

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

HSI

Hugo Sinzheimer Institut
für Arbeits- und Sozialrecht

Abhandlungen

- Arbeitszeit oder nicht? Eine Frage illustriert am Beispiel des Beifahrers**
Gregor Thüsing/Maike Flink/Melanie Jänsch _____ Seite **45**
- Die UN Sustainable Development Goals und das Sozialrecht –
Unter besonderer Berücksichtigung der Rentenversicherung**
Felix Ekardt/Theresa Rath/Tanja Vöhler _____ Seite **60**
- Warum eine interdisziplinäre Sozialrechtswissenschaft notwendig ist**
Katie Baldschun/Tanja Klenk _____ Seite **75**

Komplexes Thema, hohes Niveau, gut verständlich



Altmann / Schneppendahl

Kündigungsschutzgesetz

Basiskommentar zu KSchG,
§§ 622, 623 und 626 BGB, §§ 102, 103 BetrVG
6., aktualisierte, überarbeitete Auflage
2021. 437 Seiten, kartoniert
€ 39,90

ISBN 978-3-7663-6986-4

www.bund-verlag.de/6986

Das Kündigungsschutzrecht ist auf den Einzelfall bezogen und zeichnet sich durch Differenzierung aus. Die Autorinnen arbeiten die tragenden Grundsätze heraus. Damit bieten sie gerade für Nicht-Juristen einen guten Einstieg in die Materie und machen die Rechtslage verständlich.

Aus dem Inhalt:

- › Kündigungsgründe nach dem Kündigungsschutzgesetz und bei außerordentlichen/fristlosen Kündigungen
- › Kündigungsschutzprozess
- › Mitwirkungsmöglichkeiten des Betriebsrats im Rahmen des Anhörungsverfahrens
- › Besonderer Kündigungsschutz für Betriebsräte und andere Gremienmitglieder

Einen Schwerpunkt bildet die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts unter Berücksichtigung europarechtlicher Entwicklungen in den Bereichen:

- › Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung bei Kündigungen
- › Kündigung kirchlicher Arbeitnehmer
- › Beweisverwertung und Videoüberwachung
- › Massentlassungen

Soziales Recht

2/2021
ISSN 2193-5157
April 2021, 11. Jahrgang

Herausgeber

Prof. Dr. Olaf Deinert (geschäftsführend)
Prof. Dr. Rüdiger Krause
Institut für Arbeitsrecht der
Georg-August-Universität Göttingen

in Zusammenarbeit mit:

Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht, Frankfurt

Redaktion

Prof. Dr. Olaf Deinert
Prof. Dr. Manfred Walser, LL.M.

Anschrift der Redaktion

Institut für Arbeitsrecht der
Georg-August-Universität Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 6
37073 Göttingen
Tel. 0551 / 39 – 279 48
Fax: 0551 / 39 – 272 45
E-Mail: sekretariat.deinert@
jura.uni-goettingen.de

Verlag

Bund-Verlag GmbH

Geschäftsführer

Rainer Jöde

Geschäftsbereich Zeitschriften

Bettina Frowein (verantwortlich)
Tel. 069/79 50 10-83

Anschrift des Verlages

Bund-Verlag GmbH
Emil-von-Behring-Straße 14
60439 Frankfurt/Main
(ladungsfähige Anschrift)
Tel. 069/79 50 10-0
Fax: 069/13 30 77-666

Anzeigen

Peter Beuther (verantwortlich)
Thorsten Kauf
Tel. 069/79 50 10-602
thorsten.kauf@bund-verlag.de

Erscheint 6 x jährlich als Supplement
der Zeitschrift Arbeit und Recht.
Im Abonnementpreis der Zeitschrift
Arbeit und Recht enthalten.

Umschlag und Layout

Ute Weber, Geretsried

Druckvorstufe

Da-TeX Gerd Blumenstein, Leipzig

Druck

Druckerei Marquardt GmbH,
Saulgauer Str. 3, 88326 Aulendorf

Mit Namen gekennzeichnete Beiträge,
Beilagen und Anzeigen geben nicht unbedingt die
Meinung der Herausgeber, der Redaktion oder des
Verlages wieder.

Alle in diesem Supplement veröffentlichten
Beiträge und Abbildungen sind
urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung – auch auszugsweise – bedarf der
vorherigen Zustimmung des Verlages.

Arbeitszeit oder nicht? Eine Frage illustriert am Beispiel des Beifahrers*

Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M./Dr. Maïke Flink/Dr. Melanie Jänsch,
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Im Geld- und Werttransport haben in jüngerer Zeit die Gewerbeaufsichtsämter in verschiedenen Bundesländern unterschiedliche Meinungen im Hinblick auf die Qualifizierung der Tätigkeit eines Beifahrers im Werttransport als Arbeitszeit, Arbeitsbereitschaft oder als mögliche Ruhepause vertreten. Der Beifahrer hat während der Transportzeit keinerlei Verpflichtungen. Er begleitet nur den Fahrer im Fahrzeug. Am jeweiligen Zielort der Tour ist seine Aufgabe als Geldbote allein der Transport der Gelder oder Werte (Sicherungsgut) vom oder zum Kunden bzw. zum Transportfahrzeug. Das führt zur Frage, ob die Zeit als Beifahrer, trotz fehlender Aufgaben während der Zeit als Beifahrer, als Arbeitszeit oder Arbeitsbereitschaft iSd. ArbZG einzustufen ist. Ebenso kann es fraglich sein, ob der Arbeitgeber ein Aufenthaltsbestimmungsrecht gegenüber dem Arbeitnehmer für Pausen für den Verbleib im Spezialgeldtransportfahrzeug oder in gesicherten Schleusen beim Kunden wegen bestehender latenter Überfall- und Gesundheitsgefahr hat, oder ob dies einer Pause iSd. ArbZG entgegensteht. Die Antwort auf beide Fragen ist Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen.

Zur Beantwortung der Fragen ist schrittweise vorzugehen: Zunächst sind die Begriffe der Arbeit und Arbeitsbereitschaft näher zu bestimmen (I.), was in einem ersten Schritt die Klärung der Frage, ob die Fahrzeit des Beifahrers als Arbeitszeit iSd. § 2 Abs. 1 ArbZG zu qualifizieren ist (I.1.), erfordert. Lehnt man die Einordnung der Fahrzeit des Beifahrers als Arbeitszeit iSd. § 2 Abs. 1 ArbZG ab, so gilt es in einem zweiten Schritt zu eruieren, ob sie dennoch als Arbeitszeit in Form der Arbeitsbereitschaft zu werten ist (I.2.). Daraufaufgehend ist sich der Prüfung des Charakters des § 21a ArbZG als Bestätigung oder Ausnahme der allgemeinen Regel zuzuwenden, der für bestimmte Straßenverkehrstätigkeiten spezielle Vorgaben statuiert und durch die »Unterbrechung« eine neue Kategorie einführt (II.). Hierbei gilt es zunächst den Anwendungsbe-

reich der Norm zu ermitteln (II.1.), um nach einem Blick auf die Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur (II.2.) eine Ordnung der Argumente (II.3.) vorzunehmen. Die Ausführungen münden in eine Zusammenfassung der gefundenen Ergebnisse (III.).

I. Arbeit und Arbeitsbereitschaft als Arbeitszeit iSd. ArbZG

Zunächst ist also zu erörtern, ob die Zeit als Beifahrer trotz fehlender Aufgaben als Arbeitszeit oder Arbeitsbereitschaft iSd. ArbZG einzustufen ist.

1. Fahrzeit des Beifahrers als Arbeitszeit iSd. § 2 Abs. 1 ArbZG

Um bestimmen zu können, ob die Fahrzeit des Beifahrers als Arbeitszeit iSd. § 2 Abs. 1 ArbZG zu qualifizieren ist, bedarf es in einem ersten Schritt der Klärung der Reichweite des hier maßgeblichen Arbeits- und Arbeitszeitbegriffs.

a) Definition von Arbeit und Arbeitszeit

Die gesetzliche Definition der Arbeitszeit gemäß § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ArbZG als »die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen« stellt auf den Begriff der Arbeit ab, ohne diesen zu definieren. Arbeitszeit ist also die mit der Arbeit des Arbeitnehmers ausgefüllte Zeit, was zweifelsohne den Zeitraum erfasst, innerhalb dessen der Arbeitnehmer tatsächlich für den Arbeitgeber arbeitet.¹ Doch was ist überhaupt *Arbeit*? Das BAG formuliert in ständiger Rechtsprechung:

* Die Ausführungen beruhen auf einem Rechtsgutachten. Die Gedanken schienen uns aber wert, wissenschaftlich vertieft zu werden und durch Veröffentlichung in die Diskussion einzubringen.

1 Baeck/Deutsch/Winzer, ArbZG, 4. Aufl., München 2020, § 2 ArbZG Rn. 4.

» »Arbeit« als Leistung der versprochenen Dienste iSd. § 611 Abs. 1 BGB ist jede Tätigkeit, die als solche der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses dient.«²

Dies ist bei der Tätigkeit des Beifahrers im Geld- und Werttransport grds. der Fall: Zur Befriedigung des Bedürfnisses des Arbeitgebers bzw. des Kunden erfolgt der Transport der Gelder und/oder der Werte vom oder zum Kunden vom Fahrzeug aus, den er als Geldbote – bis zur Ankunft am Kundenzielort – ausschließlich vornimmt; dass er im Übrigen während der Transportzeit im Fahrzeug anwesend ist, ist als notwendige Tätigkeit mit erfasst, sodass es sich bei dieser Tätigkeit umfänglich als Leistung der versprochenen Dienste, mithin um zu vergütende Arbeit handelt. Dies bestätigt eine Entscheidung des LAG Mecklenburg-Vorpommern, das ausdrücklich klarstellt:

»Für den Begriff der Arbeit kommt es nicht darauf an, ob der Arbeitnehmer tatsächlich Arbeitsleistungen erbringt. Auch das Bereithalten zur Aufnahme der Arbeit zählt zur Arbeitszeit. Entscheidend ist allein, ob der Arbeitnehmer die Zeit aufwenden muss, um im ausschließlichen Arbeitgeberinteresse am Zielort die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen. Wenn der Beklagte den Kläger auf den Betriebshöfen von A. einsetzen will, gehört daher die Zeit, die der Kläger als Beifahrer zum Erreichen des Einsatzortes aufwenden muss, ebenfalls zur Arbeitszeit. Entscheidend ist nicht, ob sich der Kläger während der Zeit anstrengen musste, sondern nur, ob die Zeit im ausschließlichen Arbeitgeberinteresse aufgewendet wurde. Das ist hier auch dann zu bejahen, wenn der Kläger die Zeit als Beifahrer verbringen konnte.«³

Eine ähnliche Tendenz zeichnet sich – allerdings in einer etwas anders gelagerten Fallkonstellation – auch in der Rechtsprechung des BAG ab. Dort heißt es:

»Der Kl. hat auch während der als Beifahrer verbrachten Zeit gearbeitet und die von ihm geschuldete Tätigkeit als Kraftfahrer erbracht. Er musste sich auf Grund der Arbeitseinteilung der Bekl. an seinem Arbeitsplatz, dem Lkw, aufhalten und konnte nicht frei über die Nutzung seiner Zeit bestimmen. [...] Der Kl. kann daher auch für Beifahrertätigkeit die in § 3 Arbeitsvertrag vereinbarte Vergütung beanspruchen.«⁴

Dies bedeutet indes noch nicht, dass der gesamte Zeitraum, in dem der Arbeitnehmer zur Befriedigung eines fremden Bedürfnisses eine bestimmte Tätigkeit verrichtet oder Handlungen vornimmt, die zwingend mit seiner Arbeitsleistung in Verbindung stehen, als Arbeitszeit iSd. ArbZG zu qualifizieren ist. Im Gegenteil: Hinsichtlich der

Bestimmung der Arbeitszeit ist stets zwischen der arbeitszeitrechtlichen, der mitbestimmungsrechtlichen und der vergütungsrechtlichen Perspektive zu differenzieren.

Dies hat auch das BAG bestätigt, indem es formuliert:

»Die von der Revision in diesem Zusammenhang angeführte Entscheidung des BAG vom 11.7.2006 (BAGE 119, 41 = NZA 2007, 155 = AP BGB § 611 Dienstreise Nr. 10) betraf eine anderslautende Tarifvorschrift sowie die Einordnung von Wegezeiten als Arbeitszeit iSd § 2 I ArbZG, Art. 2 Nr. 1 der RL 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, nicht aber Fragen der Vergütungspflicht.«⁵

Daher können weder die Entscheidung des BAG noch die des LAG Mecklenburg-Vorpommern, die sich ausschließlich mit der Frage beschäftigen, ob die Fahrzeit des Beifahrers als Arbeitszeit im vergütungsrechtlichen Sinne zu qualifizieren ist, für die vorliegende Frage wegweisend sein.

Die jeweiligen Arbeits- und damit auch die Arbeitszeitbegriffe bestehen unabhängig voneinander ausgehend vom Schutzzweck der jeweiligen Rechtsmaterie.⁶ Hier geht es allein um den Arbeitszeitbegriff iSd. öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzrechts, das im ArbZG festlegt, wie lange und zu welchen Zeiten der Arbeitnehmer maximal arbeiten darf.⁷ Die zentrale Vorschrift ist § 2 ArbZG: § 2 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 ArbZG normiert, dass als Arbeitszeit ausschließlich »die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen« anzusehen ist. § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 ArbZG stellt überdies klar, dass Arbeitszeiten bei mehreren Arbeitgebern zusammenzurechnen sind. Eine nähere Konkretisierung bleibt indes aus.

2 BAG, 18.3.2020 – 5 AZR 36/19 – AP Nr. 62 zu § 611 BGB Arbeitszeit = NZA 2020, 868, 870, Rn. 15; BAG, 25.4.2018 – 5 AZR 424/17 – AP Nr. 12 zu § 611 BGB Wegezeit = NZA 2018, 1211, 1213, Rn. 17; BAG, 21.12.2016 – 5 AZR 362/16 – AP Nr. 56 zu § 611 BGB Mehrarbeitsvergütung = NZA-RR 2017, 233, 236, Rn. 31; BAG, 19.9.2012 – 5 AZR 678/11 – AP Nr. 39 zu § 611 BGB Arbeitszeit = NZA-RR 2013, 63, 65, Rn. 23; s. auch Wank, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Aufl., München 2020 (im Folgenden: ErfK), § 2 ArbZG Rn. 10.

3 LAG Mecklenburg-Vorpommern, 6.8.2019 – 2 Sa 57/19 – juris.

4 BAG, 16.5.2012 – 5 AZR 347/11 – AP Nr. 53 zu § 611 BGB Mehrarbeitsvergütung = NZA 2012, 939, 940, Rn. 9.

5 BAG, 15.11.2018 – 6 AZR 294/17 – AP Nr. 54 zu § 611 BGB = NZA 2019, 486, 489, Rn. 22.

6 Beispielhaft BAG, 19.11.2014 – 5 AZR 1101/12 – AP Nr. 24 zu § 611 BGB; BAG, 23.7.1996 – 1 ABR 13/96 – AP Nr. 68 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit = NZA 1997, 274, 275; OVG Münster, 10.5.2011 – 4 A 1403/08 – juris; ErfK-Preis (Fn. 2), § 611a BGB Rn. 516a; ErfK-Wank (Fn. 2), § 2 ArbZG Rn. 10 ff.; Freyler, BB 2019, 1397; Hahn, öAT 2017, 202; Stöhr/Stolzenberg, NZA 2019, 505 f.; Thüsing/Hütter, NZA 2015, 970, 971.

7 ErfK-Wank (Fn. 2), § 2 ArbZG Rn. 15.

(1) Europarechtliche Vorgaben

Blickt man zunächst auf die europarechtlichen Vorgaben, so verbleiben auch diese in Bezug auf eine nähere Konturierung des Arbeitszeitbegriffs letztlich unscharf. Gemäß Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 2003/88/EG vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung ist als Arbeitszeit jede Zeitspanne, während der ein Arbeitnehmer gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten arbeitet, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt, zu werten. Dabei betont der EuGH in ständiger Rechtsprechung, dass die Begriffe der »Arbeitszeit« und der »Ruhezeit« iSd. der Richtlinie 2003/88/EG unionsrechtliche Begriffe darstellen würden, die anhand objektiver Merkmale unter Berücksichtigung des Regelungszusammenhangs und des Zwecks der Richtlinie zu bestimmen seien, der darin bestehe, Mindestvorschriften zur Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer aufzustellen. Denn nur eine solche autonome Auslegung könne die volle Wirksamkeit dieser Richtlinie und eine einheitliche Anwendung der genannten Begriffe in sämtlichen Mitgliedstaaten sicherstellen.⁸

Nimmt man auf dieser Grundlage die Definition des Art. 2 Nr. 1 RL 2003/88/EG als Maßstab, wird man Beifahrzeiten in schlichter Subsumtion unter die Vorschrift regelmäßig wohl nicht als Arbeitszeiten einordnen können. Deutlicher: Soweit der Beifahrer ohne Pflichten im Fahrzeug anwesend ist, wird man nicht zwangsläufig annehmen können, dass dieser iSd. Richtlinienbestimmung »arbeitet« – begreift man die Arbeit als jede Tätigkeit, der eine Wertschöpfung immanent ist. Ebenso wenig wird man nach diesem Verständnis regelmäßig davon ausgehen können, dass der Arbeitnehmer während der bloßen Beifahrerzeit dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt. Im Gegenteil: Besteht seine Aufgabe ausschließlich darin, als später fungierender Geldbote den Transport des Geldes vom oder zum Kunden vom Fahrzeug aus vorzunehmen, leistet er durch seine Anwesenheit im Transporter – in der keinen weiteren Verpflichtungen nachgekommen wird –, keine wertschöpfende Tätigkeit für den Arbeitgeber. Anderes könnte sich allenfalls dann ergeben, wenn die Tätigkeit als Beifahrer nach nationalen Vorschriften Teil des Berufes ist, wenn also der Arbeitnehmer gerade in der Funktion eines Beifahrers eingesetzt werden soll. Da dies in der hier vorliegenden Sachverhaltskonstellation jedoch

nicht der Fall ist – vielmehr dem Mitarbeiter ausschließlich die Aufgabe obliegt, als Geldbote das Transportgut vom oder zum Transporter zu befördern –, spricht viel dafür, die Beifahrerzeit als nicht von dem in Art. 2 Nr. 1 RL 2003/88/EG festgeschriebenen Arbeitszeitbegriff erfasst anzusehen.

Unbestritten: Der EuGH hat in Bezug auf Art. 2 Nr. 1 RL 2003/88/EG entschieden, dass Fahrten, die Arbeitnehmer ohne festen Arbeitsort zwischen ihrem Wohnort und dem ersten und letzten Kunden des Tages zurücklegen, als Arbeitszeit zu werten sind.⁹ Da sich Fahrtzeiten von Außendienstmitarbeitern, die Tätigkeiten bei verschiedenen Kunden verrichten müssen, als notwendiges Mittel zur Leistungserbringung darstellen würden, handele es sich hierbei um Arbeitszeit iSd. Bestimmungen der Richtlinie unter Berücksichtigung ihres Schutzzwecks:

»Wie der Generalanwalt in Nr. 38 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, sind die Fahrten von Arbeitnehmern, die eine Beschäftigung wie die des Ausgangsverfahrens ausüben, zu den von ihrem Arbeitgeber bestimmten Kunden das notwendige Mittel, damit diese Arbeitnehmer bei den Kunden technische Leistungen erbringen können. Diese Fahrten nicht zu berücksichtigen, liefe darauf hinaus, dass ein Arbeitgeber wie Tyco geltend machen könnte, dass nur die für die Tätigkeit der Installation und Wartung der Sicherheitssysteme aufgewandte Zeit unter den Begriff »Arbeitszeit« iSv. Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 2003/88 falle, was zur Folge hätte, dass dieser Begriff verfälscht und das Ziel des Schutzes der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer beeinträchtigt würde.«¹⁰

Da sich diese Entscheidung jedoch lediglich auf Fahrzeiten bezieht, die als Fahrer wahrgenommen werden, erscheint eine Übertragbarkeit der Grundsätze auf Beifahrerzeiten, in denen keine Aufgaben für den Arbeitgeber wahrgenommen werden, bereits fraglich, jedenfalls nicht zwingend.

Hinzu kommt ein zweiter, gewichtiger Aspekt: Art. 2 Nr. 1 RL 2003/88/EG verweist ausdrücklich auf die »einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenhei-

⁸ EuGH, 10.9.2015 – C-266/14 – NZA 2015, 1177, 1178 (Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras [CC.OO.]/Tyco Integrated Security SL ua.), Rn. 27; EuGH, 4.3.2011 – C-258/10 – Slg. 2011, I-20 (Grigore), Rn. 44; EuGH, 11.1.2007 – C-437/05 – Slg. 2007, I-331 (Vorel), Rn. 26; EuGH, 1.12.2005 – C-14/04 – Slg. 2005, I-10253 (Dellas), Rn. 40.

⁹ EuGH, 10.9.2015 – C-266/14 – NZA 2015, 1177, 1178 (Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras [CC.OO.]/Tyco Integrated Security SL ua.).

¹⁰ EuGH, 10.9.2015 – C-266/14 – NZA 2015, 1177, 1178 (Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras [CC.OO.]/Tyco Integrated Security SL ua.), Rn. 32.

ten«, die bei der Einordnung einer bestimmten Zeitspanne als Arbeitszeit Berücksichtigung finden sollen. Das Unionsrecht eröffnet den Mitgliedstaaten auf diese Weise Spielräume: Es will nicht selbst definieren, sondern die Konkretisierung des Begriffs dem nationalen Recht überlassen. Inwiefern erlangt dann aber die Definition der Richtlinie für die Bestimmung der Arbeitszeit im vorliegenden Fall – vorbehaltlich der stets notwendigen europarechtskonformen Auslegung der der Richtlinie zugrunde liegenden Vorschriften des ArbZG – überhaupt Relevanz? In anderem Kontext wird im Schrifttum aus einem Verweis auf die »Gepflogenheiten in jedem Mitgliedstaat geltenden Definition« teilweise gefolgert, dass für eine autonom europarechtliche Bestimmung in diesem Fall kein Raum sein kann.¹¹ Der Annahme, dass durch einen Verweis auf das nationale Recht stets ebendiesem die abschließende Definition eines bestimmten Begriffs überlassen wird, ist der EuGH indes in der Entscheidung *Ruhrlandklinik* im Jahre 2016 deutlich entgegengetreten:

»Dieses Ergebnis kann nicht dadurch in Frage gestellt werden, dass die Richtlinie 2008/104 nach ihrem Art. 3 Abs. 2 das nationale Recht in Bezug auf die Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs unberührt lässt. Wie der Generalanwalt in Rn. 29 seiner Schlussanträge (Saugmandsgaard Øe, ECLI:EU:C:2016:518 = BeckRS 2016, 81443) ausgeführt hat, besagt Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie nämlich nur, dass der Unionsgesetzgeber die Befugnis der Mitgliedstaaten bestehen lassen wollte, die unter den Arbeitnehmerbegriff iS. ihres nationalen Rechts fallenden und im Rahmen ihrer innerstaatlichen Regelung zu schützenden Personen zu bestimmen, ein Aspekt, dessen Harmonisierung nicht Gegenstand der Richtlinie 2008/104 ist. Dagegen kann diese Bestimmung nicht so verstanden werden, dass der Unionsgesetzgeber davon abgesehen hätte, die Bedeutung dieses Begriffs iSd. Richtlinie 2008/104 und somit deren persönlichen Anwendungsbereich selbst festzulegen. Denn wie sich aus den Rn. 25 f. des vorliegenden Urteils ergibt, hat es der Unionsgesetzgeber nicht den Mitgliedstaaten überlassen, diesen Begriff einseitig zu bestimmen, sondern hat dessen Konturen in Art. 3 Abs.1 lit. a der Richtlinie selbst umrissen, wie er dies im Übrigen auch bezüglich der Bestimmung des Leiharbeiterbegriffs in Art. 3 Abs. 1 lit. c der Richtlinie getan hat.«¹²

Zwar betrifft die Entscheidung einen Fall der Leiharbeit, ist also in anderem Kontext ergangen. Dennoch kann ihr die Wertung entnommen werden, dass der Unionsgesetzgeber eine spezifische Definition durch einen Verweis auf nationale Vorschriften oder Gepflogenheiten nicht stets

und abschließend dem nationalen Recht überlässt. Angesichts dessen ist die Reichweite des Verweises auch im vorliegenden Fall unklar. Unabhängig davon, ob man also Beifahrzeiten überhaupt unter den Begriff der Arbeitszeit iSd. Art. 2 Nr. 1 RL 2003/88/EG subsumieren kann, kann nicht abschließend festgestellt werden, inwieweit das Europarecht unter diesem Gesichtspunkt Spielräume eröffnet. Jedenfalls wird man die unionsrechtlichen Grundlagen im Wege der europarechtskonformen Auslegung derjenigen Vorschriften, die der Umsetzung europäischen Rechts dienen, berücksichtigen müssen.

(2) Bestimmung des Arbeitszeitbegriffs nach dem Schutzzweck des ArbZG

Bleibt durch die europarechtliche Annäherung der Begriff der Arbeitszeit gleichwohl unscharf, ist der Blick wiederum auf das in der hiesigen Fallkonstellation maßgebliche nationale Recht zu richten. Der Begriff der Arbeitszeit wird indes im ArbZG nicht definiert, sodass für eine Präzisierung der Schutzzweck des Gesetzes maßgeblich ist.¹³ Diesbezüglich formuliert das BAG:

»Bei den Höchstgrenzen zulässiger Beschäftigung geht es ausschließlich um die in § 1 Nr. 1 ArbZG festgelegten Schutzziele. Das sind Sicherheit und Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer bei der Arbeitszeitgestaltung. Weitergehende soziale Gesichtspunkte wie Freizeit und Möglichkeit zur freien Entfaltung der Persönlichkeit gehören nicht dazu. Aspekte der Freizeitgestaltung gewinnen nach § 1 Nr. 2 ArbZG lediglich bei der Beschäftigung des Arbeitnehmers an Sonntagen oder an anerkannten Feiertagen an Bedeutung.«¹⁴

Gegenstand des weiteren Suchens ist damit die Qualifikation einer bestimmten Zeitspanne, die die Tätigkeit des Arbeitnehmers im arbeitszeitrechtlichen Sinne ausmacht. In Übereinstimmung mit der hierzu ergangenen ständigen Rechtsprechung des BAG ist zur näheren Bestimmung vom Schutzzweck des Gesetzes auszugehen: Das ArbZG soll die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer bei der Arbeitszeitgestaltung durch den Arbeitgeber gewährleisten, indem das Gesetz in seinem Geltungs-

¹¹ Boemke, RdA 2018, 1, 6.

¹² EuGH, 17.11.2016 – C-216/15 – NZA 2017, 41, 42 ff. (Ruhrlandklinik), Rn. 30 ff.

¹³ Baeck/Deutsch/Winzer (Fn. 1), § 2 ArbZG Rn. 4; ErfK-Wank (Fn. 2), § 2 ArbZG Rn. 10.

¹⁴ BAG, 11.7.2006 – 9 AZR 519/05 – AP Nr. 10 zu § 611 BGB Dienstreise = NZA 2007, 155, 159, Rn. 46.

bereich Höchstgrenzen für die werktägliche und wöchentliche Arbeitszeit festschreibt (§ 3 ArbZG), erforderliche Ruhepausen vorgibt (§ 4 ArbZG) und eine Mindestruhezeit vor dem nächsten Arbeitseinsatz anordnet (§ 5 ArbZG). Als öffentlich-rechtliche Schutzvorschriften sind die Normen unabdingbar. Abweichende Vereinbarungen sind nur in den Grenzen des ArbZG möglich.¹⁵ Auf diese Weise soll der Arbeitnehmer vor Gesundheitsgefahren bewahrt werden, die durch eine Überschreitung der zeitlichen Leistungsgrenze verursacht werden können.¹⁶ Dies hebt auch § 1 ArbZG hervor, der ausdrücklich festlegt, dass der Zweck des Gesetzes darin besteht, »die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer in der Bundesrepublik Deutschland und in der ausschließlichen Wirtschaftszone bei der Arbeitszeitgestaltung zu gewährleisten und die Rahmenbedingungen für flexible Arbeitszeiten zu verbessern sowie den Sonntag und die staatlich anerkannten Feiertage als Tage der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung der Arbeitnehmer zu schützen«.

Ausgehend von diesem Telos unterfällt – wie das BAG in einer Grundsatzentscheidung vom 11. Juli 2006 ausgeführt hat – nach der Konzeption des ArbZG eben nicht jede Beschäftigung des Arbeitnehmers, die im Interesse des Arbeitgebers liegt, dem gesetzlichen Arbeitszeitschutz.¹⁷ Einfach gesagt gilt vielmehr: Arbeitszeit ist nicht gleich Arbeitszeit iSd. ArbZG. Auch der EuGH hat mit Blick auf die Richtlinie 2003/88/EG, auf die Teile des ArbZG zurückzuführen sind, darauf hingewiesen, dass die vergütungspflichtige Arbeitszeit nicht mit der Arbeitszeit im arbeitschutzrechtlichen Sinne gleichgesetzt werden kann.¹⁸

Da der Arbeitszeitbegriff des ArbZG also unabhängig vom vergütungsrechtlichen Arbeitszeitbegriff ist, ist überdies bei seiner Bestimmung unerheblich, ob der Arbeitnehmer für die betreffende Zeit ein Gehalt erhält. Umgekehrt führt die Qualifikation einer bestimmten Zeitspanne als Arbeitszeit iSd. ArbZG nicht zwangsläufig zu einer Vergütungspflicht.¹⁹ So gibt es vielmehr Arbeitszeiten iSd. ArbZG, die – abgesehen vom MiLoG²⁰ und dem Mindestentgelt nach der PflegeArbV²¹ – nicht vergütet werden müssen (bspw. Bereitschaftsdienst), und Zeiten, die keine Arbeitszeiten iSd. ArbZG sind, die jedoch vergütungspflichtig sein können (so etwa Rufbereitschaft, Dienstreisen, Teilnahme an Fortbildungsveranstaltungen).²² Dies gründet auf teleologischen Aspekten: Das ArbZG soll weder der Sicherung des Arbeitsentgeltes dienen noch

wirkt sich die Vergütungspflicht auf die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer aus. Auf der anderen Seite kommt es für eine Vergütungspflicht nicht darauf an, ob bestimmte Beschäftigungszeiten als Arbeitszeiten iSd. ArbZG zu qualifizieren sind.²³ Diese autonome Bestimmung entspricht den Vorgaben des Europarechts: Auch der EuGH nimmt in ständiger Rechtsprechung an, dass die Arbeitszeitrichtlinie – mit Ausnahme des in Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie geregelten Sonderfalls des bezahlten Jahresurlaubs – keine Anwendung auf die Vergütung der Arbeitnehmer findet.²⁴

Die Perspektive der Prüfung ist damit klar umrissen: Hinsichtlich der Einordnung eines bestimmten Zeitraums, der mit dem Arbeitsverhältnis in bestimmter Hinsicht korreliert, als Arbeitszeit iSd. ArbZG ist also allein der Sinn

15 Anzinger/Koberski, ArbZG, 4. Aufl., Frankfurt aM. 2014, § 1 ArbZG Rn. 24 ff.; Baeck/Deutsch/Winzer (Fn. 1), Einf. Rn. 52; ErfK-Wank (Fn. 2), § 1 ArbZG Rn. 15; Sprengler, in: Hahn/Pfeiffer/Schubert (Hrsg.), ArbZG, 2. Aufl., Baden-Baden 2018, § 2 ArbZG Rn. 11; Neumann/Biebl, ArbZG, 16. Aufl., München 2012, § 1 ArbZG Rn. 10.

16 BT-Drs. 12/6990, S. 38; BVerwG, 19.9.2000 – 1 C 17/99 – NZA 2000, 1232, 1233; OVG Münster, 10.5.2011 – 4 A 1403/08 – juris; Anzinger/Koberski (Fn. 15), § 1 ArbZG Rn. 4; Kock, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching (Hrsg.), Beck'scher Onlinekommentar Arbeitsrecht, 57. Ed., München 2020 (im Folgenden: BeckOK ArbR), § 1 ArbZG Rn. 1; ErfK-Wank (Fn. 2), § 2 ArbZG Rn. 5; Neumann/Biebl (Fn. 15), § 1 ArbZG Rn. 3.

17 BAG, 11.7.2006 – 9 AZR 519/05 – AP Nr. 10 zu § 611 BGB Dienstreise = NZA 2007, 155, 158, Rn. 40; s. hierzu auch Vogelsang, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl., München 2019 (im Folgenden: Schaub ArbR-HdB), § 156 Rn. 11.

18 EuGH, 14.5.2019 – C-55/18 – NZA 2019, 683, 684 ff. (Federación de Servicios de Comisiones Obreras [CCOO]/Deutsche Bank SAE); s. dazu Thüsing/Flink/Jänsch, ZfA 2019, 456 ff.

19 BAG, 17.10.2018 – 5 AZR 553/17 – AP Nr. 53 zu § 611 BGB Arbeitszeit = NZA 2019, 159, 160, Rn. 16; BAG, 19.11.2014 – 5 AZR 1101/12 – AP Nr. 24 zu § 611 BGB, Rn. 14; BAG, 12.12.2012 – 5 AZR 355/12 – AP Nr. 41 zu § 611 BGB Arbeitszeit, Rn. 16; BAG, 21.12.2016 – 5 AZR 362/16 – AP Nr. 56 zu § 611 BGB Mehrarbeitsvergütung, Rn. 30; BAG, 11.10.2000 – 5 AZR 122/99 – AP Nr. 20 zu § 611 BGB Arbeitszeit = NZA 2001, 458, 459; LAG Rheinland-Pfalz, 18.1.2017 – 7 Sa 513/15 – juris, Rn. 50; s. hierzu auch Hahn, öAT 2017, 202; Schaub ArbR-HdB-Vogelsang (Fn. 17), § 156 Rn. 11; Stöhr/Stolzenberg, NZA 2019, 505 f.

20 Hierzu BAG, 29.6.2016 – 5 AZR 716/15 – AP Nr. 2 zu § 1 MiLoG; dagegen Thüsing/Hütter, NZA 2015, 970 ff.

21 BAG, 19.11.2014 – 5 AZR 1101/12b – AP Nr. 24 zu § 611 BGB.

22 Bspw. BAG, 5.2.2009 – 6 AZR 114/08 – AP Nr. 6 zu § 8 TVöD; zum Ganzen aus dem Blickwinkel des MiLoG Thüsing/Hütter, NZA 2015, 970 ff.

23 BAG, 17.10.2018 – 5 AZR 553/17 – AP Nr. 53 zu § 611 BGB Arbeitszeit = NZA 2019, 159, 160, Rn. 16; BAG, 11.7.2006 – 9 AZR 519/05 – AP Nr. 10 zu § 611 BGB Dienstreise; BAG, 11.10.2000 – 5 AZR 122/99 – AP Nr. 10 zu § 611 BGB Dienstreise = NZA 2001, 458, 459; Schaub ArbR-HdB-Vogelsang (Fn. 17), § 156 Rn. 11.

24 EuGH, 21.2.2018 – C-518/15 – NZA 2018, 293 (Matzak); EuGH, 26.7.2017 – C-175/16 – NZA 2017, 1113, 1114 (Hälvä ua.), Rn. 25; EuGH, 10.9.2015 – C-266/14 – NZA 2015, 1177 (Tyco); EuGH, 1.12.2005 – C-14/04 – Slg. 2005, I-10253 (Dellas), Rn. 40 = NZA 2006, 89, 90; s. hierzu auch BAG, 17.10.2018 – 5 AZR 553/17 – AP Nr. 53 zu § 611 BGB Arbeitszeit = NZA 2019, 159, 160.

und Zweck des ArbZG maßgeblich, die Sicherheit und den Gesundheitsschutz des Arbeitnehmers zu gewährleisten. Leitfrage zur begrifflichen Bestimmung des Begriffs der Arbeitszeit iSd. ArbZG mit Blick auf den bezweckten Gesundheitsschutz muss also sein, welche Auswirkungen die jeweiligen Phasen, wenn die damit einhergehende Tätigkeit eines Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber veranlasst worden ist, auf das allgemeine Wohlbefinden des Arbeitnehmers haben.²⁵ Hiervon ausgehend kommt es zum einen darauf an, dass der Arbeitnehmer die Zeit im Interesse des Arbeitgebers aufwendet; zum anderen muss berücksichtigt werden, wie hoch der Grad der Belastung des Arbeitnehmers während dieser Zeit ist.²⁶

b) Fahrzeiten als Arbeitszeit

Konkret bedarf es auf dieser Grundlage der Erörterung, ob bloße Fahrzeiten, während derer der Arbeitnehmer als Beifahrer ohne Pflichten im Fahrzeug sitzt, als Arbeitszeit iSd. ArbZG gewertet werden müssen. Ausgangspunkt zur Bestimmung der Reichweite des Arbeitszeitbegriffs ist – wie dargelegt – der Schutzzweck des ArbZG, also inwiefern der Arbeitnehmer Zeit für den Arbeitgeber auf dessen Weisung hin aufgewendet hat und welcher Belastungsgrad mit der jeweiligen Tätigkeit einhergeht.²⁷ Dies zugrundeliegend ist Reise- bzw. Fahrzeit grds. nur dann als Arbeitszeit iSd. ArbZG zu qualifizieren, wenn der Arbeitnehmer während dieser Zeit in einem Umfang oder einer Art und Weise auf Anordnung des Arbeitgebers beansprucht wird, die nach den oben dargestellten, allgemeinen Grundsätzen eine Einordnung als Arbeitszeit erfordert.²⁸

Offensichtlich nicht erfasst sind vor diesem Hintergrund nicht betriebsbedingte Reisezeiten. Denn derartige Tätigkeiten erfolgen bereits nicht auf Veranlassung des Arbeitgebers und können daher nicht als arbeitszeitrechtlich relevant angesehen werden. Fahrzeit kann also immer nur dann Arbeitszeit iSd. ArbZG sein, wenn es sich um betriebsbedingte Fahrzeit handelt, wobei sich die betriebliche Veranlassung aus dem Arbeitsvertrag, einer ausdrücklichen Anordnung des Arbeitgebers oder auch konkludent aus der Zuweisung einer bestimmten Aufgabe ergeben kann.²⁹

Dennoch: Dies bedeutet nicht, dass jede betriebsbedingte Fahrzeit zwangsläufig als Arbeitszeit iSd. ArbZG zu qualifizieren ist. Handelt es sich um eine betriebsbedingte Reise oder Fahrt, können zwar bestimmte Zeitspannen während dieser Fahrt als Arbeitszeit iSd. ArbZG einzuord-

nen sein. Dies erfordert aber dem Telos des Gesetzes entsprechend stets, dass der Arbeitnehmer während der Reisezeit in einer Art und Weise auf Anordnung des Arbeitgebers beansprucht wird, die aufgrund des Belastungsgrades als arbeitszeitrechtlich relevant anzusehen ist. Konkret heißt das zunächst, dass reine Fahrtzeiten in Auto, Taxi oder öffentlichen Verkehrsmitteln auch bei betriebsbedingten Reisen grds. keine Arbeitszeit darstellen. So sagt es auch das BAG:

»Trotz dieses Bezugs zur Arbeitsleistung sind Wegezeiten, wie sie hier vorliegen, keine Arbeitszeit, sondern gehören iSd. Arbeitszeitschutzes zur Ruhezeit. Das ergibt die gebotene Auslegung der Bestimmungen. [...] Die Wegezeiten (Dauer der Hin- und Rückfahrt) einer Dienstreise gelten nicht als Arbeitszeit im Sinne von § 2 Abs. 1 ArbZG, wenn der Arbeitgeber lediglich die Benutzung eines öffentlichen Verkehrsmittels vorgibt und dem Arbeitnehmer überlassen bleibt, wie er die Zeit nutzt.«³⁰

Selbst, wenn der Arbeitnehmer während der Fahrzeit freiwillig Arbeitsaufgaben erledigt, ohne dass diese vom Arbeitgeber angeordnet wurden, erachtet das BAG diese Tätigkeit nicht zwangsläufig als arbeitszeitrechtlich relevante Arbeit. Denn:

»Der Arbeitnehmer kann während er sich in Beförderungsmitteln aufhält nach Belieben arbeiten. Ihm steht auch frei, private Angelegenheiten zu erledigen. ›Dösen‹ oder Schlafen sind ebenso gestattet wie die Einnahme von Getränken oder Speisen. Seine Belastung bleibt damit noch hinter der Beanspruchung durch eine Rufbereitschaft zurück. Er muss sich nicht auf Abruf zur Arbeitsleistung zur Verfügung halten.«³¹

Das heißt: Selbst der Umstand, dass der Arbeitnehmer während der Reise Arbeitsaufgaben erledigt, weist zumindest nach der Rechtsprechung des BAG wohl nicht auf eine arbeitszeitrechtlich relevante Arbeitnehmerbelastung hin. Im Gegenteil führt sogar erst die Anordnung des Arbeit-

25 Thüsing/Hütter, NZA 2015, 970, 972.

26 BeckOK ArbR-Kock (Fn. 16), § 2 ArbZG Rn. 1.

27 Baeck/Löslér, NZA 2005, 247, 249; Baeck/Deutsch/Winzer (Fn. 1), § 2 ArbZG Rn. 72, 73; ähnlich Hunold, NZA-Beil. 2006, 38, 39.

28 Baeck/Deutsch/Winzer (Fn. 1), § 2 ArbZG Rn. 73.

29 Baeck/Deutsch/Winzer (Fn. 1), § 2 ArbZG Rn. 75.

30 BAG, 11.7.2006 – 9 AZR 519/05 – AP Nr. 10 zu § 611 BGB Dienstreise = NZA 2007, 155, 158, Ls. Rn. 37; zust. Anzinger/Koberski (Fn. 15), § 2 ArbZG, Rn. 21; EriK-Wank (Fn. 1), § 2 ArbZG Rn. 17; Neumann/Biebl (Fn. 15), § 2 ArbZG Rn. 15; Loritz, NZA 1997, 1188, 1192; Loritz/Koch, BB 1987, 1102, 1106.

31 BAG, 11.7.2006 – 9 AZR 519/05 – AP Nr. 10 zu § 611 BGB Dienstreise = NZA 2007, 155, 158, Rn. 44.

gebers, die Hin- oder Rückfahrt für Arbeitstätigkeiten zu nutzen, zu einer arbeitszeitrechtlich anzurechnenden Tätigkeit.³²

Nach diesen Maßstäben ist die bloße Anwesenheit des Beifahrers im Transportfahrzeug hiesiger Ansicht nach nicht als Arbeitszeit iSv. § 2 Abs. 1 ArbZG einzuordnen.

Wiederum unbestritten: Auch der Beifahrer wendet diese Zeit für den Arbeitgeber auf dessen Weisung auf. Dennoch wird man den Belastungsgrad, der mit dieser Tätigkeit einhergeht, nicht als hinreichend erachten können, um arbeitszeitrechtlich relevante Arbeitszeit anzunehmen. Denn: Den Beifahrer treffen während der Transportzeit keinerlei Verpflichtungen. Seine Aufgabe liegt allein im Transport des Sicherungsguts als später fungierender Geldbote vom oder zum Kunden vom Transporter aus. Während der Zeit als Beifahrer obliegt ihm nicht die Wahrnehmung anderer Aufgaben. Im Gegenteil steht es ihm während dieser Zeitspanne frei, den Weg zum Kunden für die Erledigung von Privatangelegenheiten oder auch zum Schlafen zu nutzen. Der Belastungsgrad ist demzufolge als gering einzuschätzen; die bloße Aufwendung von Zeit für den Arbeitgeber kann nicht genügen, um die Tätigkeit als von der Arbeitszeit iSd. ArbZG erfasst anzusehen. Dies gilt umso deutlicher, als das BAG – wie dargelegt – sogar dann von der Einordnung einer Tätigkeit als Arbeitszeit absieht, wenn während einer Reise freiwillig Arbeitsaufgaben erledigt werden.

Unerheblich sind zudem – wie dargelegt – vergütungsrelevante Gesichtspunkte.³³ Der Arbeitgeber kann auch für Zeiten zahlen, die keine Arbeitszeit iSd. ArbZG sind. Auch wenn vereinbart wird, dass reine Fahrzeiten auf der Ebene der Vergütung als Arbeitszeit eingeordnet werden und damit zu einem Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers führen, führt dies arbeitszeitschutzrechtlich zu keiner anderen Bewertung. Es muss stets eine autonome Beurteilung auf der Grundlage des Sinnes und des Zweckes des ArbZG vorgenommen werden. Dass der Beifahrer für seine Tätigkeit ein Entgelt erhält, also auch für die Zeitspanne, während der er untätig im Fahrzeug sitzt, ist mithin für die hiesige Betrachtung ohne Belang.

c) Arbeitszeit durch Pflicht zum Aufenthalt an einem Ort?

Kann die Tätigkeit des Beifahrers nach den oben genannten, allgemeinen Maßstäben nicht als Arbeitszeit iSd. § 2 Abs. 1 ArbZG eingeordnet werden, so bedarf es gleichwohl noch der Klärung der Frage, ob denn die bloße Pflicht zum

Aufenthalt an einem bestimmten Ort – konkret: im Transportfahrzeug – eine abweichende Beurteilung erfordert. Denn wenn es nicht Arbeitszeit ist, dann wäre die Verpflichtung, sich an einem Ort aufzuhalten ggf. durch das Arbeitszeitrecht unbegrenzt. Das Ergebnis erschiene kontraintuitiv.

Dies wäre dann der Fall, wenn die Anwesenheit bestimmter Arbeitnehmergruppen an einem bestimmten Ort allein unter diesem Gesichtspunkt als Arbeitszeit iSd. ArbZG eingeordnet wird – obwohl die Arbeitnehmer bei ihrer Tätigkeit gänzlich untätig bleiben und den Zeitraum sogar für die Erledigung von Privatangelegenheiten nutzen könnten. Eine rein ortsgebundene Qualifikation als Arbeitszeit bei gänzlicher Untätigkeit des Arbeitnehmers kann allerdings nicht angenommen werden. Zwar wird zuweilen auch bei Arbeitnehmern, die sich längerfristig an einem bestimmten Ort aufhalten müssen, ohne dort weitere Aufgaben zu erledigen, sogar Vollarbeit angenommen. So heißt es exemplarisch in einer jüngeren instanzgerichtlichen Entscheidung:

»Vollarbeit liegt vor, wenn der Arbeitnehmer die geschuldete volle Arbeitsleistung erbringt, er also seine Arbeitskraft entsprechend dem Arbeitsvertrag für die betrieblichen Zwecke seines Arbeitgebers einsetzt. Sie liegt nicht nur vor, wenn der Arbeitnehmer mit gleichbleibender Intensität zur Arbeit herangezogen wird oder Arbeitsleistung erbringt. Auch eine schwankende Intensität der Arbeitsleistung kann insgesamt arbeitschutzrechtlich wie vergütungsrechtlich als Vollarbeit anzusehen sein. Derartige Schwankungen kommen insbesondere vor, wenn Arbeitnehmer die Aufgabe der Überwachung und Kontrolle haben. In der Kommentarliteratur werden daher als Vollarbeit angesehen: Wächter beim Rundgang, Pförtner, Aufseher, Bewacher, Überwacher automatischer Anlagen, Feuerposten und Schwestern auf Station.«³⁴

Diesen Arbeitnehmergruppen ist jedoch gemein, dass sie sich zwar zur Wahrnehmung von Überwachungsaufgaben zeitweise untätig an einem bestimmten Ort aufhalten, beim Eintritt bestimmter Ereignisse – etwa die Erforder-

³² Heins/Leder, NZA 2007, 249, 250.

³³ BAG, 12.12.2012 – 5 AZR 355/12 – AP Nr. 41 zu § 611 BGB Arbeitszeit, Rn. 16; BAG, 21.12.2016 – 5 AZR 362/16 – AP Nr. 56 zu § 611 BGB Mehrarbeitsvergütung = NZA-RR 2017, 233, 236, Rn. 30; BAG, 11.10.2000 – 5 AZR 122/99 – AP Nr. 20 zu § 611 BGB Arbeitszeit = NZA 2001, 458, 459; s. hierzu auch Neumann/Biebl (Fn. 15), § 2 ArbZG Rn. 15; Schaub ArbR-HdB-Vogelsang (Fn. 17), § 156 Rn. 11; Stöhr/Stolzenberg, NZA 2019, 505 f.; zur Vergütungsebene ausführlich Freyler, BB 2019, 1397 ff.

³⁴ VG Ansbach, 3.1.2018 – 4 S 17.2428 – juris, Rn. 72 mwN.

lichkeit der Öffnung eines Tors durch den Pförtner – gleichwohl unmittelbar aktiv werden müssen und daher – ganz plakativ – in der übrigen Zeit eben nicht schlafen können, sondern (be)wachen müssen. Gleiches gilt für betriebsbedingte Wartezeiten, in denen der Arbeitnehmer bspw. auf die Reparatur einer Maschine oder die Anordnung einer Arbeitsaufgabe wartet.³⁵ Hiervon zu unterscheiden ist die Tätigkeit des Beifahrers, der sich während der Fahrzeit lediglich im Fahrzeug befindet und während dieser Zeitspanne bis zum Erreichen des Ortes auch nicht vom Arbeitgeber in Anspruch genommen wird. Im Gegenteil kann er diesen Zeitraum nach Belieben und damit auch zur Erholung nutzen. Letztlich kann dem Telos des ArbZG nach die bloße Pflicht zum Aufenthalt an einem vom Arbeitgeber festgelegten oder zwingend mit der späteren Verrichtung der Arbeitstätigkeit zusammenhängenden Ort also noch nicht genügen, um die dort verbrachte Zeitspanne als arbeitszeitrechtlich relevante Arbeitszeit zu qualifizieren.

Hiermit deckt sich auch die Wertung, dass es dem Arbeitnehmer grds. sogar nicht ermöglicht werden muss, seine Ruhepausen an einem frei gewählten Ort zu verbringen.³⁶ Baeck/Deutsch/Winzer formulieren treffend: »Sinn und Zweck der Ruhepausen liegen nicht darin, dem Arbeitnehmer Freizeitaktivitäten wie bspw. das Verlassen des Betriebs zu ermöglichen. Relevant ist allein, dass der Arbeitnehmer weder arbeiten noch sich zur Arbeit bereithalten muss, sondern die Zeit zur Erholung nutzen kann.«³⁷

Wie das BAG betont, geht es bei der Festlegung der Grenzen des im Rahmen des ArbZG Zulässigen ausschließlich um die Ziele des Gesetzes, die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer zu gewährleisten. Weitergehende soziale Gesichtspunkte wie Freizeit und Möglichkeit zur freien Entfaltung der Persönlichkeit bleiben hierbei ohne Belang.³⁸ Dann aber ist es nur konsequent, dass eine Zeitspanne nicht allein deswegen als Arbeitszeit qualifiziert werden kann, weil der Arbeitnehmer zum Aufenthalt an einem bestimmten Ort verpflichtet bzw. am Verlassen ebendieses Ortes gehindert ist.

d) Ein erstes Zwischenfazit

Im Rahmen eines ersten Zwischenfazits ist festzuhalten: Bezüglich der Einordnung eines bestimmten Zeitraums als Arbeitszeit iSd. ArbZG, der mit dem Arbeitsverhältnis in bestimmter Hinsicht korreliert, ist der Sinn und Zweck des ArbZG maßgeblich, die Sicherheit und den Gesund-

heitsschutz des Arbeitnehmers zu gewährleisten. Zur Bestimmung des Begriffs der Arbeitszeit iSd. ArbZG mit Blick auf den bezweckten Gesundheitsschutz muss geprüft werden, welche Auswirkungen die jeweiligen Phasen, wenn die damit einhergehende Tätigkeit eines Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber veranlasst worden ist, auf das allgemeine Wohlbefinden des Arbeitnehmers haben. Hiervon ausgehend kommt es zum einen darauf an, dass der Arbeitnehmer die Zeit im Interesse des Arbeitgebers aufwendet; zum anderen muss berücksichtigt werden, wie hoch der Grad der Belastung des Arbeitnehmers während dieser Zeit ist. Nach diesen Maßstäben sind bloße Fahrzeiten wie die Fahrzeit des Beifahrers – unabhängig davon, dass er für diese Zeitspanne daran gehindert ist das Fahrzeug zu verlassen – hiesiger Ansicht nach regelmäßig nicht als Arbeitszeit zu qualifizieren, soweit den Beifahrer während der Transportzeit keinerlei Verpflichtungen treffen. Denn während dieser Zeit leistet der Arbeitnehmer keine Wertschöpfung, sondern befindet sich nur an einem mit der Verrichtung der späteren Tätigkeit zusammenhängenden Ort und kann den Zeitraum überdies zur Erholung nutzen – was dem Schutzzweck des ArbZG entsprechend eine Einordnung als Arbeitszeit ausschließt.

2. Fahrzeit des Beifahrers als Arbeitsbereitschaft

Lehnt man unter vorgenannten Gesichtspunkten die Einordnung der Fahrzeit des Beifahrers als Arbeitszeit iSd. § 2 Abs. 1 ArbZG ab, so gilt es in einem zweiten Schritt zu eruieren, ob sie dennoch als Arbeitszeit in Form der Arbeitsbereitschaft zu werten ist. Denkbar erscheint dies – jedenfalls auf den ersten Blick – da der Beifahrer während der Fahrzeit zwar selbst keine Verpflichtungen zur Erbringung seiner Arbeitsleistung hat, allerdings regelmäßig auch nicht vorhersehen kann, wann er seine Tätigkeit – den Transport des Sicherungsguts vom Kunden in das Transportfahrzeug – konkret ausführen muss. Denn der Beginn seiner eigenen Tätigkeit wird wiederum bedingt durch die Dauer der Fahrt, die für den Beifahrer unter Umständen bei Fahrtantritt noch nicht absehbar ist.

³⁵ Baeck/Deutsch/Winzer (Fn. 1), § 4 ArbZG Rn. 4.

³⁶ S. hierzu ausführlich noch Gliederungspunkt III.3.

³⁷ Baeck/Deutsch/Winzer (Fn. 1), § 4 ArbZG Rn. 24.

³⁸ BAG, 11.7.2006 – 9 AZR 519/05 – AP Nr. 10 zu § 611 BGB Dienstreise = NZA 2007, 155, 158, Rn. 46.

a) Definition der Arbeitsbereitschaft

Grundlegend zur Beantwortung der aufgeworfenen Frage ist ein Blick auf die Definition des Begriffs der Arbeitsbereitschaft. Arbeitsbereitschaft ist nach der Rechtsprechung des BAG »die Zeit wacher Achtsamkeit im Zustande der Entspannung.«³⁹ Dabei hat das Gericht in der Vergangenheit klargestellt:

»Das Vorliegen dieser Voraussetzung ist von der jeweils vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung her zu bestimmen. Arbeitsbereitschaft stellt gegenüber der geschuldeten Arbeitsleistung eine mindere Leistung dar, die den Arbeitnehmer erheblich weniger als die volle Arbeit beansprucht und damit einen Entspannungszustand ermöglicht. Andererseits ist die Arbeitsbereitschaft von der Pause zu unterscheiden, in der sich der Arbeitnehmer nicht in wacher Achtsamkeit zur jederzeitigen Arbeitsaufnahme bereitzuhalten braucht.«⁴⁰

Charakteristisch ist mithin, dass der Arbeitnehmer durch seinen Arbeitgeber beansprucht wird, indem er sich für den jederzeitigen Arbeitseinsatz bereitzuhalten hat und jederzeit damit rechnen muss, seine Arbeit von sich aus aufzunehmen.⁴¹ Weiß der Arbeitnehmer hingegen schon bei Beginn der Arbeitsunterbrechung, dass er für einen von vornherein feststehenden Zeitraum keine Arbeitsleistung erbringen muss, handelt es sich um eine Ruhepause.⁴²

b) Ein Blick auf Rechtsprechung und Literatur

Diese abstrakte Formel kann durch einen Blick auf von der Rechtsprechung bereits entschiedene Fallkonstellationen konkretisiert werden: So hat das BAG bspw. anerkannt, dass Lenkzeitunterbrechungen bei Straßenbahnfahrern, während derer der Arbeitnehmer keine Arbeitsleistung zu erbringen und sich auch nicht dafür bereitzuhalten hat, jedenfalls dann keine Arbeitsbereitschaft – sondern Ruhepausen – darstellen, wenn die Lenkzeitunterbrechung mindestens acht Minuten beträgt.⁴³ Demgegenüber ist die Wartezeit eines Rettungssanitäters zwischen zwei Einsätzen als Arbeitsbereitschaft zu werten, da der Arbeitnehmer damit rechnen muss, jederzeit zum nächsten Rettungseinsatz aufzubrechen und sich daher zum sofortigen Arbeitseinsatz bereithalten muss.⁴⁴ Anschaulich stellt es auch *Kock* dar:

»Ein Außendienstmitarbeiter hat bei einem Kunden einen Termin um 10 Uhr. Im Unternehmen erfährt er, dass der Kunde noch in einer Besprechung ist und sich daher der Termin verzögert. Der Außendienstmitarbeiter wartet im Besprechungszim-

mer des Unternehmens. Um 11 Uhr kommt die Besprechung zu Stande. Die Wartezeit ist Arbeitsbereitschaft. Dagegen liegt keine Arbeitsbereitschaft – sondern Ruhezeit – vor, wenn dem Außendienstmitarbeiter bei dessen Eintreffen im Unternehmen des Kunden um 10 Uhr mitgeteilt wird, die Besprechung finde erst um 11 Uhr statt und der Außendienstmitarbeiter die Zeit bis dahin nach eigenem Belieben nutzen kann.«⁴⁵

Diese Beispiele verdeutlichen: Muss der Arbeitnehmer ständig bereit sein, seine Arbeit wieder aufzunehmen, ohne vorher zu wissen, wann dies konkret der Fall sein wird, handelt es sich um Arbeitsbereitschaft. Weiß der Arbeitnehmer hingegen von vornherein, dass er für einen bestimmten Zeitraum keine Arbeitsleistung erbringen muss, liegt keine Arbeitsbereitschaft, sondern Ruhezeit vor.

c) Ein zweites Zwischenfazit

Legt man diese Grundsätze als Maßstab an, so ergibt sich für den vorliegenden Sachverhalt ein eindeutiges Bild: Der Beifahrer eines Werttransports, der lediglich für den Transport des Sicherungsguts vom Kunden in das Transportfahrzeug zuständig ist, erbringt während der Fahrt weder eine eigene Arbeitsleistung noch muss er damit rechnen, seine Arbeit jederzeit aufzunehmen. Denn bereits bei Fahrtantritt weiß der Beifahrer, dass er für den gesamten Zeitraum, den die Fahrt in Anspruch nimmt, nicht arbeiten muss. Ein spontaner Arbeitseinsatz ist für die Dauer der Fahrt mithin ausgeschlossen, der Beifahrer muss sich nicht zur jederzeitigen Arbeitsaufnahme bereithalten. Eine andere Bewertung lässt sich auch nicht auf den Umstand stützen, dass der Beifahrer die konkrete Dauer der Fahrt im Einzelfall regelmäßig nicht absehen kann. Zwar ist eine Arbeitsunterbrechung als Arbeitsbereitschaft einzuordnen, wenn der Arbeitnehmer nicht spä-

39 BAG, 9.3.2005 – 5 AZR 385/02 – juris; vgl. auch BAG, 11.7.2006 – 9 AZR 519/05 – AP Nr. 10 zu § 611 BGB Dienstreise = NZA 2007, 155, 158, Rn. 41; BAG, 10.1.1991 – 6 AZR 352/89 – AP Nr. 4 § 18 MTB = NZA 1991, 516, 518; BAG, 12.2.1986 – 7 AZR 358/84 – AP Nr. 7 zu § 15 BAT.

40 BAG, 9.3.2005 – 5 AZR 385/02 – juris; vgl. auch BAG, 12.2.1986 – 7 AZR 358/84 – AP Nr. 7 zu § 15 BAT.

41 *Baack/Deutsch/Winzer* (Fn. 1), § 2 ArbZG Rn. 37; *Hördt*, ArbRAktuell 2019, 55, 57.

42 BAG, 29.10.2002 – 1 AZR 603/01 – AP Nr. 11 zu § 611 BGB Arbeitsbereitschaft = NZA 2003, 1212, 1214.

43 BAG, 13.10.2009 – 9 AZR 139/08 – AP Nr. 4 zu § 2 ArbZG = NZA-RR 2010, 623, 625, Rn. 25.

44 BAG, 24.9.1992 – 6 AZR 101/90 – AP Nr. 24 zu § 15 BAT = NZA 1993, 517.

45 BeckOK ArbR-Kock (Fn. 16), § 2 ArbZG Rn. 5.2.

testens zu Beginn der Unterbrechung absehen kann, wie lange diese andauern wird.⁴⁶ Allerdings steht jedenfalls die Mindestfahrzeit – und damit auch die Mindestdauer der Arbeitsunterbrechung – schon bei Fahrtantritt fest, wodurch sich ein klar umrissener Zeitraum ergibt, während dessen der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung nicht erbringen muss. Zumindest diese Mindestfahrzeit ist daher nicht als Arbeitsbereitschaft zu werten. Darüber hinaus kann der Beifahrer während des Verlaufs der Fahrt regelmäßig schon frühzeitig absehen, ob sich die Fahrzeit – bspw. abhängig von der Verkehrslage und der Geschwindigkeit des Fahrers – verlängern wird und er daher seine eigene Arbeit später als ursprünglich geplant ausführen muss. Dadurch ist ausgeschlossen, dass der Beifahrer seine Tätigkeit plötzlich und unerwartet aufnehmen muss. Der Beifahrer muss sich mithin nicht in »wacher Achtsamkeit« für den Arbeitseinsatz bereithalten und mit einer jederzeitigen Arbeitsaufnahme rechnen, sondern kann die Fahrt zur vollständigen Entspannung nutzen. Damit ist die Fahrzeit für ihn nicht als Arbeitsbereitschaft einzuordnen und stellt mithin auch unter diesem Gesichtspunkt keine Arbeitszeit des Beifahrers iSd. § 2 Abs. 1 ArbZG dar.

II. § 21a Abs. 3 S. 1 Nr. 3 ArbZG als Bestätigung oder Ausnahme der allgemeinen Regel

Offen ist indes, ob eine andere Beurteilung mit Blick auf § 21a Abs. 3 S. 1 Nr. 3 ArbZG erforderlich ist. Die Norm bestimmt im Rahmen ihres Anwendungsbereichs, dass – abweichend von § 2 Abs. 1 ArbZG – diejenige Zeit, die als Beifahrer neben dem Fahrer verbracht wird, keine Arbeitszeit ist. Dabei ist allerdings fraglich, ob es sich insofern – wie die Formulierung der Norm, die ausdrücklich klarstellt, dass es sich »abweichend von § 2 Abs. 1 ArbZG« bei der als Beifahrer verbrachten Zeit nicht um Arbeitszeit handelt, vermuten lässt – um eine Ausnahme vom Grundsatz des § 2 Abs. 1 ArbZG handelt oder ob nicht vielmehr die dort aufgestellte Regel bestätigt wird. Dies gilt es nachfolgend näher zu beleuchten, wobei besonderes Augenmerk nicht nur auf den Wortlaut der Norm gelegt werden muss, sondern vielmehr darüber hinaus der unionsrechtliche Hintergrund der Regelung in den Blick zu nehmen ist.

1. Begrenzter Anwendungsbereich der Norm

Grundlage zur Beantwortung dieser Frage bildet dabei die Auseinandersetzung mit dem Anwendungsbereich der Norm, der durch § 21a Abs. 1 ArbZG näher definiert wird: Die Vorschrift findet Anwendung auf die Beschäftigung von Arbeitnehmern als Fahrer oder Beifahrer bei Straßenverkehrstätigkeiten iSd. Verordnung (EG) Nr. 561/2006. Diese gilt ausweislich Art. 2 Abs. 1 VO (EG) Nr. 561/2006 für die Güterbeförderung mit Fahrzeugen, deren zulässige Höchstmaße einschließlich Anhänger oder Sattelanhänger 3,5t übersteigt oder für die Personenbeförderung mit Fahrzeugen, die für die Beförderung von mehr als neun Personen, einschließlich des Fahrers, konstruiert oder dauerhaft angepasst und zu diesem Zweck bestimmt sind. Fällt das Fahrzeug nicht in den Anwendungsbereich der VO (EG) Nr. 561/2006, so findet auch § 21a ArbZG keine Anwendung.⁴⁷ Zwar kann der Werttransport grds. als Gütertransport eingeordnet werden, jedoch werden Werttransporte nur im Münztransport mit Fahrzeugen durchgeführt, deren zulässige Höchstmasse 3,5t übersteigen. Damit unterfällt der Werttransport in anderen Fällen nicht dem Anwendungsbereich des § 21a ArbZG, die Norm gilt für diese Konstellation nicht. Dennoch kann die Frage, ob § 21a Abs. 3 S. 1 Nr. 3 ArbZG eine Ausnahme vom Grundsatz des § 2 Abs. 1 ArbZG normiert oder vielmehr eine Bestätigung der dort aufgestellten Regel darstellt, Ausstrahlungswirkung auch für Bereiche entfalten, in denen die Regelung keine unmittelbare Anwendung findet, sodass sie weiterhin der Klärung bedarf – für die Münztransporte gilt das ohnehin.

2. Ein Blick auf Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur

Welchen Inhalt hat § 21a Abs. 3 S. 1 Nr. 2 ArbZG nun tatsächlich: Bildet die Norm eine Ausnahme zum Grundsatz des § 2 Abs. 1 ArbZG oder bestätigt sie vielmehr lediglich die dort aufgestellte Regel? Einen ersten Anhaltspunkt können insofern die Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur bilden. In der Rechtsprechung heißt es beinahe lapidar:

⁴⁶ BAG, 29.10.2002 – 1 AZR 603/01 – AP Nr. 11 zu § 611 BGB Arbeitsbereitschaft = NZA 2003, 1212, 1214.

⁴⁷ S. ausdrücklich BT-Drs. 17/8988, S. 10.

- »Nach § 21a Abs. 3 S. 1 Nr. 3 ArbZG ist zwar für Arbeitnehmer, die sich beim Fahren abwechseln, die während der Fahrt neben dem Fahrer oder in einer Schlafkabine verbrachte Zeit abweichend von § 2 Abs. 1 ArbZG keine Arbeitszeit.«⁴⁸

Das würde darauf hindeuten: Wo § 21a Abs. 3 ArbZG nicht greift, ist die Zeit als Beifahrer Arbeitszeit nach den allgemeinen Regeln – sonst läge in der Norm keine Abweichung von § 2 Abs. 1 ArbZG, sondern eine deklaratorische Bestätigung. Dieser Ansatz scheint auch in der Literatur Zustimmung zu erfahren, denn auch dort wird § 21a Abs. 3 ArbZG nicht selten ausdrücklich als »Ausnahmetatbestand« bezeichnet.⁴⁹

Andererseits hat die Rechtsprechung zugleich ausdrücklich klargestellt, dass sich aus § 21a Abs. 3 ArbZG nach ihrem Verständnis keine inhaltliche Modifizierung des Begriffs der Arbeit ergibt.⁵⁰ So formuliert das BAG ausdrücklich:

- »Die Vorschrift enthält jedoch keine Modifizierung dessen, was unter Arbeit zu verstehen ist, und schließt eine Vergütung für die Arbeit als Beifahrer nicht aus.«⁵¹

Das erscheint auf den ersten Blick wenig stimmig: Normiert § 21a Abs. 3 ArbZG eine Ausnahme zum Grundsatz des § 2 Abs. 1 ArbZG, so modifiziert die Norm zwangsläufig das Verständnis des in § 2 Abs. 1 ArbZG enthaltenen Begriffs der Arbeitszeit. Vor diesem Hintergrund erscheint ein differenzierterer Ansatz – wie ihn auch die Literatur verfolgt – sachgerecht. Die in den jeweiligen Tatbeständen des § 21a Abs. 3 ArbZG genannten Zeiten können letztlich weder als Arbeitszeit noch als Ruhepause eingeordnet werden.⁵² Treffend formuliert insofern *Kock*:

- »Abweichend von der Konzeption des ArbZG definiert Abs. 3 für die von der Norm erfassten Personen Zeiten, die weder als Arbeitszeit noch als Ruhepausen gelten. Die Norm führt damit eine ›dritte‹ Kategorie zwischen Arbeitszeit und Ruhezeit ein. Der Arbeitszeitbegriff wird hierdurch wegen der besonderen Bedürfnisse und Gegebenheiten des Straßenverkehrs modifiziert.«⁵³

Dies scheint auch das Verständnis zu sein, das der Gesetzgeber – trotz des insofern missverständlichen Wortlauts – der Norm zugrunde legen wollte, wie der Blick auf die Gesetzesbegründung verdeutlicht. Denn dort heißt es ausdrücklich:

- »Die genannten Zeiten müssen zwar einerseits bei der Ermittlung der Höchstarbeitszeit nicht mitgerechnet werden, sind aber andererseits weder Ruhezeiten noch Ruhepausen. [...] Bei Zwei-Fahrer-Besetzungen ist die Zeit, die während der Fahrt auf

dem Beifahrersitz bzw. in der Schlafkabine verbracht wird, keine Arbeitszeit. Diese Zeit darf allerdings nicht als Ruhezeit gerechnet werden. Diese gemäß Art. 7 der EWG-Verordnung 3820/85 bestehende Rechtslage wird hier noch einmal klargestellt.«⁵⁴

Deutlich wird mithin: Die Zeit als Beifahrer ist keine Arbeitszeit, aber eben auch nicht zwingend Ruhezeit – was aber ist sie dann? Klar ist: Die als Beifahrer verbrachte Zeit kann – so der eindeutige Wille des Gesetzgebers – nicht unter eine der bekannten Kategorien subsumiert werden. Vielmehr wird neben der »Arbeitszeit« und der »Ruhezeit« eine neue, dritte Kategorie, die »Unterbrechung«, geschaffen.

3. Eine Ordnung der Argumente

Aber welche Rückschlüsse lassen sich daraus im Hinblick auf den Charakter der Norm ziehen? Spricht die Regelung für den Beifahrer nun aus, was sich ohnehin aus den allgemeinen Regeln ergibt oder bildet sie doch eine Ausnahme zum Grundsatz des § 2 Abs. 1 ArbZG? Die verbleibende Unsicherheit gebietet, die Frage weiter aufzubohren und alle Argumente zu sichten und zu wägen.

a) Wortlaut: Ausnahme von der Regel des § 2 Abs. 1 ArbZG

Auf den ersten Blick liefert der Wortlaut der Norm ein eindeutiges Ergebnis, heißt es doch in § 21a Abs. 3 S. 1 Nr. 3 ArbZG ausdrücklich:

- »Abweichend von § 2 Abs. 1 ist keine Arbeitszeit: [...] für Arbeitnehmer, die sich beim Fahren abwechseln, die während der Fahrt neben dem Fahrer oder in einer Schlafkabine verbrachte Zeit.«

48 BAG, 16.5.2012 – 5 AZR 347/11 – AP Nr. 53 zu § 611 BGB Mehrarbeitsvergütung = NZA 2012, 939, 940, Rn. 9; BAG, 20.4.2011 – 5 AZR 200/10 – AP Nr. 51 zu § 307 Nr. 51 = NZA 2011, 917, 919, Rn. 24; LAG Köln, 14.5.2019 – 4 Sa 755/17 – juris, Rn. 44.

49 *Baeck/Deutsch/Winzer* (Fn. 1), § 21a ArbZG Rn. 14.

50 BAG, 16.5.2012 – 5 AZR 347/11 – AP Nr. 53 zu § 611 BGB Mehrarbeitsvergütung = NZA 2012, 939, 940, Rn. 9; BAG, 20.4.2011 – 5 AZR 200/10 – AP Nr. 51 zu § 307 Nr. 51 = NZA 2011, 917, 919, Rn. 24; LAG Köln, 14.5.2019 – 4 Sa 755/17 – juris, Rn. 44.

51 BAG, 16.5.2012 – 5 AZR 347/11 – AP Nr. 53 zu § 611 BGB Mehrarbeitsvergütung = NZA 2012, 939, 940, Rn. 9; ähnlich zuvor bereits BAG, 20.4.2011 – 5 AZR 200/10 – AP Nr. 51 zu § 307 Nr. 51 = NZA 2011, 917, 919, Rn. 24.

52 *Baeck/Deutsch/Winzer* (Fn. 1), § 21a ArbZG Rn. 20; BeckOK ArbR-Kock (Fn. 16), § 21a ArbZG Rn. 12.

53 BeckOK ArbR-Kock (Fn. 16), § 21a ArbZG Rn. 12.

54 BT-Drs. 16/1685, S. 12 f.

Damit hat der Gesetzgeber scheinbar zum Ausdruck bringen wollen, dass »abweichend von« der in § 2 Abs. 1 ArbZG getroffenen Regelung die Fahrzeit eines Beifahrers keine Arbeitszeit ist – und damit eine Ausnahme zum nach § 2 Abs. 1 ArbZG geltenden Grundsatz schaffen wollen. Der Wortlaut streitet mithin für den Ausnahmecharakter der Vorschrift – und dafür, dass Beifahrerzeiten eben doch Arbeitszeit wären.

b) Materialien: Maßgeblich ist das Europarecht

Nicht unberücksichtigt bleiben darf jedoch der unionsrechtliche Hintergrund des § 21a Abs. 3 S. 1 Nr. 1 ArbZG. Denn wie der Gesetzgeber selbst klargestellt hat, dient die Vorschrift der Umsetzung europäischen Rechts:

»Artikel 5 dient der Restumsetzung europäischen Rechts auf dem Gebiet des Arbeitsschutzes für Beschäftigte im Straßenverkehr. Mit der Richtlinie 2002/15/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 2002 zur Regelung der Arbeitszeit von Personen, die Fahrtätigkeiten im Bereich des Straßentransports ausüben (ABl. EG Nr. L 80 S. 35, im Folgenden: Fahrpersonalrichtlinie) hat der Europäische Gesetzgeber für diesen Personenkreis besondere Arbeitszeitbestimmungen verabschiedet, die in verschiedenen Punkten von den allgemeinen Bestimmungen der Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (ABl. EG Nr. L 299 S. 9, im Folgenden: Arbeitszeitrichtlinie) abweichen.«⁵⁵

Dabei überträgt § 21 Abs. 3 ArbZG nach dem Willen des Gesetzgebers die Gestaltungsmöglichkeiten, die die Fahrpersonalrichtlinie bietet, ins deutsche Recht.⁵⁶ Daher kann die Frage nach dem Charakter der Norm auch nur unter eingehender Auseinandersetzung mit den inhaltlichen Vorgaben des Unionsrechts beantwortet werden. Da die Fahrpersonalrichtlinie ausweislich ihres Art. 2 Abs. 4 die Bestimmungen der Verordnung (EWG) Nr. 3820/85 – die nunmehr durch die Verordnung (EG) Nr. 561/2006 ersetzt wurde – indes lediglich ergänzt und ausdrücklich einen Vorrang der Bestimmungen der Verordnung vorsieht, ist sich im Folgenden einer näheren Betrachtung der in der Verordnung festgelegten Vorgaben zuzuwenden.

c) Die Unterbrechung nach Art. 7 der Verordnung (EG) Nr. 561/2006

Doch welche inhaltlichen Vorgaben statuiert das Unionsrecht konkret? Art. 7 der Verordnung (EG) Nr. 561/2006 (ehemals Art. 7 VO (EWG) Nr. 3820/85) sieht vor, dass der

Fahrer nach einer Lenkdauer von viereinhalb Stunden »eine ununterbrochene Fahrtunterbrechung von wenigstens 45 Minuten einzulegen [hat], sofern er keine Ruhezeit einlegt. Diese Unterbrechung kann durch eine Unterbrechung von mindestens 15 Minuten, gefolgt von einer Unterbrechung von mindestens 30 Minuten, ersetzt werden, die in die Lenkzeit so einzufügen sind, dass die Bestimmungen des Abs. 1 eingehalten werden.« Dabei definiert Art. 4 lit. d VO (EG) Nr. 561/2006 die Fahrtunterbrechung legal als »jeden Zeitraum, in dem der Fahrer keine Fahrtätigkeit ausüben und keine anderen Arbeiten ausführen darf und der ausschließlich zur Erholung genutzt wird«, in Abgrenzung zur Ruhepause, die gemäß Art. 4 lit. f VO (EG) Nr. 561/2006 »jeden ununterbrochenen Zeitraum, in dem ein Fahrer frei über seine Zeit verfügen kann«, erfasst, und zur »täglichen« bzw. »wöchentlichen Ruhezeit«, welche gemäß Art. 4 lit. g und lit. h VO (EG) Nr. 561/2006 den erforderlichen Ruhezeitraum zwischen den jeweiligen Arbeitsschichten umschreibt.⁵⁷ Die Schaffung der dritten Kategorie, der Unterbrechung, die neben Arbeitszeit und Ruhezeit tritt, findet ihre Grundlage damit im Europarecht, sodass bei der Beurteilung, von welcher Kategorie Beifahrerzeiten erfasst werden, die unionsrechtliche Bewertung berücksichtigt werden muss.

(1) Beifahrerzeiten als Unterbrechung

Konkret gilt es also zu klären, ob Beifahrerzeiten als Fahrtunterbrechungen iSd. Unionsrechts zu qualifizieren sind – mit der Folge, dass sie nicht eindeutig in jedem Fall der Kategorie der Arbeitszeit oder der Ruhezeit zugeordnet werden können. Ausgangspunkt ist hierbei die Definition nach Art. 4 lit. d VO (EG) Nr. 561/2006, nach der vom Begriff der Unterbrechung jeder Zeitraum erfasst wird, »in dem der Fahrer keine Fahrtätigkeit ausüben und keine anderen Arbeiten ausführen darf und der ausschließlich zur Erholung genutzt wird«. Dass keine Fahrtätigkeit ausgeübt wird, ist offensichtlich: Weder lenkt der Beifahrer das Fahrzeug noch ist es Bestandteil seiner Pflichten, es iSv. Art. 4 lit. c VO (EG) Nr. 561/2006 unter Umständen lenken zu können. Ihm kommt lediglich die Aufgabe zu, das Transportgut vom Kunden zum Trans-

⁵⁵ BT-Drs. 16/1685, S. 11 f.

⁵⁶ Ausdrücklich BT-Drs. 16/1685, S. 12.

⁵⁷ Abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32006R0561> (27.1.2021); s. zum Ganzen auch *Mindorf*, NZV 2007, 341, 343.

porter zu befördern. Doch fällt die bloße Anwesenheit im Transportfahrzeug unter die Ausführung »anderer Arbeiten« iSd. Norm?

Als »andere Arbeiten« gelten nach Art. 4 lit. e VO (EG) Nr. 561/2006 »alle in Art. 3 lit. a der Richtlinie 2002/15/EG als »Arbeitszeit« definierten Tätigkeiten mit Ausnahme der Fahrttätigkeit sowie jegliche Arbeit für denselben oder einen anderen Arbeitgeber, sei es inner- oder außerhalb des Verkehrssektors«. Art. 3 lit. a Nr. 1 RL 2002/15/EG bestimmt »Arbeitszeit« bei Fahrpersonal als »die Zeitspanne zwischen Arbeitsbeginn und Arbeitsende, während der der Beschäftigte an seinem Arbeitsplatz ist, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht, und während der er seine Funktion oder Tätigkeit ausübt, dh. die Zeit sämtlicher Tätigkeiten im Straßenverkehr«, worunter insbesondere die im Folgenden enumerativ aufgelisteten Tätigkeiten des Fahrens, des Be- und Entladens, der Hilfe beim Ein- und Aussteigen der Fahrgäste, der Reinigung und der technischen Wartung sowie sonstige Arbeiten fallen, die dazu dienen, die Sicherheit des Fahrzeugs, der Ladung und der Fahrgäste zu gewährleisten. Gleiches gilt für »Zeiten, während deren das Fahrpersonal nicht frei über seine Zeit verfügen kann und sich an seinem Arbeitsplatz bereithalten muss, seine normale Arbeit aufzunehmen, wobei es bestimmte mit dem Dienst verbundene Aufgaben ausführt.«⁵⁸

Betrachtet man diese Auflistung, so wird deutlich, dass es für die Annahme »anderer Arbeiten« jedoch nicht genügen kann, dass die betreffende Person – wie der Beifahrer im zu begutachtenden Fall – untätig im Fahrzeug sitzt, ohne weitere Arbeiten für den Arbeitgeber zu erledigen.⁵⁹ Stets gefordert wird ein aktiver Zustand jedenfalls iSe. Bereitschaft, bei Eintritt eines bestimmten Ereignisses unmittelbar tätig zu werden. Leistet die Person gar keine Wertschöpfung, sondern befindet sich nur auf dem Weg zu ihrem Arbeitsort, wird man die Einordnung dieser Tätigkeit als »andere Arbeit« verneinen müssen. So sieht es auch das Schrifttum:

»Zwischen den ununterbrochenen Lenkzeiten müssen Pausen eingeschoben werden, in denen weder Lenkarbeit noch andere Arbeit ausgeführt werden darf; jedoch ist es zulässig, dass der Fahrer in den Pausen im Fahrzeug anwesend ist und die Fahrt neben einem anderen Fahrer fortsetzt.«⁶⁰

Das bloße Mitfahren in einem Fahrzeug, das nach Belieben auch zum Schlafen genutzt werden kann, umfasst damit einen Zeitraum, der in schlichter Subsumtion unter Art. 4 lit. d VO (EG) Nr. 561/2006 »ausschließlich zur

Erholung genutzt wird« und stellt damit nach europarechtlichem Verständnis eine Unterbrechung dar.

Bereits die Vorgängernorm Art. 7 Abs. 4 VO (EWG) Nr. 3820/85 sah ausdrücklich vor, dass der Fahrer während der Fahrtunterbrechung keine anderen Arbeiten ausführen darf, die Wartezeit und Nicht-Lenkzeit, die in einem fahrenden Fahrzeug, auf einer Fähre oder in einem Zug verbracht werden, aber nicht als solche »andere Arbeiten« verstanden werden dürfen.⁶¹ Dies verdeutlicht, dass auch im Unionsrecht stets davon ausgegangen wurde, dass die Beifahrerzeit – die unproblematisch unter die Nicht-Lenkzeit, welche in einem fahrenden Fahrzeug verbracht wird, subsumiert werden konnte – als Unterbrechung und nicht als Arbeitszeit zu werten ist.

(2) Unterbrechung ist grds. keine Ruhezeit iSd. Art. 4 lit. g und h VO (EG) Nr. 561/2006

Wie ist die Unterbrechung nun näher zu präzisieren? Evident ist zunächst: Die Unterbrechung kann nach europarechtlichem Verständnis grds. nicht zur täglichen Ruhezeit gezählt werden. Dies ergibt sich bereits aus den in Art. 4 VO (EG) Nr. 561/2006 aufgenommenen Legaldefinitionen: Während die Fahrtunterbrechung »jeden Zeitraum, in dem der Fahrer keine Fahrttätigkeit ausüben und keine anderen Arbeiten ausführen darf und der ausschließlich zur Erholung genutzt wird«, beschreibt, erfasst die »tägliche Ruhezeit« nur »den täglichen Zeitraum, in dem ein Fahrer frei über seine Zeit verfügen kann« und der eine »regelmäßige tägliche Ruhezeit« und eine »reduzierte tägliche Ruhezeit« umfasst, also eine Ruhepause von mindestens elf bzw. zwischen neun und elf Stunden. Die Ruhepause ist dabei gemäß Art. 4 lit. f VO (EG) Nr. 561/2006 als jeder ununterbrochene Zeitraum, »in dem ein Fahrer frei über seine Zeit verfügen kann« legaldefiniert. Der Begriff der täglichen respektive wöchentlichen Ruhezeit knüpft damit neben der freien Verfügbarkeit über die Zeit auch an bestimmte Mindestzeiträume an, ist also enger.⁶²

58 Abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32006R0561> (27.1.2021).

59 So auch Neumann, in: Landmann/Rohmann, Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften, 84. EL., München Februar 2020, § 21a ArbZG Rn. 5.

60 Ebd.

61 Abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1985R3820:20080910:DE:PDF> (27.1.2021).

62 Häberle, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 231. EL., München Juli 2020, VO (EG) Nr. 561/2006 Art. 4 Rn. 6.

Dass bloße Fahrtunterbrechungen nicht als tägliche Ruhezeiten gewertet werden dürfen, benannte Art. 7 Abs. 5 VO (EWG) Nr. 3820/85 noch ausdrücklich: Dieser legte fest, dass »[n]ach diesem Artikel eingelegte Unterbrechungen [...] nicht als tägliche Ruhezeit betrachtet werden« durften.⁶³ Aber auch in der neuen Verordnung wird anhand des klar benannten Zeitraums von neun bzw. elf Stunden in Art. 4 lit. g VO (EG) Nr. 561/2006 bei notwendiger freier Verfügung des Fahrers über seine Zeit deutlich, dass zeitweise Unterbrechungen nicht in die Berechnung der täglichen bzw. wöchentlichen Ruhezeit einfließen dürfen.

Bei genauerer Betrachtung wird indes offenbar, dass sich die Begrifflichkeiten nicht ausschließen, sondern teilweise überschneiden und daher unter Umständen die gleiche Zeitspanne erfassen können. Deutlicher: Jede Ruhepause ist gleichsam eine Fahrtunterbrechung, denn bei freier Verfügbarkeit über seine Zeit übt der Fahrer zwangsläufig keine Fahrtätigkeit aus, führt keine anderen Arbeiten für den Arbeitgeber aus und nutzt diesen Zeitraum ausschließlich zur Erholung.

Ein Beispiel macht es plastisch: Unterbricht der Fahrer für eine halbe Stunde die Fahrt, um im Rahmen einer Mittagspause spazieren zu gehen oder Speisen und Getränke einzunehmen, so stellt dies ohne Zweifel eine Ruhepause iSd. Verordnung dar. Gleichzeitig führt er währenddessen weder eine Fahrtätigkeit noch andere Arbeiten aus, sondern kann die Zeitspanne ausschließlich zur Erholung nutzen, sodass gleichzeitig eine Fahrtunterbrechung iSd. Verordnung vorliegt.

Damit bestehen Ruhepause und Unterbrechung nicht als Ausschlussstatbestände, sondern die Ruhepause ist zwangsläufig stets eine Fahrtunterbrechung. Klar benennt es Häberle:

»Nicht zu den Arbeitszeiten iS. der Richtlinie zählen Ruhepausen, Ruhezeiten und Bereitschaftszeiten (Art. 3 lit. a S.2 der Richtlinie). Sie sind also Fahrtunterbrechungen.«⁶⁴

Dennoch wird man nicht – *e contrario* – folgern können, dass eine Unterbrechung keine Ruhepause darstellen kann. Im Gegenteil wird man solche Unterbrechungen als Ruhepausen einordnen müssen, in denen der Fahrer frei über seine Zeit verfügen kann, in denen also der Unterbrechung im Einzelfall die Qualität einer Ruhepause nach den Schutzziele der Verordnung zukommt. Kurz gesagt: Nicht jede Unterbrechung ist eine Ruhepause, aber wenn ihr die Qualität einer Ruhepause zukommt, ist sie als solche zu qualifizieren.

(3) Verschärfung, nicht Lockerung: Unterbrechung als zusätzliche Pflicht bestimmter Arbeitgeber

Vor diesem Hintergrund legt das Europarecht jedoch keine neuen Maßstäbe für die nähere Bestimmung von Arbeits- und Ruhezeit an, sondern führt durch die »Unterbrechung« lediglich eine neue Kategorie ein, die unabhängig von der Einordnung eines bestimmten Zeitraums als Arbeits- oder Ruhezeit besteht.

Dem steht auch nicht entgegen, dass der EuGH zum Begriff der »Arbeitszeit« iSv. Art. 2 Nr. 1 RL 2003/88/EG wiederholt entschieden hat, dass dieser den Gegensatz zur Ruhezeit bildet, und beide Begriffe einander ausschließen.⁶⁵ Die Richtlinie sehe insofern keine Zwischenkategorien zwischen Arbeits- und Ruhezeit vor.⁶⁶ Dem wird durch die Anerkennung einer zusätzlichen Pflicht für bestimmte Arbeitgeber jedoch aus zweierlei Gründen nicht widersprochen: Zum einen betrifft die Richtlinie 2003/88/EG die allgemeine Bestimmung der Arbeitszeit ohne Berücksichtigung der straßenverkehrsrechtlichen Besonderheiten – die durch die Verordnung (EG) Nr. 561/2006 EG spezieller abgebildet werden. Zum anderen wird lediglich festgestellt, dass die Kategorie der Unterbrechung als Besonderheit bestimmter Straßenverkehrstätigkeiten nicht von vornherein der Arbeitszeit respektive der Ruhezeit zugeordnet werden kann, sondern unter Berücksichtigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu beurteilen ist.

Letztlich ergibt sich durch die Aufnahme der Kategorie der Unterbrechung eine Verschärfung und nicht eine Lockerung der Vorgaben für Straßenverkehrstätigkeiten iSd. Verordnung: Indem die Unterbrechung neben Arbeitszeit und Ruhezeit tritt, wird für die von der Verordnung erfassten Arbeitgeber eine zusätzliche Pflicht festgeschrieben, Arbeitsunterbrechungen der Arbeitnehmer zu gewährleisten. Es soll indes keine Aussage darüber getrof-

⁶³ Abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1985R3820:20080910:DE:PDF> (27.1.2021).

⁶⁴ Häberle, in: Erbs/Kohlhaas (Fn. 62), VO (EG) Nr. 561/2006 Art. 4 Rn. 6; s. auch Mindorf, NZV 2007, 341, 343.

⁶⁵ EuGH, 10.9.2015 – C-266/14 – NZA 2015, 1177, 1178 (Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras [CC.OO.]/Tyco Integrated Security SL ua.); s. auch EuGH, 1.12.2005 – C-14/04 – Slg. 2005, I-10253 (Dellas) = NZA 2006, 89, 90, Rn. 42; EuGH, 9.9.2003 – Rs. C-151/02 – Slg. 2003, I-8389 (Jaeger) = NZA 2003, 1019, 1021, Rn. 48.

⁶⁶ EuGH, 10.9.2015 – C-266/14 – NZA 2015, 1177, 1178 (Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras [CC.OO.]/Tyco Integrated Security SL ua.); EuGH, 11.1.2007 – C-437/05 – Slg. 2007, I-331 (Vorel) = BeckRS 2007, 146402, Rn. 25; EuGH, 1.12.2005 – C-14/04 – Slg. 2005, I-10253 (Dellas) = NZA 2006, 89, 90, Rn. 43.

fen werden, welche Zeitspannen als Arbeitszeit und welche Zeitspannen als Ruhezeit zu qualifizieren sind, sondern es bedarf stets der Betrachtung im Einzelfall, ob die spezifische Unterbrechung von solcher Qualität ist, dass ihr der Charakter einer Ruhepause zukommt. Der Arbeitszeitbegriff erfährt also auch durch die Berücksichtigung der unionsrechtlichen Vorgaben keine Modifikation, sondern es bleibt bei den allgemeinen Regeln. Angesichts dessen ist § 21a ArbZG nicht als Ausnahme von § 2 Abs. 1 ArbZG zu begreifen, sondern statuiert unabhängig von der Klassifizierung eines Zeitraums als Arbeits- bzw. Ruhezeit lediglich weitergehende Pflichten für bestimmte Arbeitgeber.

d) Ein letztes Zwischenfazit

Als letztes Zwischenfazit ergibt sich damit: Der Werttransport unterfällt regelmäßig schon nicht dem Anwendungsbereich des § 21a ArbZG, sodass die Norm keine unmittelbare Geltung entfaltet. Aber auch, wenn man eine Ausstrahlwirkung der der Vorschrift zugrunde liegenden Wertungen annimmt, ergibt sich für die vorliegende Konstellation keine abweichende Bewertung zu den zu § 2 Abs. 1 ArbZG getroffenen Feststellungen: § 21a ArbZG schafft eine neue Kategorie der »Unterbrechung« zwischen Arbeitszeit und Ruhezeit und trägt damit den besonderen Bedürfnissen und Gegebenheiten des Straßenverkehrs Rechnung. Mag der Wortlaut zunächst auf eine Ausnahme von der Grundregel nach § 2 Abs. 1 ArbZG hindeuten, so verdeutlicht ein Blick auf die unionsrechtlichen Vorgaben gleichwohl, dass lediglich eine neue, zusätzliche Pflicht des Arbeitgebers in Bezug auf bestimmte Straßenverkehrstätigkeiten geschaffen werden sollte, die den Arbeitszeitbegriff nicht tangiert. Im Gegenteil unterfällt die Fahrtunterbrechung zwar grds. nicht der täglichen oder wöchentlichen Ruhezeit, kann jedoch eine Ruhepause bedeuten, wenn ihr die Qualität einer solchen zukommt. Letztlich erfolgt hierdurch indes keine Modifizierung des Arbeitszeitbegriffs, weshalb § 21a ArbZG nicht als Ausnahme, sondern als Bestätigung der allgemeinen Grundsätze zu charakterisieren ist. Dann aber können die der Vorschrift zugrunde liegenden Wertungen keine abweichende Beurteilung der oben aufgestellten Grundsätze bewirken. Vielmehr ist dort, wo die Spezialnorm nicht unmittelbar gilt, auf die allgemeinen Regeln zur Bestimmung der Arbeitszeit zurückzugreifen; nach diesen Maßstäben ist die Beifahrerzeit im Werttransport, wie dargelegt, nicht als Arbeitszeit iSd. ArbZG zu qualifizieren.

III. Zusammenfassung

Zur Einordnung einer spezifischen Zeitspanne als Arbeitszeit iSd. ArbZG ist der Sinn und Zweck des ArbZG maßgeblich, die Sicherheit und den Gesundheitsschutz des Arbeitnehmers zu gewährleisten. Hiervon ausgehend kommt es zum einen darauf an, dass der Arbeitnehmer die Zeit im Interesse des Arbeitgebers aufwendet; zum anderen muss Berücksichtigung finden, wie hoch der Grad der Belastung des Arbeitnehmers während dieser Zeit ist. Nach diesen Maßstäben sind bloße Beifahrerzeiten – unabhängig davon, dass dieser daran gehindert ist, das Fahrzeug zu verlassen – regelmäßig nicht als Arbeitszeit zu qualifizieren, soweit den Beifahrer während der Transportzeit keinerlei Verpflichtungen treffen. Denn während dieser Zeit leistet der Arbeitnehmer keine Wertschöpfung, sondern befindet sich ohne Pflichten an einem mit der Verrichtung der späteren Tätigkeit zusammenhängenden Ort und kann den Zeitraum umfangreich zur Erholung nutzen – was dem Schutzzweck des ArbZG entsprechend eine Einordnung als Arbeitszeit, hiesiger Ansicht nach, ausschließt.

Weiterhin ist die Fahrzeit für den Beifahrer auch nicht als Arbeitsbereitschaft einzuordnen und stellt mithin auch unter diesem Gesichtspunkt keine Arbeitszeit des Beifahrers iSd. § 2 Abs. 1 ArbZG dar. Denn: Er muss sich jedenfalls während der Mindestfahrzeit nicht in »wacher Aufmerksamkeit« für einen Arbeitseinsatz bereithalten oder mit einer jederzeitigen Arbeitsaufnahme rechnen, sondern weiß bereits bei Fahrtantritt, dass er für den gesamten Zeitraum, den die Fahrt in Anspruch nimmt, nicht für den Arbeitgeber tätig werden muss.

Aus der Spezialvorschrift nach § 21a ArbZG folgt keine abweichende Bewertung: Der Werttransport unterfällt regelmäßig schon nicht dem Anwendungsbereich des § 21a ArbZG, sodass die Norm keine unmittelbare Geltung entfaltet. Aber auch, wenn man eine Ausstrahlwirkung der der Vorschrift zugrunde liegenden Wertungen annimmt, ergibt sich kein anderes Ergebnis: § 21a ArbZG schafft eine neue Kategorie der »Unterbrechung« zwischen Arbeitszeit und Ruhezeit und trägt damit den besonderen Bedürfnissen und Gegebenheiten des Straßenverkehrs Rechnung. Mag der Wortlaut zunächst auf eine Ausnahme von der Grundregel nach § 2 Abs. 1 ArbZG hindeuten, so verdeutlicht ein Blick auf die unionsrechtlichen Vorgaben gleichwohl, dass lediglich eine neue, zusätzliche Pflicht des

Arbeitgebers in Bezug auf bestimmte Straßenverkehrstätigkeiten geschaffen werden sollte, die den Arbeitszeitbegriff nicht tangiert. Letztlich erfolgt hierdurch indes keine Modifizierung des Arbeitszeitbegriffs, weshalb die dem § 21a ArbZG zugrunde liegenden Wertungen keine abweichende Beurteilung der oben aufgestellten Grundsätze

bewirken. Vielmehr ist in Fällen wie dem vorliegenden, in denen die Norm keine Anwendung findet, auf die allgemeinen Regeln zur Bestimmung der Arbeitszeit zurückzugreifen.

Die UN Sustainable Development Goals und das Sozialrecht – Unter besonderer Berücksichtigung der Rentenversicherung

*Prof. Dr. Dr. Felix Ekardt, LL.M., M.A./Ass. Jur. Theresa Rath/
Tanja Vöhler, B.A., Forschungsstelle Nachhaltigkeit und Klimapolitik*

I. Problemstellung

Im Jahr 2015 verabschiedeten die Vereinten Nationen auf dem Weltgipfel für nachhaltige Entwicklung 17 Ziele für nachhaltige Entwicklung (Sustainable Development Goals, kurz SDGs) als Kernstück der Agenda 2030.¹ Vorläufer der SDGs waren die acht Millenniums-Ziele (Millennium Development Goals, MDGs) für 2015, die im Rahmen des Millennium-Gipfels im Jahr 2000 von den Vereinten Nationen beschlossen worden waren. Während die Millenniums-Ziele insbesondere eine Anhebung des Lebensstandards in Entwicklungsländern in den Fokus nahmen, betreffen die 17 SDGs sowohl ärmere als auch reichere Länder und beziehen sozio-ökonomische, nun aber auch ökologische Aspekte ein.² Nicht erreichte Ziele der MDGs sollten dabei in die erneuerte Entwicklungsagenda einbezogen werden. Die SDGs lösen die MDGs deshalb nicht ab, sondern bilden eine Fortsetzung unter anderem mit der Intention, begonnene Projekte und Ambitionen der Millenniums-Ziele erfolgreich umzusetzen und abzuschließen.³ Die 17 SDGs umfassen im Einzelnen⁴:

1. Armut in allen ihren Formen und überall beenden.
2. Den Hunger beenden, Ernährungssicherheit und eine bessere Ernährung erreichen und eine nachhaltige Landwirtschaft fördern.

3. Ein gesundes Leben für alle Menschen jeden Alters gewährleisten und ihr Wohlergehen fördern.
4. Inklusive, gleichberechtigte und hochwertige Bildung gewährleisten und Möglichkeiten lebenslangen Lernens für alle fördern.
5. Geschlechtergleichstellung erreichen und alle Frauen und Mädchen zur Selbstbestimmung befähigen.
6. Verfügbarkeit und nachhaltige Bewirtschaftung von Wasser und Sanitärversorgung für alle gewährleisten.
7. Zugang zu bezahlbarer, verlässlicher, nachhaltiger und moderner Energie für alle sichern.
8. Dauerhaftes, breitenwirksames und nachhaltiges Wirtschaftswachstum, produktive Vollbeschäftigung und menschenwürdige Arbeit für alle fördern.

1 United Nations, Transforming Our World: The 2030 Agenda For Sustainable Development, A/Res/70/1, 2015.

2 Eisenmenger/Pichler/Krenmayr ua., Sustain. Sci. 15 (2020), 1101 ff.; Opielka, Culture, Practice & Europeanization 9/2017, 4 ff.; Rosenbaum, Harvard International Review 37 (2015), 62 ff.

3 *Blickling*, Zwischen Veränderung und Stillstand, Wien 2017, S. 10; Gore, J. Int. Dev. 27 (2015), 717, 720; dazu in der UN-Resolution selbst: United Nations (Fn. 1), S. 5.

4 <https://17ziele.de/> (26.1.2021); United Nations, The Sustainable Development Goals report 2020.

9. Widerstandsfähige Infrastruktur aufbauen, breitenwirksame und nachhaltige Industrialisierung fördern und Innovationen unterstützen.
10. Ungleichheit in und zwischen Ländern verringern.
11. Städte und Siedlungen inklusiv, sicher, widerstandsfähig und nachhaltig gestalten.
12. Nachhaltige Konsum- und Produktionsmuster sicherstellen.
13. Umgehend Maßnahmen zur Bekämpfung des Klimawandels und seiner Auswirkungen ergreifen.
14. Ozeane, Meere und Meeresressourcen iS. nachhaltiger Entwicklung erhalten und nachhaltig nutzen.
15. Landökosysteme schützen, wiederherstellen und ihre nachhaltige Nutzung fördern.
16. Friedliche und inklusive Gesellschaften für eine nachhaltige Entwicklung fördern.
17. Umsetzungsmittel stärken und die globale Partnerschaft für nachhaltige Entwicklung mit neuem Leben erfüllen.

Den 17 SDGs sind jeweils verschiedene Unterziele zugeordnet, deren Verwirklichung anhand sog. Indikatoren gemessen wird.⁵ Insgesamt gibt es 169 Unterziele (targets), denen jeweils zwischen einem und drei Indikatoren zugeordnet sind.⁶ Die Agenda 2030 strebt eine Umsetzung der SDGs bis zum Jahr 2030 an, wobei einzelne Unterziele schon früher erreicht werden sollen. Es obliegt den einzelnen Nationalstaaten, Bemühungen zu verfolgen und Maßnahmen zu ergreifen, um die Erreichung der Ziele sicherzustellen.⁷ So stellt sich für jedes einzelne Ziel für jeden einzelnen Staat, der an der Verabschiedung der Agenda 2030 beteiligt war, die Frage nach der innerstaatlichen Umsetzung und Erreichung des betreffenden Ziels.⁸

Der in der Agenda 2030 implizierte Nachhaltigkeitsbegriff folgt letztlich dem von der Brundtland-Kommission im Jahr 1987 geprägten Begriff der Nachhaltigkeit, wobei als nachhaltig diejenige Entwicklung gilt, »[that] meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs«.⁹ Es geht, entwicklungsgeschichtlich betrachtet, um das Zusammenführen der Umweltproblematik mit der globalen Armutproblematik und ergo darum, das Nachdenken über Gerechtigkeit in Politik/Recht/Ethik intertemporal und global-grenzüberschreitend auszudehnen.¹⁰ Im vorliegenden Beitrag soll näher in den Blick genommen werden,

welche SDGs relevant für die nachhaltige Gestaltung des Sozialrechts in einem Industriestaat wie Deutschland sind und an welchen Stellen Nachhaltigkeitsgesichtspunkte bereits Eingang ins Recht gefunden haben oder noch finden müssten. Exemplarisch wird dabei das SDG 1 besonders betrachtet, das mit der Armutsbekämpfung etwa für Rentenversicherung, Arbeitslosengeld und Sozialhilfe relevant ist. Dies schließt auch eine Reflexion über die Rechtsverbindlichkeit der SDGs und über den voraussetzungsvollen Begriff der sozialen Nachhaltigkeit ein. Das Sozialrecht umfasst bei alledem diejenigen Rechtsnormen des öffentlichen Rechts, die der Absicherung sozialer Risiken wie insbesondere Krankheit, Pflegebedürftigkeit, Arbeits- und Einkommenslosigkeit, Alter oder Tod dienen – und damit die fünf Säulen der Sozialversicherung, geregelt in den Sozialgesetzbüchern (SGB) I bis XII und konkreter in den SGB II, V, VI, VII, XI und XII.

II. Inhalte der SDGs, interne Widersprüche und sozialrechtliche Relevanz

Eingangs ist der Inhalt derjenigen SDGs kurz zu betrachten, die sozialrechtlich relevant werden könnten. Die SDGs werden oft in Ziele mit sozialen, ökologischen und ökonomischen Dimensionen unterteilt.¹¹ Einen besonderen sozialen Bezug könnte man den SDGs 1, 4, 5, 8, 10 und

5 Diese sind hier Ausbuchstabierungen der Ziele, nicht dagegen – wie sonst oft bei Indikatoren – gerade auch im Nachhaltigkeitsdiskurs – pseudo-empirisch und inhaltsverkürzend abgeleitete (und einseitig auf eine überschätzte Messbarkeit von Dingen hin ausgelegte) Maßstäbe. Zu letzterem kritisch Ekardt, Theorie der Nachhaltigkeit: Ethische, rechtliche, politische und transformative Zugänge – am Beispiel von Klimawandel, Ressourcenknappheit und Welthandel, 2. Aufl., Baden-Baden 2016 (zugl. Rostock, Univ., Habil. 2003), § 1 C.; aktueller jetzt auch Ekardt, Sustainability: Transformation, Governance, Ethics, Law, Berlin 2019; ferner Diaz-Sarachaga/Jato-Espino/Castro-Fresno, Sustainable Development 26 (2018), 663 ff.; Janoušková/Hák/Moldan, Sustainability 2018, 1540 ff.

6 Vgl. United Nations, Global indicator framework for the Sustainable Development Goals, abrufbar unter: https://unstats.un.org/sdgs/indicators/Global%20Indicator%20Framework%20after%202020%20review_Eng.pdf (26.1.2021).

7 Wobei »obliegen« hier nicht iS. rechtlichen Verpflichtung verstanden werden darf, dazu sogleich.

8 Kritisch zum allumfassenden Charakter der SDGs Langford, Ethics int. aff. 30 (2016), 167 ff.

9 World Commission on Environment and Development, Our Common Future: Report of the World Commission on Environment and Development, Oxford 1987, S. 16.

10 Näher zur Diskussion über die Definition Ekardt, Theorie der Nachhaltigkeit (Fn. 5), § 1 C.; Ekardt, Sustainability (Fn. 5), Ch. 1.3.

11 Hierzu Ott, GAIA 2009, 25 ff.

16 zuzuschreiben geneigt sein. Freilich ist die Zuordnung ziemlich schwierig, und auch ihr Sinn ist nicht besonders klar (dass dies auch für das dahinterstehende Drei-Säulen-Modell von Nachhaltigkeit gilt, wird im übernächsten Abschnitt kritisch betrachtet). In gewisser Weise haben alle SDGs irgendeinen sozialen und ökonomischen Bezug. Die Parallelisierung von sozialen und ökologischen Anliegen lässt sich ferner besonders gut beobachten beim SDG 2 zu Ernährungssicherheit und nachhaltiger Landwirtschaft und beim SDG 3 zu einem gesunden Leben.

Eine Gewichtung enthalten die Ziele bei alledem nicht.¹² Es gibt teilweise sich gegenseitig verstärkende Effekte zwischen verschiedenen Zielen. So gibt es bspw. eine starke Korrelation zwischen den jeweils ersten beiden Unterzielen von SDG 1 und 2, die eine Aussage darüber treffen, dass Nahrungsmittelsicherheit und die Reduktion/Beendigung von Armut untrennbar miteinander verbunden sind.¹³ Teils können je nach Land auch Prioritäten variieren. Während in vielen Ländern also Hunger- und Armutsbekämpfung ineinandergreifen, ist innerhalb von Deutschland »Hunger« als solcher kein signifikantes Problem, anders dagegen die im gleichen Ziel erwähnte nachhaltige Landwirtschaft¹⁴ und teilweise auch die Armutsbekämpfung. Ungeachtet der unklaren Sozial-ökonomisch-ökologisch-Zuordnung der einzelnen Ziele kann allerdings teils auch relativ klar eine Gegenläufigkeit bzw. Widersprüchlichkeit zwischen den verschiedenen Zielen diagnostiziert werden. So ist etwa andauerndes Wirtschaftswachstum (SDG 8) nicht unbedingt mit der Bekämpfung des Klimawandels (SDG 13) in Einklang zu bringen (dazu im übernächsten Abschnitt).¹⁵ Und auch bei den SDGs 1 und 2 ergeben sich partiell Spannungsverhältnisse insoweit, als eine nachhaltige Landwirtschaft nicht unbedingt diejenige Landwirtschaft ist, die kurzfristig die größten Erträge erzielt, sondern vielmehr eine Landwirtschaft, die dauerhaft gesunde und ertragreiche Umweltbedingungen avisiert.

Folglich verlangt die Implementierung der Ziele eine Koordination verschiedener Prioritäten,¹⁶ damit Staaten kein »cherry picking« betreiben und einzelne Ziele zur Umsetzung auswählen, die verhältnismäßig einfach zu erreichen sind, während andere, schwieriger zu erreichende Ziele ignoriert werden. Dadurch würde zum einen eine nicht vorhandene Umsetzungsaktivität vorgetäuscht, zum anderen kann die Umsetzung eines Ziels aufgrund der genannten Spannungsverhältnisse zu negativen Konsequenzen in Bezug auf ein anderes Ziel führen.¹⁷ Würde bspw. Kohle

genutzt, um SDG 7 (Verbesserung des Zugangs zu Energie) zu erreichen, hätte dies eine verstärkende Wirkung für den Klimawandel und stünde damit SDG 13, welches umgehende Maßnahmen zum Klimaschutz vorsieht, entgegen.¹⁸

Die parallele Erreichung wie auch die Auflösung von Zielkonflikten wird damit zu einer zentralen Aufgabe bei den SDGs.¹⁹ Erste Ansätze dazu wurden bereits um den Zeitpunkt der Verabschiedung der Agenda 2030 publiziert: 2015 veröffentlichten der International Council for Science (ICSU) und der International Social Science Council (ISSC)²⁰ schon vor der Verabschiedung der UN-Resolution einen Bericht, der die 17 SDGs sowohl aus naturwissenschaftlicher als auch sozialwissenschaftlicher Perspektive analysiert.²¹ Dieser Bericht zielte auf die Analyse der Präzision und der Integration, aber auch auf die Vorbereitung einer effektiven Durchsetzung der Ziele ab. Der Rahmen, der benutzt wird (auch in einem weiteren Bericht von 2016), um die positiven und negativen Verbindungen zwischen den verschiedenen SDGs aufzuzeigen, baut auf der Arbeit von Nilsson/Griggs/Visbeck²² auf. Die Forscher entwickelten eine Skala von -3 (die Erreichung eines Zieles macht es unmöglich, ein anderes Ziel zu erreichen) bis +3 (die Erreichung eines Zieles ist untrennbar mit der Erreichung eines anderen Ziels verbunden), mit deren Hilfe die Interaktionen der Ziele und

12 Kritisch zur fehlenden Gewichtung der SDGs untereinander Kim, RECIEL 25 (1) 2016, 15, 17.

13 International Council for Science (ICSU), A Guide to SDG Interactions: from Science to Implementation, Paris 2017, S. 44.

14 Dazu Garske, Ordnungsrechtliche und ökonomische Instrumente der Phosphor-Governance, Marburg 2020 (zugl. Rostock, Univ., Diss. 2019); Stubenrauch, Phosphor-Governance in ländervergleichender Perspektive – Deutschland, Costa Rica, Nicaragua, Marburg 2019 (zugl. Rostock, Univ., Diss. 2019); Weishaupt/Ekardt/Garske ua., Sustainability 2020, 2053 ff.; Garske/Heyl/Ekardt ua., Land 2020, 231 ff.

15 Dies beobachtet auch Kim, RECIEL 25 (1) 2016, 15, 17.

16 Nilsson/Griggs/Visbeck, Nature News 2016, 320.

17 Gratzler/Winiwarter, KIOES Opinions 8 (2018), 13, 17; Allen/Metternicht/Wiedmann, Sustain. Sci. 14 (2019), 421, 422.

18 Nilsson/Griggs/Visbeck, Nature News 2016, 320 f.; Gratzler/Winiwarter, KIOES Opinions 8 (2018), 18.

19 ICSU/ISSC, Review of Targets for the Sustainable Development Goals: The Science Perspective, Paris 2015.

20 Der ICSU (internationaler Wissenschaftsrat) war der internationale Dachverband der wissenschaftlichen Gremien und wissenschaftlichen Gesellschaften. Der ISSC (internationaler Rat für Sozialwissenschaften) war die internationale Dachorganisation von sozial- und verhaltenswissenschaftlichen Fachgesellschaften. 2018 fusionierten die beiden Räte zum ICS (International Science Council).

21 ICSU/ISSC (Fn. 19).

22 Nilsson/Griggs/Visbeck, Nature News 2016, 320 f.

Zielvorgaben bewertet werden können. In dem ICSU-Bericht von 2016 wird dieser Ansatz auf 4 SDGs angewendet.²³ Seit der Publikation jener Berichte, die selbst auf die Notwendigkeit tiefergehender Forschung hinweisen, ist der Katalog an Veröffentlichungen, welche die SDGs und ihre inhärenten Verschränkungen überprüfen und bewerten, stetig angewachsen.²⁴

III. Rechtliche Unverbindlichkeit der SDGs

Die Agenda 2030 wurde von der Generalversammlung der UN als Resolution iSd. Art. 10 der UN-Charta beschlossen,²⁵ sodass es sich bei der Agenda 2030 um völkerrechtlich nicht bindendes *Soft Law* handelt, denn die Generalversammlung hat nach keiner Rechtsnorm die Kompetenz, bindendes Recht zu setzen.²⁶ Insbesondere handelt es sich bei den SDGs weder um einen völkerrechtlichen Vertrag iSd. deklaratorischen Aufzählung der verschiedenen Völkerrechtsquellen in Art. 38 Abs. 1 lit. a IGH-Statut, noch um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz iSd. Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut.²⁷ Für die Qualifizierung der SDGs als Völkergewohnheitsrecht im Sinne des Art. 38 Abs. 1 lit. b IGH-Statut mangelt es vorläufig noch an der andauernden Rechtspraxis in Bezug auf die Umsetzung der SDGs, sodass diese – obwohl UN-Resolutionen durchaus als Medium dafür geeignet sein könnten – jedenfalls kein Völkergewohnheitsrecht deklaratorisch wiedergeben.²⁸ Die SDGs sind ungeachtet dessen potenziell geeignet, unter Beachtung ihrer Anlehnung an bzw. Fortschreibung der Millenniums-Ziele, den Ausgangspunkt für die Entwicklung neuen Völkergewohnheitsrechts zu bilden.²⁹

Allerdings ist aus der fehlenden völkerrechtlichen Bindung keineswegs die völkerrechtliche Irrelevanz der SDGs abzuleiten. *Soft Law* kann relevante Wirkungen in der Steuerung staatlichen Verhaltens sowie in der Bildung von *Hard Law* entwickeln.³⁰ Das Bekenntnis der UN-Mitgliedstaaten zu den SDGs erzeugt durch seine Öffentlichkeit einen gewissen Druck auf die Staaten, Maßnahmen zur Umsetzung bzw. Erreichung der SDGs zu ergreifen. Insofern stellt das *Soft Law* gewissermaßen Optimierungsgebote und Handlungsaufforderungen auf. Dies spiegelt sich etwa in der Ausgestaltung verschiedener Handelsabkommen und anderer völkerrechtlicher Verträge wider, die Bezug auf die SDGs nehmen,³¹ oder in der Gestaltung nationaler Nachhaltigkeitsstrategien. Auch über die Tatsa-

che hinaus, dass *Soft Law* durchaus Veränderungen bei den verbindlichen Rechtsnormen bewirken kann, können SDGs als Wertorientierung global zu Veränderungen iSv. nachhaltiger Entwicklung beitragen.³²

In Deutschland hat die Bundesregierung mit der nationalen Nachhaltigkeitsstrategie³³ aus dem Jahr 2016 (verabschiedet am 11. Januar 2017) dargelegt, was zur Umsetzung der SDGs unternommen werden soll. Die Nachhaltigkeitsstrategie wird in einem vierjährigen Turnus aktualisiert. Eine außerplanmäßige Anpassung erfolgte darüber hinaus im Jahr 2018.³⁴ Die nächste Fortschreibung der nationalen Nachhaltigkeitsstrategie stand damit für das Jahr 2020 an. Bisher liegt lediglich ein Entwurf vor, der in der ersten Jahreshälfte 2021 nach Beschlussfassung des Bundeskabinetts veröffentlicht werden soll. Die nationale Nachhaltigkeitsstrategie enthält 63 Schlüsselindikatoren zur Messung der Umsetzung der globalen Nachhaltig-

23 ICSU (Fn. 13); Nilsson/Griggs/Visbeck, Nature News 2016, 320; kritisch zum ICSU-Report, insbesondere zu der Tatsache, dass in Bezug auf das Verhältnis der SDGs untereinander nicht auf mögliche regionale Unterschiede eingegangen wurde Pradhan/Costa/Rybski ua., Earth's Future 5 (2017), 1169, 1178.

24 Auf dem ICSU-Report aufbauende quantitative Analyse der SDGs aus der Systemperspektive Dawes, Sustainable Development 28 (2020), 101 ff.; Vergleich der drei populärsten Methoden zur Messung des SDG-Leistungsniveaus Miola/Schiltz, Ecological economics: The journal of the International Society for Ecological Economics 164 (2019), 106373; ein umfassenderer Ansatz zur Review der SDGs Pradhan/Costa/Rybski ua., Earth's Future 5 (2017), 1169, 1178; Studie dazu, inwiefern IAMs (Integrated Assessment Models) zu einer umfassenderen Analyse der SDGs und der Entwicklung von Policies beitragen können van Soest/Vuuren/Hilaire ua., Global Transitions 1 (2019), 210 ff.

25 Huck/Kurkin, ZaöRV 2018, 375 ff.

26 Biermann/Kanie/Kim, Current Opinion in Environmental Sustainability 26–27 (2017), 26 ff.; Pavoni/Piselli, Ver. Dir. Dir Amb. e Desev. Suntent. 13 (2016), 13 ff.; Pogge/Sengupta, Washington International Law Journal 2015, 571 ff.; Nowrot, Rechtswissenschaftliche Beiträge der Hamburger Sozialökonomie, Bd. 35, Hamburg 2019, S. 1 ff.; Dulume, Journal of Sustainable Development Law & Policy 10 (2019), 56 ff.

27 Siehe zur rechtswissenschaftlichen Diskussion über diese Fragestellung Huck/Kurkin, ZaöRV 2018, 375 ff.; Ekardt/Hyla, ARSP 2017, 221.

28 Ausführlich zur Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs (IGH) zu nachhaltiger Entwicklung Kim, RECIEL 25 (1) (2016), 15 ff.

29 Huck/Kurkin, ZaöRV 2018, 375 ff.; ebenfalls zu Art. 38 IGH-Statut Pavoni/Piselli, Ver. Dir. Dir Amb. e Desev. Suntent. 13 (2016), 13 ff.

30 Pavoni/Piselli, Ver. Dir. Dir Amb. e Desev. Suntent. 13 (2016), 35 ff.; Nowrot (Fn. 26).

31 Zur nachhaltigen Entwicklung in völkerrechtlichen Verträgen Barral, European Journal of International Law 23 (2012), 377 ff.; zu den Freihandelsabkommen ausführlich Huck/Kurkin, ZaöRV 2018, 375 ff.; Huck, EuZW 2019, 581 ff.; Ekardt, Theorie der Nachhaltigkeit (Fn. 5), § 7.

32 Dies gilt, auch wenn der faktische Einfluss von Werthaltungen auf menschliches Verhalten (sofern diese nicht wie im Falle des Rechts durch Sanktionen abgesichert sind) mitunter überschätzt wird; näher dazu Ekardt, Theorie der Nachhaltigkeit (Fn. 5), § 2.

33 Bundesregierung, Deutsche Nachhaltigkeitsstrategie – Neuauflage 2016.

34 Bundesregierung, Deutsche Nachhaltigkeitsstrategie – Aktualisierung 2018.

keitsziele. Im Zentrum der Strategie steht ein sog. Nachhaltigkeitsmanagementsystem, das Ziele mit Zeitrahmen zur Erfüllung, die benannten Indikatoren für ein kontinuierliches Monitoring, Regelungen zur Steuerung und Festlegungen zur institutionellen Ausgestaltung benennt. Somit transformiert die nationale Nachhaltigkeitsstrategie die SDGs und benennt spezifische Maßnahmen zu deren Umsetzung. Wie schon bei den SDGs handelt es sich auch bei der Nachhaltigkeitsstrategie nicht um bindendes Recht. Stattdessen soll die Nationale Nachhaltigkeitsstrategie für den Gesetzgeber eine Handlungsanleitung bieten, um Politik zukunftsfähig und nachhaltig zu gestalten.³⁵ An der Umsetzung der Strategie sollen sich verschiedene Akteure beteiligen: Neben dem Bund, den Ländern und den Kommunen gehören dazu nach Angaben der Bundesregierung insbesondere der Nachhaltigkeitsrat, die regionalen Netzstellen für Nachhaltigkeit, die Wissenschaftsplattform Nachhaltigkeit 2030 und die Wirtschaft. Das Monitoring zur Umsetzung der Nationalen Nachhaltigkeitsstrategie erfolgt durch das statistische Bundesamt, welches alle zwei Jahre einen Indikatorenbericht³⁶ erstellt, anhand dessen über die den jeweiligen Zielen zugeordneten Indikatoren der Verwirklichungsgrad der Umsetzung der Ziele wiedergegeben werden soll. Darüber hinaus wurde eine Gesetzesfolgenabschätzung hinsichtlich des Nachhaltigkeitsfaktors von Gesetzesvorschlägen der Bundesregierung etabliert, welche durch den Parlamentarischen Beirat für nachhaltige Entwicklung durchgeführt wird. Daneben verfügen zahlreiche Bundesländer über eigene Nachhaltigkeitsstrategien, die teilweise bereits an der Agenda 2030 ausgerichtet sind. Auf Bundesebene existiert überdies das Maßnahmenprogramm Nachhaltigkeit, welches die Umsetzung von Nachhaltigkeit konkret im Verwaltungshandeln fördern soll.³⁷

IV. SDG 1 zu Armutsbekämpfung und Rente, Unschärfen »sozialer Nachhaltigkeit« und das auflösbare Spannungsverhältnis zum Umweltrecht

Nach dem Gesagten sind die SDGs nicht rechtsverbindlich und nicht frei von Widersprüchen. Vor der näheren Betrachtung des Sozialrechts ist nunmehr noch das Konzept einer sozialen Nachhaltigkeit, wie es hinter einigen der SDGs aufscheint, einer näheren Betrachtung zu unter-

ziehen. Dabei ist zunächst zu konstatieren, dass die SDGs keine Definition von Nachhaltigkeit liefern, aber offenkundig auf dem eingangs erwähnten Brundtland-Modell von der Nachhaltigkeit als intertemporaler und global-grenzüberschreitender Gerechtigkeit aufbauen. Auch sonstige rechtsverbindliche Dokumente definieren den Begriff in der Regel nicht. Dies ist freilich wenig verwunderlich, weil »Nachhaltigkeit« kein allgemeiner materieller Rechtsstandard ist, unter den subsumiert werden könnte (was der ausgreifende deutsche Diskurs über den hier und dort und in unterschiedlichen Ausrichtungen vorkommenden Nachhaltigkeitsbegriff in Gesetzen verkennt³⁸). Nachhaltigkeit ist vielmehr eine übergreifende Bezeichnung für Politikthemen und die damit verknüpften Rechtsbereiche.

Das Drei-Säulen-Modell der Nachhaltigkeit, wie es in der Agenda 2030 nicht wörtlich anzutreffen ist, aber dort hineingelesen werden könnte, beschreibt eine Auffassung von Nachhaltigkeit, die (1) der eigentlichen Intention einer dauerhaft und global durchhaltbaren Wirtschafts- und Gesellschaftsform ggf. sogar entgegenstehen kann. Wenn Nachhaltigkeit als Begriff nämlich allein auf ein Abwägen ökonomischer, ökologischer und sozialer Belange abzielt, geht ebenjener Grundgedanke verloren, und Nachhaltigkeit wird zu einer Art bloßem Ersatzbegriff für Termini wie Gemeinwohl oder Gerechtigkeit, die – ähnlich wie Wahrheit bei Fakten – letztlich nur eine Kategorie (hier bei Normen), aber keinen konkreten Inhalt vorgeben.³⁹ Da es die genannten traditionellen Begriffe bereits gibt, wäre der Nachhaltigkeitsbegriff dann letztlich funktionslos. Dabei setzt Nachhaltigkeit schon dem Wortsinn nach einen dauerhaften und globalen Bezug voraus. Ferner werden (2) Zustände, die gerade nicht dauerhaft und global durchhaltbar sind, durch die weite Definition plötz-

35 Hakenberg, in: Creifelds/Weber (Hrsg.), Rechtswörterbuch, 23. Aufl., München 2019.

36 Statistisches Bundesamt (Destatis), Nachhaltige Entwicklung in Deutschland – Indikatorenbericht 2018.

37 Bundesregierung, Maßnahmenprogramm Nachhaltigkeit in der Änderungsfassung vom 24.4.2017.

38 Exemplarisch dafür *Beaucamp*, Das Konzept der zukunftsfähigen Entwicklung im Recht, Heidelberg 2002 (zugl. Rostock, Univ., Diss. 2001); *Appel*, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge: zum Wandel der Dogmatik des öffentlichen Rechts am Beispiel des Konzepts der nachhaltigen Entwicklung im Umweltrecht, Tübingen 2005 (zugl. Freiburg, Univ., Habil. 2001); *Windhoffer*, Verfahren der Folgenabschätzung als Instrument zur rechtlichen Sicherung von Nachhaltigkeit, Tübingen 2011 (zugl. Speyer, Univ., Habil. 2011).

39 Hierzu und zum Folgenden *Ott*, GAIA 2009, 25 ff.; *Ekardt*, Theorie der Nachhaltigkeit (Fn. 5), § 1 C.; *Ekardt*, Sustainability (Fn. 5), Ch. 1.5.

lich als nachhaltig definiert. Es wird mit der Dreisäuligkeit zB. suggeriert, dass es eine Frage von Nachhaltigkeit sei, dass Wirtschaftswachstum und Lebensgrundlagenschutz vereinbar seien, was jedoch zweifelhaft ist (dazu sogleich). Ferner ist (3) die historische Intention des Brundtland-Konzepts gerade die, die Umweltpolitik und die internationale Armutsbekämpfung zu vereinen, nicht aber eine Art Ersatzbegriff für Gerechtigkeit oder Gemeinwohl (oder gar für Politik) zu generieren.

Zu alledem hinzu tritt das Problem, dass (4) die Begriffe ökonomisch, ökologisch und sozial alles andere als trennscharf sind. Wie bereits oben zu den einzelnen SDGs bemerkt, ist es gerade nicht möglich, diese eindeutig jenen drei Bereichen zuzuordnen. Auch generell ist der Begriff des Sozialen denkbar weit. Mehr Konturenschärfe ergibt sich dagegen, wenn man Nachhaltigkeit wie geschehen als intertemporale und global-grenzüberschreitende Ausdehnung der Gerechtigkeit definiert. Damit wird dann nicht jede Frage von Sozialpolitik und Sozialrecht zu einer (vermeintlichen) Nachhaltigkeitsfrage (auch wenn ein so breiter und diffuser Ansatz vielleicht den politischen Diskurs im Allgemeinen beleben mag⁴⁰), sondern nur solche Fragen, die auf die originäre Begriffsintention abzielen. Insbesondere die Armutsbekämpfung und die generationenübergreifende Alterssicherung wären damit tatsächlich ein sozialrechtlicher Gegenstand von Nachhaltigkeit.

Diese soziale Zielsetzung trifft insofern auf völlig andere Rahmenbedingungen als bislang in der Sozialpolitik, als die natürlichen Ressourcen in großen Teilen endlich sind und daher der Gedanke von unendlich fortführbarem Wirtschaftswachstum voraussichtlich nicht einlösbar ist. Denn die ökologischen Herausforderungen unter Zugrundelegung (nicht von unverbindlichen Zielen wie den SDGs, sondern) international rechtsverbindlicher Ziele etwa beim Klima- und Biodiversitätsschutz (1,5-Grad-Grenze in Art. 2 Abs. 1 Paris-Abkommen, völliger Stopp des Biodiversitätsverlusts in Art. 1 UN-Biodiversitätskonvention iVm. den Aichi-Zielen) sind schlicht zu groß für rein technische und damit wachstumskompatible Umweltstrategien – neben smarteren Konsum wird daher voraussichtlich auch weniger Konsum (Suffizienz) treten müssen.⁴¹ Soziale Sicherungssysteme wie die Rentenversicherung sind jedoch bislang faktisch wachstumsabhängig in ihrem Bestand, zumal unter der Randbedingung des demografischen Wandels.⁴² Die Entwicklung eines nicht wachstumsabhängigen Rentenmodells hat

damit zentrale Bedeutung, was freilich relativ offenkundig unter Postwachstumsbedingungen nicht dem Dogma stetig steigender oder jedenfalls nicht sinkender Renten per se verpflichtet bleiben kann (was früher oder später auch zu verfassungsinterpretativen Neujustierungen im Hinblick auf die bisher erworbenen Rentenanwartschaften und Art. 14 GG⁴³ führen könnte). Ebenso wichtig ist, dass diejenige Bevölkerungsgruppe unterhalb des Renteneintrittsalters, die nicht eigenständig für ihren Lebensunterhalt sorgen kann, ihren Anspruch auf ein zum Leben notwendiges (wenngleich richtigerweise nicht abwägungsfrei gewährleitetes, sondern bspw. in einer Abwägung zu umweltbezogenen Grundrechtsgarantien befindliches⁴⁴) Existenzminimum auch künftig realisieren kann.⁴⁵

Entgegen einer verbreiteten Befürchtung müssen diese sozialrechtlichen Anliegen nicht in ein Spannungsverhältnis zu ökologischen Zielen geraten. Freilich muss das (vorliegend nicht weiter zu betrachtende) umweltrechtliche Instrumentarium so gewählt werden, dass sozialrechtliche Ausgleichsmaßnahmen nicht gesamtgesellschaftlich zu einer verstärkten Belastung von Ressourcen und Senken – zB. des Klimas – führen. Zwar ist insbesondere Klimaschutz (und oft auch generell Umweltschutz) in der Summe für sozial Schwächere auf nationaler und erst recht auf globaler Ebene eher vorteilhaft.⁴⁶ Da es jedoch durch die

40 Boström, Sustainability: Science, Practice and Policy 8 (2012), 3, 7; Littig/Griessler, IJSD 8 (2005), 65.

41 Jackson, Wohlstand ohne Wachstum – das Update, München 2017; Petschow/Kern/Hofmann/Lehmann, Zeitenwende für vorsorgeorientiertes, resilientes Wirtschaften, Diskussionspapier des IÖW 72/20, Berlin 2020; Paech, Vom grünen Wachstumsmythos zur Postwachstumsökonomie, Frankfurt aM. 2013; Latouche, Farewell to Growth, Cambridge 2009, S. 23 ff.; Ekardt, Theorie der Nachhaltigkeit (Fn. 5), § 1 B.V.; Ekardt, Sustainability (Fn. 5); Hidalgo-Capitán/García-Álvarez/Cubillo-Guevara/Medina-Carranco, IJDS 8 (2019), 6 ff.; Seidl/Zahrnt, SDGs: Steht Nachhaltigkeit unter Wachstumsvorbehalt?, abrufbar unter: <https://www.postwachstum.de/sustainable-development-goals-steht-nachhaltigkeit-global-unter-dem-vorbehalt-von-wachstum-20150928> (26.1.2021); Hoffer, in: Friedrich Ebert Stiftung und Social Europe (Hrsg.), Just Transition - A social route to sustainability, Berlin 2020, S. 38 ff.

42 Petschow/aus dem Moore/Pissarskoi ua., Gesellschaftliches Wohlergehen innerhalb planetarer Grenzen: Der Ansatz einer vorsorgeorientierten Postwachstumsposition, Dessau-Roßlau 2018, S. 106 ff.

43 Zuletzt etwa BVerfG, 20.4.2016 – 1 BvR 1122/13 – juris.

44 Dazu bereits ausführlich: Ekardt/Hyla, ZaöRV 2018, 221 ff.; Ekardt, Theorie der Nachhaltigkeit (Fn. 5), § 4 C.III., § 5 B.-C.

45 Zum Existenzminimum aus höchstrichterlicher Sicht BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09 ua. – BVerfGE 125, 175 ff.; BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68; zur Kritik s. Ekardt/Hyla, ZaöRV 2018, 221 ff.; Ekardt, Theorie der Nachhaltigkeit (Fn. 5), § 4 C.III., § 5 B.-C.

46 Hierzu Schmidt-De Caluwe/Ekardt/Rath, Soziale Energiewende, iV.; zur Notwendigkeit einer differenzierten Betrachtung auch Gawel/Klaas/Tews, UFZ Discussion Paper No. 2/2015.

iSd. Nachhaltigkeit notwendige Transformation des heutigen Wirtschaftssystems stellenweise in Teilbereichen der Wirtschaft zu Arbeitsplatzverlusten und Einkommenseinbußen kommen mag, muss dafür Sorge getragen werden, dass die notwendige sozialrechtliche Absicherung vorhanden ist, um soziale Härten zu vermeiden.⁴⁷ Dies setzt jedoch eine umweltrechtliche Rahmung in Gestalt einer Mengensteuerung der schädigenden Faktoren (für Klima, Biodiversität, Stickstoffkreislauf, Luft-, Boden- und Gewässerbelastungen) wie fossile Brennstoffe, Tierhaltung und Pestizide voraus, etwa durch einen reformierten EU-Emissionshandel, der tatsächlich sämtliche fossile Brennstoffe (und tierische Produkte) und damit im Wesentlichen sämtliche Emissionen abdeckt; dann bewirken sozialrechtliche Verteilungsmaßnahmen zwar ggf. höhere Emissionen ärmerer Schichten, die dann jedoch durch niedrigere Emissionen Besserverdienender ausgeglichen werden.⁴⁸

Wenn Armutsbekämpfung und generationenübergreifende Alterssicherung – unter Postwachstumsbedingungen und unter Wahrung der planetaren Grenzen – somit als sozialer Nachhaltigkeitsmaßstab impliziert sind, fragt es sich, inwieweit sich dies konkret im SDG 1 spiegelt und weiter konkretisiert. Die für das SDG 1 artikulierten Unterziele lauten: 1.1 Extreme Armut beseitigen. 1.2 Nationale Armutsquoten mindestens halbieren. 1.3 Sozialschutzsysteme und -maßnahmen sicherstellen. 1.4 Zugang zu grundlegenden Diensten gewährleisten. 1.5 Widerstandsfähigkeit erhöhen und Anfälligkeit verringern. All dem zugrunde liegt die Unterscheidung in absolute (bzw. extreme) und relative Armut. Absolute Armut meint, dass jemand nicht über die Dinge verfügt, die zum Überleben nötig sind, und rückt somit den Kampf um Leben und Tod in den Mittelpunkt der Debatte.⁴⁹ Im Rahmen der absoluten Armut wird zumeist eine bestimmte zur Verfügung stehende Geldsumme herangezogen, bei deren Unterschreitung jemand als absolut arm gilt. Nach Festlegung der Weltbank liegt diese Summe aktuell bei 1,90 US-\$ am Tag.⁵⁰ Der absoluten Armut nach der gegebenen Definition, die weltweit einheitlich und kaufkraftbereinigt ist, dürfte demnach in Deutschland kaum Bedeutung zukommen, wohl aber in zahlreichen Entwicklungsländern.

Der Begriff der relativen Armut geht zurück auf einen Gründungsvater der modernen Volkswirtschaftslehre, Adam Smith, der betonte, lebenswichtig seien auch solche Güter, ohne die auch der »untersten Schicht« ein Auskom-

men nicht zugemutet werden sollte.⁵¹ Relative Armut wird somit insoweit nicht global und kaufkraftbereinigt ermittelt, sondern am jeweiligen gesellschaftlichen Kontext gemessen, und die Einkommensgrenze liegt demnach national unterschiedlich hoch. Diesen Ansatz entwickelte auch der Rat der Europäischen Gemeinschaften⁵² weiter, welcher 1985 als verarmt solche Personen definierte, die »über so geringe (materielle, kulturelle und soziale) Mittel verfügen, dass sie von der Lebensweise ausgeschlossen sind, die in dem Mitgliedstaat, in dem sie leben, als Minimum annehmbar ist.«⁵³ Heute gilt derjenige als relativ arm, der über weniger als 60 % des mittleren Einkommens verfügt (nicht des arithmetischen Mittels).⁵⁴ Amartya Sen vertritt daher, abweichend von der Festlegung eines bestimmten Einkommensniveaus, einen Ansatz zur Definition von Armut, der sich an Verwirklichungschancen orientiert. Nach ihm gilt als arm, wer an einem Mangel an fundamentalen Verwirklichungschancen leidet.⁵⁵ Der Lebenslagenansatz nimmt ähnlich hierzu etwa Ernährungszustand, Wohnverhältnisse, Bekleidung und gesellschaftliche Teilhabemöglichkeiten in den Blick.⁵⁶ Daneben gibt es zahlreiche weitere Ansätze zur Definition von Armut, die teils mit

47 Strengmann-Kuhn, in: Opielka/Renn (Hrsg.), Symposium: Soziale Nachhaltigkeit, Potsdam 2017, S. 164 ff.

48 Näher erläutert bei Ekardt, Theorie der Nachhaltigkeit (Fn. 5), § 6 E.III.; Schmidt-De Caluwe/Ekardt/Rath, Soziale Energiewende, iV.

49 Sen, Oxford Economic Papers, Vol. 35 (1983), S. 153 ff.; vertiefend Lessmann, Konzeption und Erfassung von Armut, Berlin 2009 (zugl. Oldenburg, Univ., Diss. 2005), S. 23; Hradil, APuZ 51–52 (2010), 3; Schäfer, Armut im Diskursgewimmel, Wiesbaden 2013 (zugl. Münster, Univ., Diss. 2012), S. 165; Neuhäuser, ARSP 2010, 542 ff.; Butterwege, in: Kopp/Steinbach (Hrsg.), Grundbegriffe der Soziologie, Wiesbaden 2018, S. 29 ff.; Cremer, Armut in Deutschland, München 2016, S. 13.

50 Vgl. <https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2015/10/04/world-bank-forecasts-global-poverty-to-fall-below-10-for-first-time-major-hurdles-remain-in-goal-to-end-poverty-by-2030> (26.1.2021).

51 Smith, Der Wohlstand der Nationen. Eine Untersuchung seiner Natur und seiner Ursachen, 3. Aufl., München 1983, S. 747.

52 Der Rat der Europäischen Gemeinschaften führt seit 1993 die Bezeichnung Rat der Europäischen Union.

53 Rat der Europäischen Gemeinschaften, Beschluss des Rates vom 19.12.1984 über gezielte Maßnahmen zur Bekämpfung der Armut auf Gemeinschaftsebene (85/8/EWG), ABL Nr. L 2/24.

54 Cremer (Fn. 49), S. 16; Becker, in: Berlit/Conradis/Pattar (Hrsg.), Existenzsicherungsrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2019, Kap. 5 Rn. 17; Schäfer (Fn. 49), S. 165 mwN. und abweichenden Prozentzahlen, da diese bis heute nicht unumstritten sind; vertiefend auch Lepenies, Armut, München 2017, S. 104 ff.

55 Sen, Ökonomie für den Menschen, München 1999, S. 110 ff.; Sen, Die Idee der Gerechtigkeit, München 2010, S. 282 ff.

56 Vgl. Becker, in: Berlit/Conradis/Pattar (Fn. 54), Kap. 5 Rn. 3; ausführlich und vergleichend zum Fähigkeiten-Ansatz nach Sen und zum Lebenslagenansatz Lessmann (Fn. 49), passim; kritisch Ekardt, Theorie der Nachhaltigkeit (Fn. 5), § 4 C.III.

erheblichen Schwierigkeiten hinsichtlich der Messbarkeit einhergehen.⁵⁷ In der nationalen Nachhaltigkeitsstrategie der Bundesregierung wird beim SDG 1 an das Unterziel 1.2 angeknüpft (Halbierung des Anteils der Menschen in Armut bis 2030) und dabei die relative Armut oder auch Armutsgefährdung ab dann angenommen, wenn man über ein Einkommen in Höhe von weniger als 60 % des deutschen Medianeinkommens verfügt. Als wichtigstes Mittel zur Armutsbekämpfung nennt die Nationale Nachhaltigkeitsstrategie eine auskömmliche Beschäftigung, welche Armut nicht nur während des Erwerbslebens, sondern auch im Ruhestand verhindern kann. Die Bundesregierung beabsichtigt deshalb, einen hohen Beschäftigungsstand bei auskömmlichen Löhnen zu erreichen, und anderenfalls denjenigen, die sich nicht aus eigener Kraft versorgen können, ein starkes Sozialsystem zur Seite zu stellen, ergänzt durch eine gestärkte Altersvorsorge und einen verbesserten Zugang zu bezahlbarem Wohnraum.⁵⁸

Hier wird freilich sichtbar, dass die Formulierung des Teilziels 1.2 im SDG 1, wenn man sie nicht auf Entwicklungsländer, sondern auf wohlhabende Industriestaaten bezieht, nicht zwangsläufig als Folgerung aus dem Nachhaltigkeitsgedanken durchgeht, ja sogar in Widerspruch zu diesem geraten kann. Denn mehr Wohlstand und damit mehr Wachstum sind zwar, wie die Bundesregierung bemerkt, durch das SDG 8 nahegelegt⁵⁹ (und können in Entwicklungsländern auch Sinn ergeben), implizieren jedoch wie gesehen zugleich mehr Ressourcenverbrauch und damit in einem ohnehin schon wohlhabenden Land nicht unbedingt Nachhaltigkeit. Insoweit ist zu bedenken, dass sogar ALG 2-Empfänger, die natürlich in die Kategorie der relativen Armut in Deutschland fallen, kaufkraftbereinigt dennoch zu den wohlhabendsten etwa 15 % weltweit zählen. Insofern ist für das SDG 1 im Teilziel 1.2 zu konstatieren, dass es über das originäre Nachhaltigkeitsanliegen hinausgeht und dass seine Verfolgung nur in Verbindung mit der angesprochenen mengensteuernden Umweltpolitik als nachhaltig iSv. dauerhaft und global durchhaltbar – und als mit den genannten Umweltvölkerrechtszielen vereinbar – gelten kann.⁶⁰ Sozialrechtliche Maßnahmen für weniger relative Armut, die den relativ Armen mehr Kaufkraft zum Erwerb staatlich verknappter Faktoren wie fossiler Brennstoffe zuwenden, würden im Zuge einer solchen Mengensteuerung mit ergänzend erhöhten Sozialleistungen entsprechend größere Einschränkungen bei den Wohlhabenderen auslösen.

Zusätzlich zu diesen Problemen des Armutsbegriffs und zur ebenso schon angesprochenen Suche nach postwachstumstauglichen Konzepten stellen sich für die Rente weitere grundlegende Fragen, wenn für sie ein Nachhaltigkeitsmaßstab klar benannt werden soll. Zum einen ist unklar, wie genau der demografische Wandel Berücksichtigung finden soll, der fast zwangsläufig ein sinkendes Rentenniveau nahelegt. Zum anderen ist damit die Grundfrage nach den richtigen Maßstäben für Verteilungsfragen angesprochen – und weil es darauf eher keine klaren Antworten gibt, jenseits von Rahmenfestlegungen wie einer Sicherung des Existenzminimums, fehlen rechtlich insoweit detaillierte Maßstäbe.⁶¹ Insofern ist – zumal auf die ökologischen Effekte des gegenwärtigen Wohlstandsmodells bereits hingewiesen wurde – tatsächlich eher kein gleichbleibendes Rentenniveau vom allgemeinen Nachhaltigkeitsgedanken nahegelegt. Das SDG 1 dagegen impliziert im Teilziel 1.2 erneut einen Abbau der relativen Armut, nunmehr bezogen auf Menschen im Rentenalter.

V. Umsetzung des SDG 1 im geltenden Sozialrecht

In den für die Umsetzung des SDG 1 besonders relevanten Bereichen des Sozialrechts – also im Bereich des Arbeitslosengeldes und der Sozialhilfe sowie im Bereich der Rentenversicherung – findet sich der Begriff »Nachhaltigkeit« einige wenige Male erwähnt. § 16g Abs. 2 SGB II sieht die Erbringung bestimmter Leistungen zur nachhaltigen Ein-

57 Mit einem Überblick: *Kargl*, Armutskonzepte – Eine Einführung, 2004, abrufbar unter: http://www.armutskonferenz.at/files/kargl_armutskonzepte_einfuehrung-2004.pdf (26.1.2021).

58 Bundesregierung (Fn. 33), S. 52 ff.

59 Bundesregierung (Fn. 33), S. 56.

60 Armutsvermeidung und Armutsreduktion implizieren ergo nicht grds., wie immer wieder angeführt, die Sicherung jeglicher Arbeitsplätze, da es sich hierbei nicht per se um eine Nachhaltigkeitsfrage handelt. Übergangen bei *Voet*, in: Friedrich Ebert Stiftung und Social Europe (Fn. 41), S. 7 ff.; *Waltermann*, NZS 2017, 247 ff.; einen Überblick über die Arbeitssituation und die Implikationen der Nachhaltigkeitsstrategie gibt *Hexel*, in: Michelsen (Hrsg.), Die Deutsche Nachhaltigkeitsstrategie, 2. Aufl., Wiesbaden 2017, S. 91; zur Rolle von Arbeit und Generationengerechtigkeit dennoch *Seitz*, in: Hauff/Nguyen (Hrsg.), Nachhaltige Wirtschaftspolitik, Baden-Baden 2013, S. 95; *Lenz*, Orientierungen zur Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik 2013, Iss. 138, 46, 48; *Schrenker*, Generationengerechtigkeit in der Alterssicherung, Berlin 2016 (zugl. Berlin, Univ., Diss. 2011), S. 81 ff.; Zur Mindestlohn-Debatte *Petrache/Rudolph*, cepInput 2020, 1 ff.; *Schulten/Lübker*, WSI-Mitteilungen 2019, 119 ff., 133 ff.

61 *Volkman*, Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung, Tübingen 1998 (zugl. Marburg, Univ., Habil. 1997); *Ekardt*, Sustainability (Fn. 5), Ch. 3.2.

gliederung in Arbeit vor, auch wenn keine Hilfebedürftigkeit mehr gegeben ist – hier wird Nachhaltigkeit indes nicht im Wortsinne dauerhaft und global durchhaltbarer Lebens- und Wirtschaftsweisen verwendet. In SGB VI, welches für die Rentenversicherung maßgeblich ist, erfolgt mehrfach die explizite Erwähnung des Begriffs »Nachhaltigkeit«. So bestimmt sich gem. § 68 Abs. 1 S. 3 SGB VI der aktuelle Rentenwert über die Vervielfältigung des bisherigen aktuellen Rentenwerts mit den Veränderungsfaktoren der Bruttolöhne und -gehälter je Arbeitnehmer, des Beitragssatzes zur allgemeinen Rentenversicherung und dem Nachhaltigkeitsfaktor.

Nunmehr zum Nachhaltigkeitsfaktor. In Deutschland besteht bekanntlich ein historisch gewachsenes System der Rentenversicherung, welches unterteilt ist in die gesetzliche Rentenversicherung und Formen der speziell ausgestalteten Altersvorsorge in Form der Beamtenversorgung und der berufsständischen Versorgungswerke. Daneben stehen private Formen der Altersvorsorge und ggf. freiwillige Mitgliedschaften in der gesetzlichen Rentenversicherung.⁶² Die bisherige deutsche gesetzliche Rentenversicherung für das Alter (§§ 35 ff. SGB VI), die Erwerbsunfähigkeit (§§ 43 ff., § 240 SGB VI) und die Absicherung der Hinterbliebenen im Falle des Todes des Versicherten (§§ 46 ff. SGB VI) beruht auf einem Solidaritätsprinzip respektive einem Umlagesystem⁶³ (§ 153 Abs. 1 SGB VI). Bei dem Nachhaltigkeitsfaktor handelt es sich um einen Faktor, über den die Veränderung des Verhältnisses der Zahl von Rentnern zu der Zahl von Beitragszahlern bei der Rentenanpassung berücksichtigt wird.⁶⁴ Somit wirkt sich der Nachhaltigkeitsfaktor aufgrund des demografischen Wandels und die dadurch verursachte Minderung von Beitragszahlern im Verhältnis zu Rentenbeziehern im Umlagesystem dämpfend auf den grds. an der Bruttolohnentwicklung orientierten Anstieg der Rentenhöhe aus und führt so langfristig zu einer Absenkung des Rentenniveaus.⁶⁵ Der Nachhaltigkeitsfaktor entstammt dem Gesetz zur Sicherung der nachhaltigen Finanzierungsgrundlagen der gesetzlichen Rentenversicherung (RV-Nachhaltigkeitgesetz) aus dem Jahre 2004.⁶⁶ Der Hintergrund sei hier kurz in Erinnerung gerufen: Der demografische Wandel aufgrund des sich verlängernden Lebensalters und der schrumpfenden Geburtenrate iVm. Strukturveränderungen am Arbeitsmarkt⁶⁷ induziert eine längere Rentenbezugsdauer und hat ergo steigende Beitragssätze und sinkende Renten zur Folge. Das gegenwärtige Rentenniveau des Eckrentners wird bei ungehindertem Fortlaufen der aktuellen Entwicklungen von ca. 48 % im Jahre 2019⁶⁸ auf 43 % im

Jahre 2045⁶⁹ absinken,⁷⁰ ein Stagnieren der Wirtschaft nicht in die Berechnungen einbezogen. Im Jahr 2040 wird etwa ein Viertel der Bevölkerung über 67 Jahre alt sein.⁷¹ Der Altenquotient wird bis 2035 stark ansteigen auf womöglich bis zu 49%.⁷² Dies liegt unter anderem daran, dass sich die Lebenserwartung seit Ende des 19. Jahrhunderts⁷³ ungefähr verdoppelt hat.⁷⁴ 1960 lagen die durchschnittlichen Rentenbezugszeiten noch bei 9,9 Jahren; 2018 lagen sie bereits bei 20,0 Jahren, sie hatten sich also mehr als verdoppelt.⁷⁵ Dies führt in der Folge zu einem Ansteigen der Beitragssätze zur gesetzlichen Rentenversicherung.⁷⁶ Infolgedessen steigen auch die Bundeszuschüsse zur gesetzlichen Rentenversicherung.⁷⁷ Aufgrund der neuen Grundrente könnten sie sich ab 2021 noch einmal um 1,5 Mrd. € jährlich erhöhen.⁷⁸

62 Kaltenbach, in: Ruland (Hrsg.), Handbuch der gesetzlichen Rentenversicherung, Neuwied 1990, Kap. 17 Rn. 15 ff.; Muckel/Ogorek/Rixen, Sozialrecht, 5. Aufl., München 2019, § 11 Rn. 2; Ring, JA 2018, 87, 93.

63 BVerfG, 4.6.1985 – 1 BvL 12/83 – BVerfGE 70, 101; BVerfG, 27.2.2007 – 1 BvL 10/00 – BVerfGE 117, 272 mwN.; Kreikebohm, in: Kreikebohm (Hrsg.), SGB VI, 5. Aufl., München 2017, Einl. Rn. 34; Doetsch, in: Ruland (Fn. 62), Kap. 8 Rn. 23.

64 Zur genauen Berechnung des Nachhaltigkeitsfaktors Kreikebohm, in: Kreikebohm (Fn. 63), § 68 Rn. 12; Silber, in: Reinhardt/Silber (Hrsg.), SGB VI, 4. Aufl., Baden-Baden 2018, § 68 Rn. 10; Göde, Gesundheits- und Sozialpolitik 2004, 51, 52 f.

65 Mecke, Der Wirtschaftsführer für junge Juristen 2019, 14 ff.; Silber, in: Reinhardt/Silber (Fn. 64), § 68 Rn. 10; Promberger/Wübbeke, IAB-Kurzbericht No. 8/2006, S. 2; Göde, Gesundheits- und Sozialpolitik 2004, 51, 52 f.

66 BT-Drs. 15/2149.

67 Giesen, NZA 2008, 905, 906; Ruland, ZRP 2009, 165, 168; Schlegel, NZS 2017, 241 ff.; Meinhardt, Vierteljahreshefte zur Wirtschaftsforschung, DIW Berlin, Berlin 2014, S. 50; Ring, JA 2018, 87, 96; mit Zahlen auch bpb, Schlussbericht der Enquete-Kommission – WWL, Bonn 2013, S. 90, 95.

68 Deutsche Rentenversicherung, Rentenversicherung in Zahlen 2019, S. 27.

69 Buslei/Fischer/Geyer/Hammerschmid, DIW Wochenbericht Nr. 21, Nr. 22/2019, 380 ff.

70 Gemeint ist das Verhältnis der Rente zum Nettoeinkommen nach 45 Arbeitsjahren im Falle einer Person, die mit Erreichen der gesetzlichen Regelaltersgrenze in Rente geht. Das Konstrukt des Eckrentners ist jedoch heute bereits kaum noch aussagekräftig aufgrund der veränderten Gegebenheiten des postindustriellen Arbeitsmarkts.

71 Die Angabe entspricht der Bevölkerungsvorausberechnung des Statistischen Bundesamtes (24.2.2020).

72 14. koordinierte Bevölkerungsvorausberechnung des Statistischen Bundesamtes, 2018, S. 27.

73 Aus dieser Zeit stammt die gesetzliche Rentenversicherung, was ihre Strukturprobleme unter anderem erklärt, denn damals gab es ein substanzielles Bevölkerungswachstum.

74 14. koordinierte Bevölkerungsvorausberechnung des Statistischen Bundesamtes (Fn. 72), S. 36.

75 Vgl. DRV-Schriften, Bd. 22, Rentenversicherung in Zeitreihen, Frankfurt a.M. 2020, S. 147.

76 Ehrentraut/Moog, Zukunft der gesetzlichen Rentenversicherung, Stuttgart 2017, S. 20.

77 Deutsche Rentenversicherung (Fn. 68), S. 22.

78 Vgl. dazu BGBl. 2020 I, S. 1879.

Neben dem Nachhaltigkeitsfaktor regelt das SGB VI überdies die sog. Nachhaltigkeitsrücklage. Die Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung werden bekanntlich gem. § 157 SGB V nach einem Vomhundertsatz von der Beitragsbemessungsgrenze erhoben. Beitragspflichtig ist gem. § 162 Nr. 1 SGB VI insbesondere das Arbeitsentgelt des Arbeitnehmers aus seiner versicherungspflichtigen Beschäftigung. Arbeitnehmer und Arbeitgeber trifft diesbezüglich eine hälftige Beitragszahlungsverpflichtung (§ 168 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI).⁷⁹ Reichen die Beiträge zur jährlichen Finanzierung des Umlagesystems der gesetzlichen Rentenversicherung nicht aus, kann auf die Nachhaltigkeitsrücklage nach §§ 216 f. SGB VI zurückgegriffen werden. Diese findet Erwähnung in §§ 153 Abs. 1, 154 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 158 Abs. 1 und 2, 214 Abs. 1, 216 Abs. 1 und 2, 217 Abs. 1 und 3, 219 Abs. 1 und 2 und 287 Abs. 2 SGB VI. Bis zum Jahr 2004 diente die Nachhaltigkeitsrücklage als Schwankungsreserve dazu, unterjährige Schwankungen in der Einnahmen- und Ausgabenentwicklung auszugleichen. Seit Verabschiedung des RV-Nachhaltigkeitsgesetzes kommt ihr überdies die Funktion zu, konjunkturelle Schwankungen beim Beitragsniveau aufzufangen.⁸⁰ Anhand der Mittel der Nachhaltigkeitsrücklage wird festgesetzt, wann die Beitragssätze zur gesetzlichen Rentenversicherung anzuheben bzw. abzusenken sind, vgl. § 158 Abs. 1 SGB VI. Die Obergrenze zur Absenkung der Beitragssätze wurde durch das RV-Nachhaltigkeitsgesetz auf 1,5 Monatsausgaben angehoben.

Weitere Erwähnungen des Begriffs »Nachhaltigkeit« finden sich nicht in den SGB II und VI, im für die Sozialhilfe relevanten SGB XII wird der Begriff überhaupt nicht erwähnt. In einigen der übrigen SGB fällt der Begriff, von einer abschließenden Aufzählung der betreffenden Regelungen wird hier allerdings aufgrund des beschränkten Untersuchungsrahmens abgesehen. Beispielfhaft sei lediglich § 37 SGB VIII genannt, welcher das Merkmal der Nichterreichbarkeit einer nachhaltigen Verbesserung der Erziehungsbedingungen in der Herkunftsfamilie als Voraussetzung für eine ggf. dauerhafte Herauslösung aus dieser Familie benennt – was sich erneut jenseits des vorliegend interessierenden Begriffsinhalts von Nachhaltigkeit bewegt.⁸¹ Weitere konkrete Umsetzungsansätze zur Gewährleistung von Nachhaltigkeit im System der Sozialversicherung lassen sich ebenfalls nicht identifizieren.⁸²

Die Nachhaltigkeit in einem substantziellen Sinne betrifft demgegenüber der sozialversicherungsrechtliche Nachhal-

tigkeitsfaktor, der ausweislich der Gesetzesbegründung für Gerechtigkeit im »Generationenvertrag« sorgen soll, welcher dem Umlagesystem der deutschen Rentenversicherung zugrunde liegt, da hier eine Anpassung der Rentenhöhe im Verhältnis zwischen Beitragszahlern und Beitragsbeziehern stattfindet. Hierdurch soll sichergestellt werden, dass die jüngeren Generationen nicht von den Beiträgen zur Rentenversicherung, welche im Umlageverfahren sogleich an die aktuellen Rentenbezieher ausgezahlt werden, wodurch keine Kapitalansparung erfolgt, erdrückt werden.⁸³ Dies wiederum soll laut der Gesetzesbegründung dazu dienen, den nachfolgenden Generationen ihre Lebensgrundlagen zu erhalten, so dass hier durchaus Nachhaltigkeit im wie hier verstandenen Sinne betroffen ist.⁸⁴

Dies bedeutet jedoch nicht zugleich, dass damit tatsächlich eine dauerhaft durchhaltbare (und global übernehmbare) Wirtschaftsweise etabliert wird. Eine Umsetzung von Nachhaltigkeit im Sozialversicherungssystem bzw. eine nachhaltige Gestaltung des Sozialversicherungssystems oder auch nur des Systems der gesetzlichen Rentenversicherung im Rahmen des Umlageverfahrens erscheint aus sich heraus schon schwierig – und damit auch die Einhaltung des SDG 1. Denn es wird im Umlageverfahren kein Kapital angespart, sondern es werden soeben generierte Mittel (in Form der Beiträge der Erwerbstätigen zur Sozialversicherung) unmittelbar an die Beitragsbezieher ausgeschüttet.⁸⁵ Ebenfalls eine unklare Rolle spielt insoweit die Nachhaltigkeitsrücklage. Dieser werden Überschüsse der Einnahmen über die Ausgaben zugeführt und aus ihr sind Defizite zu decken, § 216 Abs. 1 S. 1 SGB VI. Dadurch soll die dauerhafte Liquidität der Rentenversicherung gewähr-

79 Die Beitragsbemessungsgrenzen und der jeweils abzuführende Prozentsatz werden von der Bundesregierung unter Zustimmung des Bundesrates durch Rechtsverordnung festgesetzt, §§ 159, 160 SGB VI.

80 Mecke, Der Wirtschaftsführer für junge Juristen 2019, 14 ff.; Kater, in: Körner/Leitherer/Mutschler/Rolfs (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 108. EL, München 2020, § 216 Rn. 3; Göde, Gesundheits- und Sozialpolitik 2004, 51, 53; Pimpert, IW Policy Paper No. 9/2012, Köln 2012, S. 10; Fichte, DSI kompakt No. 7, Berlin 2013, S. 4.

81 Hierzu Ekardt, Theorie der Nachhaltigkeit (Fn. 5), § 1 C.; Ekardt, Sustainability (Fn. 5), Ch. 1.5; zu den verschiedenen Lesarten auch Sieben, NVwZ 2003, 1173 ff.

82 Kurz zur Kranken- und Pflegeversicherung Steinmeyer, NZS 2012, 721, 724.

83 BT-Drs. 15/2149.

84 Ebd.

85 Hebler, NZS 2018, 848 ff.; vgl. dazu auch Tremmel, in: Zwengel (Hrsg.), Gesellschaftliche Perspektiven: Arbeit und Gerechtigkeit. Jahrbuch der Heinrich-Böll-Stiftung Hessen, Bd. VIII, Essen 2007, S. 77 ff.; Fenge, FS Sinn, Frankfurt aM. 2013, S. 121 ff.; Börsch-Supan/Bucher-Koenen/Rausch, ifo Schnelldienst 2016, Vol. 69 Iss. 18, 31, 32.

leistet werden; idS. lässt sich die Nachhaltigkeitsrücklage in ihrer Konzeption auch als auf Nachhaltigkeit ausgerichtet verstehen. Jedoch dient die Rücklage in ihrer geringen Höhe (1,5 Monatsausgaben) nicht der Aufrechterhaltung einer wirklich langfristig angelegten Zahlungsfähigkeit im Falle von ausbleibenden Einnahmen, sondern vielmehr dazu, konjunkturelle Schwankungen und kurzfristige Engpässe auszugleichen.⁸⁶

VI. Reformoptionen für die Rentenversicherung – nachhaltigkeitskonform?

Wie und inwieweit kann im Lichte des Gesagten Armut (unter Berücksichtigung der kritischen Bemerkungen oben zu diesem Begriff) in der Altersversorgung künftig vermieden und die Rente – im Rahmen des demografischen Wandels – unter Postwachstumsbedingungen gesichert werden, wenn das Ende der Wachstumsgesellschaft ökologisch fast zwangsläufig kommen⁸⁷ dürfte⁸⁸ (und zugleich feste Maßstäbe für soziale Verteilungsfragen in liberalen Demokratien nur sehr begrenzt bestehen⁸⁹). Die Beantwortung solcher Folgefragen einer ökologischen Transformation ist für deren faktische Akzeptanz erkennbar essentiell.⁹⁰ Demgemäß werden nachstehend Regelungsoptionen unter Nachhaltigkeits-Gesichtspunkten geprüft, und zwar exemplarisch auf Deutschland bezogen, wobei die analysierten Gesichtspunkte für Industriestaaten insgesamt relevant sein dürften. Dabei wird die oben kurz angesprochene Frage, wo (etwa aus Art. 14 GG oder auch Art. 33 GG) mögliche Grenzen höherrangigen Rechts für Rentenreformen verlaufen könnten, nur kurz berührt.

1. Verlängerung der Lebensarbeitszeit?

Nicht neu und in Teilen als Reaktion auf den demografischen Wandel bereits verwirklicht ist der Vorschlag, die Lebensarbeitszeit zu verlängern, um so auch in einer stagnierenden oder gar schrumpfenden Wirtschaft mehr Einnahmen zur Finanzierung der Rentenkosten zu erzielen.⁹¹ Ausgangspunkt ist auch, dass das grundrechtlich garantierte Existenzminimum häufig selbst bei langjähriger Beschäftigung im Alter nicht mehr erreicht wird und dass diese Effekte sich weiterhin verstärken werden, wenn der demografische Wandel voranschreitet.⁹² Grds. kann die Altersrente erst mit Erreichen der Altersgrenze in Anspruch genommen werden,

welche aktuell für Personen, die ab 1964 geboren wurden, bei 67 Jahren liegt (§ 235 Abs. 2 SGB VI).⁹³ Die Inanspruchnahme von Altersrente vor Erreichen der Altersgrenze geht mit Rentenabschlägen in Höhe von 0,3 %-Punkten monatlich für die gesamte Bezugsdauer der Rente einher, § 77 Abs. 2 Nr. 2 lit. a SGB VI,⁹⁴ während ein späterer Eintritt ins Rentenalter zu einer Erhöhung der Altersrente führt gem. § 77 Abs. 2 Nr. 2 lit. b SGB VI.⁹⁵ In Fortführung dessen könnte das Renteneintrittsalter schrittweise weiter angehoben werden.⁹⁶ Jedoch lässt sich schon heute ein Unterschied zwischen Beschäftigten im Bereich von körperlicher und nicht-körperlicher Arbeit feststellen.⁹⁷ Ergo würde eine Erweiterung der Lebensarbeitszeit jene Beschäftigten im Bereich von körperlicher Arbeit stärker treffen.⁹⁸

86 Vgl. auch Göde, Gesundheits- und Sozialpolitik 2004, 53; Pimpertz (Fn. 80), S. 10; Fichte (Fn. 80), S. 4.

87 Hierzu die Nachweise in Fn. 40; vgl. zur »bemerkenswerten Gegenwartsfixiertheit« bzw. intertemporalen Ungerechtigkeit zentraler Beschlüsse der Sozialpolitik Kahl, ZRP 2014, 17, 18.

88 Schmidt-De Caluwe/Ekardt/Rath, Soziale Energiewende, iV; Ekardt, Theorie der Nachhaltigkeit (Fn. 5), § 6 E.III.2; Lösche, JCSW 2015, 49, 55 f.; Kopatz, JCSW 2015, 61, 64 f.; Herrler, Warum eigentlich Klimaschutz, Baden-Baden 2017 (zugl. Nürnberg, Univ., Diss. 2016), S. 209.

89 Undeutlich insoweit Carr, in: Friedrich Ebert Stiftung und Social Europe (Fn. 41), S. 18 ff.; Fritz/Bohnenberger, FSBJ 2020, 269, 278; Heindl, ÖW 2017, 40 ff.; Seitz, in: Hauff/Nguyen (Fn. 60), S. 97 f.

90 Eine so erhebliche Entkopplung von Wachstum und Ressourcenverbrauch durch technischen Fortschritt wie die Enquete-Kommission [bpb (Fn. 67), S. 515] sie vorausieht, halten wir nicht für gegeben, da dafür die technischen Voraussetzungen einfach nicht vorliegen, zumal diese üblicherweise verstärkt zu Rebound-Effekten führen.

91 Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Herausforderungen des demografischen Wandels, Paderborn 2011, S. 4; Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2011/2012, Paderborn 2011, S. 338; vgl. auch Petschow/aus dem Moore/Pissarskoi ua. (Fn. 42), S. 132; Giesen, NZA 2008, 905, 906; Schlegel, NZS 2017, 241, 243; Ruland, NJW 2012, 492 ff.; Werding, Alterssicherung, Arbeitsmarktdynamik und neue Reformen: Wie das Rentensystem stabilisiert werden kann, Gütersloh 2013, S. 36; Höpflinger, in: Passero/Backes/Schroeter (Hrsg.), Altern in Gesellschaft, Wiesbaden 2007, S. 307; Börsch-Supan/Bucher-Koenen/Rausch, ifo Schnelldienst 2016, Vol. 69 Iss. 18, 31, 39; Tremmel, in: Zwengel (Fn. 85), S. 77 ff.; Feld/Kohlmeier/Schmidt ua., ifo Schnelldienst 3/2016, 3. ff.

92 Waltermann, NZS 2017, 247 ff.; Hebel, NZS 2018, 848 ff.; Schlegel, NZS 2017, 241 ff.; Schubert, NJW 2010, 2613 ff.; Dedring/Deml/Döring/Steffen/Zwiener, Wiso Diskurs 2010, passim; Feld/Kohlmeier/Schmidt ua., ifo Schnelldienst 3/2016, 3, 4.

93 Angehoben wurde die Altersgrenze schrittweise gemessen am Geburtsdatum von 65 auf 67 Jahre durch das Gesetz zur Anpassung der Regelaltersgrenzen an die demografische Entwicklung und zur Stärkung der Finanzierungsgrundlagen der gesetzlichen Rentenversicherung.

94 Dazu Kreikebohm, in: Kreikebohm (Fn. 63), § 77 Rn. 5.

95 Vgl. hierzu und zu den Effekten dieser Regelung Schlegel, NZS 2017, 241, 243.

96 Werding (Fn. 91), S. 36.

97 Giesecke/Okoampah, Ruhr Economic Papers Nr. 492 (2015), S. 1, 10 ff.

98 Giesecke, Ruhr Economic Papers No. 490 (2014), S. 6, 33.

Denkbar sind abseits von einem grds. erhöhten Rentenalter auch Modelle, die ältere Menschen unabhängig von einer obligatorischen Arbeitsverpflichtung dazu animieren könnten, länger zu arbeiten. Diesbezüglich könnten Anpassungen insbesondere im Teilzeit- und Befristungsgesetz sowie im SGB VI vorgenommen werden, um auch Arbeitgebern einen Anreiz zu bieten, arbeitswillige Personen nach Erreichen der Altersgrenze weiter zu beschäftigen.⁹⁹

Der Vorschlag zur Erhöhung der Lebensarbeitszeit als Nachhaltigkeits- respektive Postwachstumsstrategie könnte Armut vermeiden. Er erscheint indes problematisch, wenn man nicht einen sozialrechtlichen Bereich vom anderen isoliert betrachten will.¹⁰⁰ Denn Postwachstum impliziert auch eine Umstrukturierung der Arbeitswelt dahingehend, dass eher weniger denn mehr gearbeitet wird, weil durch technischen Fortschritt freigesetzte Arbeitskräfte (beschleunigt ggf. durch das Aufkommen künstlicher Intelligenz) nicht mehr durch Wachstum in neue Jobs vermittelt werden können.¹⁰¹ Festzuhalten ist insoweit, dass insofern die Konsequenzen in einer Degrowth-Gesellschaft – wie sie wahrscheinlich wird, wenn Suffizienz neben technischen Optionen zur Erreichung der ökologischen Ziele unausweichlich erscheint (s. o.) – gegenüber einem bloß reduzierten Wachstum deutlich weitergehend wären. Ein Teil der Wachstumsdebatte krankt daran, dass das eine vom anderen nicht wirklich unterschieden wird.

2. Ergänzende kapitalgedeckte Vorsorge?

Teilweise unterliegen die Formen der privaten Altersvorsorge einer staatlichen Förderung.¹⁰² Diese Formen privater Altersvorsorge sollen insbesondere dazu dienen, die Wirkung des demografischen Wandels auf die Altersvorsorge abzufedern und den Beitragssatz einigermaßen stabil zu halten.¹⁰³ Ergänzend zum umlagefinanzierten System der gesetzlichen Rentenversicherung wird demgemäß häufig ein Ausbau der kapitalgedeckten Vorsorge empfohlen.¹⁰⁴ Auch die kapitalgedeckte Vorsorge ist in den letzten Jahren bereits erweitert worden. Seit Einführung der Rürup- bzw. Riesterrente im Jahr 2001 erfährt sie staatliche Förderung, deren Ausbau aktuell auch die CDU mit ihrem Vorschlag der Doppelrente noch einmal ins Gespräch bringt. Während die kapitalgedeckte Vorsorge sicherlich zu einer Erhöhung des Rentenniveaus im Alter führen kann, so bedeutet sie doch zeitgleich auch eine

Mehrbelastung des Einkommens, die wiederum weniger gut Verdienende besonders treffen kann.

Zu beachten ist außerdem, dass die kapitalgedeckte Vorsorge im Gegensatz zum Umlagesystem sehr empfindlich auf Finanzkrisen reagiert.¹⁰⁵ Neben der Instabilität der kapitalgedeckten Vorsorge ist überdies zu beachten, dass diese keineswegs wachstumsunabhängig ist.¹⁰⁶ In einer stagnierenden Wirtschaft ist unter anderem mit Nullrenditen bzw. sogar mit Negativverzinsung zu rechnen, was mit Kapitalanlagen schwer vereinbar erscheint.¹⁰⁷ Darüber hinaus reagieren auch kapitalgedeckte Systeme empfindlich auf den demografischen Wandel, da die geburtenstarke Generation mit Eintritt ins Rentenalter mit dem Abbau ihrer Spareinlagen beginnen wird.¹⁰⁸ Insofern löst auch die erweiterte kapitalgedeckte Vorsorge die beschriebenen Nachhaltigkeitsprobleme nicht wirklich.

3. Eine gesetzliche Rentenversicherung für alle?

Um die Einnahmen der gesetzlichen Rentenversicherung zu steigern und somit die Rentenhöhe sowie die Beitragssätze dauerhaft einigermaßen stabil zu halten, wird überlegt, den Kreis der Versicherungspflichtigen zu erweitern. Die gesetzliche Rentenversicherung ist bislang eine Pflichtversicherung für Arbeitnehmer und für ähnlich wie Arbeitnehmer als schutzwürdig erachtete Personen.¹⁰⁹

⁹⁹ Dazu im Einzelnen *Schlegel*, NZS 2017, 241 ff.

¹⁰⁰ Kritisch auch *Fenge* (Fn. 85), S. 121 ff.

¹⁰¹ *Latouche*, Farewell to Growth (Fn. 41), S. 81 f.; *Kurz/Spangenberg/Zahrnt*, ÖW 2019, 35, 37; *Kuhnhehn*, Wachstum in der Klimawissenschaft: Ein blinder Fleck, Berlin 2018, S. 14; zu künstlicher Intelligenz und Digitalisierung *Garske/Bau/Ekardt*, NuR 2021, iE.

¹⁰² *Kreikebohm*, in: *Kreikebohm* (Fn. 63), Einl. Rn. 55.

¹⁰³ *Silber*, in: *Reinhardt/Silber* (Fn. 64), Einf. Rn. 7.

¹⁰⁴ *Werdig* (Fn. 91), S. 52; vgl. auch *Petschow/aus dem Moore/Pissarskoi ua.* (Fn. 42), S. 133; *Feld/Kohlmeier/Schmidt ua.*, ifo Schnelldienst 3/2016, S. 20; kritisch *Fenge* (Fn. 84), S. 121 ff.; kritisch zur kapitalbildenden Altersvorsorge auch *Hirata*, RatSWD Working Paper Series 198, Berlin 2012, S. 13.

¹⁰⁵ *Ruland*, NZS 2010, 121, 123; *Ruland*, ZRP 2009, 165, 167; *Meinhardt*, Vierteljahreshefte zur Wirtschaftsforschung Vol. 83 (2014), 49, 54; gegen ein kapitalgedecktes System mit weiteren Ausführungen auch *Giesen*, NZA 2008, 905, 906.

¹⁰⁶ *Seidl/Zahrnt*, ÖW 2010, 18; *Seidl/Zahrnt*, GAIA 2012, 108, 112 mit Ausführungen auch zur Wachstumsabhängigkeit des Umlageverfahrens.

¹⁰⁷ *Suntum*, in: Initiative Neue Soziale Marktwirtschaft (Hrsg.), Die Wohlstandsfrage. 6 Visionen für nachhaltiges Wachstum, Berlin 2012, S. 24.

¹⁰⁸ *Petschow/aus dem Moore/Pissarskoi ua.* (Fn. 42), S. 133 f.; *Höpflinger*, in: *Seidl/Zahrnt* (Hrsg.), Postwachstumsgesellschaft, Marburg 2010, S. 59.

¹⁰⁹ *Vor.*, in: *Schlegel/Voelzke* (Hrsg.), juris PraxisKommentar Sozialgesetzbuch Sechstes Buch (SGB VI), 2. Aufl., Saarbrücken 2013, § 1 Rn. 15.

Nicht versicherungspflichtige Personen können sich grds. nach § 7 SGB VI freiwillig versichern lassen, etwa Selbstständige, die sich gegen eine ausschließlich private Altersvorsorge entscheiden. Gem. §§ 5 f. SGB VI versicherungsfrei sind insbesondere Beamte, Richter und Soldaten, für die besondere Sicherungssysteme vorgesehen sind. Auf Antrag versicherungsfrei sind Personen, die Berufsgruppen angehören, die über berufsständische Versorgungseinrichtungen verfügen.¹¹⁰ Bezöge man etwa Selbstständige und Beamte in die gesetzliche Rentenversicherung ein,¹¹¹ würden erhebliche Mehreinnahmen der Versicherung erzielt. Diskutiert wird auch über die Aufnahme von geringfügig Beschäftigten in die gesetzliche Rentenversicherung. Zu beachten ist selbstverständlich, dass die Rentenkassen bei einer Einbeziehung von weiteren Mitgliedern – insbesondere auch mit Blick auf die relativ gut verdienenden Beamten – mit einer nicht unerheblichen Mehrbelastung zu rechnen hätten.¹¹² Es wird davon ausgegangen, dass sich die Wucht des demografischen Wandels bis dahin abgeschwächt hätte.¹¹³ In der Folge könnten zeitweilig höhere Rentenzahlungen bei geringeren Beitragsätzen erreicht werden.¹¹⁴

Zu konstatieren ist allerdings, dass bei gleicher Renten- bzw. Pensionshöhe die Hineinnahme der Beamten in die gesetzliche Rentenversicherung zu einem Nullsummenspiel werden könnte, nur dass bislang das Steuereinkommen und künftig das sozialrechtliche Beitragsaufkommen die Pensionsansprüche dieser Personengruppe abdecken würde. Ein Mehrwert für die nicht-verbeamteten Versicherten entstände durch eine solche Systemintegration primär dann, wenn man davon ausgeht, dass das Verhältnis von selbst eingesetztem Geld (sei es als sozialrechtliche Abgabe oder als Steuer) und erhaltener Pension durch die Systemintegration der Beamten zu deren Ungunsten verändert wird, ausgehend davon, dass Beamte (und ggf. auch am Kapitalmarkt rentenversicherte Selbstständige) bislang eine vergleichsweise großzügige Pension beziehen. Das Vorgehen gegen Altersarmut wie auch das Abfedern von Postwachstumsfolgen für die Rentenversicherung generell würde dann also mit einer materiellen Kürzung für die neu ins System aufgenommenen Personengruppen bewirkt. Darüber kann (und uU. muss) man ggf. nachdenken – am Ende des Beitrags ist darauf zurückzukommen –, nur sollte das Vorhaben dann klar und nicht camouflierend umschrieben werden.¹¹⁵ Dann müsste man auch die absehbaren Diskussionen im Hinblick auf Art. 33 GG¹¹⁶

und Art. 14 GG¹¹⁷ führen, letzteres zumindest insoweit, als bereits erworbene Rentenanwartschaften im Zuge einer Rentenreform mit tangiert würden.

4. Beveridge-System – und Grundeinkommen?

Ein weiteres System, das alle Personen erfassen würde, wäre das Beveridge-System, welches vor allem in Großbritannien und in den skandinavischen Ländern besteht.¹¹⁸ Das Beveridge-System sieht eine sog. Grundrente für alle vor, wobei daneben oft noch betriebliche, staatliche oder private Zusatzsicherungen der Altersvorsorge bestehen. Insbesondere soll das Beveridge-System auch der Absicherung von Armutsrisikogruppen gelten, davon zuvörderst Frauen.¹¹⁹ Als steuerfinanziertes System steht es dem Bismarck'schen System gegenüber, in welchem die Rentenhöhe sich äquivalent nach dem zuvor bezogenen Einkommen bestimmt. Im Beveridge-System dagegen orientiert sich die ausgezahlte Rente nicht an der Leistungsgerechtigkeit, sondern an einem angenommenen Grundbedarf für alle.¹²⁰

Bei dem Beveridge-System handelt es sich um ein System, bei welchem höhere Einkommen überproportional belastet werden, um auch eine Grundsicherung für jene

110 Ring, JA 2018, 87, 89; Muckel/Ogorek/Rixen, Sozialrecht, 5. Aufl., München 2019, § 11 Rn. 10 ff.; Waltermann, Sozialrecht, 13. Aufl., Heidelberg 2018, § 11 Rn. 378 ff.

111 Werding (Fn. 91), S. 50 ff.; nicht grds. ablehnend, jedoch kritisch in Bezug auf zeitlichen Aspekt Ruland, ZRP 2009, 165, 167; ablehnend in Bezug auf die Einbeziehung von Beamten in die gesetzliche Rentenversicherung Zähle, NZS 2019, 41, 45; Petschow/aus dem Moore/Pissarskoi ua. (Fn. 42), S. 134; Tremmel, in: Zwengel (Fn. 85), S. 77 ff.; Ehrentraut/Moog (Fn. 76), S. 57 ff.

112 Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 01/02, Paderborn 2001, S. 160.

113 Petschow/aus dem Moore/Pissarskoi ua. (Fn. 42), S. 134.

114 Werding (Fn. 91), S. 50 ff.

115 Unklar daher Prognosen ohne offengelegte Grundlage wie die vom Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 16/17, Paderborn 2016, S. 308.

116 Ruland, ZRP 2009, 165, 167; Zähle, NZS 2019, 41, 44; nur knapp zu Art. 2 Abs. 1 GG im Auftrag der Kommission »Verlässlicher Generationenvertrag« Steinmeyer, Rechtsgutachten zu verfassungsmäßigen Grenzen für ein Obligatorium und von Opting-Out-Modellen in der zusätzlichen Altersvorsorge, Münster 2019, S. 40.

117 Ruland, ZRP 2009, 165, 167.

118 Meyer, Beveridge statt Bismarck!, Berlin 2013, S. 23 ff.; einschränkend Fehr/Kallweit/Kindermann, European Economic Review 63 (2013), 94, 110; kritisch Werding (Fn. 91), S. 47 ff.; vgl. auch Petschow/aus dem Moore/Pissarskoi ua. (Fn. 42), S. 136.

119 Meyer (Fn. 118), S. 15 ff.

120 Kraft, German Journal for Young Researchers 2010, 27, 31.

mit niedrigeren Einkommen zu gewährleisten, jedenfalls dann, wenn es sich über eine Einkommenssteuer und nicht über eine indirekte Steuer finanziert – bei letzterer würden tendenziell niedrigere Einkommen stärker belastet.¹²¹ Auch gibt es normalerweise in diesem System keine Beitragsbemessungsgrenze, was ebenfalls Umverteilungseffekte zur Folge hat, die einen Beitrag zur Armutsbekämpfung leisten können. Daneben ist auch eine Einbeziehung von Vermögen in die Beitragsgrundlage durch Besteuerung möglich. Im Beveridge-System kann die Einkommenshöhe zur Zeit der Erwerbstätigkeit im Rahmen der Zusatzversicherung Berücksichtigung finden. Letztlich fließen in das gegenwärtige deutsche System mit der zusätzlichen privaten sowie betrieblichen Altersvorsorge bereits Beveridge-Elemente ein.¹²²

Allerdings muss auch eine Grundrente erst einmal erwirtschaftet werden; und unter Postwachstumsbedingungen würden die Steuereinnahmen absehbar sinken.¹²³ Auch mit dem Beveridge-System findet sich also kein Entkommen vor der Notwendigkeit, auf ein Postwachstums-Szenario letztlich mit sinkenden Renten zu reagieren.

Nichts grds. anderes gilt, wenn man das Beveridge-System radikalisiert und gleich sämtliche Sozialleistungen zusammenführt zu irgendeiner Form von Grundeinkommen. Besonders wenn dieses eine relevante Höhe haben soll, ist dort freilich noch unklarer, wie dies finanziert werden könnte.¹²⁴ Im Ergebnis ist zwar die Idee eines bedingungslosen Grundeinkommens vordergründig in Teilen plausibel, da dieses mehr Flexibilität und den Ausbruch aus bestimmten Wachstumszwängen ermöglicht, was wiederum zu mehr Nachhaltigkeit und dem Entstehen postwachstumsgesellschaftlicher Lebens- und Wirtschaftsformen beitragen kann. In einer offenen europäischen und globalen Wirtschaft würde jedoch die massive Einkommens- und Vermögensbesteuerung, die zur Generierung der Grundeinkommens-Mittel erforderlich wäre, absehbar in massive personelle und kapitalmäßige Abwanderung münden. Entsprechende Modelle müssten deshalb wenn, dann nicht national, sondern transnational (also mindestens auf EU-Ebene) etabliert werden. Selbst dann wäre ein Grundeinkommen mit vielfachen komplexen Diskussionen belastet, sowohl hinsichtlich seines massiven Umverteilungs-Impetus als auch im Hinblick auf die Frage, welche gesamtgesellschaftlichen und volkswirtschaftlichen Effekte ein solches Einwirken auf gewohnte Leistungsanreize hätte.

5. Nicht-marktvermittelte Werte?

Angesichts der Postwachstumsdebatte kann man ferner fragen, ob womöglich auch Werte und Leistungen nicht-monetärer Art im Rentensystem Berücksichtigung finden sollten bzw. ob das gesamte System (zumindest teilweise) auf andere Formen der Produktion umgestellt werden könnte.¹²⁵ Schon jetzt werden bestimmte Zeiten, in denen keine Beiträge zur Rentenversicherung geleistet werden, in der Form von Entgeltpunkten berücksichtigt (zB. Kindererziehungszeiten, vgl. § 3 Nr. 1 und 1 lit. a SGB VI). Möglich wäre es darüber hinaus, diese Zeiten nicht nur ähnlich den Beitragszeiten zu werten, sondern bestimmte Tätigkeiten auch auf der Leistungsseite in das System einzubeziehen. Unter bestimmten Umständen würde in diesen Systemen, insbesondere mit Blick auf Pflegeleistungen für Ältere oder Kinder, die klassische Trennung zwischen Erwerbsleben und Rentenalter aufgehoben. Die Vorschläge reichen von einer Verringerung der Arbeitszeit auf 20 Stunden die Woche¹²⁶ bis zur Beschäftigung insbesondere älterer Menschen in Sektoren, in denen aktuell häufig informelle und unbezahlte Arbeit geleistet wird.¹²⁷ Ein besonderes Augenmerk wird hier auch auf die Beschäftigungsfähigkeit älterer Menschen (produktives Altern) und auf die Tatsache gelegt, dass informelle Tätigkeiten älterer Menschen ohnehin schon Lebensrealität sind.¹²⁸

121 Hierzu und zum Folgenden Kraft (Fn. 120), 32 f.

122 Vgl. auch Fehr/Kallweit/Kindermann, European Economic Review 63 (2013), 94, 110; Kraft (Fn. 120), 32 f.

123 Vgl. auch Petschow/aus dem Moore/Pissarskoi ua. (Fn. 42), S. 136; Giesen, NZA 2008, 905, 906; kritisch hierzu Steinmeyer, NZS 2012, 721, 722 und Fenge (Fn. 85), S. 121 ff.

124 Vgl. Schrader, Kapitalismus und Nachhaltigkeit – ein Widerspruch in sich?, Arbeitsbericht Nr. 74, Magdeburg 2017, S. 16; hierzu Strengmann-Kuhn, in: Opielka/Renn (Fn. 47); Ekardt, Theorie der Nachhaltigkeit (Fn. 5), § 6 E.VI.3.; Kurz/Spangenberg/Zahrnt, ÖW 2019, 35, 37; Loske, Leviathan 2017, 553, 566; pro Grundeinkommen Renn, SRA 2001, 154, 155; kritisch hierzu Hexel, in: Michelsen (Fn. 60), S. 97 f.

125 Höpflinger, in: Pasero/Backes/Schroeter (Fn. 91), S. 307 ff.; Paech, Der zerstörerische Traum vom Fortschritt, <https://www.zeit.de/wirtschaft/2017-01/europa-fortschritt-wachstum-industrie-digitalisierung-oekologie-klimawandel> (26.1.2021); Schneider/Mergenthaler/Staudinger ua., Beiträge zur Bevölkerungswissenschaft, Berlin 2015; Oesch/Künzi, Zeitgutschriften für die Begleitung, Betreuung und/oder Pflege älterer Menschen, Bern 2008; vgl. auch Petschow/aus dem Moore/Pissarskoi ua. (Fn. 42), S. 137 ff.; vgl. zu alternativen Formen der »Vergütung« Hoffer, in: Friedrich Ebert Stiftung und Social Europe (Fn. 41), S. 38 ff.

126 Vgl. Paech (Fn. 125).

127 Schneider/Mergenthaler/Staudinger ua. (Fn. 125), S. 56.

128 Vgl. Höpflinger, in: Seidl/Zahrnt (Fn. 108), S. 60.

Abgesehen von der Anrechnung von Pflegeleistungen in der Form von Entgeltpunkten für die Rente könnten derartige nicht-monetäre Leistungen auch in einer Art Zeitgutschriftensystem berücksichtigt werden, in welchem Personen, die Pflegeleistungen erbringen, einen Anspruch auf den Erhalt ebensolcher Pflegeleistungen zu einem späteren Zeitpunkt bekommen. Anhand eines solchen Systems könnten ggf. die Folgen des demografischen Wandels, insbesondere der erhöhte Pflegebedarf, aufgefangen werden und auch ältere Menschen weiterhin einen wertvollen Beitrag zum System leisten. Darüber hinaus handelt es sich bei Zeitgutschriften um eine Art Währung, die keiner Inflation unterliegt und die nicht anfällig für Finanzkrisen wäre und die bereits berentete Menschen zur Erbringung gesellschaftlicher Leistungen motivieren (und ggf. wertvolle Arbeitskräfte erhalten¹²⁹) könnte.¹³⁰

Nach alledem verbergen sich hinter dem Begriff nicht-marktvermittelter Werte recht gegensätzliche Zugänge. Versuche, Menschen mit geringer Beitrags-Einzahlung zu einer höheren Rente zu verhelfen, kann man verteilungspolitisch begrüßen, sie adressieren aber erneut nur die Altersarmut einzelner Gruppen, ohne das Rentensystem als solches postwachstums- und demografie-tauglich zu machen. Deutlich weitergehend ist der Ansatz, etwa mit Zeitgutschriften der monetären Rente ein nicht-monetäres Zusatzelement tauschwirtschaftlicher Art hinzuzufügen.¹³¹ Die gesamtwirtschaftlichen Effekte solcher Ansätze bedürfen einer gründlichen Diskussion, die bislang nicht geleistet wurde. Dennoch ist dies der einzige Ansatz – wenn er sich mit einer Begrenzung der Rentenhöhe verbindet –, der tatsächlich die unter Postwachstumsbedingungen erwartbare Gegebenheit offensiv aufgreift, dass die gesellschaftliche Verteilungsmasse eine geringere sein wird.

VII. Fazit und Ausblick: Rentenhöhe?

Wir haben gesehen, dass die – rechtlich unverbindlichen – SDGs einen weit gespannten, mit dem generellen Nachhaltigkeitsgedanken indes schwer vereinbaren Anforderungsbogen an das Sozialrecht artikulieren (verbunden mit schwierigen Konzepten von Armut und sozialer Nachhaltigkeit). Deflationiert man dies in Richtung auf Vermeidung absoluter Armut und Postwachstumstauglichkeit

unter der Randbedingung des demografischen Wandels, bleibt deutlicher Klärungsbedarf zurück. Bisher erscheinen einzelne Verbesserungen bei der Armutssicherung bestimmter Gruppen in Verbindung mit einem insgesamt (deutlich?) begrenzteren Rentenniveau¹³² als naheliegendste Implikation eines an den Grenzen des Wachstums geschulten Nachhaltigkeitsverständnisses. Die Höhe der Rente richtet sich bislang primär nach dem Äquivalenzprinzip.¹³³ Das Äquivalenzprinzip erfährt jedoch eine Anpassung durch den Solidaritätsgedanken, durch welchen in einem gewissen Maße eine Umverteilung zugunsten der weniger Verdienenden vorgenommen wird.¹³⁴ Der genaue Monatsbeitrag der Rente errechnet sich bislang durch eine Multiplikation von Entgeltpunkten (§ 66 SGB VI) mit dem Zugangsfaktor (§ 77 SGB VI), dem Rentenartfaktor (§ 67 SGB VI) und dem aktuellen Rentenwert (§ 68 SGB VI).¹³⁵ Es bleibt nach allem, was gesagt wurde, unklar, wie dieser Zugang demografisch-wachstumsbezogen dauerhaft oder in einer der diskutierten Alternativen aufrechterhalten werden könnte. Dass nicht-marktvermittelte Additiva wie Tauschleistungen ein sinkendes Rentenniveau teilweise auffangen könnten, verdient in der weiteren Diskussion stärkere Beachtung. Ebenso sind die sich an jene Befunde notwendigerweise anschließenden Diskussionen im Hinblick auf Rentenhöhe und Art. 14 GG und Art. 33 GG zu führen. Dabei wird dann auch gefragt werden müssen, ob gängige (deutsche) Rechtsinterpretations-Konzepte vielleicht inhärent über Jahrzehnte und

129 Höpflinger, in: Seidl/Zahrnt (Fn. 108), S. 61.

130 Oesch/Künzi (Fn. 125), S. III.

131 Vgl. zu den Graswurzelbewegungen Seidl/Zahrnt, Ethik und Gesellschaft 2012, 13 f.

132 Höpflinger, in: Seidl/Zahrnt (Fn. 108), S. 55.

133 BVerfG, 23.3.1994 – 1 BvL 8/85 – BVerfGE 90, 226; BVerfG, 11.11.2008 – 1 BvL 3/05 – BVerfGE 122, 151.

134 Vgl. Ring, JA 2018, 87, 90.

135 Zur Berechnung der Rentenhöhe werden Beiträge der einzelnen Kalenderjahre in Entgeltpunkte umgerechnet, welche sich dadurch errechnen, dass das Bruttoarbeitsentgelt, das ein Versicherter in einem Rechnungsjahr erzielt hat, durch das durchschnittliche Bruttoarbeitsentgelt aller Arbeitnehmer in demselben Jahr geteilt wird, vgl. §§ 70 Abs. 1, 63 Abs. 2 SGB VI. Ähnliches gilt für beitragsfreie Zeiten iSd. §§ 58, 252 ff. SGB VI. Durch den Zugangsfaktor wird eine Beachtung der unterschiedlichen Rentenbezugsdauern erreicht. Über den Rentenartfaktor wird berücksichtigt, um welche Art der Rente es sich handelt. Bei der Altersrente liegt der Faktor bei 1,0. Diese Faktoren werden mit dem aktuellen Rentenwert multipliziert, der jährlich zum 1. Juli durch Bundesverordnung festgelegt wird (§ 69 SGB VI). Seit 1.7.2020 beträgt der Rentenwert 34,19 € in den alten und 33,23 € in den neuen Bundesländern.

Jahrhunderte so »wachstumsimprägniert« geworden sind, dass die – angesichts der physikalischen Endlichkeit der Welt eigentlich banale – Einsicht allzu sehr aus dem Blick geriet, dass dauerhafte materielle Mehrung kaum möglich ist.¹³⁶ Dies eröffnet zugleich die Chance für eine Diskussion, ob im Lichte liberal-demokratischer Gewaltenteilung das BVerfG nicht ohnehin in etwas bedenklicher (und womöglich nicht ganz uneigennütziger) Weise Besol-

dungs-Maßstäbe aus Art. 33 GG entnommen hat, die die Norm letztlich nicht hergibt.¹³⁷

136 Dazu aus sozial-, wirtschafts-, rechts- und religionshistorischer Sicht *Ekardt*, Steuerungsdefizite im Umweltrecht: Ursachen unter Berücksichtigung des Naturschutzrechts und der Grundrechte. Zugleich zur Relevanz religiösen Säkularisats im öffentlichen Recht, Sinzheim 2001 (zugl. Halle, Univ., Diss. 2000).

137 Vgl. zuletzt BVerfG, 4.5.2020 – 2 BvL 6/17 ua. – juris; für eine kritische Analyse der variierenden Zugänge des BVerfG zur Gewaltenteilung *Ekardt*, Sustainability (Fn. 5), Ch. 3.5–3.7.

Warum eine interdisziplinäre Sozialrechtswissenschaft notwendig ist

Zur Entscheidung des BVerfG in Sachen Sanktionen im SGB II – Von plausiblen Annahmen und tragfähigen Erkenntnissen bei der Ausgestaltung eines einheitlich zu gewährleistenden Grundrechts*

Dr. Katie Baldschun, Universität Kassel/Prof. Dr. Tanja Klenk, Helmut-Schmidt-Universität – Universität der Bundeswehr Hamburg

I. Sanktionen: Gesetzgebung, Kritik und der Umgang der Rechtsprechung

»Das Prinzip des Fördern[s] und Forderns besagt, dass eine Person, die mit dem Geld der Steuerzahler in einer Notsituation unterstützt wird, mithelfen muss, ihre Situation zu verbessern. Eine Person, die hilfebedürftig ist, weil sie keine Arbeit findet, kann mit der Unterstützung der Gemeinschaft rechnen. Im Gegenzug muss sie alles unternehmen, um ihren Lebensunterhalt wieder selbst zu verdienen. Die [...] Vorschrift des § 31 SGB II ist eine der zentralen Normen im SGB II, da sie die Schnittstelle zwischen den Leistungen zur Eingliederung in Arbeit und den Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes darstellt.«¹

Im Entwurf eines Gesetzes zur Ermittlung von Regelbedarfen und zur Änderung des SGB II und SGB XII wurden den Begründungen zu den Änderungen des vormaligen § 31 SGB II in die seither geltenden §§ 31, 31a, 31b SGB II Vorbemerkungen vorangestellt, die man als Vergewisse-

rung lesen kann, dass auch seit Entdeckung (oder Entwicklung) des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums, das das BVerfG in seinem Urteil vom 9. Februar 2010² aus Art. 1 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 GG hergeleitet hat, Sanktionen durch Leistungskürzungen rechtlich möglich und politisch gewollt sind. Der Gesetzgeber musste bis dahin keinen Zweifel daran haben, denn die zur Gesetzes- und Gesetzesanwendungskontrolle berufene Rechtsprechung hatte bis dahin keine oder allenfalls spätestens im Ergebnis verworfene Bedenken an der Verfassungsmäßigkeit der Sanktionen³.

* Wir danken insbesondere *Prof. Dr. Simone Kreher*, Hochschule Fulda, und *Prof. Dr. Felix Welti*, Universität Kassel, die mit wertvollen Hinweisen und konstruktiver Kritik einen wichtigen Beitrag für diesen Artikel geleistet haben.

1 BT-Drs. 17/3404, S. 110.

2 BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09 ua. – BVerfGE 125, 175.

3 S. nur BSG, 29.04.2015 – B 14 AS 19/14 R – BSGE 119, 17.

Dabei stand das Sanktionsregime des SGB II von Beginn an in der politischen und wissenschaftlichen Kritik.⁴ Im zweiten Jahr nach der Einführung 2005 hatte der Gesetzgeber die Erfahrung, dass kaum erhöhte Sanktionen durchsetzbar seien und diese daher nicht »mit der erforderlichen Intensität zu Geltung« kämen,⁵ allerdings noch zum Anlass genommen, deren Voraussetzungen zu erleichtern. Stimmen aus der Arbeitsmarktforschung hingegen wiesen über die Jahre auf die negativen Wirkungen auf die Lebenssituationen von durch Leistungskürzungen betroffenen arbeitslosen Personen und ihren Familien hin.

So können zwar Sanktionen tatsächlich dazu beitragen, dass die Bezugsdauer von Leistungen verkürzt bzw. der (Wieder-)Eintritt in den Arbeitsmarkt beschleunigt wird.⁶ Der Preis hierfür sind allerdings eine Reihe negativer und nicht-intendierter Nebeneffekte. Untersuchungen zeigen bspw., dass Sanktionierte im Nachgang der Leistungskürzung verstärkt mit seelischen Problemen wie Angst oder Niedergeschlagenheit kämpfen.⁷ Von der zeitlich befristeten Unterschreitung des soziokulturellen Existenzminimums sind junge Arbeitslose und alleinstehende Personen, die nicht auf die Unterstützung anderer Haushaltsmitglieder zurückgreifen können, besonders betroffen. Zum Teil wird hier von Stromsperren und Wohnungsverlust berichtet.⁸ Mitunter bewirken Sanktionen auch gerade das Gegenteil von dem, was laut Gesetzesbegründung intendiert ist: Die Sanktionierten intensivieren nicht ihre Bemühungen zur Arbeitsaufnahme, sondern brechen den Kontakt zum Jobcenter ab und ziehen sich gänzlich aus dem Arbeitsmarkt zurück. Verschuldung oder Kleinkriminalität sind mögliche weitere negative Folgen, auf die hingewiesen wird.⁹

Die Rechtsprechung blieb von diesen Schilderungen und Studien über die lebensweltlichen Folgen der Anwendung der §§ 31 ff. SGB II im Wesentlichen unbeeindruckt. Dies ist für die juristische Praxis nichts Ungewöhnliches: Steht die Rechtmäßigkeit eines Sanktionsbescheids zur gerichtlichen Kontrolle, ist zu prüfen, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllt sind und die im Gesetz vorgesehene Rechtsfolge verfügt ist. Zwingende Rechtsfolge ist gem. § 31a SGB II die Minderung des Arbeitslosengeldes II, also die Leistungskürzung, für einen nach den Vorgaben des § 31b SGB II zu bestimmenden Zeitraum. Welche weiteren Folgen diese Rechtsfolge hat – für die Existenzsicherung, für die Arbeitsuche, für Angehörige –

ist für die Rechtmäßigkeit des Bescheids unerheblich. Anders ausgedrückt: Die Wirkung von Recht ist in dieser Art gerichtlicher Prüfung irrelevant.

Wird eine Vorschrift hingegen der verfassungsrechtlichen Prüfung unterzogen, stellt sich dies anders dar.¹⁰ Weil eine gesetzliche Regelung auch dann in den Schutzbereich eines Grundrechts eingreifen kann, wenn sie diesen nur mittelbar und/oder unbeabsichtigt beeinträchtigt, sind ihre mittelbaren Folgen – ihre Wirkungen – von wesentlicher Bedeutung. Das BVerfG hat nun im November 2019 über die Verfassungsmäßigkeit der Sanktionen im SGB II entschieden und die Regelungen in §§ 31a, 31b SGB II für teilweise verfassungswidrig erklärt.¹¹ Bereits die die mündliche Verhandlung vom 15. Januar 2019 vorbereitende Gliederung¹² zeigte, dass und mit welchen Fragestellungen das Gericht sich in dieser Prüfung mit der Wirkung von Recht befasst hat. Ausdrücklich hat das BVerfG nach empirischen Befunden gesucht.¹³ Dazu hat es zur Vorbe-

4 S. bspw. das in info also 2013, 195 ff., 205 ff., abgedruckte Streitgespräch zwischen Wolfgang Nešković und Uwe Berlit zu »Sanktionen im SGB II – nur problematisch oder verfassungswidrig?«; für kritische Stimmen aus der sozialwissenschaftlichen Literatur s. exemplarisch: Götz/Ludwig-Mayerhofer/Schreyer, Sanktionen im SGB II. Unter dem Existenzminimum, IAB-Kurzbericht 10/2010; Kumpmann, Wirtschaft im Wandel 2009, 236 ff.; Deutungsmuster von Arbeitsvermittler*innen beim Umgang mit der Situation von Arbeitslosen haben frühzeitig untersucht Behrendt/Ludwig-Mayerhofer, ZSR 2008, S. 37 ff.; für die rechtswissenschaftliche Literatur s. den Überblick im Urteil des BSG, 29.4.2015 – B 14 AS 19/14 R – BSGE 119, 17, Rn. 52.

5 BT-Drs. 16/1410, S. 25.

6 Boockmann/Thomsen/Walter, Intensifying the use of benefit sanctions: An effective tool to shorten welfare receipt and speed up transitions to employment?, IZA Discussion Papers 4580, Institute for the Study of Labor (IZA), Bonn 2009.

7 Apel/Engels, Unabhängige wissenschaftliche Untersuchung zur Erforschung der Ursachen und Auswirkungen von Sanktionen nach § 31 SGB II und nach dem SGB III in NRW. Endbericht, Köln 2013.

8 Schreyer/Zahradnik/Götz, IAB-Forum 02/2013, S. 60–67.

9 Götz/Ludwig-Mayerhofer/Schreyer (Fn. 4).

10 In der Prüfung einfachen Rechts spielen – ausnahmsweise – die Auswirkungen einer Rechtsfolge eine Rolle, wenn das Gesetz selbst eine Härtefallregelung enthält, so zB. im Sperrzeitrecht der Arbeitslosenversicherung in § 159 Abs. 3 Nr. 2b SGB III.

11 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68 im Folgenden zitiert nach http://www.bverfg.de/els20191105_1bvl000716.html (14.1.2021). Die Entscheidung erging in einem Vorlageverfahren: Das SG Gotha hatte dem BVerfG die Frage der Verfassungsmäßigkeit vorgelegt. Eine frühere erste Richtervorlage desselben Gerichts war noch unzulässig gewesen, BVerfG, 6.5.2016 – 1 BvL 7/15 – NZS 2016, 578.

12 BVerfG, Pressemitteilung Nr. 4/2019 vom 10.1.2019, abrufbar auf <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2019/bvg19-004.html> (14.1.2020).

13 Empirische Befunde haben in Entscheidungen des BVerfG immer wieder eine Rolle gespielt; s. etwa aus der neueren Rspr.: BVerfG, 26.3.2019 – 1 BvR 673/17 – BAGE 151, 101; BVerfG, 29.1.2019 – 2 BvC 62/14 – NJW 2019, 1201; BVerfG, 27.2.2016 – 1 BvR 371/11 – BVerfGE 142, 353; zum Verhältnis von Einschätzungsprärogative und unklaren empirischen Erkenntnissen: BVerfG, 27.11.1990 – 1 BvR 402/87 – BVerfGE 83, 130; zur Verpflichtung des Gesetzgebers zur Beobachtung und empirischen Beurteilung: BVerfG, 28.5.1993 – 2 BvF 2/90 ua. – BVerfGE 88, 203.

reitung der Entscheidung auch Fragen gestellt, die mit der dogmatischen Rechtswissenschaft nicht zu beantworten sind. In seinen Entscheidungsgründen ist es – seiner Aufgabe entsprechend – dem Pfad der verfassungsrechtlichen Dogmatik gefolgt und hat den in der Menschenwürde gründenden Anspruch auf Gewährleistung eines physischen und soziokulturellen Existenzminimums geschärft. Zu fragen ist, welche Bedeutung den »empirischen Befunden« in der Entscheidung, oder genauer: im Entscheidungstext, zukommt. Die Suche nach Antworten bietet zugleich einen Anlass aufzuzeigen, was eine auch empirisch arbeitende interdisziplinäre Sozialrechtswissenschaft und Sozialrechtsforschung charakterisiert und warum sie notwendig ist.

II. Die Entscheidung des BVerfG vom 5. Januar 2019

1. Eingeholte Stellungnahmen und die Studienlage

»Empirische Befunde« holte das Gericht vor allem von den Verbänden ein, die arbeitsmarkt- und armutspolitische Interessen vertreten. Dabei wurden sowohl die Bundesvereinigung der Arbeitgeberverbände und der Deutsche Gewerkschaftsbund als auch Wohlfahrts-, Sozial- und Erwerbslosenverbände gehört. Auch weitere mit dem SGB II befasste Einrichtungen und Organisationen wurden um Stellungnahmen gebeten.¹⁴ In den Stellungnahmen wurde zum Teil auf wissenschaftliche Studien Bezug genommen – die Bezugnahme geschah jedoch überwiegend höchst selektiv. Aus der heterogenen Forschung fanden nur die Befunde Erwähnung, die die erwartbaren eigenen Interessen stützen. Eine Reflexion der Befunde der empirischen Forschung wurde ausschließlich vom Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB) geleistet, das in der mündlichen Verhandlung gehört wurde. In den Veröffentlichungen des IAB, auf die das BVerfG abhebt und die auch die Bundesagentur für Arbeit in ihrer Stellungnahme teilweise herangezogen hat, erkennt man den Versuch, die Breite möglicher Forschungszugänge zu berücksichtigen und eine Reihe von Untersuchungen mit unterschiedlichen Forschungsdesigns vorzustellen (quantitative und qualitative Studien, Befragungen der Leistungsempfänger*innen und der Behördenmitarbeiter*in-

nen, Fokus auf spezifische Gruppen innerhalb der Leistungsempfänger*innen, wie zB. junge Arbeitslose). Die Untersuchungen des IAB zeigen vor allem, dass die Forschung zu den Wirkungen von Sanktionen nicht konsistent ist. Die Ergebnisse hängen stark vom Zugang zum Feld, vom gewählten Sample (repräsentativ oder Fokus auf spezifische soziale Gruppen) und der Forschungsfrage (Beendigung des SGB-II-Bezugs? Übergang in Erwerbsarbeit? Übergang in welche Art von Erwerbsarbeit?) ab, sodass die verschiedenen Studien nur bedingt vergleichbar sind. Deutlich wird zudem, dass es zwar empirische Forschung gibt, aber gleichwohl noch viele Fragen offen sind und weiterer Forschungsbedarf besteht. So wissen wir bspw. nur wenig darüber, warum Leistungsberechtigte Mitwirkungsanforderungen nicht nachkommen, warum also überhaupt Sanktionen notwendig sein könnten.

Es ist daher nicht überraschend, dass das BVerfG in seiner Entscheidung feststellt, dass der Gesetzgeber in § 55 SGB II zwar vorgegeben hat, dass die Wirkungen der Leistungen zur Eingliederung und der Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts regelmäßig und zeitnah zu untersuchen sind, dass es solche umfassenden Untersuchungen für sanktionierte Mitwirkungspflichten jedoch nicht gibt.¹⁵ Den vorliegenden Studien und Stellungnahmen entnimmt das Gericht ein »heterogenes, vielfach aber insbesondere zu den Wirkungen der Mitwirkungsanforderungen und der Sanktionen nicht durch tragfähige Daten gefülltes Bild«¹⁶ und fasst deren¹⁷ Erkenntnisse in elf Randnummern nach verschiedenen Schwerpunkten zusammen.

Auch aus sozialwissenschaftlicher Sicht ist zu betonen, dass es eine Fülle von empirischen Detailbefunden gibt; allein die gesetzlich vorgeschriebene Begleitforschung zum SGB II muss als nahezu unüberschaubar bezeichnet werden. Dennoch bleibt die Datenlage unbefriedigend: Es fehlt an repräsentativen bzw. methodisch vergleichbaren Studien und Studien, die Entwicklungen im Zeitverlauf untersuchen und die erlauben würden, ein durch tragfähige Daten gefülltes Gesamtbild zu erstellen. Zu der auch durch das BVerfG attestierten Uneinheitlichkeit der For-

14 Sammlung der Stellungnahmen auf <https://tacheles-sozialhilfe.de/startseite/aktuelles/d/n/2207/> (14.1.2020).

15 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, Rn. 57.

16 Ebd.

17 Insgesamt 19 Veröffentlichungen aus dem Zeitraum 2009 bis 2019 werden herangezogen.

schungslage im Hinblick auf Methoden, Repräsentativität und Aussagekraft¹⁸ kommen weitere Probleme hinzu: Welche Rolle spielt bspw. die Forschungsförderung: Inwieweit sind Forschende bei Evaluationen an vorgegebene Themen und Forschungsfragen gebunden? Bzw. welche frei entwickelten Forschungsfragen werden als förderungswürdig anerkannt? Auch das Selbstverständnis von Forscher*innen spielt eine Rolle: Verstehen sie sich als Produzent*innen von Steuerungswissen oder von Reflexionswissen?¹⁹ Ist Forschung affirmativ oder kritisch ausgerichtet? Schlussendlich erweisen sich die Interpretationen von empirischen Befunden oft als strittig, zuweilen als politisch explosiv, und nicht immer können Evaluationsergebnisse uneingeschränkt publiziert werden.

2. Die verfassungsrechtlichen Maßstäbe

Das Gericht hat zunächst die verfassungsrechtlichen Maßstäbe geklärt. Aufgeworfen war die Frage, welche Anforderungen sich aus dem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums (Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 1 GG) für die Beurteilung von Mitwirkungsanforderungen und von Leistungsminderungen nach §§ 31, 31a, 31b SGB II gegenüber über 25-jährigen Leistungsberechtigten ergeben. In seinen früheren Entscheidungen hat das BVerfG das »neue« Grundrecht als dem Grunde nach unverfügbares Gewährleistungsrecht qualifiziert, das der Konkretisierung bedarf.²⁰ Für Mitwirkungsanforderungen und Leistungsminderungen mussten sich daher Fragen der dogmatischen Einordnung stellen: Sind sie als Eingriffe in das schrankenlos gewährte Grundrecht oder als seine Konkretisierung zu qualifizieren? Ab wann müssen sie sich als konkretisierende Regelungen am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und den übrigen unter den verfassungsrechtsdogmatischen Begriff der Schranken-Schranke fallenden Beschränkungen des Gesetzgebers bei Eingriffen in Grundrechte messen lassen? Wie verhält sich dies zu den Gesichtspunkten der Unantastbarkeit und der Wesensgehaltgarantie? In seiner Entscheidung vom 5. November 2009 stellt das BVerfG zunächst klar: »[D]ie Menschenwürde ist ohne Rücksicht auf Eigenschaften und sozialen Status, wie auch ohne Rücksicht auf Leistungen garantiert [...]; sie muss nicht erarbeitet werden, sondern steht jedem Menschen aus sich heraus zu.«²¹

Es konkretisiert sodann, dass auch die eigenständige Existenzsicherung nicht Bedingung dafür ist, dass dem

Menschen »Menschenwürde zukommt«. Vielmehr ist es Teil des Schutzauftrags des Staates aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG, die Voraussetzungen für ein eigenverantwortliches Leben zu schaffen. Jedoch ist es dem Gesetzgeber, so das BVerfG, durch das Grundgesetz nicht verwehrt, soziale Leistungen zur Sicherung der menschenwürdigen Existenz nur dann zur Verfügung zu stellen, wenn Menschen ihre Existenz nicht vorrangig selbst sichern können. Das BVerfG bezeichnet dies als Nachranggrundsatz und erkennt es als verfassungsrechtlich zulässig an, die Gewährleistung des Existenzminimums bzw. die Inanspruchnahme existenzsichernder Leistungen an diesen zu binden. Es sieht darin eine Ausgestaltung des Sozialstaatsprinzips des Art. 20 Abs. 1 GG, das als Staatszielbestimmung »in hohem Maße der Konkretisierung vor allem durch den Gesetzgeber«²² bedarf. Die Begründung für die Entscheidung zugunsten eines Nachrang- oder Subsidiaritätsgrundsatzes sieht das Gericht in der »Schonung der begrenzten finanziellen Ressourcen des Staates«, die »künftige Gestaltungsmacht gerade auch zur Verwirklichung des sozialen Staatsziels« sichert.²³ Die Grenze der Ausgestaltung des Sozialstaatsprinzips durch die Festlegung eines Nachranggrundsatzes zieht das Gericht sodann in der Verpflichtung, jedem Menschen ein menschenwürdiges Existenzminimum zu sichern.²⁴

Über einen empirisch oder theoretisch begründbaren Zusammenhang zwischen den zur Prüfung stehenden Regelungen und der drohenden Aufzehrung der finanziellen Ressourcen ist damit freilich noch nichts gesagt. Auch die Formulierung, der »soziale Rechtsstaat ist darauf angewiesen, dass Mittel der Allgemeinheit, die zur Hilfe für deren bedürftige Mitglieder bestimmt sind, nur in Fäl-

18 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, Rn. 61.

19 Kreher, in: Kreher/Welti (Hrsg.), Soziale Rechte und gesellschaftliche Wirklichkeiten. Interdisziplinäre Konferenz des Forschungsverbundes für Sozialrecht und Sozialpolitik (FoSS) der Hochschule Fulda und der Universität Kassel, 3./4. September 2015, Kassel 2017, S. 68.

20 »Dieses Grundrecht aus Art. 1 Abs. 1 GG hat als Gewährleistungsrecht in seiner Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG neben dem absolut wirkenden Anspruch aus Art. 1 Abs. 1 GG auf Achtung der Würde jedes Einzelnen eigenständige Bedeutung. Es ist dem Grunde nach unverfügbar und muss eingelöst werden, bedarf aber der Konkretisierung und stetigen Aktualisierung durch den Gesetzgeber, der die zu erbringenden Leistungen an dem jeweiligen Entwicklungsstand des Gemeinwesens und den bestehenden Lebensbedingungen auszurichten hat. Dabei steht ihm ein Gestaltungsspielraum zu.«, BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09 ua. – BVerfGE 125, 175.

21 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, Rn. 123.

22 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, Rn. 125.

23 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, Rn. 124.

24 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, Rn. 125.

len in Anspruch genommen werden, in denen wirkliche Bedürftigkeit vorliegt«, ist eine Setzung. Die Frage der »wirklichen Bedürftigkeit« ist nur dann nicht mehr virulent, wenn über die Höhe des Existenzminimums und ihre Berechnung nicht mehr gestritten wird.²⁵

Es liege, so das BVerfG weiter, innerhalb des Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers, den Nachranggrundsatz auch dadurch umsetzen, dass er von denjenigen, die staatliche Leistungen der sozialen Sicherung in Anspruch nehmen, verlangt, an der Überwindung der Hilfebedürftigkeit aktiv mitzuwirken. Ungeachtet damit verbundener Sanktionen, beschränken solche Pflichten die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG.²⁶ Ebenfalls vom Gestaltungsspielraum umfasst sei es, Mitwirkungspflichten »durchsetzbar« auszugestalten, also belastende Sanktionen bei Nichterfüllung vorzusehen. Wegen des »unübersehbaren« Spannungsverhältnisses zur Existenzsicherungspflicht des Staates gelten dann aber zum einen strenge Anforderungen der Verhältnismäßigkeit, zum anderen ist der sonst weite Einschätzungsspielraum beschränkt: »Der Gesetzgeber muss der Wahl und Ausgestaltung seines Konzepts eine verfassungsrechtlich tragfähige Einschätzung zugrunde legen; soweit er sich auf Prognosen über tatsächliche Entwicklungen und insbesondere über die Wirkungen seiner Regelung stützt, müssen diese hinreichend verlässlich sein. Je länger eine Minderungsregel in Kraft ist und der Gesetzgeber damit in der Lage, fundierte Einschätzungen zu erlangen, umso weniger genügt es, sich auf plausible Annahmen zur Wirkung der Durchsetzungsmaßnahmen zu stützen. Umso tragfähigerer Erkenntnisse bedarf es dann, um die Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit dieser Sanktionen zu belegen«²⁷. Damit sind die Maßstäbe für die verfassungsrechtliche Prüfung formuliert: Sie setzen ausdrücklich steigende Anforderungen an die Tragfähigkeit von Erkenntnissen im zeitlichen Verlauf. Zeigen werden die Entscheidungsgründe zudem, dass die Anforderungen auch steigen im Verhältnis zur Härte der Belastung oder zur Intensität der Kürzung des Existenzminimums. Offen bleibt, ob und wie Stufen von Tragfähigkeit – rechtlich, sozialwissenschaftlich? – definiert werden könnten.

3. Zu den Mitwirkungsanforderungen

Der Nachranggrundsatz könne nicht nur durch die Pflicht des Einzelnen, vorrangig eigene Mittel zur Existenzsicherung zu verwenden, konkretisiert werden, son-

dern auch durch die an ihn gestellte Forderung, an der Überwindung der Hilfebedürftigkeit selbst aktiv mitzuwirken oder Bedürftigkeit gar nicht erst eintreten zu lassen.²⁸ Den Gedanken, die Menschenwürde müsse nicht erarbeitet werden, fortführend betont das BVerfG an dieser Stelle, dass Mitwirkungspflichten nicht zum Ziel haben dürfen, die Entfaltung der eigenen Persönlichkeit zu fördern. Pflichten, die auf eine staatliche Bevormundung oder Versuche der »Besserung« gerichtet sind, sollen ausgeschlossen sein, denn »[d]em Grundgesetz ist ein solcher Paternalismus fremd«²⁹. Hier drängt sich allerdings die kritische Frage auf, ob diese Abgrenzung konsequent angewendet wird: Auch die Vorgabe, die Existenz müsse durch Einkommen aus jeder denkbaren Arbeit gesichert werden, kann man für paternalistisch halten. Die konkrete gesetzliche Ausgestaltung der Pflichten einschließlich der Eingliederungsleistungen (Maßnahmen, Arbeitsgelegenheiten) beansprucht eine »Vernunftthoheit« des Staates, der dadurch verbindlich festlegt, welche Wege zum Erfolg führen – wobei auch der Erfolg hoheitlich definiert wird und in der Eingliederung in Erwerbsarbeit jedweder Form, nicht zuvörderst im selbstbestimmten Leben liegt, obwohl »das Grundgesetz Respekt vor der autonomen Selbstbestimmung der Einzelnen«³⁰ fordert.

Weil sie die Handlungsfreiheit beschränken, bedürfen Mitwirkungspflichten der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Das BVerfG bejaht die Rechtfertigung des Eingriffs.³¹ Diese setzt nach der in ständiger Rechtsprechung geübten verfassungsrechtlichen Dogmatik zunächst ein legitimes Ziel voraus, das mit den Mitwirkungsanforderungen erreicht werden soll. Die Frage nach dem Ziel könnte mit Blick auf die einzelnen, sich aus § 31 Abs. 1 SGB II ergebenden, Pflichten differenziert und gar bezogen auf den Einzelfall zu beantworten sein. In der verfassungsrechtlichen Prüfung ist sie jedoch abs-

25 Zur Höhe der Leistungen zur Sicherung des menschenwürdigen Existenzminimums hat sich das BVerfG, dem Prüfungsgegenstand entsprechend, nur insoweit geäußert, als es iW. erneut den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers hinsichtlich der Art und Höhe der Leistungen betont hat, BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, Rn. 121.

26 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, Rn. 128.

27 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, Rn. 134.

28 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, Rn. 126.

29 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, Rn. 127.

30 Ebd.

31 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, Rn. 138 ff.

trakt-generell zu verstehen: Nach allgemeiner Meinung³² konkretisieren die Mitwirkungsanforderungen die sich aus § 2 SGB II ergebenden allgemeinen Obliegenheiten zur Selbsthilfe erwerbsfähiger Hilfebedürftiger und den sich darin ausdrückenden Grundsatz des Forderns, aus den Obliegenheiten werden im Sanktionsregime echte Pflichten. Ziel ist die Beendigung oder Verringerung der Hilfebedürftigkeit (§ 2 Abs. 1 SGB II) und die Bestreitung des Lebensunterhalts aus eigenen Mitteln und Kräften (§ 2 Abs. 2 SGB II). Auch das BVerfG legt als zu erreichendes Ziel seiner weiteren Prüfung zugrunde, dass Menschen die eigene Hilfebedürftigkeit insbesondere durch Erwerbsarbeit vermeiden oder überwinden. Die Orientierung des Leistungs- und Pflichtensystems des SGB II auf die Eingliederung in Arbeit ergibt sich zudem aus §§ 2 Abs. 1 S. 2, 14 Abs. 1 SGB II.³³ Anders ausgedrückt: Ziel des Gesetzes ist ein schneller Ausstieg aus dem Leistungssystem, ohne dass es dem Einzelnen ermöglicht wird, längerfristige Ausbildungs- und Lebensperspektiven mit zu bedenken. Rechtssystematisch von Bedeutung ist allerdings das Verhältnis dieser Ziele zu den in § 1 SGB II formulierten: Neben der nach dem Regelsatzurteil auch einfachgesetzlich in § 1 Abs. 1 SGB I geregelten Aufgabe, Leistungsberechtigten zu ermöglichen, ein Leben zu führen, das der Würde des Menschen entspricht, ist es Ziel des SGB II, die Eigenverantwortung erwerbsfähiger Leistungsberechtigter zu stärken, insbesondere sie bei Aufnahme und Beibehaltung einer Erwerbstätigkeit zu unterstützen (§ 1 Abs. 2 S. 1 und 2 SGB II). Zur Würde des Menschen dürfte es indes auch gehören, verschiedene Handlungsoptionen in der Lebensgestaltung zu haben. Wenn allein die Überwindung von Hilfebedürftigkeit durch Eingliederung in jedwede Arbeit Ziel des Gesetzes ist, wie ist die Frage nach der Legitimität und Bedeutung dieses Ziels³⁴ in der Abwägung³⁵ mit einem – dem Grunde nach – unverfügbaren Grundrecht, das aus der Achtung und dem Schutz der Menschenwürde abgeleitet wird, zu beantworten?

Dazu das BVerfG: »Verfassungsrechtlich unbedenklich sind solche Mitwirkungspflichten insbesondere, wenn sie unmittelbar auf die Erzielung eigener Einkünfte gerichtet sind. Das gilt aber auch für Pflichten, deren Erfüllung zwar nicht unmittelbar Einkünfte erbringt, die sich aber mittelbar auf die Integration in Arbeit beziehen und damit auf die Überwindung der Hilfebedürftigkeit bezogen sind. In der mündlichen Verhandlung wurde vielfach dargelegt,

dass die unmittelbare Vermittlung in den Arbeitsmarkt von Personen, die bereits längere Zeit erwerbslos sind, keinen Schulabschluss oder keine berufliche Qualifikation haben oder aber multiple Vermittlungshemmnisse aufweisen, häufig nicht möglich sei (oben Rn. 59, 95, 103). Das rechtfertigt Pflichten, die auf den Abbau dieser Vermittlungshemmnisse gerichtet sind, denn sie sollen einen zwar nur mittelbaren, aber langfristigen Beitrag zur Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt leisten.«³⁶ Hier legt das Gericht unter – eher unspezifischem – Verweis auf die Stellungnahmen fest, dass auch nur mittelbar auf das Ziel gerichtete Pflichten legitim sind.³⁷

Nicht außer Acht bleiben darf zudem, dass hinter den Begriffen – oder besser: Konzepten – von »Hilfebedürftigkeit« und »Integration in Arbeit« juristische und politische Setzungen stehen, die ihrerseits auf unausgesprochenen (womöglich diffusen) Vorstellungen von Individuum und Gesellschaft beruhen. Die rechtswissenschaftliche Diskussion um den Inhalt des menschenwürdigen Existenzminimums und die Kriterien für die Bestimmung einer konkreten Leistungshöhe scheint seit den Entscheidungen des BVerfG vom 9. Februar 2010 und vom 23. Juli 2014³⁸ beendet zu sein – mit der Folge der weiteren Setzung, dass das SGB II gesetzlich geregelt und erfolgreich Armut bekämpft.

Aus der Perspektive der empirischen Armutsforschung ist diese Frage allerdings weniger eindeutig beantwortet. Zwar wird einerseits konstatiert, dass die Armutsquote in Deutschland im internationalen und auch im europä-

32 Etwa *Lauterbach*, in: Gagel, SGB II, 79. Aufl., Stand: September 2020 (im Folgenden: Gagel), § 31 Rn. 1.

33 Deutlicher wird die Ausrichtung des Gesetzes auf Aktivierung aus der ursprünglichen Gesetzesbegründung, BT-Drs. 15/1516, S. 2: »Die Grundsicherung für Arbeitsuchende soll die Eigeninitiative von erwerbsfähigen Hilfebedürftigen durch schnelle und passgenaue Eingliederung in Arbeit unterstützen. [...] Soweit die Eingliederung nicht möglich ist, wird der Lebensunterhalt der erwerbsfähigen Hilfebedürftigen und der mit ihnen in einer Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen durch pauschalierte bedarfsdeckende Leistungen und die Einbeziehung in die Sozialversicherung gesichert.«

34 So hat das BVerfG in einer früheren Entscheidung etwa dem Ziel, die Massenarbeitslosigkeit zu bekämpfen, Verfassungsrang zuerkannt; BVerfG, 3.4.2021 – 1 BvL 32/97 – BVerfGE 103, 293.

35 Zur Frage, ob das Grundrecht der Abwägung zugänglich ist, *Drohse*, NZS 2014, 96, 100.

36 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, Rn. 127.

37 Verfassungswidrig wären, so das BVerfG, demgegenüber Mitwirkungsanforderungen, die von vornherein ungeeignet sind, Menschen zumindest mittelbar wieder in Erwerbsarbeit zu bringen; Mitwirkungspflichten dürfen auch in der Praxis nicht zur Bevormundung, Erziehung oder Besserung missbraucht werden; BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, Rn. 127.

38 BVerfG, 23.7.2014 – 1 BvL 10/12, 1 BvL 12/12, 1 BvR 1691/13 – BVerfGE 137, 34.

schen Vergleich immer noch sehr gering und der deutsche Sozialstaat weiterhin vergleichsweise generös ist.³⁹ Festgestellt wird auch, dass nach der Einführung der Hartz-IV-Sozialreformen die Armutrisikoquote in Deutschland nicht mehr signifikant angestiegen ist, selbst nicht in Folge der Finanz- und Wirtschaftskrise 2008. Von dieser Entwicklung können aber andererseits keineswegs alle sozialen Gruppen profitieren. So ist das Armutrisiko von Personen mit Mini-Jobs deutlich gestiegen. Dieses Phänomen der Erwerbsarmut (»working poor«) ist zwar kein grds. neues Phänomen, aber es hat sich seit den Hartz-Reformen deutlich verschärft. So hat sich im Zeitraum von 2004–2014 der Anteil der »working poor« an den Erwerbstätigen im erwerbsfähigen Alter fast verdoppelt.⁴⁰ Schlussendlich ist auf das Problem der Kinderarmut zu verweisen: mehr als 24 % der Kinder wachsen in einem Haushalt auf, der einkommensarm ist und/oder SGB-II-Leistungen erhält. Kinder sind in Deutschland seit Jahren in besonderer Weise von Armut und ihren Folgen betroffen.⁴¹

Der nächste Schritt der verfassungsrechtlichen Prüfung ist die Frage der Geeignetheit. Nach der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG ist ein Gesetz geeignet, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann. Dabei ist nicht entscheidend, ob er tatsächlich eintritt; die abstrakte Möglichkeit der Zweckerreichung⁴² oder die Förderung der Zweckerreichung⁴³ genügt. Anders herum: »Eine verfassungsrechtliche Beanstandung ist nur möglich, wenn das eingesetzte Mittel »objektiv ungeeignet« oder »schlechthin ungeeignet« ist.«⁴⁴ Das sind – die Rechtsprechungspraxis zeigt das – niedrige Hürden, zumal dem Gesetzgeber eine Einschätzungsprärogative in der Beurteilung der Geeignetheit zugestanden wird⁴⁵. Im Detail betrachtet, sind allerdings auch bei bloßen Plausibilitätsüberlegungen einige gedankliche Zwischenschritte und Vorannahmen vonnöten, um zur Einschätzung zu gelangen, dass etwa der Nachweis von Eigenbemühungen (§ 31 Abs. 1 Nr. 1 SGB II) die Überwindung der Hilfebedürftigkeit fördert. Für das BVerfG sollen, s. o., auch solche Pflichten gerechtfertigt sein, »die auf den Abbau dieser Vermittlungshemmnisse gerichtet sind, denn sie sollen einen zwar nur mittelbaren, aber langfristigen Beitrag zur Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt leisten. [...] Verfassungswidrig wären demgegenüber Mitwirkungsanforderungen, die von vornherein ungeeignet sind, Menschen zumindest mittelbar wieder in Erwerbsarbeit zu bringen; Mitwirkungspflichten dürfen auch in der Praxis nicht zur Bevor-

mundung, Erziehung oder Besserung missbraucht werden«⁴⁶. Es bleibt offen, was es für die rechtliche Würdigung bedeuten könnte, wenn in der Jobcenter-Praxis zumindest auch oder teilweise gerade ein solcher »Missbrauch zur Erziehung« stattfände bzw. es dafür empirische Befunde gäbe.

Zudem hat die Implementationsforschung in empirischen Studien gezeigt, dass aus der *abstrakten* Möglichkeit der Zweckerreichung keineswegs auf die *tatsächliche* Wirksamkeit eines arbeitsmarktpolitischen Instruments geschlossen werden kann. Die Wirkung arbeitsmarktpolitischer Instrumente hängt nicht nur von Faktoren auf der Makro-Ebene (zB. konjunkturelle Lage) ab, sondern auch und gerade von Faktoren auf der Meso- und Mikro-Ebene (organisatorische Strukturen und Prozesse der Jobcenter, Qualifikation und Motivation des Personals). Arbeitsmarktberatung und -vermittlung ist ein interaktiver Prozess, der in ein organisatorisches Setting eingebettet ist. Eine verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung von Sanktionen muss die Effekte von Mitwirkungsanforderungen daher als eine empirisch zu beantwortende Frage verstehen. Das BVerfG weist zwar unter Bezugnahme auf die mündliche Verhandlung darauf hin, dass die Mitwirkungsmaßnahmen nur in einem vergleichsweise geringen Teil der Fälle dazu führen, dass die Betroffenen in dauerhafte reguläre Arbeitsverhältnisse finden.⁴⁷ Im Ergebnis stehe es aber außer Frage, dass die Mitwirkungspflichten jedenfalls dazu beitragen, auch Menschen mit großen Schwierigkeiten wieder an den Arbeitsmarkt heranzuführen. Dies ist ausreichend, um sie für geeignet zu halten. An dieser Stelle erwähnt das Gericht zwar auch die negativen Effekte: »Wäre demgegenüber erkennbar, dass die Auferlegung von Pflichten

39 Sinn, ifo Schnelldienst 10/2008, 14.

40 Spannagel/Seikel/Schulze Buschoff/Baumann, Aktivierungspolitik und Erwerbsarmut, WSI-Report, Nr. 36, 2017.

41 Tophoven/Wenzig/Lietzmann, Kinder- und Familienarmut: Lebensumstände von Kindern in der Grundsicherung, Gütersloh 2015.

42 BVerfG, 20.6.1984 – 1 BvR 1494/78 – BVerfGE 67, 157; auf die Förderung des Erfolgs und die Möglichkeit der Zweckerreichung stellt auch die Bundesregierung in ihrer Stellungnahme (Fn. 14) ab.

43 BVerfG, 2.3.2010 – 1 BvR 256/08 ua. – BVerfGE 125, 260.

44 BVerfG, 23.1.1990 – 1 BvL 44/86 – BVerfGE 81, 156 (bzw. Rn. 136 mwN.).

45 S. etwa BVerfG, 15.1.2001 – 1 BvR 1783/99 – BVerfGE 104, 337; BVerfG, 27.11.1990 – 1 BvR 402/87 – BVerfGE 83, 130.

46 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, Rn. 141.

47 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, Rn. 142.

regelmäßig dazu führt, dass der Kontakt zum Jobcenter ganz abbricht, also ein in den empirischen Untersuchungen und Stellungnahmen beschriebener ›Ausstieg aus dem System‹ bewirkt wird [...], wären sie zur Durchsetzung legitimer Ziele nicht geeignet und mit der Verfassung nicht zu vereinbaren. Es ist jedoch nicht zu erkennen, dass dies der Fall ist.«⁴⁸ Diese Feststellung muss allerdings mindestens eingeschränkt werden auf Personen, die in relevanter Weise für das Haushaltseinkommen verantwortlich sind. In diesen Fällen werden eher Arbeitsverhältnisse akzeptiert, die in Bezug auf Einkommen, Arbeitszeit und erforderlicher Qualifikation von geringerer Qualität sind, als dass ein »Systemausstieg« erwogen wird. Anders hingegen bei Personen, die in einem Haushalt leben, in dem weitere Personen zum Einkommen beitragen oder die einer jüngeren Altersgruppe angehören. Hier ist die Wahrscheinlichkeit höher, dass sie sich in die stille Reserve zurückziehen oder als »Exitstrategie« bspw. ein Studium mit alternativen Einkommensquellen wie zB. BAföG in Betracht ziehen.⁴⁹ Das BVerfG kommt hingegen zu dem Ergebnis, dass jedenfalls ein Kontaktabbruch als »regelmäßige« Folge von Sanktionen nicht zu erkennen sei. Nicht weiter begründet wird im Urteilstext, wie das Gericht die herangezogenen Studien auswertet, um zu diesem Ergebnis zu kommen. Unklar bleibt daher, wie das BVerfG insofern den Begriff »regelmäßig« bestimmt und welche Anforderungen es an empirische Forschung stellt, um dieses Kriterium prüfen zu können. Erkennbar ist aber, dass das BVerfG für die Feststellung, ob eine Wirkung »regelmäßig« eintritt, offenbar auf die Gruppe aller den Mitwirkungspflichten Unterworfenen (iE. also aller erwerbsfähigen Leistungsbezieher*innen) abstellt. Würde man indes, was auch die herangezogenen Studien ermöglichen, verschiedene Gruppen von (potenziell) Leistungsberechtigten – gebildet zB. nach den Kriterien Frauen/Männer, einziges/zusätzliches Haushaltseinkommen, unter oder über 25 Jahre – betrachten, könnten für die Frage des Systemausstiegs und seiner »Regelmäßigkeit« Unterschiede erkennbar und damit auch gruppenbezogene Wirkungen aufgezeigt werden.

Ausgesprochen kurz befasst sich das BVerfG mit dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit: »Der Gesetzgeber überschreitet mit § 31 Abs. 1 SGB II nicht seinen Einschätzungsspielraum zur Erforderlichkeit. Es ist nicht evident, dass weniger belastende Mitwirkungshandlungen oder

positive Anreize dasselbe bewirken könnten wie die dort geregelten Maßgaben.«⁵⁰ Es sei an dieser Stelle ebenfalls nur kurz darauf hingewiesen, dass nach weniger belastenden Maßnahmen und ihrer Evidenz, soweit ersichtlich, nicht gefragt wurde.

Die Frage der Zumutbarkeit hingegen wird umfassender beantwortet. Das Gericht hatte diesen Prüfungspunkt in der Verhandlungsgliederung durch die Frage konkretisiert, ob ausreichender Schutz vor Dequalifizierung bestehe. Einfachgesetzlicher Anknüpfungspunkt für die Beurteilung der Zumutbarkeit bezogen auf Arbeit und Maßnahmen zur Eingliederung in Arbeit ist § 10 SGB II. Der Begriff der Zumutbarkeit hat allerdings auch eine verfassungsrechtliche Dimension im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Soweit das BVerfG nach einem ausreichenden Schutz vor Dequalifizierung gefragt hat, ist dies zunächst überraschend, denn im Gesetz selbst ist dieses Kriterium nicht angelegt. Die Zumutbarkeitsregeln des § 10 SGB II, insbesondere Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 5, sprechen vielmehr deutlich gegen einen solchen Schutz. Aus der in Art. 12 GG geschützten Berufsfreiheit ließe sich jedoch das Erfordernis eines Berufsschutzes ableiten, womit an dieser Stelle ein weiterer verfassungsrechtlicher Prüfstrang eröffnet wäre.⁵¹ Anders nun aber das BVerfG in seiner Entscheidung: »Der Gesetzgeber überschreitet seinen Gestaltungsspielraum nicht deshalb, weil er – anders als im Recht der Arbeitsförderung [...] – keinen Berufsschutz normiert hat. Das Recht der Sozialversicherung und das Grundversicherungsrecht sind strukturell in einem Maße verschieden, das diese ungleiche Regelung rechtfertigt. Im Übrigen ergibt sich aus Art. 12 Abs. 1 GG kein Recht auf einen bestimmten Arbeitsplatz oder unveränderten Arbeitslohn.«⁵²

Als Schutz vor Dequalifizierung sieht das Gericht offenbar die Regelung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 SGB II an, die als eine Ausnahme von der Zumutbarkeit jeder Arbeit bestimmt, dass die Ausübung der Arbeit die künftige Aus-

48 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, Rn. 144.

49 Hillmann/Hohenleitner, Impact of Benefit Sanctions on Unemployment Outflow – Evidence from German Survey Data, HWWI Research Paper, Hamburg 2012.

50 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, Rn. 145.

51 Zur im Hinblick auf Art. 12 GG verfassungskonformen Auslegung der Zumutbarkeitsregelung in § 10 SGB II, Gagel-Bender (Fn. 32), § 10 Rn. 44f., (»im Regelfall nicht«, jedoch mit Verweis auf Überlegungen zu § 140 SGB III).

52 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, Rn. 148.

übung der bisherigen überwiegenden Arbeit wesentlich erschweren würde, weil die bisherige Tätigkeit besondere körperliche Anforderungen stellt. Plakatives Beispiel dafür ist regelmäßig der Berufsgeiger, dem Arbeit auf dem Bau das künftige Musizieren erschweren würde. Die Regelung diene, so das BVerfG, »letztlich auch dem Schutz der Berufsfreiheit aus Art. 12 I GG«⁵³. Das trifft aber nur für diejenigen Grundrechtsträger zu, deren Beruf eben sehr spezielle physische Anforderungen stellt. Wollte man der Frage nach dem Schutz vor Dequalifizierung in einem umfassenderen Sinne nachgehen, ließe sich der Begriff der Dequalifizierung noch juristisch bestimmen, das Weitere wäre nur durch Erkenntnisse aus Bildungs-, Berufs- und Arbeitsmarktforschung zu beantworten.

4. Zu den Sanktionen

Die verfassungsgemäßen Mitwirkungspflichten dürfen, das ist die zweite und für leistungsberechtigte Personen in der Regel entscheidendere Ebene der Prüfung, auch »durchsetzbar ausgestaltet« sein. Gemeint ist damit, dass der Gesetzgeber nicht nur positive Anreize für die Befolgung, sondern auch belastende Sanktionen, konkret: Leistungskürzungen bei Nichtbefolgung vorsehen darf. Das offenkundige Spannungsverhältnis (»unübersehbar«) zwischen Leistungskürzung und unveräußerlichem, unteilbarem Grundrecht löst das BVerfG so auf: Die Leistungsminde- rung »kann die Anforderungen aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG wahren, wenn sie nicht darauf ausgerichtet ist, repressiv Fehlverhalten zu ahnden, sondern darauf, dass Mitwirkungspflichten erfüllt werden, die gerade dazu dienen, die existenzielle Bedürftigkeit zu vermeiden oder zu überwinden«, denn dann dienen Minde- rung und Pflicht »dazu, den existenznotwendigen Bedarf auf längere Sicht nicht mehr durch staatliche Lei- stung, sondern durch die Eigenleistung der Betroffenen zu decken«⁵⁴. Die strengen Anforderungen der Verhältnis- mäßigkeit und das Kriterium der Tragfähigkeit der Ein- schätzung und der Erkenntnisse (abnehmende Einschät- zungsprärogative, s. o. II.2.) legt das Gericht dann bei der eigentlichen Prüfung⁵⁵ an und kommt zu dem Ergebnis, dass die gesetzliche Ausgestaltung der Minderungen vor dem Hintergrund derzeit nur begrenzter Erkenntnisse zu den Wirkungen solcher Sanktionen den dafür geltenden strengen Anforderungen der Verhältnismäßigkeit in ver- schiedener Hinsicht nicht gerecht wird.⁵⁶

Legitim ist noch das mit den Sanktionen verfolgte Ziel: »Die Regelungen [...] folgen damit der für das derzeitige System der Grundsicherung grundlegenden, mit Blick auf die Finanzierbarkeit gerechtfertigten Weichenstellung des ›Förderns und Forderns‹ [...]; mit den in § 31a Abs. 1 Satz 1 und 2 SGB II festgelegten Minderungen der Geld- leistungen des Regelbedarfs und dem in § 31a Abs. 1 Satz 3 SGB II festgelegten Wegfall des gesamten Arbeitslosengel- des II sollen für sich genommen verhältnismäßige Mitwir- kungspflichten nach § 31 Abs. 1 SGB II [...] durchgesetzt werden. Wie die Mitwirkungspflichten selbst verfolgen damit auch zu ihrer Durchsetzung verhängte Sanktionen ein legitimes Ziel.«⁵⁷ Kurz gesagt: Weil die Mitwirkungs- pflichten ein legitimes Ziel verfolgen, ist auch das Ziel der Leistungskürzungen legitim.

Die weitere Verhältnismäßigkeitsprüfung besteht dann teilweise allerdings nur die Regelung der Leistungsminde- rung von 30%. Zwar sei schon diese Belastungswirkung außerordentlich, der Gesetzgeber könne sich jedoch auf »plausible Annahmen zu ihrer Eignung« stützen und »davon ausgehen«, dass mildere Mittel nicht ebenso effek- tiv wären.⁵⁸ Ausgangspunkt für das Gericht ist zunächst wieder die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers. Nach Ausführungen zu den aufgrund der vorliegenden Erkenntnisse bestehenden Zweifeln an der Zielerreichung (Erfolgsquote, Effektivität, Lenkungswirkung),⁵⁹ den dem- gegenüber dargelegten negativen Effekten,⁶⁰ Studien, aus denen hervorgehe, dass die »Beschäftigungswahrschein- lichkeit [...] jedenfalls grds. erhöht sei«, dem Vortrag (!) in der mündlichen Verhandlung, es handle sich um ein wichtiges Instrument für die Jobcenter,⁶¹ einer auf Indiz gestützten ex-ante-Wirkung und den rechtlichen Voraus- setzungen der Zumutbarkeit, des Fehlens eines wichtigen Grundes, der Rechtsfolgenbelehrung und der Anhörung⁶² (all dies gilt auch für die höheren Sanktionen) kommt das

53 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, Rn. 149.

54 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, Rn. 131.

55 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, Rn. 153 ff.

56 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, Rn. 136.

57 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, Rn. 155.

58 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, Rn. 159.

59 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, Rn. 167.

60 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, Rn. 167.

61 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, Rn. 169.

62 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, Rn. 172–174.

BVerfG zu dem Schluss, »im Ergebnis« sei der Regelung »eine generelle Eignung zur Erreichung ihres Ziels nicht abzusprechen«. Die prognostische Einschätzung einer Vielzahl von Fällen, in denen Sanktionen vor allem ex-ante-Wirkung entfalten sollen, genüge angesichts der sonstigen Vorkehrungen, um eine Sanktion »hinreichend tragfähig zu begründen«⁶³.

Auch die Annahmen zur Einschätzung der Erforderlichkeit, also des Fehlens von mildereren, gleich wirksamen Mitteln, seien »hinreichend tragfähig«. Es erscheine »jedenfalls plausibel, dass eine spürbar belastende Reaktion die Betroffenen dazu motivieren kann, ihren Pflichten nachzukommen, und eine geringere Sanktion oder positive Anreize keine generell gleichermaßen wirksame Alternative darstellen«⁶⁴. Diese plausiblen Annahmen zur Wirkung »spürbarer Sanktionen« erlauben danach die Entscheidung des Gesetzgebers für eine vorübergehende Leistungsminderung in Höhe von 30 % als Durchsetzungsinstrument, durch die auch die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne gewahrt ist. Diese erfordert nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, dass bei der Gesamtabwägung zwischen der Schwere der Belastung, dem Gewicht und der Dringlichkeit der sie rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt wird.⁶⁵ Auch hier verweist das BVerfG auf den Einschätzungs- und Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers: Es sei jedenfalls nicht Aufgabe des BVerfG, »von zahlreichen Faktoren abhängige Wertungen selbst vorzunehmen«⁶⁶. Als unzumutbar und damit insgesamt unverhältnismäßig hat das Gericht die Sanktionsregel aber dann insoweit erachtet, als sie als ausnahmslos zwingende und von der Mitwirkung unabhängig (drei Monate) andauernde Vorgabe ausgestaltet ist.⁶⁷

Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit für die Minderungen um 60 und 100 % kommt zu einem anderen Ergebnis, für das die Studienlage, die nach den Feststellungen des BVerfG »keine eindeutigen empirischen und nach der Höhe der Leistungsminderung differenzierenden Erkenntnisse zu den Wirkungen«⁶⁸ hergibt, ein anderes Gewicht erhält: »[M]angels tragfähiger Erkenntnisse zur Eignung und zur Erforderlichkeit einer Sanktion in dieser gravierenden Höhe«⁶⁹ (60 %) bzw. »auf Grundlage der derzeitigen Erkenntnisse«⁷⁰ (100 %) sind Minderungen in dieser Höhe mit dem Grundgesetz nicht vereinbar. Das BVerfG erkennt »gravierende Belastungen« durch die Minderung in Höhe von 60 %, durch die »mehr als im Gesamtbudget

für den Regelbedarf vorgesehenen Pauschalbeträge für Kleidung und Schuhe, Wohnen, Haushalt, Verkehr, Kommunikation, Freizeit und Gaststätten« entfielen; die Minderung berühre »so auch die für Nahrung und Getränke als bedarfsdeckend angesehenen Summen«; die hier entstehende Belastung reiche »weit in das grundrechtlich gewährleistete Existenzminimum hinein«⁷¹. Im Hinblick auf die Wirkung beim vollständigen Wegfall stellt das BVerfG darauf ab, dass auch Leistungen für die Kosten der Unterkunft, Mehrbedarfe und für die Kranken- und Pflegeversicherung entfallen und damit Wohnungsverlust, Beitragsrückstände und eine »Schuldenfalle« drohen.⁷²

Bei der Prüfung von Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit in engerem Sinne kommt das BVerfG nun aufgrund derselben Erkenntnislage zu einem anderen Ergebnis. Dargestellt sei dies an den Ausführungen zur 60 %-Sanktion⁷³: Hinsichtlich dieser Höhe könne sich der Gesetzgeber nicht auf tragfähige Erkenntnisse dazu stützen, dass die erwünschten Wirkungen tatsächlich erzielt und negative Wirkungen vermieden werden. Die Wirksamkeit sei bisher »weder mit Blick auf das unmittelbare Ziel, die Mitwirkung zu erreichen, noch mit Blick auf spezial- oder generalpräventive Wirkungen hinreichend erforscht«. Es sei »zwar nicht auszuschließen, dass eine Leistungsminderung in dieser Höhe in Einzelfällen geeignet ist, die betroffene Person zur Mitwirkung an der Überwindung der Hilfebedürftigkeit durch Erwerbsarbeit zu veranlassen«. Hingegen genüge »die allgemeine Annahme, diese Leistungsminderung erreiche ihre Zwecke, angesichts der gravierenden Belastung der Betroffenen nicht, um die Eignung dieser regelhaften Härte der Wiederholungssanktion zur Erreichung legitimer Ziele zu begründen«. Zudem zeigten die vorliegenden Erkenntnisse auch negative Wirkungen. Es sei »sehr zweifelhaft«, dass einer

63 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, Rn. 175.

64 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, Rn. 180.

65 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, Rn. 183 mwN.

66 Ebd.

67 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, Rn. 182, 184 ff.

68 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, Rn. 60.

69 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, Rn. 189.

70 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, Rn. 201.

71 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, Rn. 190.

72 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, Rn. 202 ff.

73 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, Rn. 192 ff.

wiederholten Pflichtverletzung nicht durch mildere Mittel hinreichend effektiv entgegengewirkt werden könnte; für die Annahme, die Höhe von 60 % sei generell erforderlich, um Mitwirkungshandlungen durchzusetzen, fehlten derzeit hinreichende tatsächliche Grundlagen. Und schließlich: »Die Wirksamkeit einer Leistungsminderung in Höhe von 60 % des maßgebenden Regelbedarfs ist nicht in einer Weise durch tragfähige Erkenntnisse belegt, die eine derart einschneidende Maßnahme auch bei wiederholten Pflichtverletzungen als zumutbar erscheinen lassen könnte.«⁷⁴

5. Schlussfolgerung: Einschätzungsspielraum, abgestufte Anforderungen an empirische Evidenz, Beobachtungspflicht

Kurz zusammengefasst lässt sich sagen: Die herangezogenen Studien, in denen regelmäßig nicht nach der Höhe der Leistungsminderung differenziert wird,⁷⁵ liefern keine tragfähigen Erkenntnisse für Eignung und Erforderlichkeit von Leistungskürzungen zur Durchsetzung der Mitwirkungspflichten mit dem Ziel der Integration in Arbeit und der Überwindung der Hilfebedürftigkeit. Für die Rechtfertigung einer Minderung um 30 % genügen dem BVerfG jedoch plausible Annahmen.⁷⁶ Während der dritte Leitsatz zum Urteil die Formel aufstellt, dass es umso weniger genügt, sich auf plausible Annahmen zu stützen, je länger die Regelungen in Kraft sind, ist es in den Entscheidungsgründen nicht das zeitliche Moment, das den Anspruch an die Fundierung von Erkenntnissen steigert. Dort ist es, so muss man folgern, die prozentual ausgedrückte »Härte der Belastung«. Also: Je tiefer das Existenzminimum unterschritten wird, desto weniger genügt es, sich auf plausible Annahmen zu stützen. Umgekehrt: Je geringer die Minderung desto eher genügen plausible Annahmen. Damit sind mindestens zwei Fragen hervorgerufen: Wie lange muss die seit 2005 geltende Regelung der Minderung um 30 % in Kraft sein, um auch dort fundierte Einschätzungen zu verlangen? Und: Wie sind abgestufte Anforderungen an die empirischen Erkenntnisse mit einem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums, das einheitlich zu gewährleisten und bei dem eine Hierarchisierung der Bedarfe nicht zulässig ist,⁷⁷ verfassungsrechtsdogmatisch zu vereinbaren?

Das BVerfG hat für seine Entscheidung über die Begründetheit der konkreten Vorlage viele Fragen gestellt,

die mit Rechtsdogmatik allein nicht zu beantworten sind, sondern nach Erkenntnissen über die Wirkung von Recht gesucht. Es hat, soweit Fragen zur tatsächlichen Wirkung unbeantwortet geblieben oder aus seiner Sicht nicht tragfähig genug beantwortet worden sind, die verfassungsrechtliche (Vorlage-)Frage gleichwohl beantwortet: Das Gericht hat sich für eine Lösung durch Abstufung entschieden; die Rechtsfindung liegt in der Entscheidung. Dabei sind neben rechtsdogmatischen, rechtstheoretischen und (bezogen etwa auf die soziale Praxis der Entscheidungsfindung) rechtssoziologischen Fragen auch solche zum Verständnis von und Umgang mit (empirischer) Wissenschaft und zu den Wirkungen der Entscheidung über den Tenor hinaus (noch) offengeblieben.

Das Gebot zur Wirkungsforschung ist in § 55 Abs. 1 SGB II einfachgesetzlich verankert; das BVerfG hat die verfassungsrechtliche Bedeutung »fundierter Einschätzungen« auch bei einem an sich weiten Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers im dritten Leitsatz zum Urteil⁷⁸ betont. Man kann dies als Erwartung oder Auftrag an den Gesetzgeber lesen. Der Auftrag zur Erforschung der Wirkungen von Recht, in dem sich die Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers konkretisiert, muss immer wieder erneuert und an aktuelle Gegebenheiten angepasst werden. Für arbeitsmarktpolitische Maßnahmen im Allgemeinen und für Sanktionen im Besonderen bspw. ergeben sich aktuelle Gegebenheiten für weitere Forschung schon aus dem BVerfG-Urteil selbst, weil Leistungsminderungen in Höhe von 60 und 100 % seither nicht mehr vorkommen.⁷⁹ Zudem ließen sich aktuell die Auswirkungen der Kontaktbeschränkungen aufgrund der Corona-Pandemie auf Mitwirkung und Eingliederung untersuchen; einen Fokus längerfristiger Forschung auf die unterschiedliche Betroffenheit bestimmter Gruppen zu legen, wäre möglich und sinnvoll.

Wenn empirische Forschung für die Rechtsetzung, die Rechtsanwendung und die Rechtsfindung herangezogen wird und herangezogen werden soll, braucht die Wissen-

74 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, Rn. 200.

75 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, Rn. 60, 167, 206.

76 Und – im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne – eine weniger zwingende (Härtefallregelung) und starre (zeitliche Dauer) Ausgestaltung.

77 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, Rn. 160.

78 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68.

79 Dazu *Schifferdecker/Brehm*, NZS 2020, 1, 4.

schaft aber auch entsprechende Rahmenbedingungen, um – mit Blick auf Forschungsfragen und Forschungsdesign – unabhängige Forschung betreiben zu können, das heißt das Gebot zur Wirkungsforschung nach § 55 SGB II hat auch Konsequenzen für die Forschungsförderung. Zudem müssen die Akteur*innen des Rechtssystems ein Bewusstsein für die Heterogenität der Wissenschaft, für die Vielfalt der Theorien, Methoden, Perspektiven und institutionellen Hintergründe der Forschenden oder auch ganz konkret für die Aussagekraft einzelner Studien haben. Die Vielfalt der Wissenschaft und das Bestehen von Mehrheits- und Mindermeinungen mag eine Auswahl der für die jeweilige Aufgabe (Gesetzgebung, Rechtsprechung) heranzuziehenden Forschungsergebnisse erschweren, umso mehr ist es jedoch notwendig, genau diesen Prozess offenzulegen und eine Auswahl und Gewichtung nach wissenschaftlichen Kriterien zu begründen.

III. Interdisziplinäre Sozialrechtswissenschaft – nicht nur verfassungsrechtlich gedacht

Das Sanktionsregime des SGB II ist nicht allein und auch nicht überwiegend aus rechtswissenschaftlicher Perspektive zu betrachten, um seine Bedeutung zu erfassen; erst recht reichen die rechtsdogmatischen Methoden dazu nicht aus. Die Entscheidung des BVerfG im Verfahren 1 BvL 7/16 veranschaulicht dies deutlich. Dass das BVerfG dem sozialwissenschaftlichen Forschungsstand Raum gegeben und Entscheidungserheblichkeit beigemessen hat, ist nicht ohne Kritik geblieben.⁸⁰ Der Kritik ist zum einen entgegenzuhalten, dass es sich dabei weder um eine neue⁸¹ noch eine gegenstandsbezogene (die Entscheidungserheblichkeit von Empirie deutet sich auch in den bisherigen Entscheidungen zu Infektionsschutzmaßnahmen an) Linie handelt. Zum anderen ließe sich fragen, wie Eignung, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit eines Eingriffs mit rein rechtsdogmatischen Mitteln zu erkennen sein sollen, ohne dass darin bloße Setzungen⁸² auf Anhieb offenbar werden.

Die konkret zur Überprüfung gestellten Vorschriften des SGB II sind nur ein Beispiel für die Notwendigkeit interdisziplinärer Ansätze, so wie der verfassungsrechtliche Aufhänger nicht den einzigen, sondern nur einen,

nämlich den aus rechtswissenschaftlicher Sicht naheliegenden, Ansatzpunkt bietet, der sich zudem auf die Wirksamkeit und Wirkung von Recht fokussiert.

Die im SGB II geregelte Grundsicherung für Arbeitsuchende ist ein Teilbereich des Sozialrechts, der seit Einführung im wissenschaftlichen, politischen und medialen Fokus liegt. Für das gesamte Sozialrecht aber gilt, dass es zugleich die sozialen Rechte der Einzelnen einfachgesetzlich ausformt und dem Sozialstaat seine ausdifferenzierte Gestalt gibt. Das Sozialrecht verrechtlicht die aus unterschiedlichen Interessen erwachsenen Konflikte und Verteilungskämpfe, an seiner Entwicklung lässt sich der Wandel des Wohlfahrtsstaates und der ihm zugrundeliegenden Menschen- und Gesellschaftsbilder nachzeichnen. Das (Sozial-)Recht als Feld betrachtet steht in einem besonderen Verhältnis zur (Sozial-)Politik; Beispiele für die Wechselwirkung zwischen beiden, insbesondere zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung, sind leicht zu finden. Im Sozialrecht wird Sozialpolitik für Bürger*innen real, gesetzlich verankerte Rechte und Pflichten können das Leben in wesentlichen Bereichen prägen und die Bedingungen der individuellen Gestaltung festlegen und, abstrakter formuliert, individuelle und gesellschaftliche Wirklichkeiten konstituieren. Daher muss eine Sozialrechtswissenschaft oder -forschung, die zur tiefergehenden Analyse und zum tieferen Verständnis von Sozialrecht und seiner Wirkung beitragen will, (mindestens⁸³) dogmatische Rechtswissenschaft, Soziologie und Politikwissenschaft einbeziehen und sich als theoriegeleitete empirische Sozialwissenschaft verstehen, sie muss mithin ein interdisziplinäres Selbstverständnis haben.

80 *Berlit*, info also 2020, 3, 7, sieht als »Effekt der engen Koppelung«, dass die verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung schwerer vorhersehbar wird, »tatsächlicher und wahrgenommener« Fortschritt sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse könne die »verfassungsrechtliche Bewertung steuern – und dadurch künftige Forschungsschwerpunkte und -designs vorprägen«; *Schifferdecker/Brehm*, NZS 2020, 1, 4 geben zu bedenken, dass es zu nicht mehr anzuwendenden Sanktionen keine weiteren Untersuchungen mehr geben wird.

81 BVerfG, 26.3.2019 – 1 BvR 673/17 – BAGE 151, 101; BVerfG, 29.1.2019 – 2 BvC 62/14 – NJW 2019, 1201; BVerfG, 27.2.2016 – 1 BvR 371/11 – BVerfGE 142, 353; zum Verhältnis von Einschätzungsprärogative und unklaren empirischen Erkenntnissen: BVerfG, 27.11.1990 – 1 BvR 402/87 – BVerfGE 83, 130; zur Verpflichtung des Gesetzgebers zur Beobachtung und empirischen Beurteilung: BVerfG, 28.5.1993 – 2 BvF 2/90 ua. – BVerfGE 88, 203.

82 Auch sozialwissenschaftliche Forschung ist nicht frei von Setzungen, s.o. (II.1.).

83 Weitere Disziplinen wie etwa Geschichts- und Wirtschaftswissenschaften, Philosophie und Psychologie sollen hier nicht ungenannt, aber unvertieft bleiben.

Eine solche Interdisziplinarität manifestiert sich in einer Diversifikation von Erkenntnisinteressen, von theoretischen und methodischen Zugängen. Unter Bezugnahme auf die dogmatische Rechtswissenschaft würde eine solche interdisziplinäre Sozialrechtsforschung Beiträge zur Fortentwicklung der Ordnung des Sozialrechts leisten, in dem systematisch Bezüge hergestellt und dogmatische Leitsätze weiterentwickelt werden. Die Politikwissenschaft würde in eine solche interdisziplinäre Sozialrechtsforschung den Dreiklang von Polity, Policy, und Politics einbringen und nach der Stellung des Rechts im Institutionengefüge (*polity*), nach den Wirkung von Recht auf politische Programme und Instrumente (*policy*) und nach den (partei-)politischen Konflikten in der Phase der Rechtsproduktion und der Rechtsimplementation (*politics*) fragen: In welcher Weise beeinflusst das Recht bspw. den Handlungskorridor politischer Akteure – ist das Sozialgericht als Vetospieler für den parlamentarischen Gesetzgeber zu begreifen? Werden politisch umstrittene Programme und Instrumente aufgrund von Gerichtsentscheidungen verändert oder erfahren umgekehrt eine Legitimation? Durch welche inner- und außerparlamentarischen Verfahren wird die Rechtssetzung geprägt und welche (partei-)politischen

Auseinandersetzungen sind dabei zu beobachten? Der Beitrag der Soziologie zu einer interdisziplinären Sozialrechtswissenschaft wiederum bestünde in einer Reflexion der sozialen Voraussetzungen von Recht und der Wirkungen von Recht auf die Gesellschaft bzw. die Stellung des Einzelnen in der Gesellschaft. Die soziologische Perspektive würden dabei insbesondere die Angewiesenheit des Rechts auf seine Adressat*innen herausarbeiten und die Einstellungen zu rechtlichen Normen, ihre Akzeptanz und die Compliance im Alltag untersuchen. Ebenso würde sie nach den gesellschaftlichen Bedingungen fragen, unter denen individuelle oder kollektive Akteure Recht produzieren und hier bspw. nach dem gesellschaftlichen Status bzw. dem Sozialkapital von Richter*innen fragen oder die Arbeitsbedingungen in den Gerichten beleuchten.

Für einen interdisziplinären empirischen Ansatz zur Untersuchung der Wirkung von Recht stellt die verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung ein rechtsdogmatisches Einfallstor dar. Eine Sozialrechtsforschung mit interdisziplinärem Selbstverständnis, die ihr Erkenntnisinteresse auf Wirkung und Produktion von Recht weitet, sollte kein Einfallstor benötigen, denn ihre einzelnen Gebiete trennen allenfalls historisch-ideologische Grenzen.

Zusammenfassungen

Thüsing/Flink/Jänsch: Arbeitszeit oder nicht? Eine Frage illustriert am Beispiel des Beifahrers

SR 2/2021, S. 45–60

Die Verfasser beschäftigen sich in ihrem Beitrag mit der Frage, ob die Zeit als Beifahrer Arbeitszeit oder Arbeitsbereitschaft iSd. ArbZG ist und verneinen dies im Ergebnis. Sie diskutieren dabei ua., ob ein Arbeitgeber ggüb. einem Beifahrer ein Weisungsrecht bzgl. des Aufenthaltsortes in der Pause hat.

Ekardt/Rath/Vöhler: Die UN Sustainable Development Goals und das Sozialrecht – Unter besonderer Berücksichtigung der Rentenversicherung

SR 2/2021, S. 60–75

Die UN Sustainable Development Goals stellen Kernanforderungen in puncto Armutsvorsorge auf, deren Umsetzung ua. im deutschen Rentenversicherungsrecht aussteht. Ob sich klare Lösungen für die Rentenversicherung finden lassen, sei dabei offen.

Baldschun/Klenk: Warum eine interdisziplinäre Sozialrechtswissenschaft notwendig ist – Zur Entscheidung des BVerfG in Sachen Sanktionen im SGB II – Von plausiblen Annahmen und tragfähigen Erkenntnissen bei der Ausgestaltung eines einheitlich zu gewährleistenden Grundrechts

SR 2/2021, S. 75–87

Welchen Stellenwert haben die »empirischen Befunde« des BVerfG im Urteil zur Teilverfassungswidrigkeit der Sanktionen nach dem SGB II? Auf der Suche nach einer Antwort verdeutlichen die Verfasserinnen die allgemeine Bedeutung der empirischen interdisziplinären Sozialrechtswissenschaft.

Abstracts

Thüsing/Flink/Jänsch: Working time or not? A question illustrated by the example of the co-driver

SR 2/2021, pp. 45–60

The authors address the question of whether the time spent as a co-driver is working time according to the Working Time Act and conclude that it is not. In addition, they discuss whether an employer has the right to issue instructions to a co-driver regarding where to stay during the break.

Ekardt/Rath/Vöhler: The UN Sustainable Development Goals and social security law – With particular reference to pension insurance

SR 2/2021, pp. 60–75

The UN Sustainable Development Goals set core requirements in terms of poverty prevention, which have yet to be implemented in German pension insurance law. Whether clear solutions can be found for pension insurance is an open question.

Baldschun/Klenk: Why interdisciplinary sociological jurisprudence is necessary – On the decision of the BVerfG in the matter of sanctions in SGB II – On plausible assumptions and viable findings in the shaping of a fundamental right to be guaranteed uniformly

SR 2/2021, pp. 75–87

What is the significance of the »empirical findings« of the Federal Constitutional Court in its decision regarding the partial unconstitutionality of sanctions in accordance with SGB II? In search of an answer, the authors highlight the general importance of empirical interdisciplinary sociological jurisprudence.

Vorschau | In einer der nächsten Ausgaben von »Soziales Recht« werden Sie voraussichtlich lesen:

Abhandlungen

- *Guy Davidov*: Compliance with and Enforcement of Labour Laws: An Overview and Some Timely Challenges
- *Simon Gerdemann*: Umsetzung der Whistleblowing-Richtlinie in Deutschland

Rezensionsaufsätze

- Julian Stassek: Die Einstellung behinderter Menschen im Spannungsfeld der Beschäftigungspflicht der Arbeitgeber und angemessener Vorkehrungen (*Rüdiger Krause*)
- Sonja Mangold: Transnationale Soziale Dialoge und Antidiskriminierung im Erwerbsleben (*Martin Gruber-Risak*)



Buschmann / Ulber

Arbeitszeitrecht

Kompaktcommentar zum Arbeitszeitgesetz mit Nebengesetzen und Europäischem Recht
2019. 713 Seiten, gebunden
€ 84,90

ISBN 978-3-7663-6866-9

www.bund-verlag.de/6866

Fest im Blick Europarecht und Mitbestimmung

Der neue Kompaktcommentar zum Arbeitszeitrecht bietet den aktuellen Überblick über den gesetzlichen Rahmen zulässiger Arbeitszeiten. Er gibt Hinweise zu den Gestaltungs- und Mitwirkungsmöglichkeiten von Betriebsräten und Personalräten. Das Europarecht prägt zunehmend die Entwicklungen im Arbeitszeitrecht. Der Kompaktcommentar dokumentiert und erläutert deshalb besonders die Europäische Arbeitszeitrichtlinie und die aktuelle Diskussion um die Flexibilisierung der Arbeitszeit.

Die Autoren betrachten die aktuellen Entwicklungen und den neuesten Stand der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und der nationalen Gerichte, insbesondere zu

- › Arbeitzeiterfassung (EuGH-Urteil vom 14.5.2019)
- › Pausen- und Ruhezeiten
- › Nacht- und Schichtarbeit
- › Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft
- › Sonn- und Feiertagsarbeit
- › Wege- und Reisezeiten
- › Umkleide- und innerbetrieblichen Wegezeiten

Vorteile auf einen Blick

- › Erläutert und kommentiert die bedeutsamen Normen einschließlich des Europarechts
- › Bindet die aktuelle europäische und nationale Rechtsprechung ein
- › Berücksichtigt die aktuelle Diskussion um die Flexibilisierung der Arbeitszeit
- › Stellt die Mitbestimmungsrechte von Betriebsräten und Personalräten dar

Einfach online bestellen:

1. Einsteigen auf www.bund-verlag.de/6866 2. Daten eingeben 3. Absenden
oder Coupon ausfüllen und abschicken:

Expl.	Best.-Nr. 978-3-7663-	Autor / Kurztitel	Preis / €
	6866-9	Buschmann / Ulber Arbeitszeitrecht	84,90

Absender: Frau Herr

Name / Vorname: _____

Firma / Funktion: _____

Straße / Nr.: _____

PLZ / Ort: _____

Telefon: _____

E-Mail: _____

Datum / Unterschrift: _____



Bund-Verlag GmbH
60424 Frankfurt am Main

Infotelefon:
069 / 79 50 10-20

Fax:
069 / 79 50 10-11

E-Mail:
kontakt@bund-verlag.de

www.bund-verlag.de

Immer topaktuell informiert sein

- Ja, ich möchte den kostenlosen Newsletter für **Betriebsräte** nutzen.
 Ja, ich möchte den kostenlosen Newsletter für **Personalräte** nutzen.
 Den Newsletter kann ich jederzeit wieder abbestellen.

NEUE HERAUSFORDERUNGEN

– NEUER KITTNER 2021



Innen und außen völlig neu.
Mit erweiterten Online-
Funktionen.

**Jetzt
bestellen!**

www.mein-kittner.de
kontakt@bund-verlag.de
Bestellhotline 069 / 79 50 10 20



KITTNER

Arbeits- und Sozial- ordnung

- Gesetze
- Einleitungen
- Übersichten

46. Auflage

2021

Online-Zugriff auf
alle Inhalte
Alle Gesetze im Volltext
Rechtsprechung im Volltext

**BUND
VERLAG**