

# Soziales Recht

Wissenschaftliche Zeitschrift  
für Arbeits- und Sozialrecht

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



in Zusammenarbeit mit



## Abhandlungen

Spaltung des Arbeitsmarktes durch Krisengesetzgebung – eine kritische  
Analyse des deutschen Arbeits- und Sozialrechts vor und nach der Krise

*Katja Nebe* ..... Seite 1

§ 12 AGG als Grundlage für Ansprüche auf angemessene Vorkehrungen

*Eva Kocher und Johanna Wenckebach* ..... Seite 17

Die strafrechtliche Garantspflicht des Vorgesetzten

*Manuel Ladiges* ..... Seite 29

## Rezensionsaufsätze

*Constanze Janda*, Migranten im Sozialstaat

*Bernd Schulte* ..... Seite 34

Zusammenfassungen (Abstracts) / Vorschau

Seite 39

# Spaltung des Arbeitsmarktes durch Krisengesetzgebung – eine kritische Analyse des deutschen Arbeits- und Sozialrechts vor und nach der Krise

Prof. Dr. Katja Nebe, Universität Bremen

## I. Einleitung

### 1. Mit Schwung aus der Krise: Wirtschafts- und Beschäftigungswachstum

Bei nüchterner Statistikauswertung hat sich Deutschland von der Wirtschaftskrise der Jahre 2008–2010 gut erholt. Das Bruttosozialprodukt war von einem Durchschnittswert von ca. 2,6 % vor der Krise (2005–2007), während der Krise auf 1,1 % (2008) und -5,1 % (2009) gefallen, hat sich anschließend aber rasch erholt und bei 3,0 % (2011) stabilisiert, wobei die Prognosen auch für 2012 zumindest ein leichtes Wachstum (0,9 %) erwarten lassen.<sup>1</sup> Damit ist Deutschland im Vergleich zum europäischen Trend wirtschaftlich auf einem überdurchschnittlich guten Weg, jedenfalls dann, wenn die üblichen Parameter<sup>2</sup> zugrunde gelegt werden. Noch besser steht Deutschland mit seinen Arbeitsmarktzahlen da. Während die Arbeitslosenzahlen vor der Krise noch auf historischem Höchstniveau (2006 bei knapp 5 Mio. Erwerbslosen) lagen und dann bis 2008 auf ca. 3,3 Mio. gesunken sind, zeigte die Wirtschaftskrise keine dem Einbruch des BIP vergleichbare Wirkung auf die Arbeitslosenzahlen. Der Anstieg 2009 auf ca. 3,6 Mio. Erwerbslose war nur ein vorübergehender. Auch wenn sich die Lage auf dem Arbeitsmarkt zum Jahresende 2012 gegenüber den Prognosen zu Jahresbeginn<sup>3</sup> allmählich wieder eintrübt, gilt der deutsche Arbeitsmarkt immer noch als relativ stabil und robust; mit einer Erwerbslosenzahl von 2,75 Mio. und einer Arbeitslosenquote von 6,5 % liegt Deutschland im europäischen Vergleich auf einer Spitzenposition.<sup>4</sup>

### 2. Die Kehrseite der Medaille: Spaltung des Arbeitsmarktes

Dieses positive Bild vom deutschen Arbeitsmarkt bekommt jedoch bei näherer Betrachtung deutliche Kratzer. Die hier

nicht näher zu behandelnde internationale Kritik an Deutschland, sein Aufschwung ginge zu Lasten seiner Nachbarn und verschärfe die derzeitige Eurokrise,<sup>5</sup> ist zumindest sachlich eng mit der innerdeutschen und schon deutlich früher geführten Diskussion<sup>6</sup> um den Preis für die positiven Trends in der Erwerbsstatistik verbunden. Zwei zentrale Fragen werden dabei vorrangig gestellt: Zum einen, ob die in Deutschland vor der Krise eingeleiteten Reformen nach der Krise zu einer weiteren Segregation des Arbeitsmarktes beitragen, also neben oder gar statt guter Arbeitsplätze eine hohe Zahl unsicherer und häufig ertragsschwacher Arbeitsverhältnisse zulassen, aus denen ein Übergang in sichere Beschäftigung nur schwer möglich ist. Und zum anderen schließt sich die Frage an, ob bestimmte Beschäftigtengruppen strukturell durch diese Spaltung besonders häufig benachteiligt sind. Die folgende Analyse<sup>7</sup> der vor der Krise

1 Statistisches Bundesamt, Pressemitteilungen Nr. 050 vom 12.2.2010 sowie Nr. 395 vom 15.11.2012, abrufbar unter [www.destatis.de](http://www.destatis.de).

2 Zur Diskussion über nachhaltigere Maßstäbe als bloßes Wirtschaftswachstum vgl. nur die »Enquete-Kommission Wachstum, Wohlstand, Lebensqualität – Wege zu nachhaltigem Wirtschaften und gesellschaftlichem Fortschritt in der Sozialen Marktwirtschaft«, BT-Drs. 17/3853.

3 BA, Der Arbeits- und Ausbildungsmarkt in Deutschland – Monatsbericht Februar 2012, S. 6, Nürnberg 2012, abrufbar unter <http://statistik.bundesagentur.de> (25.1.2013).

4 BA, Der Arbeits- und Ausbildungsmarkt in Deutschland – Monatsbericht November 2012, S. 19, Nürnberg 2012, abrufbar unter <http://statistik.bundesagentur.de> (25.1.2013).

5 Zur Kritik an Deutschland im aktuellen Beschäftigungsbericht der ILO »The Global Employment Trends 2012« in [spiegel-online](http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/beschaeftigungsbericht-2012-ilo-gibt-deutschen-loehnen-schuld-an-euro-krise-a-810956.html) vom 24.1.2012 abrufbar unter <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/beschaeftigungsbericht-2012-ilo-gibt-deutschen-loehnen-schuld-an-euro-krise-a-810956.html> (25.1.2013).

6 Zur innerdeutschen Kritik *Waltermann*, Abschied vom Normalarbeitsverhältnis?, Gutachten B zum 68. DJT, München 2010; *Keller/Seifert*, WSI-Mitteilungen 2011, 138 ff.

7 Die Darstellung baut auf dem gemeinsam mit Dr. *Mathias Maul-Sartori*, Richter am Arbeitsgericht Frankfurt/O. erstellten Bericht für das von ASTREES (Paris) verantwortete und von der EU-Kommission geförderte europäische Forschungsprojekt zum Arbeits- und Sozialrecht vor und nach der Krise auf, inzwischen veröffentlicht unter *Nebe/Maul-Sartori*, in: Varniol/Laulom/Mazuyer, *Quel droit social dans une Europe en crise?*, Bruxelles 2012.

eingeleiteten Reformen und ihrer Wirkungen nach der selbigen sowie der krisenbedingten Interventionsmaßnahmen steht daher ganz vor dem Hintergrund dieser Diskussion.

### 3. Flexibilität als Risiko und Chance zugleich – Anspruch an eine menschengerechte und zukunftsfähige Gestaltung der Arbeitswelt

Vorweggeschickt sei eine grundsätzliche Prämisse, die im derzeit besonders aufgeheizten Konflikt um den »deutschen Sonderweg« zwischen den Fronten allzu leicht aus dem Blick geraten kann. Wie so oft geht es nicht um einfache Lösungen, nicht um schwarz oder weiß. Es geht nicht um die Wahl zwischen guter Arbeit nach alter Tradition und flexiblen Beschäftigungsmodellen allein den Flexibilitätsinteressen der Unternehmen verpflichtet. Vielmehr sind die weiteren Ausführungen von der grundsätzlichen Annahme geleitet, dass Flexibilität durchaus eine wichtige Leitmaxime moderner Gesellschaften und ein sehr wesentlicher Anpassungsmodus ihrer Mitglieder geworden ist; verhinderte Flexibilität kann gar Probleme verursachen. Allerdings darf Flexibilität nicht überfordern. Damit ist die Herausforderung skizziert: Es geht um die Verbesserung sozialer und kultureller Ressourcen, damit Flexibilität nicht überfordert, sondern ihre positive Gestaltungskraft entfalten kann.<sup>8</sup> Insoweit hat die Debatte um das Flexicurity-Konzept nichts an ihrer Aktualität verloren.<sup>9</sup> Es geht nach wie vor um die noch nicht eingelöste Balance zwischen Flexibilität und Sicherheit, die schon der Lissabon-Strategie zugrunde lag, die das Ziel eines dauerhaften Wirtschaftswachstums untrennbar mit »mehr und besseren Arbeitsplätzen« und einem »größeren sozialen Zusammenhalt« assoziierte.<sup>10</sup> Auch in der anschließenden »Strategie Europa 2020« geht es nicht allein um Beschäftigungszuwächse, sondern um deren enge Verbindung mit sozialen Standards, wenn integratives Wachstum erreicht werden soll, indem eine Wirtschaft mit hoher Beschäftigung und »ausgeprägtem sozialen und territorialen Zusammenhalt« gefördert wird.<sup>11</sup>

Der folgende Überblick spannt einen Bogen über die Reformen vor der Krise, deren verschiedene Effekte, aber auch die Wirkung der konkreten Interventionsmaßnahmen während der Krise bis hin zu den letztlich sorgfältig zu evaluierenden Re-Reformen nach der Krise.<sup>12</sup> Angesichts der empirischen und normativen Komplexität der heutigen

Arbeitswelt kann es sich hierbei nicht um eine auch nur ansatzweise erschöpfende Darstellung handeln. Akzentsetzungen sind notwendig.<sup>13</sup>

## II. Arbeitsmarktreformen vor der Krise – sozial ausgewogene Flexibilisierungsmaßnahmen für Wachstum und Beschäftigung?

Unter Kanzler Schröder wurde die »Agenda 2010« zum politischen Leitfaden<sup>14</sup>, die die größten Sozialstaatsreformen seit langem einleitete. Sie zielte darauf, Arbeitsmarkt und Sozialsysteme zu flexibilisieren. Ein großer Teil der ab 2002 eingeleiteten Gesetze<sup>15</sup> ging auf Vorschläge der »Hartz-Kommission«<sup>16</sup> zurück. Gemeinsam mit weiteren Kodifikationen und Gesetzesänderungen brachten sie in den ersten Jahren nach 2000 die größten und nachhaltigsten Änderungen im deutschen Arbeits- und Sozialrecht mit

8 Instrukтив *Struck*, Flexibilität als Problem, Sozialer Fortschritt 2010, 291, 296; zu den vielfältigen Anpassungsherausforderungen zur Gestaltung von Übergängen im Erwerbsleben vgl. auch *Busch/Feldhoff/Nebe*, Übergänge im Erwerbsleben und (Re)Inklusion in den Arbeitsmarkt, Baden-Baden 2012.

9 *Bogedan/Kocher/Paschke/Schulze-Doll/Welti/Zimmer*, AuR 2010, 320 ff. zum noch fehlenden politischen Gestaltungskonzept für sozialrechtlich flankierte flexible Erwerbsverläufe; *Rebhahn*, EuZA 2011, 295 ff. zu weiteren europäischen Mindeststandards im Arbeitsrecht; früh schon *Pfarr*, WSI-Mitteilungen 2000, 279 ff.

10 Europäischer Rat, 23./24.3.2000; zur Dimension der Analyse und der Reichweite des politischen Ansatzes der Nachhaltigkeit für den Arbeitsmarkt *Crouch*, WSI-Mitteilungen 2011, 597 ff.

11 KOM(2010) 2020 endgültig.

12 Vgl. auch *Waltermann*, ZIAS 2012, 126 ff. mit seiner über die Krise hinausreichenden Betrachtungsperspektive; eine frühe und kritische Zwischenbilanz der arbeitsmarktpolitischen Wirkung der Hartz-Gesetze schon durch *Seifert*, APuZ 16/2005, 17 ff., abrufbar unter <http://www.bpb.de/shop/zeitschriften/apuz/29094/arbeitsmarktreformen> (29.1.2013).

13 Zur Reflexion von Grundannahmen, Krisenmaßnahmen und zukunftsfähigen Reformen im Rechtsvergleich aktuell die Beiträge der Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung 2011 in ZIAS 2012, 121 ff. mit der Einführung von *Becker*, ZIAS 2012, 121 ff. ua.

14 Zur Kritik an der Agenda exemplarisch der Aufruf von über 400 WissenschaftlerInnen vom 23.5.2003 »Sozialstaat reformieren statt abbauen – Arbeitslosigkeit bekämpfen statt Arbeitslose bestrafen«, abrufbar unter <http://www.scribd.com/doc/29827781/2003-05-23-Aufruf-400-Wissenschaftler-gegen-Agenda-2010> (25.1.2013).

15 Erstes bis Viertes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, BGBl. I 2002, S. 4607, BGBl. I 2002, S. 4721, BGBl. I 2003, S. 2848, BGBl. I 2003, S. 2954.

16 Benannt nach dem ehemaligen VW-Personalvorstand Peter Hartz, der im Auftrag der Bundesregierung die Kommission »Moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt« leitete.

sich, von denen einige im Folgenden näher dargestellt werden.<sup>17</sup>

## 1. Einschnitte im gesetzlichen Kündigungsschutz

### a) Rückführung des gesetzlichen Kündigungsschutzes auf das Niveau von 1996

Mit dem am 19.12.2003 von Bundestag und Bundesrat beschlossenen Arbeitsmarktreformgesetz wurde unter anderem auch das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) erheblich geändert.<sup>18</sup> Den hohen Arbeitslosenzahlen sollte gegengesteuert und vermeintliche Beschäftigungshindernisse im Arbeits- und Sozialrecht sollten abgebaut werden.<sup>19</sup> Der Kündigungsschutz wurde gekürzt und die Unternehmerinteressen gestärkt.<sup>20</sup> Die Einzelheiten und die Begründung decken sich weitgehend mit den Einschnitten, die bereits unter der Regierung von Kanzler Kohl durch das »Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz« aus dem Jahr 1996<sup>21</sup> vorgenommen worden sind. Zwar hatte die rot-grüne Bundesregierung nach dem Regierungswechsel zunächst rasch selbst die gravierenden Eingriffe durch das Beschäftigungsförderungsgesetz schon im Jahr 1998 im Wege des »Gesetzes zur Korrektur in der Sozialversicherung und zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten«<sup>22</sup> rückgängig gemacht. Mit dem Arbeitsmarktreformgesetz wurde der Kündigungsschutz dann allerdings wieder auf das Niveau von 1996 zurückgeführt. So wurde die Kleinbetriebsklausel, mit der kleine Betriebe vom Geltungsbereich des KSchG ausgenommen werden, erneut von 5 auf 10 Beschäftigte erweitert.<sup>23</sup> Die Sozialauswahl wurde wieder auf vier soziale Merkmale begrenzt; berücksichtigen muss der Arbeitgeber nur die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, Unterhaltungspflichten des Beschäftigten und eine mögliche Schwerbehinderung. Die Rechtsunsicherheit, die sich naturgemäß aus einer wertenden Entscheidung ergeben kann, sollte mit der Begrenzung auf diese vier Kriterien zugunsten der Arbeitgeber vermindert werden. Mit gleichem Anliegen wurde die Leistungsträgerregelung wieder eingeführt, § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG: Leistungsträger können von der Sozialauswahl gänzlich ausgenommen werden. Auf Rechtssicherheit zugunsten der Arbeitgeber zielte weiterhin die Regelung, dass bei einem mit dem Betriebsrat vereinbarten Interessenausgleich, der die zu kündigenden Arbeitnehmer namentlich nennt (sog. Namensliste), die Überprüfung der Sozialauswahl gerichtlich auf grobe Fehlerhaftigkeit beschränkt wird (§ 1 Abs. 5

KSchG). Mit dem neu eingefügten § 1a KSchG, der einen Abfindungsanspruch bei betriebsbedingter Kündigung vorsieht, wenn der Arbeitgeber zuvor auf einen Abfindungsanspruch hingewiesen hat und der Arbeitnehmer daraufhin die dreiwöchige Klagefrist verstreichen lässt, soll den Vertragsparteien ein einfaches und effizientes Verfahren ermöglicht werden, ohne das Arbeitsgericht anrufen zu müssen. Erhebliche Beschränkungen hat der Kündigungsschutz zudem dadurch erfahren, dass die dreiwöchige Klagefrist für eine Kündigungsschutzklage auf alle Unwirksamkeitsgründe erstreckt worden ist. Bislang war allein für Kündigungsschutzklagen von Arbeitnehmern im Geltungsbereich des KSchG und wegen eines Verstoßes gegen selbiges die Klageerhebung innerhalb von drei Wochen nach Wirksamwerden der Kündigung erforderlich. Die nach Fristverstreichung ohne Klageerhebung gesetzlich ausgelöste Wirksamkeitsfiktion ist nun auf alle Beschäftigte erstreckt, auch wenn sie dem KSchG selbst nicht unterfallen; sie gilt seither für alle Unwirksamkeitsgründe. Dies betrifft zB. Verstöße gegen die Pflicht zur kündigungsbedingten Anhörung des Betriebsrates (§ 102 BetrVG), noch stärker aber den Sonderkündigungsschutz für bestimmte Beschäftigtengruppen, wo sich besonders undurchsichtige Verfahrensregelungen nun zum Nachteil auch der in Klein-

17 Überblicke bei *Buschmann*, AuR 2005, 298 ff., 305 f.; *Körner*, German Labour Law in Transition, German Law Journal Vol. 06 No. 4, S. 805 ff.; *Seifert* (Fn. 12), S. 17 ff.

18 Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt, vom 24.12.2003, BGBl. I 3002. Dazu ausführlich *Ubberr*, Agenda 2010: Reform of German Labour Law: Impact on Hiring and Firing Staff, German Law Journal Vol. 05 No. 02, S. 135; *Bader*, NZA 2004, 65; *Buschmann* (Fn. 17), 298, 305.

19 BT-Drs. 15/1204, S. 1, 8; zur Annahme der beschäftigungshindernden Wirkung durch einen hohen gesetzlichen Kündigungsschutz *Bauer*, NZA 2002, 529; *Willemsen*, NJW 2000, 2779; krit. gegenüber dem bislang ausgebliebenen Nachweis *Buschmann* (Fn. 17), 298, 305; mit fundierten empirischen Belegen ausdrücklich gegen die beschäftigungshindernde Wirkung eines hohen gesetzlichen Kündigungsschutzes *Bradtko/Pfarr*, Wirtschaftsdienst 2005, 1, S. 39 ff.

20 Überblick bei *Deinert*, in Kittner/Deinert/Zwanziger (Hrsg.), KSchG, 8. Aufl., Frankfurt/M. 2011, Grundlagen Rn. 43 f.

21 Vom 25.9.1996, BGBl. I 1476; zur Begründung BT-Drs. 13/4612, S. 13; dazu *Wlotzke*, BB 1997, 414; *Buschmann*, AuR 1996, 285; *Preis*, NJW 1996, 3369.

22 Nachdem die rot-grüne Bundesregierung zuvor selbst nach dem Regierungswechsel die gravierenden Eingriffe durch das Beschäftigungsförderungsgesetz schon im Jahr 1998 im Wege des »Gesetzes zur Korrektur in der Sozialversicherung und zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten« vom 19.12.1998, BGBl. I 3843 rückgängig gemacht hatte; Überblick zur Historie bei *Deinert*, in Kittner/Deinert/Zwanziger (Fn. 20), Einl. Rn. 36 ff.

23 Die Wahrung des Besitzstandes für bereits Beschäftigte mit Kündigungsschutz hat sich in den schwer verständlichen Regelungen des § 23 Abs. 1 S. 2 und 3 KSchG niedergeschlagen, aus denen sich für die vor dem 1.1.2004 Neueingestellten weiterhin ein Kündigungsschutz schon bei mehr als 5 Beschäftigten ergibt.

betrieben Beschäftigten auswirken. So verstoßen bspw. im Bereich des mutterschutzrechtlichen Kündigungsverbotes insbesondere die schwer verständlichen Verfahrensregelungen der § 4 S. 1 und S. 4, § 5 KSchG gegen den unionsrechtlich<sup>24</sup> vorgegebenen Grundsatz des effektiven und äquivalenten Rechtsschutzes.<sup>25</sup> Ebenso betrifft die vergleichbar intransparente Rechtslage für schwerbehinderte gekündigte Arbeitnehmer nun alle, wenn sie ihren Sonderkündigungsschutz geltend machen wollen. Die ständige Rechtsprechung verlangt, entgegen dem Gesetzeswortlaut von § 4 S. 4 KSchG, dass Arbeitnehmer, deren Schwerbehinderung nicht offensichtlich ist, diese innerhalb der 3-wöchigen Klagefrist im Klagewege geltend machen müssen, sie andernfalls eine Berufung auf den Sonderkündigungsschutz des § 85 SGB IX verwirken.<sup>26</sup> Auch wenn die Rechtsprechung insoweit vereinzelte Ausnahmen von der strengen 3-wöchigen Klagefrist zulässt<sup>27</sup>, so hat sich mit der Erstreckung der Klagefrist auf alle Beschäftigten auch das Transparenzproblem verschärft.<sup>28</sup>

#### b) Soziale Sicherheit durch aktive Beschäftigungsförderung – Transfer- statt Abfindungssozialplan

Der Kündigungsschutz ist seit jeher immer wieder Diskussionsgegenstand, wenn es um die Suche nach möglichen Einstellungshindernissen geht.<sup>29</sup> Allerdings haben Studien ergeben, dass die Mehrheit der Personalverantwortlichen einen gut funktionierenden Kündigungsschutz nicht als einstellungshemmend bewertet.<sup>30</sup> Es macht daher auch unter Flexibilisierungsgesichtspunkten wenig Sinn, wenn der Gesetzgeber den Fokus vorrangig auf den Abbau von Kündigungsschutz richtet. Im Hinblick auf arbeitsmarktregulierende Wirkungen muss das Augenmerk weniger auf den ersatzlosen Abbau von Schutzrechten bzw. auf die Erschwerung von Verfahrensrechten als vielmehr auf die mit betrieblichen Umstrukturierungen verbundenen Anpassungsrisiken und -chancen und deren soziale Absicherung gerichtet werden. Damit wären wir beim Stichwort Flexicurity im Zusammenhang mit Kündigungen. Hier hat der Gesetzgeber schon 1998 im Zuge der Neuregelung des Arbeitsförderungsrechts im SGB III (vorher AFG) Möglichkeiten für Zuschüsse zu Sozialplanmaßnahmen als Leistungen der aktiven Arbeitsmarktförderung vorgesehen (§§ 254–259 SGB III aF.). Die Zuschüsse zu den allein von den Betriebsparteien festzulegenden Sozialplanleistungen sollten einen Leitbildwechsel bewirken und die weit verbreitete betriebliche Praxis hoher Abfindungssozialpläne

zugunsten beschäftigungserhaltender Leistungen beeinflussen<sup>31</sup>; sie gingen auf die Konzepte der chemischen Industrie zurück<sup>32</sup>. Ebenso zielten die Regelungen zum sog. Strukturkurzarbeitergeld (§ 175 SGB III aF.) darauf, die Betriebsparteien für eine beschäftigungsfördernde Abwicklung von Betriebsänderungen zu gewinnen.<sup>33</sup> Der damit begonnene paradigmatische Wechsel vom reinen Abfindungssozialplan hin zum Transfersozialplan, flankiert durch eine frühzeitige und präventive Kooperation zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern, aber auch zwischen Arbeitsrecht und Sozialrecht<sup>34</sup>, ist ein Schritt in die richtige Richtung.<sup>35</sup> Im Zuge der Hartz-Reformen hat der Gesetzgeber diesen Leitbildwechsel hin zu einer beschäftigungserhaltenden Zweckrichtung der Sozialplanmittel fortgeführt; die Regelungen über Transfersozialpläne und Transferkurzarbeitergeld wurden in den §§ 216a und 216b SGB III aF. zusammengeführt<sup>36</sup>, zu Pflichtleistungen ausgestaltet und sollten den Betriebsparteien eine höhere Pla-

24 Exemplarisch für Art. 10 der MutterschutzRL 92/85/EWG EuGH, 29.10.2009 – C-63/09 (Pontin) – NZA 2009, 1327.

25 Dazu ausführlich Nebe, EuZA 2010, 383 ff.; zustimmend ErFK-Schlachter, 13. Aufl., München 2013, § 9 MuSchG Rn. 15.

26 BAG, 16.12.2012 – 6 AZR 553/10 – NZA 2012, 555; BAG, 9.6.2011 – 2 AZR 703/09 – NZA 2012, 56; LAG Düsseldorf, 8.9.2011 – 5 Sa 672/11 – AuR 2011, 503; LAG Köln, 11.2.2011 – 10 Sa 1207/10 – NZA-RR 2011, 459; zum Wechsel von der vier- auf die dreiwöchige Verwirkungsfrist BAG, 12.1.2006 – 2 AZR 539/05 – NZA 2006, 1035. Zusammenfassend ErFK-Rolfs (Fn. 25), § 85 SGB IX Rn. 6 ff.

27 BAG, 16.12.2012 – 6 AZR 553/10 – NZA 2012, 555; LAG München, 23.7.2009 – 4 Sa 1049/08 – NZA-RR 2010, 19; LAG Düsseldorf, 8.9.2011 – 5 Sa 672/11 – AuR 2011, 503.

28 Kritisch dazu Nebe/Waldon, Forum B Diskussionsbeitrag Nr. 5/2012 abrufbar unter [www.reha-recht.de](http://www.reha-recht.de), Pfad: Forum B / 2012; dazu schon instruktiv Gagel, Forum B Diskussionsbeitrag Nr. 5/2010 abrufbar unter [www.reha-recht.de](http://www.reha-recht.de), Pfad: Forum B / 2012 (25.1.2013).

29 Vgl. Nachweise (Fn. 19).

30 Zur Überbewertung der arbeitsmarktsteuernden Wirkung des gesetzlichen Kündigungsschutzes Deinert, in Kittner/Deinert/Zwanziger (Fn. 20), Grundlagen Rn. 7 ff.; in diesem Sinne schon Bradtke/Pfarr, Wirtschaftsdienst 2005, 1, S. 39 ff.

31 BT-Drs. 13/4941 zu §§ 252 ff. SGB III.

32 IAB – Chronik der Arbeitsmarktpolitik: Chemie-Tarifpartner: Transfer-Sozialpläne sollen Abfindung ersetzen, abrufbar [http://doku.iab.de/chronik/31/1998\\_07\\_01\\_31\\_chem.pdf](http://doku.iab.de/chronik/31/1998_07_01_31_chem.pdf) (25.1.2013).

33 Dazu sowie zu §§ 252 ff. SGB III aF. Bepler, in: Gagel, Loseblatt, Bearbeitungsstand Juli 2010, 39. Ergänzungslieferung, München, § 216 a SGB III Rn. 1 ff.

34 Zum Zusammenwirken im gesundheits- und teilhabestärkenden Sozialrecht anschaulich am Betrieblichen Eingliederungsmanagement gem. § 84 Abs. 2 SGB IX Kohle, WSI-Mitteilungen 2010, 1 ff.

35 Thannheiser, AiB 2006, 23 ff.

36 Durch das dritte Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, das zum 1.1.2004 in Kraft trat; dazu insoweit auch Gagel, FS Dieterich, 1999, S. 175 ff.

nungssicherheit bei der Gestaltung und Begleitung der Restrukturierungsprozesse geben.<sup>37</sup>

Unzweifelhaft können mit den neuen Förderinstrumenten gleichwohl nicht für sämtliche Beschäftigten die sozialen Risiken, die mit dem Abbau des Kündigungsschutzes seit den Reformen zum 1.1.2004 verbunden sind, abgemildert werden. Zudem wird der Standard der sozialen Absicherung, der im Zuge von Strukturanpassungen zu gewährleisten ist, maßgeblich von der Qualität der Förderinstrumente und von der Befähigung der Betriebsparteien über deren Einsatz bestimmt. Insoweit wird zu evaluieren sein, wie sich die Förderinstrumente bewähren und ob bzw. wie sich die Beratung der Betriebsparteien durch die Arbeitsagentur auswirkt.<sup>38</sup>

## 2. Sonstige Flexibilisierungsmaßnahmen außerhalb des Kündigungsschutzes

Die sozial nachhaltigsten Auswirkungen hatten die Reformen jedoch, wie sich im Nachhinein zeigt, nicht auf dem Feld des Kündigungsschutzes, sondern dort, wo bewusst neue, sog. atypische Beschäftigungsverhältnisse legalisiert und flexibilisiert wurden. Die wichtigsten Beispiele sind die Leiharbeit, die befristete Beschäftigung und die geringfügig entlohnte Beschäftigung (Minijobs). Dazu im Einzelnen:

### a) Leiharbeit

Die schrittweise Legalisierung und Deregulierung der Leiharbeit und deren heute exzessive Nutzung hat sie zu einem der wichtigsten Flexibilisierungsinstrumente der deutschen Wirtschaft werden lassen. Leiharbeit war zunächst verboten, bis das Bundesverfassungsgericht im Jahr 1967 entschied, dass ein generelles Leiharbeitsverbot mit der grundrechtlich geschützten Berufswahlfreiheit unvereinbar ist.<sup>39</sup> Im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) aus dem Jahr 1972 war die Leiharbeit unter hohen Restriktionen geregelt. Bereits ab 2003<sup>40</sup> wurden diese Beschränkungen beschäftigungspolitisch motiviert dereguliert, wobei in der Abschaffung des Befristungsverbots und des Synchronisationsverbots<sup>41</sup> für Leiharbeitsverträge die wichtigsten Erleichterungen zugunsten der Leiharbeitsbranche zu sehen sind. Die zuletzt geltende zulässige Höchstüberlassungsdauer von 24 Monaten wurde ebenfalls aufgehoben. Der zentrale Gleichbehandlungsgrundsatz zwischen Leiharbeitern und Stammbeschäftigten des Entleihers wurde zwar eingeführt, in der

Praxis jedenfalls bis Ende 2010 praktisch häufig durch abweichende tarifvertragliche Regelungen umgangen (dazu unter III. 3. b) am Ende). Eine Vorreiterrolle hatten hierbei insbesondere die christlichen Gewerkschaften (wie die der CGZP). Die tarifvertraglich vereinbarten Löhne für Leiharbeiter lagen und liegen erheblich unter vergleichbaren Entgelten im Normalarbeitsverhältnis (dazu unter IV. 2.). Die enorme Aufwertung der Leiharbeit durch den Gesetzgeber hat rasch zu einem Anstieg der in Leiharbeitsverhältnissen Beschäftigten geführt.<sup>42</sup>

### b) Befristung

Auch der Befristung von Arbeitsverhältnissen wurde schon lange vor der Wirtschaftskrise eine erhebliche beschäftigungspolitische Steuerungswirkung zugesprochen, wobei die Einschätzung des Gesetzgebers<sup>43</sup> bis heute umstritten

37 BT-Drs. 15/1515, S. 74: Fortschreibung des Paradigmenwechsels – statt Frühverrentung unterstützter Wechsel von Arbeit in Arbeit. Dazu auch *Trampusch*, Die Bundesanstalt für Arbeit und das Zusammenwirken von Staat und Verbänden in der Arbeitsmarktpolitik von 1952 bis 2001, MPIfG working paper, No. 02/5, S. 21 f., abrufbar unter <http://hdl.handle.net/10419/44281> (25.1.2013).

38 Der mit dem Beschäftigungschancengesetz (dazu BT-Drs. 17/1945, vom 24.10.2010 BGBl. I, S. 1417) eingeführte Beratungsanspruch wurde durch das Gesetz zur Verbesserung der Eingliederungschancen am Arbeitsmarkt vom 20.12.2011 (vgl. BT-Drs. 17/6277, S. 80, BGBl. I, S. 2854 ff.) zur Anspruchsvoraussetzungen für Transferleistungen umgewandelt; ausführlich zur aktuellen Rechtslage *Rolff/Riechwald*, BB 2011, 2805 ff.

39 BVerfG, 4.4.1967 – 1 BvR 84/65 – E 21, 261, 268 = SozR Nr. 9 zu Art. 12 GG; für den Bereich des Bauhauptgewerbes wurde das sektorale Verbot jedoch für verfassungsgemäß befunden, vgl. die spätere Entscheidung BVerfG, 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 – E 77, 84 = SozR 4100 § 12a Nr. 1; umstritten ist, ob die entsprechende Beschränkung im Baugewerbe im heutigen § 1b AÜG mit den Vorgaben der Leiharbeits-RL 2008/104/EG, insb. des Rechtfertigungsgrundes gem. Art. 4 Abs. 1 Leiharbeits-RL vereinbar ist, dagegen *ErfK-Wank* (Fn. 25), § 1b AÜG Rn. 5 mwN.; dafür *Ulber*, AuR 2010, 13. Ausführlich dazu *Reineke*, Das Recht der Arbeitnehmerüberlassung in Spanien und Deutschland und sein Verhältnis zu der geplanten europäischen Regelung, Frankfurt/M. 2004 (zugl. Freiburg (Breisgau), Univ., Diss. 2004), S. 125 ff.

40 Mit dem »Ersten Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt« vom 23.12.2002, BGBl. I, S. 4607.

41 Synchronisation hier verstanden als Gleichlauf der Dauer des Leiharbeitsvertrages mit der Dauer der Verleihung; allerdings kann sich der Leiharbeitgeber trotz des aufgehobenen Verbotes der Synchronisation nicht auf einen nur vorübergehenden Bedarf beim Entleiher berufen; der Leiharbeitgeber trägt das Vermittlungsrisiko und das Beschäftigungsrisiko in Zeiten fehlender Verleihmöglichkeiten, so deutlich auch die Rechtsprechung vgl. ArbG Offenbach, 1.8.2012 – 10 BV 1/12 – AiB 2012, 685; Sächsisches LAG, 25.1.2008 – 3 Sa 458/07 – EZAÜG § 14 TzBfG Nr. 3 mit zust. Anm. *Hamann*, jurisPR-ArBR 23/2008, Anm. 2; aA. *Thüsing*, DB 2003, 466.

42 Zur Entwicklung 2000: 339.000; 2004: 399.000; 2006: 598.000; 2008: 794.000; Juli 2008: 823.000; 2009: 625.000; 2011: 870.000; September 2012: 856.000; Daten aus *Waltermann* (Fn. 6), S. 43 sowie aus *IW-Zeitarbeitsindex*, zu finden unter <http://www.personaldienstleister.de/> (25.1.2013).

43 Vgl. nur Gesetzentwurf TzBfG BT-Drs. 14/4374 S. 1, 14, 21; Entwurf des Arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetzes vom 10.5.1996 BT-Drs. 13/4612, S. 12.

ist.<sup>44</sup> Mit dem Ziel beschäftigungsfördernder Anreize auf das Einstellungsverhalten der Arbeitgeber gestattete das Beschäftigungsförderungsgesetz von 1985 (BeschFG) erstmals die sachgrundlose Befristung und zwar max. für 2 Jahre. Dies behielt der Gesetzgeber im Zuge der Implementation der Befristungs-RL 99/70/EWG durch das Teilzeit- und Befristungsgesetz 2001 (TzBfG) bei. Die zentrale Regelung zur Verhinderung insbesondere von Kettenbefristungen ist § 14 TzBfG, der seither die Befristungen unabhängig von der Geltung des KSchG und dessen möglicher Umgehung beschränkt. Damit wird seit 2001 auch die Befristung in kleineren Betrieben reglementiert, was einen Fortschritt zugunsten der dort Beschäftigten darstellt. Nach § 14 Abs. 1 TzBfG sind Befristungen immer dann zulässig, wenn es einen sachlichen Grund gibt. Nach § 14 Abs. 2 TzBfG kann ein Arbeitsvertrag, wie schon nach dem BeschFG bisher auch, ohne sachlichen Grund, dann aber nur maximal für 2 Jahre befristet geschlossen bzw. innerhalb von zwei Jahren bis zu dreimal verlängert werden.

Ungeachtet bislang fehlender empirischer Nachweise darüber, dass im Wege der sachgrundlosen Befristung neue bzw. zusätzliche Beschäftigungskapazitäten in nennenswertem Umfang geschaffen worden bzw. Einstellungen letztlich in längerfristige Beschäftigungsverhältnisse gemündet sind, sah der Reformgesetzgeber weiteren Flexibilisierungsspielraum im Befristungsrecht; durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt<sup>45</sup> wurde die Befristung von Arbeitsverhältnissen weiter erleichtert und zwar im Wege des neu geschaffenen § 14 Abs. 2a TzBfG, der für Existenzgründungen die Befristungsmöglichkeit ohne Sachgrund auf 4 Jahre ausdehnt und hierbei die Zahl der Verlängerungsverträge nicht begrenzt (anders als in § 14 Abs. 2 TzBfG: höchstens dreimalige Verlängerung).<sup>46</sup>

Die arbeitsmarktpolitische Bedeutung der Befristung lässt sich vor allem an zwei Werten messen: Der Anteil befristeter Arbeitsverhältnisse an allen Beschäftigungsverhältnissen hat seit 1996 stetig zugenommen, wobei der Anstieg ab 2004 besonders deutlich ist; 2008 lag der Anteil bei 9,3 %. Dies erscheint im Vergleich zum unbefristeten Arbeitsverhältnis nicht sehr hoch. Allerdings wird die Bedeutung der Befristung für die Personalwirtschaft anhand der zweiten Messgröße aussagekräftiger: Im Jahr 2008 lag der Anteil befristeter Neueinstellungen an allen Neueinstellungen deutschlandweit bei 44 %. Hervorzuheben ist vor allem die unterschiedliche Nutzung befristeter Beschäftigung in den einzelnen Bereichen und Branchen.

Der Anteil befristeter Neueinstellungen an allen Neueinstellungen steigt mit zunehmender Betriebsgröße (von nur 25 % in Betrieben bis 10 Beschäftigte auf 60 % in Betrieben mit mehr als 250 Beschäftigten).<sup>47</sup>

Besonders hoch ist der Anteil befristeter Neueinstellungen im Bereich des öffentlichen Sektors, was sich auf zweierlei Gründe zurückführen lässt: Einerseits gilt zugunsten älterer Beschäftigter im öffentlichen Dienst ein gut ausgebauter Kündigungsschutz, denn nach Erreichen des 40. Lebensjahres und nach zurückgelegten 15 Beschäftigungsjahren können sie gem. § 34 Abs. 2 TVöD nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden; daneben gibt es gerade im öffentlichen Dienst eine hohe Bereitschaft zur Inanspruchnahme von Beurlaubungen und Arbeitszeitverringerungen, zB. aus familiären Gründen, die insbesondere von den überwiegend weiblichen Beschäftigten häufiger genutzt werden<sup>48</sup> und damit zu einem erhöhten Vertretungsbedarf führen.<sup>49</sup> Dass dieser von den Verwaltungsbehörden fast ausschließlich über immer wieder verlängerte Befristungen wegen Vertretung gedeckt wird, ist gerade für die fast ausschließlich betroffenen jüngeren Angestellten problematisch, trifft es sie doch in einer Lebensphase, in der sie für die eigene Familiengründung ein gewisses Maß an Planungssicherheit haben müssen.<sup>50</sup> In konjunkturabhängigen Wirtschaftszweigen haben Befristungen vor der Krise hingegen eine nur untergeordnete Rolle gespielt. Schon vor der Krise

44 Jüngste Ergebnisse über nur sehr begrenzte Klebeeekte bei *Konle-Seidl/Trübswetter*, IAB-Kurzbericht, Sind unsichere Verträge der Preis für mehr Beschäftigung?, 25/2011, abrufbar unter [www.iab.de](http://www.iab.de) (25.1.2013); Böcklerimpuls, 4/2011, S. 1 ff.

45 Vom 24.12.2003, BGBl. I, S. 3002.

46 Dazu *Erfk-Müller-Glöge* (Fn. 25), § 14 TzBfG Rn. 103 f.; krit. *Düwell/Weyand*, Agenda 2010, Rn. 328.

47 *Hohendanner*, Unsichere Zeiten, unsichere Verträge? IAB-Kurzbericht 14/2010, unter [www.iab.de](http://www.iab.de) (25.1.2013).

48 Vgl. nur den Anspruch auf befristete Teilzeit gem. § 11 Abs. 1 TVöD als Vorteil gegenüber der nur unbefristeten Arbeitszeitverringerung gem. § 8 TzBfG oder die Möglichkeit des unbezahlten Sonderurlaubs gem. § 28 TVöD.

49 Ausführlich *Brose*, NZA 2009, 706 ff. sowie *Nebe*, in Schmidt (Hrsg.), Jahrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 48, 2011, 89, 97 ff.

50 Dies hat den EuGH, 26.1.2012 – C-586/10 (Kücük) – AuR 2012, 129 nicht dazu bewegen können, die 13malige Befristung über 11 Jahre als prinzipiell missbräuchlich und damit richtlinienwidrig einzustufen; zu den dennoch »wichtigen Neujustierungen« für das deutsche Befristungsrecht *Wendeling-Schröder*, AuR 2012, 92 ff.; krit. gegenüber der bisherigen Rechtsprechung zuvor schon *Nebe*, in: Jahrbuch des Arbeitsrechts (Fn. 49), S. 89 ff.; *Brose* NZA 2009, 706 ff. Zur Rechtsprechung des 7. BAG-Senats im Anschluss an die Rs. Kücük: BAG, 18.7.2012 – 7 AZR 443/09 – DB 2012, 2813 (Zurückverweisung bei 13 Befristungen innerhalb von 11 Jahren) sowie BAG, 18.7.2012 – 7 AZR 783/10 – DB 2012, 2634 (Klageabweisung bei vier Befristungen innerhalb von knapp acht Jahren).

lag allerdings die Übernahmequote deutschlandweit nur bei 52 %, was nur begrenzt für die erhoffte Klebewirkung spricht.

### c) Ertragsschwache Arbeits- und Erwerbsverhältnisse

#### (1) Ausweitung der geringfügigen, dh. sozialversicherungsfreien Beschäftigung

Wie einseitig der deutsche Gesetzgeber den Arbeitsmarkt zu Lasten der Beschäftigten flexibilisiert, obwohl die nachteiligen Effekte sowohl für die Einzelnen als auch für die sozialen Sicherungssysteme bekannt, zumindest zu vermuten sind, verdeutlicht ganz besonders die sog. geringfügige Beschäftigung. Mit Hilfe geringfügiger Beschäftigungsverhältnisse wird gegenwärtig der höchstmögliche Grad an Flexibilisierung um den Preis der geringsten sozialen Absicherung in einem bestehenden Beschäftigungsverhältnis erreicht.<sup>51</sup>

Die Ausklammerung geringfügiger Nebeneinkommen war früh ein Instrument, möglichem Missbrauch vorzubeugen, indem der mit der Pflichtversicherung in der Krankenversicherung verbundene vollumfängliche Leistungsbezug an eine gewisse Mindestentgelthöhe oder einen Mindestbeschäftigungsumfang geknüpft wurde; geringe Nebenverdienste galten als anderweitig sozial abgesichert, so dass sie des solidarischen Schutzes nicht bedurften.<sup>52</sup> Spätestens seit den 1980er Jahren war geringfügige Beschäftigung mit dem Ausschluss aus jeglicher eigenen sozialen Vorsorge Ausdruck ungleicher Geschlechterverhältnisse am Arbeitsmarkt. Frühe Versuche zur Abschaffung scheiterten.<sup>53</sup> Stattdessen wurde nach ersten sinnvollen Reformbestrebungen<sup>54</sup> die geringfügige Beschäftigung als steuern- des arbeitsmarktpolitisches Instrument »entdeckt«. Im Jahr 2002<sup>55</sup> wurde die geringfügige Beschäftigung in der bis zur jüngsten Änderung zum 1.1.2013<sup>56</sup> geregelten Weise ausgeweitet: Die Entgeltgrenze wurde auf monatlich 400 € angehoben und gleichzeitig die bis dahin bestehende Wochenstundenzahl (15 Std./Woche) aufgehoben, was die Attraktivität für geringfügig entlohnte Beschäftigung im untersten Lohnbereich für die Unternehmen nochmals erhöhte, da nun auch Beschäftigungen jenseits von 15 Wochenstunden möglich sind, solange sie nur unter 400 € bleiben. Zwar wurde allein den Arbeitgebern auferlegt, pauschale Sozialversicherungsbeiträge zu leisten (15 % zur Gesetzlichen Kranken- und 13 % zur Gesetzlichen Rentenversicherung). Allerdings hat dies in der Praxis die Arbeit-

geber nicht davon abgehalten, diese Pauschalen unzulässiger Weise auf die Beschäftigten abzuwälzen.<sup>57</sup> Im Ergebnis bildeten Betriebs- und Tarifpartner Allianzen und vereinbarten für geringfügig Beschäftigte Nettolöhne, um dem Vorwurf verdeckter Abwälzung von Soziallasten zu umgehen, nicht ohne sich gleichzeitig dem Vorwurf geschlechts- und teilzeitdiskriminierender Lohngestaltung ausgesetzt zu sehen.<sup>58</sup>

#### (2) Kleine oder Soloselbständigkeit

Eine weitere Gruppe Erwerbstätiger ist von ertragsschwacher Beschäftigung betroffen – die sog. Soloselbständigen, die ohne eigene Mitarbeiter, ohne eigenen Kundenkreis, meist nur für ein oder zwei Auftraggeber tätig sind.<sup>59</sup> Während es 1998 lediglich 1,85 Mio. Soloselbständige gab, waren es 2011 schon 2,35 Mio. Dieser 27 %ige Anstieg<sup>60</sup> geht nicht nur auf die Substitution von Normalarbeitsverhältnissen durch sog. Scheinselbständige zurück, sondern ist zugleich auch eng verbunden mit den Hartz-Reformen, die einen Existenzgründungszuschuss (sog. Ich-AG gem. § 4211 SGB III aF.) einführten. Die prekäre Einkommenssituation vieler Solo-Selbständiger zeigt sich an den Zahlen: 29 % aller Soloselbständiger erzielen ein Einkommen von unter 1.100 € monatlich; deshalb erhielten Ende 2008

51 Ausführlich die Berichte im Schwerpunktthema »Mini-Jobs« der WSI-Mitteilungen 2012, Heft 1; alle Beiträge kostenlos abrufbar unter [http://www.boeckler.de/wsi\\_38633.htm](http://www.boeckler.de/wsi_38633.htm) (25.1.2013). Zur gleichstellungshindernden Wirkung Erster Gleichstellungsbericht der Bundesregierung, BT-Drs. 17/6240, S. 72 ff.; zu den Verdrängungseffekten ausführlich schon die kritische Analyse von Seifert (Fn. 12), S. 21 ff.

52 Seewald, in: Kasserer Kommentar, Sozialversicherungsrecht, Loseblatt, Bearbeitungsstand Oktober 2011, 71. Ergänzungslieferung 71, München, § 8 SGB IV, Rn. 3 f.

53 Vgl. BT-Drs. 11/5689.

54 Vgl. BT-Drs. 14/280.

55 Mit dem »Zweiten Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt« BGBl. I 2002, S. 4721.

56 Durch das Gesetz zu Änderungen im Bereich der geringfügigen Beschäftigung wurden die Verdienstgrenzen für sog. Minijobs auf monatlich 450 € und für Midijobs auf 850 € ab 1.1.2013 angehoben; zum Entwurf BT-Drs. 17/10773.

57 Vgl. LAG Hamm, 29.7.2011 – 18 Sa 2049/10 – ZMV 2012, 54 mit zust. Anm. Schwarz-Seeberger; LAG Düsseldorf, 3.2.2011 – 5 Sa 1351/10 – ZMV 2011, 278 mit zust. Anm. Eder. Krit. zur Abwälzung pauschaler Sozialabgaben schon Krause, AuR 1999, 390 ff.

58 Nebe/Bernhardt, Gutachten zur Zulässigkeit von Nettolohnvereinbarungen allein für sog. geringfügig entlohnte Beschäftigte, im Auftrag von ver.di, 2011, uv., was zumindest in der Dienstleistungsbranche wegen des größeren Frauenanteils teilweise zu einem tarifpolitischen Umdenken geführt hat.

59 Waltermann (Fn. 6), S. 101 ff.

60 Zahlen aus: Monatsbericht Dezember und Jahr 2011 der BA, ebd.; Waltermann (Fn. 6), S. 8 f., 89 ff. mwN.



114.000 Soloselbstständige aufstockende Leistungen nach dem SGB II.<sup>61</sup>

Die für diese Beschäftigtengruppe ermöglichten Zugänge zur Sozialversicherung genügen derzeit keinesfalls, damit diese Menschen dauerhaft ihren laufenden Lebensunterhalt absichern und zusätzlich Vorsorge treffen können. Es bedarf nachhaltiger Lösungen, die bisher am Normalarbeitsverhältnis ausgerichtete Absicherung in den sozialen Sicherungssystemen auch für diese Erwerbsgruppe zu öffnen, um ihnen jenseits von staatlichen Grundsicherungsleistungen Sicherheit zu bieten.<sup>62</sup>

### 3. Grundlegende Änderungen im Bereich der Arbeitsmarktförderung und der Arbeitslosenhilfe sowie im Rentenversicherungsrecht

Die Reformen im Arbeitsrecht stehen zum Teil in einer engen Wechselwirkung mit den ebenfalls von den Hartz-Reformen verwirklichten grundlegenden Umbaumaßnahmen der Arbeitslosenversicherung und der Sozialhilfe.<sup>63</sup> Für die Mehrzahl der Arbeitnehmer wurde die Bezugsdauer für das Arbeitslosengeld als Versicherungsleistung auf ein Jahr gekürzt. Für längerfristig arbeitslose Menschen bleiben nur noch Grundsicherungsleistungen. Unter dem Dach des neuen Sozialgesetzbuch II (SGB II) wurde eine einheitliche steuerfinanzierte bedarfsabhängige Grundsicherung etabliert, die seither gemeinsam für die Langzeitarbeitslosen und die bis zur Reform 2004 noch durch Sozialhilfe unterstützten erwerbsfähigen Erwachsenen gilt. Im Wege des Prinzips von »Fördern und Fordern« als Ausdruck eines aktivierenden Sozialstaates<sup>64</sup> sollen Potentiale der erwerbsfähigen Menschen gefördert und so eine raschere Vermittlung und damit ein kürzerer Bezug von staatlichen Transferleistungen erreichen werden.<sup>65</sup> Kritisch bewertet wurde und wird bis heute die unausgewogene Balance von Fördern im Sinne aktiver Eingliederungsleistungen und Fordern im Sinne rascher Sanktionen bei Nichteinhaltung von Eingliederungsvereinbarungen bzw. unzureichenden Eigenbemühungen.

Eine<sup>66</sup> der wichtigsten und auch am heftigsten diskutierten Änderungen betraf die Zumutbarkeit von Arbeitsangeboten.<sup>67</sup> Die Leistungsempfänger wurden verpflichtet, jede zumutbare Beschäftigung anzunehmen, ansonsten drohten Sanktionen. Berufsschutz im Sinne der erworbenen Qualifikation oder der zuletzt ausgeübten Tätigkeit sah das SGB II von Beginn an nicht mehr vor, § 10 SGB II

aF. Die fehlende gesetzliche Lohnuntergrenze führte zu praktischer Lohnsubventionierung durch anhaltend sinkende Löhne<sup>68</sup>; dies entsprach der Intention des Gesetzes, zielte dieses zur Erschließung von neuen Beschäftigungskapazitäten auf den Niedriglohnsektor und sah insoweit von Beginn an die Aufstockung unzureichender Arbeits-einkommen durch SGB-II-Leistungen vor.

Weitere tiefgreifende Änderungen wurden im Bereich der gesetzlichen Rentenversicherung vollzogen. Die Rentenformel wurde um einen Nachhaltigkeitsfaktor<sup>69</sup> ergänzt. Seither fließt das Verhältnis zwischen Beitragszahlern und Rentenbezieher in die Berechnung des aktuellen Rentenwertes ein, wodurch die Nettorenten langfristig um ca. 14 % sinken. Das gesetzliche Renteneintrittsalter wurde auf 67 Jahre angehoben<sup>70</sup>, gestaffelt bis 2030. Bleibt es bei der hohen Arbeitslosigkeit älterer Menschen<sup>71</sup>, führt diese Anhebung letztlich zu einer weiteren indirekten Absenkung des Rentenniveaus.

61 Vgl. Koch/Rosemann/Späth, Soloselbstständige in Deutschland, Studie im Auftrag der Abteilung Wirtschafts- und Sozialpolitik der Friedrich-Ebert-Stiftung, Bonn 2011, S. 14 ff., 36, abrufbar unter <http://library.fes.de/pdf-files/wiso/07831-20110309.pdf> (25.1.2013).

62 Ausführlich zu den Herausforderungen Bernhardt, in: Busch/Feldhoff/Nebe (Hrsg.), Tagungsband zum Geburtstagssymposium für Wolfhard Kohte, 2012, S. 113 ff.

63 »Viertes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt« vom 24.12.2004, BGBl. I 2004, S. 2954.

64 Ausführlich zur Neuausrichtung und zum Verhältnis zwischen Arbeitsmarktförderung und Individualisierung Bieback, Fördern und Fordern, Kontinuitäten und Brüche im Arbeitsförderungsrecht der Hartz-Gesetze, KJ 2003, 26 ff.; Knickrehm, in: Knickrehm/Rust (Hrsg.), Arbeitspolitik in der Krise, FS Bieback, 2010, S. 27, 34 ff.; eine kritische Gesamtschau schon bei Seifert (Fn. 12), S. 19 ff.

65 Begründung des Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, BT-Drs. 15/1516, S. 2, 40, 51.

66 Eine weitere grundlegende strukturelle Änderung lag im Wechsel von der im Sozialhilferecht bekannten »Einstandsgemeinschaft« hin zur »Bedarfsgemeinschaft«, ausführlich dazu Rust, FS Bieback (Fn. 64), S. 141 ff., 146 ff.

67 Lesenswert der rechtshistorische Überblick zur Zumutbarkeitsfrage im Sozialrecht von Peters-Lange, in: Bieback/Fuchsloch/Kohte (Hrsg.), Arbeitsmarktpolitik und Sozialrecht: zu Ehren von Alexander Gagel, München 2011, S. 49 ff.

68 Krit. dazu Peters-Lange (Fn. 67), S. 61, allerdings mit dem zutreffenden Verweis auf die Unzumutbarkeit von Arbeitsangeboten bei gesetzes- oder sittenwidriger Lohnabrede; dazu auch Feldhoff, SGB 2006, 701 ff.; aus der Rechtsprechung anschaulich SG Berlin, 19.9.2011 – S 55 AS 24521/11 ER – STREIT 2012, 124 ff.; SG Dortmund, 2.2.2009 – S 31 AS 317/07 – info also 2009, 212 mit zust. Anm. Spindler sowie Anm. Feldhoff, jurisPR-ArbR 25/2009 Anm. 3.

69 § 68 I Nr. 3, IV SGB VI geändert durch das »RV-NachhaltigkeitsG« vom 21.7.2004, BGBl. I 2004, S. 1791.

70 Zu den Herausforderungen an eine alternde Arbeitswelt Kohte, Anwaltsblatt 2008, 575 ff.

71 Eichhorst/Marx/Thode, Arbeitsmarkt und Beschäftigung in Deutschland 2000–2009, IZA Research Report Nr. 20, November 2009, S. 15.

#### 4. Arbeits- und Sozialreformen ohne flankierenden gesetzlichen Mindestlohn

Niedriglöhne, die trotz (fast) vollschichtiger Erwerbsarbeit weder die eigene Existenz noch eine ohne soziale Transferleistungen auskommende Altersvorsorge absichern, waren schon zur Zeit der Hartz-Reformen nicht allein beschränkt auf die atypisch Beschäftigten, insbesondere die geringfügig Beschäftigten<sup>72</sup> oder die Leiharbeit,<sup>73</sup> sondern sind seit den 1990er Jahren zunehmend auch im Bereich der Normalarbeitsverhältnisse ein Phänomen, das vielfältige Ursachen hatte. Anders als seine europäischen Nachbarn<sup>74</sup> hat Deutschland dennoch keinen branchenübergreifenden gesetzlichen Mindestlohn eingeführt. Gesetzlich vorgezeichnet war der Weg, die unteren Lohnniveaus für nicht tarifgebundene Beschäftigte im Wege der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen zu bestimmen und so branchenspezifische Lohnuntergrenzen festzulegen. Hierfür kommt neben § 5 TVG seit 1998 der mit vergleichsweise niedrigeren Hürden versehene Weg der Allgemeinverbindlicherklärung kraft Rechtsverordnung nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG) in Betracht. Dieser wurde zunächst<sup>75</sup> für die Baubranche<sup>76</sup>, später dann für die Gebäudereinigung und die Briefzustelldienste<sup>77</sup> geordnet. Das zusätzlich bestehende Gesetz über die Mindestarbeitsbedingungen hat praktisch zur Regelung von Lohnuntergrenzen nie eine Rolle gespielt. Es fehlte damit an einem allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn. Andererseits basierte das Konzept der Hartz-Reformen gerade auf dem Prinzip, im Bereich der niedrigqualifizierten und niedrigvergüteten Tätigkeiten neue und zusätzliche Arbeitsplätze zu schaffen. Die gesetzgeberische Absicht, gerade im Niedriglohnbereich auf eine Kombination von geringen Arbeitsentgelten und staatlichen Transferleistungen zu setzen (durch sog. SGB-II-Aufstockung), hat erst zu der anhaltenden Tendenz geführt, Normalarbeitsverhältnisse zu substituieren.<sup>78</sup>

#### 5. Zwischenfazit

Das Zwischenfazit beschränkt sich auf die beschriebenen arbeits- und sozialrechtlichen Neuregelungen: Mit den Hartz-Reformen hat der Gesetzgeber die Palette atypischer Beschäftigungsformen verbreitert und zugleich Anreize für einen Austausch der Normalarbeitsverhältnisse durch sozial unverträgliche atypische Beschäftigungsformen gesetzt.<sup>79</sup>

Gleichzeitig wurde der Druck auf arbeitssuchende Menschen zur Aufnahme einer Arbeit deutlich erhöht und der soziale Abstieg in den differenzierten Sozialsicherungssystemen (von der Sozialversicherung in die bedarfsabhängige Grundsicherung) beschleunigt. Diese zum Abbau von Arbeitslosigkeit und für mehr Beschäftigung als erforderlich erachteten Maßnahmen wurden nicht durch Lohnuntergrenzen flankiert. Stattdessen wurden Abweichungen von gesetzlichen Mindeststandards in zunehmendem Maße den Tarifvertragsparteien gestattet. Damit ist eine regelrechte Abwärtsspirale hinsichtlich der Arbeitsbedingungen in zahlreichen Branchen ausgelöst worden (vertiefend dazu unter III.).

### III. Wirkung der Reformen und zusätzliche Interventionsmaßnahmen während der Krise

Für die Phase der Wirtschaftskrise (2008/2009) lassen sich die Wirkungsmechanismen der Reform und der akuten Intervention für einen besseren Überblick zumindest in der Darstellung trennen. Einerseits zeigen einige der eingeleiteten Arbeitsmarktreformen hier besonders deutliche Wirkungen auf die Beschäftigungsverhältnisse (dazu unter 1.). Gleichzeitig lohnt ein Blick auf die gezielten gesetzgeberischen krisenbedingten Interventionsmaßnahmen und deren Wirkung (dazu unter 2.). Letztlich interessieren die krisenbedingten sozialpartnerschaftlichen Gestaltungen (3.).

72 Für diese ist selbst der Gesetzgeber von erhöhter Flexibilität im Bereich des Niedriglohnssektors ausgegangen, vgl. BT-Drs. 15/758, S. 2

73 Zum typisch niedrigen Lohngefüge in der Leiharbeitsbranche *Waltermann* (Fn. 6), S. 47.

74 *Schulten*, WSI-Mitteilungen 2011, 131 ff.

75 Seit der Erstfassung des Arbeitnehmerentsendegesetzes vom 26.2.1996 war die Seeschiffahrtsassistenz über § 1 Abs. 2 AEntG aF. einbezogen, BGBl. I, S. 227, die allerdings im Zuge des Ersten Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerentsendegesetzes mangels praktischer Bedeutung wieder aus dem Gesetzeswortlaut gestrichen worden ist, vgl. BT-Drs. 16/4554, S. 2; vgl. BGBl. I, S. 576.

76 § 1 Abs. 3a AEntG geändert durch das »Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte« vom 19.12.1998, BGBl. I 1998, S. 3843, Art. 10.

77 »Erstes Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes« vom 25.4.2007, BGBl. I 2007, S. 576; »Zweites Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes« vom 21.12.2007, BGBl. I 2007, S. 3140.

78 *Waltermann* (Fn. 6), S. 70 ff.

79 *Waltermann*, ZIAS 2012, 132, 133; *Seifert* (Fn. 12), S. 24 ff.

## 1. Die Wirkungen der Arbeitsmarktreformen in der Krise

### a) Nutzung interner und externer Flexibilität zur Verringerung der Arbeitszeit

Mit der Wirtschaftskrise war jedenfalls im produzierenden Gewerbe ein erheblicher Einbruch der Nachfrage verbunden, was wiederum zu hohen Beschäftigungsüberkapazitäten führte. Deren Abbau wurde während der Krise auf sehr unterschiedliche Weise bewältigt.<sup>80</sup> Im Wege interner Flexibilisierungsmaßnahmen (Kürzung der individuellen Arbeitszeit unter Abschmelzung von Guthaben auf Arbeitszeitkonten oder Aufbau von Minusstunden, Kurzarbeit, Urlaubsgewährung ua.)<sup>81</sup> setzten die Unternehmen auf den Erhalt der Beschäftigungsverhältnisse der Stammbeschäftigten, wobei sie hierbei durch staatliche Sozialleistung intensiv unterstützt wurden (siehe sogleich unter b). Gleichzeitig wurden Beschäftigungsüberkapazitäten im Wege externer Flexibilität, also durch Entlassungen abgebaut, was vorrangig zu Lasten von atypisch Beschäftigten ging.

### b) Auswirkungen der Zeitarbeit (Leiharbeit und Befristung)

Die Krise führte zu einer Entlassungswelle von Leiharbeitern und damit zu einem enormen Rückgang der Leiharbeitszahlen (von Juli 2008: 823.000 auf Mai 2009: 506.000). Abbau von Leiharbeit war eines der Flexibilisierungsinstrumente während der Krise.<sup>82</sup> Dies zeigt sich auch am raschen Wiederaufbau der Zahlen nach der Krise. So lag die Zahl der Leiharbeitsverhältnisse 2010 bei 750.000 und Anfang 2011 bei 870.000.<sup>83</sup> Die Arbeitgeberkündigungen in der Leiharbeitsbranche wurden durch sehr kurze tarifvertragliche Kündigungsfristen begünstigt.<sup>84</sup>

Wegen des nur geringen Anteils der befristeten Arbeitsverhältnisse im Bereich konjunkturabhängiger Branchen hat sich das Befristungsrecht in der Wirtschaftskrise absolut betrachtet nicht massiv ausgewirkt. Allerdings zeigen die Zahlen, dass die von der Krise betroffenen Branchen die befristeten Arbeitsverhältnisse ebenfalls als Flexibilitätsreserve genutzt haben. So sank die Übernahmequote im produzierenden Gewerbe von 68 % (2008) auf 38 % (2009) und hat sich damit an die generell niedrigen Übernahmequoten im Bereich des öffentlichen Dienstes angeglichen. Außerdem ging der Anteil der befristeten Verträge an allen sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnissen während der Krise zurück (2009 auf 8,8 %), da

zahlreiche Verträge in den betroffenen Betrieben nicht verlängert wurden.

Leiharbeitnehmer und befristet Beschäftigte haben mit ihrem Abgang in Arbeitslosigkeit in der Krise einen erheblichen Flexibilitätspuffer geleistet. Ob sich dies mit der vom Gesetzgeber angedachten Flexibilitätsfunktion<sup>85</sup> (wie zB. Vertretungsfälle, Auftragsspitzen, kurzfristige Projekte) deckt, ist zumindest zweifelhaft. Dies führt zur Frage, inwieweit der Gesetzgeber die Schutzfunktion von Beschäftigungssicherungsmaßnahmen, wie zB. Kurzarbeitergeld und Qualifikation, auch auf diese besonders schutzbedürftigen Beschäftigtengruppen hätte ausdehnen sollen, um nicht in der Krise die Lasten allzu ungleich zu verteilen (dazu unter 2. b).

## 2. Gesetzgeberische Intervention während der Krise

### a) Stabilisierungsmaßnahmen und Neuverschuldung

Zur Überwindung der Krise wurden verschiedene gesetzgeberische Maßnahmen getroffen, die allgemein auf die wirtschaftliche Stabilisierung<sup>86</sup>, teilweise aber auch explizit auf die Stabilisierung des Arbeitsmarktes zielten. Mittels befristeter steuerlicher Entlastungen, befristeter höherer Sozialleistungen, Stabilisierungsmaßnahmen für die Sozialversicherungssysteme<sup>87</sup>, durch öffentliche Investitionsprogramme und durch Anreize zum privaten Konsum, insbesondere zum Neukauf von Pkw (»Abwrackprämie«), sollte die Konjunktur gestärkt werden. Diese Maßnahmen erstreckten sich über drei Gesetzespakete während der Krise, das »Konjunkturpaket I« von Ende 2008,<sup>88</sup> das »Konjunktur-

80 Herzog-Stein/Lindner/Sturm/van Treek, IMK-Report Nr. 56, November 2010, S. 3.

81 Zapf/Stein, WSI-Mitteilungen 2011, 60 ff.; Bogedan, WSI-Mitteilungen 2010, 314 ff.

82 Waltermann, ZIAS 2012, 128.

83 [www.iab.de/presse/030311](http://www.iab.de/presse/030311); vgl. auch oben Fn. 37.

84 Ausführlich Waltermann (Fn. 6), S. 45.

85 Zu den Vorgaben der Leiharbeits-RL 2008/104/EG hinsichtlich der Dauer der Arbeitnehmerüberlassung Zimmer, AuR 2012, 422, 423.

86 Zum Beispiel zur Stabilisierung des Bankensektors das Finanzmarktstabilisierungsgesetz und seine Ergänzungen, BGBl. I 2008, S. 1982; I 2009, S. 725 und das Rettungsübernahmegesetz, BGBl. I 2009, S. 725.

87 Bspw. durch eine vorübergehende Absenkung der Beiträge für die gesetzl. Krankenvers. (von 15,5 auf 14,9% Beitragssatz) und die gesetzl. Arbeitslosenvers. (auf 2,8% Beitragssatz), BT-Drs. 16/11740, S. 30.

88 Hauptsächlich realisiert durch das Gesetz zur Umsetzung steuerrechtlicher Regelungen des Maßnahmenpakets »Beschäftigungssicherung durch Wachstumsstärkung« vom 21.12.2008, BGBl. I 2008, S. 2896.

turpaket II« von März 2009<sup>89</sup> und das »Wachstumsbeschleunigungsgesetz« von Ende Dezember 2009.<sup>90</sup> Die krisenbedingten fiskalischen Maßnahmen umfassten ein Finanzvolumen von mindestens ca. 70 Mrd. Euro. Sie sind ein Grund für die auf Rekordniveau angewachsene Staatsverschuldung von über 2 Billionen Euro.<sup>91</sup> Dass die krisenbedingten Interventionen die noch vor der Krise vereinbarten Pläne zur Haushaltskonsolidierung modifizieren würden, war bekannt.<sup>92</sup> Mit einer zeitgleich im Grundgesetz verankerten »Schuldenbremse«<sup>93</sup> ist das lediglich verschobene, nicht aber aufgegebene Konsolidierungsanliegen verbindlich flankiert worden: Nach den Neuregelungen in Art. 109, 115 GG soll (ab 2016 darf) die strukturelle (nicht die konjunkturbedingte) Nettokreditaufnahme des Bundes jährlich 0,35 % des BIP nicht übersteigen. Den Ländern ist die Nettokreditaufnahme ab 2020 ganz verboten, ausgenommen Naturkatastrophen oder schwere Rezessionen. Auf Bundesebene soll die Haushaltskonsolidierung durch das als »Zukunftspaket« bezeichnete Sparpaket für 2011 bis 2014 umgesetzt werden und sieht dazu Einsparungen im Sozialbereich und Mehrbelastungen für die Wirtschaft vor, die diese allerdings weitgehend auf die Endverbraucher abwälzen kann.<sup>94</sup> Mit der Streichung des Übergangszuschlags von Arbeitslosengeld-I-Bezug in Arbeitslosengeld-II-Bezug, der Streichung des Elterngeldes für Arbeitslosengeld-II-Bezieher,<sup>95</sup> der Streichung der Rentenversicherungsbeiträge für Arbeitslosengeld-II-Bezieher oder der Streichung des Heizkostenzuschusses für Wohngeldempfänger werden gerade jene Menschen getroffen, die bereits durch die Wirtschaftskrise selbst am stärksten belastet worden sind<sup>96</sup>; dass vornehmlich sie die finanziellen Folgen tragen sollen, verstärkt die soziale Unausgewogenheit der sozialpolitischen Maßnahmen der derzeitigen Bundesregierung.<sup>97</sup>

#### **b) Insbesondere: Kurzarbeitergeld und Qualifizierung älterer und gering qualifizierter Arbeitnehmer**

Die Bundesregierung unterstützte die internen Flexibilisierungsmaßnahmen der Unternehmen zum Abbau von krisenbedingten Beschäftigungskapazitäten insbesondere mit dem Ausbau von Kurzarbeitergeld.<sup>98</sup> Um Arbeitslosigkeit zu verhindern haben Arbeitnehmer gegen die Arbeitslosenversicherung einen Anspruch auf Kurzarbeitergeld in Höhe von 67 % ihres vormaligen Nettoentgelts, wenn die Arbeitszeit im Betrieb aus wirtschaftlichen

Gründen verringert wird (§§ 169 ff. SGB III aF.). Die grundsätzlich auf 6 Monate begrenzte Bezugsdauer wurde während der Krise zweimal vorübergehend verlängert (vom 1.7.2007 bis 31.12.2008 auf 12 Monate und anschließend auf 24 Monate). Inzwischen ist die Bezugsdauer für ab 1.1.2012 begonnene Kurzarbeit wieder auf die Regelbezugsdauer von 6 Monaten zurückgeführt,<sup>99</sup> soll aber aus Vorsicht vor einer sich möglicherweise verschlechternden Konjunktur schon ab 1.1.2013 wieder auf eine Bezugsdauer von 12 Monaten angehoben werden.<sup>100</sup> Die Kurzarbeit wurde durch zusätzliche vorübergehende Erleichterungen und Subventionen begünstigt: So wurde bspw. darauf verzichtet, dass mindestens ein Drittel der Belegschaft von Arbeitsausfall betroffen sein mussten; 10 % reichten; Arbeitgeber erhielten die Sozialversicherungsbeiträge von der Bundesagentur für die ersten 6 Monate der Kurzarbeit zu 50 %, ab dem 7. Monat zu 100 % erstattet, um bei länger andauernder Kurzarbeit Entlassungen zu vermeiden; außerdem mussten Arbeitszeitkonten vor Kurzarbeitergeldbezug nicht in einen negativen Saldo gebracht werden.<sup>101</sup> Nutzten Arbeitgeber die Phase der Kurzarbeit für Weiterqualifizierung oder Gesundheitsschutzmaßnahmen ihrer Beschäftigten, führte dies zu weiteren Vorteilen, denn in diesen Fällen wurden die Sozialversicherungsbeiträge schon während der

89 Gesetz zur Sicherung von Beschäftigung und Stabilität in Deutschland vom 2.3.2009, BGBl. I, S. 416.

90 Gesetz zur Beschleunigung des Wirtschaftswachstums vom 22.12.2009, BGBl. I, S. 3950.

91 Pressemitteilung Nr. 485 vom 27.12.2011, Statistisches Bundesamt, Destatis.

92 Peer Steinbrück, ehemalige Bundesfinanzminister, Bundestag, Plenarprotokoll 16/206, S. 22269.

93 BGBl. 2009 I, S. 2248 ff. Zu den Übergangsregelungen mit Blick auf das schwierige Unterfangen der Haushaltskonsolidierung infolge der krisenbedingten fiskalischen Nachwirkungen BT-Drs. 16/12410, S. 7.

94 BT-Drs. 17/3030; umgesetzt durch das HaushaltsbegleitG. vom 9.12.2010 BGBl. I S. 1885.

95 Dies für verfassungsgemäß haltend SG Detmold, 19.1.2011 – S 8 AS 37/11 ER – juris.

96 Umfassend, wenn auch weniger sozialkritisch die zusammenfassende Darstellung der Änderungen bei *Steck/Kossens*, Hartz IV-Reform 2011, 3. Aufl., München 2011.

97 Zutreffend die Kritik des Sozialverband Deutschland, Stellungnahme vom 4.10.2010, abrufbar unter <http://www.sovd.de/1747.0.html> (25.1.2013).

98 So auch die Einschätzung von *Waltermann*, ZIAS 2012, 128.

99 Durch Gesetz zur Verbesserung der Eingliederungschancen am Arbeitsmarkt vom 20.12.2011, vgl. BT-Drs. 17/6277, S. 80; BGBl. I, S. 2854 ff.

100 Bericht der Financial Times Deutschland vom 5.12.2012 abrufbar unter <http://www.ftd.de/politik/deutschland/konjunktur-regierung-reaktiviert-kurzarbeit/70125777.html> (25.1.2013).

101 Vgl. § 421 t SGB III aF.

ersten 6 Monate Kurzarbeit vollständig erstattet.<sup>102</sup> Die Ausdehnung der Kurzarbeiterregelungen war zweifelsfrei ein wichtiges und effektives Mittel, Belegschaften trotz der Krise zusammenzuhalten und Arbeitslosigkeit zu vermeiden.<sup>103</sup>

Erst mit dem 2. Maßnahmenpaket erstreckte der Gesetzgeber die Vorteile des Kurzarbeitergeldes auch auf Leiharbeiter.<sup>104</sup> Dem krisenbedingten Anstieg der Arbeitslosenrate unter Leiharbeitern konnte praktisch gleichwohl nicht entgegengewirkt werden. Dies mag daran liegen, dass im Vergleich zum Schutz der Stammbeschaftung schon durch das erste Maßnahmenpaket die Signalwirkung zugunsten der Leiharbeiter schlicht zu spät kam. Für befristet Beschäftigte wurden keine besonderen Krisenmaßnahmen getroffen.

Neben der Weiterbildung von Beschäftigten in Kurzarbeit setzte schon das erste Maßnahmenpaket auf zusätzliche Förderungsmöglichkeiten zur Qualifizierung von älteren oder gering qualifizierten Arbeitnehmern im bereits seit 2006 bestehenden Sonderprogramm der Bundesagentur für Arbeit (WeGebAU)<sup>105</sup> – unter der Voraussetzung, dass die Beschäftigungsverhältnisse während der Weiterbildung nicht gekündigt werden, konnten die Arbeitgeber mit mindestens 250 Beschäftigten einen Arbeitsentgeltzuschuss erhalten (§ 235c SGB III aF.).

Bei nüchterner Betrachtung der Inanspruchnahme muss allerdings auch konstatiert werden, dass Fort- und Weiterbildung während der Krise im Vergleich zu anderen Maßnahmen der internen Flexibilität eine nur sehr untergeordnete Rolle gespielt haben. Befragungen zeigen gar, dass in Betrieben, die von der Krise betroffen waren, die Weiterbildungsaktivitäten abgenommen haben.<sup>106</sup> Dies lässt zugleich den Schluss zu, dass Reserven für eine langfristige Personalentwicklungsplanung und betriebsinterne Weiterbildungspolitik auch bei den Betriebs- und Sozialpartnern liegen.<sup>107</sup>

### 3. Die Sozialpartner in der Krise

#### a) Die wichtige Rolle betrieblicher Bündnisse

Die Krise beeinflusste die bereits begonnene Dezentralisierung<sup>108</sup> der Kollektivvereinbarungen. Über die Zulässigkeit betrieblicher Bündnisse insbesondere zur Standort-sicherung<sup>109</sup> wurde bereits vor der Krise intensiv diskutiert und die Hauptprobleme in der Umgehung des Tarifvorbehalts zugunsten von Tarifparteien<sup>110</sup> und in der Aushöhlung des Flächentarifvertrages gesehen.<sup>111</sup> Die mit der Verlage-

rung von Verhandlungen auf die betriebliche Ebene verbundene Skepsis und Kritik hat sich während der Krise deutlich abgeschwächt. Die Krise hat gezeigt, dass es ein sinnvolles Nebeneinander zwischen Tarifverträgen auf überbetrieblicher Ebene und Betriebsvereinbarungen geben kann oder vielmehr gesagt, diese Komplementarität gar sinnvoll und bisweilen notwendig ist.<sup>112</sup>

Die während der Krise verstärkt genutzte und staatlich zusätzlich subventionierte Kurzarbeit veranschaulicht dies: Da Arbeitgeber einseitig Kurzarbeit nicht anordnen können, bedarf es hierzu einer (kollektiv)vertraglichen Grundlage. Stimmt der einzelne Beschäftigte der Arbeitszeitänderung nicht zu, müssen sich der Arbeitgeber und die Gewerkschaft oder der Betriebsrat auf die Einführung von Kurzarbeit und deren Konsequenzen, wie zB. Entgeltausfall, einigen. Bei der Lage der verbleibenden Arbeitszeit hat der Betriebsrat wiederum ein zwingendes Mitbestimmungsrecht. Nicht selten regelten Tarifverträge schon vor der Krise zumindest die Voraussetzungen zur Einführung von Kurzarbeit, was die Betriebsparteien in ihrer Einigung dann berücksichtigen mussten.<sup>113</sup> In Bezug auf das Instrument

<sup>102</sup> Vgl. § 421 t Abs. 1 Nr. 2 und § 77 SGB III unterstützt durch ESF, was allerdings praktisch nur selten vorkam, vgl. *Konle-Seidl/Stephan*, Sozialer Fortschritt 2009, S. 235, 239.

<sup>103</sup> *Konle-Seidl/Stephan*, Sozialer Fortschritt 2009, S. 235, 236, 239.

<sup>104</sup> Dazu mussten erst die Regelungen über den Verzugslohn bei Arbeitsausfall von Leiharbeitern in § 11 Abs. 4 AÜG geändert werden, BT-Drs. 16/11740, S. 33 f. »Gesetz zur Sicherung von Beschäftigung und Stabilität in Deutschland« vom 2.3.2009, BGBl. I 2009, S. 416.

<sup>105</sup> WeGebAU = »Weiterbildung Geringqualifizierter und beschäftigter älterer Arbeitnehmer in Unternehmen«, dazu BT-Drs. 16/11740, S. 2, 22 f.

<sup>106</sup> Zahlen bei *Bogedan*, WSI-Mitteilungen 2010, 314, 316, 318.

<sup>107</sup> *Bogedan*, WSI-Mitteilungen 2010, 314, 319.

<sup>108</sup> Jüngerer Überblick zu betrieblichen Bündnissen bei *Moll*, FS Bepler, 2012, S. 425 ff.; *Reim/Ahrendt*, in: Däubler, TVG, 3. Aufl., Baden-Baden 2012, § 1 Rn. 1171 ff.

<sup>109</sup> *Henschel/Heuschmid*, in: Däubler (Fn. 108), § 1 Rn. 838 ff. differenziert bei tariflichen Regelungen zwischen Vereinbarungen zur Verhinderung einer Standortverlagerung (Standortsicherungs- bzw. Sanierungsvereinbarungen), Vereinbarungen über Arbeitszeitverringerung (Beschäftigungssicherungsverträgen) und Tarifsozialvereinbarungen zur sozialen Abmilderung einer Betriebsschließung. Zur Erstreikbarkeit von Standortsicherungstarifverträgen vor dem Hintergrund des § 111 BetrVG *Ritschel/Paschke*, AuR 2007, 110 ff.; grds. auch BAG, 24.4.2006 – 1 AZR 252/06 – BAGE 122, 134 ff. mit Anm. *Deinert*, jurisPR-ArbR 1/2008, Anm. 3.

<sup>110</sup> Vgl. die zentrale Entscheidung des BAG, Beschluss vom 20. April 1999 – 1 ABR 72/98 – NZA 1999, 887.

<sup>111</sup> *Bogedan/Brehmer/Seifert*, WSI-Mitteilungen 2011, 51 ff.

<sup>112</sup> Zur Aktualität dreiseitiger Kollektivvereinbarungen BAG, 15.4.2008 – 1 AZR 86/07 – NZA 2008, 1074 ff.; zur dogmatischen Einordnung *Zachert*, NZA 2006, 10 ff.; *Ruch*, Dreiseitige Vereinbarungen, Frankfurt/M. 2010 (zugl. Bonn, Univ., Diss. 2009).

<sup>113</sup> Grundsätzlich *Henschel/Heuschmid*, in: Däubler (Fn. 108), § 1 Rn. 633 ff.

Kurzarbeit war der Soziale Dialog auf betrieblicher wie überbetrieblicher Ebene ein wichtiger Stabilitätsgarant. Erste Auswertungen haben ergeben, dass betriebliche Bündnisse für Arbeit während der Krise eine beachtliche Stabilität gegenüber äußeren Einflüssen genossen, was mit einer besonders professionellen Zusammenarbeit der Betriebsparteien begründet worden ist.<sup>114</sup>

#### b) Die Koalitionspluralisierung

Schon vor der Krise – aber auch während derer – haben sich die Beschäftigungsbedingungen nicht zuletzt auch durch das gezielte Zusammenwirken bestimmter Koalitionen verschlechtert, insbesondere wenn es denen auf Arbeitnehmerseite an der für den Abschluss von Tarifverträgen erforderlichen Tariffähigkeit fehlte.<sup>115</sup> Fehlanreize wurden zudem durch die zunehmenden und gesetzlich zum Teil nicht hinreichend konkreten *opt-out*-Regelungsmöglichkeiten zugunsten von Tarifparteien gesetzt, die wiederum zu einer unzulässigen Unterschreitung von gesetzlich zwingend gesetzten Schutzstandards geführt haben.<sup>116</sup> Infolge der geänderten Rechtsprechung des BAG zur Konkurrenz mehrerer Tarifverträge innerhalb eines Betriebes – sog. Tarifpluralität in Bezug auf Inhaltsnormen<sup>117</sup> – ist mit einem verstärkten Wettbewerb unter den Gewerkschaften zu rechnen, wobei deren Tariffähigkeit<sup>118</sup>, insbesondere ihre Gegnerunabhängigkeit<sup>119</sup> sowie ihre soziale Mächtigkeit genau beobachtet werden müssen.<sup>120</sup>

Im Bereich der Leiharbeit sind die Entwicklungen besonders fatal, hat der deutsche Gesetzgeber die Möglichkeit zum *opt-out* vom Gleichbehandlungsgrundsatz gar dergestalt zugelassen, dass die Tarifverträge auch durch einfache vertragliche Regelung in Bezug genommen werden können – praktisch meist in Form von Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Arbeitgebers, ohne dass der Leiharbeiter überhaupt in der tarifschließenden Gewerkschaft organisiert sein muss,<sup>121</sup> vgl. §§ 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 3, 9 Nr. 2 3. Halbsatz AÜG. Infolge der wichtigen BAG-Entscheidung<sup>122</sup> zur Tariffähigkeit über den Spitzenverband CGZP<sup>123</sup> hat dieses Umgehungsmodell zumindest einen wichtigen Dämpfer mit ganz erheblichen Folgewirkungen für die Branche erfahren.<sup>124</sup>

#### 4. Exkurs: Mindestlohn bislang nur in kleinen Schritten

Die Krise hat sich zwangsläufig auf die Lohnentwicklung ausgewirkt. Zum einen haben sich die Tariflöhne nur sehr

moderat erhöht. 2009 lagen die Tariflohnsteigerungen bei 2,5–3 %, 2010 nur selten über 2 %.<sup>125</sup> Europaweit sind selbst die Mindestlöhne unter Druck geraten.<sup>126</sup>

In Deutschland ist hingegen in die Mindestlohndebatte trotz intensiver politischer Forderungen wenig Bewegung geraten: Es fehlt bislang an einem sektorübergreifenden gesetzlichen Mindestlohn. Immerhin sind weitere Branchen in das AEntG aufgenommen worden und ermöglichen einen Mindestlohn durch Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrages.<sup>127</sup> Im Sommer

114 Dazu *Bogedan/Brehmer/Seifert*, WSI-Mitteilungen 2011, 51, 59. Beachtlich aber auch die Risiken, die mit einer zu starken Konfliktdämpfung und der daraus folgenden Konsensorientierung einhergehen – dazu *Detje/Menz/Nies/Sauer*, WSI-Mitteilungen 2011, 503, 508.

115 BAG, 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – NZA 2011, 289 ff.

116 Ausführlich dazu am Bspl. des § 7 Abs. 2a ArbZG *Kohte*, FS Bepler, 2012, S. 287 ff.; allgemein *Schlachter/Klauk*, AuR 2010, 354 ff.; *D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 2010 (zugl. Köln, Univ., Diss. 2010).

117 BAG, 7.7.2010 – 4 AZR 549/08 – NZA 2010, 1068 ff.

118 Seit der höchstrichterlich festgestellten Tariffähigkeit der CGZP finden sich zahlreiche Entscheidungen über die Tariffähigkeit christlicher Einzelgewerkschaften, wie zB. ArbG Duisburg, 22.8.2012 – 4 BV 29/12 – AuR 2012, 375 (BIGD); LAG Hamburg, 21.3.2012 – 3 TaBV 7/11 – AuR 2012, 229 (medsonet); LAG Hamm, 23.9.2011 – 10 TaBV 14/11 – NZA-RR 2012, 25 (GKH im CGB)

119 Vgl. LAG Köln, 20.5.2009 – 9 TaBV 105/08 – AuR 2009, 316.

120 Vgl. die richtungsweisende Entscheidung BAG, 5.10.2010 – 1 ABR 88/09 – BAGE 136, 1 ff.; dazu *Klimpe-Auerbach*, AuR 2011, 285 ff.; der 1. BAG-Senat sagt ausdrücklich, dass die Durchsetzungsfähigkeit als Ausdruck sozialer Mächtigkeit von der Mitgliederzahl und der Organisationsstruktur abhängt; weniger konsequent noch BAG, 28.3.2006 – 1 ABR 58/04 – BAGE 117, 308.

121 Obendrein wirken wegen des geringen Organisationsgrades von Leiharbeitern diese verschlechternden Tarifverträge ohnehin in den seltensten Fällen nicht normativ.

122 BAG, 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – NZA 2011, S. 289 ff.; in BAG, 24.7.2012 – 1 AZB 47/11 – NZA 2012, 1061 hat der 1. BAG-Senat bestätigt, dass die CGZP im zeitlichen Geltungsbereich ihrer Satzungen vom 11.12.2002, 5.12.2005 sowie vom 8.10.2009 weder als Gewerkschaft nach § 2 Abs. 1 TVG noch als Spitzenorganisation nach § 2 Abs. 3 TVG tariffähig war; vgl. dazu zuvor jeweils BAG, 23.5.2012 – 1 AZB 67/11, NZA 2012, 625 sowie BAG, 23.5.2012 – 1 AZB 58/11 – NZA 2012, 623.

123 Die Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen.

124 *Schlegel*, NZA 2011, 380; für frühere Tarifabschlüsse der CGZP LAG Berlin, 9.1.2012 – 24 TaBV 1285/11 – AuR 2012, 87.

125 WSI Tarifbericht 2009, abrufbar unter [http://www.boeckler.de/102230\\_95781.html](http://www.boeckler.de/102230_95781.html) (25.1.2013); *Bispinck*, Tarifpolitischer Jahresbericht 2010: Beschäftigungssicherung und gedämpfte Lohnentwicklung, WSI-Mitteilungen 2011, 123 ff.

126 Überblick bei *Schulten*, WSI-Mitteilungen 2011, 131 ff.

127 ÄnderungG vom 20.4.2009, BGBl. I 2009, S. 799; soweit es an verallgemeinerungsfähigen Tarifverträgen fehlt, richtet sich das Verfahren nach dem Mindestarbeitsbedingengesetz, das durch das »Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen« vom 22.4.2009, BGBl. I 2009, S. 818 geändert worden ist. Zu den Wirkungen *Bayreuther*, DB 2009, 678 ff.; zur Diskussion einer Reform der Allgemeinverbindlicherklärung *Däubler*, WSI-Mitteilungen 2012, 508 ff.

2010 schätzte die Bundesregierung die so geschützten Arbeitnehmer auf 2,1 Mio.,<sup>128</sup> was gerade einmal 8 % der Beschäftigten ausmacht und die nach wie vor bestehende Handlungsnotwendigkeit verdeutlicht. Inzwischen wurde auch für die Leiharbeitsbranche eine gesetzliche Lohnuntergrenze<sup>129</sup> eingeführt,<sup>130</sup> womit allerdings die anhaltenden Prekaritätsprobleme in der Leiharbeit nicht beseitigt sind.

## IV. Lehren aus der Krise

### 1. Wirkungen der Arbeitszeitflexibilisierungen

Das deutsche Krisenmanagement, auf den Erhalt von Beschäftigungsverhältnissen zu setzen, damit die Betriebe mit ihrer Stammebelegschaft aus der Krise starten können, hat ausweislich der aktuellen Arbeitsmarktzahlen offensichtlich funktioniert. Die Arbeitslosenrate ist in Deutschland niedriger als vor der Krise. Durch zahlreiche interne Flexibilisierungsmaßnahmen, teilweise gestützt durch Sozialleistungen (Kurzarbeitergeld), wurde bspw. 2009 die Arbeitszeit je Beschäftigtem durchschnittlich um 43,5 Stunden oder um 3,2 % verringert. Die Arbeitszeitverringerung entsprach einem Umfang von 1,2 Mio. Vollzeitstellen.<sup>131</sup> Für die Stammebelegschaften hielten sich die Krisenauswirkungen in Grenzen. Bleibt die Kehrseite dieser Medaille. Sie wurde eingangs bereits näher beschrieben.

### 2. Leiharbeit – auch nach der Krise stark verbreitete atypische Beschäftigungsform

Eine zentrale Baustelle ist und bleibt die Leiharbeit. Einige Mängel des AÜG sind 2011 gesetzlich nachgebessert worden.<sup>132</sup> Das Ergebnis befriedigt jedoch noch nicht. Unzureichend ist die weiterhin zulässige tarifvertragliche Abweichung vom Gleichheitsgebot sowie die unterbliebene Definition der »nur vorübergehenden Überlassung«<sup>133</sup>, die dem auch vom Gesetzgeber nicht intendierten Abbau von Normalarbeitsplätzen durch billigere Leiharbeit kein Ende setzen wird.<sup>134</sup> Die Lohnuntergrenze in der Leiharbeitsbranche<sup>135</sup> kann die Ausweitung von Niedriglöhnen in der Leiharbeit nicht verhindern. Der Versuch, den Drehtüreffekt durch eine 6-monatige Einstellungssperre zu unterbinden, ist halbherzig.<sup>136</sup>

Die Wirkungen der Leiharbeit bleiben damit auch weiterhin prekär. Denn Brücken- oder Klebeffekte der Leiharbeit lassen sich nur bei rund 10 % der Leiharbeitnehmer feststellen. Besonders deutlich sind die Lohnnachteile von Leiharbeitern gegenüber vergleichbaren Kollegen der Stammebelegschaften; sie liegen auch nach gesetzlichem Mindestlohn bei ca. 20 %, teilweise bei bis zu 45 %. Folglich beziehen 12 % der Leiharbeiter neben ihrem Lohn ergänzende Sozialleistungen nach dem SGB II.<sup>137</sup>

Gegen den Missbrauch von Leiharbeit müssen die Betriebsräte weiterhin aktiv und konsequent auf den von der Rechtsprechung bestätigten<sup>138</sup> Wegen kollektiver Mitgestaltung schon bei Ausschreibungs- und Stellenbesetzungsverfahren vorgehen. So sollten Betriebsräte von ihrem Recht Gebrauch machen und eine interne Stellenausschreibung gem. § 93 BetrVG gerade auch dann verlangen, wenn deren Besetzung mit einem Leiharbeiter geplant ist. Verstößt der Arbeitgeber dennoch gegen die Ausschreibungspflicht gem. § 93 BetrVG, können Betriebs-

128 BT-Drs. 17/2282, S. 1.

129 Wobei es sich bei der Konstruktion in § 3a AÜG sowohl der Wirkungsweise wie auch den Rechtsfolgen nach nicht um einen gesetzlichen Mindestlohn vergleichbar den branchentypischen Mindestlöhnen, die auf Tarifverträgen beruhen und durch Rechtsverordnung ihrer Geltungserstreckung erlangen. Zu den dogmatischen und rechtspolitischen Hintergründen anschaulich *D. Ulber*, AuR 2012, 426 ff.

130 § 3a AÜG geändert durch »Erstes Gesetz zur Änderung des AÜG – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung« vom 28.4.2011, BGBl. I 2011, S. 642. Der nun allgemeinverbindliche Tarifvertrag für die Zeitarbeitsbranche zwischen DGB und BZA normiert Mindeststundenlöhne ab 1.1.2012 bei 7,89 € (West) und 7,01 € (Ost) und ab 1.11.2012 bei 8,19 € (West) und 7,50 € (Ost), zum Verfahren *D. Ulber*, AuR 2012, 426.

131 *Pickshaus/Urban*, Gute Arbeit, Frankfurt/M. 2010, S. 22.

132 Zum 1.5. bzw. 1.12.2011 sind die Änderungen des AÜG durch das »Erste Gesetz zur Änderung des AÜG – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung« in Kraft getreten, dazu BT-Drs. 17/4804.

133 Zwar ist damit die max. 2-jährige Überlassungsdauer gestrichen und dauerhafter Leiharbeitereinsatz seit 1.12.2011 unzulässig; die Verantwortung einer Konkretisierung hat der Gesetzgeber wieder einmal auf Wissenschaft und Rechtsprechung abgewälzt; zu möglichen Differenzierungen für eine Anknüpfung an § 7 S. 2 BetrVG, § 1 Abs. 1 KSchG bzw. § 14 Abs. 1 TzBfG *Zimmer*, AuR 2012, 89; *dies.* ausführlich in AuR 2012, 422 ff.

134 Vgl. nur die Personalpolitik von BMW im gut ausgelasteten Werk in Leipzig und die in erster Instanz vom ArbG Leipzig am 15.2.2012 ersetzte Zustimmung zum Einsatz weiterer Leiharbeitnehmer, dazu [http://www.mdr.de/sachsen/leiharbeit-prozess-bmw100\\_zc-f1f179a7\\_zs-9f2fcd56.html](http://www.mdr.de/sachsen/leiharbeit-prozess-bmw100_zc-f1f179a7_zs-9f2fcd56.html) (25.1.2013).

135 Vgl. Fn. 129.

136 Indem ein Leiharbeiter, der innerhalb von 6 Monaten zuvor als Normalarbeitsnehmer vom gleichen Arbeitgeber gekündigt worden ist, nicht zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen eingestellt werden darf.

137 So schon *Waltermann* (Fn. 6), S. 46; *Laux*, FS *Bepler*, 2012, S. 335, 336; *Bosch*, Missbrauch von Leiharbeit verhindern, Analyse des Instituts Arbeit und Qualifikation (IAQ) – IAQ-Standpunkte 2/2011.

138 Grundlegend BAG, 1.2.2011 – 1 ABR 79/09 – DB 2011, 1282; BAG, 1.6.2011 – 7 ABR 18/10 – BB 2011, 3135.

räte bei entsprechender Betriebsgröße ihre Zustimmung zur Einstellung eines Leiharbeiters gem. § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG verweigern. Schreibt der Arbeitgeber intern aus und gelingt es, die bereits Beschäftigten zu einer Bewerbung zu motivieren, begründet die Ausschreibungspflicht nach hM. zwar keine Besetzungspflicht zugunsten bereits Beschäftigter<sup>139</sup>; gleichwohl ergeben sich im Stellenbesetzungsverfahren weitere Möglichkeiten, die Vergrößerung der Randbelegschaft zu verhindern, sei es, dass der Betriebsrat auf die Einhaltung einer vereinbarten Auswahlrichtlinie Einfluss nehmen und diese im Wege des § 99 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG mittelbar auch durchsetzen kann, sei es, dass er darauf achten kann, dass für interne wie externe Bewerber gleiche Auswahlkriterien gelten.<sup>140</sup> Gleichzeitig müssen die Akteure wachsam bleiben, soweit sich bereits Tendenzen zur Umgehung der Gleichbehandlungspflicht durch anderweitige Fremdfirmenbeschäftigung abzeichnen.<sup>141</sup>

### 3. Anhaltende Prekaritätsrisiken für befristete und geringfügig Beschäftigte

Auch im Bereich geringfügiger und befristeter Beschäftigung halten die Prekaritätsrisiken an. Zwar hat sich der Arbeitsmarkt als aufnahmefähiger erwiesen und es sind mehr Übergänge aus Erwerbslosigkeit in Beschäftigung zu verzeichnen. Übergänge in höherwertige und stabilere Beschäftigung sind damit nicht verbunden, sondern eher seltener geworden.<sup>142</sup> Hier liegen die Gestaltungsanforderungen sowohl an die Arbeitgeber als auch an die Sozialpartner, Vorkehrungen für tatsächliche Brücken von prekärer in sichere und ertragsstarke Beschäftigung zu schaffen. Instrumente, wie bspw. Personalplanung, Personalentwicklungsplanung, § 92 BetrVG, sowie gezielte Weiterbildung für befristet oder Teilzeitbeschäftigte, müssen deutlich stärker genutzt werden, §§ 18, 19 TzBfG.<sup>143</sup>

Eine Re-Reform der Ausgrenzung der geringfügig Beschäftigten rückt mit der derzeitigen Bundesregierung in immer weitere Ferne. Die Risiken für diese Beschäftigten, vorwiegend immer noch Frauen, sind längst bekannt und dokumentiert. Geringfügige Beschäftigung ist besonders missbrauchsanfällig und prekär<sup>144</sup>, ihre Verbreitung<sup>145</sup> im Hinblick auf die langfristigen negativen Folgen für die selbständige Absicherung verheerend: Seit der Abschaffung der Höchstarbeitsdauer (dazu oben unter II. 2. c) haben

die Minijobs stark zugenommen, von 5,9 Mio. im Jahr 2003 auf über 7 Mio. seit 2010 (2010: 7,4 Mio., 2011: 7,3 Mio.). Bemerkenswert ist insbesondere, dass im Jahr 2011 für 4,8 Millionen Menschen, darunter 3,2 Millionen Frauen, der Minijob die einzige Erwerbstätigkeit darstellte.<sup>146</sup> Obwohl von prominenten Stimmen daher zu Recht die Abschaffung<sup>147</sup> dieser in vielfältiger Hinsicht sozial-schädlichen Substitutionspraxis zu Lasten von Normalarbeitsverhältnissen gefordert wird, baut die gegenwärtige Bundesregierung deren Anwendungsmöglichkeiten noch aus und erhöht unter dem Vorwand des Inflationsausgleichs die Grenzen für eine sozialversicherungsfreie Beschäftigung von 400 € auf 450 € monatlich<sup>148</sup>.

### 4. Ergebnisse aus der Wirkungsforschung zum SGB II

Die Wirkungsforschung zum SGB II gibt Anstöße für mögliche Reformen des Sozialrechts, wobei diese hier nur kurz skizziert werden können. Während und nach der Krise hat sich die Eingliederung langzeitarbeitsloser Men-

139 BAG, 18.11.1980 – 1 ABR 63/78 – AP Nr. 1 zu § 93 BetrVG 1972 sowie BAG, 30.1.1979 – 1 ABR 78/76 – AuR 1980, 59; *Fitting*, BetrVG, 25. Aufl., München 2010, § 93 Rn. 13.

140 *Fitting* (Rn. 139) § 93 Rn. 13; BAG 23.2.1988 – 1 ABR 82/86 – AP Nr. 2 zu § 93 BetrVG 1972 = DB 1988, 1452.

141 Zur jüngeren Problematik von Scheinwerkverträgen zur Umgehung des AÜG BT-Drs. 17/6605 und 17/6714; insgesamt zur Problematik der Substitution von Normalarbeitsverhältnissen durch (Schein)Werkverträge *Klebe*, AiB 2012, 559 ff. sowie *Klebe/Karthaus*, NZA 2012, 417 ff.; zu möglichen Folgen für die Neubestimmung des Gegenstandes tarifvertraglicher Regelungen über das klassische Arbeitsverhältnis hinaus *Nebe*, in: Däubler (Fn. 108), § 1 Rn. 321.

142 *Konle-Seidl/Trübswetter*, IAB-Kurzbericht, 25/2011, unter [www.iab.de](http://www.iab.de) (25.1.2013).

143 Vertiefend *Nebe*, FS Bepler, 2012, S. 439, 445 ff.; anschaulich *Paschke*, in: Busch/Feldhoff/Nebe (Hrsg.), Tagungsband zum Geburtstagssymposium für Wolfhard Kohte, 2012, S. 149 ff.

144 *Voss/Weinkopf*, WSI-Mitteilungen 2012, Heft 1, 5 ff.; *Dingeldey/Sopp/Wagner*, WSI-Mitteilungen 2012, Heft 1, 32 ff.; *Klenner/Schmidt*, Minijobs – riskante Beschäftigungsform beim normativen Übergang zum »Adult-Worker-Model«, WSI-Mitteilungen, Heft 1/2012, 22 ff.

145 Sie ist die einzige Beschäftigungsform, die während der Krise zugenommen hat, IAB-Kurzbericht 3/2010, S. 5, was ihre substituierende Funktion gegenüber dem Normalarbeitsverhältnis bestätigt.

146 Vgl. die Daten aus Böcklerimpuls 1/2012, S. 4.

147 *Waltermann* (Fn. 6), S. 27 ff., 40; Erster Gleichstellungsbericht der Bundesregierung, BT-Drs. 17/6240, S. 155; *Zimmer*, FS Pfarr, 2010, S. 296 ff.; 68. DJT, Beschlüsse in der arbeits- und sozialrechtlichen Abteilung, abrufbar unter [http://www.djt.de/djtmedia/files/68\\_djt\\_beschluesse.pdf](http://www.djt.de/djtmedia/files/68_djt_beschluesse.pdf) (25.1.2013).

148 Durch das Gesetz zu Änderungen im Bereich der geringfügigen Beschäftigung wurden die Verdienstgrenzen für sog. Minijobs auf monatlich 450 € und für Midijobs auf 850 € ab 1.1.2013 angehoben, Gesetz zur Änderung im Bereich der geringfügigen Beschäftigung vom 5.12.2012 BGBl. I 2474; zum Entwurf BT-Drs. 17/10773.



schen in Normalarbeitsverhältnisse als am schwierigsten erwiesen.<sup>149</sup> Mit der Ausgliederung der Langzeitarbeitslosen aus der Arbeitslosenversicherung in das soziale Fürsorgesystem des SGB II hat sich die Förderungsstrategie verschoben,<sup>150</sup> denn Langzeitarbeitslosen werden als »Eingliederungsleistungen« überwiegend Arbeitsgelegenheiten gegen Mehraufwandsentschädigungen angeboten (sog. Ein-Euro-Jobs), ohne dass diese tatsächlich die Chancen auf eine Eingliederung in ein Normalarbeitsverhältnis erhöhen; längerfristige Arbeitslosigkeit muss daher schon früher verhindert werden, wobei betriebsnahe Förderinstrumente (wie Lohnkostenzuschüsse, Gründungsförderung oder betriebliche Trainingsmaßnahmen) die höchste Effektivität gemessen an der Integration von Arbeitslosen in Erwerbstätigkeit erzielt haben<sup>151</sup>.

## V. Fazit: Sozialer Dialog für stabile Übergänge statt Prekarität

Die Reformen, die krisenbedingten Interventionen und deren jeweilige Wirkungen lassen, auch wenn sie angesichts von Fülle und Komplexität noch nicht ausreichend sozialwissenschaftlich erforscht sein können, doch verschiedene weiterführende Überlegungen zu, die noch einmal abschließend zusammengefasst werden sollen.

Normative Leitbilder sind als Orientierung sowohl für die gewöhnlichen Herausforderungen der Arbeitswelt als auch für besondere Krisensituationen unverzichtbar. Nach geltenden europäischen und supranationalen Normen muss ein solches Leitbild durch ein sicheres und ertragsstarkes Normalarbeitsverhältnis determiniert werden, welches lebenszyklische Diskontinuitäten einschließt und hierfür passende Übergangslösungen für eine eigenständige und ertragsstarke Erwerbsarbeit bereit hält.<sup>152</sup> Soweit zur allgemeinen arbeitsmarktpolitischen Beschäftigungssicherung und –förderung flexible Beschäftigungsformen zugelassen werden, stellt sich nicht die Frage, inwieweit diese das Normalarbeitsverhältnis ändern und durch dessen größere Flexibilität einer zu starken Differenz zwischen atypischer und normaler Beschäftigung und damit einer Segmentierung des Arbeitsmarktes entgegengewirkt werden könnte; es muss vielmehr darum gehen, die neuen

Beschäftigungsformen am Leitbild des Normalarbeitsverhältnisses zu messen, nicht umgekehrt.<sup>153</sup> Damit wird auch die Zielrichtung von Flexibilisierungsmaßnahmen deutlich; sie müssen die Durchlässigkeit und den Übergang in das Normalarbeitsverhältnis zum Ziel haben, nicht umgekehrt.

Diese grundsätzliche Prämisse müssen sämtliche Akteure vor Augen haben, sowohl bei antizipativen Maßnahmen als auch bei kurzfristigen Interventionsmaßnahmen und ebenso bei deren jeweiliger Wirkungsevaluation. Auf der Basis des oben beschriebenen Leitbildes müssen die Deregulierungen, wie sie mit den »Hartz«-Gesetzen, insbesondere in Bezug auf Leiharbeit, geringfügige und befristete Beschäftigung erfolgt sind, rasch überarbeitet und mit geltendem Recht in Einklang gebracht werden. Auf Einzelheiten wurde eingegangen. Hinsichtlich der Kriseninterventionen ist festzuhalten, dass diese gleichzeitig und nicht erst nachträglich alle Beschäftigte hätten in den Blick nehmen müssen. So hätte Kurzarbeitergeld sofort auch für Leiharbeiter ermöglicht werden können. Weiterbildung und Qualifikation, aber auch gesundheitliche Präventionsmaßnahmen sind wichtige Bausteine für tragfähige Brücken in sichere Erwerbsverhältnisse. Die Anreize des Gesetzes hätten in den Betrieben aufgegriffen werden müssen, um die Zeit des Beschäftigungsrückgangs effektiv zu nutzen.

Der Gesetzgeber ist gefordert, die verantwortungsvolle Arbeit zahlreicher Sozialpartner dadurch zu sichern, dass er unverzüglich die strukturellen Anreize zur Umgehung oder Unterschreitung von Mindeststandards abschafft. Ohne eine solche Re-Reform wird es kein nachhaltiges »Beschäftigungswunder« in Deutschland geben.

149 Vgl. nur die Zahlen bei Sell, in: Knickrehm/Rust (Fn. 64), S. 51 ff., S. 71: in den Jahren 2005 bis 2007 waren 3,15 Mio. Personen durchgehend im SGB-II-Bezug, das entspricht einer Verbleibensrate von 45 %; 40 % der ehemaligen SGB-II-Leistungsbezieher sind innerhalb von 12 Monaten erneut im Leistungsbezug; im Dezember 2007 waren 78 % der Leistungsempfänger mindestens 12 Monate im Leistungsbezug; trotz rückläufiger Empfängerzahlen sank deren Zahl nicht.

150 Kritisch dazu Knickrehm, in: Knickrehm/Rust (Fn. 64), S. 50.

151 Sell (Fn. 149), S. 54 f.

152 Anschaulich Kohle, Referat zum 68. DJT, Band II/1, Sitzungsberichte – Referate und Beschlüsse, S. M 25 ff.

153 Waltermann (Fn. 6), S. 109, 110; Seifert (Fn. 12), S. 24.

## § 12 AGG als Grundlage für Ansprüche auf angemessene Vorkehrungen

Prof. Dr. Eva Kocher und Dr. Johanna Wenckebach,  
Europa-Universität Frankfurt (Oder)<sup>1</sup>

Kann eine hörbehinderte Beschäftigte im Callcenter verlangen, dass ihr geeignete Arbeitsmittel zur Verfügung gestellt werden? Kann eine allein erziehende Mutter verlangen, dass sie jeden Morgen etwas später (später als alle anderen!) anfangen darf, um vorher ihr Kind zum Kindergarten zu bringen? Welche Rechte hat eine Arbeitnehmerin, die von Kunden des Arbeitgebers aufgrund ihres »ausländischen« Aussehens und Akzents abgelehnt wird? Und kann *Lillian Ladele*, gläubige christliche Angestellte in einem britischen Standesamt (London, Islington), sich weigern, bei der Schließung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften (»civil partnerships«) eingesetzt zu werden?<sup>2</sup>

Alle diese Fälle stellen die Frage nach dem Anwendungsbereich und der Reichweite eines »Rechts auf angemessene Vorkehrungen«. Der folgende Text erläutert, inwiefern es sich hierbei um einen allgemeinen Grundsatz des Antidiskriminierungsrechts handelt, und zeigt auf, wo sich solche Rechte bereits im geltenden deutschen Arbeitsrecht finden lassen.

### I. Die gleiche Freiheit: Materielle Gleichbehandlung und individualisierte Anpassung

Der Anspruch auf Gleichbehandlung ist sehr eng mit dem Arbeitsrecht verwoben – die Geltung eines allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes wird nicht mehr in Frage gestellt, und dass der Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht begann und dort am weitesten vorgedrungen ist (siehe auch § 75 BetrVG), scheint auch nicht zu verwundern. Schließlich ist die arbeitsteilige Erwerbsarbeit durch kollektive Strukturen geprägt: Die Arbeitswelt schafft berechnete Ansprüche auf Gleichbehandlung, indem sie kollektive Zusammenhänge bildet, Beschäftigte in einen Kontext der Vergleichbarkeit stellt und häufig faktisch gleiche Bedingungen vorgibt.<sup>3</sup>

Wo Gleichheit unter »Gleichen« gewährt wird, hängt die Geltendmachung von Gleichbehandlungsansprüchen

allerdings davon ab, dass gleiche Voraussetzungen vorliegen – der oder die Betreffende also an herrschende Strukturen, Kulturen oder Bedingungen angepasst ist.<sup>4</sup> Bei eher weiblichen Lebensläufen in ihrer ganzen heutigen Differenziertheit<sup>5</sup> war dies immer ein Hindernis, da sie verglichen mit einem »Normallebenslauf« langjähriger ununterbrochener Vollzeitbeschäftigung aus (formaler) Gleichbehandlung nicht diejenigen Voraussetzungen enthalten, die zu einer effektiven gleichen Freiheit erforderlich wären.<sup>6</sup>

Antidiskriminierungsrecht, das Gleichheit in der Differenz gewährleisten will, muss deshalb mehr sein als das formale Recht eines jeden Menschen, im Vergleich zu anderen nicht aus sexistischen, rassistischen, homophoben oder anderen diskriminierenden Gründen schlechter behandelt zu werden. Ein materielles Gleichbehandlungsverständnis, das die gesellschaftliche Realität als Voraussetzung ernst

1 Europa-Universität Viadrina, Der Text entstand im Rahmen des von der HBS geförderten Forschungsprojektes »Arbeits- und sozialrechtliche Regulierung für Übergänge im Lebenslauf« (SozRA); die Autorinnen bedanken sich bei Felix Welti und dem gesamten Projektteam für die wertvollen Hinweise zu früheren Fassungen (ohne damit die Verantwortung für verbliebene Unzulänglichkeiten abgeben zu wollen). Eva Kocher dankt auch den Teilnehmerinnen und Teilnehmern des Symposiums »Discrimination and Difference«, 14./15.6.2012 an der FU Berlin. Herzlicher Dank für hilfreiche Anmerkungen geht auch an die Redaktion der Zeitschrift »Soziales Recht«!

2 »Nein«, antwortete der Court of Appeal (Civil Division) in der Sache »Ladele v. London Borough of Islington«, Urteil vom 15.12.2009, [2009] EWCA Civ 1357; der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (case no. 51671/10) wird demnächst über die Individualbeschwerde von Frau Ladele entscheiden (die Anhörung vor der Kammer fand am 4.9.2012 statt).

3 Siehe Kocher, RdA 2002, 167 ff.

4 Lacey, in: Townshend-Smith, Discrimination Law, 1998, 73 ff.; Davies, Perspectives of Labour Law, 2004, 131; Habermas spricht von »asymmetrischen Auswirkungen« von Gesetzen, die auf einem formalen Gleichheitskonzept basieren (*Habermas, Zwischen Naturalismus und Religion*, Frankfurt/M. 2005, S. 279, 302); Schiek, in: Schiek (Hrsg.), AGG, München 2007, Einl. Rn. 54; Fuerst, Behinderung zwischen Diskriminierungsschutz und Rehabilitationsrecht, Baden-Baden 2008, S. 80 mit Hinweis auf das »dilemma of difference«.

5 Anschaulich: Sachverständigenkommission Gleichstellungsbericht (Hrsg.), Neue Wege – gleiche Chancen. Gleichstellung von Frauen und Männern im Lebensverlauf, Gutachten für den Ersten Gleichstellungsbericht der Bundesregierung, 2011; abrufbar unter [www.gleichstellungsbericht.de](http://www.gleichstellungsbericht.de) (16.8.2012).

6 Siehe auch Nassibi/Wenckebach/Zeibig, djbZ 2012, 111 ff.

nimmt,<sup>7</sup> führt insbesondere dazu, nicht nur die unmittelbare, sondern auch die mittelbare Diskriminierung zu untersagen<sup>8</sup> sowie positive Maßnahmen zu erlauben oder gar anzuordnen. So zwingt das Antidiskriminierungsrecht zu einer Hinterfragung von Normalitätskriterien<sup>9</sup> und macht deutlich, dass es bei Gleichbehandlung letztlich um Fragen von persönlicher Autonomie und gleicher Freiheit bei faktischer Ungleichheit geht.<sup>10</sup>

Wenn aber Autonomie auf ein selbstbestimmtes Leben in sozialen Bezügen gerichtet ist und die Qualität sozialer Inklusion sich danach bestimmt, wie viel Raum sie für persönliche Lebensgestaltung bildet,<sup>11</sup> muss der normative Anspruch des Diskriminierungsschutzes über die Berücksichtigung von faktischen und gesellschaftlichen Ungleichheiten bzw. »Gruppenzugehörigkeiten« noch hinausgehen. Denn es gibt zwar gesellschaftliche Gründe dafür, dass familiäre Verpflichtungen genau wie gesundheitliche Voraussetzungen und Einschränkungen in verbreiteten Formen der Organisation von Erwerbsarbeit als »privates« Problem gelten. Im betrieblichen Zusammenhang treten diese Fragen aber in individualisierter Form auf: Typischerweise verlangen »individuelle« Veränderungen der privaten Lebensgestaltung dann nach einer individualisierten Anpassung – des Arbeitsplatzes, der Arbeitszeiten, des Arbeitsortes, der Beziehungen zu Kunden und Kundinnen, etc. Gerade das Unterlassen einer Differenzierung durch Außerachtlassung individueller Bedarfe bewirkt in solchen Fällen soziale Nachteile.<sup>12</sup>

## II. Das Recht auf angemessene Vorkehrungen: Analyse der Rechtsfigur

Für die Fälle der Behinderung ist der Zusammenhang zwischen materieller Gleichbehandlung und individualisierter Anpassung bereits häufig explizit behandelt worden; normativ findet er Ausdruck im Gebot angemessener Vorkehrungen. So schreibt Art. 5 Rahmenrichtlinie 2000/78/EG<sup>13</sup> den Mitgliedsstaaten vor, Arbeitgeber dazu zu verpflichten, angemessene Vorkehrungen für Menschen mit Behinderung zu treffen. Das heißt, dass der Arbeitgeber »die geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen ergreift, um den Menschen mit Behinderung den Zugang zur Beschäftigung, die Ausübung eines Berufes, den beruflichen Aufstieg und die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen zu ermöglichen«.

Gemäß Art. 3 lit. d UN-Behindertenrechtskonvention<sup>14</sup> (UN-BRK) ist die Achtung vor der Unterschiedlichkeit von Menschen mit Behinderung ein expliziter Grundsatz der Konvention; sie geht davon aus, dass soziale Inklusion auf der Grundlage persönlicher Selbstbestimmung erfolgen muss.<sup>15</sup> In ihrem Art. 2 definiert sie angemessene Vorkehrungen als »notwendige und geeignete Anpassungen [...], wenn sie in einem bestimmten Falle erforderlich sind [...].« Deutschland ist nicht nur unionsrechtlich, sondern auch als Vertragsstaat der UN-BRK verpflichtet, die Bereitstellung angemessener Vorkehrungen mithilfe aller geeigneten Schritte zu gewährleisten (Art. 5 Abs. 3 UN-BRK).

Zu den einschlägigen Rechtsgrundlagen aus dem deutschen Recht zählt insbesondere § 81 Abs. 4 S. 1 SGB IX.<sup>16</sup> Hier bestehen Ansprüche Schwerbehinderter<sup>17</sup> auf bevorzugte Berücksichtigung bei innerbetrieblichen Maßnahmen der beruflichen Bildung oder auf behinderungsgerechte Einrichtung und Unterhaltung des Arbeitsplatzes, auf Anpassung und Neuverteilung der Arbeitszeit<sup>18</sup> und Arbeitszeitverkürzungen (§ 81 Abs. 5 SGB IX). Die britische Gleichbehandlungskommission benennt als Beispiele für das Recht auf »reasonable adjustments« aus Sec. 20

7 Blanke/Graue, in: Däubler/Bertzbach (Hrsg.), Handkommentar zum AGG (HK-AGG), Baden-Baden 2008, Einl., Rn. 214 ff.; Rn. 221; ausführlich zum Konzept materieller Chancengleichheit Wenckebach, Antidiskriminierungsrechtliche Aspekte des Kündigungsschutzes in Deutschland und England, Baden-Baden 2012, (zugl. Diss. Universität Bremen 2011/2012), S. 44 ff.; Kocher, RdA 2002, 167 ff.

8 Fredman, Discrimination Law, 2002, 106; Schiek (Fn. 4), § 3 Rn. 21; Burg, Positive Maßnahmen zwischen Unternehmerfreiheit und Gleichbehandlung, Berlin 2009, S. 30; mittlerweile auch anerkannt von Adomeit/Mohr, AGG, 2. Aufl., Stuttgart 2011, § 3 Rn. 123.

9 Kocher, WSI-Mitt. 2007, 434, 435; Thüsing, ZfA 2006, 241, 248.

10 Baer, ZRP 2002, 290, 292; vgl. auch Deinert, in: Kittner/Zwanziger/Deinert, Arbeitsrecht, 6. Aufl., Frankfurt/M. 2011, § 1 Rn.14; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, München 2007, Rn. 26; zur Funktion von Art. 3 I als Teilhaberecht Heun, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band I, 2. Aufl., Tübingen 2004, Art. 3 Rn. 59.

11 Bielefeldt, Zum Innovationspotential der Behindertenrechtskonvention, Deutsches Institut für Menschenrechte 2009, S. 11.

12 Leder, Das Diskriminierungsverbot wegen Behinderung, Berlin 2006, (zugl. Hamburg, Bucerius Law School, Diss. 2005) S. 241; Fuerst (Fn. 4), S. 85; Welti, SGB 2010, 441 ff.; Zatz, Columbia Law Review 109 (2009), 1357, 1390.

13 Vom 27. November 2000; nachfolgend: Rahmenrichtlinie.

14 In Deutschland ratifiziert durch Gesetz vom 21.12.2008.

15 Bielefeldt (Fn.11), 11.

16 Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 3. Aufl. München 2011, § 12 Rn. 2; Raasch, in: Rust/Falke, AGG, Berlin 2007, § 5 Rn. 105; Schiek (Fn. 4), § 3 Rn. 81; dazu Nassibi, NZA 2012, 720 ff.

17 Zur Problematik des Anwendungsbereichs siehe genauer unten III. 2. a), bei Fn. 98 ff.

18 Dazu Paschke, AuR 2012, 11, 12.

des britischen *Equality Act 2010* flexible Arbeitszeiten oder eine inhaltliche Umstrukturierung der Arbeitsaufgaben, wobei ausdrücklich betont wird, dass es stets einer individuellen Lösung anhand der konkreten Bedürfnisse der jeweiligen Person bedürfe; dies könne von der simplen Neuordnung des Mobiliars am Arbeitsplatz bis hin zur Schaffung einer neuen Stelle gehen.<sup>19</sup>

Auch das Verbot mittelbarer Diskriminierung (§ 3 Abs. 2 AGG, § 81 Abs. 2 SGB IX) oder »positive Maßnahmen« (§ 5 AGG) zielen auf materielle Gleichbehandlung ab und berücksichtigen dabei faktische Differenzen und unterschiedliche Bedarfe;<sup>20</sup> worin unterscheiden sich diese Rechtsfiguren also von der Pflicht, angemessene Vorkehrungen zu treffen?

## 1. Angemessene Vorkehrungen in Abgrenzung zu positiven Maßnahmen und dem Verbot mittelbarer Diskriminierung

### a) Abgrenzung zum Verbot mittelbarer Diskriminierung: Proaktive Pflicht

Angemessene Vorkehrungen sollen gem. Art. 5 Rahmenrichtlinie sicherstellen, dass die Ausübung einer Berufstätigkeit faktisch ermöglicht wird. Diese Ermöglichung kann auch die Beseitigung struktureller Diskriminierungen mit einschließen, und darauf zielt auch das in § 3 Abs. 2 AGG geregelte Verbot mittelbarer Diskriminierung ab.<sup>21</sup> Im englischen Recht sind angemessene Vorkehrungen zu treffen, wenn sich für behinderte Menschen erhebliche Nachteile ergeben können – zB. aus benachteiligenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren.<sup>22</sup> Bei letzterem hat der englische Gesetzgeber bewusst auf die Formulierung des Tatbestandes der mittelbaren Diskriminierung zurückgegriffen.<sup>23</sup> Denn auch bei diesem Tatbestand geht es darum, betriebliche Praktiken zu ändern, die diskriminierende Effekte haben.<sup>24</sup>

Insofern das Verbot mittelbarer Diskriminierungen davon ausgeht, dass »dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren [...] Personen [...] in besonderer Weise benachteiligen können« (§ 3 Abs. 2 AGG), können sich daraus durchaus Obliegenheiten zur Vornahme von Anpassungen ergeben: Will ein Arbeitgeber Sanktionen bei Verstößen gegen Diskriminierungsverbote entgehen, kann er sogar gehalten sein, Anpassungen der betrieblichen Organisation vorzunehmen, um Strukturen aufzubrechen, die mittelbar diskriminierenden Effekt haben (können).<sup>25</sup>

Dies ist bisher insbesondere für das Verbot der mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts festgestellt worden. So hat das LAG Berlin-Brandenburg zu Recht anerkannt, dass das Verbot mittelbarer Diskriminierungen das arbeitgeberseitige Weisungsrecht begrenzen kann; eine Mitarbeiterin, die behinderungsbedingt nicht in Nachtschicht arbeiten kann, sei auch in einem rollierenden Schichtsystem davon auszunehmen.<sup>26</sup> Auch der EuGH hat schon darauf hingewiesen, dass Anforderungen an erhöhte Flexibilität der Beschäftigten im Sinne von Anpassungsfähigkeit an verschiedene Arbeitszeiten und -orte eine mittelbare Benachteiligung von Frauen bedeuten und einer Rechtfertigung bedürfen kann.<sup>27</sup>

Dies ist jedoch lediglich ein mittelbarer Reflex, aus dem sich ein Unterlassungsanspruch ergibt. Auf die Durchführung angemessener Vorkehrungen dagegen besteht ein eigenständiger Rechtsanspruch. Nach dem Wortlaut der Rahmenrichtlinie müssen die Mitgliedstaaten angemessene Vorkehrungen als positive Handlungspflichten ausgestalten, die über eine abwehrrechtliche Dimension hinausgehen; gemäß Art. 5 »sind angemessene Vorkehrungen zu treffen«.<sup>28</sup> Für die Umsetzung der Richtlinienvorgaben im englischen Recht wurde ausdrücklich der Begriff »duty« verwendet.<sup>29</sup> Auch das Innovationspotential der UN-BRK mit ihrer Verpflichtung der Vertragsstaaten zur Sicherstellung der Bereitstellung angemessener Vorkehrungen wird gerade darin gesehen, dass sie die Menschenrechtsdiskussion über die negativ-abwehrrechtliche Funktion indivi-

19 Equality and Human Rights Commission, *Equality Act 2010 Guidance for Employers*, S. 22.

20 *Burg* (Fn. 8), 56; *Schiek* (Fn. 4), § 3 Rn. 55.

21 *Schiek*, (Fn. 4), § 3 Rn. 21; *Fredman* (Fn. 8), S. 106; dies anerkennend jetzt auch *Adomeit/Mohr* (Fn. 8), § 3 Rn. 123.

22 Sec. 20 *Equality Act 2010*.

23 *Equality Act 2010 Explanatory Notes*, 25, Rn. 82.

24 Aus diesem Grund trägt auch eine konsequente Durchsetzung des Verbotes mittelbarer Benachteiligungen zur Durchsetzung der Anwendungsvoraussetzungen des materiellen Gleichheitskonzeptes bei; vgl. *Schiek* (Fn. 4), § 3 Rn. 20; Einl. 53 ff.; Vgl. auch *Kohte*, juris-PR ArbR 38/2005, Anm. I; näher *Wenckebach* (Fn. 7), S. 64 ff.

25 *Kocher*, RdA 2002, 167, 170; die Rechtsfolgen entsprechender Klagen haben nicht nur eine Sanktionsfunktion, sondern durchaus auch generalpräventive Wirkung; *Deinert*, HK-AGG (Fn. 7), § 15 Rn. 13 ff.

26 LAG Berlin-Brandenburg, 4.12.2008 – 26 Sa 343/08 – LAGE § 3 AGG Nr. 1, Rn. 41.

27 EuGH, 17.10.1989 – C-109/88 – Slg. 1989, 3199 (Danfoss), Rn. 22. Im unterschiedenen Fall wurden die tariflichen Regelungen jedoch im Ergebnis akzeptiert.

28 *Raasch*, in: *Rust/Falke* (Fn. 16), AGG, § 5 Rn. 94; *Fuerst* (Fn. 4), S. 86.

29 Sec. 20 *Equality Act 2010*: »Duty to make reasonable adjustments«.

dueller Rechte hinaus erweitert hin zur Idee der Schaffung positiver Gestaltungsmöglichkeiten.<sup>30</sup> Grund für diese Struktur ist ein proaktiver Ansatz. Das Treffen angemessener Vorkehrungen kann den Anlass mittelbarer Benachteiligungen entfallen lassen,<sup>31</sup> bevor sich Rechtsverluste einstellen.

Und selbst wenn die Verwendung der jeweiligen Vorschriften, Kriterien oder Verfahren gerechtfertigt ist (§ 3 Abs. 2 2. Hs. AGG), können angemessene Vorkehrungen denjenigen Chancengleichheit ermöglichen, die ansonsten von der Teilhabe ausgeschlossen würden: Solche Vorkehrungen können Benachteiligten dazu verhelfen, die jeweiligen Kriterien mithilfe bestimmter Anpassungen zu erfüllen. Die Pflicht zum Treffen angemessener Vorkehrungen wird deshalb als Anerkenntnis einer sozialstaatlichen Komponente des Gleichbehandlungsrechts gewertet.<sup>32</sup>

#### **b) Abgrenzung zum Verbot mittelbarer Diskriminierung: Individualisiertes Recht statt Gruppenbezug**

Vor allem aber bedarf es zur Feststellung einer Benachteiligung im Sinne von § 3 Abs. 2 AGG eines Gruppenvergleichs.<sup>33</sup> Verstöße gegen das Verbot der mittelbaren Diskriminierung können gerade nicht im Falle von Einzelmaßnahmen gegenüber den Betroffenen geltend gemacht werden;<sup>34</sup> um die Grenzen zum Verbot direkter Diskriminierungen nicht zu verwischen, gilt § 3 Abs. 2 AGG nur für Kriterien, Vorschriften oder Verfahren, die – zumindest hypothetisch – auch gegenüber anderen Beschäftigten Verwendung finden.

Der EuGH ist auf diese Problematik der Grenzen von Diskriminierungsverboten bei fehlenden Vergleichspersonen gestoßen, als er über die Benachteiligung aufgrund von Schwangerschaft zu entscheiden hatte: Das Gericht hat schwangerschaftsbedingte Benachteiligungen letztlich als direkte Geschlechtsdiskriminierung eingeordnet und dadurch auf einen Vergleich mit männlichen Personen ausdrücklich verzichtet.<sup>35</sup> In anderen Fällen mittelbarer Geschlechtsdiskriminierung bedarf es jedoch nach wie vor eines Nachweises »geschlechtsspezifischer« Unterschiede.<sup>36</sup> Um eine Verletzung des Verbots mittelbarer Diskriminierung geltend zu machen, müssen deshalb Frauen darlegen und beweisen, dass durch ein bestimmtes Organisationskonzept, das eine Vereinbarkeit von Familienarbeit mit der Erwerbsarbeit unmöglich macht, überwiegend Frauen benachteiligt werden. Dies stellt die Betroffenen nicht nur

vor erhebliche Beweisschwierigkeiten,<sup>37</sup> sondern zwingt zu einer Argumentation mit Geschlechtsrollenklischees, die antidiskriminierungsrechtlich gerade überwunden werden sollte.<sup>38</sup>

Aus der Problematik fehlender Vergleichbarkeit behinderter Menschen wurde im britischen Recht hingegen das Gebot auf angemessene Vorkehrungen entwickelt. Nachdem dem Kläger im *Clark v Novacold*<sup>39</sup> nach behinderungsbedingter Arbeitsunfähigkeit und negativer Zukunftsprognose gekündigt worden war, gingen die ersten beiden Instanzen davon aus, richtige Vergleichsperson sei ein Beschäftigter ohne das Merkmal Behinderung, aber mit gleich langen Fehlzeiten. Demzufolge käme ein Vergleich zu dem Ergebnis, dass nicht die Behinderung, sondern die Fehlzeiten Grund für die – somit nicht diskriminierende – Kündigung waren. Dabei wird freilich der direkte Zusammenhang zwischen Fehlzeiten und Behinderung übersehen, weshalb das Urteil in dritter Instanz aufgehoben wurde. Der *Court of Appeal* erklärte, im Gegensatz zu den anderen Diskriminierungsmerkmalen sei bei der Prüfung von Benachteiligungen aufgrund einer Behinderung danach zu fragen, ob der Grund für die Benachteiligung in Verbindung mit der Behinderung der betroffenen Person stehe. Richtige Vergleichsperson sei jemand, bei dem dieser Grund nicht gegeben sei; sonst liefe der Diskriminierungsschutz behinderter Menschen leer;<sup>40</sup> dies ist auch der Weg, den das LAG Berlin-Brandenburg nun für Deutschland gegangen ist<sup>41</sup>. Der britische Gesetzgeber entschied sich dann

30 Bielefeldt (Fn. 11), S. 13.

31 Fuerst (Fn. 4), S. 88.

32 Fuerst (Fn. 4), S. 142; die Ableitung positiver Verpflichtungen aus Art. 3 GG iVm. dem Sozialstaatsprinzip erwogen, doch offen gelassen durch BVerfGE 74, 163.

33 Schiek (Fn. 4), § 3 Rn. 37 ff.; Schrader/Schubert, in: HK-AGG (Fn. 7), § 3 Rn.40.

34 Schleusener, in: Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 3. Aufl., Köln 2011, § 3 Rn. 74. Auch im Fall des LAG Berlin-Brandenburg (Fn. 26) war es das ausnahmslos rollierende Schichtsystem, das Gegenstand der Prüfung als mittelbar diskriminierend war.

35 EuGH, 8.11.1990 – C-177/88 (Dekker) – EuGHE 1990, 3941.

36 Ausführlich zu dieser Problematik am Beispiel von Benachteiligungen bei der Lage der Arbeitszeit Wenckebach (Fn.7), S. 280 ff.

37 Vgl. auch Zatz, Columbia Law Review 109 (2009), S. 1357, 1394.

38 Zu dieser Problematik in den Fallbeispielen aus dem englischen Recht (*London Underground v Edwards* [1998] IRLR 346 (CA); *British Airways v Stamer* [2005] IRLR 862 (EAT)) siehe Wenckebach (Fn.7), S. 233 ff.

39 Court of Appeal [1999] All ER 977.

40 Court of Appeal [1999] All ER 977, 988.

41 Siehe oben bei Fn. 26.

letztlich<sup>42</sup> für eine Lösung mithilfe einer neuen Rechtsfigur: Im Zuge der Reform des Antidiskriminierungsrechts 2010 wurde in Sec.15 *Equality Act 2010* ein neuer Tatbestand geschaffen, der Diskriminierungen verbietet, die sich aus den Konsequenzen einer Behinderung ergeben (*»discrimination arising from disability«*).

Diese Schwierigkeiten bringen Rechte auf angemessene Vorkehrungen nicht mit sich. Im Gegensatz zum gruppenbezogenen Ansatz im Verbot mittelbarer Diskriminierung sind sie sowohl auf der Tatbestands- wie auf der Rechtsfolge-seite auf individuelle Lösungen gerichtet; vorgeschrieben wird in der Regel das Ergreifen der im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen. Hier macht die strikt individuelle Feststellung eines Bedarfs für angemessene Vorkehrungen einen Vergleich mit anderen Beschäftigten gerade obsolet.<sup>43</sup>

### c) Abgrenzung zu »positiven Maßnahmen«

§ 5 AGG erlaubt positive Maßnahmen, »wenn durch geeignete und angemessene Maßnahmen bestehende Nachteile [...] verhindert oder ausgeglichen werden sollen«. In der Rahmenrichtlinie 2000/78/EG werden die Begriffe »positive Maßnahmen« und »angemessene Vorkehrungen« nicht scharf getrennt. Vom Wortlaut her verfolgen beide Konzepte auch ähnliche präventive Ansätze. Allerdings unterscheidet die Rahmenrichtlinie zwischen angemessenen Vorkehrungen, die sie in Art. 5 verortet, und positiven Maßnahmen nach Art. 7.<sup>44</sup> Art. 5 verpflichtet Mitgliedstaaten (die wiederum Arbeitgeber zu verpflichten haben); Art. 7 Rahmenrichtlinie verpflichtet nicht, sondern erlaubt (§ 5 AGG enthält entsprechend gerade keine Verpflichtung zur Durchführung positiver Maßnahmen<sup>45</sup>).

Art. 7 bezieht sich also auf Maßnahmen, die ansonsten gegen das (formale) Gleichbehandlungsgebot verstoßen würden.<sup>46</sup> Die Norm ist deshalb systematisch im Bereich der zugelassenen Ausnahmeregelungen vom Gebot der Gleichbehandlung eingegliedert. Dagegen sollen angemessene Vorkehrungen nach Art. 5 der Richtlinie gerade »die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes [...] gewährleisten«; dabei geht es nicht notwendig um Ausnahmen von der formalen Gleichbehandlung.<sup>47</sup> Entsprechend gestaltet sich die Systematik der UN-BRK: Durch Art. 27 Abs. 1 (i) UN-BRK verpflichten sich die Vertragsstaaten sicherzustellen, dass am Arbeitsplatz angemessene Vorkehrungen für Menschen mit Behinderungen getroffen werden, während gem. Art. 27 Abs. 1 (h) UN-BRK die Beschäftigung behinderter Menschen im privaten Sektor gefördert werden soll, wobei

zu den »geeigneten Strategien und Maßnahmen (...) auch Programme für positive Maßnahmen (...) gehören können.«

Art. 7 Abs. 2 Rahmenrichtlinie stellt zwar ebenfalls klar, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz (positiven) Maßnahmen nicht entgegensteht, mit denen »Vorkehrungen eingeführt oder beibehalten werden sollen, die einer Eingliederung von Menschen mit Behinderung in die Arbeitswelt dienen oder diese Eingliederung fördern«. Diese Klarstellung wäre aber nicht erforderlich, wenn es sich bei der Verpflichtung zu angemessenen Vorkehrungen einfach um einen (Unter-)Fall einer Verpflichtung zu positiven Maßnahmen handeln würde oder umgekehrt. Hier liegt (für den Behindertendiskriminierungsschutz) ein Überschneidungsbereich beider Normen.

Beide Instrumente müssen demnach außerdem nach ihrem Wirkungsspektrum abgegrenzt werden: Positive Maßnahmen zeichnen sich durch ihren expliziten Gruppenbezug aus, während angemessene Vorkehrungen ausdrücklich für individuelle Lösungen im Einzelfall gelten sollen.<sup>48</sup> Im Zuge angemessener Vorkehrungen kann zwar eine die kollektive Chancengleichheit fördernde Wirkung über den Einzelfall hinaus erzielt werden – allerdings lediglich als Nebeneffekt.<sup>49</sup> So können beispielsweise alle Beschäftigten (und jedenfalls alle ansonsten entsprechend behinderten Beschäftigten) davon profitieren, wenn als angemessene Vorkehrung Barrierefreiheit eines Großraumbüros hergestellt wird. Die Besonderheit angemessener Vorkehrungen ergibt sich demnach in Abgrenzung zu positiven Maßnahmen auch aus der strikten Bezogenheit auf den in Art. 5 Rahmenrichtlinie ausdrücklich benannten »konkreten Fall«.<sup>50</sup>

42 Eine höchstrichterliche Entscheidung des *House of Lords* hatte zuvor erneut die Frage nach der richtigen Vergleichsperson im Bereich der Diskriminierung aufgrund von Behinderung aufgeworfen (LB of *Lewisham v Malcolm* [2008] IRLR 700 (HL); kritisch dazu *Horton*, in: ILJ 2008, 376, 383).

43 *Leder* (Fn.12), S. 243.

44 *Schiek* (Fn. 4), § 3 Rn. 80.

45 *Hinrichs*, in: HK-AGG 2008 (Fn. 7), § 5 Rn. 30 a.

46 *Kocher*, SuP 2011, 527, 530; Es komme letztlich auf die Klarstellung an, dass positive Maßnahmen jedenfalls keine unzulässige Benachteiligung darstellen: *Hinrichs*, aaO., § 5 Rn. 5 mwN. zu den in der Literatur vertretenen Auffassungen.

47 *Raasch*, in: *Rust/Falke* (Fn. 10), § 5 Rn. 94.

48 *Schiek* (Fn. 4), § 3 Rn. 81; vgl. auch zuvor a), bei Fn. 21 ff.

49 *Leder* (Fn. 12), S. 245.

50 Anders als das BAG, 12.9.2006 – AZR 807/05 – NZA 2007, 507 ff. sieht *Fuerst* (Fn. 4), S. 137 deshalb im besonderen Kündigungsschutz der §§ 85 ff. SGB IX keine Umsetzung von Art. 5 Rahmenrichtlinie; das Integrationsamt treffe hier eine allgemeine Ermessensentscheidung, bei der es nicht um die Geltendmachung eines Gleichbehandlungsanspruchs des betroffenen behinderten Beschäftigten gehe, wie angemessene Vorkehrungen dies vorsähen.

#### d) Das Unterlassen angemessener Vorkehrungen als Diskriminierung

Nun wird der Begriff »Diskriminierung« zwar in Art. 2 Rahmenrichtlinie definiert, wo die Verletzung von Pflichten zum Treffen angemessener Vorkehrungen gerade nicht benannt wird; und tatsächlich wurde hier festgestellt, dass es sich durchaus um ein Konzept handelt, das nicht in seinem vollen Umfang bereits von den Diskriminierungsverboten erfasst wird. Das heißt jedoch nicht, dass die Konzepte nichts miteinander zu tun hätten, im Gegenteil: Art. 5 Rahmenrichtlinie greift die Zielsetzung der Nichtdiskriminierung ausdrücklich auf, wenn es heißt, angemessene Vorkehrungen sollen »die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Menschen mit Behinderung (...) gewährleisten«.<sup>51</sup>

Dies hat rechtliche Konsequenzen, die im britischen Recht bereits im *Disability Discrimination Act 1995* erstmalig normiert wurden; danach handelt es sich um eine Diskriminierung aufgrund von Behinderung, wenn angemessene Vorkehrungen nicht getroffen werden.<sup>52</sup> Ähnliches sieht der US-amerikanische *Americans with Disabilities Act* vor.<sup>53</sup> Auch die UN-BRK wertet das Versagen angemessener Vorkehrungen als Diskriminierung, wenn es diesen Begriff in Art. 2 definiert: »Sie umfasst alle Formen der Diskriminierung, einschließlich der Versagung angemessener Vorkehrungen«. Diese Grundidee erkennt auch das BVerfG an, wenn es zur Auslegung von Art. 3 GG ausführt: »Eine Benachteiligung iSd. Benachteiligungsverbots aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG liegt [...] nicht nur bei Regelungen und Maßnahmen vor, die die Situation des Behinderten wegen seiner Behinderung verschlechtern. Vielmehr kann eine Benachteiligung auch bei einem Ausschluss von Entfaltungs- und Betätigungsmöglichkeiten durch die öffentliche Gewalt gegeben sein, wenn dieser Ausschluss nicht durch eine auf die Behinderung bezogene Förderungsmaßnahme hinlänglich kompensiert wird.«<sup>54</sup>

In der deutschen Literatur wird dies als zutreffender Ansatz zur Einordnung des Instruments angemessener Vorkehrungen im Arbeitsrecht bewertet – wobei oftmals nicht thematisiert wird, ob es sich um unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung handele.<sup>55</sup> Da die Benachteiligung hier in der Regel nicht auf Eigenschaften zurück gehen wird, die mit dem Merkmal »Behinderung« notwendig zusammenhängen, dürfte in den meisten Fällen die Einordnung als mittelbare Benachteiligung im Sinne von § 3 Abs. 2 AGG richtig sein.<sup>56</sup>

## 2. Grenzen der Pflicht zum Treffen angemessener Vorkehrungen

Grenzen der Pflicht zum Treffen angemessener Vorkehrungen werden zunächst durch die Grenzen der Belastbarkeit des Arbeitgebers bestimmt: Nach Art. 2 der UN-BRK dürfen Anpassungen keine unverhältnismäßige oder unbillige Belastung des Arbeitgebers darstellen. Art. 5 Rahmenrichtlinie begrenzt angemessene Vorkehrungen auf Fälle, in denen die konkreten Maßnahmen den Arbeitgeber nicht unverhältnismäßig belasten. Dabei gilt eine Belastung dann nicht als unverhältnismäßig, wenn sie im Rahmen der Behindertenpolitik des Mitgliedstaates ausreichend kompensiert wird. Bei der Prüfung der Frage, ob Maßnahmen zu übermäßigen Belastungen führen, sind insbesondere der mit ihnen verbundene finanzielle und sonstige Aufwand sowie die Größe, die finanziellen Ressourcen und der Gesamtumsatz der Organisation oder des Unternehmens zu berücksichtigen, ebenso die Verfügbarkeit öffentlicher Mittel oder anderer Unterstützungsmöglichkeiten.<sup>57</sup> Die in § 81 Abs. 4 SGB IX genannte Grenze unverhältnismäßiger Aufwendungen ist in diesem Sinn als Unterfall des allgemein dort genannten Vorbehalts der Unzumutbarkeit zu interpretieren.

Eine ähnliche wirtschaftliche Grenze der Pflicht zum Treffen angemessener Vorkehrungen ist im US-amerika-

51 Entsprechend heißt es auch in Art. 2 der Behindertenrechtskonvention, angemessene Vorkehrungen sollen vorgenommen werden, »um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen alle Menschenrechte und Grundfreiheiten genießen oder ausüben können«.

52 Sec.5 (2) iVm. Sec. 6 Disability Discrimination Act 1995; siehe jetzt Sec. 20(2) Equality Act: »A discriminates against a disabled person if A fails to comply with that duty in relation to that person.«

53 Sec. 12112 b): »[...] the term ›discriminate against a qualified individual on the basis of disability‹ includes – [...] (5) (A) not making reasonable accommodations [...]«.

54 BVerfG, 8.10.1997 – 1 BvR 9/97 – BVerfGE 96, 296, 303. So auch *Welti*, Rechtsdienst der Lebenshilfe 2012, 1–3; zur Verwirklichung der Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG durch Unterlassen siehe auch *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, 6. Aufl., München 2010, Art. 3, Rn. 380; *Heun* (Fn. 10), Art. 3, Rn. 138, zweifelt, ob Art. 3 Abs. 3 GG eine subjektive rechtliche Schutzpflicht Privater begründet; differenzierend wie hier auch *Bieback*, Die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts, 1997, 34 ff.

55 *Schiek*, NZA 2004, 873, 881; *Kohte*, jurisPR-ArbR 38/2005, Anm. 1; *Fuerst* (Fn. 4), S. 88.

56 Siehe auch *Schiek* (Fn. 4), § 3 Rn. 80; Rn. 81: Im Falle von Einstellungsdiskriminierungen müsse auf eine europarechtskonforme Auslegung des mittelbaren Diskriminierungsverbots zurückgegriffen werden; unentschieden *Fuerst* (Fn.4), S. 146; »Diskriminierungsverbot sui generis« nach *M. Schmidt*, Das Arbeitsrecht der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 2001, Rn. 199; *Leder* (Fn. 12), S. 238 ff. mit Hinweis auf die insoweit auslegungsbedürftigen Aussagen der Rahmenrichtlinie 2000/78/EG.

57 2000/78/EG, Begründungserwägung (21) (siehe auch Art. 5 Abs. 3).

nischen Recht vorgesehen.<sup>58</sup> Allerdings nennt Sec. 12112 (5) (A) des *Americans with Disabilities Act* noch eine weitere Einschränkung: Angemessene Vorkehrungen setzen danach voraus, dass die behinderte Person »*otherwise qualified*« ist. In diesem Zusammenhang ist im US-amerikanischen Recht die Frage, bei welchen Anforderungen und Funktionen eines Arbeitsplatzes es sich um unabdingbare »wesentliche« Funktionen handelt, von enormer praktischer Bedeutung; denn sie erfüllt eine Ausschlussfunktion für das Recht auf angemessene Vorkehrungen.<sup>59</sup>

Im europäischen und deutschen Recht ist dies nicht in gleicher Weise formuliert. Auf den ersten Blick scheinen für Art. 5 die Vorgaben des Art. 4 Rahmenrichtlinie (Differenzierung wegen wesentlicher beruflicher Anforderungen, im deutschen Recht umgesetzt in § 8 AGG) gar nicht zu gelten. Denn in der Begründung der Rahmenrichtlinie heißt es: »unbeschadet der Verpflichtung, für Menschen mit Behinderung angemessene Vorkehrungen zu treffen, [werde] nicht die Einstellung, der berufliche Aufstieg, die Weiterbeschäftigung oder die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen einer Person vorgeschrieben [...], wenn diese Person für die Erfüllung der wesentlichen Funktionen des Arbeitsplatzes oder zur Absolvierung einer bestimmten Ausbildung nicht kompetent, fähig oder verfügbar ist«<sup>60</sup>.

Daraus kann allerdings nicht geschlossen werden, dass Art. 4 Rahmenrichtlinie bzw. § 8 AGG auf diese Fälle nicht anwendbar sei: Die Pflicht, angemessene Vorkehrungen zu treffen, verlangt vom Arbeitgeber nicht, die wesentlichen Anforderungen der Tätigkeit zu verändern. Denn § 8 AGG, der seinen Regelungsschwerpunkt im Bereich unmittelbarer Diskriminierungen hat,<sup>61</sup> erlaubt ja sogar eine unmittelbare Anknüpfung an eine Behinderung, wenn diese mit »wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderungen« in Widerspruch steht. Beispielsweise urteilte das LAG Hamm jüngst im Falle einer Stellenausschreibung für wissenschaftliche Mitarbeiter/innen im Bereich der klassischen Philologie, ein blinder Bewerber sei »auch unter Berücksichtigung der besonderen Förderpflichten nach Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG« nicht in der Lage, wesentliche Funktionen des Arbeitsplatzes auszuführen, wenn diese den Vergleich handschriftlicher mittelalterlicher Quellentexte beinhalteten; das Hinzuziehen einer Arbeitsassistentin schaffe keine Abhilfe, wenn diese so eingesetzt werden müsste, dass die Arbeitsassistentin selbst wesentliche Funktionen des Arbeitsplatzes ausüben müsste.<sup>62</sup>

Die Begründungserwägung zur Rahmenrichtlinie weist lediglich darauf hin, dass die Festlegung wesentlicher Anforderungen des Arbeitsplatzes nicht selbst indirekt diskriminieren darf. Die Begrenzung angemessener Vorkehrungen durch wesentliche Funktionen des Arbeitsplatzes dient so auch dem Schutz davor, im Zuge von (angeblichen) Anpassungsmaßnahmen auf einen geringwertigen Arbeitsplatz versetzt zu werden.<sup>63</sup> Gerade im Bereich angemessener Vorkehrungen muss der Begriff der wesentlichen beruflichen Anforderungen eng ausgelegt werden; denn hier handelt es sich um eine Ausnahmegvorschrift zum Grundsatz der Gleichbehandlung<sup>64</sup>, während die Anpassungen die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes gerade sicher stellen sollen. Das Recht auf angemessene Vorkehrungen ermöglicht es insofern auch, gegen unfreiwillige Ausschlüsse aus Kollektiven (wie zB. sozialen Sicherungssystemen) anzugehen, wenn die Anpassung an – faktisch ausgrenzende – Strukturen nicht gelingt.<sup>65</sup> Auch dies ist ein Argument dafür, die Festlegung bestimmter beruflicher Anforderungen in Hinblick darauf zu hinterfragen, inwiefern sie objektiv erforderlich sind.

### 3. Ergebnis: Ein Recht auf individualisierte Anpassung bei gesellschaftlichen Benachteiligungen

Der Grundidee angemessener Vorkehrungen liegt die Erkenntnis zugrunde, dass materielle Gleichbehandlung unter Einbeziehung der sozialen Realität nicht nur Differenzierungsverbote, sondern auch die Anerkennung von Verschiedenheit beinhalten muss.<sup>66</sup> Deshalb wird die Rechtsfigur angemessener Vorkehrungen auch treffend als ein »Recht auf Berücksichtigung der Differenz«<sup>67</sup> bezeichnet; Ziel wäre »*diversity*«. Zu kurz greift demnach die dog-

58 Fuerst (Fn.4), S. 107.

59 Fuerst (Fn.4), S. 100 ff. mit anschaulichen Beispielen.

60 2000/78/EG, Begr. (17).

61 M. Schmidt, in: Schiek (Fn. 4), § 8 Rn. 1.

62 LAG Hamm, 7.8.2012 – 10 Sa 916/12.

63 Leder (Fn. 12), S. 254.

64 M. Schmidt, in: Schiek (Fn. 4), § 8 Rn. 3; Brors, in: HK-AGG (Fn. 7), § 8 Rn. 3; Bauer/Göpfert/Krieger (Fn. 16), § 8 Rn. 10.

65 Bielefeldt (Fn. 11), S. 12.

66 Fuerst (Fn. 4), S. 85 ff.; Leder (Fn. 12), S. 241.

67 Fuerst (Fn. 4), S. 133.



matische Einordnung, nach der angemessene Vorkehrungen lediglich die Erfüllbarkeit einer Voraussetzung der allgemeinen Diskriminierungsverbote sicherstellen sollen<sup>68</sup>. Angemessene Vorkehrungen sollen den diskriminierenden Wirkungen gesellschaftlicher Praxis auch dadurch Rechnung tragen,<sup>69</sup> dass materielle Chancengleichheit durch eine proaktive Veränderung der für nicht-behinderte Menschen geschaffenen Rahmenbedingungen möglich wird.<sup>70</sup>

Auf einem solchen Verständnis aufbauend hat *Noah Zatz* 2009 einen Begründungsversuch unternommen, der das Gebot angemessener Vorkehrungen als allgemeines Grundprinzip des Diskriminierungsschutzes einordnet. Es gehe hier schließlich nicht darum, differenzierte Bedarfe und »diversity« als solche anzuerkennen, sondern um die Herstellung tatsächlicher Gleichbehandlung: Entscheidend seien die Umstände, die diese Bedarfe begründeten.<sup>71</sup> Beeinträchtigungen durch Behinderungen ergeben sich eben gerade auch aus strukturellen Bedingungen der Gesellschaft und insbesondere des Arbeitslebens<sup>72</sup> (*impairment* im Unterschied zu *disability*). Und letztlich gehe es im Diskriminierungsschutz generell darum, Benachteiligungen wegen einer (tatsächlichen oder angenommenen) Zugehörigkeit zu einer sozialen Gruppe zu verhindern oder auszugleichen (*membership causation*). *Zatz* knüpft dabei an einer Debatte zur Begründung der Verantwortlichkeit von Unternehmen für mittelbare Diskriminierung<sup>73</sup> an. Im Gegensatz zur unmittelbaren Diskriminierung, wo es um die diskriminierende Zielrichtung gehe, sei bei der mittelbaren Diskriminierung wie bei den angemessenen Vorkehrungen die Verantwortlichkeit des Arbeitgebers nicht in dessen eigenen Entscheidungen, sondern in einem Verstoß gegen Sorgfalts- und Unterlassenspflichten begründet.

Daraus ergeben sich selbstverständlich unterschiedliche Vorbehalte, was die Rechtfertigung mit wirtschaftlichen Interessen und Unternehmerentscheidungen angeht: Ist die Benachteiligung außerhalb des Betriebes und nicht innerhalb entstanden, muss der Arbeitgeber sich nicht unter Verweis auf wesentliche Tätigkeitsanforderungen, sondern auch lediglich mit wirtschaftlicher Unzumutbarkeit entlasten können. Für die Fälle, in denen mit einer Vorkehrung und Anpassung besondere Kosten verbunden sind, bedarf es sozialpolitischer Entscheidungen über die Zuweisung von Kosten an externe Träger oder eben die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber.<sup>74</sup>

### III. Angemessene Vorkehrungen als allgemeines Prinzip des Diskriminierungsschutzes

Die Pflicht aus Art. 5 Rahmenrichtlinie bezieht sich auf das Diskriminierungsmerkmal der Behinderung. (Nur) für dieses Merkmal besteht eine explizite unionsrechtliche Umsetzungspflicht des deutschen Gesetzgebers. *Bielefeldt* hat aber die Bedeutung der UN-BRK für den Menschenrechtsdiskurs auch schon gerade darin gesehen, dass sie mit den Regeln zu angemessenen Vorkehrungen Instrumente zur Durchsetzung von *diversity* enthält, die auf andere Mechanismen der Ausgrenzung übertragen werden könnten.<sup>75</sup> Schließlich will die UN-BRK keine »Spezialrechte« ausschließlich für behinderte Menschen schaffen, sondern lediglich der speziellen Perspektive dieser Menschen auf die allgemeinen Menschenrechte Rechnung tragen.<sup>76</sup> Entsprechend wird zunehmend diskutiert, welche Bedeutung ein Recht auf individualisierte angemessene Vorkehrungen außerhalb des Behindertenschutzes haben könnte.

#### 1. Spezielle Anforderungen an Vorkehrungen jenseits der Behindertendiskriminierung

##### a) Geschlechtsdiskriminierung und familiäre Sorgepflichten

Ein Recht auf Berücksichtigung von Differenz liegt auch der UN-Frauenrechtskonvention zu Grunde<sup>77</sup>, die den Vertragsstaaten (darunter Deutschland) in Art. 5 lit. a) ua. vorschreibt, Maßnahmen zur Beseitigung stereotyper Geschlechtsrollenbilder zu treffen. Für den Bereich der

68 So nämlich *Leder* (Fn. 12), S. 237.

69 *Bielefeldt* (Fn. 11), S. 9.

70 BVerfG, 8.10.1997 – 1 BvR 9/97 – BVerfGE 96, 296, 303; die Leistungen zur Teilhabe im SGB IX sind eine Umsetzung des verfassungsrechtlichen Benachteiligungsverbots in Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG; *Welti*, SGB 2008, 321, 322.

71 *Zatz*, *Columbia Law Review* 109 (2009), 1357, 1390; die kritische Anmerkung von *Green*, *Columbia Law Review* 109 (2009), 107 ff. bezieht sich lediglich auf die Bewertung der Benachteiligung durch andere Beschäftigte.

72 *Welti*, SGB 2008, 321, 325; gegen die Berücksichtigung von Wechselwirkungen im Schwerbehindertenrecht allerdings *Luthe*, SGB 2007, 454, 455.

73 Vgl. etwa *Wank*, RdA 1985, 1, 21; ausführlich dazu *Wenckebach* (Fn. 7), S. 67 ff.

74 So für die Behindertendiskriminierung *Fuerst* (Fn. 4), S. 89.

75 *Bielefeldt* (Fn. 11), S. 16.

76 *Bielefeldt* (Fn. 11), S. 14.

77 Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women (CEDAW), vom 3.9.1981.

Geschlechtergleichstellung geht sowohl die Rechtsprechung des EuGH als auch die des BVerfG davon aus, insbesondere das Antidiskriminierungsrecht dürfe nicht so ausgelegt werden, dass es typisierende Geschlechterrollen verfestigt.<sup>78</sup> Zudem gebietet Art. 3 Abs. 2 GG dem Gesetzgeber, gegen Benachteiligungen vorzugehen, die sich aus einer geschlechtsspezifischen Verteilung der Familienarbeit ergeben.<sup>79</sup>

Wegen der geschlechtsspezifischen gesellschaftlichen Zuweisungen von Erwerbs- und Sorgearbeit werden Regelungen zur Vereinbarkeit häufig in den Kontext des Geschlechtergleichbehandlungsrechts gestellt.<sup>80</sup> Hier ist aber darüber hinaus auf die Differenzierungsgebote hinzuweisen, die Art. 6 Abs. 1 GG enthält;<sup>81</sup> auch aus dieser Norm ergibt sich die Pflicht, Eltern rechtliche Lösungen von Vereinbarkeitskonflikten zu bieten und sicherzustellen, dass kein Familienmitglied aufgrund seiner Gebundenheit an die Familie Benachteiligungen erfährt.<sup>82</sup> Unionsrechtlich verpflichtet Art. 33 GRCharta die Mitgliedstaaten, bei der Umsetzung des Unionsrechts den rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Schutz der Familie zu gewährleisten.<sup>83</sup>

In der US-amerikanischen Gesetzgebung wurde das Recht auf *reasonable accommodation* zwar zunächst für Menschen mit Behinderung entwickelt; der *Family and Medical Leave Act of 1993* erweiterte es jedoch bereits vor fast 20 Jahren durch Ansprüche auf Erhalt des Arbeitsplatzes nach schwangerschafts-, erziehungs- oder krankheitsbedingter Abwesenheit.<sup>84</sup> Und auch für Großbritannien ist ein Erfordernis angemessener Vorkehrungen insbesondere zur Herstellung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf für notwendig befunden worden.<sup>85</sup>

Aus dem deutschen Recht ist zB. auf den Anpassungsanspruch in § 6 Abs. 4 ArbZG hinzuweisen, der in einem gleichbehandlungsrechtlichen Zusammenhang entwickelt wurde und an die Stelle des diskriminierenden Nachtarbeitsverbots für Frauen<sup>86</sup> getreten ist. §§ 15 ff. BEEG<sup>87</sup> oder sogar § 8 TzBfG können ebenfalls in einem solchen Kontext interpretiert werden;<sup>88</sup> auch der Begründungszusammenhang dieser Ansprüche bezieht sich auf diskriminierende Strukturen der Arbeitswelt.<sup>89</sup> Zudem regelt das Bundesgleichstellungsgesetz (wie auch in aller Regel die Ländergleichstellungsgesetze) die Vereinbarkeit von Familie und Berufstätigkeit und sieht dafür sowohl Benachteiligungsverbote (§ 15 BGlG) als auch Anpassungsansprüche für Eltern (§ 13 BGlG) vor.<sup>90</sup>

## b) Religiöse Pflichten und Praktiken

In den USA geht man zwar seit längerem davon aus, dass *Title VII* des *Civil Rights Act* mit seinen Diskriminierungsverboten nicht auch gleichzeitig Pflichten zu angemessenen Vorkehrungen enthält. Hiervon gilt jedoch eine Ausnahme für die Religionsdiskriminierung, wo der Arbeitgeber individuelle angemessene Vorkehrungen zur Anpassung an religiöse Praktiken treffen muss, wenn ihm diese ohne unzumutbare Nachteile (*undue hardship*) möglich wären.<sup>91</sup> Dies betrifft zum Beispiel die Anpassung von Arbeitszeiten, damit auch Mitglieder religiöser Minderheiten als subjektiv verbindlich angesehene Gebetszeiten einhalten können.<sup>92</sup> Und die britische *Equality and Human Rights Commission* forderte noch im Juli 2011 die Ausdehnung einer Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen auf Fälle von Religions- und Glaubensnachteilen.<sup>93</sup> Die Kommission nennt insofern das Beispiel eines jüdischen Arbeitnehmers, der aus religiösen Gründen nicht am Samstag arbeiten könne.

78 EuGH, 19.3.2002 – C- 476/99 – Slg. 2002 I-2891 (Lommers), Rn. 41; BVerfG 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82 – BVerfGE 85, 191, Rn. 53 (Nachtarbeitsverbot); Zur Erforderlichkeit konventionsgemäßer Auslegung des Grundgesetzes siehe auch BVerfG, 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 – BVerfGE 111, 307.

79 Hohmann-Dennhardt, AuR 2010, 52, 54; ausführlich BVerfG, 18.11.2003 – 1 BvR 302/96 – BVerfGE 109, 64; vgl. auch BVerfG, 18.12.1953 – 1 BvL 106/53 – BVerfG. Hohmann-Dennhardt, AuR 2010, 52, 54; ausführlich BVerfGE 3, 225.

80 Erwägungsgründe (1) und (8) der Richtlinie zum Elternurlaub 2010/18/EG vom 8.3.2010; Kohte, in Düwell/Göhle-Sander/Kohte, Praxis-Kommentar Vereinbarkeit von Familie und Beruf, Saarbrücken 2009, Kap. 2 Rn. 1 unter Verweis auf die ausdrückliche Erklärung der Kommission im aktuellen Bericht vom 27.2.2009. In der Lissabon-Strategie wird zudem der Zusammenhang zwischen Geschlechtergleichstellung und Sicherung der Beschäftigung betont; Nebe, jurisPR-Arbr 36/2009, Anm. 1.

81 Starck (Fn. 54), Art. 3, Rn. 19.

82 BVerfG, 17.1.1957 – 1 BvL 4/54 – BVerfGE 6, 55, 76; Vgl. auch Hohmann-Dennhardt, AuR 2010, 52, 54.

83 Kohte, Festschrift Pfarr, Baden-Baden 2011, S. 489, 494.

84 Fuerst (Fn. 4), S. 89 mwN.

85 Monaghan, in: European Human Rights Review, S. 2009, 512, 529.

86 BVerfG 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82, BVerfGE 85, 191, Rn. 53 (Nachtarbeitsverbot); EuGH 25.7.1991 – C-345/89 – Slg. 1991 (Stöckel) Seite I-4047.

87 Siehe auch die tariflichen Teilzeitanprüche nach § 11 TVöD/§ 11 TV-L.

88 Genauer auch schon Kocher, WSI-Mitt. 2007, 434 ff.

89 Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung zum TzBfG, BT-DrS. 14/4374, 11; zum gleichstellungsrechtlichen Hintergrund auch Nassibil/Wenckebach/Zeibig, djbZ 2012, 111 ff.

90 Die Benachteiligungsverbote knüpfen dabei zu Recht nicht an das Geschlecht an, sondern an Beschäftigungsformen.

91 Fuerst (Fn. 4), S. 89 mwN.; Zatz, Columbia Law Review 109 (2009), 1428 ff.

92 Deinert, RdA 2007, 275, 279; Fredman (Fn. 8), S. 193.

93 Die »Equality Commission for Northern Ireland« empfiehlt insofern tatsächlich die Einführung einer allgemeinen vorbeugenden Pflicht (»anticipatory duty«) zu angemessenen Vorkehrungen in Hinblick auf alle diskriminierungsrechtlich geschützten Merkmale.

Wenn der Arbeitgeber dies einfach einrichten könne, müsse es hierauf einen Anspruch geben.<sup>94</sup>

Das deutsche Recht kennt solche Ansprüche bereits – allerdings im Begründungskontext der Religions- und Gewissensfreiheit. So hat das LAG Hamm schon 2002 aus der allgemeinen Rücksichtnahmepflicht des Arbeitgebers und der Religionsfreiheit einen grundsätzlichen Anspruch muslimischer Beschäftigter auf individuelle Gebetspausen hergeleitet.<sup>95</sup> Das BAG hält den Arbeitgeber nicht für berechtigt, den Beschäftigten Arbeit zuzuweisen, die diese in einen nachvollziehbar dargelegten, ernsthaften und unüberwindbaren Glaubenskonflikt brächte.<sup>96</sup> Auch hier entfällt die Verpflichtung »wenn [...] betriebliche Störungen verursacht werden«<sup>97</sup>.

## 2. Die Begründung von allgemeinen Unterlassungs- und Anpassungspflichten im Diskriminierungsschutz

Es fragt sich allerdings, ob es hierfür auch eine allgemeine Rechtsgrundlage gibt, die jenseits spezieller Regelungen Rechte auf angemessene Vorkehrungen enthält und insofern die freiheitsrechtlichen Gehalte des Diskriminierungsschutzes verwirklichen könnte.

### a) § 618 BGB und § 106 GewO als Rechtsgrundlagen für angemessene Vorkehrungen

Diese Frage stellt sich im deutschen Recht schon für die Umsetzung von Art. 5 Rahmenrichtlinie; denn eine explizite Norm hierzu fehlt im AGG.<sup>98</sup> Die Ansprüche aus § 81 SGB IX, die als Umsetzung in Betracht kämen,<sup>99</sup> kommen jedoch nur Menschen zugute, die als Schwerbehinderte eingestuft werden, obwohl angemessene Vorkehrungen europarechtlich für jeden behinderten Menschen vorgesehen werden müssen.<sup>100</sup> Bei § 84 Abs. 2 SGB IX wiederum handelt es sich lediglich um eine Verfahrensvorschrift.<sup>101</sup>

Es ist deshalb fraglich, ob die Vorgabe im deutschen Recht ausreichend umgesetzt ist.<sup>102</sup> In der Diskussion ist dies bislang in der Regel unter Hinweis auf allgemeine Rechtsgrundlagen bejaht worden; insbesondere § 106 GewO und § 618 BGB könnten so ausgelegt werden, dass sie zu europarechtskonformen Ergebnissen führen.<sup>103</sup>

Insbesondere § 106 GewO ist dabei in Rechtsprechung und Literatur so ausgelegt worden, dass sich unter bestimmten Voraussetzungen bei familiären Sorgepflichten einer Arbeitnehmerin der Ermessensspielraum der Arbeitgeberin

so reduzieren kann, dass sich ein bestimmtes Recht ergibt.<sup>104</sup> Auch für diejenigen Rechte auf angemessene Vorkehrungen, die das BAG aus der Religionsfreiheit herleitet, hat § 106 S. 1 GewO als Rechtsgrundlage gedient; danach muss der Arbeitgeber einen muslimischen Arbeitnehmer nach Möglichkeit so einsetzen, dass kein Glaubenskonflikt entsteht; die personenbedingte Kündigung ist nur rechtmäßig, wenn er nicht anderweitig eingesetzt werden kann.<sup>105</sup>

### b) Die Bedeutung des § 12 AGG

Möglicherweise gibt es aber bereits aus allgemeinen Normen des Diskriminierungsschutzes entsprechende allgemeine Anpassungspflichten. In Hinblick auf das Verbot der mittelbaren Diskriminierung wurde bereits oben dargestellt, dass sich hieraus Unterlassungspflichten ergeben können. So ist bereits Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG interpretiert worden;<sup>106</sup> und für das arbeitsrechtliche Verbot der mittelbaren Diskriminierung gilt dasselbe.

Zatz hat darüber hinaus auf den Kontext weiterer gleichbehandlungsrechtlicher Sorgfalts- und Unterlassungspflichten hingewiesen.<sup>107</sup> Er konnte zeigen, dass der rechtliche

94 Die Erklärung findet sich auf <http://www.equalityhumanrights.com/news/2011/july/commission-proposes-reasonable-accommodation-for-religion-or-belief-is-needed/> (30.8.2012).

95 LAG Hamm, 26.2.2002 – 5 Sa 1582/01, AP Nr. 3 zu § 611 BGB Gewissensfreiheit.

96 BAG, 24.2.2011 – 2 AZR 636/09 (zu dieser Entscheidung siehe auch unten bei Fn. 105); siehe schon für die Gewissensfreiheit BAG, 20.12.1984 – 2 AZR 436/83 – BAGE 47, 363.

97 LAG Hamm, 18.1.2002 – 5 Sa 1782/01 – NJW 2002, 1970; ähnlich BAG, 20.12.1984 – 2 AZR 436/83 – BAGE 47, 363 und BAG, 24.2.2011 – 2 AZR 636/09 – AP Nr. 9 zu Art. 4 GG; vgl. auch BAG, 10.10.2002 – 2 AZR 472/01, BAGE 103, 111–123 zu den Anforderungen an die Abwägung; zu dieser Rechtsprechung schon ausführlich Kocher, WSI-Mitt. 2007, 434 ff.; dies., ZfRSoz 31 (2010), 65 ff.

98 Schiek (Fn. 4), § 3 Rn. 79.

99 Schiek (Fn. 4), § 3 Rn. 81; Däubler, in: HK-AGG (Fn. 7), § 1 Rn. 79.

100 Stein, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, München 2008, § 12, Rn. 2; Thüsing (Fn. 10), Rn. 358; eine Diskussion der Lösungsvorschläge des Umsetzungsdefizits bei Kocher, SuP 2011, 527 ff.

101 Genauer Nassibi, NZA 2012, 720 ff.; siehe auch Fuerst (Fn. 4), S. 136.

102 Stein (Fn. 100), § 12, Rn. 2; Schiek (Fn. 4), AGG, § 3, Rn. 79; Thüsing (Fn. 10), Rn. 358; Kocher, SuP 2011, 527 ff.; dies übersieht das BAG in seinem Urteil vom 27.1.2011 – 8 AZR 580/09.

103 Kohte, jurisPR-ArbR 21/2006 Anm. 4; Nassibi, NZA 2012, 720.

104 BAG, 23.9.2004 – 6 AZR 567/03 – NZA 2005, 359; LAG Rostock, 26.11.2008 – 2 Sa 217/08 – jurisPR ArbR 36/2009 mit Anm. Nebe, ausführlich auch Paschke, AuR 2012, 11 ff.

105 BAG, 24.2.2011 – 2 AZR 636/09 – AP Nr. 9 zu Art. 4 GG; siehe dazu schon Fn. 96.

106 Siehe dazu oben bei Fn. 54.

107 Siehe auch Leder (Fn. 12), 241; M. Schmidt, in: Schiek (Fn. 4), § 12 Rn. 2.

Schutz in den USA vor diskriminierenden Belästigungen durch Dritte (zB. Entleiher, Kundinnen, Kollegen) den gleichen Logiken folgt wie dem Gebot angemessener Vorkehrungen.<sup>108</sup> Und auch im deutschen Recht finden wir in § 12 Abs. 4 AGG eine Norm, die den Arbeitgeber dazu verpflichtet, bei Benachteiligung durch Dritte »die im Einzelfall geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zum Schutz der Beschäftigten zu ergreifen« – eine Formulierung, die geradezu modellhaft für einen Anspruch auf angemessene Vorkehrungen stehen könnte.<sup>109</sup>

Der Zusammenhang von Unterlassungsgeboten und Pflichten zu angemessenen Vorkehrungen geht aber über den Schutz vor Handlungen Dritter hinaus: Der präventive Charakter des § 12 Abs. 1 AGG deckt sich mit dem Anliegen angemessener Vorkehrungen, »die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes [...] zu gewährleisten« (Art. 5 Rahmenrichtlinie).<sup>110</sup> Die hier geregelte (allgemeine) arbeitgeberseitige Pflicht, »auch vorbeugende Maßnahmen« zum Schutz vor Diskriminierungen aufgrund eines verpönten Merkmals zu treffen, wird durch die Pflicht, vor Benachteiligungen durch andere Beschäftigte (§ 12 Abs. 3) oder Dritte (§ 12 Abs. 4) zu schützen, nur konkretisiert; ähnliches gilt für allgemeine vertrags- und deliktsrechtliche Schutzpflichten des Arbeitgebers für Leben, Gesundheit und Würde seiner Beschäftigten.<sup>111</sup> Mit dem Hinweis auf zu treffende Maßnahmen wird eine allgemeine arbeitgeberseitige Organisationspflicht statuiert; hier kann Unterlassen eine Haftung auslösen.

Zwar belässt auch § 12 AGG dem Arbeitgeber einen Ermessensspielraum, welche Maßnahmen er ergreift; der Anspruch der Beschäftigten ist lediglich auf die Ausübung rechtsfehlerfreien Ermessens durch den Arbeitgeber gerichtet.<sup>112</sup> Wenn allerdings nach objektiver Betrachtungsweise eine rechtsfehlerfreie Ermessensentscheidung des Arbeitgebers nur das Ergebnis haben kann, eine bestimmte Maßnahme zu ergreifen, kann sich ein Anspruch von Beschäftigten auf deren Durchführung ergeben.<sup>113</sup> Der Gesetzgeber selbst verweist auf die Ähnlichkeit zu dem früheren § 2 Abs. 1 Beschäftigtenschutzgesetz, an den § 12 AGG angelehnt sei.<sup>114</sup> Auch diese Norm, die 2006 durch das AGG abgelöst wurde, begründete einen individuellen Rechtsanspruch.<sup>115</sup> Bei genauerem Hinsehen entpuppt sich also auch § 12 AGG als Rechtsgrundlage für angemessene Vorkehrungen in Hinblick auf alle im § 1 AGG genannten Diskriminierungsgründe – insbesondere, aber nicht nur, in Hinblick auf behinderte Menschen.

### 3. Grenzen – am Beispiel Religion

Die britische *Equality and Human Rights Commission* hatte im Juli 2011 zwar eine Ausdehnung des Gebots angemessener Vorkehrungen auf Religionsdiskriminierung vorgeschlagen. Nach einer ausführlichen zivilgesellschaftlichen Debatte zog die Kommission den Vorschlag im Oktober 2011 jedoch bereits wieder zurück. Anlass für Vorschlag und Debatte waren zwei Fälle, die im September 2012 vor dem EGMR verhandelt werden und zu dem die Kommission eine Stellungnahme erarbeitete.<sup>116</sup> Einer der beiden Fälle betraf die Individualbeschwerde der Standsbeamtin *Lillian Ladele* gegen die Entscheidung der britischen Gerichte, eine Disziplinarstrafe ihres öffentlich-rechtlichen Arbeitgebers für rechtmäßig zu erklären, die ihr erteilt worden war, weil sie sich unter Berufung auf ihren christlichen Glauben geweigert hatte, die Schließung homosexueller Partnerschaften nach dem *Civil Partnership Act* durchzuführen.<sup>117</sup> Im Unterschied zu anderen britischen Kommunen, die Beschäftigte bei religiösen Vorbehalten mit anderen Aufgaben betrauen (was auch in Islington ohne Verluste für die Effizienz der Betriebsabläufe möglich gewesen wäre), berief sich die Gemeinde Islington auf ihre »*Dignity for All*«-Politik von Gleichheit und Diversität, für die sie öffentlich einstehe und deren Umsetzung sie auch von allen Beschäftigten erwarte.

In Hinblick auf die arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbote sowie die entsprechenden Unterlassungsge-

108 Zatz, *Columbia Law Review* 109 (2009), 1357, 1387 ff.

109 Vgl. konkret zu den Rechtsfolgen auch BAG, 25.10.2007 – 8 AZR 593/06, Rn.68 – DB 2008, 529; Mobbing – Schmerzensgeld – Entlassung des Störers; BAG, 9.6.2011 – 2 AZR 323/10 (sexuelle Belästigung).

110 Buschmann, in: HK-AGG (Fn. 7), § 12, Rn. 6. Auch Bauer/Göpfert/Krieger, AGG (Fn. 16), § 12, Rn. 2 bewerten § 12 AGG als Umsetzung von Art. 5 der RL 2000/78/EG im Zusammenspiel mit § 81 IV SGB IX.

111 Thüsing (Fn.10), Rn. 684; zur strafrechtlichen Bedeutung dieser Schutzpflichten siehe BGH, 20.10.2011 – 4 StR 71/11 – JZ 12, 967 (strafbare Beihilfe durch Unterlassen eines Vorgesetzten wegen tätlicher Belästigungen eines Behinderten), dazu Ladiges in diesem Heft, S. 29 ff.

112 Buschmann, in: HK-AGG 2008-(Fn. 7), § 12, Rn. 11; Suckow, in: Schleiener/Suckow/Voigt (Fn. 34), § 12 Rn. 46.

113 Vgl. BAG, 25.10.2007 – 8 AZR 593/06, Rn. 68 – DB 2008, 529.

114 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/1780, 37.

115 Dazu Schlachter, NZA 2001, 121 ff.

116 Zur Debatte siehe auf der Website des Kommission <http://www.equalityhumanrights.com/legal-and-policy/human-rights-legal-powers/legal-intervention-on-religion-or-belief-rights/> (3.8.2012).

117 Siehe oben Fn.2. Ein Parallellfall war der von Gary McFarlane (no. 36516/10), der sich als Angestellter einer Organisation, die sexuelle und Eheberatung durchführt, geweigert hatte, homosexuelle Paare zu beraten.

bote und daraus entstehende Pflichten dürfte es kaum ausreichen, schlicht darauf hinzuweisen, dass die Beschäftigten mit dem Arbeitgeber auch eine Einschränkung ihrer religiösen Freiheiten gewählt hatten.<sup>118</sup> Vielmehr bedarf es sowohl unter dem Gesichtspunkt der mittelbaren Diskriminierung<sup>119</sup> als auch für eine etwaige Handlungspflicht zur Prävention von Diskriminierung konkreter Gründe, um eine Weigerung des Arbeitgebers, den Arbeitsplatz anzupassen, rechtlich rechtfertigen zu können.

Und hier zeigt der Fall, dass die Fragen der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit, die der Begriff der »Unzumutbarkeit« oder der »entgegen stehenden betrieblichen Interessen« im Fall der angemessenen Vorkehrungen aufwirft, nicht allein auf Fragen der Unternehmerfreiheit in wirtschaftlicher Hinsicht zu reduzieren sind. Fragen der »Unzumutbarkeit« oder – in anderen Kontexten – »(dringende) betriebliche Interessen« sind insofern nicht nur Fragen nach alternativen Optionen, die der Arbeitgeberin faktisch und wirtschaftlich zur Verfügung stehen; es handelt sich auch um eine Frage der Entscheidungsfreiheit in Hinblick auf die normativen Grundlagen des eigenen Handelns. Es muss gerade dem öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber erlaubt sein, sich explizit zu den Zielen der Gleichbehandlung und Diversität zu bekennen. Oder, wie das BAG es für den Fall der Religionsausübung formuliert hat: »Etwas anderes kann gelten, wenn entgegengesetzte Grundrechte oder Verfassungsaufträge – sei es auch nur vorübergehend – ein Hintanstellen der Glaubensüberzeugungen geboten erscheinen lassen.«<sup>120</sup> Und dies gilt auch für Privatunternehmen – wenn und soweit eine entsprechende Wertorientierung zur konsequent durchgeführten unternehmerischen Praxis geworden ist.

#### IV. Fazit

Zu Recht wird insbesondere im Vereinigten Königreich und den USA seit einiger Zeit diskutiert, ob nicht das Recht auf angemessene Vorkehrungen auf alle Diskriminierungsmerkmale auszudehnen sei. Dabei geht es zB. um Rechte auf Arbeitsbedingungen, die eine Vereinbarkeit von Erwerbsarbeit und Sorgearbeit angepasst für die Bedingungen der individuellen Person gewährleisten (Geschlecht und Familie<sup>121</sup>), um den wirksamen Schutz vor rassistischer Belästigung am Arbeitsplatz (Rasse und ethnische Herkunft) oder um die Ermöglichung einer Erfüllung religiöser Pflichten am Arbeitsplatz (Religion und Weltanschauung).

Bei genauerem Blick gibt es solche Rechte jedoch bereits im geltenden deutschen Recht: Zum einen können sich aus dem Verbot der mittelbaren Diskriminierung Pflichten des Arbeitgebers zur Unterlassung und Vermeidung struktureller Diskriminierung ergeben. Noch deutlicher sind solche Präventions- und Unterlassungsgebote aber in § 12 AGG geregelt, der auch individualisierte Anpassungsansprüche zu begründen vermag. Die Norm dürfte nicht nur in vielen Fällen den Rückgriff auf eine verfassungskonforme Auslegung des § 106 GewO erübrigen, sondern erstreckt sich auf Fälle, in denen es nicht lediglich um Ermessensentscheidungen im Rahmen des Direktionsrechts geht.

Die Fälle der Anpassung in Hinblick auf religiöse Praktiken machen dabei einerseits deutlich, wie eng diese Rechte mit den freiheitsrechtlichen Aspekten des Diskriminierungsschutzes verbunden sind – letztlich geht es auch im Antidiskriminierungsrecht um die Gewährleistung gleicher Freiheiten. Auf der anderen Seite werfen diese Fälle die dringende Frage nach den Kriterien und Grenzen für angemessene Vorkehrungen auf.<sup>122</sup> Sie machen insbesondere deutlich, dass die individuellen Freiheits- und Gleichbehandlungsrechte von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern nicht nur in potenzieller Konkurrenz zu wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers geraten können; vielmehr sind hier auch Fragen des Verhältnisses der Freiheitsrechte unterschiedlicher Personen zu entscheiden.

Man wird abwarten müssen, ob der EGMR anlässlich des Falls »Ladele«<sup>123</sup> hierfür geeignete Kriterien finden kann. Von Bedeutung könnte hier eine Rückbesinnung auf die Zielsetzungen sein, die letztlich mit den Diskriminierungsverboten verfolgt werden: Es geht um Vielfalt und Gleichbehandlung als Ausdruck des Respekts vor der Differenz. Ein Unternehmen, das sich als »corporate citizen« diesen verfassungs- und europarechtlichen Werten glaubwürdig verschreibt, muss auch seine Beschäftigten wirksam auf diese Ziele verpflichten dürfen.

118 In diese Richtung ging aber lange Zeit die Auslegung zu Art. 9 EMRK (vgl. die von der Equality and Human Rights Commission (siehe oben Fn. 116) zitierten Entscheidungen der Europäischen Kommission für Menschenrechte).

119 Unter diesem Aspekt war die Frage im vorliegenden Fall von den britischen Gerichten diskutiert worden.

120 BAG, 24.2.2011 – 2 AZR 636/09; siehe dazu schon oben bei Fn. 96.

121 Einige Rechtsordnungen (zB. die spanische, siehe Urteil des Spanischen Verfassungsgerichtshofs STC 26/2011 vom 14.3.2011) kennen auch ein Verbot der Diskriminierung aus familiären Gründen.

122 Diese Zweifel spielten in der Anhörung der britischen Equality and Human Rights Commission eine große Rolle (siehe oben Fn.116).

123 Vgl. Fn. 2.

# Die strafrechtliche Garantenpflicht des Vorgesetzten<sup>1</sup>

Dr. Manuel Ladiges, LL.M. (Edinburgh), Universität Göttingen<sup>2</sup>

Der BGH hat mit Urteil vom 20.10.2011 – 4 StR 71/11<sup>3</sup> ausdrücklich aus der Rechtsfigur der Geschäftsherrenhaftung eine Garantenpflicht im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB abgeleitet. Demnach kann ein Geschäftsherr – und durch Delegation auch ein sonstiger Vorgesetzter – die Rechtspflicht haben, Straftaten nachgeordneter Mitarbeiter zu verhindern. Diese Pflicht beschränkt sich aber auf die Verhinderung betriebsbezogener Straftaten. Welche Bedeutung diese Rechtsprechung hat, wird im Folgenden dargestellt, wobei auch zu zeigen ist, dass der BGH arbeitsrechtliche Vorgaben nicht genügend in den Blick nimmt.

## I. Einleitung

Kurz zusammengefasst lag dem Urteil des BGH folgender Sachverhalt zugrunde:<sup>4</sup> Der Geschädigte, ein fast 30-jähriger körperbehinderter Mann, war beim städtischen Bauhof einer Kleinstadt in Nordrhein-Westfalen angestellt und arbeitete in einer Straßenbaukolonne. Drei Arbeiter (hier A, B und C genannt) einer anderen Baukolonne des Bauhofs begangen in einem Zeitraum von etwa zwei Jahren etwa 150 Körperverletzungs- bzw. Nötigungsstraftaten zu Lasten des Geschädigten, von denen 60 Taten angeklagt worden sind. A, B und C wurden rechtskräftig zu Freiheitsstrafen verurteilt. Der Vorarbeiter (V) der Kolonne, der A, B und C angehörten, wurde vom Vorwurf der Beihilfe zur gefährlichen Körperverletzung durch Unterlassen freigesprochen.

Der BGH hatte allein über die Revision der Staatsanwaltschaft gegen den Freispruch zu Gunsten des V zu entscheiden. Die Generalbundesanwaltschaft argumentierte, V sei zur Überwachung seiner Untergebenen verpflichtet gewesen, da es sich um eine lang andauernde Serie immer wiederkehrender Taten im Betrieb gehandelt habe.<sup>5</sup> Dem ist der BGH auf Grundlage einer engen Auslegung des Begriffs »betriebsbezogene Straftaten«, auf die unten näher eingegangen wird, nicht gefolgt. Gleichwohl bemängelte der BGH zutreffend, dass das Tatgericht die Frage einer Strafbarkeit wegen unterlassener Hilfeleistung gem. § 323c StGB nicht erörtert hatte. Nur am Rande sei erwähnt, dass

freilich herkömmliche Mobbingfälle in der Regel nicht von § 323c StGB erfasst werden.<sup>6</sup> Eine Strafbarkeit wegen unterlassener Hilfeleistung setzt einen »Unglücksfall« voraus, also »jedes mit einer gewissen Plötzlichkeit eintretende, eine erhebliche Gefahr bringende oder zu bringen drohende Ereignis«.<sup>7</sup> Es ist eine gegenwärtige Gefahrensituation erforderlich, so dass eine Jedermann-Hilfspflicht zB. nicht besteht, wenn ein Vorgesetzter von zurückliegenden Straftaten gegen Mitarbeiter erfährt, auch wenn weitere Straftaten in den nächsten Tagen zu erwarten sind.<sup>8</sup> Auch bei Schikanehandlungen oder geringfügigen Belästigungen, die erst in ihrer Gesamtheit Wirkung entfalten, ist ein Unglücksfall nicht gegeben.

Eine Unterlassungsstrafbarkeit jenseits des § 323c StGB setzt eine Garantenpflicht gem. § 13 Abs. 1 StGB voraus. Daher werden zunächst kurz die Grundlagen der Strafbarkeit wegen der Verletzung einer Garantenpflicht rekapituliert, wobei die streitigen Fragen, ob und unter welchen Voraussetzungen sich der Garant als Täter oder als Teilnehmer strafbar macht,<sup>9</sup> hier nicht weiter behandelt werden. Zu beachten ist, dass die Begriffe Garantenpflicht und Garantenstellung teilweise synonym verwendet werden. Genauer ist hingegen ein Verständnis, das zwischen der grundsätzlichen Stellung als Garant und der konkreten Handlungspflicht des Garantens unterscheidet. Die Frage, ob ein Geschäftsherr oder ein Vorgesetzter allgemein eine

1 Zugleich Besprechung von BGH, 20.10.2011 – 4 StR 71/11 – BGHSt 57, 42.

2 Der Verfasser ist Akademischer Rat a.Z. am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht (Professor Dr. Uwe Murmann) der Georg-August-Universität Göttingen.

3 BGHSt 57, 42.

4 Siehe zu den tatsächlichen Hintergründen des Falls *Rückert*, Die Sadisten von Hildenbach, zeit-online vom 22.7.2010, abrufbar unter <http://www.zeit.de/2010/30/DOS-Sadisten>.

5 Vgl. BGHSt 57, 42 (47).

6 Vgl. auch *Kudlich*, HRRS 2012, 177 (180).

7 BGH, 10.3.1954 – 5 StR 587/52 – BGHSt 6, 147 (152); OLG Düsseldorf, 24.6.1991 – 5 Ss 206/91 – 68/91 I – NJW 1991, 2979; *Sternberg-Lieben/Hecker*, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., München 2010, § 323c Rd. 5 mwN.

8 Ähnlich *Poguntke*, CCZ 2012, 158 (160).

9 Vgl. dazu ausführlich etwa *Freund*, in: MüKo-StGB, 2. Aufl., München 2011, § 13 Rd. 266 ff.

Garantenstellung innehaben, beantwortet noch nicht die maßgebliche Frage, welche Garantenpflichten ihnen im Einzelnen auferlegt werden. Nur Verstöße gegen eine konkrete Garantenpflicht können eine Strafbarkeit wegen eines unechten Unterlassungsdelikts<sup>10</sup> begründen.

§ 13 Abs. 1 StGB setzt eine Rechtspflicht voraus, die über rein sittliche (moralische) Pflichten oder die allgemeine Hilfspflicht des § 323c StGB hinausgehen muss.<sup>11</sup> Allein die Tatsache, dass jemand in der Lage ist, eine Rechtsgutsverletzung zu verhindern, begründet keine derartige Pflicht. Man unterscheidet Überwachungs- und Schutzpflichten, wobei eine genaue Abgrenzung schwierig sein kann.<sup>12</sup> Bei der Überwachungspflicht geht es um die Überwachung bestimmter Gefahrenquellen, also zB. um die Pflicht zur Verhinderung von Straftaten durch andere Personen. Unter welchen Voraussetzungen der Geschäftsherr oder der Vorgesetzte eine Garantenpflicht zur Verhinderung der Begehung von Straftaten durch nachgeordnete Mitarbeiter haben,<sup>13</sup> wird im Folgenden dargestellt.

## II. Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung

Der 4. Strafsenat hat mit dem bereits genannten Urteil vom 20.10.2011 die Rechtsprechung des 5. Strafsenats zur Begründung von Garantenpflichten in Unternehmen aus dem Urteil vom 17.7.2009 – 5 StR 394/08<sup>14</sup> fortgeführt. Der 5. Strafsenat hatte in einem *obiter dictum* zur Garantenpflicht eines sog. Compliance Officers ausgeführt, dass Personen, zu deren Aufgaben »die Verhinderung von Rechtsverstößen, insbesondere auch von Straftaten, die aus dem Unternehmen heraus begangen werden und diesem erhebliche Nachteile durch Haftungsrisiken oder Ansehensverlust bringen können [...] regelmäßig strafrechtlich eine Garantenpflicht im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB treffen [wird], solche im Zusammenhang mit der Tätigkeit des Unternehmens stehende Straftaten von Unternehmensangehörigen zu verhindern.«<sup>15</sup>

Nun heißt es in den tragenden Entscheidungsgründen des 4. Strafsenats, dass sich »aus der Stellung als Betriebsinhaber bzw. Vorgesetzter je nach den Umständen des einzelnen Falls eine Garantenpflicht zur Verhinderung von Straftaten nachgeordneter Mitarbeiter ergeben« kann.<sup>16</sup> Arbeitgeber und Vorgesetzte tragen daher das Risiko einer Unterlassungsstrafbarkeit, falls sie die Begehung von Straf-

taten innerhalb des Betriebs dulden. Auf welche dogmatische Grundlage der BGH sein Ergebnis, für das er ansonsten sorgfältig Literatur und Rechtsprechung ausgewertet hat, stützen will, bleibt allerdings offen.

### 1. Die Betriebsbezogenheit

Entscheidend für die Garantenpflicht ist die Betriebsbezogenheit der Straftat. Die Rechtsprechung stimmt damit vom Ansatz her überein mit der Literatur, die »Exzesstaten«, die von Mitarbeitern zwar während der Arbeitszeit begangen werden, aber die nicht auf einer betriebsbezogenen Gefährlichkeit beruhen, von der Verhinderungspflicht ausnehmen.<sup>17</sup>

#### a) Die Auslegung des BGH

Eine Straftat ist nach dem BGH betriebsbezogen, »wenn sie einen inneren Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit des Begehungstäters oder mit der Art des Betriebs aufweist.«<sup>18</sup> Darunter fallen nicht solche Straftaten, »die der Mitarbeiter lediglich bei Gelegenheit seiner Tätigkeit im Betrieb begeht.«<sup>19</sup> Weder aus dem Weisungsrecht des Arbeitgebers noch aus der allgemeinen Herrschaft über die Gefahren eines Betriebs ließe sich eine Handlungspflicht des Geschäftsherrn im Sinne des § 13 StGB ableiten, »auch solche Taten von voll verantwortlich handelnden Angestellten zu verhindern, die nicht Ausfluss seinem Betrieb oder dem Tätigkeitsfeld seiner Mitarbeiter spezifisch anhaltender Gefahren sind, sondern die sich außerhalb seines

10 Das Gegenstück sind die echten Unterlassungsdelikte, bei denen das Unterlassen ausdrücklich als Tathandlung genannt ist, vgl. zB. § 323c StGB.

11 BGH, 24.2.1982 – 3 StR 34/82 – BGHSt 30, 391 (393 f.); *Stree/Bosch*, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., München 2010, § 13 Rd. 7.

12 Vgl. *Stree/Bosch* (Fn. 11), § 13 Rd. 9; *Wohlers*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, StGB, 3. Aufl., Baden-Baden 2010, § 13 Rd. 37.

13 Vgl. zur Diskussion in der Literatur *Schall*, FS Rudolphi, 2004, S. 267 ff.; *Schünemann*, wistra 1982, 41 ff.

14 BGH, 17.7.2009 – 5 StR 394/08 – BGHSt 54, 44.

15 BGHSt 54, 44 (49 f.); siehe dazu etwa *Schwarz*, wistra 2012, 13 (15 ff.); *Ransiek*, AG 2010, 147 ff.; *Rönnau/Schneider*, ZIP 2010, 53 ff.; *G. Dannecker/C. Dannecker*, JZ 2010, 981 ff.

16 BGHSt 57, 42 (45).

17 Vgl. *Fischer*, StGB, 59. Aufl., München 2012, § 13 Rd. 38 mwN.; *Spring*, Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung, Hamburg 2009 (zugl. Passau, Univ., Diss. 2009), S. 238 f.; *Botke*, Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata, Berlin 1996, S. 68 f.

18 BGHSt 57, 42 (46); siehe auch OLG Karlsruhe, 22.3.1971 – 3 Ss 5/71 – GA 1971, 281 (283).

19 BGHSt 57, 42 (45) unter Hinweis auf BGHSt 54, 44 und mit zahlreichen weiterführenden Nachweisen.

Betriebs genauso ereignen könnten.«<sup>20</sup> Die Gefahr gewalttätiger Angriffe auf Kollegen sieht der BGH in jedem Betrieb mit mehr als einem Mitarbeiter als gegeben, so dass sich im Ausgangsfall kein Risiko, das konkret dem städtischen Bauhof eigen gewesen sei, realisiert habe. Etwas anderes folge nicht aus der Tatsache, dass das Opfer über einen längeren Zeitraum während der Arbeitszeit angegriffen worden ist.<sup>21</sup>

Ein Betriebsbezug wäre nach dem BGH aber gegeben, wenn erstens die »Firmenpolitik« auf die Schädigung von Mitarbeitern ausgerichtet ist oder Untergebene sogar mit der Ausführung von Straftaten gegen Mitarbeiter beauftragt<sup>22</sup> werden oder zweitens aus den betrieblichen Aufgaben des Begehungstäters bestimmte Machtbefugnisse folgen, die zu Eingriffen in Rechtsgüter von Mitarbeitern berechtigen, und der Täter diese Befugnisse zur Begehung von Straftaten missbraucht.<sup>23 24</sup>

## b) Stellungnahme

Grundsätzlich ist zu beachten, dass das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB) Grenzen für eine Überwachungs-Garantenpflicht bei Straftaten durch nachgeordnete Mitarbeiter setzt.<sup>25</sup> Eine Garantenpflicht kann sich nicht bereits aus der Tatsache ergeben, dass ein nachgeordneter Mitarbeiter eine Straftat während der Arbeitszeit begeht, oder aus der Möglichkeit, die Straftatbegehung aufgrund des Weisungsrechts zu unterbinden. Es würde zB. zu weit gehen, eine Verhinderungspflicht zu statuieren, wenn der Vorgesetzte mithört, wie ein Untergebener falsche Tatsachen über eine betriebsfremde Person im Kollegenkreis verbreitet und damit eine üble Nachrede nach § 186 StGB begeht.<sup>26</sup> Allerdings setzt der BGH durch die Auslegung der Betriebsbezogenheit derart hohe Grenzen, dass die Überwachungs-Garantenpflicht des Geschäftsherrn bzw. des Vorgesetzten droht praktisch bedeutungslos zu werden.<sup>27</sup> Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass die Auslegung der Betriebsbezogenheit durch den BGH in der Literatur Kritik erfahren hat.<sup>28</sup> So geht *Kuhn* von der Grundannahme aus, dass sich »die Herkunft der Gefahr vom sachlichen oder persönlichen Potential des Betriebs oft kaum trennen lässt«, und bejaht daher eine Überwachungspflicht für den »Betrieb insgesamt«. Eine Straftat hängt demnach mit den spezifischen Gefahren eines Betriebs zusammen, wenn – wovon bei Mobbing im Regelfall auszugehen sei – »der Arbeitnehmer die tatsächlichen und rechtlichen Wirkungsmöglichkeiten des Betriebs ausnutzt.«<sup>29</sup>

Zunächst hilft die Aussage des BGH, das Risiko der Straftatbegehung müsse dem konkreten Betrieb innewohnen, kaum weiter, da sich eine Garantenpflicht ohnehin stets nur aus den konkreten Umständen ergeben kann. Nimmt man den BGH wörtlich, dürfte eine Überwachungs-Garantenpflicht eher selten bejaht werden. Durch das Merkmal »Art des Betriebs« kommt im Ausgangsfall eine Garantenpflicht nur hinsichtlich solcher Tätigkeiten in Betracht, die ihrer Art nach auf einem städtischen Bauhof geleistet werden. Der Vorgesetzte hätte also zB. die Pflicht, bei mangelhaft ausgeführten Streu- und Räumarbeiten oder bei einer nicht ordnungsgemäßen Absicherung von Baumfällarbeiten einzuschreiten.<sup>30</sup>

Mit Blick auf den zugrundeliegenden Sachverhalt darf nicht vergessen werden, dass die Misshandlungen durch die Art des konkreten Betriebs begünstigt worden sind. Es liegt nahe, dass massive körperliche Angriffe nicht oder zumindest kaum auftreten, wenn eine Vereinsamung des Opfers aufgrund der betrieblichen Strukturen ausgeschlossen ist.<sup>31</sup> Sind aufgrund der betrieblichen Abläufe effektive Überwachungsmöglichkeiten erschwert, kann sich dadurch eine Gefahr aus der Art des Betriebs ergeben. Deutlich wird dies anhand eines besonders brutalen Vorfalls, den der BGH im Zusammenhang mit der möglichen Strafbarkeit des V wegen unterlassener Hilfeleistung ausführlicher mitteilt.

20 BGHSt 57, 42 (46).

21 BGHSt 57, 42 (47).

22 Dann würde freilich bereits eine Strafbarkeit wegen Anstiftung (§ 26 StGB) zur jeweiligen Haupttat vorliegen, so dass es insoweit keines Rückgriffs auf § 13 Abs. 1 StGB mehr bedürfte, vgl. *Kudlich*, HRRS 2012, 177 (179). Allerdings würde dann eine Garantenpflicht des Vorgesetzten des Anstifters begründet werden.

23 Ein Beispiel ist die Begehung von Nötigungshandlungen durch einen Angestellten des Sicherheitspersonals, der seine Befugnisse bei der Ein- und Auslasskontrolle überschreitet.

24 BGHSt 57, 42 (46 f.).

25 Vgl. BVerfG, 21.11.2002 – 2 BvR 2202/01 – NJW 2003, 1030; *Bülte*, NZWiSt 2012, 176 (177 f.).

26 Vgl. BGHSt 57, 42 (48): keine Verantwortlichkeit des Vorgesetzten »für eine insgesamt straffreie Lebensführung seiner Mitarbeiter während der Arbeitszeit«; ähnlich bereits OLG Karlsruhe, GA 1971, 281 (283); *Rogall*, ZStW 98 (1986), 573 (618).

27 Vgl. *Kudlich*, HRRS 2012, 177 (180).

28 Siehe *Schramm*, JZ 2012, 969 (971 f.); *Kuhn*, wistra 2012, 297 (298).

29 *Kuhn*, wistra 2012, 297 (298); siehe auch *Schall*, FS Rudolph, 2004, S. 267 (282 f.); ausführlich *Mühe*, Mobbing am Arbeitsplatz – Strafbarkeitsrisiko oder Strafbarkeitslücke?, Berlin 2006 (zugl. Heidelberg, Univ., Diss. 2005/2006), S. 232 ff.

30 Vgl. *Schramm*, JZ 2012, 969 (971).

31 Vgl. auch *Fischer* (Fn. 17), § 13 Rd. 38, der als Gefahrenquelle auch den »räumlichen Zusammenhang des Betriebs« ansieht.



Dabei drängten A, B und C ihr Opfer in eine Friedhofskapelle und schlugen es arbeitsteilig und mit Hilfe eines Holzknüppels zusammen, so dass es mehrere Stunden bewegungsunfähig in der Kapelle zurückblieb.<sup>32</sup>

Die Fixierung des BGH auf den inneren Zusammenhang mit der betrieblichen Sphäre des Begehungstäters erscheint zu eng. Auch in Fällen, in denen eine Straftat mit der betrieblichen Sphäre des Opfers zusammenhängt, besteht ein hinreichender Bezug zum Betrieb. Dies ist etwa der Fall, wenn nachgeordnete Mitarbeiter einen anderen Betriebsangehörigen beleidigen oder misshandeln, weil dieser aus ihrer Sicht zu schlecht oder zu gut arbeitet. Unter diesem Blickwinkel ist im Ausgangsfall zumindest in einer Konstellation eine betriebsbezogene Straftat zu bejahen. Der BGH teilt ausdrücklich mit, dass in einem Fall zwei der Angeklagten das Opfer schlugen, weil es sich zu einer beruflichen Fortbildung gemeldet hatte,<sup>33</sup> dh. der Anlass für diese Misshandlung stammte aus der betrieblichen Tätigkeit des Opfers<sup>34</sup>.

## 2. Garantenpflicht von nachrangigen Vorgesetzten

Die Garantenpflicht trifft nicht nur den Geschäftsherrn, also den Betriebsinhaber oder die vertretungsberechtigten Organe usw. einer Gesellschaft (vgl. § 14 Abs. 1 StGB), sondern auch weitere Vorgesetzte innerhalb eines Betriebs. Die Frage, ob auch die Angehörigen der untersten Vorgesetztenstufe eine entsprechende Garantenpflicht haben, war nicht Gegenstand der Entscheidung, da der BGH bereits eine Garantenpflicht dem Grunde nach ablehnte. Und auch im Urteil zur Unterlassungsstrafbarkeit eines Compliance Officers ging es ausdrücklich um Aufsichtspersonen, denen bestimmte Überwachungspflichten durch den Geschäftsherrn übertragen worden sind,<sup>35</sup> so dass diese Entscheidung für die Frage der Verantwortlichkeit von nachrangigen Vorgesetzten nicht anwendbar ist.<sup>36</sup>

Angesichts des Ausgangsfalls werden Zweifel geäußert, ob die Garantenpflicht des Geschäftsherrn auch rangniedere Vorgesetzte trifft, die, wie der Vorarbeiter des Bautrupps, nur einen sehr begrenzten Verantwortungs- und Wirkungskreis im Betrieb haben.<sup>37</sup> Schlösser meint, dass sich die Geschäftsherrenhaftung »nur auf Betriebsinhaber, Organe und leitende Angestellte erstrecken« sollte.<sup>38</sup>

Jedoch erscheint es nicht zu weitgehend, dass sämtliche Personen, denen Mitarbeiter unterstellt sind, eine (abge-

leitete) Garantenpflicht haben, betriebsbezogene Straftaten nachgeordneter Mitarbeiter zu verhindern. Durch die Übertragung von Weisungsbefugnissen vom Betriebsinhaber auf den Vorgesetzten wird zugleich die Verantwortung des Betriebsinhabers delegiert. Gleichwohl besteht die Garantenpflicht dann nur in Bezug auf die Überwachung der eigenen Untergebenen, wodurch der vergleichsweise geringen Verantwortung von nachrangigen Vorgesetzten ausreichend Rechnung getragen wird.

## III. Garantenpflicht aus dem AGG?

Der BGH äußert sich nicht dazu, ob V unabhängig von der Frage der Geschäftsherrenhaftung eine Garantenpflicht aus § 12 Abs. 3 AGG hat.<sup>39</sup> Dies hätte jedoch auf der Hand gelegen, zumal die Misshandlungen wohl auch mit der körperlichen Behinderung des Geschädigten zusammenhängen.<sup>40</sup> Nach § 12 Abs. 3 AGG ist der Arbeitgeber verpflichtet, bei Verstößen gegen das Benachteiligungsverbot (§ 7 Abs. 1 iVm. § 1 AGG) aktiv zur Unterbindung der Benachteiligung tätig zu werden. Daraus lässt sich eine Pflicht des Arbeitgebers ableiten, seine Mitarbeiter so zu überwachen, dass sie keine Benachteiligungen begehen, wobei nach § 3 Abs. 3 AGG belästigende Verhaltensweisen, die herkömmlich als Mobbing verstanden werden, eine Benachteiligung darstellen<sup>41</sup>. Nach dem BAG kommt es bei Mobbingfällen zudem nicht zwingend darauf an, ob die Ursache der Mobbinghandlungen einer der in § 1 AGG genannten Gründe ist.<sup>42</sup> Ist also ein Mitarbeiter Mobbinghandlungen ausgesetzt, so trifft den Arbeitgeber – und von diesem abgeleitet auch andere Vorgesetzte – die Pflicht,

32 Vgl. BGHSt 57, 42 (43 f.).

33 Vgl. BGHSt 57, 42 (44).

34 Für einen Betriebsbezug in diesem Fall auch *Schramm*, JZ 2012, 969 (971).

35 BGHSt 54, 44 (47 ff.).

36 So auch *Bülte*, NZWiSt 2012, 176 (180).

37 Vgl. *Bülte*, aaO.

38 *Schlösser*, NZWiSt 2012, 281 (285); ähnlich auch *Fischer* (Fn. 17), § 13 Rd. 37.

39 Soweit ersichtlich weisen im Zusammenhang mit der Entscheidung zuerst *Mansdörfer/Trüg*, StV 2012, 432 (434) und *Schramm*, JZ 2012, 969 (971) auf diese Vorschrift hin.

40 Vgl. *Schramm*, JZ 2012, 969. Allerdings teilt der BGH nicht ausdrücklich mit, ob das Tatgericht insoweit Feststellungen getroffen hat.

41 Vgl. *Roloff*, in: BeckOK Arbeitsrecht, 25. Edition (Stand 1.9.2012), § 3 AGG Rd. 29.

42 BAG, 25.10.2007 – 8 AZR 593/06 – NZA 2008, 223 (225 f.).

Maßnahmen zur Unterbindung der Benachteiligung zu ergreifen.<sup>43</sup> Das Gleiche gilt erst recht, wenn das Verhalten von Mitarbeitern eine Verletzungsintensität annimmt, die über das herkömmliche Bild des Mobbings<sup>44</sup> hinausgeht.

#### IV. Ergebnis und Ausblick

Im Ergebnis spricht viel dafür, dass V im Ausgangsfall eine Rechtspflicht hatte, die Straftaten seiner Untergebenen A, B und C gegen den Geschädigten zu verhindern. Die Bejahung einer Garantenpflicht führt aber natürlich nicht zwangsläufig zu einer Unterlassungsstrafbarkeit des Geschäftsherrn bzw. des Vorgesetzten. Selbstverständlich muss der Unterlassungstäter Vorsatz hinsichtlich der Merkmale des objektiven Tatbestandes haben, soweit nicht auch fahrlässiges Handeln (bzw. Unterlassen) ausdrücklich mit Strafe bedroht ist (§ 15 StGB). Dabei ist nicht erforderlich, dass der Vorgesetzte Kenntnis von der Rechtsfigur der Geschäftsherrenhaftung hat, sondern es genügt nach allgemeinen Grundsätzen, dass er die Tatsachen kennt, aus denen sich die Garantenpflicht sowie die Erforderlichkeit einer möglichen und zumutbaren Erfolgsanwendung ergeben,<sup>45</sup> und dass er im Rahmen einer Parallelwertung in der Laiensphäre den rechtlich-sozialen Bedeutungsgehalt der Garantenpflicht richtig erfasst<sup>46</sup>.

Die Frage einer Schutz-Garantenpflicht von Vorgesetzten des Geschädigten stellte sich für den BGH im Ausgangs-

fall nicht, da es nur um einen Vorgesetzten der Täter ging,<sup>47</sup> nicht aber um Vorgesetzte des Opfers. Im Juli 2012 verurteilte das LG Siegen den Leiter des Bauhofs wegen fahrlässiger Körperverletzung durch Unterlassen zu einer Geldstrafe. Gegen dieses Urteil hat der Verurteilte Revision eingelegt,<sup>48</sup> so dass der BGH sich erneut mit dem Ausgangsfall unter dem Gesichtspunkt der Schutzpflicht des Arbeitgebers befassen könnte. Eine solche Garantenpflicht wird in Rechtsprechung<sup>49</sup> und Literatur<sup>50</sup> zu Recht vielfach aufgrund der Eingliederung des Angestellten in einen Betrieb und der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers aus § 618 Abs. 1 BGB bejaht.<sup>51</sup>

43 Vgl. BAG, 25.10.2007 – 8 AZR 593/06 – NZA 2008, 223 (226).

44 Vgl. BAG, 15.1.1997 – 7 ABR 14/96 – BAGE 85, 56; BAG, 25.10.2007 – 8 AZR 593/06 – NZA 2008, 223 (225): »systematisches Anfeinden, Schikanieren oder Diskriminieren von Arbeitnehmern untereinander oder durch Vorgesetzte«.

45 Freund, in: MüKo-StGB (Fn. 9), § 13 Rd. 237.

46 Vgl. BGH, 28.10.1952 – 1 StR 450/52 – BGHSt 3, 248 (255); BGH, 8.11.1955 – 5 StR 348/55 – BGHSt 8, 321 (323).

47 Kritisch zur Beschränkung der Schutzpflicht auf den personellen Verantwortungsbereich des einzelnen Vorgesetzten *Mansdörfer/Trüg*, StV 2012, 423 (433 f.).

48 <http://www.siegener-zeitung.de/a/589859>.

49 BGH, 25.6.2009 – 4 StR 610/08 – BGHR StGB § 222 Pflichtverletzung 9, Rd. 24; OLG Naumburg, 25.3.1996 – 2 Ss 27/96 – NSTZ-RR 1996, 229 (230 ff.); siehe auch BAG, 25.10.2007 – 8 AZR 593/06 – NZA 2008, 223 (225 f.); BAG, 6.10.2005 – 2 AZR 280/04 – NZA 2006, 431 (432).

50 Vgl. Schramm, JZ 2012, 969 (970); Roxin, JR 2012, 305 (307 f.); Kuhn, wistra 2012, 297 (298 f.); *Mansdörfer/Trüg*, StV 2012, 432 (434).

51 Auch das AGG normiert Schutzpflichten des Arbeitgebers, weiterführend dazu *Gelhaar*, NZA 2009, 825 ff.; *Göpfert/Siegrist*, NZA 2007, 473 (474 ff.).

## Migranten im Sozialstaat

Habilitationsschrift von Constanze Janda, 2012, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen, Jus Privatum – Beiträge zum Privatrecht Bd. 167 (ISBN 978-3-16-151933-8), 99 €

### I. »Den Fremden akzeptieren«

»Den Fremden akzeptieren« ist der Titel der Festschrift, die im vergangenen Jahr dem »Juristen aus Bonn«, Co-Spiritus Rektor und Co-Mentor der traditionsreichen Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht und des Netzwerkes Migrationsrecht *Gisbert Brinkmann* von Freunden und Weggefährten und ihren weiblichen Entsprechungen gewidmet worden ist.<sup>1</sup> Der ehemalige Justizminister des Landes Rheinland-Pfalz *Heinz Georg Bamberger* weist in seinem Beitrag darauf hin, dass das Ausländer- und Asylrecht – »das Recht der Fremden« – in Deutschland »wie verspätet angekommen in der rechtsstaatlichen Ordnung« wirke, »von manchen lange nicht ernst genommen, mühsam und schleppend auf die Höhe der Zeit gebracht. Der Widerspruch zwischen dem, was der Fall ist weltweit – dem Elend der Flüchtlinge und Migranten in den armen und reichen Ländern der Erde –, und dem, was der moralische und rechtliche Anspruch der an den Maßstäben von Menschenwürde und Gerechtigkeit gebildeten westlichen Demokratien fordert«, sei offensichtlich. Die Unübersichtlichkeit und Widersprüchlichkeit des Ausländerrechts selbst scheine dies widerzuspiegeln: Das verschachtelte Regelungssystem des Aufenthaltsgesetzes, die mannigfachen, auf ein einheitliches europäisches System des Ausländerrechts zielenden europäischen Vorgaben sowie die nahezu unüberschaubare Fülle an Sozialgesetzen mit jeweiligen Ausschluss- und Ausnahmetatbeständen für die unterschiedlichen Personengruppen mit ausländischen Staatsangehörigkeiten oder für die Staatenlosen führten aus unterschiedlichen Gründen zu vielfältigen Differenzierungen und im Vergleich der jeweiligen Gruppen nicht selten zu ungerechten und auch als solche empfundenen Ergebnissen.<sup>2</sup>

Diese Analyse, die auch heute noch zutreffend ist, selbst wenn die Bundesrepublik Deutschland mittlerweile nicht nur faktisch ein Einwanderungsland ist (was jahrzehntelang von offizieller Seite geleugnet worden war mit entsprechenden Konsequenzen für Politik und Recht, wofür nicht zuletzt der Begriff »Gastarbeiter« stand), sondern sich heu-

te auch politisch und rechtlich als ein solches begreift, ist auch eine Herausforderung für die Rechtswissenschaft. *Constanze Janda* hat diese Herausforderung angenommen.

Im Anschluss an eine *Einleitung* (1. Kapitel) wird die *Historische Entwicklung* (2. Kapitel) nachgezeichnet. Es folgen Ausführungen zum *Zugang zu den Leistungen des Sozialrechts* im Allgemeinen sowie dann zu den Leistungen der *Sozialversicherung* (4. Kapitel), *Grundsicherung und Sozialhilfe* (5. Kapitel), der *sozialen Förderung* (6. Kapitel) und schließlich der *sozialen Entschädigung* (7. Kapitel), woran sich eine abschließende *Bewertung und Ausblick* (8. Kapitel) anschließt.

Die Zusammenhänge zwischen Migrationsrecht (vormals »Ausländerrecht«) und Recht der sozialen Sicherheit, die – so die *Verf.* – bei »*flüchtiger Betrachtung keine Berührungspunkte*« aufweisen,<sup>3</sup> stehen im Mittelpunkt der Studie von *Constanze Janda*, die von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena (Betreuer Prof. Dr. *Eberhard Eichenhofer*, Zweitgutachter Prof. Dr. *Achim Seifert*) im Januar 2012 als Habilitationsschrift angenommen worden ist.

### II. Der persönliche Anwendungsbereich der Systeme der sozialen Sicherheit

Die Vorschrift des § 30 SGB I, die in den Kreis der Leistungsberechtigten nach dem Sozialgesetzbuch alle Personen einbezieht, die ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Geltungsbereich des Sozialgesetzbuchs haben, entspricht dem Territorialprinzip. Traditionellerweise trägt dieser Grundsatz dem Umstand Rechnung, dass die Ausübung der Staatsgewalt auf das jeweilige Staatsgebiet beschränkt ist. Allerdings bedeutet dies nicht, dass es dem Nationalstaat versagt wäre, auch Sachverhalte zu regeln, die außerhalb des eigenen Territoriums liegen, doch bedarf es dafür einer »*tragfähigen, legitimen Anknüpfung, bei deren Auswahl dem Gesetzgeber ein Gestaltungsspielraum zusteht.*«<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Barwig/Dobbelstein (Hrsg.), FS Brinkmann, 2012.

<sup>2</sup> Bamberger, in: Barwig/Dobbelstein (Fn. 1), S. 27 ff., 27.

<sup>3</sup> Janda, Migranten im Sozialstaat, Tübingen 2012 (zugl. Jena, Univ., Habilitationsschr., 2012), S. 1. – Seitenangaben ohne besonderen Nachweis der Quelle beziehen sich im Folgenden auf die hier vorgestellte Schrift von *Constanze Janda*.

<sup>4</sup> Janda (Fn. 3), S. 57.

Der persönliche Anwendungsbereich von Systemen der sozialen Sicherheit, der den Kreis derjenigen Personen bezeichnet, die in den Schutzbereich solcher Systeme einbezogen sind, gehört zu deren zentralen Ordnungselementen. Die Kriterien, nach denen eine Einbeziehung von Personen in den Schutzbereich eines bestimmten Systems der sozialen Sicherheit erfolgt, hängen jeweils von grundlegenden Bestimmungsgründen ab, namentlich den Maximen der staatlichen Sozialpolitik und den besonderen Bedarfssituationen für soziale Sicherheit.<sup>5</sup> Zu den vorgenannten Maximen zentrale sozioethische Grundüberzeugungen des Gemeinwesens (zB. im Hinblick auf materielle Freiheit und Gleichheit im Sinne von sozialer Gerechtigkeit), die Funktion der Sozialpolitik im Kontext des jeweiligen Wirtschaftssystems, Vorstellungen über den Grad der Beteiligung des Staates an der sozialen Sicherung einerseits und über den Umfang und die Zumutbarkeit sowohl individueller und familiärer als auch sonstiger gesellschaftlicher Sicherung (iSd. Abgrenzung von Individual- und Kollektivverantwortung sowie von Solidarität und Subsidiarität) andererseits, sowie die Anerkennung von Sicherheitsbedürfnissen (zB. in jüngerer Zeit der Pflegebedürftigkeit als sog. neuem sozialen Risiko). Zu den Bestimmungsgründen für den Einschluss in und den Ausschluss aus sozialen Sicherungssystemen gehören darüber hinaus die besonderen Bedarfssituationen (sozialen Problemlagen bzw. sozialen Risiken) für Maßnahmen der sozialen Sicherheit, die Ziel- und Zwecksetzungen solcher Systeme (zB. Lebensstandardsicherung oder bloße Existenzsicherung zur Armutsvermeidung), die Organisation, Methoden und Techniken dieser Systeme (zB. Sozialversicherung oder nationaler sozialer Dienst), der Charakter unterschiedlicher Sozialleistungen (zB. Präventions-, Kompensations- oder –jüngst vermehrt– Aktivierungsleistungen) sowie last but not least Fragen der Finanzierung (Beitrags- oder Steuerfinanzierung).

Sucht man dieses komplexe Bündel von Einbezugs- oder Ausschlussgründen zu systematisieren, so lassen sich als gleichsam »Grundsteine« (*Trenk-Hinterberger*) des persönlichen Anwendungsbereichs sozialer Sicherungssysteme ein universaler und ein kategorialer Ansatz unterscheiden: Ersterer bestimmt den geschützten Personenkreis primär unter Rückgriff auf die Zugehörigkeit zur Gesamtgesellschaft, wobei zunächst die Schutzbedürftigkeit aller Personen grundsätzlich unterstellt und dann nach den sozialen Problemlagen gefragt wird, in denen eine soziale Absiche-

rung erfolgen muss. Systeme, die auf einem kategorialen Ansatz beruhen, nehmen hingegen bestimmte soziale Problemlagen als gegeben an und fragen nach dem Sicherheitsbedürfnis bestimmter Personengruppen (»Kategorien«), wobei in der Praxis vor allem auf den jeweiligen Status in der Erwerbsgesellschaft zurückgegriffen wird (und weshalb man etwa Deutschland als »Erwerbspersonen-Sozialstaat« charakterisieren kann).

Wird »universell« auf die gesamte inländische Bevölkerung abgestellt, so kann die Zugehörigkeit dazu an der Staatsangehörigkeit (Nationalitätsprinzip), an der Bindung zum Inland (Territorialitätsprinzip) oder aber auch an einer Kombination der genannten Merkmale angeknüpft werden; mithin kann etwa allein auf die Staatsangehörigkeit (zB. »Alle Deutschen im In- und Ausland«), auf alle Staatsangehörigen, die im Inland (»Alle Deutschen in Deutschland«) leben, oder unabhängig von der Staatsangehörigkeit auf alle Personen abgestellt werden, die im Inland wohnen oder sich dort aufhalten (»Alle Einwohner«), wobei diese Merkmale ggf. noch – zB. durch die Einführung eines Zeitfaktors – etwa Mindestdauer des Wohnsitzes oder des Aufenthalts im Inland – weiter differenziert werden können.

Die konkrete Gestaltung dieser Einbezugsmerkmale hängt in der sozialrechtlichen Praxis von politischen Zielsetzungen ab, die nicht zuletzt auch auf migrationspolitischen Erwägungen beruhen können: So kann beispielsweise eine unerwünschte Zuwanderung von Ausländern bzw. »Fremden« dadurch ausgeschlossen oder erschwert werden, dass der Zugang zu einem Zweig der sozialen Sicherung von einem Zeitfaktor – etwa einer Mindestdauer der Staatsangehörigkeit oder auch des Wohnens bzw. Aufenthalts im Inland – im vorbezeichneten Sinne (siehe oben) abhängig gemacht wird.

Humanitäre Erwägungen können andererseits dazu führen, dass im Hinblick auf Leistungen, welche die Sicherung vor elementarer Not betreffen, sozioökonomisches oder auch medizinisches Existenzminimum, von der Aufstellung derartiger begrenzender Zugangsschranken abgesehen wird. Dafür ist die jüngste Rechtsprechung des BVerfG zum Asylbewerberleistungsgesetz ein beredtes Bei-

<sup>5</sup> Vgl. hierzu und zum Folgenden *Trenk-Hinterberger*, in: von Maydell/Hohnerlein (Hrsg.), *Die Umgestaltung der Systeme sozialer Sicherheit in den Staaten Mittel- und Osteuropas. Fragen und Lösungsansätze* (Colloquium des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Sozialrecht, München, in Tutzing vom 9. bis 12. Februar 1993), Berlin 1993, S. 129 ff., 131 ff.

spiel.<sup>6</sup> »Karlsruhe« hat in dieser Entscheidung im Übrigen auch für Recht erkannt, dass migrationspolitische Erwägungen mit dem Ziel, die Leistungen an Ausländer, namentlich Asylbewerber und Flüchtlinge, gering zu halten, um Anreize für Wanderungsbewegungen durch ein vergleichsweise hohes Leistungsniveau zu vermeiden, keine Absenkung des Lebensstandards der Betroffenen unter das physische und sozialkulturelle Existenzminimum rechtfertigen können. Die in Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Menschenwürde erlaubt mithin keine migrationspolitisch motivierte Relativierung.<sup>7</sup>

Die vorstehend genannten Kriterien und die ihnen zugrunde liegenden politischen Erwägungen und sich daraus ergebenden Schranken für den Zugang zum System der sozialen Sicherheit geben zugleich Aufschluss über das Maß an Solidarität, welches ein wohlfahrts- bzw. sozialstaatlich verfasstes Gemeinwesen zu erbringen bereit ist, führt doch die Aufstellung derartiger Voraussetzungen nicht nur zur Öffnung der sozialen Sicherungssysteme für die einen, sondern auch zum Ausschluss vom Zugang zur sozialen Sicherheit für die anderen (mit der Folge einer ihrerseits rechtfertigungsbedürftigen Ungleichbehandlung).

Nach wie vor wirkt sich insbesondere die Staatsangehörigkeit, auf die in der allgemeinen Vorschrift über den persönlichen Geltungsbereich des Sozialgesetzbuchs des § 30 Abs. 1 SGB I (»Die Vorschriften dieses Gesetzbuchs gelten für alle Personen, die ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in seinem Geltungsbereich haben«) im Grundsatz gerade nicht abgehoben wird, von dieser Regel abweichend in den sozialen Förderungs- und Entschädigungssystemen aus: So setzt das Recht der Ausbildungsförderung (BAföG) entweder die deutsche Staatsangehörigkeit voraus oder aber verlangt für Ausländer den Daueraufenthalt oder eine langjährige Inlandsbeschäftigung.<sup>8</sup> Im Kindergeldrecht wird auf den gewöhnlichen Inlandsaufenthalt sowie für nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländer auf die Inlandsbeschäftigung abgestellt,<sup>9</sup> und die Gewährung von Elterngeld hängt vom gewöhnlichen Inlandsaufenthalt oder ggf. der Inlandsbeschäftigung ab,<sup>10</sup> setzt mithin einen bestimmten Grad der Integration in Staat und Gesellschaft voraus. Im Recht der Kriegsofferentschädigung kommt es entweder auf die deutsche Staats- oder Volkszugehörigkeit, den Dienst in der deutschen Wehrmacht oder einem militärähnlichen Dienst für eine deutsche Organisation oder auf die Schädigung durch Kriegshandlungen in Deutsch-

land an,<sup>11</sup> ist mithin gleichfalls ein spezifischer Bezug zum Nationalstaat erforderlich. Gleichfalls »national« geprägt ist das Opferentschädigungsrecht: Ein Anspruch auf Opferentschädigung besteht in Zusammenhang mit einem tätlichen Angriff in der Bundesrepublik Deutschland und bei der deutschen Staatsangehörigkeit; gleichgestellt sind die Unionsbürgerschaft oder die Gewährleistung der Gegenseitigkeit sowie der dauerhafte Inlandsaufenthalt oder die Verwandtschaft mit einem Deutschen oder einem privilegierten (zB. EU-)Ausländer.<sup>12</sup> Anspruch auf Leistungen der unechten Unfallversicherung besteht, wenn die zu entschädigende Handlung im Inland vorgenommen worden ist.<sup>13</sup> Bei der Grundsicherung für Arbeitsuchende kommt es entweder auf den gewöhnlichen Inlandsaufenthalt oder auf ein Daueraufenthaltsrecht oder eine vorangegangene Inlandsbeschäftigung an;<sup>14</sup> diejenige im Alter und bei Erwerbsminderung setzt einen gewöhnlichen Inlandsaufenthalt voraus.<sup>15</sup> Anspruch auf Sozialhilfe besteht bei tatsächlichem Aufenthalt im Inland, wobei der Umfang der Leistungen davon abhängt, ob es sich bei dem Anspruchsteller um einen Deutschen oder einen ihm Gleichgestellten oder um einen sonstigen Ausländer handelt.<sup>16</sup>

Hinter dieser Unterscheidung zwischen Deutschen und – gleichfalls wiederum nach dem jeweiligen Rechtsstatus differenziert – Ausländern steht im Zusammenhang mit den vorstehend angesprochenen sozialen Förderungs-, Entschädigungs- und allgemeinen Hilfssystemen ua. die Erwägung, dass bestimmte Ausländergruppen nicht in den Genuss insbesondere steuerfinanzierter Leistungen kommen sollen, zu denen sie ggf. nicht beigetragen haben – etwa wenn sie als sog. »Wirtschaftsflüchtlinge« ins Land gekommen sind.

6 BVerfG, 18.7.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – NJW 2012, 3020; vgl. zu dieser Problematik und der Rechtsauffassung des BVerfG weitgehend vorgehend *Janda/Wilksch*, SGB 2010, 565 ff. (In der hier anzuzeigenden Schrift der Mitautorin konnte diese aktuelle Judikatur des BVerfG naturgemäß keine Berücksichtigung mehr finden).

7 Vgl. dazu jüngst *Eichenhofer*, SGB 2012, 565 ff., 567.

8 Vgl. §§ 8 Abs. 1 Nr. 1 BAföG, 63 Abs. 1 Nr. 1 SGB III sowie §§ 8 Abs. 1 – 2a BAföG, 63 Abs. 1 – 2a SGB III.

9 Vgl. §§ 1 Abs. 1 BKGG, 62 Abs. 1 EStG sowie §§ 1 Abs. 3 BKGG, 62 Abs. 2 EStG.

10 Vgl. § 1 Abs. 1 BEEG sowie § 1 Abs. 7 BEEG.

11 § 7 Abs. 1 Nr. 1 – Nr. 3 BVG.

12 § 1 Abs. 1, 4, 5 u. 6 OEG.

13 § 2 Abs. 3 S. 4 SGB VII.

14 Vgl. § 7 Abs. 1 Nr. 4 u. 2 SGB II.

15 Vgl. § 41 Abs. 1 SGB XII.

16 Vgl. § 23 SGB XII.

Demgegenüber ist die Anknüpfung an die Beschäftigung im Rahmen der Sozialversicherungssysteme auch davon getragen, dass die entsprechenden Leistungen insbesondere durch die Erbringung entsprechender Beitragszahlungen erworben worden sind. Allerdings ist in diesem Zusammenhang anzumerken, dass für Ausländer – wiederum in unterschiedlichem Ausmaß – der Zugang zum Arbeitsmarkt beschränkt sein kann.<sup>17</sup>

Der Ein- und Ausschluss in das System der sozialen Sicherheit hängt somit nicht nur vom jeweiligen Systemzweig und dessen Charakteristika – Beitrags- oder Steuerfinanzierung, Existenz- oder Lebensstandardsicherung ua.<sup>18</sup> – ab, sondern es gibt auch unterschiedliche Gruppen von Normadressaten, deren Zugang zum System der sozialen Sicherheit, soweit es sich um Nichtdeutsche handelt, vor allem von ihrem aufenthaltsrechtlichen Status abhängt: Staatenlose und anerkannte Flüchtlinge – als Bewohner (»denizen«) deutschen Staatsangehörigen gleichgestellt –, Unionsbürger und ihnen gleichgestellte Angehörige der nicht-EU-angehörigen Mitgliedstaaten des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) und der der EU assoziierten Schweiz als bis auf bestimmte aufenthaltsrechtliche Vorbehalte weitgehend gleichgestellte Ausländer, Bürger von Assoziationsstaaten (zB. der Türkei), Angehörige von Staaten, mit denen die Bundesrepublik Deutschland Sozialversicherungsabkommen bzw. Abkommen über die soziale Sicherheit geschlossen hat (Abkommenstaaten), Drittstaatsangehörige, die eine Aufenthaltserlaubnis besitzen, Asylbewerber und »Geduldete« (sog. »margizen«) sowie *last and least* Personen ohne Aufenthaltsstatus (Illegale), deren sowohl aufenthaltsrechtlicher als auch sozialrechtlicher Status deswegen in höchstem Maße prekär ist, weil selbst erworbene sozialrechtliche Ansprüche – zB. aufgrund eines sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses – wegen des Risikos des Verlusts des Aufenthalts nicht in Anspruch genommen und erst recht nicht durchgesetzt werden können.<sup>19</sup> Diese Problematik wird zu Recht nicht weiter ausgebreitet, könnte sie doch Gegenstand einer eigenen Untersuchung sein.

### III. Das inter- und supranationale Recht

Seit seinen Anfängen überwindet das Europäische Gemeinschaftsrecht – heute unter der Geltung des Vertrags von Lissabon das auch insoweit einschlägige Europäische Uni-

onsrecht – in Fortschreibung und Verdichtung des zwischenstaatlichen internationalen Rechts die traditionell im nationalen Recht angelegte Unterscheidung zwischen »eigenen Staatsbürgern« und »Fremden« sowohl in aufenthaltsrechtlicher Hinsicht – durch die im Primärrecht verbrieften Freizügigkeitsrechte, die den europäischen Marktbürgern zugestanden werden – als auch auf sozialrechtlicher Ebene, indem Leistungsansprüche »entterritorialisiert« und in der Folge mit der Unionsbürgerschaft (Art. 20 AEUV) in der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs soziale Teilhaberechte entwickelt und entfaltet werden. Diese rechtserweiternde Dimension des Unionsrechts führt dazu, dass die Gleichstellung Sozialstaat = Nationalstaat sich nicht länger aufrechterhalten lässt und der klassische Sozialstaat eine tiefgreifende Änderung erfahren hat.<sup>20</sup>

Nicht nur die durch die Staatsangehörigkeit in einem Mitgliedstaat vermittelte *Unionsbürgerschaft*, die als auch zumal in der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs in sozialer Hinsicht Wirksamkeit entfaltender Rechtsstatuts<sup>21</sup> in Art. 20 AEUV eine primärrechtliche Fundierung erfahren hat, die mehr als die rein ökonomische Teilhabe der ursprünglich lediglich als Marktbürger begriffenen und mit »Europäischen« Rechten versehenen Bürger der Mitgliedstaaten definiert, sondern auch das (von der *Verf.* nicht explizit thematisierte) *Europäische Sozialmodell* gibt diesem grundsätzlichen Wandel normative Kraft: Das Europäische Sozialmodell ist zwar »ein entwicklungsoffenes Projekt mit unscharfen Rändern und offenem Ende« (Hans F. Zacher), wird aber mehr und mehr historisch gewachsene und in zunehmendem Maße auch politisch gesteuerte Realität und gewinnt damit sowohl als sozialpolitische als auch in wachsendem Maße als rechtliche Vorgabe Normativität, wie ja auch die jüngst in der Europäischen Grundrechtecharta in Gestalt der in Titel IV Solidarität niedergelegten und für die Europäische Union und auch für deren Mitgliedstaaten,

17 Siehe zu dieser vorstehend wiedergegebenen Systematisierung Janda (Fn.3), S. 376 ff.

18 Siehe zu den zahlreichen und vielfältigen Kriterien oben II. u. Fn. 5.

19 Janda (Fn.3), S. 378 ff.

20 Vgl. dazu etwa Becker, in: Becker/Hockerts/Tenfelde (Hrsg.), Sozialstaat Deutschland. Geschichte und Gegenwart, Bonn 2010, S. 313 ff.; B. Schulte, in: Becker/Hockerts/Tenfelde (ebda.), S. 171 ff., 177 ff. u. 180 ff. sowie ders., ZIAS 2003, 391 ff.

21 Vgl. dazu etwa Zacher, Der europäische Sozialstaat, SZS/RSAS 2008, S. 1 ff.; ferner Becker, in: Hatje/Huber (Hrsg.), Unionsbürgerschaft und soziale Rechte, EuGR Beiheft 1/2007, S. 95 ff.; auch Kingreen, Die Universalisierung sozialer Rechte im europäischen Gemeinschaftsrecht, ebda., S. 43 ff.; ferner Eichenhofer, ZIAS 2003, 404 ff.

soweit sie Unionsrecht anwenden, Geltung beanspruchenden vormals ungeschriebenen Europäischen sozialen Grundsätzen und Grundrechten eine Konkretisierung und gleichsam verfassungsrechtliche Positivierung erfahren haben (kann man doch EU- und AEU-Verträge sowie die Grundrechtecharta als EU-Verfassung im materiellen Sinne ansehen).<sup>22</sup>

### IV. Soziale Sicherheit als Menschenrecht

Die *Verf.* kommt in einem Fazit<sup>23</sup> zu dem Schluss, dass unter den geänderten Voraussetzungen einer mobilen und zunehmend global agierenden Gesellschaft sich das Recht auf soziale Sicherheit vom Mitgliedschaftsrecht zum Menschenrecht wandeln müsse und gibt damit zugleich eine positive Antwort auf die jüngst von *Eberhard Eichenhofer* aufgeworfene und auch von diesem auch bejahte Frage, ob die Gewährleistung der Menschenwürde durch den Sozialstaat für alle Menschen gelte.<sup>24</sup> Insofern sei die Europäisierung sozialer Sicherheit nicht als Gefahr, sondern als Chance zu begreifen – als Chance dafür, Ansprüche auf soziale Teilhabe über den Nationalstaat hinaus zu erweitern und zu stärken.

Wenn das Recht als soziale Sicherheit um der Achtung der Menschenwürde willen als Menschenrecht zu verstehen ist,<sup>25</sup> so hat dieses menschenrechtliche Verständnis sozialer Sicherheit nicht zur Folge, dass (National)Staatlichkeit für ihren Gewährleistungsgehalt ohne Bedeutung wäre, sind doch die Menschenrechte, was ihre Durchsetzung angeht, nach wie vor an einen Staat gebunden, jedenfalls solange es (Utopie!) keinen »Weltsozialstaat« gibt, zumal auch die Europäische Union zwar in zunehmendem Maße sozialstaatliche Elemente aufweist, jedoch selbst kein Sozialstaat ist, weil ihr die zum Staat traditionellerweise gehörende

grundsätzliche »Allzuständigkeit« fehlt. Nach wie vor hängt deshalb die Offenheit der Systeme der sozialen Sicherheit von ausländer(fremden)politischen einerseits und menschenrechtlichen und sozialpolitischen Erwägungen andererseits ab und spielt nach wie vor der Gedanke der Abwehr unerwünschter Zuwanderung (»kein Sozialtourismus«, »keine Einwanderung in das Sozialleistungssystem«) eine große – hierzulande gegenwärtig in Zusammenhang mit der Zuwanderung von Roma aus Bulgarien, Rumänien und Ungarn sehr aktuelle – Rolle. Diese konkrete Erfahrung bestätigt damit das der Studie vorangestellte Motto von *Hans Magnus Enzensberger*, »Fremde sind umso fremder, je ärmer sie sind«.<sup>26</sup>

*Constanze Janda* ist es gelungen, die sehr komplexen Rechtsbereiche Migrationsrecht und Sozialrecht gleichsam zu einem Migrationssozialrecht zu bündeln in einer sehr gut geschriebenen, klar gegliederten, äußerst informativen, sehr lesbaren und deswegen zugleich sehr lesenswerten Untersuchung zusammenzufassen. Die nach dem Bekunden der *Verf.* »bei flüchtiger Betrachtung« nicht vorhandenen »Berührungspunkte«<sup>27</sup> von Ausländerrecht und Recht der sozialen Sicherheit haben eine stringente Systematisierung erfahren, die für viele offene Fragen bedenkenswerte Lösungsvorschläge macht. Eine überzeugende Arbeit!

*Dr. Bernd Schulte,*  
wissenschaftlicher Referent/Consultant, München

22 Vgl. *B. Schulte*, in: *Becker/Hockerts/Tenfelde* (Fn. 20), S. 171 ff., 194 f.

23 *Janda* (Fn. 3), S. 401 ff.

24 Siehe dazu oben I. u. Fn. 7.

25 Vgl. dazu jüngst ausführlich *Eichenhofer*, *Soziale Menschenrechte im Völker-, europäischen und deutschen Recht*, Tübingen 2012.

26 *Hans Magnus Enzensberger*, *Die große Wanderung*, Frankfurt/M. 2009.

27 *Janda*, oben I. u. Fn. 3.

## Zusammenfassungen

### Nebe: Spaltung des Arbeitsmarktes durch Krisengesetzgebung

SR SR 1/2013, S. 1–16

Die sozial nachhaltigsten Auswirkungen weisen die Reformen dort auf, wo gezielt atypische Beschäftigungsverhältnisse legalisiert und flexibilisiert wurden. Anhaltende Prekaritätsrisiken lassen sich nur im Wege einer Re-Reform abwenden. Normatives Leitbild muss dabei ein sichereres und ertragsstarkes Normalarbeitsverhältnis sein.

### Kocher/Wenckebach: § 12 AGG als Grundlage für Ansprüche auf angemessene Vorkehrungen

SR SR 1/2013, S. 17–28

§ 12 AGG ist Rechtsgrundlage für angemessene Vorkehrungen in Hinblick auf alle Diskriminierungsgründe des AGG. Die individuellen Rechte des Arbeitnehmers können dabei mit den Freiheitsrechten unterschiedlicher Personen kollidieren. Es stellt sich dann die Frage nach den Kriterien und Grenzen für angemessene Vorkehrungen.

### Ladiges: Die strafrechtliche Garantspflicht des Vorgesetzten

SR SR 1/2013, S. 29–38

Sämtliche Vorgesetzte kann als Garant iSd. § 13 StGB die Pflicht treffen, betriebsbezogene Straftaten nachgeordneter Mitarbeiter zu verhindern. Bei nachrangigen Vorgesetzten bezieht sich das aber nur auf die eigenen Unterbenen. Arbeitgeber und andere Vorgesetzte trifft aus § 12 Abs. 3 AGG eine Garantspflicht, Maßnahmen zur Unterbindung von Mobbing und schlimmere Verhaltensweisen zu ergreifen.

## Abstracts

### Nebe: Cleavage of the labour market through legislation to address the crisis

SR SR 1/2013, p. 1–16

The most long-lasting effects of reforms can be seen where the reforms have targeted atypical employment relationships by legalizing them or making them more flexible. The heightened risk of precariousness that result from the original reform can be avoided only through renewed reform. The new legislation's normative orientation must be a secure and productive employment relationship.

### Kocher/Wenckebach: Section 12 of the General Equality of Treatment Law (AGG) as the basis for appropriate precautionary measures

SR SR 1/2013, p. 17–28

Section 12 of the General Equality of Treatment Law (AGG) is the legal basis for appropriate precautionary measures in relation to all grounds of discrimination covered by the AGG. The individual rights of employees can thereby collide with the legally protected liberties of various other persons. The question posed addresses the criteria for and extent of appropriate precautionary measures.

### Ladiges: The supervisor's obligation as a guarantor under criminal law

SR SR 1/2013, p. 29–38

Many hierarchical level supervisors can, as guarantors under section 13 of the Criminal Code, have obligations to prevent firm-related criminal acts by colleagues who fall under their authority. For lower grade hierarchical superiors, this refers only to the persons under their direct supervision. Employers and other higher level supervisors have an obligation as guarantors to take measures to stop mobbing and worse types of behaviour.

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

### Abhandlungen

- Jürgen Treber: **Einstweilige Verfügungen gegen Arbeitskämpfe**
- Eva Kocher: **»Soziales Recht der Arbeit« – Gegenstände und heutige Bedeutung des Konzepts**

- Christian Rolf: **Betriebliche Altersversorgung und AGG**

### Rezensionsaufsätze

- Gazaleh Nassibi: **Schutz vor Lohndumping in Deutschland**; Hendrik Gülker: **Die Gestaltungserstreckung günstigerer Tarifverträge im Anwendungsbereich des AEntG (Holger Brecht-Heitzmann)**



# Zeichen setzen im Behindertenrecht



Werner Feldes / Wolfhard Kohte / Eckart Stevens-Bartol (Hrsg.)  
**SGB IX – Sozialgesetzbuch IX**  
 Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen  
 Kommentar für die Praxis  
 2., überarbeitete Auflage  
 2011. 1.111 Seiten, gebunden  
 € 109,-  
 ISBN 978-3-7663-6079-3

Der bewährte Kommentar erläutert kompetent und kompakt das gesamte SGB IX. Die Neuauflage berücksichtigt die Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur bis Juli 2011 – wissenschaftlich fundiert und zugleich an der Praxis orientiert.

#### Die wichtigsten Neuerungen:

- Gesetz zur Einführung Unterstützter Beschäftigung
- UN-Behindertenrechtskonvention mit dem Anspruch auf Inklusion
- Rechtsanspruch auf das Persönliche Budget
- Versorgungsmedizinische Grundsätze
- Aktuelle Entwicklung in Bezug auf die Werkstätten für behinderte Menschen

#### Stimmen zur Voraufgabe:

»Ich empfehle diesen Kommentar, weil die Verfasser die Rechte der behinderten Menschen im Betrieb stärken, ausbauen und verwirklichen wollen. Zusätzlich wollen sie uns Betriebsräten, den Schwerbehindertenvertretungen und entsprechenden Verbänden ein umfassendes Maß an Rechtsschutz und Rechtssicherheit geben. Dies ist ihnen voll und ganz gelungen... Dieser Kommentar ist auch eine Pflichtlektüre für Geschäftsführungen und Führungskräfte.«

#### Werner Gemünd in: der betriebsrat

»Das Werk ist in der Tat ein praxisorientierter Kommentar, der auch durch Ablaufschemata und Internetquellen die Arbeit mit dem SGB IX erleichtert.«

#### Die Personalvertretung

#### Die Herausgeber:

**Werner Feldes**, Ressort Teilhabepolitik/Schwerbehindertenvertretungen der IG Metall-Vorstandsverwaltung, Frankfurt

**Dr. Wolfhard Kohte**, Professor für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Arbeits-, Unternehmens- und Sozialrecht an der Universität Halle

**Eckart Stevens-Bartol**, Rechtsanwalt, Vorsitzender Richter a.D. am Landessozialgericht München

#### Die Autorinnen und Autoren:

RA Gunter Appelt,  
 Prof. Dr. jur., Dörte Busch,  
 Dr. jur., Ulrich Faber,  
 Werner Feldes,  
 Thomas Kohlrausch,  
 Prof. Dr. jur., Wolfhard Kohte,  
 Daniela Kopp-Schönherr,  
 RA Joachim Maaßen,  
 Prof. Dr. jur., Katja Nebe,  
 Ingo Nürnberger,  
 Walter Pohl,  
 Dr. rer.pol., Hans Günther Ritz,  
 RA Peter Schmitz,  
 RA Eckart Stevens-Bartol

#### Ja, ich bestelle:

Expl.:	ISBN	Autor / Kurztitel:	Preis
	6079-3	Feldes / Kohte / Stevens-Bartol (Hrsg.) SGB IX – Sozialgesetzbuch IX	€ 109,-

#### Schnell-Fax: 0 69 / 79 50 10 - 11\*

Firma \_\_\_\_\_  
 Name / Vorname \_\_\_\_\_  
 Straße / Nr. \_\_\_\_\_  
 PLZ / Ort \_\_\_\_\_  
 Telefon \_\_\_\_\_  
 E-Mail \_\_\_\_\_  
 Ja, ich möchte den E-Mail-Service Ihres Verlages nutzen, um über interessante Angebote und Neuigkeiten auf dem Laufenden gehalten zu werden. Diesen Service kann ich jederzeit schriftlich bei der Bund-Verlag GmbH widerrufen.  
 Datum / Unterschrift \_\_\_\_\_



**BUND  
 VERLAG**

Postfach  
 60424 Frankfurt am Main

Infotelefon:  
 0 69 / 79 50 10-20

Fax:  
 0 69 / 79 50 10-11

Internet:  
[www.bund-verlag.de](http://www.bund-verlag.de)

E-Mail:  
[kontakt@bund-verlag.de](mailto:kontakt@bund-verlag.de)

SR 03 13 4

\*Wir geben Ihre Bestellung zur Ausführung an eine Buchhandlung unserer Wahl weiter.