvR 882/97 – BVerfGE 97, 67, 78.

3 BVerfG, 7.12.2010 – 1 BvR 2628/07, Rn. 43, – NJW 2011, 1058, 1060.

darauf vertrauen können, dass er nicht nachträglich einer bisher nicht geltenden Belastung unterworfen wird. Dieser Schutz des Vertrauens in den Bestand der ursprünglich geltenden Rechtslage findet seinen verfassungsrechtlichen Grund vorrangig in den allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen, insbesondere des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit. Demgegenüber betrifft die tatbestandliche Rückanknüpfung (sog. unechte Rückwirkung) nicht den zeitlichen, sondern den sachlichen Anwendungsbereich einer Norm. Die Rechtsfolgen eines Gesetzes treten erst nach Verkündung der Norm ein, deren Tatbestand erfasst aber Sachverhalte, die bereits vor Verkündung »ins Werk gesetzt« worden sind. Diese Tatbestände, die den Eintritt ihrer Rechtsfolgen von Gegebenheiten aus der Zeit vor ihrer Verkündung abhängig machen, berühren vorrangig die Grundrechte und unterliegen weniger strengen Beschränkungen als die Rückbewirkung von Rechtsfolgen.⁴

3. Übertragbarkeit auf die Entscheidungen der Gerichte?

Auch die Anwendung von Rechtsnormen durch die Gerichte unterliegt einem Verlässlichkeitsgebot. Gerichtliche Entscheidungen wirken als »Stabilisator des Rechts«,⁵ weil sie die Geltung der Rechtsnormen immer wieder durchsetzen und damit eine Grundlage für Planungen, Vertragsgestaltungen und Risikoabschätzungen schaffen. Wie lassen sich die Erwartungen der Rechtsunterworfenen mit der dem BAG zugewiesenen Aufgabe vereinbaren? Wie alle Revisionsgerichte hat das BAG zwei zentrale Aufgaben: (1.) Die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung auf dem Gebiet des Arbeitsrechts und (2.) dessen Fortbildung. Das Gericht entscheidet dabei über Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung, also solche, die nicht auf den Streitfall beschränkt sind, sondern Auswirkungen auf die Allgemeinheit oder jedenfalls eines Teils der Allgemeinheit haben. Es ist unverkennbar, dass die Entscheidungen wegen der im Arbeitsrecht entweder unregelt gebliebenen Materien oder der vom Gesetzgeber verwandten unbestimmten Rechtsbegriffe eine deutliche Nähe zur Normsetzung und damit zu einer besonderen Verhaltenssteuerung bei den Rechtsunterworfenen haben.⁶ Anders als der Gesetzgeber sind die Gerichte auch gezwungen, ständig die Richtigkeit ihrer vorangegangenen Entscheidungen durch die an sie herangetragenen Sachverhalte neu zu überprüfen.

Welchen Grad von Verlässlichkeit muss also die Rechtsprechung des BAG gewährleisten? Weitgehend Einigkeit besteht, dass die für die Rückwirkung von Gesetzen geltenden Grundsätze nicht unbesehen Anwendung auf die Korrektur einer höchstrichterlichen Rechtsprechung finden können. Für die Entscheidungen der Zivilgerichte liegt dies auf der Hand. Die Grundsätze über die Rückwirkung von Rechtsnormen betreffen das Verhältnis zwischen Bürger und Staat. Der Zivilprozess vollzieht sich hingegen zwischen Privaten. Wenn überhaupt haben die Gerichte und nicht der Prozessgegner einen Vertrauensbestand in eine bestimmte Auslegung der im Streitfall bedeutsamen Rechtsnormen geschaffen.⁷ Die Gewährung von Vertrauensschutz in einem zivilgerichtlichen Verfahren ist kein Gnadentat iS. eines karitativen Wirkens. Denn im Privatrecht führt die Begünstigung der einen Partei durch den Grundsatz des Vertrauensschutzes stets zur Belastung der anderen Partei. Um es ganz deutlich hervorzuheben: Die vom Vertrauensschutz begünstigte Partei gewinnt den Prozess, obwohl sie nicht »Recht« hat und eben nur, weil sich das Gericht – möglicherweise sogar derselbe Spruchkörper in der gleichen Besetzung – geirrt hat.

4. Die Anforderungen an Rechtsprechungsänderungen

a) Grundsatz

Nach Auffassung des BVerfG ist höchstrichterliche Rechtsprechung kein Gesetzesrecht und erzeugt keine damit vergleichbare Rechtsbindung. Eine in der Rechtsprechung bislang vertretene Gesetzesauslegung aufzugeben, verstößt daher nicht als solches gegen Art. 20 Abs. 3 GG. Einen Nachweis, dass sich die maßgeblichen Verhältnisse oder die allgemeinen Anschauungen geändert haben, ist nicht erforderlich.⁸ Die Anwendung von Vertrauensschutz ist allerdings an zwei Voraussetzungen gebunden.

4 BVerfG, 3.12.1997 – 2 BvR 882/97 – BVerfGE 97, 67, 79; zuletzt BVerfG, 7.12.2010 – 1 BvR 2628/07, Rn. 47 – NJW 2011, 1058, 1060.

5 P. Kirchhof, DStR 1989, 263.

6 Noch pointierter Klaus Beppler in einem nicht veröffentlichten Vortrag: »Entscheidungen (des BAG) werden gelesen und interpretiert als seien sie auf steinerne Tafeln gemeißelt«.

7 Höpfner, RdA 2006, 156, 164.

8 BVerfG, 15.1.2009 – 2 BvR 2044/07, Rn. 85 – BVerfGE 122, 248.

b) Erstens: Es muss überhaupt eine »Rechtsprechung« bestehen

Der Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes ist vom BAG nur bei der Änderung seiner Rechtsprechung zu beachten. Damit sind im Bereich des Arbeitsrechts solche Entscheidungen unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes unbedenklich, vor deren Verkündung eine höchstrichterliche Rechtsprechung bisher überhaupt noch nicht bestanden hat – es sich also um die erste Entscheidung des BAG handelt. Art. 20 Abs. 3 GG ist unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes etwa dann nicht verletzt, wenn das Vertrauen allein auf der Erwartung beruht, das BAG werde eine bestimmte Rechtsfrage entsprechend der herrschenden Auffassung entscheiden.⁹ Auch einen Vertrauensschutz dahingehend, dass das BAG einen bestimmten Rechtssatz aufstellt, gibt es nicht. Aus diesem Grund wird die verfassungsrechtliche Stellung einer Partei aus Gründen des Vertrauensschutzes nicht berührt, wenn das BAG seine Rechtsprechung fortführt oder weiterentwickelt.¹⁰

Vertrauensschutz kann also nur dann in Betracht kommen, wenn die Rechtsprechung in der Vergangenheit konkrete Verhaltens- oder Wirksamkeitsstandards formuliert hat. Es erscheint mir allerdings wenig überzeugend, wenn behauptet wird, in zivilrechtlichen Streitigkeiten bedürfe nicht der individuelle Handlungsfreiraum, sondern dessen Beschränkung zweifelsfreier Legitimation.¹¹ Was diese These bedeutet, liegt auf der Hand. Auf Vertrauensschutz könnten sich etwa Verwender von AGB stets berufen, wenn die von ihnen verwendete Klausel zwar unwirksam ist, aber vor ihrer Verwendung noch nicht auf dem gerichtlichen Prüfstand gestanden hat. Dies scheint mir abwegig zu sein.¹²

c) Zweitens: Die Rechtsprechung muss sich zu einer ständigen verfestigt haben

(1) Wann liegt eine »ständige« Rechtsprechung vor?

Soweit ersichtlich ist ungeklärt, wann von einer ständigen Rechtsprechung des BAG gesprochen werden kann. Reicht bereits eine Entscheidung aus¹³ oder ist die mehrfache Wiederholung des zugrunde liegenden Rechtssatzes erforderlich oder ist es gar von Bedeutung, ob der Spruchkörper seine Rechtsprechung selbst als ständige Rechtsprechung bezeichnet hat? Entscheidend dürften wohl die Umstände des Einzelfalls sein.

Für die Beurteilung, ob eine »ständige Rechtsprechung« vorliegt, könnten möglicherweise die für den Revisionszugang geltenden Grundsätze des § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG ihrem Rechtsgedanken nach heranzuziehen sein. Nach dieser Vorschrift ist die Revision gegen ein Urteil des Landesarbeitsgerichts zuzulassen, wenn eine entscheidungserhebliche Rechtsfrage grundsätzliche Bedeutung hat. Dies ist der Fall, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits von einer klärungsbedürftigen und klärungsfähigen Rechtsfrage abhängt und die Klärung entweder von allgemeiner Bedeutung für die Rechtsordnung ist oder wegen ihrer tatsächlichen Auswirkungen die Interessen zumindest eines größeren Teils der Allgemeinheit berührt. Als klärungsbedürftig ist eine Rechtsfrage anzusehen, wenn sie entweder noch nicht höchstrichterlich entschieden oder zwar entschieden ist, aber gewichtige Gesichtspunkte gegen diese Entscheidung vorgebracht werden.¹⁴ Danach könnte auch eine Rechtsprechung des BAG, gegen die von den Instanzgerichten oder im Schrifttum gewichtige Gründe angeführt werden, noch ohne Berücksichtigung von Vertrauensschutzgesichtspunkten korrekturfähig sein, wenn die maßgeblichen Rechtssätze erst ein- oder zweimal entscheidungserheblich waren.

(2) Wann wird eine ständige Rechtsprechung »geändert«?

Eine Rechtsprechungsänderung im vorstehenden Sinn liegt vor, wenn die zuvor bestehenden Rechtssätze von den nunmehr gebildeten Rechtssätzen abweichen. Ein Rechtssatz ist aufgestellt, wenn das Gericht seiner Subsumtion einen Obersatz voranstellt, der über den Einzelfall hinaus für

⁹ So ausdrücklich *Herdegen*, WM 2009, 2202, 2205.

¹⁰ So hat es das BVerfG in seiner Entscheidung über die Rechtsprechung des BGH zur Aufklärung über Rückvergütungen unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes als verfassungsrechtlich unbedenklich angesehen, wenn eine »bereits angelegte Rechtsprechungslinie« fortgeführt wird, BVerfG, 8.12.2011 – 1 BvR 2514/11, Rn. 15.

¹¹ *Herdegen*, WM 2009, 2202, 2205; *Pieroth/Hartmann*, ZIP 2010, 753, 760.

¹² Nachtrag: Aus meiner Sicht liegen deshalb die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für die Gewährung von Vertrauensschutz gegenüber der Rechtsprechung des BAG zur Tariffähigkeit der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) in seinem Beschluss vom 14.12.2010 (– 1 ABR 19/10 – AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 6) nicht vor. *Bayreuther*, (Anm. AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 6) hat zutreffend darauf hingewiesen, dass es schon an den Voraussetzungen für eine Rechtsprechungsänderung fehlt, weil vor der Senatsentscheidung keine gesicherte Rechtsprechung dazu bestanden hat, wie die Tariffähigkeit einer Spitzenorganisation zu bestimmen ist. Vertrauensschutz würde – so Bayreuther – daher den Schutz auf das Vertrauen darauf bedeuten, dass das BAG nicht so entscheiden würde, wie es nun tatsächlich entschieden hat.

¹³ In diesem Sinn wohl *Lunk*, FS Reuter, 2010, S. 689, 694.

¹⁴ BAG, 26.6.2008 – 6 AZN 648/07, Rn. 4 – AP KSchG 1969 § 4 Nr. 66.

vergleichbare Sachverhalte Geltung beansprucht.¹⁵ Eine Abweichung liegt nur vor, wenn das Revisionsgericht ein und dieselbe Rechtsfrage anders beantwortet als in der zuvor ergangenen Entscheidung, also ausdrücklich oder sinngemäß einen Rechtssatz aufstellt, der dem in der Vorgängerentscheidung aufgestellten Rechtssatz widerspricht.

Um keine Rechtsprechungsänderung handelt es sich, wenn der Rechtssatz keinen vergleichbaren Sachverhalt gegenüber demjenigen betrifft, der der Vorgängerentscheidung zugrunde gelegen hat oder wenn sich die zu beurteilende Rechtslage geändert hat. Wenngleich die Abgrenzung danach immer noch Schwierigkeiten aufwerfen kann, wird von einer unter dem Gesichtspunkt des Rechtsstaatsprinzips beachtlichen Rechtsprechungsänderung nur dann auszugehen sein, wenn die Partei nur aufgrund der Änderung des Rechtssatzes das Verfahren verloren hat. MaW., hätte das Gericht den zuvor aufgestellten Rechtssatz herangezogen, hätte die nunmehr unterlegene Partei ihren Prozess gewinnen müssen.

d) Voraussetzungen für Rechtsprechungsänderungen

(1) Die Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts

Damit tritt die Frage in den Blick, wann eine »Änderung« der Rechtsprechung vorliegt, die zu einer zeitlichen Beschränkung ihres Geltungsbereichs führen kann oder sogar muss. Dazu postuliert das BVerfG zunächst:

»Die Änderung einer ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung ist auch unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes grundsätzlich dann unbedenklich, wenn sie hinreichend begründet ist und sich im Rahmen einer vorhersehbaren Entwicklung hält. Soweit durch gefestigte Rechtsprechung ein Vertrauenstatbestand begründet wurde, kann diesem erforderlichenfalls durch Bestimmungen zur zeitlichen Anwendbarkeit oder Billigkeitserwägungen im Einzelfall Rechnung getragen werden.«¹⁶ Daraus folgt:

(2) Begründungserfordernis

Die Änderung erfordert eine Auseinandersetzung mit der Vorgängerentscheidung und die Darlegung der Gründe, die den Spruchkörper bewogen haben, die dort enthaltenen Rechtssätze aufzugeben. Bisher nicht eindeutig geklärt ist allerdings der verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstab, der an das Begründungserfordernis zu stellen ist. Wird die gegebene Begründung eines Obersten Gerichtshofs des Bundes nur auf ihre Plausibilität kontrolliert oder betreffen die Begründungstiefe und ihr Inhalt eine originär verfas-

sungsrechtliche Frage, bei der das BVerfG die »hinreichende« Begründung auch inhaltlich prüfen muss?¹⁷

(3) Vorhersehbare Entwicklung

Das BVerfG geht grundsätzlich davon aus, dass eine ständige höchstrichterliche Rechtsprechung bei den Rechtsunterworfenen Vertrauen in ihren Fortbestand erzeugen kann. Der Anknüpfungspunkt ist allein die Verlässlichkeit in die voraussichtliche Fortführung dieser Rechtsprechung. Deren Änderung mit Rückwirkung ist zulässig, wenn vorhersehbar war, dass sie nicht aufrechterhalten bleiben würde. Welcher Maßstab ist bei der Vorhersehbarkeit der Rechtsprechungsänderung heranzuziehen? Die bisherige Rechtsprechung des BVerfG deutet auf einen objektiven Maßstab hin. In seinen Entscheidungen hat das Gericht nicht auf die jeweils nachteilig betroffene Partei abgestellt, sondern anhand der gegen die Rechtsprechung vorgebrachten Einwendungen beurteilt, ob die geänderte Rechtsprechung »krisenfest« war.

Dieser generalisierende Maßstab ist vorzugswürdig. Wird die Rechtsprechungsänderung zeitlich beschränkt, sind nicht nur die Parteien des Ausgangsrechtsstreits, sondern sämtliche Normunterworfenen hiervon betroffen. Darüber hinaus erscheint es auch unmöglich zu sein, die naturgemäß subjektiven Vorstellungen einer Partei als Maßstab für die Begrenzung der zeitlichen Wirkungen einer Rechtsprechungsänderung heranzuziehen. Dann wäre zB. von Bedeutung, ob der Rechtsstreit von dem vielzitierten Handwerksmeister von der Schwäbischen Alb, einem der 83 Einwohner der Hallig Hooge¹⁸ oder von der Rechtsabteilung eines im Dax vertretenen Unternehmens geführt worden ist.

15 BAG, 1.3.2005–9 AZN 29/05, Rn. 5 – AP ArbGG 1979 § 72a Rechtliches Gehör Nr. 2.

16 BVerfG, 15.1.2009–2 BvR 2044/07, Rn. 85 – BVerfGE 122, 248.

17 Zu der vielleicht ähnlich gelagerten Frage der Prüfungsintensität bei der Rechtsfortbildung zuletzt BVerfG, 15.1.2009–2 BvR 2044/07, Rn. 103 – BVerfGE 122, 248: Bei der Überprüfung der richterlichen Fortentwicklung des Obersatzes geht es hingegen um die kompetenzrechtliche Abgrenzung zwischen der ersten und der dritten Gewalt, mithin um eine originär verfassungsrechtliche Frage. Hier muss das Bundesverfassungsgericht entscheiden, ob das Fachgericht einen hinreichend klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers hintangestellt und durch eine eigene, für vorzugswürdig erachtete Regelungskonzeption ersetzt hat und sich dadurch in verfassungswidriger Weise von seiner Gesetzesbindung löst.

18 Auf dessen Verständnis hat Lunk in einem am 25.6.2009 in Erfurt gehaltenen Vortrag »Rückwirkung versus Vertrauensschutz in der neueren Judikatur« abgestellt. Fraglich ist allerdings, auf welchen Einwohner Lunk konkret reflektiert.

5. Gründe für Rechtsprechungsänderungen

a) Grundsatz

Üblicherweise wird bei den Gründen für Rechtsprechungsänderungen nach heteronomen, dh. nicht gerichtsbestimmten Faktoren und nach autonomen Motiven unterschieden. Zu den fremdbestimmten Motiven für eine Rechtsprechungsänderung gehören etwa die Anpassung der Rechtsprechung an geänderte tatsächliche Verhältnisse sowie die Änderung von Wertmaßstäben durch Gesetze oder in der allgemeinen Bewertung. Dies gilt gleichermaßen für solche Korrekturen, die aufgrund der Rechtsprechung der anderen Obersten Gerichtshöfe des Bundes sowie des BVerfG, des EuGH und nicht zuletzt des EGMR erfolgen.

b) Beispiel: Das Zutrittsrecht von Gewerkschaftsbeauftragten

Ein besonderes Beispiel für eine solche fremdbestimmte Rechtsprechungsentwicklung des BAG ist seine Rechtsprechung zum Zutrittsrecht von Gewerkschaftsbeauftragten zum Betrieb. Diese ist zweimal durch Entscheidungen des BVerfG »gewendet« worden.

So hatte das BAG zunächst im Jahr 1978 erkannt, dass auch ein der Kirche zugeordneter Arbeitgeber betriebsfremden Gewerkschaftsbeauftragten den Zutritt zur Mitgliederwerbung gestatten muss. Nach der Auffassung des Gerichts muss der Betriebsinhaber das Anbringen von Schriftgut zur Selbstdarstellung der Gewerkschaft, zur Information über ihre Leistungen und über arbeits- und tarifrechtliche Fragen sowie zur Aufforderung zum Erwerb der Mitgliedschaft bei der Gewerkschaft durch betriebsfremde Beauftragte der Gewerkschaft auf Bekanntmachungstafeln des Betriebs dulden. Ebenso muss er die Verteilung derartigen Materials und die allgemeine arbeits- und tarifrechtliche Betreuung von Mitgliedern der Gewerkschaft und die Werbung neuer Mitglieder durch betriebsfremde Gewerkschaftsbeauftragte in den Betriebs- und Unternehmensräumen außerhalb der Arbeitszeit erlauben.¹⁹

Diese Entscheidung hat der 2. Senat des BVerfG drei Jahre später unter Anwendung der sog. Kernbereichsformel aufgehoben und erkannt, dass ein solches Zutrittsrecht zu kirchlichen Einrichtungen nicht besteht. Nach Auffassung des 2. Senats existiert kein für alle geltendes Gesetz iSv. Art. 137 Abs. 3 WRV, das betriebsfremden Gewerkschaftsangehörigen ein Zutrittsrecht zu kirchlichen Einrichtungen

einräumt; insbesondere gewährleistet Art. 9 Abs. 3 GG kein allgemeines berufsverbandliches Zutrittsrecht für betriebsfremde Gewerkschaftsbeauftragte mit dem Ziel der Werbung, Information und Betreuung organisierter Belegschaftsmitglieder.²⁰

Dem ist das BAG ein Jahr später gefolgt. Es hat angenommen, dass die Gewerkschaften jedenfalls dann keinen unmittelbar aus Art. 9 Abs. 3 GG ableitbaren Anspruch auf Duldung gewerkschaftlicher Werbe-, Informations- und Betreuungstätigkeit durch betriebsfremde Gewerkschaftsbeauftragte in kirchlichen Einrichtungen haben, wenn sie in diesen Einrichtungen bereits durch betriebsangehörige Mitglieder vertreten sind; ob ihre betriebsangehörigen Mitglieder zu einer solchen gewerkschaftlichen Betätigung auch bereit sind, ist unerheblich.²¹

Im November 1995 hat der 1. Senat des BVerfG seine Rechtsprechung zu Art. 9 Abs. 3 GG »klargestellt« und das Missverständnis beseitigt, dass es in der Vergangenheit eine Kernbereichslehre anderen Inhalts gegeben hat. Er hat ausgeführt, der Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG beschränke sich nicht auf diejenigen Tätigkeiten, die für die Erhaltung und die Sicherung des Bestandes der Koalition unerlässlich sind; er umfasse alle koalitionspezifischen Verhaltensweisen. Dazu gehörten die Mitgliederwerbung durch die Koalition und ihre Mitglieder.²²

Im Jahr 2006 hat der 1. Senat des BAG unter Hinweis auf die im Jahr 1995 klargestellte Rechtsprechung des BVerfG einer Gewerkschaft erneut ein Zutrittsrecht von betriebsfremden Beauftragten zur Mitgliederwerbung in einem Betrieb eines nicht kirchlichen Arbeitgebers zuerkannt. Es hat ausgeführt, dass Gewerkschaften grundsätzlich einen Anspruch darauf haben, in Betrieben auch mit betriebsfremden Beauftragten Mitgliederwerbung zu betreiben, soweit überwiegende schützenswerte Interessen des Arbeitgebers und Betriebsinhabers nicht entgegenstehen. Dies gilt auch dann, wenn Arbeitnehmer des Betriebs bereits Mitglieder der Gewerkschaft sind.²³

Und um das Problem einer möglichen Fortsetzung der gegenwärtigen Rechtsprechungslinie auf die Spitze zu trei-

19 BAG, 14.2.1978 – 1 AZR 280/77 – AP GG Art. 9 Nr. 26, Leitsatz 1.

20 BVerfG, 17.2.1981 – 2 BvR 384/78; BVerfGE, 57, 220; dazu *H.-J. Otto*, Die verfassungsrechtliche Gewährleistung der koalitionspezifischen Betätigung, Stuttgart 1982.

21 BAG, 19.1.1982 – 1 AZR 279/81 – AP GG Art. 140 Nr. 10.

22 BVerfG, 14.11.1995 – 1 BvR 601/92 – BVerfGE 93, 352, Leitsatz.

23 BAG, 28.2.2006 – 1 AZR 460/04, Rn. 26 – AP GG Art. 9 Nr. 127.

ben: Dem 1. Senat des BAG liegt gegenwärtig ein Revisionsverfahren vor, in dem ein solcher Zutritt zu einem Betrieb eines kirchlichen Arbeitgebers verlangt wird.²⁴ Hier wird möglicherweise zu entscheiden sein, ob ein Zurückgehen auf das Jahr 1978 überhaupt möglich ist, oder ob die gesetzesgleiche Wirkung der Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 1981 eine solche Entscheidung ausschließt.

6. Vorhersehbare Entwicklung – Ankündigungsrechtsprechung

a) Grundsatz

Im Grundsatz gilt: Höchstrichterliche Urteile können schon deshalb durch nachfolgende Entscheidungen korrigiert werden, weil sie das Ergebnis eines – so das BVerfG – prinzipiell irrtumsanfälligen Erkenntnisprozesses sind.²⁵ Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine »vorhersehbare Entwicklung« sind daher eher gering. Für eine fremdbestimmte Rechtsprechungsänderung genügt es mE., wenn die Änderung der tatsächlichen und rechtlichen Bedingungen, von denen die Rechtsprechung bisher ausgegangen ist, erkennbar ist. Ebenso sollte es ausreichend sein, dass die Rechtsprechung mit juristischen Argumenten bekämpft wird, mit denen sich der Spruchkörper noch nicht auseinandergesetzt hat oder die er jetzt anders bewertet. Jedenfalls ist keine prognostische Beurteilung erforderlich, ob die Rechtsprechungskorrektur überwiegend wahrscheinlich war. Es genügt, dass diese jedenfalls nicht auszuschließen war.

b) Mögliches Mittel zur Vorbereitung einer Rechtsprechungsänderung: Die Ankündigungsrechtsprechung

Von Außenstehenden wird vielfach gefordert, dass der Spruchkörper die beabsichtigte Änderung seiner Rechtsprechung ankündigt. Die Zulässigkeit und der Wert einer Ankündigungsrechtsprechung sind umstritten. So besteht weitgehend Einigkeit, dass eine Ankündigungsrechtsprechung den Spruchkörper nicht bindet, künftige Streitfälle in der angekündigten Weise zu entscheiden. Sie legt jedoch nahe, dass sich die beteiligten Richter über die angekündigte Rechtsprechungslinie einig sind und bereits abschließend festgelegt haben. An späteren Entscheidungen wirken zwar vielfach dieselben berufsrichterlichen Mitglieder mit, regelmäßig aber andere ehrenamtliche Richter. Deren Entscheidungsfreiheit wird durch die vorherige Ankündigung sicher nicht beseitigt, zumindest aber beeinträchtigt. Die-

ser Punkt sollte bei der Frage, ob eine Rechtsprechungsänderung überhaupt angekündigt wird, nicht unbeachtet bleiben. Üblicherweise werden vertrauensbegründende und vertrauenszerstörende Ankündigungen unterschieden.

c) Beispiele für Ankündigungsrechtsprechung

(1) Bekanntgabe von Tarifverträgen

Der 4. Senat des BAG hat im Jahr 2007 infrage gestellt, ob an der Rechtsprechung von verschiedenen Senaten des BAG festzuhalten ist, dass § 8 TVG, wonach die Arbeitgeber verpflichtet sind, die für ihren Betrieb maßgebenden Tarifverträge an geeigneter Stelle im Betrieb auszulegen, nicht als Schutzgesetz iSv. § 823 Abs. 2 BGB, sondern nur als Ordnungsvorschrift angesehen wird, deren Verletzung keine Rechtsfolgen nach sich zieht.²⁶ Damit ist sicherlich die Frage, welche Rechtsfolgen die Missachtung von § 8 TVG hat, als zumindest offen zu bezeichnen. Allerdings hatte der Senat seit der Ankündigung im Frühjahr 2007 keine Gelegenheit hierüber zu befinden, weil diese Frage in keinem Rechtsstreit entscheidungserheblich war. Der Wert dieser Ankündigung liegt daher in ihrer vertrauenszerstörenden Wirkung. Allerdings wäre die Umsetzung der angekündigten Rechtsprechungsänderung für den 4. Senat auch nicht ganz unproblematisch geworden. Zwar war dieser nach dem seinerzeitigen und ist nach dem gegenwärtigen Geschäftsverteilungsplan des BAG für Fragen des Tarifvertragsrechts zuständig. Allerdings kann die Frage der Auslegung von § 8 TVG auch in Rechtsstreitigkeiten entscheidungserheblich sein, die vor anderen Senaten des BAG geführt werden. So hat sich etwa der 1. Senat im Rahmen eines Rechtsstreits um eine Sozialplanabfindung der bisherigen Auffassung des 4. Senats angeschlossen. Auch dies relativiert den Wert der Ankündigung des 4. Senats.

(2) Mitteilung einer Schwerbehinderung nach dem Kündigungsausspruch

Der 2. Senat des BAG hat seinen später tatsächlich vollzogenen Rechtsprechungswechsel zur Frage der Frist für die Mitteilung der Schwerbehinderteneigenschaft, die Voraussetzung für das Zustimmungserfordernis des Integrations-

²⁴ Az. beim BAG 1 AZR 552/10; der Verhandlungstermin ist für den 11.12.2012 anberaunt.

²⁵ BVerfG, 28.9.1992–1 BvR 496/87 – AP GG Art. 20 Nr. 15.

²⁶ BAG, 21.2.2007–4 AZR 258/06, Rn. 20 – nv.

amts nach § 85 SGB IX ist, in einer Entscheidung vom 12. Januar 2006 angekündigt.²⁷ Nach der ständigen Senatsrechtsprechung muss ein Arbeitnehmer, wenn er sich den Sonderkündigungsschutz nach § 85 SGB IX erhalten will, nach Zugang der – ordentlichen oder außerordentlichen – Kündigung innerhalb einer angemessenen Frist gegenüber dem Arbeitgeber seine bereits festgestellte oder zur Feststellung beantragte Schwerbehinderteneigenschaft geltend machen. Unterlässt der Arbeitnehmer diese Mitteilung, ist die Kündigung jedenfalls nicht bereits wegen der fehlenden Zustimmung des Integrationsamts unwirksam. Als Zeitraum für die »angemessene Frist« hatte der 2. Senat zuvor einen Monat angesehen. In der Entscheidung vom 12. Januar 2006 hat der Senat ausgeführt, er erwäge zukünftig, die Fristdauer dem für die Erhebung der Kündigungsschutzklage geltenden Zeitraum von drei Wochen anzugleichen. Allerdings war die Frage nach der Regelfrist angesichts der zum 1. Januar 2004 erfolgten Änderung von § 4 KSchG zu diesem Zeitpunkt bereits umfassend im arbeitsrechtlichen Schrifttum diskutiert worden. Bei dieser Äußerung handelte es sich ausschließlich um eine vertrauensbegründende Ankündigung. Diese war – da es sich um eine verfahrensrechtliche Frage handelte – für die Praxis allerdings von erheblicher Bedeutung.

(3) Auslegung von Bezugnahmeklauseln

Daneben gibt es auch Kombinationen von vertrauenszerstörenden und gleichermaßen vertrauensbegründenden Ankündigungen, wie sie etwa vom 4. Senat des BAG in eine Entscheidung im Jahr 2005 aufgenommen worden sind. Nach der bisherigen ständigen Rechtsprechung des 4. Senats war die Bezugnahme in einem von einem tarifgebundenen Arbeitgeber vorformulierten Arbeitsvertrag auf die für das Arbeitsverhältnis einschlägigen Tarifverträge in der jeweiligen Fassung regelmäßig als Gleichstellungsabrede auszulegen, wenn andere für die Auslegung dieser vertraglichen Bezugnahme gem. §§ 133, 157 BGB bedeutungsvolle Umstände dem nicht entgegenstehen. Diese Auslegungsregel beruhte auf der Vorstellung, dass mit einer solchen Vertragsklausel nur die etwa fehlende Tarifgebundenheit des Arbeitnehmers ersetzt werden soll. Die Klausel sollte zur schuldrechtlichen Anwendung der Tarifverträge auf das Arbeitsverhältnis mit dem Inhalt führen, wie er für die tarifgebundenen Arbeitnehmer gilt. Der 4. Senat hat demgegenüber in seiner Entscheidung vom 14. Dezember 2005 angekündigt, für dynamische Verweisungen auf ein-

schlägige Tarifverträge und Tarifwerke nicht mehr die Auslegungsregel zu verwenden, dass sie als bloße Gleichstellungsklauseln zu verstehen sind, wenn es keine innerhalb oder außerhalb der Vertragsurkunde liegenden, eine solche Annahme ausschließenden Anhaltspunkte gibt. Er hat aber gleichzeitig verlautbart, an der bisherigen Auslegungsregel für dynamische Inbezugnahmen einschlägiger Tarifverträge oder Tarifwerke für Altverträge, dh. solche, die vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes am 1. Januar 2002 abgeschlossen worden sind, festzuhalten.²⁸

III. Unionsrechtliche Rahmenbedingungen

1. Grundlagen

Nach Auffassung des EuGH zählen der Grundsatz der Rechtssicherheit, wie der Grundsatz des Vertrauensschutzes zu den allgemeinen Grundsätzen der Unionsrechtsordnung²⁹ und damit zum Primärrecht der Union.³⁰ Er erstreckt sich auf alle Rechtsakte der Union und verlangt, dass diese eindeutig und ihre Anwendung für die Betroffenen vorhersehbar sein müssen.³¹ Im Bereich der Rechtsprechung soll der Grundsatz der Rechtssicherheit ua. die einheitliche Anwendung der vom EuGH im Vorabentscheidungsverfahren entwickelten Rechtsbegriffe und rechtlichen Qualifizierungen des Primär- und Sekundärrechts gewährleisten.³²

Entscheidungen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 Abs. 3 AEUV) wirken grundsätzlich in die Vergangenheit zurück. Die Auslegung des Unionsrechts durch den EuGH ist deshalb von den mitgliedstaatlichen Gerichten auch auf Rechtsverhältnisse anzuwenden, die

27 BAG, 12.1.2006 – 2 AZR 539/05, Rn. 24 – AP SGB IX § 85 Nr. 3; die angekündigte Rechtsprechungsänderung ist im Urteil vom 11.12.2008 (– 2 AZR 395/07, Rn. 17 – AP BGB § 613a Nr. 362) vollzogen worden.

28 BAG, 14.12.2005 – 4 AZR 536/04, Rn. 19 – AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 39; die Rechtsprechungsänderung ist später tatsächlich vollzogen worden in BAG, 18.4.2007 – 4 AZR 652/05 – AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 53; die dagegen gerichtete und auf Vertrauensschutzgestützte Verfassungsbeschwerde ist vom BVerfG nicht zur Entscheidung angenommen worden, BVerfG, 21.4.2009 – 1 BvR 796/09.

29 EuGH, 15.12.1995 – C-415/93 [Bosman] Rn. 17 – EuGHE I 1995, 4921.

30 EuGH, 14.3.2000 – C-54/99 [Scientology] Rn. 23 – EuGHE I 2000, 1335.

31 EuGH, 15.12.1987 – Rs. 325/85 [Irland/Komm.] Rn. 18 – EuGHE 1987, 5041; 15.2.1996 – C-63/93 [Duff] Rn. 20, EuGHE I 1996, 569.

32 EuGH, 27.3.1980 – C- 61/79 [Denkavit Italiana] Rn. 15 – EuGHE 1980, 1205.

vor Erlass der Vorabentscheidung begründet wurden. Der EuGH hält sich allerdings aufgrund des Grundsatzes der Rechtssicherheit für berechtigt, bei einer zunächst unklaren Rechtslage, die erst durch seine Entscheidung eindeutig entschieden wird, die zeitlichen Wirkungen seiner Entscheidung auf die Zeit nach ihrer Verkündung zu beschränken. Allerdings beansprucht der EuGH für sich die Alleinständigkeit für den Ausspruch einer solchen zeitlichen Beschränkung. Nach der Rechtsprechung des EuGH muss die Beschränkung in dem Urteil selbst ausgesprochen werden, durch das über das Auslegungsersuchen entschieden wird.³³ In einem nachfolgenden Urteil kann der EuGH eine solche Beschränkung nicht mehr vornehmen.³⁴ Die zeitliche Beschränkung einer im Vorabentscheidungsverfahren getroffenen Entscheidung ist von zwei Voraussetzungen abhängig: (1.) Die unionsrechtliche Rechtslage muss unklar gewesen sein und (2.) die ex-tunc-Wirkung muss für die Betroffenen mit erheblichen wirtschaftlichen Risiken verbunden sein.

Beide Kriterien müssen kumulativ vorliegen. Ohne Bedeutung ist, dass in dem Mitgliedstaat eine unklare Rechtslage bestanden hat. Die Interessen der an dem Rechtsstreit des Vorabentscheidungsverfahrens beteiligten Parteien sind ohne Bedeutung. Im Gegenteil. Selbst wenn der EuGH die zeitliche Beschränkung der Wirkungen seiner Entscheidung ausspricht, nimmt er hiervon stets die Rechtsverhältnisse aus, in denen der vom Unanwendbarkeitsausspruch Begünstigte entweder Klage erhoben oder einen anderen geeigneten Rechtsbehelf eingelegt hat.³⁵ Zur Begründung hat der EuGH darauf hingewiesen, dass ansonsten der gerichtliche Rechtsschutz, den die Einzelnen aus dem Unionsrecht herleiten, in nicht gerechtfertigter Weise eingeschränkt werden würde.³⁶

Ein Antragsfordernis für den Ausspruch der zeitlichen Begrenzung der Entscheidung besteht nicht. Allerdings hat der EuGH eine entsprechende Einschränkung in der Vergangenheit nur vorgenommen, wenn die materiellen Voraussetzungen für eine durch den Grundsatz der Rechtssicherheit gebotene Begrenzung seiner Entscheidung vorlagen und ein solcher Ausspruch von einem Verfahrensbeteiligten – zu denen auch die nationalen Regierungen gehören können – angeregt worden ist.³⁷ Damit hat jeder Mitgliedstaat die Möglichkeit, unabhängig von dem Vorbringen der Parteien des Ausgangsrechtsstreits, die zeitlichen Wirkungen der Entscheidung des EuGH für »seine« Regelung auf die Zukunft zu beschränken.

2. Vertrauensschutz nach nationalem Recht?

a) Primärrecht

Hat sich der EuGH die Unanwendbarkeit einer nationalen Regelung ausgesprochen, sind die nationalen Gerichte an diese Entscheidung gebunden und haben sie ihrer Entscheidungsfindung zugrunde zu legen. Sind in dem Unanwendbarkeitsausspruch die zeitlichen Wirkungen des Urteils nicht beschränkt worden, ist es den nationalen Gerichten verwehrt, die dadurch bedingte Rechtsprechungsänderung nur mit Wirkung für die Zukunft vorzunehmen.³⁸ Dementsprechend haben insbesondere die Senate des BAG bei Verstößen gegen den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen³⁹ sowie im Bereich der Diskriminierung wegen des Alters⁴⁰ das Unionsrecht ohne zeitliche Beschränkung angewandt.

b) Sekundärrecht

Soweit ersichtlich, ist die Frage, ob die nationalen Gerichte im Rahmen der unionskonformen Auslegung die zeitlichen Wirkungen ihrer geänderten Rechtsprechung begrenzen können oder dürfen, weder verfassungsrechtlich noch unionsrechtlich abschließend als geklärt anzusehen. Die Frage wird von den bislang damit befassten Senaten des BAG bejaht. Zur Begründung wird auf die Rspr. des EuGH hingewiesen, wonach sich die Möglichkeiten und Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung nach dem jeweiligen nationalen Recht richten. Zu den bei der Auslegung zu beachtenden Grundsätzen zählt auch das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG. Ist eine richtlinienkonforme Rechtsfindung mit allen Mitteln der nationalen Methodenlehre nur unter Zuerkennung eines Vertrauensschutzes möglich, so kann sich dieser durchsetzen und das nationale Gericht zur Begrenzung der zeitlichen Wirkungen seiner geänderten Rechtsprechung berechtigen. Im Ergebnis haben die Senate Vertrauensschutz bei der Auslegung des

33 Vgl. etwa EuGH, 24.9.1998 – C-35/97 [Komm./Frankreich] Rn. 49 – EuGHE I 1998, 5325.

34 EuGH, 6.3.2007 – C-292/04, [Meilicke] Rn. 34 ff. – EuGHE I 2007, 1835.

35 EuGH, 8.4.1976 – Rs. 43/75 [Defrenne II] Rn. 74 f. – EuGHE 1976, 455.

36 EuGH, 4.5.1999 – C-262/96 [Sürül] Rn. 112 – EuGHE I 1999, 2685.

37 Das soll dem Vernehmen nach erstaunlicherweise in der Rs. Mangold nicht der Fall gewesen sein.

38 BVerfG, 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06, Rn. 84 – BVerfGE 126, 286.

39 BAG, 14.10.1986 – 3 AZR 66/83 – AP Art. 119 EWG-Vertrag Nr. 11.

40 BAG, 26.4.2006 – 7 AZR 500/04, Rn. 40 – AP TzBfG § 14 Nr. 21.

Zustimmungserfordernisses der Arbeitsverwaltung in § 17 KSchG gewährt, ihn aber im Zusammenhang mit der Änderung seiner Rechtsprechung zum Verfall des Urlaubsanspruchs versagt.⁴¹

In sog. Massenentlassungsfällen ging es um die Änderung der Auslegung des Begriffs »Entlassung« nach § 17 KSchG infolge der Entscheidung des EuGH in der Rechtsache »Junk«. Der 2. Senat des BAG führte aus, dass sich der Betroffene darauf verlassen dürfe, dass an einen abgeschlossenen Tatbestand nachträglich keine anderen, für ihn ungünstigeren Voraussetzungen gestellt würden als sie im Zeitpunkt der Vollendung des Sachverhalts gefordert worden seien. Der Bürger dürfe erwarten und sich darauf verlassen, dass sein zum Zeitpunkt der Handhabung rechtlich gefordertes Verhalten von der Rechtsprechung nicht nachträglich als rechtswidrig oder nicht ausreichend qualifiziert werde.⁴²

Die Frage, ob nach der Änderung der unionsrechtlichen Rechtslage weiterhin auf den Fortbestand der nationalen Rechtslage vertraut werden darf, kann eigentlich nur dann mit »Ja« beantwortet werden, wenn iS. eines *acte clair* ausgeschlossen werden kann, dass das »neue« Unionsrecht die nationale Rechtslage unberührt lässt. Deshalb kann sich auch der von einer Richtlinie Begünstigte bei der richtlinienkonformen Auslegung darauf verlassen, dass der anderen Partei kein Vertrauensschutz gewährt wird.⁴³

Insoweit wirken die unterschiedlichen Rechtskreise gleichermaßen vertrauensbegründend und vertrauenszerstörend. Bisher nicht abschließend geklärt ist allerdings die Frage, an welchen Zeitpunkt der nach nationalem Recht zu gewährende Vertrauensschutz anknüpft. Beginnt der Lauf einer vorhersehbaren Entwicklung iSd. Rechtsprechung des BVerfG mit (1.) dem Inkrafttreten der Richtlinie (wegen ihrer Vorwirkung), (2.) dem Ablauf ihrer Umsetzungsfrist, (3.) einem Vorlagebeschluss eines Arbeits- oder Landesarbeitsgerichts, (4.) dem Schlussantrag im Vorabentscheidungsverfahren oder (5.) erst mit der Entscheidung des EuGH?

Diese Frage ist mE. dahingehend zu beantworten, dass regelmäßig auf den Zeitpunkt des Ablaufs der Umsetzungsfrist abzustellen ist. Ab diesem muss die der begünstigten Partei unionsrechtlich vermittelte Rechtsposition zu deren Gunsten wirksam werden. Allerdings ist denkbar, dass die Bedeutung des Vertrauensschutzes zukünftig in den Hintergrund treten wird. Ausgangspunkt der diesbezüglichen Überlegung ist die Rechtsprechung des EuGH zur richtli-

nienkonformen Auslegung des Unionsrechts. Danach müssen die Gerichte eines Mitgliedstaats bei der Anwendung des innerstaatlichen Rechts dieses soweit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zwecks einer Richtlinie auslegen, um das in dieser festgelegte Ergebnis zu erreichen und so Art. 288 Abs. 3 AEUV nachzukommen. Allerdings hat auch die unionsrechtskonforme Auslegung die Grenzen richterlicher Gesetzesauslegung zu beachten. Diese werden bestimmt durch die allgemeinen Auslegungsregeln. Insoweit gilt nichts anderes als für die verfassungskonforme Auslegung. Verfassungs- und unionsrechtskonforme Auslegung dürfen zum Gesetzeswortlaut und zum klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers nicht in Widerspruch treten.⁴⁴ Diesen Vorbehalt erkennt auch der EuGH an. Er hat mehrfach ausgeführt, das innerstaatliche Gericht habe das nationale Gesetz zwar unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihm das nationale Recht einräume, aber nur »soweit wie möglich« richtlinienkonform auszulegen.⁴⁵

Ist eine richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts nicht möglich, findet dieses für Private weiter Anwendung. Die vom Unionsrecht begünstigte (Privat-) Partei, die ihre Rechtsstellung wegen des entgegenstehenden nationalen Rechts nicht durchsetzen kann, hat gegenüber der Bundesrepublik wegen der ungenügenden Umsetzung des Unionsrechts einen Schadenersatzanspruch.⁴⁶ Allerdings wird man auch einen Schadenersatzanspruch gegen die Bundesrepublik in Betracht ziehen können, wenn die Partei, die Dispositionen im Vertrauen auf das geschriebene nationale Gesetzesrecht getroffen hat, nur aufgrund einer richtlinienkonformen Auslegung ihr Verfahren verliert. Diesen Lösungsansatz über den Ersatz des Vertrauensschadens für »normale« Vertrauensfälle hat das BVerfG in seiner Honeywell-Entscheidung für das Primärrecht vorgegeben.⁴⁷ Es sind keine Gründe ersichtlich, einen entsprechenden Ausgleich auch im Bereich des Sekundärrechts

41 BAG, 24.3.2009–9 AZR 983/07, Rn. 47 – AP BUrtG § 7 Nr. 39; 23.3.2010–9 AZR 128/09, Rn. 101 – AP SGB IX § 125 Nr. 3.

42 BAG, 23.3.2006–2 AZR 343/05, Rn. 33 – AP KSchG 1969 § 17 Nr. 21; dem 2. Senat folgend auch der 6. Senat BAG, 13.7.2006–6 AZR 198/06 – AP KSchG 1969 § 17 Nr. 22.

43 Riesenhuber, Anm. AP KSchG 1969 § 17 Nr. 21.

44 BAG, 24.1.2006–1 ABR 6/05, Rn. 42 f. – AP ArbZG § 3 Nr. 8.

45 EuGH, 5.10.2004 – Rs. C-397/01 – [Pfeiffer] Rn. 113, 116 f. – AP EWG-Richtlinie Nr. 93/104 Nr. 12.

46 St. Rspr. des EuGH seit EUGH 19.11.1991 – C-6/90 u. C-9/90 [Francovich] Rn. 39 – NJW 1992, 165.

47 BVerfG, 6.7.2010–2 BvR 2661/06, Rn. 84 – BVerfGE 126, 286.

vorzusehen und auf die Gewährung von Vertrauensschutz zu verzichten.⁴⁸

IV. Schlussbemerkung

Gegenüber der Gewährung von Vertrauensschutz ist ein Vorbehalt angezeigt. Die Grundaussage seiner Befürworter ist: »Eine Partei, die sich auf eine bestimmte Rechtsprechung eingestellt, darf auch durch eine erforderliche Rechtsprechungsänderung keinen Nachteil erleiden.«

Und was ist mit der anderen Partei? Muss es nicht im Ausgangspunkt dabei bleiben, dass die Partei, die nach dem geschriebenen und ungeschriebenen Recht, wie es das Revisionsgericht versteht, aufgrund des festgestellten Sachverhalts in der Sache Recht hat, ihr Verfahren auch gewinnen soll? Die Partei hat regelmäßig eine mehrjährige und kostspielige gerichtliche Auseinandersetzung geführt, an deren Abschluss ihr zunächst die Richtigkeit ihrer Rechtsauffassung bestätigt wird. Werden die Wirkungen einer Rechtsprechungsänderung zeitlich begrenzt, wird sie dennoch und nur deshalb um den Prozesserverfolg gebracht, weil die Gerichte zuvor nicht in ihrem Sinn entschieden haben. Dies spricht für die Auffassung des EuGH, jedenfalls der Partei, die die zutreffende Rechtsansicht vertreten hat, den Prozesserverfolg nicht zu versagen. Hiervon mag man eine Ausnahme machen, wenn zB. der Arbeitgeber aufgrund der

Verwaltungspraxis der Bundesagentur keine Chance hatte, sich rechtskonform zu verhalten. Vielleicht ist aber auch hier die soeben⁴⁹ angesprochene Gewährung von Schadenersatz die methodisch bessere Lösung.

Vielleicht verdeutlicht aber ein Beispiel mein Anliegen mehr als alle theoretischen Ausführungen: Ein Arbeitnehmer bittet einen Rechtsanwalt in einer Kündigungsangelegenheit um Rechtsrat. Dieser klärt ihn auf, dass er nach der gegenwärtigen Rechtsprechung des BAG seinen Kündigungsschutzprozess verlieren wird. Der Anwalt meint aber, dass er neulich einen Aufsatz eines Göttinger Ordinarius gelesen habe, in dem dieser nachvollziehbar und sehr scharfsinnig vertreten habe, dass diese Rechtsprechung, die dem gemeinsamen Prozesserverfolg entgegenstehe, nicht überzeugend sei und korrigiert werden müsse. Der Arbeitnehmer fragt den Anwalt, ob er nicht mit seinem Verfahren dem BAG die Gelegenheit geben solle, zu einer besseren Rechtskenntnis zu gelangen. Der Anwalt entgegnet, das sei im Prinzip eine gute Idee; allerdings müsse er ihn redlicherweise darüber belehren, dass er selbst in diesem Fall mit seiner Kündigungsschutzklage voraussichtlich keinen Erfolg haben werde. Auf die ungläubige Frage des Arbeitnehmers wieso, klärt ihn der Anwalt über das Rechtsstaatsprinzip auf.

⁴⁸ So zutreffend *Spelge*, FA 2011, 34, 36; *Wißmann*, FS Bauer, 2011, S. 1161, 1168.

⁴⁹ Unter III. 2. b.

Zum Schutz des Vertrauens in den Fortbestand von Rechtsprechung im Sozialrecht¹

Prof. Dr. Ulrich Steinwedel, Vorsitzender Richter am Bundessozialgericht, Kassel

Nachdem Ulrich Koch² eine allgemeine Einführung in die Problemstellung gegeben und sie sodann aus der Sicht des BAG erläutert hat, sollen die folgenden Ausführungen das Thema aus der Sicht des BSG behandeln. Ziel dieses Beitrags ist nicht die akribische Auswertung statistischer Erhebungen³, sondern eher eine Art »Stimmungsbild«. In dessen Rahmen soll zwischen der Binnensicht und der Außensicht unterschieden werden. Es gilt also zunächst zu

fragen, welchen Stellenwert das BSG selbst dem Schutz von Vertrauen in die eigene Rechtsprechung beimisst (I.), und

¹ Antrittsvorlesung vom 27. Januar 2012 anlässlich der Bestellung zum Honorarprofessor an der Georg-August-Universität Göttingen. Die Vortragsform wurde beibehalten.

² S. 159 ff. in diesem Heft.

³ Wie zu BGH, BVerwG und BAG das verdienstvolle Werk von *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl., Baden-Baden 2011, S. 96 ff.

sodann, welchen Stellenwert der entsprechende Vertrauensschutz von außen betrachtet genießt (II.) – und »außen« heißt hier vor allem: von Seiten des BVerfG.

I. Binnensicht

Die Zivilgerichte und damit auch die Arbeitsgerichte tun sich mit der Gewährung von Vertrauensschutz in ihre eigene Rechtsprechung auch deshalb schwer, weil man dadurch den Prozessgegner benachteiligen würde. Schließlich hat ja dieser den Vertrauenstatbestand nicht selbst geschaffen.

Auf dieser Grundlage sollte man meinen, dass sich beim BSG ein wahrer Tummelplatz für den Vertrauensschutz aufbaut: Hier sind wir ja im öffentlichen Recht. Typischerweise spielt sich ein Gerichtsverfahren des BSG damit nicht zwischen zwei Grundrechtsträgern ab, die beide aus vertrauensschützenden Grundrechten oder aber aus grundrechtlichen Positionen iVm. dem rechtsstaatlichen Vertrauensschutz argumentieren können (also den üblichen Prüfungsmaßstäben für einen Vertrauensschutz). Vielmehr steht meist ein einzelner Bürger, der Sozialleistungen geltend macht oder sich gegen die Auferlegung von Beiträgen wehrt, einer Sozialbehörde, einem Leistungsträger gegenüber. Im Bereich der Sozialversicherung streitet in der weit überwiegenden Mehrzahl aller Fälle ein Versicherter gegen einen Versicherungsträger. Ein solcher aber ist nicht grundrechtsfähig.⁴ Dies wiederum könnte dafür sprechen, den Vertrauensschutz für den Einzelnen, den Anspruchsteller, den Versicherten großzügig eingreifen zu lassen: Man muss dessen Interessen ja nicht mit denen eines anderen Grundrechtsträgers abwägen, austarieren.

Mit der uns Juristen eigenen Skepsis wird der geneigte Leser jedoch – einstweilen – noch Zweifel anmelden, ob beim BSG in der Tat der Schutz des Vertrauens in die Rechtsprechung – also in die bisherige eigene Rechtsprechung – die überragende Rolle spielt. Vielleicht hält er sogar einen derartigen Vertrauensschutz in die Rechtsprechung für überflüssig.

Die folgenden Ausführungen sollen dazu dienen darzulegen, dass das BSG (1.) den Vertrauensschutz in seine Rechtsprechung praktiziert, und dass es (2.) recht daran tut. Auf dieser Grundlage gilt es dann, seinen Stellenwert – zunächst aus der Binnensicht – näher zu bestimmen (3.).

1. Vertrauensschutz in der Rechtsprechung des BSG

Freilich ist es nicht ganz so einfach festzustellen, dass für das BSG der Schutz des Vertrauens in seine eigene Rechtsprechung eine Rolle spielt.

a) Skeptische Äußerungen

Denn zwar findet man in einigen Entscheidungen des BSG durchaus Ausführungen zum Schutz von Vertrauen in die eigene Rechtsprechung. Davon ist eine mit höchster Autorität ausgestattet, nämlich eine Äußerung des Großen Senats. Gerade dieser Beschluss des Jahres 1971⁵ spricht jedoch nicht dafür, als käme dem Vertrauensschutz eine große praktische Bedeutung zu:

»Durch die Entscheidung des Großen Senats wird auch nicht im Sinne einer unzulässigen Rückwirkung in Tatbestände, die in der Vergangenheit liegen, eingegriffen. Denn eine rückwirkende Änderung der Rechtsprechung ist gesetzlich möglich. Das gilt auch für den vorliegenden Fall. Die Beteiligten konnten auf den Fortbestand der seitherigen BSG-Rechtsprechung in einem besonders schutzwürdigen Sinne (...) nicht vertrauen. Denn die seitherige Rechtsprechung des BSG ist seit Jahren Gegenstand der Kritik gewesen (...). Von einer ‚überraschenden‘ Entscheidung kann hier sonach nicht gesprochen werden. Aber auch unabhängig hiervon besteht kein Grundsatz, daß der Bürger auf den Fortbestand der seitherigen Rechtsprechung uneingeschränkt vertrauen könne.«

Daraus folgt, dass eine Berücksichtigung des Vertrauens allenfalls bei einer *besonderen* Schutzwürdigkeit in Betracht kommt, zB. bei einer überraschenden Entwicklung, etwa bei Änderung einer bisher nicht umstrittenen Rechtsprechung: Hierin kommt kein beeindruckend hoher Stellenwert zum Ausdruck. Dafür mag auch sprechen, dass bei kursorischer Durchsicht vieler anderer Urteile, mit denen eine Rechtsprechung geändert wurde, kaum solche zu finden sind, in denen Vertrauensschutz eine Rolle spielt.

Ein Beispiel dafür ist der »Verkehrsraum«-Fall⁶: Zuletzt hatte das BSG noch im Jahre 1996 zu einem Wegeunfall entschieden, dass der Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung erst dann entfällt, wenn der Versicherte den öffentlichen Verkehrsraum verlässt, also zB. erst beim Betreten

⁴ Vgl. BVerfG, 1.7.2004 – 1 BvQ 20/04 – BVerfGK 3, 300.

⁵ BSG, 21.12.1971 – GS 4/71 – BSGE 34, 1, 21 f.; unter Hinweis ua. auf die Entscheidung des Großen Senats des BAG zur Aussperrung: BAG, 21.4.1971 – GS 1/68 – AP GG Art 9 GG Arbeitskampf Nr. 43 = BAGE 22, 292.

⁶ BSG, 9.12.2003 – B 2 U 23/03 R – BSGE 91, 293 = SozR 4 – 2700 § 8 Nr. 3.

des Ladens, für dessen Besuch er seine Heimfahrt unterbrochen hatte. Im Jahre 2003 ändert es seine Rechtsprechung zuungunsten des Versicherten: Der Versicherungsschutz entfällt hiernach bereits mit dem Verlassen des Fahrzeugs. Die alte Rechtsprechung sei aus Gründen der Praktikabilität und Rechtsklarheit und angesichts geänderter Verkehrsverhältnisse nicht mehr zu rechtfertigen. Die Möglichkeit, an der Rechtsprechung aus Vertrauensschutzgründen festzuhalten, wird nicht diskutiert.

Ein weiteres Beispiel bietet der »Rückgriff«-Fall⁷: Bisher (zuletzt knapp vier Jahre zuvor) hatte das BSG entschieden, dass die Kassenärztliche Vereinigung Vergütungen, die eine Krankenkasse für unwirtschaftliche Leistungen eines Vertragsarztes gezahlt hat, dann nicht zu erstatten hat, wenn ihr selbst ein Rückgriff gegen den Arzt nicht mehr möglich ist. In einem entsprechenden Fall hatte sich das LSG dieser Rechtsprechung angeschlossen; es hatte ausgeführt, »aus Gründen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes« sei hieran »trotz gewichtiger Einwände festzuhalten«. Das BSG teilt diese Erwägungen der Vorinstanz unter I. seiner Gründe mit, ändert jedoch dennoch seine Rechtsprechung, denn »Wortlaut, Standort und Sinnzusammenhang [der einschlägigen Vorschrift] lassen eine Auslegung [iSd. alten Rechtsprechung] nicht zu«; ein eigenes Wort zum Vertrauensschutz verliert es wiederum nicht. Diese Beispiele lassen sich – im Sinne der Skeptiker – durchaus noch vermehren.

b) Befürwortende Äußerungen

Allerdings kann man dem einige Urteile des BSG entgegensetzen, die dem Vertrauensschutz in bestehende Rechtsprechung eine entschieden höhere Bedeutung zubilligen oder doch zuzubilligen scheinen. Der 12. Senat des BSG zB. führte 1975 aus⁸:

»Nach alledem lassen sich hier sowohl für die vom BSG bisher in ständiger Rechtsprechung vertretene als auch für die von der Beklagten vorgetragene gegenteilige Auffassung gute Gründe anführen. Der Senat hat deshalb geprüft, ob die bisherige Rechtsprechung des BSG aufgegeben werden sollte. Zutreffend macht die Beklagte in diesem Zusammenhang geltend, daß kein Rechtsgrundsatz dahin besteht, der Bürger dürfe auf den Fortbestand einer Rechtsprechung uneingeschränkt vertrauen. Selbst eine höchstrichterliche Rechtsprechung muß sich vielmehr immer wieder in Frage stellen lassen. Vorgefundene Präjudizien sind deshalb stets aufs Neue zu überprüfen (...). Dabei ist aber ein strenger Maßstab anzulegen. Im Interesse der Rechtssicherheit muß der Stetigkeit (Stabilität) der Rechtsprechung großes Gewicht beigemessen werden. Aufgabe aller obersten Gerichts-

höfe des Bundes ist es nicht zuletzt, mit der Entscheidung von Einzelfällen eine stetige, für die Praxis sowohl der Verwaltung als auch der Instanzgerichte und damit für das Rechtsleben überhaupt richtunggebende einheitliche Linie der Rechtsprechung zu entwickeln (...). Daraus folgt wiederum, daß ein Oberster Gerichtshof von seiner bisherigen Rechtsprechung nicht abweichen sollte, sofern – wie hier – sowohl für die eine als auch für die andere Ansicht gute Gründe sprechen (...). Das sollte um so weniger geschehen, wenn diese Rechtsprechung – was hier ebenfalls zutrifft – inzwischen zur allgemeinen Grundlage der Verwaltungspraxis geworden ist; denn es widerspricht den verfassungsrechtlichen Grundsätzen der Rechtssicherheit, der Gleichbehandlung und des Vertrauensschutzes⁹, eine solche höchstrichterliche Rechtsprechung ohne schwerwiegende Gründe zu ändern. Der Senat hält deshalb an der vom BSG bisher in ständiger Rechtsprechung vertretenen und inzwischen auch im Schrifttum nahezu uneingeschränkt geteilten Auffassung (...) fest.«

Ähnliche, wenn auch nicht so eingehende Ausführungen lassen sich auch in weiteren Entscheidungen des BSG finden, die davon Abstand nehmen, eine bestehende Rechtsprechung zu ändern. Ist damit aber der Beweis geführt, dass das BSG in der Tat einen Schutz von Vertrauen in die eigene Rechtsprechung praktiziert? Man könnte ja noch einwenden, dass entsprechende Zitate doch nichts über den Stellenwert des Vertrauensschutzes in bestehende Rechtsprechung aussagen: Sie beweisen nicht, dass die konkreten Entscheidungen tatsächlich anders ausgefallen wären, gäbe es diesen Vertrauensschutz nicht. Denn es könnte doch sein, dass das Argument »Vertrauensschutz« nur dort erwähnt wird, wo es zu dem ohnehin beabsichtigten Ergebnis passt.

Für sich allein ist dieses Argument natürlich schlüssig. Es stimmt auch in der Tat bedenklich, dass man Äußerungen zum Schutz des Vertrauens in die bisherige Rechtsprechung – mit Ausnahme der oben (unter 1. a) zitierten Ausführungen des Großen Senats¹⁰ – nur in Urteilen findet, die an dieser Rechtsprechung festhalten. Auch wird man kaum ein Urteil finden, das ausführt, eine Rechtsprechung

⁷ BSG, 10.5.1995 – 6 RKA 18/94 – BSGE 76, 120 = SozR 3 – 5545 § 24 Nr. 10.

⁸ BSG, 29.10.1975 – 12 RJ 290/72 – BSGE 40, 292 = SozR 5050 § 16 Nr. 9.

⁹ Hervorhebung nur hier.

¹⁰ Dort liegt im Übrigen nahe, dass der Vertrauensschutz in den Beratungen durchaus eine Rolle gespielt hatte und der zitierte Passus hierauf Bezug nimmt: Immerhin hatte im Vorfeld der Entscheidung des Großen Senats der 4. Senat des BSG in einer mündlichen Verhandlung angekündigt, sich der neuen (dann durch den Großen Senat bestätigten) Rechtsprechung anschließen zu wollen, jedoch mit dem Hinweis auf Vertrauensschutzwägungen erreicht, dass der Rentenversicherungsträger seine Revision zurücknahm: BSG, Presse-Mitteilung Nr. 61/71 vom 20.9.1971, zu Nr. 5 und 6.

sei zwar falsch, jedoch mit Rücksicht auf den Vertrauensschutz fortzusetzen. Dies schließt aber wiederum andererseits nicht aus, dass bei der Entscheidung zwischen zwei vertretbaren Rechtsansichten schließlich der Vertrauensschutz das ausschlaggebende Argument liefert.

c) Ankündigungsrechtsprechung

Jedenfalls kann eine Reihe von Urteilen benannt werden, bei denen der Vertrauensschutz in bestehende Rechtsprechung mit hinreichender Deutlichkeit das Ergebnis beeinflusst hat: Diese Entscheidungen wären in der Tat anders ausgefallen, gäbe es diesen Vertrauensschutz nicht.

Es handelt sich dabei um jene Entscheidungen, mit denen das BSG zu einer Ankündigungsrechtsprechung gegriffen hat. Gemeint ist, dass das Revisionsgericht eine Rechtsprechungsänderung im konkreten Einzelfall noch gar nicht greifen lässt, sondern (lediglich) ankündigt, in Zukunft anders als bisher verfahren zu wollen, oder – schwächer – sich darauf beschränkt, durch entsprechende Andeutungen das Vertrauen in die bisherige Rechtsprechung entfallen zu lassen. Dies aber sind Entscheidungen, bei denen kaum abgestritten werden kann, dass sie anders ausgefallen wären, gäbe es den Vertrauensschutz nicht. Ein Beispiel ist die Rechtsprechung zur Kaug-Vorfinanzierung.

(1) Ankündigungsrechtsprechung materielles Recht

Im Rahmen der Bemühungen, Unternehmenssanierungen in der Insolvenz zu ermöglichen, hatte sich die Vorfinanzierung des Konkursausfallgelds (Kaug) als brauchbares Instrument erwiesen. Sie wurde teilweise so praktiziert, dass eine Bank den Arbeitnehmern Darlehen in Höhe des Nettolohns gewährte und als Sicherheit die Arbeitsentgeltansprüche abgetreten erhielt. Diese konnte sie dann später als Ansprüche auf Kaug gegenüber der (damaligen) Bundesanstalt für Arbeit geltend machen. Diese Praxis konnte Zweifel erwecken, weil nach § 400 BGB Forderungen nur hinsichtlich des pfändbaren Teils abgetreten werden können. Dennoch hatte das BSG ursprünglich (1984) den Banken die Ansprüche auf Kaug in voller Höhe zugesprochen.¹¹ Später überwogen dann jedoch die Bedenken, weil die Arbeitnehmer im Kreditierungs-Modell ja lediglich ein Darlehen erhielten und somit dem Rückforderungsrisiko ausgesetzt blieben, wenn die Bank die Ansprüche auf Kaug nicht durchsetzen konnte. Deshalb ließ das BSG in einem Urteil des Jahres 1992 – im Hinblick auf das durch die frühere Entscheidung erzeugte Vertrauen – das Kreditie-

rungs-Modell noch einmal zu, kündigte jedoch an, bei Vorfinanzierungen nach Veröffentlichung des neuen Urteils insoweit § 400 BGB anzuwenden, also Abtretung nur im Rahmen der Pfändbarkeit zu akzeptieren.¹² Dies führte in der Praxis der Vorfinanzierung zur Ablösung des Kreditierungs- durch das Forderungskauf-Modell.

In den Fällen einer Ankündigungsrechtsprechung entscheidet das BSG also trotz einer beabsichtigten Änderung der Rechtsprechung noch einmal zugunsten des Beteiligten, der nach der neuen, geänderten Rechtsprechung eigentlich den Prozess hätte verlieren müssen; er durfte jedoch aus Vertrauensschutzgründen (noch einmal) gewinnen.

(2) Ankündigungsrechtsprechung Prozessrecht

Ein weiteres Einsatzfeld für eine Ankündigungsrechtsprechung ist das Prozessrecht. Konkret ging es zB. einmal um die beabsichtigte Verschärfung der Formerfordernisse für eine Sprungrevision¹³. Für den konkreten Fall wandte das BSG jedoch die bisherige Rechtsprechung noch einmal an und begründete dies mit folgendem Kernsatz: Das »Rechtsstaatsprinzip in seiner Ausprägung als Gebot des vorhersehbaren und fairen gerichtlichen Verfahrens [verlangt], daß solche Rechtsmittel, die nach den bisher geltenden Grundsätzen als formgerecht eingelegt anzusehen waren, nicht nachträglich für unzulässig erklärt werden.«

d) Fazit

Die vorrangige Frage ist also wie folgt zu beantworten. In der Rechtsprechung des BSG *gibt* es den Vertrauensschutz in den Fortbestand der eigenen Rechtsprechung (wenn auch möglicherweise nicht immer und überall).

2. Erforderlichkeit des Vertrauensschutzes

Daran schließt sich die Frage an: Ist ein Schutz des Vertrauens in die Rechtsprechung überhaupt notwendig? Wenn ja: Welches sind die geeigneten Fälle?

a) Grundsätzliches

Insoweit muss die Antwort für das BSG anders ausfallen als für das BAG.¹⁴ Dies gilt einerseits aus den schon am

11 BSG, 23.10.1984 – 10 RA r 6/83 – SozR 4100 § 141e Nr. 7.

12 BSG, 8.4.1992 – 10 RA r 12/91 – BSGE 70, 265 = SozR 3 – 4100 § 141k Nr. 1.

13 BSG, 2.12.1992 – 6 RKa 5/91 – SozR 3 – 1500 § 161 Nr. 3.

14 Vgl. Koch, SR 4/2012, nnn ff. (in diesem Heft).

Anfang angeführten Gründen, die aus dem Gegensatz zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht folgen. Gleichzeitig aber ist im Sozialrecht ein solcher Vertrauensschutz in den typischen, vor dem BSG verhandelten Fällen auch gar nicht nötig. Nehmen wir den oben (unter 1. a) angeführten »Verkehrsraum«-Fall. Dort mag es zwar nicht ganz auszuschließen gewesen sein, dass die verunfallte Klägerin schon vor ihrem Unfall von der alten »Verkehrsraum«-Rechtsprechung gehört hatte. Sie hatte aber doch bestimmt nicht im Hinblick darauf ihren Unfall beim Überqueren der Straße auf dem Weg zu ihrem Fischgeschäft geplant; damit hatte sie jedenfalls kein Vertrauen betätigt, also keine Dispositionen im Vertrauen auf die Rechtsprechung getroffen. Dies schließt natürlich nicht aus, dass sie den Rechtsweg beschritten hat, weil sie eben diese Rechtsprechung kannte.

Auch wenn man es nicht mit einem derartigen Unfallgeschehen zu tun hat, gilt doch ganz generell: Meint jemand, eine Rechtsprechung des BSG wirke sich zu seinen Gunsten aus, wird dieses Vertrauen typischerweise lediglich zu einem Leistungsantrag beim Träger führen, natürlich in der Hoffnung, dass sich der vermeintliche Anspruch auch durchsetzen lassen werde. Die bloße Stellung eines Antrags auf Sozialleistungen ist jedoch keine Vermögensdisposition; und das Weiterverfolgen dieses Antrags nach Ablehnung durch den Leistungsträger verursacht allenfalls Kosten für die Rechtsvertretung.¹⁵

Das heißt aber: In der Sozialgerichtsbarkeit werfen nur recht wenige Fallkonstellationen echte Vertrauensschutzprobleme auf. Anders als bei der Änderung einer arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung, auf die sich viele Arbeitgeber und noch mehr Arbeitnehmer in ihrer Vertragsgestaltung eingestellt haben, anders auch als bei einer Änderung der Rechtsprechung zu dispositionsbezogenen Steuernormen, wird im Sozialrecht nur selten einmal eine Vertrauensbetätigung im Sinne einer (Vermögens-)Disposition im Hinblick auf eine bestimmte Rechtsprechung vorliegen. Damit erklären sich auch die Entscheidungen im Fall des Großen Senats und im »Rückgriff«-Fall (beide ebenfalls unter 1. a) erwähnt): Dort ging es jeweils nicht um ein betätigtes Vertrauen.

b) Vertrauensschutz und Dispositionen

Ein Gegenbeispiel war jedoch der (unter 1. c) (1) erwähnte »Kaug-Vorfinanzierungs«-Fall. Dort gab es in der Tat Dispositionen, von denen nahelag – ohne dass dies konkret ermittelt worden wäre –, dass sie im Vertrauen auf die alte

Rechtsprechung erfolgt waren. Wenn den darlehensgewährenden Banken klar gewesen wäre, dass der Arbeitsentgeltanspruch nur hinsichtlich des pfändbaren Teils auf sie übergehen würde, sie sich also nur insoweit an die Bundesanstalt für Arbeit wenden können, hätten sie wohl das Konkursausfallgeld nicht in dieser Weise vorfinanziert. Sie hätten sich nicht nur bei vorheriger Praktizierung der neuen Ansicht irgendwie »anders verhalten«;¹⁶ sondern konkret andere Vermögensdispositionen getroffen. Ähnlich ist die Sachlage auch in den anderen dargestellten Fällen einer Ankündigungsrechtsprechung – typischerweise auch bei solchen auf prozessrechtlichem Gebiet. Kurz: Betätigtes Vertrauen verdient Berücksichtigung, jedenfalls insoweit braucht man den Schutz des Vertrauens in den Fortbestand von Rechtsprechung.

3. Stellenwert aus der Binnensicht

Damit ist aber auch der Stellenwert des Schutzes von Vertrauen in die Rechtsprechung aus der Binnensicht des BSG näher bestimmt: Der Schutz des Vertrauens in den Fortbestand von Rechtsprechung existiert auch in der Rechtsprechung des BSG. Nicht (natürlich nicht) als absolute Barriere, die Rechtsprechungsänderungen aufgrund besserer Einsicht verhindern könnte. Ist jedoch kein deutliches Überwiegen der Argumente für eine Änderung der Rechtsprechung festzustellen, mag der Vertrauensschutz in den Fortbestand der Rechtsprechung im Einzelfall dazu führen, dass die Rechtsprechungsänderung von vornherein unterbleibt.

Kommt es aber zur Rechtsprechungsänderung in einem der (seltenen) Fälle, in denen schutzwürdige Dispositionen im Vertrauen auf die frühere Rechtsprechung entweder stattgefunden haben oder zumindest naheliegen, bietet sich die Gewährung von Vertrauensschutz in Form der Ankündigungsrechtsprechung an. Dies gilt auch bei Änderung einer Rechtsprechung zu prozessualen Pflichten oder Anforderungen.

Fragt man freilich nach der Legitimation eines solchen Vorgehens, wird die Argumentationsbasis etwas dürftig. Denn man geht ja allgemein davon aus, dass kein schutzwürdiges Vertrauen in den Fortbestand einer Rechtsprechung besteht. Damit ist jedoch andererseits noch kein Verbot der Berücksichtigung von Vertrauensschutzwä-

¹⁵ Vgl. BSG, 29.8.2006 – B 13 RJ 47/04 R, Rn. 89.

¹⁶ Kähler (Fn. 3), S. 360.

gungen ausgesprochen. Ein solches Verbot könnte allenfalls aus Positionen des Prozessgegners hergeleitet werden, der ohne den Vertrauensschutz gewonnen hätte. Ist Prozessgegner jedoch der Staat, kann dieser keine grundrechtsbewehrten Interessen geltend machen (dies gilt natürlich auch bei einem Rechtsstreit zwischen öffentlich-rechtlichen Trägern, wie im oben bei 1. a) angeführten »Rückgriff«-Fall). Geht es hingegen um eine Ankündigungsrechtsprechung im Prozessrecht, sind Vertrauensschutzerwägungen stets gerechtfertigt. Denn die Prozessgrundrechte gelten auch zugunsten öffentlich-rechtlicher Körperschaften.¹⁷ Und da es keinen festgelegten Kanon gibt, was als Argument für und gegen eine Rechtsprechungsänderung verwendet werden kann – und dies heißt auch: für und gegen die Praktizierung einer Rechtsprechungsänderung (bereits) im konkreten Einzelfall –, sind die Gerichte frei, die für sie ausschlaggebenden Richtigkeitsargumente zu bestimmen.

II. Stellenwert des Vertrauensschutzes in Rechtsprechung: Außensicht

1. Vertrauensschutz gegen Rechtsprechungsänderung

Wenn jemand aus Außensicht autoritativ darüber zu befinden hat, welchen Stellenwert der Schutz des Vertrauens in den Fortbestand von Rechtsprechung des BSG genießt, so ist es das BVerfG. Und in der Tat gibt es drei einschlägige Entscheidungen: zwei Kammerbeschlüsse, die sich dazu äußern, ob Einzelpersonen vor einer Rechtsprechungsänderung des BSG zu schützen waren, und einen Senatsbeschluss, bei dem es um den Schutz einer Rechtsprechung des BSG vor einer rückwirkenden Gesetzesänderung ging.

Die Kammerbeschlüsse¹⁸ bieten (durchaus artgerecht) keine besonderen Einsichten. Sie bewegen sich auf der Linie dessen, was das BVerfG schon immer gesagt hat¹⁹: Es bestehen keine verfassungsrechtlichen (verfassungsgerichtlichen) Hindernisse für eine stimmig begründete Änderung der Rechtsprechung. Dementsprechend ist auch keine Entscheidung des BVerfG ersichtlich, die einem Gericht verboten hätte, aus Vertrauensschutzgründen von einer Änderung der Rechtsprechung abzusehen. In dieser Hinsicht kann das BSG mit der Rechtsprechung des BVerfG zum Stellenwert des Schutzes von Vertrauen in die Rechtsprechung ganz zufrieden sein. Denn man kann davon ausge-

hen, dass das BSG seine Rechtsprechung, wenn es sie ändert, dies (zumindest) »stimmig begründet«.

2. Bestehende Rechtsprechung und Gesetzesänderung

Zweifel wirft hingegen eine Entscheidung des BVerfG zu einer weiteren Fallkonstellation auf. Sie ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass ein Versicherter oder ein Leistungsträger, dem eine bestimmte Rechtsprechung nicht gefällt, versuchen kann, in einem neuen Prozess das BSG davon zu überzeugen, seine Rechtsprechung zu ändern. Weniger einem einzelnen Versicherten, vielmehr den Trägern (oder ihren Verbänden) steht freilich eine weitere Abhilfemöglichkeit gegen eine nicht genehme Rechtsprechung zu Gebote: Sie können eine Gesetzesänderung initiieren.

a) Beispielsfall

Der Beispielsfall stellt sich verkürzt wie folgt dar. Der Gesetzgeber schränkte 1996 eine sozialrechtliche Leistungsnorm empfindlich ein. In einer speziellen Frage waren jedoch weder Wortlaut noch Materialien eindeutig. Die Rentenversicherungsträger und die Instanzgerichte entschieden sich für eine restriktive Lösung; anders ein Rentensenat des BSG in einem Urteil des Jahres 2001²⁰. Die Rentenversicherungsträger beschlossen, diesem Urteil nicht zu folgen (im Steuerrecht nennt man so etwas: Nichtanwendungserlass). Die Meinungen in den Instanzen waren geteilt; die Instanzgerichte ließen einschlägige Revisionen zu, um dem BSG Gelegenheit zu geben, seine Rechtsprechung zu überprüfen. Die Rentenversicherungsträger aktivierten den Gesetzgeber.

Am 11. März 2004 kam es dann zu einem Showdown: Am Vormittag dieses Tages bestätigte ein weiterer Rentensenat des BSG²¹ das 2001 ergangene Urteil – und am Nachmittag beschloss der Bundestag in zweiter und dritter Lesung ein auf das Jahr 1996 rückwirkendes Gesetz, mit dem er »klarstellte«, dass er von Anfang an die restriktive

¹⁷ Träger der »Prozessgrundrechte« sind auch Körperschaften des öffentlichen Rechts: zB. BVerfG, 08.07.1982 – 2 BvR 1187/80 – BVerfGE 61, 82, 104 f.

¹⁸ BVerfG, 7.2.2007 – 1 BvR 2602/03 – SozR 4–2400 § 28h Nr. 3 Rn. 15; BVerfG, 4.8.2004 – 1 BvR 1557/01 – BVerfGK 4, 12, 14 f. = SozR 4–8570 § 5 Nr. 4 Rn. 11.

¹⁹ Jedenfalls seit BVerfG, 11.11.1964 – 1 BvR 488/62 – BVerfGE 18, 224, 240 f.; in neuerer Zeit zB. BVerfG, 26.9.2011 – BvR 2216/06, Rn. 64 – NJW 2012, 669.

²⁰ BSG, 30.8. 2001 – B 4 RA 118/00 R – BSGE 88, 288 = SozR 3–5050 § 22b Nr. 2.

²¹ BSG, 11.3.2004 – B 13 RJ 44/03 R – BSGE 92, 248 = SozR 4–5050 § 22b Nr. 1.

Lösung gemeint hatte. Dieses Gesetz war noch nicht verkündet, sondern wurde noch im Bundesrat verhandelt, als sich auch der letzte der (zu jener Zeit) drei Rentensenate des BSG der Rechtsprechung anschloss²².

Auf dieser Grundlage wird nicht allzu sehr wundern, dass im Jahre 2006 einer jener Rentensenate das inzwischen in Kraft getretene »klarstellende« Gesetz dem BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG vorlegte²³. Die Vorlage²⁴ rügte die echte Rückwirkung des angeblich »klarstellenden« Gesetzes. Diese war nach dem damaligen Stand der Rechtsprechung des BVerfG aus Vertrauensschutzgründen grundsätzlich verboten. Es gab zwar Fallgruppen, die ausnahmsweise eine echte Rückwirkung legitimieren sollten, weil insoweit sich kein schützenswertes Vertrauen hatte bilden können. Als einschlägige Fallgruppe kam allenfalls die der »unklaren und verworrenen Rechtslage« in Betracht. Eine solche, so das BSG²⁵, bestehe aber nicht schon dann, wenn auch die Gegenmeinung noch vertreten werde, bevor schließlich alle Rentensenate des BSG die zutreffende Gesetzesauslegung endgültig geklärt hätten. Letztes, schlagendes Argument: Das BVerfG hatte bereits im Jahre 1965²⁶ einen ähnlich gelagerten Fall entschieden (auch dort gab es vor dem Verfahren zur gesetzlichen Neuregelung erst ein oberstgerichtliches Urteil, damals des BGH) und wie folgt formuliert:

»Der Versuch des Gesetzgebers, die Rechtsprechung rückwirkend zu korrigieren, sie gleichsam für die Vergangenheit ins Unrecht zu setzen, gibt keinen Anlaß, den Bereich einer verfassungsrechtlich zulässigen Rückwirkung belastender Gesetze zu erweitern.«

b) Lösung

Das BVerfG lässt sich in seinem Beschluss²⁷ auch nicht ansatzweise auf seine eigene ständige Rechtsprechung zu den eine echte Rückwirkung legitimierenden Fallgruppen ein. Es setzt sich vielmehr souverän darüber hinweg und reduziert die Problematik der Zulässigkeit der »echt rückwirkenden« Neuregelung auf die nunmehr alleinentscheidende Frage, ob die betroffenen Witwen ein schützenswertes Vertrauen auf die sie begünstigende Rechtsprechung des BSG aufbauen durften. Und diese Frage verneint es. Denn schutzwürdiges Vertrauen in eine bestimmte Rechtslage aufgrund höchstrichterlicher Rechtsprechung könne allenfalls bei gefestigter langjähriger Rechtsprechung entstehen, nicht aber aufgrund eines einzelnen, zudem umstrittenen Judikats, hier des unter a) erläuterten BSG-Urteils von 2001. Und im Zeitpunkt der folgenden Urteile habe jedenfalls bereits der Entwurf des »klarstellenden«

Gesetzes vorgelegen, der eine Vertrauensbildung verhindert habe. Im Ergebnis war damit die echte Rückwirkung erlaubt. Diese Entscheidung hat leider bisher kein Echo in der Literatur gefunden, auch wenn durchaus einiges mit einem Fragezeichen zu versehen wäre.

3. Resümee

Jedenfalls kann man zum Vertrauensschutz und seinem Stellenwert in der Außensicht resümieren: Verfassungsgerichtlich ist der Schutz des Vertrauens in den Fortbestand von Rechtsprechung des BSG sehr gering ausgeprägt. Er gewährt nicht nur kaum Schutz vor einer Änderung der Rechtsprechung, sondern auch keinen Schutz vor »klarstellenden« rückwirkenden Gesetzen.

III. Schlussfolgerungen

Wie steht es nun insgesamt mit dem Stellenwert des Schutzes von Vertrauen in die Rechtsprechung? Wenn man die wirklich einschlägigen Fälle betrachtet, also jene, in denen schützenswerte Dispositionen erfolgt sind, ist dieser Stellenwert aus der Binnensicht des BSG recht hoch – und kann jedenfalls in Form der Ankündigungsrechtsprechung – zu anderen Entscheidungen führen, als würde auf diesen Vertrauensschutz keine Rücksicht genommen. Aber verfassungsrechtlich – oder besser gesagt: verfassungsgerichtlich (Außensicht) – ist der Schutz des Vertrauens in den Fortbestand von Rechtsprechung kaum verankert. Dies hat für die Revisionsgerichte den Vorzug, dass ihnen für Rechtsprechungsänderungen ein großer Freiraum bleibt. Die Kehrseite der Medaille ist allerdings, dass der Gesetzgeber einen Freiraum für rückwirkende Korrekturen hat, um die Rechtsprechung »gleichsam für die Vergangenheit ins

22 BSG, 7.7.2004 – B 8 KN 10/03 R – BSGE 93, 85 = SozR 4–5050 § 22b Nr. 2.

23 Die Redlichkeit erfordert die Anmerkung, dass der Verfasser damals Vorsitzender des vorliegenden Senats war.

24 Beschlüsse vom 29.8.2006 – zB. B 13 RJ 47/04 R.

25 Jedenfalls der vorliegende 13. Senat; so auch *Schnapp*, JZ 2011, 1125, 1131; aA. die – damals personengleich besetzten – 5. und 8. Senate des BSG: 8. Senat vom 21.6.2005 – B 8 KN 1/05 R – BSGE 95, 29 = SozR 4–5050 § 22b Nr. 4; SozR 4–1300 § 44 Nr. 5; 5. Senat vom 5.10.2005, zB. B 5 RJ 57/03 R.

26 BVerfG, 31.3.1965–2 BvL 17/63 – BVerfGE 18, 429.

27 Aus dem Jahre 2010, BVerfG, 21.7.2010–1 BvL 11/06 ua. – BVerfGE 126, 369; ähnlich nunmehr wiederum BVerfG, 2.5.2012–2 BvL 5/10 für eine Rechtsprechung des BVerwG.

Unrecht zu setzen«, so die frühere Diktion des BVerfG. Richtet man schließlich den Blick weg von der Bestandsaufnahme auf die normativen Grundlagen, erwartet man von den obersten Bundesgerichten, dass sie Rechtsfragen von »grundsätzlicher Bedeutung« klären, dass sie zur »Fortbildung des Rechts« und zur »Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung« beitragen²⁸. Sie sollen also Rechtssicherheit schaffen, eine solide Grundlage für die Rechtsanwendung. Dies ist nur möglich, wenn auch die Revisionsgerichte selbst einen angemessenen Respekt vor der bereits

bestehenden Rechtsprechung haben und weder sich in eine schwer durchschaubare Kasuistik flüchten noch die Rechtsanwender einem ständigen Hin und Her aussetzen. Dann aber entspricht es dem recht verstandenen Grundsatz der Gewaltenteilung, dass der Gesetzgeber eine diesen Anforderungen Rechnung tragende Rechtsprechung nicht durch »klarstellende« rückwirkende Gesetze desavouiert.

²⁸ Deutlicher als § 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG formuliert dies zB. § 543 Abs. 2 Nr. 1 und 2 ZPO.

Beweiserleichterungen im Arbeitsrecht am Beispiel des Gleichbehandlungsrechts*

Dissertation von Andrea Potz, Universität Wien 2010

Laudatio auf Dr. Andrea Potz

Mir ist die ehrenvolle Aufgabe zugekommen, für die Jury, die aus Ulrich Preis, Bernd Waas und mir besteht, heute die Laudatio auf die diesjährige Preisträgerin des Hugo Sinzheimer Preises, auf Frau Dr. Andrea Potz, zu halten. Das ist eine besondere Freude. Zum Einen, weil wir seit 12 Jahren wieder eine Frau als Preisträgerin haben, zum Zweiten, weil wir zum ersten Mal eine Dissertation aus dem Ausland, von der Universität Wien, würdigen können und zum Dritten und vor allem, weil es heute gilt, eine herausragende Arbeit vorzustellen, die sich – ebenfalls zum ersten Mal in der Geschichte des Hugo Sinzheimer Preises – zentral mit dem Verfahrensrecht auseinandersetzt.

Das Thema der Arbeit klingt – typisch für eine Dissertation, erst recht für eine juristische Dissertation – ein wenig spröde, auch ein wenig »technisch«. Es geht um »Beweiserleichterungen im Arbeitsrecht am Beispiel des Gleichbehandlungsrechts«.

Tatsächlich aber ist die Untersuchung des Beweisrechts von höchster praktischer Relevanz: Wer was darlegen und beweisen muss, ist für jeden Prozess von entscheidender Bedeutung. Der Volksmund macht dies mit dem Sprichwort »*Recht haben und Recht bekommen, sind zwei Paar Schuhe*« eingängig deutlich.

Auch der Gesetzgeber sieht – sogar im materiellen Recht – die Bedeutung der Beweisregeln. So verbietet § 309 Nr. 12 BGB ohne Wertungsmöglichkeit dem Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen jegliche Änderung der Beweislast zum Nachteil des Vertragspartners. Dies gilt sowohl für gesetzliche wie auch für richterrechtliche Beweislastregeln einschließlich der sogenannten Tatsachenbestätigungen und betrifft das Zivilrecht¹ ebenso wie das Arbeitsrecht.²

Wie wichtig das Beweisrecht gerade im Zusammenhang mit dem Gleichbehandlungsrecht ist, zeigt sich zudem deutlich an dem vor gar nicht langer Zeit am 19.4.2012 vom EuGH entschiedenen Fall »Galina Meister«³, den ich Ihnen kurz vorstellen möchte.

Frau Meister wurde am 7.9.1961 geboren und ist russischer Herkunft. Sie ist Inhaberin eines russischen Diploms als Systemtechnik-Ingenieurin, dessen Gleichwertigkeit mit einem von einer Fachhochschule erteilten Diplom in Deutschland anerkannt wurde. Die Fa. Speech Design veröffentlichte in der Presse eine Stellenanzeige für »eine/n erfahrene/n Softwareentwickler/-in«, auf die sich Frau Meister am 5.10.2006 bewarb. Mit Schreiben vom 11.10.2006 lehnte Speech Design ihre Bewerbung ab, ohne sie zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Kurz danach erschien im Internet eine zweite Stellenanzeige von Speech Design, deren Inhalt dem der ersten Anzeige entsprach.

* Die Redaktion hat sich entschlossen, in der Rubrik der Besprechungsaufsätze regelmäßig die Laudationes zum jährlich vergebenen Hugo Sinzheimer Preis abzudrucken. Dabei wird die Vortragsform beibehalten.

1 BGH, NJW-RR 2005, 1496,1498; Palandt-Grüneberg, 71. Aufl., München 2012, § 309 Rn. 106 f.

2 ErfK-Preis, 12. Aufl., München 2012, § 309 BGB Rn. 80.

3 EuGH, 19.4.2012 – C-415/10 – NZA 2012, 493–495.

Am 19.10.2006 bewarb sich Frau Meister erneut um die Stelle, doch lehnte Speech Design ihre Bewerbung wiederum ab, ohne sie zu einem Gespräch einzuladen und ohne Gründe für diese Ablehnung anzugeben.

Frau Meister war der Ansicht, dass sie die Anforderungen für die betreffende Stelle erfülle und wegen ihres Geschlechts, ihres Alters und ihrer ethnischen Herkunft ungünstiger behandelt worden sei als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation. Sie erhob daher beim Arbeitsgericht Klage gegen Speech Design und beantragte, diese erstens zur Zahlung von Schadensersatz wegen Diskriminierung beim Zugang zur Beschäftigung und zweitens zur Vorlage der Bewerbungsunterlagen des eingestellten Bewerbers zu verurteilen, um ihr den Nachweis zu ermöglichen, dass sie besser qualifiziert sei als Letzterer.

Gegen das Urteil, mit dem ihre Klage in erster Instanz abgewiesen wurde, legte Frau Meister beim Landesarbeitsgericht Berufung ein, die ebenfalls erfolglos blieb. Daraufhin legte Frau Meister Revision zum BAG ein. Auch das BAG sieht keinen aus deutschem Recht folgenden Auskunftsanspruch. Es stellt sich aber die Frage, ob Frau Meister auf der Grundlage der Richtlinien 2000/43, 2000/78 und 2006/54 einen unionsrechtlichen Auskunftsanspruch geltend machen kann und, wenn ja, welche Folgen dann eine Auskunftsverweigerung durch Speech Design haben würde. Konsequenterweise hat das BAG daraufhin beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem EuGH seine Zweifelsfragen zur Vorabentscheidung vorzulegen.⁴

Die Entscheidung des EuGH ist sybillinisch: Nein, einen unionsrechtlichen Auskunftsanspruch gibt es nicht, weder hinsichtlich der Gründe der Absage noch hinsichtlich der eingestellten Person,⁵ andererseits aber: doch, die Verweigerung jedes Zugangs zu Informationen im Zusammenhang mit der Bewerbung kann unter dem Gesichtspunkt des *effet utile*⁶ ein Gesichtspunkt sein, der das Vorliegen einer Diskriminierung vermuten lässt. Und also: »Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, unter Berücksichtigung aller Umstände des bei ihm anhängigen Rechtsstreits zu prüfen, ob dies im Ausgangsverfahren der Fall ist«. Es soll also eine Gesamtbetrachtung erfolgen. Aber wie kann ein nicht bestehender Auskunftsanspruch überhaupt ein Diskriminierungsindiz sein?

Nicht wirklich verwunderlich, dass unter diesen Bedingungen die ersten veröffentlichten Urteilsbesprechungen weit auseinandergehen. Während auf der einen Seite empfohlen wird, entgegen früheren Ratschlägen nunmehr doch

die Ablehnung einer Bewerbung jeweils (kurz) zu begründen, um den Vorwurf einer Informationsverweigerung zu vermeiden,⁷ heißt es auf der anderen Seite, das Beweismaß in § 22 AGG sei nunmehr jedenfalls in der Bewerbungssituation von der »überwiegenden Wahrscheinlichkeit« auf die »naheliegende Möglichkeit« der Kausalität einer Benachteiligung zu reduzieren.⁸ Schließlich wird vorgeschlagen, Differenzierungen zu erarbeiten:⁹ Eine Informationspflicht sei nur in Betracht zu ziehen, wenn der Arbeitgeber die Informationen nicht aus Gründen der Vertraulichkeit oder des Datenschutzes vorenthalten muss und wenn keine Entscheidungsautonomie des Arbeitgebers besteht, wie dies im öffentlichen Dienst wegen der Grundsätze der Bestenauslese der Fall ist.¹⁰

Den »schwarzen Peter« hat nun auf jeden Fall das BAG, welches die Entscheidung des EuGH zu befolgen und im Rechtsstreit umzusetzen hat. Es erscheint möglich, dass das Gericht eine strenge Einzelfallargumentation entwickelt, das Verlangen auf Vorlage der Bewerbungsunterlagen des konkurrierenden Bewerbers für unvereinbar mit den Rechtspflichten des Arbeitgebers ansieht und deshalb die Verweigerung der Auskunft in diesem Fall als von vornherein ungeeignet für ein Diskriminierungsindiz wertet. Es kann aber auch sein, dass es versucht, einen generellen Ausgleich zu finden zwischen der typischen Beweisnot des Bewerbers und der Tatsache, dass niemand aufgrund bloßer Behauptungen erfolgreich verklagt werden darf.

Mit der Dissertation von Frau Dr. Potz wird letzteres in Angriff genommen. Die Beweiserleichterungen, die im Unionsrecht für das Antidiskriminierungsrecht vorgegeben werden und die in Österreich im Gleichbehandlungsgesetz (GIBG) wie auch im Behinderteneinstellungsgesetz (BEinstG) umgesetzt sind, werden auf ihren Inhalt und daraufhin untersucht, wie sie sinnvoll in das nationale Beweisrechtssystem zu implementieren sind. Dabei steht natürlich das österreichische Verfahrensrecht im Mittel-

4 BAG, 20.5.2010 – 8 AZR 287/08 – AuR 2010, 275 f.

5 Hier beruft sich das Gericht auf die Entscheidung »Kelly« vom 21.07.2011 – C-104 – RIW 2011, 796 – 799.

6 Dazu ausführlich ErfK-*Wißmann*, 12. Aufl., München 2012, Art. 267 AEUV Rn. 9 mwN. aus der Rechtsprechung des EuGH.

7 So *Simon/Rein*, BB 2012, 1225 – 1227.

8 So *Heuschmid*, jurisPR-ArbR 25/2012, Anm. 1.

9 Unter Berücksichtigung der Erläuterungen in den Schlussanträgen von Generalanwalt Mengozzi vom 12.1.2011 – C-415/10 – AuR 2012, 86 ff.

10 Vgl. dazu ausführlich *Braunroth*, AuR 2012, 343 – 346.

punkt, das sich aber nicht so substantiell vom deutschen Verfahrensrecht unterscheidet, dass die Lektüre der Arbeit nicht auch für den deutschen Leser von unmittelbarem Gewinn ist.

Dabei überzeugt zunächst und in besonderem Maße der konzeptionelle Ausgangspunkt der Arbeit. Die Autorin geht davon aus, dass die Besonderheiten des Arbeitsrechts, die vor allem seinem Charakter als Schutzrecht für die Arbeitnehmer geschuldet sind, sich nicht nur im materiellen Recht, sondern auch im Verfahrensrecht widerspiegeln müssen. Dabei reiche es nicht, dass es in Österreich – wie ja auch in Deutschland – ein besonderes Verfahrensgesetz gibt, das österreichische Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz (ASGG). Man müsse sich vielmehr klarmachen, dass dem Verfahrensrecht zwar insofern eine dienende Funktion zukomme, als es dem materiellen Recht zur Durchsetzung ver helfe, dass es aber gerade dadurch das materielle Recht unter den sozialen Regelungssystemen besonders heraushebt. »Wenn das Ziel der Rechtsordnung die Herstellung materieller Gerechtigkeit ist, dann ergibt sich daraus das Postulat, im Verfahren die materielle Wahrheit zu suchen«. Mit diesen Worten wird in der Einleitung deutlich gemacht, welche untrennbare Interdependenz zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht besteht und dass daraus erhebliche Anforderungen an das Verfahrensrecht resultieren.

Aber nicht nur die Zusammenhänge und das Zusammenspiel von materiellem Recht und Verfahrensrecht bilden den Rahmen der Arbeit. Der Autorin ist es vielmehr ein Anliegen zu verdeutlichen, welche erheblichen Unrechtsrisiken im Verfahrensrecht liegen und warum gerade die von ihr als Thema gewählten Beweiserleichterungen im Arbeitsrecht so wichtig sind. Erlauben Sie mir ein weiteres wörtliches Zitat aus der Einleitung: »Die praktischen Auswirkungen der Beweislast sind (...) schwerwiegend. So heißt es nicht von ungefähr, ‚die Beweislast zu tragen, bedeutet den halben Prozessverlust‘. Im allgemeinen Zivilrecht, das grundsätzlich den Idealfall ‚gleichstarker‘ Vertragspartner vor Augen hat, ist dieser Satz durchaus vertretbar, für das Arbeitsrecht, das an der persönlichen Abhängigkeit eines Vertragspartners ansetzt, kann er angesichts der besonderen Funktionen und Zielsetzungen jedoch unbefriedigend sein.«

Dem kann man aus meiner Sicht nur zustimmen. Dies gilt umso mehr, als sich typischerweise der Arbeitnehmer in der Rolle des »Angreifers« im Prozess befindet, weil der Arbeitgeber zunächst mit seinem Handeln den Streit »veranlasst«, also die Kündigung ausspricht, das Entgelt unvoll-

ständig zahlt etc. Wer etwas will, muss aber grundsätzlich darlegen und beweisen, dass es ihm zusteht. Das macht dem Arbeitnehmer seine Rechtsdurchsetzung schon im Ansatz schwer.

Gerade wenn man – wie die Autorin – das Verfahrensrecht und das materielle Recht in einer derart engen Verzahnung sieht, liegt es nahe, eine Untersuchung der Beweiserleichterungen nicht für das gesamte Arbeitsrecht oder das gesamte individuelle Arbeitsrecht zu versuchen, sondern sich thematisch zu konzentrieren. Dies tut Frau Dr. Potz denn auch, sie untersucht speziell die Beweiserleichterungen, die das unionsrechtlich vorgegebene Gleichbehandlungsrecht bietet. Dies ist schon deshalb plausibel, weil gerade der unionsrechtliche Richtlinienggeber in allen Antidiskriminierungsrichtlinien besonderen Wert auf die Rechtsdurchsetzung gelegt hat und demjenigen, der (möglicherweise) von einer Diskriminierung betroffen ist, in Anbetracht seiner regelmäßig gegebenen Beweisnot durch Beweiserleichterungen helfen will.

Das Problem, das sich bei diesem Vorhaben ergibt, liegt nun in der Tatsache, dass die Beweisregeln im Unionsrecht mit Terminologien arbeiten, die im nationalen Recht bereits einschlägig besetzt sind. Das betrifft in erster Linie den nationalen Gesetzgeber, der versuchen muss, im Umsetzungstext Klarheit und Kohärenz zum nationalen Rechtssystem herzustellen. In jedem Falle wird aber auch – insbesondere durch die Notwendigkeit der unionsrechtskonformen Auslegung – der Einzelfall und das gerichtliche Verfahren betroffen. Die neue Ebene der unionsrechtlichen Vorgaben verstärkt nämlich durchaus ein »Jonglieren« mit Begriffen. Das erschwert nicht nur die juristische Kommunikation, es kann auch zu rechtlichen Fehlentwicklungen führen, die von der gesetzgeberischen Zielsetzung der Normen nicht mehr getragen werden.

In Art. 19 der RL 2006/54 heißt es »Die Mitgliedstaaten ergreifen im Einklang mit dem System ihrer nationalen Gerichtsbarkeit die erforderlichen Maßnahmen, nach denen dann, wenn Personen, die sich durch die Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für beschwert halten und bei einem Gericht bzw. einer anderen zuständigen Stelle Tatsachen glaubhaft machen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen, es dem Beklagten obliegt, zu beweisen, dass keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgelegen hat«.

Der Text der Erwägungsgründe zu dieser Richtlinie verwendet andere Begriffe. Es heißt dort ua.: »Wie der Gerichts-

hofentschieden hat, sollten daher Bestimmungen vorgesehen werden, die sicherstellen, dass die Beweislast (...) auf die beklagte Partei verlagert wird, wenn der Anschein einer Diskriminierung besteht«.

Und schließlich heißt es: »Es ist jedoch klarzustellen, dass die Bewertung der Tatsachen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen, weiterhin der einschlägigen einzelstaatlichen Stelle im Ein-klang mit den innerstaatlichen Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten obliegt«. (Unterstrichungen d. Verf.)

In diesen kurzen Rechtsregeln werden gleich vier unterschiedliche beweisrechtliche Begriffe verwendet, nämlich Glaubhaftmachung, Vermutung, Beweislastverlagerung und Anschein, zT. wohl synonym. Das Problem wird durch die Rechtsprechung des EuGH nicht entschärft, wie Frau Dr. Potz in einer ausführlichen Analyse darlegt (Punkt 9.5.1. der Arbeit).

In Deutschland ist dieses Problem vor allem deshalb breiter diskutiert worden, weil im Gesetzgebungsverfahren des AGG in § 22 der Begriff der »Glaubhaftmachung« in letzter Minute wegen der Verwechslungsgefahr mit § 294 ZPO aufgegeben wurde, obwohl er in der Vorgängernorm verwendet worden war und man auch eine gewisse Gesetzeskontinuität anstrebte.¹¹ Darüber, ob das wirklich nötig war, kann man durchaus streiten, zumal die Rechtsprechung zum Vorgängertext schon entschieden hatte, dass hier der Begriff der Glaubhaftmachung »untechnisch« zu verstehen ist und dass es darauf ankommt, dass das Gericht die Überzeugung von einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit für die Kausalität zwischen verpöntem Merkmal und Benachteiligung gewinnt.¹² Hinzu kommt, dass die neue Terminologie »Indizien beweisen«, die eine Benachteiligung aus einem in § 1 genannten Grund »vermuten lassen«, auch nicht frei von Missverständlichkeiten ist.

Das österreichische Recht hat in Bezug auf den Begriff der Glaubhaftmachung hingegen keine Bedenken und bestimmt, dass die betroffene Person einen Diskriminierungstatbestand glaubhaft zu machen hat. Dabei handelt es sich aber auch nach der österreichischen hM. nicht um eine Glaubhaftmachung im traditionellen zivilprozessualen Sinne, sondern lediglich um eine Veränderung des Beweismaßes zugunsten der klagenden Partei. Was das bedeutet, wird an einem Fall, der vor dem obersten Gericht, dem OGH, im Jahre 2008 entschieden werden musste, instruktiv dargestellt.¹³ Eine 1952 geborene Frau hatte sich um eine Stelle als Speditionskauffrau beworben. Sie hatte ein-

schlägige Berufserfahrung und war bereits als Unternehmerin im Familienbetrieb tätig gewesen. Zum Vorstellungsgespräch erschien die Klägerin mit ihrem Hund. Eingestellt wurde nicht die Klägerin, sondern ein 1980 geborener Arbeitnehmer mit ebenfalls einschlägiger Berufserfahrung. Auf ihre Anfrage wurde ihr mitgeteilt, sie sei nicht die »Traumbesetzung« gewesen.

Die Klägerin machte daraufhin geltend, sie sei wegen ihres Alters und ihres Geschlechts diskriminiert worden. Schon die Ausschreibung, die eine zwei- bis dreijährige Berufserfahrung verlange, sei ein Diskriminierungsindiz. Beim Bewerbungsgespräch sei auch erwähnt worden, der jüngere Vorgesetzte habe zT. schlechte Erfahrungen mit älteren, ihm unterstellten Mitarbeitern gemacht und eine sachliche Begründung für die Ablehnung sei ihr nicht gegeben worden. Die Beklagte begründete ihre Ablehnung damit, dass die Klägerin mit Hund zum Bewerbungsgespräch gekommen sei und dass der neu eingestellte Arbeitnehmer über eine umfassendere Berufspraxis und Verkaufspraxis verfügte.

Die österreichischen Gerichte haben in allen Instanzen der Klage nicht stattgegeben, weil sie keine überwiegende Wahrscheinlichkeit einer Diskriminierung gesehen haben – in der Sache sicher nachvollziehbar. Unter einem rechtlichen Gesichtspunkt ist vor allem die Abwägungsregel interessant, die der OGH verwendet: Wenn es darum geht, ob hinter einem Verhalten ein verpöntes Motiv steht oder nicht, müssen beide Parteien lediglich glaubhaft machen. Es obsiegt die Partei, deren Motiv für das Gericht wahrscheinlicher ist. Das entspricht dem österreichischen Gesetzestext in der neuen Fassung. Nach § 12 Abs. 12 Satz 1 des österreichischen Gleichbehandlungsgesetzes muss die klagende Partei den Diskriminierungstatbestand glaubhaft machen. Nach Satz 2 soll der Beklagte im Falle der unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände *wahrscheinlicher*¹⁴ ist, dass ein anderes vom/von der Beklagten glaubhaft gemachtes

11 ErfK-Schlachter, 12. Aufl., München 2012, § 22 AGG Rn. 1; Bauer/Göpfert/Krieger, 3. Aufl., München 2012, AGG, § 22 Rn. 3 Wendeling-Schröder/Stein-Stein, München 2008, § 22 AGG Rn. 16.

12 BAG, 5.2.2004–8 AZR 112/03 – NZA 2004, 540–545 unter Berufung ua. auf Pfarr/Bertelmann, Diskriminierung im Erwerbsleben, 1989 sowie Schlachter, Wege zur Gleichberechtigung, München 1993 (zugl. Göttingen, Univ., Habil.-Schr. 1992); BAG, 15.2.2005–9 AZR 635/03 – NZA 2005, 870–873.

13 OGH, 9.7.2008–9 ObA 177/07 f, später ebenso OGH, 21.12.2009–8 ObA 69/09 v.

14 In der alten Fassung hatte es nur »wahrscheinlich« geheißen. Dies wurde als nicht richtlinienkonform angesehen.

Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war. Damit ist schon vom Gesetz die Abwägung vorgegeben – aus der Sicht der Autorin überflüssigerweise, weil ohnehin bei der Glaubhaftmachung auch die Gegenargumente zu berücksichtigen sind. Ob die gesetzliche Abwägung richtlinienkonform ist, lässt sich durchaus diskutieren. Die Autorin geht davon aus, dass dies der Fall ist – aus meiner Sicht überzeugend.

Schwieriger ist die Situation in Bezug auf die Entlastungsmöglichkeiten der Gegenseite in anderen Fällen. In § 22 AGG wird insoweit ganz allgemein formuliert, die andere Partei trage die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat.

In § 12 Abs. 12 des österreichischen Gleichbehandlungsgesetzes hingegen soll der Beklagte – wie gezeigt – im Falle der unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes von dem Beklagten glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war. Darüber hinaus ist der Beklagte nach der Norm aber auch verpflichtet, eventuelle Rechtfertigungsgründe oder die unverzichtbare Voraussetzung eines an sich verpönten Merkmals für eine Tätigkeit zu beweisen. Im Falle der Belästigungen obliegt es dem Beklagten nach Satz 3 zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass die vom Beklagten glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen.

Die Autorin geht hier mit Entschiedenheit davon aus, dieser Gesetzestext enthalte mit diesen Regelungen keine gesetzliche Vermutung, keinen Anscheinsbeweis und keine Beweislastumkehr. Letzteres wird im Allgemeinen anders gesehen, wenn auch oft die schwächere Formulierung der angemessenen Beweislastverlagerung anstelle des Begriffs der Beweislastumkehr verwendet wird. Frau Dr. Potz spricht sich insoweit aber klar dafür aus, keine im innerstaatlichen Sinne undeutlichen Begrifflichkeiten zu verwenden, weil diese zu Missverständnissen führen können. Zu Recht wird betont, dass es nach den Richtlinien eben kein unionsrechtliches Beweis(last)modell gibt, welches umzusetzen wäre, sondern dass der EU-Gesetzgeber inso-

weit explizit auf die nationalen Systeme verweist. Es ist deshalb konsequent, dass die Autorin das Schwergewicht ihrer Arbeit darauf legt, den bestehenden »Instrumentenkasten« des innerstaatlichen Beweisrechts im Hinblick auf das Problem zu sichten, zu ordnen und zu gewichten und daraus die Schlussfolgerungen für die Beweisfragen im Gleichbehandlungsrecht zu ziehen.

Eingehend diskutiert werden subjektive und objektive Beweislast, Beweislastverteilung und Beweislastumkehr (unter Punkt 3.), die Behauptungslast, im deutschen System meist als subjektive Darlegungslast bezeichnet (unter Punkt 4.), die gesetzlichen Vermutungen, die im österreichischen Arbeitsrecht beim Urlaubs- und Elternzeitrecht eine besondere Rolle spielen (unter Punkt 5.), Beweiswürdigung, Beweismaß und Glaubhaftmachung (unter Punkt 6.) und schließlich das klassische Beispiel richterlicher Rechtsfortbildung im Verfahrensrecht, der Anscheinsbeweis (unter Punkt 7).

Nur mit einem solchen Vorgehen kann es in der Tat gelingen, Widersprüchlichkeiten in den gerichtlichen Entscheidungen und Ungereimtheiten in den verwendeten Argumentationen zu vermeiden. Der Satz »Vor Gericht und auf hoher See ist man in Gottes Hand« ist zwar verbreitet, aber doch weitgehend unzutreffend und jedenfalls juristisch inakzeptabel. Zumindest das Streben nach Rechtssicherheit lässt sich nicht bestreiten. Sie zu schaffen, ist eine der wichtigen Aufgaben der Juristerei.

Mit einem solchen Vorgehen kann es auch gelingen, das Unionsrecht besser in das innerstaatliche Recht einzupassen. Das nützt auch dem Unionsrecht selbst, weil so dem wachsenden Akzeptanzverlust gegengesteuert werden kann. Wir kennen diese Vorgehensweise auch aus den Nachbarwissenschaften. Dort wird zunehmend vorgeschlagen, die nationalen wirtschafts- und sozialpolitischen Spielräume in der EU intensiver zu nutzen und zu sichern.

Die vorliegende Arbeit geht diesen schwierigen aber erfolgversprechenden Weg. Liebe Frau Dr. Potz – ich möchte Ihnen zu Ihrer Leistung herzlich gratulieren. Sie haben den Hugo Sinzheimer Preis verdient!

*Prof. Dr. Ulrike Wendeling-Schröder,
Leibniz Universität Hannover*

Zusammenfassungen

Ulber: Inter omnes-Wirkung und Drittbeteiligung bei Entscheidungen über die Tariffähigkeit

SR SR 4/2012, S. 141–158

Die Wirkungen gerichtlicher Entscheidungen gehen teilweise über den Kreis der unmittelbar am Verfahren Beteiligten hinaus. Im Verfahren zur Feststellung der Tariffähigkeit gewährleistet die Beteiligung der Spitzenorganisationen einen sachgerechten Interessenausgleich mit Blick auf Drittbetroffene. Zur Beschleunigung des Verfahrens bietet sich eine Verkürzung auf eine Tatsacheninstanz an.

Koch: Die Bewältigung von selbst- und fremdbestimmten Rechtsprechungsänderungen durch das Bundesarbeitsgericht

SR SR 4/2012, S. 159–168

Urteile des BAG können grundsätzlich durch nachfolgende Entscheidungen korrigiert werden. Vertrauensschutz steht nicht entgegen, wenn nach objektiven Maßstäben vorhersehbar war, dass die Rechtsprechung nicht aufrechterhalten bleiben würde. Die nationalen Gerichte können im Rahmen unionskonformer Auslegung Vertrauensschutz gewähren.

Steinwedel: Zum Schutz des Vertrauens in den Fortbestand von Rechtsprechung im Sozialrecht

SR SR 4/2012, S. 169–175

In der Rechtsprechung des BSG existiert der Schutz des Vertrauens in den Fortbestand der eigenen Rechtsprechung (Binnensicht). Zur Rechtsprechungsänderung bietet sich die Gewährung von Vertrauensschutz in Form der Ankündigungsrechtsprechung an. Hingegen ist der besagte Vertrauensschutz verfassungsrechtlich bzw. verfassungsgerichtlich kaum verankert (Außensicht).

Abstracts

Ulber: Third party participants and the inter omnes effect of decisions on the capacity to conclude collective agreements

SR SR 4/2012, p. 141–158

The effects of court decisions sometimes go beyond the parties directly involved in the litigation. In cases concerning the determination of capacity to conclude collective agreements, the involvement of peak organizations ensures a decision on the merits that balances interests with regard to affected third parties. Referral to a court hearing on the facts can speed up the matter.

Koch: The Federal Labour Court's mastery of changes in its jurisprudence and in the jurisprudence of other courts

SR SR 4/2012, p. 159–168

Judgements of the Federal Labour Court can as a matter of principle be rectified through later decisions. When, according to objective criteria, it can be foreseen that jurisprudence will not continue to be followed, overall confidence in the reliability of the Court's decision-making does not stand in the way. National courts can, by means of interpretation in line with EU law, ensure confidence in jurisprudence.

Steinwedel: Reliance on constant jurisprudence in social law

SR SR 4/2012, p. 169–175

From the Federal Social Court's own perspective, the consistency of its jurisprudence creates faith in the reliability of its decisions. To effect a change in jurisprudence, it is appropriate to concede such faith by means of (pre)notification of decisions. However, the FSC's reliance on consistent jurisprudence finds little support in constitutional law.

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

Abhandlungen

- **Katja Nebe: Spaltung des Arbeitsmarktes durch Krisengesetzgebung**
- **Eva Kocher/Johanna Wenckebach: Ansprüche auf angemessene Vorkehrungen im Antidiskriminierungsrecht**

- **Manuel Ladiges: Die strafrechtliche Garantienpflicht des Vorgesetzten**

Rezensionsaufsätze

- **Constanze Janda: Migration im Sozialstaat (Bernd Schulte)**