

# 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

- Europäisches Grundrecht der Tarifautonomie und europäisches  
Sozialstaatsprinzip als Schranken europäischer Wirtschaftsregulierung  
*Brun-Otto Bryde* ..... Seite 2
- Das Beitragsrecht der Gesetzlichen Unfallversicherung  
*Wolfgang Spellbrink* ..... Seite 17

## Rezensionsaufsätze

- Lena Rudkowski*, Der Streik in der Daseinsvorsorge;  
*Anne Christin Wiefeld*, Die rechtliche Stellung von Arbeitnehmer-  
außenseitern im Spartenarbeitskampf  
*Hansjörg Otto* ..... Seite 41
- Benedikt Schmidt*, Tarifpluralität im System der Arbeitsrechtsordnung  
*Reingard Zimmer* ..... Seite 51

- Zusammenfassungen (Abstracts) / Vorschau ..... Seite 55

**Mit der Zeitschrift *Soziales Recht***, die im vergangenen Jahr zum ersten Mal erschienen ist, haben wir das Ziel verbunden, ein Forum für längere Abhandlungen auf wissenschaftlich hohem Niveau zu schaffen. Nach nur einem Jahr, dh. zwei Heften, ist es sicherlich zu früh, Bilanz zu ziehen. Dennoch blicken wir mit einem gewissen Stolz auf die bisherigen Ergebnisse: *Peter Hanau*<sup>1</sup> hat mit der Erörterung aktueller Fragen des Tarifvertragsrechts und der Fokussierung auf die wichtigsten Herausforderungen der Zukunft einen ersten Aufschlag geliefert. *Karl-Jürgen Bieback*<sup>2</sup> hat mit einem Beitrag zum Sperrzeitenrecht wichtige rechtspolitische und -dogmatische Fragestellungen der Arbeitslosenversicherung aufgegriffen. Er hat sich dazu auch empirischer Befunde bedient, was ebenfalls ein Anliegen dieser Zeitschrift ist. Diese Aufsätze ebenso wie derjenige von *Sabine Knickrehm*<sup>3</sup> zu »Härtefallregelungen« im SGB II zeigen, dass wissenschaftliche und praktische Fragestellungen einander nicht ausschließen, sondern ergänzen und die fundierte Beantwortung praktischer Fragen regelmäßig des theoretischen Unterbaus bedarf. *Achim Seifert*<sup>4</sup> hat in seinem Beitrag zum Begriff des Sozialen Rechts bei *Hugo Sinzheimer* die internationale Anschlussfähigkeit dieses Begriffs nachgewiesen. Dem zusätzlichen Ziel der Zeitschrift, im Rahmen von Rezensionen Aufsätzen den Diskurs mit wissenschaftlichen Qualifikationsschriften aufzunehmen, haben sich *Katja Nebe*<sup>5</sup> und *Waldemar Reinfelder*<sup>6</sup> angenommen.

Die positiven Reaktionen auf das Erscheinen unserer neuen Zeitschrift machen Verlag und Herausgebern Mut, auf diesem Wege voranzuschreiten. Es konnten weitere hochrangige Autoren gewonnen werden, die zum Gelingen dieser Zeitschrift beitragen möchten. So untersucht *Brun-Otto Bryde* in diesem Heft das Grundrecht der Tarifautonomie und das Sozialstaatsprinzip als Schranken europäischer Wirtschaftsregulierung, *Wolfgang Spellbrink* wendet sich dem Beitragsrecht der gesetzlichen Unfallversicherung zu. *Hansjörg Otto* führt die Reihe der Rezensionen auf mit der Besprechung zweier Dissertationen zum Arbeitskampfrecht fort. Die mit dem Hugo Sinzheimer-Preis ausgezeichnete Doktorarbeit von *Benedikt Schmidt* bespricht *Reingard Zimmer*. In den nächsten Heften werden voraussichtlich Beiträge von *Wolfgang Däubler* zur Überlagerung des

Arbeitsrechts durch das Öffentliche Recht, von *Ulrich Preis* zum Wandel des Gratifikationsrechts durch Einführung der AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, von *Eberhard Eichenhofer* zur Begriffsgeschichte des Sozialen Rechts bei *Radbruch*, *Duguitt* und *Gurvitch*, von *Felix Welti* zur Sozialen Krankenversicherung im Kraftfeld der Gesundheitspolitik, von *Eva Kocher* über das heutige Konzept sozialen Rechts sowie von *Ulrich Koch* und *Ulrich Steinwedel* zum Schutz des Vertrauens in höchstrichterliche Rechtsprechung im Arbeitsrecht und im Sozialrecht erscheinen.

Diese Zusagen sowie die bisher sehr konstruktive Zusammenarbeit zwischen den Göttinger Herausgebern und dem Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht haben Verlag, HSI und Herausgeber veranlasst, den Schritt zu wagen, *Soziales Recht* ab diesem Jahr quartalsweise erscheinen zu lassen. Außerdem kann *Soziales Recht* nunmehr auch selbstständig abonniert werden. Für die bisherige und die künftig noch ausgeweitete Unterstützung danken wir dem Bundesverlag sowie dem HSI, ebenso dem DGB Bundesvorstand als Herausgeber der Zeitschrift *Arbeit und Recht*, als deren Supplement *Soziales Recht* weiterhin erscheinen wird.

Abschließend bleibt uns ein technischer Hinweis an die Abonnenten: *Soziales Recht* wird ein gemeinsames Inhaltsverzeichnis für die beiden ersten Jahrgänge (2011 und 2012) erhalten und nach Abschluss des zweiten Jahrgangs in einer gemeinsamen Einbanddecke eingebunden werden können.

Prof. Dr. Olaf Deinert  
Prof. Dr. Rüdiger Krause

Institut für Arbeitsrecht der Georg-August-Universität Göttingen

- 
- 1 SR 2011, 3 ff.
  - 2 SR 2011, 21 ff.
  - 3 SR 2011, 45 ff.
  - 4 SR 2011, 62 ff.
  - 5 SR 2011, 39 ff.
  - 6 SR 2011, 73 ff.

# Europäisches Grundrecht der Tarifautonomie und europäisches Sozialstaatsprinzip als Schranken europäischer Wirtschaftsregulierung

Prof. Dr. Brun-Otto Bryde, Richter des BVerfG a. D.

## I. Arbeitnehmerrechte und europäische wirtschaftspolitische Steuerung

### 1. Lohnpolitik als Thema europäischer Economic Governance

Im Rahmen der Pläne zur Überwindung der Euro-Krise und zur Stärkung der Wirtschafts- und Währungsunion durch eine wirtschaftspolitische Steuerung (Economic Governance) in der Europäischen Union wird auch die Lohnentwicklung in den Mitgliedstaaten in den Blick genommen<sup>1</sup>. So sahen die deutsch-französischen Vorschläge zu einem »Pakt für Wettbewerbsfähigkeit« für eine verbesserte Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten der Eurozone im Fiskalbereich von Anfang Februar 2011 neben einer Angleichung von Unternehmenssteuersätzen auch die Angleichung der Lohnpolitik sowie ein einheitliches Renteneintrittsalter vor.<sup>2</sup> Auch der von den Mitgliedstaaten beschlossene Euro-Plus-Pakt<sup>3</sup> enthält deutliche Aussagen in Richtung auf eine Einflussnahme auf die Lohnentwicklung in den Mitgliedstaaten, erkennt allerdings die Rolle der Tarifparteien an. Er verlangt Maßnahmen

1. »mit denen unter Achtung der nationalen Gepflogenheiten in Bezug auf den sozialen Dialog und die Beziehungen zwischen den Sozialpartnern sichergestellt wird, dass die Kosten sich entsprechend der Produktivität entwickeln, wie beispielsweise:
2. Überprüfung der Lohnbildungsverfahren und erforderlichenfalls des Grads der Zentralisierung im Verhandlungsprozess und der Indexierungsmechanismen, unter Wahrung der Autonomie der Sozialpartner in den Tarifverhandlungen;
3. Sicherstellung, dass die Tarifabschlüsse im öffentlichen Sektor den auf eine Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit gerichteten Anstrengungen im Privatsektor förderlich sind (eingedenk der wichtigen Signalwirkung der Löhne im öffentlichen Sektor).

Schließlich wurden auch in den Stellungnahmen und Vorschlägen der europäischen Institutionen zur zukünftigen Ausgestaltung der Wirtschaftspolitik durchgehend lohnpolitische Aspekte angesprochen.<sup>4</sup>

### 2. Die neuen Maßnahmen zur wirtschaftspolitischen Steuerung (Economic Governance) in der Europäischen Union (sogenanntes »six pack«)

Die Diskussionen über ein effektiveres Instrumentarium zur Durchsetzung des Stabilitäts- und Wachstumspakts und seine Ergänzung durch neue wirtschaftspolitische Instrumenten zur Koordination der Wirtschaftspolitik führten zu einem Maßnahmenbündel, das von der Kommission in enger Zusammenarbeit mit der vom Europäischen Rat unter dem Vorsitz des Präsidenten des Europäischen Rates eingesetzten Arbeitsgruppe »Wirtschaftspolitische Steuerung«<sup>5</sup> am 29.09.2010 vorgelegt wurde.<sup>6</sup> Nach langen Verhandlungen zwischen Europäischem Parlament und Rat, die zu erheblichen Änderungen führten, wurde dieses Paket vom Europäischen Parlament am 28.09.2011 und vom Rat am 04.10.2011 angenommen und am 23.11.2011 im Amtsblatt verkündet<sup>7</sup>.

1 Der Beitrag beruht auf einem für die Hans-Böckler-Stiftung erstatteten Gutachten.

2 <http://www.deutschland-check.de/der-pakt-fur-wettbewerbsfahigkeit-im-urteil-der-konomen.html> (14.02.2012).

3 Abgedruckt als Anhang zu den Schlussfolgerungen der Sitzung des Europäischen Rates vom 24./25.03.2011 (EUCO 10/1/11-CO EUR 6 CONCL 3).

4 Vgl. die Forderung nach »striker Lohndisziplin« im Jahreswachstumsbericht KOM (2011) 11; vgl. auch die Empfehlungen im Rahmen des 1. Europäischen Semesters unten II. 1.

5 Vgl. deren Abschlussbericht vom 21.10.2010 Rat: 15302/10/CO EUR-PREP 57/ECOFIN 649.

6 KOM (2010) 522–527.

7 Abl. 2011, L 306.

### a) Das europäische Semester

Ein zentraler Bestandteil der neuen Steuerung ist die Koordination der Haushalts-, Finanz- und Wirtschaftspolitik von Union und Mitgliedstaaten mit Hilfe des »Europäischen Semesters«. Nach diesem neuen Instrument finanz- und wirtschaftspolitischer Koordinierung, das am 07.09.2010 vom Rat für Wirtschaft und Finanzen beschlossen wurde,<sup>8</sup> werden im ersten Halbjahr (deshalb »Semester«) die jährliche Wirtschafts- und Haushaltsplanung der Mitgliedstaaten mit der Union abgestimmt. Das Semester beginnt jeweils mit dem Jahreswachstumsbericht der Kommission.<sup>9</sup> Daraufhin berät der Europäische Rat im März über die Schwerpunkte für die EU. Pläne über die nationalen Haushalte werden der Kommission bis April von den Regierungen der Mitgliedstaaten vorgelegt. Auf dieser Grundlage erarbeitet die Kommission bis Juni für jedes einzelne Land Empfehlungen, die anschließend noch vom Europäischen Rat beschlossen werden müssen.

Dieser Prozess ist mit dem Beschluss des Europäischen Rates vom 24.06.2011<sup>10</sup> erstmals abgeschlossen worden. Sowohl die eigenen Reformprogramme der Mitgliedstaaten wie die Empfehlungen der Kommission, die vom Rat gebilligt worden sind, haben dabei für einzelne Länder Empfehlungen zur Lohnentwicklung abgegeben. So heißt es in der Empfehlung für Belgien<sup>11</sup>, dass das Land

»in Konsultation mit den Sozialpartnern und im Einklang mit der nationalen Praxis das Lohnverhandlungssystem und die Lohnindexierung reformieren sollte, um sicherzustellen, dass das Lohnwachstum der Arbeitsproduktivität und der Wettbewerbsfähigkeit in stärkerem Maße Rechnung trägt«.

Die Koordinierung mit Hilfe des Europäischen Semesters, die von Europäischem Rat und Kommission zunächst als rein politische Koordinierung gedacht war, wurde auf Verlangen des Europäischen Parlaments in den Rechtsakten des »six pack« mit den dort geregelten Handlungsmöglichkeiten verbunden.<sup>12</sup> Sie wird damit aufgewertet, bleibt aber rechtlich unverbindlich, wenn nicht auch die Voraussetzungen für verbindliche Maßnahmen aufgrund anderer Vorschriften erfüllt sind. Ziel ist aber, dass die so zustande kommenden europäischen Empfehlungen und Leitlinien Einfluss auf die Politik in den Mitgliedstaaten haben werden.

### b) Reform des Stabilitäts- und Wachstumspaktes

Vier der vorgeschlagenen Rechtsakte dienen der Reform des Stabilitäts- und Wachstumspaktes.

Durch die Änderung der Verordnung (EG) 1466/97<sup>13</sup>, der präventiven Komponente des Stabilitäts- und Wachstumspaktes, soll die Prävention durch den Grundsatz einer vorsichtigen Haushaltspolitik operationalisiert werden. Danach soll das jährliche Ausgabenwachstum ein vorsichtig geschätztes Wachstum des Bruttoinlandsprodukts nicht überschreiten (Art. 5). Dadurch soll sichergestellt werden, dass unerwartete Mehreinnahmen nicht ausgegeben, sondern dem Schuldenabbau zugeführt werden. Der neue Grundsatz liefert den Maßstab für die Bewertung der Haushaltspläne der Mitgliedstaaten. Ein Mitgliedstaat, dessen Ausgabenwachstum die vereinbarte Quote überschreitet und der es versäumt, die geforderten einnahmenseitigen Maßnahmen zu ergreifen, kann von der Kommission gemäß Art. 121 Abs. 4 AEUV verwarnt werden (Art. 6 Abs. 2). Hält die erhebliche Abweichung von einer vorsichtigen Haushaltspolitik an oder ist sie besonders schwerwiegend, richtet der Rat auf Empfehlung der Kommission nach Art. 121 IV AEUV an den betreffenden Mitgliedstaat die Empfehlung, die notwendigen Korrekturmaßnahmen zu ergreifen.

Die Änderung der Verordnung (EG) 1467/97<sup>14</sup> soll das Defizitverfahren des Art. 126 AEUV als korrektiven Arm des Stabilitätspaktes verschärfen, insbesondere die Verschuldung neben dem Haushaltsdefizit in die Überwachung einbeziehen. Das Sanktionssystem wird durch eine neue Verordnung<sup>15</sup> grundlegend reformiert werden. Der Rat soll nach dem Vorschlag bereits, wenn er im präventiven Stadium eine Empfehlung nach Art. 121 IV AEUV an einen Mitgliedstaat richtet, eine verzinsliche Einlage fordern (Art. 4). Dafür wird das qualifizierte Mehrheitserfordernis umgekehrt. Nunmehr muss der Rat den Vorschlag der Kommission innerhalb einer Frist von zehn Tagen mit qualifizierter Mehrheit ablehnen. Wenn der Rat dann das Vorliegen eines übermäßigen Defizits feststellt, soll er gleichzeitig eine unverzinsliche Einlage verlangen (Art. 5). Und wenn er nach Art. 126 VIII AEUV feststellt, dass seine

<sup>8</sup> Pressemitteilung des Rates Nr. 13161/10 vom 07.09.2010.

<sup>9</sup> KOM (2011) 11.

<sup>10</sup> EUCO 23/11.

<sup>11</sup> SEK (2011) 802 endgültig.

<sup>12</sup> Art. 2 a VO (EU) 1175/2011, Art. 1 Abs. 2 VO (EU) 1178/2011.

<sup>13</sup> VO (EU) 1175/2011, ABL 2011, L 306/12.

<sup>14</sup> VO (EU) 1177/2011, ABL 2011, L 306/33.

<sup>15</sup> VO (EU) 1173/2011, ABL 2011, L 306/1.

zuvor erlassene Empfehlung unbeachtet geblieben ist, wird eine Geldbuße verhängt (Art. 6). Auch für diese Schritte gilt die umgekehrte qualifizierte Mehrheit.

Eine Richtlinie des Rates über die Anforderungen an die haushaltspolitischen Rahmen der Mitgliedstaaten<sup>16</sup> legt die Anforderungen fest, die die Mitgliedstaaten in ihrer nationalstaatlichen Steuerung bis Ende 2013 zu erfüllen haben, und enthält Vorschriften zur Rechnungslegung und Statistik, Harmonisierung makroökonomischer und haushaltspolitischer Prognosen, die Einführung zahlenmäßig bestimmter Regeln zur Defizithöhe und zum mittelfristigen finanzpolitischen Rahmen und Transparenzanforderungen.

Dieser den Stabilitäts- und Wachstumspakt betreffende Teil des Pakets wurde in erster Lesung nur mit knapper Mehrheit angenommen. Die linke Minderheit des Europäischen Parlaments stimmte dagegen, da ihrer Ansicht nach der Schwerpunkt zu einseitig auf finanzpolitischer Kontrolle liege und es für Investitionen zur langfristigen Förderung von Wachstum und Beschäftigung zu wenig Raum gebe.<sup>17</sup>

### c) Makroökonomisches Ungleichgewicht

Neuland wird mit einem Instrumentarium zur Feststellung und Sanktionierung makroökonomischer Ungleichgewichte beschritten, das auf Art. 121 Abs. 6 AEUV gestützt wird.

Die Verordnung (EU) 1176/2011 führt ein Verfahren für die Feststellung von makroökonomischen Ungleichgewichten ein (Excessive Imbalance Procedure – EIP).<sup>18</sup> Im Rahmen dieses Überwachungssystems werden zunächst Mitgliedstaaten mit problematischen makroökonomischen Ungleichgewichten ermittelt. Dem dient ein »Scoreboard« (Art. 4), das einen Satz von Indikatoren enthält, der die Erkennung von Ungleichgewichten ermöglichen soll. Für die Indikatoren werden Warnschwellen festgelegt, die als Richtgrößen für die Bewertung gesehen, jedoch nicht mechanisch ausgelegt werden; sondern nach der Begründung der Kommission durch »eine ökonomische Beurteilung und länderspezifischen Sachverstand ergänzt werden« sollen.<sup>19</sup>

Zum Inhalt des Scoreboards heißt es in der Begründung: »Die Zusammensetzung des Scoreboards könnte sich mit der Zeit ändern, je nachdem, wie sich die Risiken für die gesamtwirtschaftliche Stabilität wandeln oder die Datenverfügbarkeit fortentwickelt. Zu den möglichen Indikatoren würden höchstwahrscheinlich sowohl außen- als auch binnenwirtschaftliche Variablen gehören. Messgrößen der

Zahlungsbilanzposition (zB. Leistungsbilanzsalden und Auslandsverschuldung) sowie der preislichen oder Kostenwettbewerbsfähigkeit (zB. reale effektive Wechselkurse) würden die Erkennung außerwirtschaftlicher Ungleichgewichte erleichtern. Die Verwendung binnenwirtschaftlicher Indikatoren (zB. private und öffentliche Verschuldung) ist gerechtfertigt, da außenwirtschaftlichen Ungleichgewichten zwangsläufig binnenwirtschaftliche Ungleichgewichte gegenüberstehen. Doch auch für sich genommen ist die Überwachung binnenwirtschaftlicher Indikatoren zu rechtfertigen, da sich binnenwirtschaftliche Ungleichgewichte insbesondere über finanzielle Ansteckungseffekte auch auf andere Mitgliedstaaten auswirken können. Zusammengekommen würden diese Indikatoren den Analysebedarf für eine erste Einschätzung etwaiger Ungleichgewichte großteils decken.«<sup>20</sup>

Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen sind Verfahren und Zusammensetzung des Scoreboards präzisiert worden. Das Europäische Parlament konnte sich allerdings mit seiner Forderung, in die Festlegung des Scoreboards einbezogen zu werden,<sup>21</sup> nur teilweise durchsetzen. An Stelle einer entsprechenden Vorschrift im operativen Teil tritt nunmehr Erwägungsgrund 12, der eine Mitwirkung des Parlaments anmahnt.

Auf dieser Grundlage kann die Kommission nach Aussprache in Rat und Eurogruppe für Mitgliedstaaten, bei denen Ungleichgewichte erscheinen, Überprüfungen vornehmen (Art. 5). Wenn die makroökonomischen Ungleichgewichte nicht als unproblematisch befunden werden, kann die Kommission gemäß Art. 6, wenn sie zur Auffassung gelangt, dass makroökonomische Ungleichgewichte bestehen oder zu entstehen drohen, dem Rat empfehlen, gemäß Art. 121 Abs. 2 AEUV präventive Empfehlungen an den Mitgliedstaat zu richten. Weist die Überprüfung in einem Mitgliedstaat auf schwere Ungleichgewichte oder auf Ungleichgewichte hin, die das ordnungsgemäße Funktionieren der Wirtschafts- und Währungsunion gefährden, kommt es zum »Verfahren bei einem übermäßigen

16 RL 2011/85/EU, Abl. 2011 L 306/41.

17 Pressemitteilung des Europäischen Parlaments vom 23.06.2011, 20110622IPR22350.

18 VO (EU) 1176/2011, Abl. 2011, L 306/25.

19 KOM (2010) 527/4.

20 KOM (2010) 527/5.

21 Vgl. Report Ferreira 2010/0281 (COD) Art. 3 Abs. 1.

Ungleichgewicht« – Excessive Imbalance Procedure – EIP (Art. 7–12).

Gelangt die Kommission auf der Grundlage der eingehenden Überprüfung nach Art. 5 zu der Auffassung, dass in dem betreffenden Mitgliedstaat übermäßige Ungleichgewichte bestehen, kann der Rat nach Art. 7 auf Empfehlung der Kommission eine Empfehlung nach Art. 121 Abs. 4 AEUV abgeben, in der er ein übermäßiges Ungleichgewicht feststellt und dem betreffenden Mitgliedstaat empfiehlt, Korrekturmaßnahmen zu ergreifen. Zum möglichen Inhalt sagt die Begründung: »Je nach Art des Ungleichgewichts könnten die Politikempfehlungen beispielsweise auf finanz- und lohnpolitische sowie makrostrukturelle und makroprudentielle Aspekte abstellen, die der Kontrolle der mitgliedstaatlichen Regierung unterliegen.«<sup>22</sup>

Der Mitgliedstaat muss nach Art. 8 einen Korrekturmaßnahmenplan beschließen. Innerhalb von zwei Monaten nach seiner Übermittlung wird dieser auf der Grundlage eines Berichts der Kommission vom Rat bewertet. Befindet der Rat den Plan auf Vorschlag der Kommission für ausreichend, so billigt er ihn im Wege einer Empfehlung, in der die erforderlichen spezifischen Maßnahmen und die Fristen, innerhalb derer sie ergriffen werden müssen, aufgelistet sind, und legt einen Überwachungszeitplan fest, der den Übertragungskanälen gebührend Rechnung trägt und den Umstand berücksichtigt, dass zwischen dem Ergreifen von Korrekturmaßnahmen und der tatsächlichen Beseitigung von Ungleichgewichten lange Zeitspannen liegen können.

Werden die Empfehlungen nach Auffassung des Rates mit den ergriffenen oder im Korrekturmaßnahmenplan vorgesehenen Maßnahmen bzw. mit dem zugehörigen Durchführungszeitplan nicht hinreichend umgesetzt, fordert der Rat den betreffenden Mitgliedstaat auf Vorschlag der Kommission auf, seinen Korrekturmaßnahmenplan innerhalb einer neuen Frist abzuändern. Die Kommission überwacht die Umsetzung der Korrekturmaßnahmen durch die betreffenden Mitgliedstaaten, die regelmäßig Fortschrittsberichte vorzulegen haben (Art. 9). Ändern sich die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, können die EIP-Empfehlungen auf Empfehlung der Kommission abgeändert werden. Auf der Grundlage einer Empfehlung der Kommission bewertet der Rat, ob der betreffende Mitgliedstaat die empfohlenen Korrekturmaßnahmen ergriffen hat (Art. 10). Wird das bejaht, wird das Verfahren ausgesetzt, die Überwachung aber fortgesetzt.

Wenn der Mitgliedstaat die empfohlenen Korrekturmaßnahmen nicht ergriffen hat, fasst der Rat nach Art. 10 Abs. 4 auf Empfehlung der Kommission einen Beschluss, in dem er die Nichteinhaltung erklärt, und nimmt eine Empfehlung an, mit der neue Fristen für die Durchführung von Korrekturmaßnahmen festgelegt werden. Für dieses Verfahren gilt wie im neuen Defizitverfahren das Verfahren der umgekehrten qualifizierten Mehrheit, das heißt, die Empfehlung der Kommission mit der Erklärung der Nichteinhaltung gilt als vom Rat angenommen, sofern er nicht innerhalb von zehn Tagen nach Annahme durch die Kommission mit qualifizierter Mehrheit beschließt, die Empfehlung abzulehnen. Allerdings kann der betreffende Mitgliedstaat diese Automatik verhindern, indem er beantragt, dass eine Tagung des Rates anberaumt wird, um über den Beschluss abzustimmen. Außerdem kann das Europäische Parlament in eigener Initiative oder auf Antrag eines Mitgliedstaates den Präsidenten des Rates, die Kommission oder – soweit dies zweckmäßig ist – den Präsidenten der Euro-Gruppe auffordern, vor seinem zuständigen Ausschuss zu erscheinen, um den Beschluss, in dem die Nichteinhaltung erklärt wird, zu erörtern.

Wenn der Rat auf Empfehlung der Kommission zu dem Schluss gelangt, dass der betreffende Mitgliedstaat keine übermäßigen Ungleichgewichte mehr aufweist, wird das EIP eingestellt (Art. 11).

In der zweiten Verordnung<sup>23</sup> geht es um Durchsetzungsmaßnahmen zur Korrektur übermäßiger makroökonomischer Ungleichgewichte. Dieser lehnt sich an das Defizitverfahren an, obwohl die Kommission in ihrer Begründung selbst zugibt, dass die Feststellung und Korrektur makroökonomischer Ungleichgewichte ungleich schwerer zu bewerten ist, als die Haushaltspolitik.<sup>24</sup> Nach Art. 3 muss ein Mitgliedstaat, der es wiederholt versäumt, Ratsempfehlungen zur Korrektur übermäßiger makroökonomischer Ungleichgewichte zu befolgen, solange eine jährliche Geldbuße entrichten, bis der Rat feststellt, dass Korrekturmaßnahmen ergriffen wurden. Der Mitgliedstaat muss eine Geldbuße auch dann entrichten, wenn er wiederholt versäumt, dem Rat und der Kommission einen Korrekturmaßnahmenplan vorzulegen, mit dem die Empfehlungen des Rates hinreichend umgesetzt werden.

22 KOM (2010) 527/6.

23 VO (EU) 1174/2011, ABl. 2011, L 306/8.

24 KOM (2010) 525/5.

Wie nach den neuen Vorschlägen zum Defizitverfahren soll auch hier die Geldbuße nach dem System der umgekehrten qualifizierten Mehrheit verhängt werden, dh. lehnt der Rat den Kommissionsvorschlag nicht innerhalb von zehn Tagen mit qualifizierter Mehrheit ab, gilt er als angenommen.

Das Parlament hat Rücksicht auf die Bedenken genommen, dass das EIP zu Eingriffen in die Tarifautonomie führen könnte. Erwägungsgrund 19 der VO (EU) 1176/2011 fordert die Einbindung der Sozialpartner, in Erwägungsgrund 25 wird die Achtung der nationalen Systeme der Lohnbildung gefordert.

Besonders deutlich ist dann Art. 1 Abs. 3

»Bei der Anwendung dieser Verordnung wird Art. 152 AEUV uneingeschränkt eingehalten, und die im Rahmen dieser Verordnung ausgesprochenen Empfehlungen beachten die nationalen Gepflogenheiten und Einrichtungen für die Lohnbildung. Diese Verordnung berücksichtigt Art. 28 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union und beeinträchtigt dementsprechend nicht das Recht, gemäß den nationalen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten Tarifverträge auszuhandeln, abzuschließen oder durchzusetzen oder kollektive Maßnahmen zu ergreifen.«

und Art. 6 Abs. 3

»Die Empfehlungen des Rates und der Kommission achten Art. 152 AEUV uneingeschränkt; gleichzeitig berücksichtigen sie Art. 28 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union.«

Schließlich sieht Art. 9 Abs. 3 noch mal die Einbindung der Sozialpartner vor.

### 3. Gefährdungen der Tarifautonomie

Fragt man danach, ob dieses Maßnahmebündel die Tarifautonomie in den Mitgliedstaaten gefährdet, sind zwei Fragen zu unterscheiden:

Einerseits gibt es, wie sich auch in der Abstimmung im Europaparlament über den stabilitätspolitischen Teil des Pakets ausgedrückt hat, die Sorge, dass die neuen bzw. verschärften Kompetenzen zur Einflussnahme auf die Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten zu einer einseitigen Betonung von Schuldenabbau und damit letztlich zu einer Austeritätspolitik führen wird, die in erster Linie Arbeitnehmer trifft, jedenfalls faktisch zu Bedingungen führt, die Tarifverhandlungen erschweren. Diese Sorge ist angesichts der Erfahrungen Griechenlands und Irlands nicht von der Hand zu weisen. Allerdings schützen Grundrechte nicht vor falscher Politik. Grenzen für eine einseitige Austeritäts-

politik zu Lasten der Schwächeren ergeben sich jedoch aus dem europäischen Sozialstaatsprinzip.<sup>25</sup>

Konkreter und unmittelbarer an einem Grundrecht der Tarifautonomie zu messen ist die Befürchtung, dass die vorgeschlagenen Rechtsakte zur makroökonomischen Steuerung den Europäischen Institutionen Befugnisse geben, mit denen sie konkret auf die Lohnentwicklung eingreifen können.

Man kann sich ein Szenario ausmalen, nach dem die Lohnentwicklung in einem Mitgliedsstaat von Kommission und Rat als Ursache eines makroökonomischen Ungleichgewichts festgestellt wird, im Rahmen des neuen EIP Empfehlungen an den Mitgliedstaat zur Einflussnahme auf die Lohnentwicklung gerichtet werden und im Extremfall Sanktionen erfolgen, wenn er diesen Empfehlungen nicht folgt.

Wie realistisch solche Befürchtungen sind, ist nicht nur deshalb schwer vorher zu sagen, weil der zukünftige Umgang der europäischen Politik mit diesem Instrument noch nicht absehbar ist. Sowohl in den Begründungen der Kommission wie in den vom Parlament angenommenen Texten ist deutlich, dass es sich um ein teilweise noch im Experimentierstadium befindliches Instrumentarium handelt, mit dem erst – unter sachverständiger Beratung – Erfahrungen gesammelt werden müssen und das daher auch einer Beobachtungspflicht unterliegt (Art. 16).

Noch größere Unsicherheit über die Reichweite des EIP ergibt sich daraus, dass trotz der Präzisierungen durch das Parlament noch nicht absehbar ist, welche Indikatoren in das Scoreboard einbezogen und welche Schwellenwerte angenommen werden. Die Kommission hat unverbindlich bisher folgende Indikatoren genannt:

- Leistungsbilanzsaldo in Relation zum BIP
- Exportmarktanteile
- Nettoauslandsposition in Relation zum BIP
- Realer effektiver Wechselkurs (deflationiert mit Arbeitsstückkosten bzw. basierend auf BIP Deflator)
- Nominelle Arbeitsstückkosten
- Reale Wertsteigerungen im Bausektor
- Reale Steigerung der Hauspreise
- Verschuldung des Privatsektors als Anteil am BIP
- Bruttoschuldenstand in Relation zum BIP<sup>26</sup>

<sup>25</sup> Vgl. unten II. 2.

<sup>26</sup> Europäische Kommission (2010a), Enhancing economic policy coordination for stability, growth and jobs – Tools for stronger EU economic governance, Communication, 367/2.

Die Festlegung von Scoreboard und Schwellenwerten soll jedenfalls nach den Vorstellungen des Parlaments kein rein technischer Akt sein, sondern in einem politischen Prozess erfolgen, in den Mitgliedstaaten, Rat und Parlament einbezogen sind.

Für die Tarifautonomie ist nach den Änderungen durch das Parlament zu berücksichtigen, dass die Formulierungen der Rechtsakte nunmehr die Achtung dieses Grundrechts ausdrücklich vorsehen.

## II. Der Schutz von Tarifautonomie und Arbeitnehmerinteressen durch das Europarecht

### 1. Das europäische Grundrecht der Tarifautonomie

#### a) Tarifautonomie als allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts

Bis zur Kodifizierung in Art. 28 GRCh war die Existenz eines europarechtlichen Grundrechts der Tarifautonomie umstritten.<sup>27</sup>

Auch wenn die Frage nunmehr durch Art. 28 GRCh positiv geklärt ist, bleibt die Frage, ob die Tarifautonomie auch zum ungeschriebenen Grundrechtsbestand gehört, schon deshalb von Bedeutung, weil neben der Charta und (zukünftig)<sup>28</sup> der EMRK auch die ungeschriebenen Grundrechte ihre Geltung behalten (Art. 6 Abs. 3 EUV), und weil die geschriebenen Grundrechte der Charta nach Art. 52 Abs. 4 GRCh in Übereinstimmung mit den Verfassungsüberlieferungen ausgelegt werden sollen, wenn sie solchen Verfassungsüberlieferungen entsprechen.

Während die Koalitionsfreiheit als Teil der gemeinsamen Verfassungstradition zweifellos auch ein europäisches Grundrecht ist,<sup>29</sup> wie nunmehr auch in Art. 12 Abs. 1 GRCh bestätigt wird, war die Einbeziehung der koalitionsstypischen Betätigung in Form von Kollektivverhandlungen in den grundrechtlichen Schutz lange nicht in gleicher Weise akzeptiert, steht heute aber fest.

#### (1). Die gemeinsame Verfassungsüberlieferung

Die Unsicherheit hat ihren Hintergrund, der für das Verhältnis von Europarecht und Tarifautonomie nach wie vor wichtig ist, vor allem darin, dass die gemeinsame Verfassungstradition der Mitgliedstaaten, die den theoretischen

Ausgangspunkt der richterlichen Grundrechtsentwicklung durch den EuGH bildete,<sup>30</sup> für die Entwicklung eines europäischen Grundrechts der Tarifautonomie weniger ergiebig war als für andere Grundrechte. Während der Kern der Freiheitsrechte heute nicht nur europaweit sondern weltweit mit großer Ähnlichkeit garantiert ist, gilt das für die Grundrechte mit Wirtschafts- und Sozialbezug nicht in gleichem Maße. Art und das Ausmaß, in dem soziale Grundrechte und Arbeitnehmerrechte einerseits, aber auch Eigentum und Unternehmerfreiheit andererseits verfassungsfest garantiert sind, ist in den europäischen Verfassungen teilweise recht unterschiedlich. Eine Reihe von europäischen Verfassungen garantiert das Recht zu Kollektivverhandlungen, regelmäßig verbunden mit dem Streikrecht (Belgien Art. 23 Abs. 3 Nr. 1; Bulgarien Art. 49; Estland Art. 29 Abs. 5; Frankreich Präambel von 1946 Nr. 6–8; Griechenland Art. 22, 23; Italien Art. 39; Lettland Art. 108; Rumänien Art. 38 Abs. 5, Polen Art. 59 Abs. 2; Portugal Art. 56; Spanien Art. 37; Slowakei Art. 36g; Zypern Art. 26). In anderen Staaten, insbesondere Deutschland, wird die Tarifautonomie durch Auslegung der Koalitionsfreiheit entnommen.<sup>31</sup> Aber es gibt auch europäische Verfassungen ohne entsprechende Regelung, darunter interessanterweise gerade auch solche wie die skandinavischen Staaten, in denen die Tarifautonomie und Streikrecht sozial ganz unbestritten eine sogar sehr kräftige Geltung haben.<sup>32</sup>

Als sich der EuGH zum ersten Mal mit der Tarifautonomie beschäftigte, in der Rechtssache *Albany*,<sup>33</sup> wo es um

27 Zur Diskussion vor der Grundrechtecharta vgl. vor allem *Britz*, Tarifautonomie in der Europäischen Union, in: *Britz/Volkmann*, Tarifautonomie in Deutschland und Europa, Tübingen 2003, S. 34.

28 Art. 6 Abs. 2 EUV. Die Umsetzung dieser Vertragsbestimmung ist allerdings noch nicht absehbar.

29 EuGH, 08.10.1974 – C-175/73 – Slg. 1974, I-00971 (*Union syndicale, Massa and Kortner*), Rn. 14; EuGH, 15.12.1995 – C-415/93 – Slg. 1995, I-04921 (*Bosman*), Rn. 79 f.; EuGH, 18.01.1990 – C-193/87 und C-194/87 – Slg. 1990, I-95–123 (*Maurissen and European Public Service Union*), Rn. 11 ff., 16; vgl. auch *Däubler*, Die Koalitionsfreiheit im EG-Recht, in: *Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft*, FS Hanau, 1999, S. 489, 494; *Kittner/Schiek*, AK-GG, 3. Aufl., Neuwied 2001, Art. 9 Abs. 3 Rn. 76.; *Bryde*, RdA 2003, 5.

30 EuGH, 17.12.1970 – C-11/70 – Slg. 1970, I-01125 (*Internationale Handelsgesellschaft*); dazu *Bryde*, The ECJ's fundamental rights jurisprudence – a milestone in transnational constitutionalism, in: *Maduro/Azoulai*, The Past and Future of EU Law, 2010, 119.

31 BVerfG, 27.02.1973–2 BvL 27/69 – BVerfGE 34, 307, 316; BVerfG, 24.05.1977–2 BvL 11/74 – BVerfGE 44, 322, 340; BVerfG, 24.04.1996–1 BvR 712/86 – BVerfGE 94, 268, 283; BVerfG, 03.04.2011–1 BvL 32/97 – BVerfGE 103, 293, 304.

32 Schweden, Dänemark.

33 EuGH, 21.09.1999 – C-67/96 – Slg. 1999, I-05751 (*Albany*).

das Verhältnis von Wettbewerbsrecht und Tarifverträgen ging, sah Generalanwalt Jacobs daher keine hinreichende »national convergence«. <sup>34</sup> Mit einer engen Methode, die sich auf ausdrückliche Verfassungstexte beschränkt, hätte der EuGH allerdings überhaupt keine ungeschriebenen Grundrechte entwickeln können. Neben ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Regelungen muss vielmehr auch die ganz unzweifelhafte rechtliche und faktische Geltung der Tarifautonomie in allen Mitgliedstaaten berücksichtigt werden. <sup>35</sup> Die Frage bedurfte damals keiner Entscheidung, da sowohl Generalanwalt Jacobs <sup>36</sup> wie noch deutlicher der EuGH von einem objektiv-rechtlichen Bekenntnis des Europarechts zugunsten der sozialen Bedeutung des Tarifvertragssystems ausging, die im konkreten Fall einen Vorrang vor dem EG-Wettbewerbsrecht begründeten. <sup>37</sup>

Allerdings sind die Garantien in den Mitgliedstaaten in der Tat trotz einer gemeinsamen Überzeugung, dass den Tarifparteien ein Recht zusteht, die Arbeitsbedingungen durch Vertrag zu regeln und Interessengegensätze mit Arbeitskämpfungsmitteln zu verfolgen, sehr unterschiedlich. <sup>38</sup> Insbesondere Ausmaß und Art und Weise, wie das jeweilige Rechtssystem die Bindungswirkung konstruiert und gegebenenfalls auf Außenseiter erstreckt, weisen eine große Bandbreite auf. <sup>39</sup> Diese Unterschiede sind einer der Gründe dafür, dass die nunmehr kodifizierte Regelung in Art. 28 GRCh auf »die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten« verweist.

## (2). Menschenrechtsverträge

Für einen grundrechtlichen Schutz der Tarifautonomie als allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts spricht auch die Auswertung der zweiten vom EuGH herangezogene Quelle der richterrechtlichen europäischen Grundrechte, nämlich den von den Mitgliedstaaten abgeschlossenen menschenrechtlichen Verträgen. <sup>40</sup> Dabei zieht der EuGH zwar vor allem, aber nicht nur, die EMRK heran.

### ■ Europäische Sozialcharta und Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte

Besonders eindeutig ist Art. 6 der Europäischen Sozialcharta, der auch wesentliches Vorbild für Art. 28 GRCh war. <sup>41</sup>

Die Europäische Sozialcharta steht wegen ihres fehlenden gerichtlichen Schutzes zwar ganz im Schatten der Europäischen Menschenrechtskonvention und ist auch viel weniger umfassend ratifiziert. <sup>42</sup> Sie war aber eine der vom Grundrechte-Konvent systematisch herangezogenen Quellen, wird in Art. 151 AEUV in Bezug genommen <sup>43</sup> und wird

inzwischen auch in Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte <sup>44</sup> und des Europäischen Gerichtshofs <sup>45</sup> herangezogen. Sie hat dadurch eine deutliche Aufwertung erfahren und ist daher im Europarecht effektiver garantiert als in einer Reihe von nationalen Rechten der Mitgliedstaaten.

Dieses Ergebnis wird von Nr. 12 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer bestätigt, auf die ebenfalls in Art. 151 AEUV Bezug genommen wird. <sup>46</sup>

### ■ Universelle Menschenrechtsgarantien

Auch im universellen Völkerrecht ist das Recht auf Kollektivverhandlungen zur Regelung der Arbeitsbeziehungen garantiert.

Das Recht auf Kollektivverhandlungen ist Gegenstand einer eigenen ILO Konvention, der Konvention Nr. 98 von 1949. Der EuGH hat das ILO-Recht bereits als Quelle für die Entwicklung von europäischen Grundrechten anerkannt. <sup>47</sup>

<sup>34</sup> Schlussantrag EuGH, 28.01.1999 – C-67/96 – Slg. 1999, I-05751 (Albany), Rn. 160.

<sup>35</sup> Zusammenfassend *Deinert*, Der europäische Kollektivvertrag, Baden-Baden 1999 (zugl. Rostock, Univ., Diss. 1998), S. 254 ff.

<sup>36</sup> Schlussantrag EuGH, 28.01.1999 – C-67/96 – Slg. 1999, I-05751 (Albany), Rn. 166 ff.

<sup>37</sup> EuGH, 21.09.1999 – C-67/96 – Slg. 1999, I-05751 (Albany), Rn. 55 ff.

<sup>38</sup> Vgl. *Deinert*, Der europäische Kollektivvertrag, Baden-Baden 1999 (zugl. Rostock, Univ., Diss. 1998), S. 433; *Britz*, Tarifautonomie in der Europäischen Union, in: *Britz/Volkman*, Tarifautonomie in Deutschland und Europa, Tübingen 2003, S. 41.

<sup>39</sup> *Britz*, Tarifautonomie in der Europäischen Union, in: *Britz/Volkman*, Tarifautonomie in Deutschland und Europa, Tübingen 2003, S. 41.

<sup>40</sup> Erstmals EuGH 14.05.1974 – C-4/73 – Slg. 1974, 00491 (Nold); zur Bedeutung: *Bryde*, The ECJ's fundamental rights jurisprudence – a milestone in transnational constitutionalism, in: *Maduro/Azoulai*, The Past and Future of EU Law, 2010, 126 ff.

<sup>41</sup> *Krebber*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl., München 2011, Art. 28 GRCh Rn. 1; *Riedel*, in: *Meyer* (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., Baden-Baden 2010, Art. 28 GRCh Rn. 2.

<sup>42</sup> Ablehnend zu ihrer Heranziehung für die Feststellung europäischer Grundrechte noch Generalanwalt Jacobs Schlussantrag EuGH, 28.01.1999 – C-67/96 – Slg. 1999, I-05751 (Albany), Rn. 143.

<sup>43</sup> Darauf verweist EuGH, 11.12.2007 – C-438/05 – Slg. 2007, I-10779 (Viking), Rn. 43.

<sup>44</sup> EGMR, 12.11.2008 – 34503/97 – (Demir und Baykara), Rn. 65 ff.

<sup>45</sup> EuGH, 11.12.2007 – C-438/05 – Slg. 2007, I-10779 (Viking), Rn. 43; EuGH, 18.12.2007 – C-341/05 – Slg. 2007, I-11767 (Laval), Rn. 90 f.

<sup>46</sup> Insofern überholt die Bewertung Generalanwalt Jacobs im Schlussantrag EuGH, 28.01.1999 – C-67/96 – Slg. 1999, I-05751 (Albany), Rn. 136/137; vgl. nunmehr EuGH, 11.12.2007 – C-438/05 – Slg. 2007, I-10779 (Viking), Rn. 43; EuGH, 18.12.2007 – C-341/05 – Slg. 2007, I-11767 (Laval), Rn. 90 f.

<sup>47</sup> EuGH, 15.06.1978 – Rs. 149/77 – Slg. 1978, 1365 (Defrenne); EuGH, 11.12.2007 – C-438/05 – Slg. 2007, I-10779 (Viking), Rn. 43; EuGH, 18.12.2007 – C-341/05 – Slg. 2007, I-11767 (Laval), Rn. 90 f.

### ■ Art. 11 EMRK

Der Einfluss der Sozialcharta und anderer völkerrechtlicher Verträge war auch mitentscheidend dafür<sup>48</sup>, dass der EGMR seine enge Auslegung des Art. 11 aufgab, nach der diese nur das gewerkschaftliche Organisationsrecht, nicht aber bestimmte gewerkschaftliche Betätigungsformen wie Kollektivverhandlungen garantierte<sup>49</sup>. Nunmehr bezieht der Gerichtshof diese Rechte in die Garantie ein.<sup>50</sup>

### (3). Ergebnis

Das internationale Vertragsrecht sichert daher zusätzlich zur Verfassungstradition der Mitgliedstaaten den Befund ab, dass bereits vor Inkrafttreten des Lissabon-Vertrages und damit der Grundrechtecharta die Tarifautonomie als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts anerkannt war.<sup>51</sup>

### b) Art. 28 GRCh

Angesichts des beschriebenen Diskussionsstandes ist es trotzdem von Bedeutung, dass das Recht zu Kollektivverhandlungen nunmehr in Art. 28 GRCh ausdrücklich aufgenommen ist.

### (1). Entstehungsgeschichte

Art. 28 GRCh gehörte, wie der gesamte Titel IV (»Solidarität«), auf dem Grundrechtekonvent zu den besonders umstrittenen Themen. Das betraf jedoch die Aufnahme sozialer Grundrechte einerseits,<sup>52</sup> die Regelung von Arbeitskampfmaßnahmen andererseits.<sup>53</sup> Das Recht zu Kollektivverhandlungen wurde kaum thematisiert.

Ursprünglich war eine einheitliche Regelung der »liberté syndicale« vorgesehen. In Übereinstimmung sowohl mit der Europäischen Sozialcharta wie der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer aber auch den meisten nationalen Verfassungen und Art. 11 EMRK, wo ebenfalls die gewerkschaftliche Vereinigungsfreiheit Ausgangspunkt der Anerkennung von Kollektivrechten ist, war im ersten Präsidiumsentswurf zum damaligen Art. IV<sup>54</sup> das Recht auf Kollektivverhandlung und Kollektivmaßnahmen zusammen mit der Koalitionsfreiheit geregelt. Der Konvent teilte diese Materien und regelte die Koalitionsfreiheit unter besonderer, zweimaliger Betonung gerade der gewerkschaftlichen Organisationsfreiheit (»Recht Gewerkschaften zu gründen und ihnen beizutreten«)<sup>55</sup> in Art. 12 Abs. 1 GRCh zusammen mit den anderen politischen Freiheitsrechten und verschob die

Betätigung der Koalition in den Titel Solidarität. Diese Trennung ändert zwar nichts am Gehalt der Garantie, ist aber trotzdem unglücklich, da sie einen systematischen Zusammenhang zerreißt: die Koalitionsfreiheit gewinnt ihren Sinn als von der ohnehin garantierten allgemeinen Vereinigungsfreiheit unterschiedenen besonderen Gewährleistung für die Gewerkschaften gerade dadurch, dass die spezifische Koalitionsbetätigungen (Kollektivverträge und Arbeitskampf) in den Schutz einbezogen werden.

### (2). Freiheitsrecht

Die Verschiebung von Tarifautonomie und Arbeitskampf in den Titel »Solidarität« darf insbesondere nicht dazu führen, dass die Rechtsnatur dieser Rechte als Freiheitsrechte verkannt wird. Sie sind Rechte, die zentral für die Sozialordnung sind, und sie sind deshalb in dem Titel »Solidarität«, in dem sie nunmehr stehen, keine Fremdkörper. Auch der Einfluss der Europäischen Sozialcharta und der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer dürfte für diese Zusammenfassung verantwortlich sein. Aber Tarifautonomie und Arbeitskampfrecht sind, anders als eine Reihe anderer in diesem Titel geregelter Rechte, keine sozialen Grundrechte im engeren Sinne son-

48 Vgl. die ausführliche Begründung der Berücksichtigung des internationalen Vertragsrechts in: EGMR, 12.11.2008–34503/97 – (Demir und Baykara), Rn. 65 ff.

49 So noch EGMR, 06.02.1976–5614/72 (Swedish Engine Drivers' Union), Rn. 38 und damit von Generalanwalt Jacobs EuGH, 28.01.1999 – C-67/96 – Slg. 1999, I-05751 (Albany), Rn. 148 f., zitiert.

50 zusammenfassend in EGMR, 12.11.2008–34503/97 – (Demir und Baykara), Rn. 140 ff.

51 *Deinert*, Der europäische Kollektivvertrag, Baden-Baden 1999 (zugl. Rostock, Univ., Diss. 1998), S. 430 mwN.; Kittner/Schiek, AK-GG, 3. Aufl., Neuwied 2001, Art. 9 Abs. 3 Rn. 77a; *Däubler*, FS Hanau, 1999, S. 495; *Britz*, Tarifautonomie in der Europäischen Union, in: *Britz/Volkman*, Tarifautonomie in Deutschland und Europa, Tübingen 2003, S. 40 f. mwN.; *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, München 2010, Art. 28 Rn. 1; vgl. auch der EuGH schon vor Inkrafttreten der Charta zu Arbeitskampfmaßnahmen: EuGH, 11.12.2007 – C-438/05 – Slg. 2007, I-10779 (Viking), Rn. 43 und EuGH, 18.12.2007 – C-341/05 – Slg. 2007, I-11767 (Laval), Rn. 90 f.; vgl. auch *Sagan*, Das Gemeinschaftsgrundrecht auf Kollektivmaßnahmen, Berlin 2008 (zugl. Köln, Univ., Diss. 2007), S. 45 ff.; anders noch *Rixen*, in: *Tettinger/Stern* (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechtecharta, München 2006, Art. 28 Rn. 4.

52 Dazu *Riedel*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., Baden-Baden 2010, vor Art. 27 Rn. 4 ff.

53 *Riedel*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., Baden-Baden 2010, Art. 28 Rn. 9 ff.

54 *Riedel*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., Baden-Baden 2010, Art. 28 Rn. 15.

55 Die erfolgreiche Arbeit der Gewerkschaften für diese Formulierung ist eines der wenigen Beispiele für Öffentlichkeitsbeteiligung im Grundrechtekonvent; vgl. *Bryde*, RdA 2003, 5.

den »politische« Freiheitsrechte,<sup>56</sup> die deshalb auch im Titel II zusammen mit der Koalitionsfreiheit besser aufgehoben gewesen wären.

Der Streit um die Aufnahme sozialer Grundrechte, der die Diskussion um den Titel IV bestimmt hat,<sup>57</sup> betraf daher die Gewährleistungen des Art. 28 GRCh nicht.

Auch der Kompromiss, insofern eine relativierende Vorschrift über die Justiziabilität bloßer »Grundsätze« in Art. 52 Abs. GRCh aufzunehmen,<sup>58</sup> der vor allem für die sozialen Grundrechte gedacht war, spielt für Art. 28 GRCh keine Rolle.

### (3). Art. 28 GRCh und der Verweis auf Europarecht und einzelstaatliche Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten

In der naturgemäß noch spärlichen Literatur zu Art. 28 GRCh wird der Vorschrift gelegentlich nur ein geringer Stellenwert ohne eigenen Gehalt zugeschrieben.<sup>59</sup>

Hauptgrund ist die Formulierung, die die Rechte nur nach »Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten« garantiert. Trotzdem handelt es sich nicht um eine bloße Verweisungsvorschrift auf ohnehin geltende Regelungen. Die Anerkennung der Tarifautonomie hat vielmehr eine eigenständige unionsrechtliche Bedeutung.

Anlass dieser Klausel war zwar auch die Sorge, die Union könnte – entgegen der ausdrücklichen Regelung in Art. 153 Abs. 5 AEUV – mithilfe der Grundrechtecharta eine indirekte Kompetenz zur Regelung von Koalitionsrecht und Arbeitskampfrecht erlangen.<sup>60</sup> Ihr wichtigerer Sinn liegt jedoch in der Anerkennung der Unterschiedlichkeit der nationalen Regelungen. Angesichts dieser Unterschiedlichkeit wäre jeder Versuch, ein inhaltlich eigenständiges europäisches Grundrecht der Tarifautonomie zu definieren, in Gefahr gewesen, bei einem kleinsten gemeinsamen Nenner zu landen.<sup>61</sup> Der Verweis auf nationale Gepflogenheiten schwächt daher die Garantie des Art. 28 GRCh nicht, sondern ist im Gegenteil geeignet, sie zu stärken: Die Union erkennt mit Art. 28 GRCh die Autonomie der Koalitionspartner für die Arbeitsbeziehungen an und gibt dieser Autonomie den Raum, den sie auch nach nationalem Verfassungsrecht hätte. Das tut sie zwar auch in Art. 146 Abs. 2, 150 und 152 AEUV. Aber mit Art. 28 GRCh erhält dieser Achtungsanspruch eine grundrechtliche Natur.

Das ist besonders für die Staaten von Bedeutung, in denen – wie in Deutschland – die Tarifautonomie verfas-

sungsrechtlich mit besonderer Stärke garantiert wird. Angesichts des Anwendungsvorrangs von Europarecht auch vor nationalem Verfassungsrecht,<sup>62</sup> könnten sich die Gewerkschaften gegen europarechtliche Eingriffe in die Tarifautonomie nicht unmittelbar auf Art. 9 Abs. 3 GG berufen, und ein solcher Eingriff würde nach aller Wahrscheinlichkeit auch nie die Schwelle überschreiten, bei der das Bundesverfassungsgericht sich nach der »Solange« Rechtsprechung ein Einschreiten vorbehalten hat.<sup>63</sup> Der Verweis in Art. 28 GRCh bedeutet demgegenüber, dass die Union die nationale verfassungsrechtliche Lage zu achten hat.

### (4). Bedeutung

Auch wenn man anerkennt, dass der Verweis auf die rechtliche Regelung im Europarecht und einzelstaatlichen Recht keine Schwächung sondern unter Umständen sogar eine Stärkung der Tarifautonomie bedeuten kann, bleibt zu untersuchen, welche Bedeutung eine spezifisch europarechtliche Garantie hat.

Die Grundrechte der Charta binden nämlich in erster Linie die Organe der Union, nur in zweiter die Mitgliedstaaten bei der Anwendung von Unionsrecht.

Eine offensichtliche Bedeutung, die uns hier nicht weiter beschäftigen soll, hat die Anerkennung von Recht auf Kollektivverhandlungen und Streikrecht für den Bereich der Bediensteten der Union selbst.<sup>64</sup>

<sup>56</sup> Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, München 2010, Art. 28 Rn. 2; Rixen, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechtecharta, München 2006, Art. 28 Rn. 5.

<sup>57</sup> Riedel, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., Baden-Baden 2010, vor Art. 27 Rn. 4 ff.

<sup>58</sup> »Drei-Säulen-Konzept«: Riedel, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., Baden-Baden 2010, vor Art. 28 Rn. 15.

<sup>59</sup> Krebber, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl., München 2011, Art. 28 GRCh Rn. 1; Rixen, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechtecharta, München 2006, Art. 28 Rn. 22 (»kein« oder »kaum« Anwendungsbereich aber Potential); Pache, EuR 2001, 475, 481: »eigenständige Regelungsgehalt weitgehend relativiert«.

<sup>60</sup> Rixen, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechtecharta, München 2006, Art. 28 Rn. 14; Riedel, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., Baden-Baden 2010, vor Art. 27 Rn. 27.

<sup>61</sup> Vgl. auch Britz, Tarifautonomie in der Europäischen Union, in: Britz/Volkmann, Tarifautonomie in Deutschland und Europa, Tübingen 2003, S. 41 f.

<sup>62</sup> Grundlegend: EuGH, 15.07.1964 – C-6/64 – Slg. 1964, 01253 (Costa / J. E. N. E. L.).

<sup>63</sup> BVerfG, 22.10.1986 – 2 BvR 197/83 – BVerfGE 73, 339, 387 (Solange der Grundrechtsschutz »dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im wesentlichen gleich zu achten ist«).

<sup>64</sup> Bryde, RdA 2003, 5.

Die Hauptbedeutung der grundrechtlichen Garantie der Tarifautonomie ist aber die einer Schranke von Unionshandeln.

Die Vermutung, auch insoweit sei es ohne besondere Relevanz, da die Union nach Art. 153 Abs. 5 AEUV keine Zuständigkeiten für »Arbeitsentgelt, das Koalitionsrecht, das Streikrecht sowie das Aussperrungsrecht« hat,<sup>65</sup> ist aus doppeltem Grunde unberechtigt. Zum einen verstärkt die Vorschrift diese Kompetenzschränke grundrechtlich, das heißt, ein Verstoß von Unionsrecht gegen Art. 153 Abs. 5 AEUV wäre auch ein Grundrechtsverstoß, der von den Tarifparteien geltend gemacht werden könnte. Zum anderen hat die Union nicht nur in Art. 153 AEUV weitreichende Befugnisse zum Erlass arbeitsrechtlicher Vorschriften sondern kann auch in ihrer sonstigen Tätigkeit, gerade auch mit einer Verstärkung der Unionshandlungsmöglichkeiten in der Wirtschafts- und Währungspolitik, mit der Tarifautonomie in Konflikt kommen.

Die Reichweite dieses Schutzes kann dabei in Übereinstimmung mit dem Sinn des Grundrechts auf nationaler Ebene bestimmt werden, da es auf den Gehalt, den das Grundrecht historisch im nationalen Recht gewonnen hat, ausdrücklich verweist.

#### ■ Privilegierung von Kollektivverträgen

Die Geschichte der Tarifautonomie war, zusammen mit dem Arbeitskampfrecht, ein Kampf um Anerkennung der Rechte der Arbeiterbewegung.

Auch wenn das Grundrecht beiden Tarifparteien zukommt, darf nicht übersehen werden, – und bleibt für seine Auslegung wichtig – dass es um der Interessenverfolgung der Arbeitnehmer willen geschaffen worden ist. Nicht ohne Grund konzentriert sich die Garantie daher auch in einer Reihe nationaler Verfassungen wie internationaler Verträge auf die Gewerkschaften.<sup>66</sup> Sein fundamentaler Sinn ist es, die strukturelle Unterlegenheit der Arbeitnehmer zu kompensieren.<sup>67</sup> Der einzelne Arbeitnehmer stand dem Arbeitgeber schutzlos gegenüber. Aus diesem Grunde kämpften die Gewerkschaften um das Recht, als Kollektiv verhandeln zu dürfen und Verträge nötigenfalls mit Kampf erzwingen zu können.

Diese Rechte beanspruchten damit eine Privilegierung gegenüber dem allgemeinen Recht,<sup>68</sup> das sie historisch als Konspiration, Kartellbildung, Nötigung und Vertragsverletzung behandelte, und immer wieder dazu neigt, das zu tun.

Dieser alte, leicht in Vergessenheit geratene Sinn ist offenbar von aktueller Bedeutung gerade für das Europa-

recht, wie neuere Fälle gezeigt haben. Die Anerkennung von Tarifautonomie und Arbeitskampfrecht als privilegierter Form der Regelung der Arbeitsverhältnisse bedeutet nämlich auch im Europarecht eine Verteidigung gegenüber einer schlichten Anwendung des europäischen Wirtschaftsrechts, die die Funktion des kollektiven Arbeitsrechts nicht berücksichtigt.<sup>69</sup> Gelegentlich hat es den Anschein, dass die Geschichte der Durchsetzung dieser Erkenntnis in den nationalen Rechten im Europarecht noch nachgeholt werden muss. Plastisch ist das bei der ersten Beschäftigung des EuGH mit dem Thema: Tarifverträge von der Form, wie sie ihm in dem niederländischen Fall vorlagen, lassen sich zwar begrifflich als wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen charakterisieren, müssen aber trotzdem zugelassen sein, wie der EuGH auch anerkennt.<sup>70</sup>

Das gleiche gilt für die Grundfreiheiten: Wenn man eine Drittwirkung der Grundfreiheiten anerkennt,<sup>71</sup> dann lassen sich Tarifverträge und Arbeitskämpfe begrifflich häufig ohne besondere Anstrengung als Beschränkungen der Marktfreiheiten qualifizieren, sie sind aber als Grundrechtsausübung gerechtfertigt. Das hat der EuGH in *Viking*<sup>72</sup> und *Laval*<sup>73</sup> grundsätzlich anerkannt, ohne allerdings in den konkreten Fällen ausreichende Konsequenzen daraus zu ziehen.<sup>74</sup>

65 *Rixen*, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechtecharta, München 2006, Art. 28 Rn. 20; *Kreber*, in: Calless/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl., München 2011, Art. 28 GRCh Rn. 7 f.

66 Art. 11 EMRK.

67 *Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 2010 (zugl. Köln, Univ., Diss. 2009), S. 137 ff., S. 201; *Volkman*, in: Britz/Volkman, Tarifautonomie in Deutschland und Europa, Tübingen 2003, S. 4; *Cornils*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), GG-Kommentar (online Stand 2011), Art. 9 GG Rn. 38; in den Worten des BVerfGE 84, 212, 219: »Die Tarifautonomie ist darauf angelegt, die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer beim Abschluss von Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen und damit ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Löhne und Arbeitsbedingungen zu ermöglichen.«

68 *Volkman*, in: Britz/Volkman, Tarifautonomie in Deutschland und Europa, Tübingen 2003, S. 5.

69 *Sigemann*, RdA 2003, 18, 20.

70 EuGH, 21.09.1999 – C-67/96 – Slg. 1999, I-05751 (*Albany*).

71 Dazu grundlegend *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten: Zur sogenannten Drittwirkung im Europarecht, Berlin 2005

72 EuGH, 11.12.2007 – C-438/05 – Slg. 2007, I-10779 (*Viking*).

73 EuGH, 18.12.2007 – C-341/05 – Slg. 2007, I-11767 (*Laval*).

74 Zur Kritik: *Blanke*, Die Entscheidungen des EuGH in den Fällen *Viking*, *Laval* und *Rueffert*, Oldenburger Studien zur Europäisierung und transnationalen Regulierung Nr. 18/2008; *Kocher*, AuR 2008, 13 ff.; *Joerges/Rödl*, KJ 2008, 133 ff.; *Dieterich*, FS Jaeger, 2011, S. 95, 110 ff.; *Bryde*, The ECJ's fundamental rights jurisprudence – a milestone in transnational constitutionalism, in: *Maduro/Azoulai*, The Past and Future of EU Law, S. 124 Fn. 150; *Dieterich*, FS Jaeger, 2011, S. 95, 109 ff.; Verteidigung des EuGH bei *Skouris*, RdA 2009 Sonderheft 5, 25, 30; *Kokott*, FS Jaeger, 2011, S. 115 ff.

### ■ Vorrang autonomer Gestaltung

Zentraler Bestandteil des Grundrechts auf Kollektivverhandlungen ist die autonome Gestaltung der Arbeitsbeziehungen durch Tarifverträge oder sonstige Kollektivvereinbarungen.<sup>75</sup>

Es gilt ein grundsätzlicher Vorrang der Aushandlung der Arbeitsbedingungen zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern, denen die Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbeziehungen in erster Linie überlassen wird.<sup>76</sup> Staat und Union haben diesen Vorrang anzuerkennen.

Ein Eingriff liegt dabei insbesondere in dem unmittelbaren hoheitlichen Zugriff auf die Kollektivverhandlungen zum Beispiel durch Zwangsschlichtung oder durch gesetzliche Festlegung zulässiger Lohnhöhen.

Auch mittelbare Beeinträchtigungen werden vom Schutzgehalt des Grundrechts umfasst.<sup>77</sup>

### ■ Objektivrechtlicher Gehalt

Schon vor der Anerkennung eines europäischen Grundrechts der Tarifautonomie sah der EuGH diese als objektives Prinzip an, das das europäische Recht im Interesse des Gemeinwohls schützt.<sup>78</sup> Das entspricht der Wertung der Verträge, die in der Sozialpolitik in erheblichem Maße auf die Mitwirkung der Sozialpartner setzen (Art. 152 AEUV), bis hin zu deren fast schon korporatistischer Einbeziehung in die Rechtsetzung in Art. 155 AEUV.

Dieser objektive Gehalt wird durch Art. 28 GRCH nicht aufgehoben, sondern grundrechtlich verstärkt. Das System der Regelung der Arbeitsbeziehungen durch Kollektivverträge ist ein Prinzip, das von der Union zu achten ist und den Schutz der Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems einschließt.<sup>79</sup>

Auch in dieser Hinsicht ist das Grundrecht vor allem als Verteidigungsposition gegenüber Wirtschaftsfreiheiten, sowohl grundrechtlicher – wie der Berufsfreiheit des Arbeitgebers – wie der Marktfreiheiten von Bedeutung.<sup>80</sup> Der Staat darf die Ordnungsfunktion der Tarifverträge unterstützen, indem er Regelungen schafft, die bewirken, dass die von den Tarifparteien ausgehandelten Löhne und Gehälter nicht durch Lohn-Dumping unterlaufen werden und sie daher auch auf Außenseiter zur Anwendung bringen.<sup>81</sup> Der EuGH hat das wiederholt anerkannt,<sup>82</sup> ist von dieser Rechtsprechung allerdings in der Rechtssache Ruffert abgewichen.<sup>83</sup> Der grundrechtliche Schutz der Tarifautonomie in Art. 28 GRCh verlangt auch, dass die Union das Recht der Mitgliedstaaten achtet, die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie durch eigene Maßnahmen zu fördern.

### ■ Schranken

Das Grundrecht der Tarifautonomie ist weder im europäischen Recht noch in den jeweiligen nationalen Rechten schrankenlos gewährleistet.

Art. 28 GRCh steht wie alle Grundrechte der Charta nach Art. 52 GRCh unter einem Gesetzesvorbehalt, der durch Wesensgehaltsgarantie und Verhältnismäßigkeitsprinzip kontrolliert wird. Auch wenn Art. 28 GRCh anders als andere Grundrechte auf das europäische und nationale Recht verweist, werden diese Schranken-Schranken damit nicht aufgehoben.<sup>84</sup>

Ein Widerspruch zur Gewährleistung des Art. 9 Abs. 3 GG ohne Gesetzesvorbehalt ergibt sich daraus aus doppeltem Grund nicht.

Zum einen gilt der Verweis auf die nationalen Gepflogenheiten des Art. 28 GRCh auch für die Schranken: die Union hat den Umfang der nationalen Garantie der Tarifautonomie zu achten. Insbesondere kann sie wegen der Garantie der Tarifautonomie, aber auch der Kompetenzgrenze des Art. 153 AEUV von Mitgliedstaaten keine Maßnahmen verlangen, die nach deren nationalem Verfassungsrecht unzulässig wären.

75 *Veneziani*, Right of Collective Bargaining and Action (Art. 28), in: Becusson (Hrsg.), *European Labour Law and the EU Charter of Fundamental Rights*, Baden-Baden 2006, S. 310 ff.; *Holoubek*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 2. Aufl., Baden-Baden 2009, Art. 28 Rn. III 1; *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, München 2010, Art. 28 Rn. 8; *Rixen*, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), *Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechtecharta*, München 2006, Art. 28 Rn. 13.

76 Vgl. auch BVerfG, 18.12.1974 – 1 BvR 430/65, 1 BvR 259/66 – BVerfGE 38, 281, 305 f.; BVerfG, 24.05.1977 – 2 BvL 11/74 – BVerfGE 44, 322, 340 f.; BVerfG, 24.04.1996 – 1 BvR 712/86 – BVerfGE 94, 268, 283; BVerfG 27.04.1999 – 1 BvR 2203/93, 1 BvR 897/95 – BVerfGE 100, 271, 282; BVerfG, 03.04.2001 – 1 BvL 32/97 – BVerfGE 103, 293, 304.

77 *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, München 2010, Art. 28 Rn. 13.

78 EuGH, 21.09.1999 – C-67/96 – Slg. 1999, I-05751 (Albany), Rn. 55 ff.

79 Vgl. *Holoubek*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 2. Aufl., Baden-Baden 2009, Art. 28 Rn. III 1; *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, München 2010, Art. 28 Rn. 13.

80 *Sigemann*, RdA 2003, 18, 20; *Britz*, Tarifautonomie in der Europäischen Union, in: Britz/Volkman, *Tarifautonomie in Deutschland und Europa*, Tübingen 2003, S. 50 ff.

81 Für Deutschland zusammenfassend BVerfG, 11.07.2006 – 1 BvL 4/00 – BVerfGE 116, 202, 224 – Tariftreue mit weiteren Nachweisen.

82 Nachweise bei *Britz*, Tarifautonomie in der Europäischen Union, in: Britz/Volkman, *Tarifautonomie in Deutschland und Europa*, Tübingen 2003, S. 51.

83 EuGH, 03.04.2008 – C 346/06 – Slg. 2008, I-01989 (Ruffert); vgl. demgegenüber aber die Schlussanträge von GA Bot in dieser Sache EuGH, 20.09.2006 – C-346/06 – Slg. 2008, I-01989 (Ruffert).

84 *Rixen*, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), *Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechtecharta*, München 2006, Art. 28 Rn. 14.

Zum andern ist auch die Gewährleistung des Art. 9 Abs. 3 GG nicht schrankenlos. Die Tarifautonomie kann in den Worten des Bundesverfassungsgerichts »obwohl sie ohne Gesetzesvorbehalt gewährleistet ist, jedenfalls zum Schutz von Gemeinwohlbelangen eingeschränkt werden, denen gleichermaßen verfassungsrechtlicher Rang gebührt«<sup>85</sup>. Die Tarifautonomie verleiht den Tarifparteien kein Normsetzungsmonopol im Arbeitsrecht. Das Gericht ist zwar bisher nicht so weit gegangen, in Konsequenz der Aufgabe der Kernbereichslehre und der Ausweitung des Schutzbereichs auf die gesamte koalitionsmäßige Betätigung auch die Schranke auf einen allgemeinen Gemeinwohlvorbehalt auszuweiten<sup>86</sup>, aber mit der Anerkennung des Sozialstaatsprinzips als verfassungsrechtliches Schutzgut<sup>87</sup> und einer weiten Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers<sup>88</sup> kommt es einem einfachen Gesetzesvorbehalt doch sehr nahe.<sup>89</sup>

Auch für den Schutz der Tarifautonomie sind daher wie für andere Grundrechte sowohl nach europäischem wie nach nationalem Recht letztlich Wesensgehaltgarantie und Verhältnismäßigkeitsprinzip entscheidend (Art. 52 GRCh).

Dieser Schutz wirkt besonders intensiv gegenüber unmittelbaren Eingriffen in die Kollektivverhandlungen und ihr Ergebnis im Kernbereich koalitionsspezifischer Tätigkeit. Der Gesetzgeber darf in keinem Fall die autonome Gestaltung der Koalitionen in ihren genuinen Aufgabenbereichen mit einer Intensität beschneiden, die sie funktionslos macht. Das wäre zum Beispiel der Fall, wenn die Zielsetzung des Euro-Plus-Paktes, Lohnerhöhungen an die Entwicklung der Produktivität zu binden, rechtlich verbindlich gemacht würde, und damit die Möglichkeit der Gewerkschaften, auch für eine andere Verteilung und eine höhere Lohnquote zu kämpfen, ausgeschlossen würde.

Angesichts der kompensatorischen Funktion des Grundrechts als Mittel der kollektiven Wahrnehmung der Interessen der strukturell unterlegenen Arbeitnehmer darf der Gesetzgeber demgegenüber auch einer eigenen Verantwortung zu deren Schutz nachkommen und Mindestarbeitsbedingungen festsetzen wie Mindestlohn, Höchstarbeitszeiten, Arbeits- und Antidiskriminierungsschutz.<sup>90</sup> Daher kann der europäische Gesetzgeber trotz des Verbots, Entgelt zu regeln (Art. 153 Abs. 5 AEUV), im Rahmen seiner arbeitsrechtlichen Kompetenzen nach Art. 153 AEUV tätig werden, obwohl derartige Regeln ökonomisch Arbeitskosten beeinflussen.<sup>91</sup>

## 2. Europäisches Sozialstaatsprinzip

Die Interessen der Arbeitnehmer und ihrer Organisationen werden auch durch eine Reihe weiterer Vorschriften der Verträge geschützt, die in ihrer Summe als Konstitutionalisierung eines europäischen Sozialstaatsprinzips<sup>92</sup> verstanden werden können. Das ist besonders deshalb wichtig, weil das Grundrecht der Tarifautonomie nicht vor einer Wirtschafts- und Sozialpolitik schützt, die – zum Beispiel durch eine einseitige Austeritätspolitik – die Situation der Gewerkschaften in der Tarifauseinandersetzung faktisch erschwert.

In der zentralen Vorschrift über die Ziele der Union in Art. 3 Abs. 3 EUV ist nicht nur die angestrebte Marktwirtschaft als »sozial« gekennzeichnet, sondern neben der Vollbeschäftigung wird auch der soziale Fortschritt als Ziel festgelegt. Außerdem bekämpft die Union soziale Ausgrenzung und Diskriminierungen und fördert soziale Gerechtigkeit und sozialen Schutz.

Umgesetzt wird dieses Ziel in der sozialen Querschnittsklausel des Art. 9 AEUV:

»Bei der Festlegung und Durchführung ihrer Politik und ihrer Maßnahmen trägt die Union den Erfordernissen im Zusammenhang mit der Förderung eines hohen Beschäftigungsniveaus, mit der Gewährleistung eines angemessenen sozialen Schutzes, mit der Bekämpfung der sozialen Ausgrenzung sowie mit einem hohen Niveau der allgemeinen und beruflichen Bildung und des Gesundheitsschutzes Rechnung.«

Wie alle Querschnittsklauseln stellt diese Vorschrift keine bloße unverbindliche Absichtserklärung dar, sondern ist

85 Vgl. BVerfG, 26.06.1991–1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212, 228; BVerfG, 27.04.1999–1 BvR 2203/93, 1 BvR 897/95 – BVerfGE 100, 271, 283; BVerfG, 03.04.2001–1 BvL 32/97 – BVerfGE 103, 293, 306.

86 So etwa Scholz, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VIII, 3. Aufl., Heidelberg 2010, § 136 ff.

87 BVerfG, 03.04.2001–1 BvL 32/97 – BVerfGE 103, 293, 307.

88 BVerfG, 03.04.2001–1 BvL 32/97 – BVerfGE 103, 293, 307.

89 Cornils, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), GG-Kommentar (online Stand 2011), Art. 9 GG Rn. 87; kritisch Dieterich, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 11. Aufl., München 2011, Art. 9 Abs. 3 GG Rn. 89.

90 Ausführlich Ulber, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 2010 (zugl. Köln, Univ., Diss. 2009), S. 137 ff.

91 Enger aber Kriebler, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl., München 2011, Art. 153 GRCh Rn. 11.

92 Oder: europäischen Sozialmodells Schorkopf, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Loseblatt-Kommentar, 41. Aufl., München 2010, Art. 9 AEUV Rn. 11.

bei allen Politiken zu berücksichtigen.<sup>93</sup> Es ist die in der Dogmatik des Europarechts noch unzureichend berücksichtigte Besonderheit der Querschnittsklauseln, dass sie für alle Politiken gelten, nicht nur die nahe liegenden.<sup>94</sup> Angesichts der ausdifferenzierten Ressortstruktur der Union, in der die verschiedenen Generaldirektionen wie die jeweiligen Fachminister im Rat sehr zu einer einseitigen Verfolgung gerade ihres Politikziels neigen, ist der Sinn der Querschnittsklauseln eine solche Einseitigkeit zu verhindern, von erstrangiger Wichtigkeit. Gerade in der Wirtschafts- und Finanzpolitik ist die Gefahr, dass die sozialen Vertragsziele in den Hintergrund treten, nicht von der Hand zu weisen sondern in der europäischen Politik unübersehbar.

Dass der sozialen Querschnittsklausel trotzdem nur eine eingeschränkte Bedeutung zugesprochen wird,<sup>95</sup> liegt auch daran, dass diese neue, durch den Lissabon-Vertrag nach langen Auseinandersetzungen<sup>96</sup> eingefügte, Bestimmung eher schwächer formuliert ist als die Zielvorschrift des Art. 151 AEUV. Diese macht sehr viel differenzierter und unter Einbeziehung der sozialen Grundrechte der Europäischen Sozialcharta und der Gemeinschaftscharta die Förderung der Beschäftigung, die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen, einen angemessenen sozialen Schutz, den sozialen Dialog, die Entwicklung des Arbeitskräftepotenzials im Hinblick auf ein dauerhaft hohes Beschäftigungsniveau und die Bekämpfung von Ausgrenzungen zum Ziel der Union.

Zwar lassen sich Zielbestimmungen von diesem Abstraktionsniveau nur schwer in justiziable Kontrollmaßstäbe umzusetzen. Aber sie greifen jedenfalls dann ein, wenn ein vollständiger Abwägungsausfall festzustellen ist. Diese Gefahr ist gerade in Zeiten einer Wirtschafts- und Währungs Krise gegeben. Auch unter deren schwierigen Bedingungen bleiben die sozialen Ziele verbindlich und eine Stabilitätspolitik, die keine Rücksicht auf soziale Belange nimmt, ist vertragswidrig.

### III. Folgerungen

Das europäische Grundrecht der Tarifautonomie setzt der europäischen wirtschaftspolitischen Steuerung daher Grenzen und schützt dabei auch die »nationalen Gepflogenheiten« der Tarifautonomie (Art. 28 GRCh). Die deutschen Gewerkschaften dürfen daher keinen Eingriffen

ausgesetzt werden, die über das nach Art. 9 Abs. 3 GG Erlaubte hinausgehen.

Die neuen Pläne für die Kontrolle makroökonomischer Ungleichgewichte berücksichtigen das.

Im Rahmen der wirtschaftspolitischen Koordination nach dem europäischen Semester sind lohnpolitische Empfehlungen denkbar, diese sind jedoch rechtlich unverbindlich.

Gefahren für Arbeitnehmerinteressen können aber aus einer einseitigen Austeritätspolitik drohen, die eine – wenig justiziable – Schranke im europäischen Sozialstaatsprinzip finden.

#### 1. EIP

In der neuen Regelung zur makroökonomischen Steuerung<sup>97</sup> erscheinen die von der Tarifautonomie zusammen mit den Kompetenzgrenzen des Art. 153 AEUV gesetzten Grenzen für hoheitliche Eingriffe in die Lohnentwicklung im Wesentlichen gewahrt. Allerdings ist bei einer Analyse dieser Verordnungen zu beachten, dass sich ihre wirkliche Tragweite erst nach weiteren Implementationsschritten und Erfahrungen mit ihrer konkreten Anwendung bestimmen lässt.

Das Europäische Parlament hat daher auch in Art. 15 und 16 eine regelmäßige Überprüfung der Verordnung vorgesehen.

Zentrales Steuerungsinstrumentarium ist das Scoreboard nach Art. 4. In diesem und den dort angegebenen Schwellenwerten, die Ungleichgewichte indizieren sollen, wird die eigentliche politische Aussage darüber liegen, welche Art von wirtschaftspolitischem Gleichgewicht ins Visier genommen wird. Inhalt und Zustandekommen des Scoreboards sind nach den Änderungen durch das Europaparlament nicht mehr ganz so vage, wie nach dem ursprünglichen Kommissionsentwurf, der es völlig in das exekutive

<sup>93</sup> Zu eng *Krebber*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl., München 2011, Art. 9 AEUV Rn. 1 (nicht nur die Sozialpolitik sondern auch Bildungspolitik und Gesundheitspolitik).

<sup>94</sup> *Schorckopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Loseblatt-Kommentar, 41. Aufl., München 2010, Art. 9 AEUV Rn. 8.

<sup>95</sup> *Krebber*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl., München 2011, Art. 9 GRCh Rn. 2.

<sup>96</sup> Dazu *Schorckopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Loseblatt-Kommentar, 41. Aufl., München 2010, Art. 9 AEUV Rn. 1 ff.

<sup>97</sup> VO (EU) 1176/2011, Abl. 2011, L 306/25, Fn. 17; VO (EU) 1174/2011, Abl. 2011, L 306/8, Fn. 22.

Ermessen der Kommission setzte. Die inhaltliche Präzisierung der Indikatoren und Schwellenwerte nach Art. 4 (Abs. 2 ff.) lässt allerdings nach wie vor viel Raum für Gestaltung. Die Aufzählung der zu wählenden Indikatoren ist nicht abschließend und außerdem so global, dass unterschiedliche Schwerpunktsetzungen möglich erscheinen. Noch stärker gilt dies für die zukünftigen Schwellenwerte.

Umso wichtiger ist die verfahrensmäßige Ausgestaltung des Zustandekommens des Scoreboards. Auch wenn die Aufstellung des Scoreboards nicht an Zustimmung oder Konsultation mit Rat und Parlament gebunden wurde, ist die Forderung von Erwägungsgrund 12 nach einer engen Zusammenarbeit der Kommission mit den andern beiden Institutionen auch rechtlich beachtlich. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass die Festsetzungen des Scoreboards politischen Diskussionen unterliegen werden und deren Festlegung kein rein technokratischer Akt sein wird.

Hier wird ein wichtiger Ansatzpunkt für eine frühzeitige Einflussnahme auf die Richtung der Überprüfung makroökonomischer Ungleichgewichte liegen, bei der darauf geachtet werden muss, dass eine einseitige Identifizierung von Lohnhöhen und anderen Arbeitsbedingungen als Grund für Ungleichgewichte verhindert wird.

Wirtschaftliche Indikatoren sind, auch wenn sie im Gewande quantifizierter statistischer Zahlen kommen, nie neutral.<sup>98</sup> Schon bei ihrer Aufstellung sind daher auch die Querschnittsklauseln und die sozialen Vertragsziele zu beachten.

In jedem Fall ist dabei die Tarifautonomie zu beachten. Nicht nur in den Erwägungsgründen 19 und 25 wird die Einbindung der Sozialpartner und die Achtung der nationalen Systeme der Lohnbildung betont, sondern das wird auch im operativen Teil der Verordnung wiederholt. In Art. 1 Abs. 3 und Art. 6 Abs. 3 wird die Achtung der Tarifautonomie nicht nur abstrakt eingefordert, sondern konkret auf die Empfehlungen von Rat und Kommission nach dieser Verordnung bezogen. Auch wenn damit nur ohnehin geltende grundrechtliche Bindungen wiederholt werden, ist diese ausdrückliche und wiederholte Betonung von Sozialpartnerschaft und Tarifautonomie von rechtlicher Relevanz. Sie macht deutlich, dass aus der Sicht des Gesetzgebers eine Auslegung der Verordnung ausgeschlossen ist, mit der die Union in Tarifverhandlungen oder Tarifverträge eingreift oder einen Mitgliedstaat zu Maßnahmen auffordert, zu denen er nach seinem eigenen Recht nicht befugt ist, und deren Nichtergreifen auch noch sanktioniert.

Der betroffene Mitgliedstaat könnte sich gegen derartige Maßnahmen mit der Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV wehren, betroffene Koalitionen die Umsetzung vor nationalen Gerichten angreifen. Wenn in diesem Fall der Mitgliedstaat seine Maßnahme mit einem Anwendungsvorrang des Europarechts verteidigen würde, müsste nötigenfalls eine Vorabentscheidung des EuGH nach Art. 267 AEUV gesucht werden, die angesichts der nunmehr eindeutigen Regelung in der Verordnung feststellen müsste, dass derartige Maßnahmen schon sekundärrechtlich unter der Verordnung nicht zulässig sind und darüber hinaus gegen Art. 28 GRCh verstoßen.

## 2. Europäisches Semester

Die deutlichsten Versuche der Kommission auf die Lohnentwicklung in den Mitgliedstaaten Einfluss zu nehmen, erfolgt bisher im Rahmen des Europäischen Semesters.

Diese sind jedoch rechtlich unverbindlich und im übrigen werden entsprechende Empfehlungen – jedenfalls bisher wie im Beispiel Belgien – mit einem ausdrücklichen Verweis auf die Beteiligung der Sozialpartner verbunden.

Grundsätzlich schützt Art. 28 GRCh auch vor mittelbaren Beeinträchtigungen, wenn sie Eingriffen gleichwertig sind. Empfehlungen könnten diese Qualität erlangen, wenn sie zwar rechtlich unverbindlich wären, aber einen Druck ausüben würden, dem de facto nicht ausgewichen werden könnte. Davon kann bei der Koordinierung nach dem Europäischen Semester (noch) nicht ausgegangen werden. Von den Mitgliedstaaten wird in diesem Rahmen nichts verlangt, was nach ihrem nationalen Verfassungsrecht verboten wäre. Es genügt, die diesjährigen Empfehlungen für Deutschland zu betrachten,<sup>99</sup> um zu erkennen, dass die Empfehlungen nur eine eingeschränkte Druckwirkung entfalten werden.

Solange das so ist, kommen derartige Empfehlungen nicht in die Nähe von mittelbaren Beeinträchtigungen, die Eingriffen gleichwertig sind.

<sup>98</sup> Bedenkliches Beispiel sind die Indizes, mit denen die Weltbank Nehmerländer bewertet, und bei denen arbeitsrechtliche Regelungen als positiv bewertet und implizit gefordert werden, die geltendem ILO-Recht widersprechen; vgl. zu den »Doing Business Indicators«: *Berg/Cazes, Comparative Labor Law & Policy Journal* 2008, Vol. 29, 349 ff.

<sup>99</sup> SEK (2011) 807: Gerechterer Zugang zum allgemeinen und beruflichen Bildungssystem (mit der Konsequenz der Abschaffung des 3-gliedrigen Schulsystems?); ungerechtfertigte Beschränkungen bei bestimmten freien Berufen und im Handwerk abschaffen (Handwerksordnung, Notarzulassung?).

### 3. Austeritätspolitik

Die sehr viel größere Gefahr der neuen Instrumente für die Interessen von Arbeitnehmern und die Freiheit von Kollektivverhandlungen ist ihr einseitiger Einsatz zu einer Austeritätspolitik.

Das gilt für die Novellierungen des Defizitverfahrens vielleicht sogar noch mehr als für das neue Verfahren bei ökonomischen Ungleichgewichten, das stärker im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit aus Sicht eines möglichen Eingriffs in die Koalitionsfreiheit steht. Aus diesem Grund waren auch die Vorschläge für das Defizitverfahren im Europäischen Parlament sehr viel stärker umstritten und wurden auch nur mit knapper Mehrheit angenommen als die – nach den erfolgten Änderungen – mit breitem Konsens angenommenen Texte zur makroökonomischen Steuerung.

Eine einseitige Ausrichtung auf Sparen und Haushaltskonsolidierung kann zu einem zu rigiden Sparkurs führen, der für wichtige Investitionen, die für das langfristige Wachstum und Beschäftigung notwendig sind, keinen

Raum gibt, pro-zyklisch wirkt und zur Rezession führt. Bei einer solchen Politik erfolgt der Druck auf Löhne dann nicht hoheitlich, sondern durch die Verarmung des betroffenen Gemeinwesens: ein Staat, der kein Geld hat, kann auch seine Diener nicht bezahlen und die im Euro-Plus-Pakt angesprochene »Signalwirkung« der Löhne im öffentlichen Sektor kann dann Auswirkungen auf Tarifverhandlungen im Privatsektor haben. Auch unabhängig vom Sonderproblem des öffentlichen Dienstes kann eine solche Politik faktisch zu einer Situation führen, die die Gewerkschaften aus wirtschaftlichen Gründen zwingt, Lohnneibußen hinzunehmen. Das Grundrecht der Tarifautonomie bietet insofern keinen Schutz: Es schützt nicht vor einer verfehlten Wirtschaftspolitik, diese muss in erster Linie politisch bekämpft werden.

Das bedeutet nicht, dass eine einseitige Austeritätspolitik nicht auch an den Verträgen gemessen werden kann. Wie oben dargestellt, erlaubt das europäische Sozialstaatsprinzip, wie es in Querschnittsklauseln und Unionszielen niedergelegt ist, eine solche einseitige Ausrichtung der europäischen Politik nicht.

# Das Beitragsrecht der Gesetzlichen Unfallversicherung

Prof. Dr. Wolfgang Spellbrink, Bundessozialgericht Kassel

## I. Die Sonderstellung der Finanzierung der Unfallversicherung im System der deutschen Sozialversicherung

Der »Gattungsbegriff« der Sozialversicherung<sup>1</sup> in der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland und seine konstitutiven Elemente waren und sind Gegenstand umfassender verfassungsrechtlicher Abhandlungen und Diskussionen, nicht nur aber vor allen Dingen im Rahmen der Gesetzgebungskompetenznorm des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG.<sup>2</sup> Als juristischer Kernbestand<sup>3</sup> des Typus »Sozialversicherung« dürften dabei gelten die Absicherung spezifischer sozialer Risiken, derer sich der Einzelne nicht individuell erwehren kann, die Zwangsmitgliedschaft der Beteiligten, die organisatorische Verselbständigung in gesonderte Träger mittelbarer Staatsverwaltung mit Selbstverwaltung, die paritätische Beteiligung<sup>4</sup> von Arbeitgebern und Arbeitnehmern, die sich gerade auch in der Heranziehung der Arbeitgeber zu den Beiträgen zeigt, sowie die Anknüpfung der Sicherungssysteme an der beitragspflichtigen Beschäftigung, also letztlich am System bezahlter Lohnarbeit.<sup>5</sup> In diesem Kontext wurde bekanntermaßen in den letzten Jahren verstärkt versucht, die Rechtfertigung vermeintlich fremdnütziger Beiträge der Arbeitgeber (fremdnützig, weil sie vordergründig nur den Arbeitnehmern zu Gute kommen)<sup>6</sup> in Frage zu stellen und die Finanzierungsparität von Arbeitnehmern und Arbeitgebern aufzubrechen.

Probleme dieser Art stellen sich im Recht der gesetzlichen Unfallversicherung (UV) nicht, denn eines der tragenden und historisch bedeutsamen Prinzipien der gesetzlichen UV ist das Prinzip der Haftungsersetzung durch Versicherungsschutz.<sup>7</sup> Es bedeutet, dass der Unternehmer dem Arbeitnehmer gegenüber bei Arbeitsunfällen nicht (mehr) haftet. Nach dem Haftungsersetzungsprinzip tritt an die Stelle des Unternehmers als Anspruchsgegner ein Versicherungsträger (die Berufsgenossenschaft – BG) als zur Schadensersatzleistung Verpflichteter. Die UV gewährt dem Versicherten einen umfassenden Schutz bei Arbeitsunfällen und Berufskrank-

heiten und stellt im Gegenzug den Unternehmer von Schadensersatzansprüchen seines Beschäftigten gem. § 104 ff.

1 Grundlegend immer noch der Beschluss des BVerfG, 08.04.1987–2 BvR 909/82 u. a. – BVerfGE 75, 108 zur Künstlersozialversicherungsabgabe.

2 Vgl. insb. *Rolfs*, Das Versicherungsprinzip im Sozialversicherungsrecht, München 2000 (zugl. Hagen, FernUniv., Habil. 1999) und *Hase*, Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich, Tübingen 2000 (zugl. Gießen, Univ., Habil. 2000) sowie die Arbeit von *Bieback*, VSSR 2003, 1; *Schenkel*, Sozialversicherung und Grundgesetz, Berlin 2008 (zugl. Hamburg, Bucerius Law School, Diss. 2007); *Schenkel*, VSSR 2010, 79; zur Diskussion auch *Spellbrink*, JZ 2004, 538.

3 Der Begriff »Sozialversicherung« ist nach der Entscheidung des BVerfG, 08.04.1987–2 BvR 909/82 ua. – BVerfGE 75, 108, Rn. 95 als weitgefaster »verfassungsrechtlicher Gattungsbegriff« zu verstehen. Er umfasst alles, was sich der Sache nach als Sozialversicherung darstellt. Neue Lebenssachverhalte können in das Gesamtsystem »Sozialversicherung« einbezogen werden, wenn die neuen Sozialleistungen in ihren wesentlichen Strukturelementen, insbesondere in der organisatorischen Durchführung und hinsichtlich der abzudeckenden Risiken, dem Bild entsprechen, das durch die »klassische« Sozialversicherung geprägt ist. Zur Sozialversicherung gehört jedenfalls die gemeinsame Deckung eines möglichen, in seiner Gesamtheit schätzbaren Bedarfs durch Verteilung auf eine organisierte Vielheit. Die Beschränkung auf Arbeitnehmer und auf eine Notlage gehört nicht zum Wesen der Sozialversicherung. Außer dem sozialen Bedürfnis nach Ausgleich besonderer Lasten ist die Art und Weise kennzeichnend, wie die Aufgabe organisatorisch bewältigt wird: Träger der Sozialversicherung sind selbständige Anstalten oder Körperschaften des öffentlichen Rechts, die ihre Mittel durch Beiträge der »Beteiligten« aufbringen.

4 Insbesondere in der gesetzlichen Krankenversicherung wird immer wieder versucht, die Parität auszuhöhlen bzw. den Arbeitgeberanteil einzufrieren etc., hierzu *Wahl*, SozSich 2005, 133; systematisch und grundlegend hierzu *Bieback*, VSSR 1997, 117.

5 In der vergleichenden Wohlfahrtsstaatsforschung hat sich hier das Begriffspaar der Kommodifizierung bzw. Dekommodifizierung als Indikator dafür eingebürgert, wie stark ein System sozialer Sicherheit an der Lohnarbeit anknüpft bzw. darauf setzt, Menschen in Arbeit zu bringen. Das System der Bundesrepublik gilt hier insofern als konservativ, weil es die Unterschiede aus dem Sektor der Lohnarbeit im sozialen Sektor widerspiegelt (ua. über eine beitragsabhängige Höhe der Lohnersatzleistungen); nach wie vor das Maß aller Dinge: *Esping-Andersen*, The Three Worlds auf Welfare Capitalism, Princeton 1990; Rezension etwa von *Offe*, ZSR 1993, 83; vgl. auch *Opielka*, Sozialpolitik, 2. Aufl., Reinbek 2008.

6 Interessanterweise hat das BVerfG am 18.07.2005 in seiner Entscheidung zum Risikostrukturausgleich in der gesetzlichen Krankenversicherung selbst den Begriff eines »fremdnützigen« Sozialversicherungsbeitrags aufgegriffen: BVerfG, 18.07.2005–2 BvF 2/01 – BVerfGE 113,167; umfassend zuletzt die »arbeitgeberfreundliche« Dissertation von *Held*, Die Verfassungsmäßigkeit der Arbeitgeberbeiträge zu den Sozialversicherungen, Hamburg 2011 (zugl. Erlangen-Nürnberg, Univ., DisS. 2011), in der jeweils ausgiebig nach dem Nutzen des jeweiligen Beitrags zu den einzelnen Sozialversicherungszweigen für den Arbeitgeber gefragt wird, allerdings unter Nichtberücksichtigung der gesetzlichen UV.

7 Vgl. nur *Gitter/Numius*, in: Schulin (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 2, UV, München 1996, § 5 Rn. 51 ff.

SGB VII frei.<sup>8</sup> Hierdurch wird zugleich der Betriebsfrieden gewahrt, denn Arbeitgeber und Arbeitnehmer müssen sich nicht zivilrechtlich über ein mögliches Verschulden des Arbeitgebers an dem Arbeitsunfall auseinandersetzen. Zum Ausgleich für dieses Haftungsprivileg tragen die Unternehmer die Beiträge zur gesetzlichen Unfallversicherung allein. Sie erbringen mithin solidarisch als Kollektiv die Aufwendungen, die ansonsten jeder einzelne Unternehmer bei einem Schadensfall für sich bzw. seinen Arbeitnehmer selbst aufbringen müsste. Die Versicherten tragen selbst keinen Beitragsanteil<sup>9</sup> und es wird deshalb sogar ernsthaft diskutiert, ob sie überhaupt Mitglieder der jeweiligen BG sind.<sup>10</sup> Damit dieses System funktionieren kann, insbesondere damit ausreichend finanzielle Mittel zur Verfügung stehen, ordnet das SGB VII über § 136 die Zwangsmitgliedschaft der Unternehmer in der UV an, dh. bei Vorliegen eines Unternehmens iSd. § 121 SGB VII wird der Unternehmer zwangsmäßig Mitglied in der für ihn zuständigen Berufsgenossenschaft, ohne dass er insofern eine freie Wahl – gerade auch der zuständigen BG – hätte.

Ein weiterer, gleichsam als »basso continuo« der gesetzlichen UV zugrunde liegender Strukturaspekt ist der Gedanke der Prävention.<sup>11</sup> So formuliert bereits § 1 SGB VII in seinem ersten Satz zu Beginn des einschlägigen Gesetzbuches des SGB, dass es Aufgabe der Unfallversicherung ist, mit allen geeigneten Mitteln Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten sowie arbeitsbedingte Gesundheitsgefahren zu verhüten. Das Beitragsrecht der gesetzlichen UV muss sich daher auch immer gerade vor dieser Präventionsaufgabe rechtfertigen können,<sup>12</sup> was etwa bei der Bildung der Risikogemeinschaften von Unternehmern in Gefahrtarifstellen (zu Tarifstellenbildung siehe unter II. 2.) eine Rolle spielen kann oder bei der Frage, inwieweit Altlasten in die Gefahrklasse mit eingerechnet werden (hierzu unter II. 3.).

Eine weitere Besonderheit des Systems UV besteht darin, dass es sich ausschließlich durch die Beiträge der Unternehmer finanziert. Eine Ko-Finanzierung durch staatliche Zuschüsse oder sonstige Einnahmen (vgl. § 20 SGB IV) ist nicht vorgesehen. Die jeweils zuständige BG legt nachträglich (nach Ablauf des Kalenderjahres) den bei ihr entstandenen Finanzbedarf (das sog. Umlagesoll gem. §§ 152 Abs. 1, 153 Abs. 1 SGB VII) im Wege der Umlage auf die Mitglieder um. Das rechts-technische Vorgehen hierbei (Erstellung eines Gefahrtarifs und Festlegung der Gefahrklasse, Erteilung von Bescheiden etc.) wird im Einzelnen sogleich unter II. dargestellt. Insbesondere durch die Bil-

dung von Tarifstellen, dh. durch die Konstituierung von Gefahrgemeinschaften nach Gefährdungsrisiken, soll dabei ein versicherungsmäßiger Risikoausgleich zwischen den beitragsbelasteten Unternehmen hergestellt werden (vgl. § 157 Abs. 2 und Abs. 3 SGB VII). Insofern enthält das System der Beitragserhebung in der UV durchaus Elemente eines versicherungsmathematischen Äquivalenzprinzips,<sup>13</sup> wie es der Privatversicherung zugrunde liegt und das von einer strikten Proportionalität von Beiträgen und Leistungen ausgeht. Demgegenüber ist es ja geradezu das entscheidende Wesensmerkmal einer »sozialen« Versicherung, dass sie bei der Beitragsbelastung des Versicherten nicht an dem Risiko anknüpft, das der jeweilige Versicherte in die Versichertengemeinschaft mitbringt. Es gibt in einer sozialen Krankenversicherung per definitionem etwa keine Risikoprämien für Zuckerkrankte, Krebspatienten etc., während die Summe der von den BGen erbrachten, tatsächlichen Leistungen der UV ein wesentliches Element der Beitragsberechnung in der UV ist (neben den gezahlten Arbeitsentgelten, vgl. § 157 Abs. 3 SGB VII). Der Risikoausgleich findet dann ausschließlich zwischen den Unternehmern statt, die in einer Gefahrgemeinschaft zusammengefasst werden. Da diese Bildung der Tarifstellen (Zusammenfassung von Unternehmern zu einer Gefahrgemeinschaft wegen des vergleichbaren Gefährdungsrisikos) auf die Beitragshöhe erheblichen Einfluss hat, stellt sie einen Konfliktpunkt dar, der immer wieder die Sozialgerichte auf den Plan ruft. Hierbei stellt sich dann in der Praxis die Frage, wie das Spannungsverhältnis zwischen der Satzungs- und Gestaltungsautonomie der BG als Selbst-

8 Instrukтив *Krasney*, NZS 2004, 7 und 68.

9 Ein Beitragsanteil der Versicherten stand historisch nie zur Diskussion, vgl. *Platz*, in: Schulin (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 2, UV, München 1996, § 58 Rn. 3 mwN.

10 Hierzu *Spellbrink*, in: Schulin (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 2, UV, München 1996, § 22, Rn. 24 ff.

11 Vgl. *Kutscher/Stoy*, in: Schulin (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 2, UV, München 1996, § 40.

12 Hierzu insb. *Eckhoff*, Anreizsysteme bei der Beitragsgestaltung in der gesetzlichen Unfallversicherung, Berlin-Münster-Wien-Zürich-London 2010 (zugl. Kiel, Univ., DisS. 2010); S. auch *Fenn*, Verfassungsfragen der Beitragsgestaltung in der gewerblichen Unfallversicherung, Gefahrtarif und DDR-Altlasten als Gleichheitsproblem, Frankfurt 2006 (zugl. Frankfurt. Univ., DisS. 2005) S. 106 ff.; vgl. auch *Schulz*, FS Watermann, 1996, S. 149.

13 Hierzu *Hase*, Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich, Tübingen 2000 (zugl. Gießen, Univ., Habil. 2000), S. 71 ff.; *Spellbrink*, JZ 2004, 538; speziell zum Recht der UV *Heldmann*, Die Beiträge zur gesetzlichen Unfallversicherung, Solidarität und Äquivalenz im Beitragssystem der gewerblichen Berufsgenossenschaften, Baden-Baden 2006 (zugl. Münster, Univ., DisS. 2006), S. 65 ff.

verwaltungskörperschaft und den Grundrechten und Informationsansprüchen ihrer Mitglieder jeweils auszutariieren ist. Für die Unternehmer als Beitragsbelastete relevant dürfte dabei insbesondere die Frage sein, wie exakt und inhaltlich genau die belastenden Verwaltungsakte der BGen begründet und nachvollziehbar sein müssen (hierzu auch II. 8.).

Die BG als Träger der UV kann aufgrund der angedeuteten Finanzierungsströme sozialpolitisch-soziologisch auch als Selbsthilfeorganisation der Unternehmer betrachtet werden, die dem Betriebsfrieden dient und mit deren Hilfe sich der einzelne Unternehmer gegen das Haftungsrisiko aus dem Arbeitsverhältnis versichert (freikauf). Nach Einschätzung wohl der meisten am System Beteiligten »funktioniert« die UV, das heißt, es ist weder ein (schleichender) Sozialabbau zu Lasten der Versicherten bei der Anerkennung der Versicherungsfälle (nach § 7 Abs. 1 SGB VII: Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten) zu konstatieren noch eine unzumutbare wirtschaftliche Knebelung der Unternehmer durch ständig steigende Kosten. Der Gesamtfinanzbedarf der UV liegt nach dem Sozialbudget für 2011 bei 11,9 Mrd. Euro bei über 61 Mio. versicherten Personen. Die Beitragsbelastung der Unternehmer liegt regelmäßig bei unter 1 % der Lohnsumme, etwa bei der Verwaltungs-BG für 2010 bei 0,84 %. Nach vergleichenden Betrachtungen<sup>14</sup> ist das deutsche System der gesetzlichen UV im europäischen Vergleich von der Beitragsbelastung bzw. -höhe her vergleichsweise günstig, von den gewährten Leistungen her aber vergleichsweise großzügig.

Von daher mag erstaunen, dass auch und gerade das Beitragsrecht der gesetzlichen UV in den letzten Jahren erheblichen, verfassungs- und insbesondere europarechtlichen Angriffen ausgesetzt war, mit denen sich dieser Beitrag im Einzelnen unter III. befassen wird. Einzelne Unternehmer gingen offenbar davon aus, dass sie das hier zu versichernde Risiko (Haftung bei Arbeitsunfällen) auf dem privaten, eventuell gesamteuropäischen Markt besser und billiger versichern könnten. Eigentliche Triebfeder der unternehmerischen Angriffe dürfte aber der (wirtschafts-)psychologische Aspekt gewesen sein, dass es nicht hinnehmbar erscheint, Zwangsmittglied einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft werden zu müssen, der dann wiederum weitgehende Gestaltungsfreiheit gegenüber ihren Mitgliedern zugestanden wird. Nicht zuletzt mag hier auch eine Rolle gespielt haben, dass der Eindruck entstand, im Rahmen des Prozesses der deutschen Einheit Unfall-Altlasten

übernehmen zu müssen, die insofern mit dem eigenen Betrieb nichts mehr zu tun hatten (klassische versicherungsfremde Leistungen).<sup>15</sup> Zudem sehen §§ 176 ff. SGB VII nunmehr einen Lastenausgleich zwischen den einzelnen gewerblichen BGen hinsichtlich der gesamten Rentenlasten vor (hierzu II. 6.), so dass bei einer subjektiven Orientierung am eigenen Risiko und dessen Versicherung die Zweifel am Beitragssystem verständlicher werden können. Letztlich dürften diese verfassungs- und europarechtlichen Angriffe der Unternehmer gegen die Zwangsmitgliedschaft und Beitragsbelastung unter Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung der letzten Jahre (hierzu unter III.) kaum mehr erfolversprechend sein, wenngleich die Rechtsprechung des EuGH zum Sozialversicherungsmonopol der gesetzlichen UV zumindest partiell die Rechtswirklichkeit der Beitragsgestaltung und -erhebung der deutschen gesetzlichen UV ausblendet, wie sie sogleich unter II. en detail dargestellt wird.

## II. Die Beitragsgestaltung im Recht der deutschen gesetzlichen UV

### 1. Der Gefahrarif gem. § 157 SGB VII als Satzung

Maßgebende Rechtsgrundlage für die Beitragsgestaltung in der gesetzlichen UV ist der Gefahrarif. Nach § 157 Abs. 1 S. 1 SGB VII, der weitgehend dem früheren § 730 RVO entspricht,<sup>16</sup> setzt der UV-Träger als »autonomes Recht« einen Gefahrarif fest. Nach § 157 Abs. 1 S. 2 SGB VII sind zur Abstufung der Beiträge Gefahrklassen festzustellen, die

<sup>14</sup> Rieke, BG 2008, 444; problematisch Romahn, Institutionen im internationalen Wettbewerb – die gesetzliche Unfallversicherung, in: Wirtschaftspolitik in offenen Demokratien, 2005, 233.

<sup>15</sup> Die sog. versicherungsfremden Leistungen waren eine Zeitlang der Hit, wenn es von interessierter Seite darum ging, das System der gesetzlichen Sozialversicherung anzugreifen. Allerdings ist es bislang wohl nicht gelungen, eine einigermaßen konsensfähige Definition zu finden, wann eine Leistung versicherungsfremd ist; vgl. schon Rolfs, Das Versicherungsprinzip im Sozialversicherungsrecht, München 2000 (zugl. Hagen, FernUniv., Habil. 1999), S.193 ff.; vgl. auch Frohn, SGB 2000, 1; beschränkt man den Begriff der Versicherungsfremdheit auf alle Leistungen, die nicht strikt in einem Äquivalenzverhältnis Beitrag – Leistung stehen, so ist etwa die Familienversicherung nach § 10 SGB V oder die Gewährung von Hinterbliebenenleistungen ebenfalls »versicherungsfremd«. Gemeint ist in einem weiteren Sinne offenbar im Bereich der UV aber oftmals ein vermeintlich unwirtschaftliches, »verschwendarisches« Verwaltungshandeln bzw. -gebaren der jeweiligen BG.

<sup>16</sup> Allerdings war Inhalt und Umfang der Ermächtigung zur Normsetzung durch Satzung in § 730 RVO insgesamt wesentlich unpräziser vorgegeben als in § 157 SGB VII.

nach Abs. 3 aus dem Verhältnis der gezahlten Leistungen zu den Arbeitsentgelten (innerhalb einer Tarifstelle) ermittelt werden (im einzelnen hierzu unter 3.). Die bedeutendste Regelung hierzu enthält § 157 Abs. 2 S. 1 SGB VII, nach dem der Gefahrarif nach Tarifstellen gegliedert wird, in denen Gefahrengemeinschaften nach Gefährdungsrisiken (unter Berücksichtigung eines versicherungsmäßigen Risikoausgleichs) gebildet werden (hierzu unter 2.). Die Zuordnung des Unternehmens zu der konkreten Gefahrengemeinschaft/Tarifstelle entscheidet im Wesentlichen über dessen Beitrag.

Die UV-Träger sind als Selbstverwaltungskörperschaften rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung (§ 29 Abs. 1 SGB IV).<sup>17</sup> Sie erfüllen gem. § 29 Abs. 3 SGB IV wie jede Körperschaft im Rahmen des Gesetzes und des sonstigen für sie maßgebenden Rechts ihre Aufgaben in eigener Verantwortung. Bei dem Gefahrarif handelt es sich rechtstechnisch mithin – trotz des etwas verunglückten Wortlauts des § 157 Abs. 1 SGB VII – um die Satzung einer autonomen Körperschaft.<sup>18</sup> Die Geltungsdauer dieser Satzung ist nach § 157 Abs. 5 SGB VII auf höchstens sechs Kalenderjahre begrenzt. Gem. § 34 Abs. 2 SGB IV ist der Gefahrarif öffentlich bekannt zu machen.<sup>19</sup>

Nach § 158 Abs. 1 SGB VII bedürfen der Gefahrarif und jede Änderung der Genehmigung der Aufsichtsbehörde. Letztere Regelung ist deshalb bedeutsam, weil für den EuGH die Tatsache, dass das Beitragsrecht der deutschen UV einer staatlichen Aufsicht unterliegt, ein wesentliches Argument dafür war, dass dieses System insgesamt den Grundsatz der Solidarität verwirklicht<sup>20</sup> und damit nicht unter den europarechtlichen Unternehmensbegriff fällt. Zum Umfang des Aufsichtsrechts wird vertreten, dass es sich bei der Genehmigung autonomen Rechts um eine Mitwirkung der Aufsichtsbehörde an der Rechtsetzung selbst handele,<sup>21</sup> die der Vorbeugung möglicher Rechtsverstöße, aber auch der Vermeidung unzweckmäßiger Regelungen diene.<sup>22</sup> Jedenfalls müssen für die Prüfung des Gefahrarifs der Aufsichtsbehörde die Berechnungsgrundlagen durch die BG vorgelegt werden. Schwerpunkt der Prüfung sollten die Bildung und die Zusammensetzung der Tarifstellen und der Gefahrklassen sein, insbesondere, wenn von den rechnerisch ermittelten Werten abgewichen werden soll. Insofern können hier wohl Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeitprüfung nicht immer strikt von einer reinen Rechtmäßigkeitprüfung seitens der Aufsicht

getrennt werden.<sup>23</sup> So wurde etwa in der öffentlich geführten Auseinandersetzung um die Tarifstellenbildung für Sportvereine durch die Verwaltungs-BG in den 90iger Jahren des letzten Jahrhunderts von Seiten der Aufsicht in die Tarifstellenbildung gerade auch unter Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten eingegriffen, so dass hier sogar von »politischen Werten« gesprochen wurde.<sup>24</sup> Zu dem – jedem Satzungsgeber zustehenden – weiten Gestaltungsspielraum (siehe sogleich) besteht mithin ein gewisses Spannungsverhältnis.<sup>25</sup> Bedenkt man aber, dass bislang nach der

17 Umfassend zur Historie und Zukunft der Selbstverwaltung in der UV: See-wald, SGB 2006, 569.

18 Die Frage, ob § 157 SGB VII eine verfassungsrechtlich hinreichende Ermächtigungsgrundlage zum Erlass von Satzungsrecht ist, die zu weitreichenden Eingriffen in die Grundrechte der Unternehmer befugt, hatte nach der Satzungsänderung der Verwaltungs-BG zu Lasten der Profifußballvereine im Jahre 1997 durch ein Gutachten von *Papier/Möller*, Verfassungsrechtliche Fragen der Festsetzung der Beiträge in der gesetzlichen Unfallversicherung, SGB 1998, 337 einiges Aufsehen erregt. Hierauf (hinreichend präzise Satzungsermächtigung?) wird auch unter III. 2. verfassungsrechtlich kurz eingegangen.

19 Lediglich die See-BG ist gem. § 157 Abs. 1 S. 3 SGB VII ermächtigt, Gefahrklassen festzustellen, ohne dass es hierfür einer Satzung bedürfte.

20 EuGH, 05.03.2009 – C-350/07 – Slg. 2009, I-1513 (Kattner Stahlbau), Rn. 60, 64, allerdings ohne zwischen einer Rechtsaufsicht und einer Kontrolle auch der Zweckmäßigkeit zu differenzieren. Zum EuGH-Urteil in Sachen Kattner Stahlbau vgl. noch iE. unter III. 1.

21 *Freischmidt*, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), SGB VII, Berlin, K § 158 Rn. 4 (Stand: XI/97).

22 Ähnlich wohl *Ricke*, in: Leitherer (Hrsg.), Kasseler Kommentar, München, § 158 Rn. 2.

23 Kritisch zu einer Zweckmäßigkeitkontrolle der Aufsichtsbehörde *Stolz*, in: Plagemann (Hrsg.), Münchner Anwaltshandbuch Sozialrecht, 3. Aufl., München 2009, § 29, Rn. 5; noch weitergehend allerdings *Brandenburg/Palsherm*, in: jurisPK-SGB VII, Saarbrücken 2009, § 158 Rn. 10: »Die Aufsicht diene der Vermeidung unzweckmäßiger Regelungen (vorbeugende Sonderaufsicht in Form einer gezielten Zweckmäßigkeitkontrolle)«.

24 Die Auseinandersetzung um die Schaffung einer eigenen Tarifstelle für Profifußballvereine durch die Verwaltungs-BG im Jahr 1995 mit einer massiven Beitragssteigerung für Bundesligavereine wurde öffentlich geführt und führte zu dem Gutachten im Auftrag des DFB von *Papier/Möller*, Verfassungsrechtliche Fragen der Festsetzung der Beiträge in der gesetzlichen Unfallversicherung, SGB 1998, 337; *Papier/Möller*, NZS 1998, 353; hierzu die Entgegnung von *Schulz*, SGB 1999, 172; vgl. auch *Gitter*, NZS 1996, 247; eine umfassende Darstellung des Ablaufs der Auseinandersetzung findet sich in *Fenn*, Verfassungsfragen der Beitragsgestaltung in der gewerblichen Unfallversicherung, Gefahrarif und DDR-Altlasten als Gleichheitsproblem, Frankfurt 2006 (zugl. Frankfurt. Univ., DisS. 2005), S. 13 ff., exemplarisch zum Vorgehen der Aufsicht heißt es bei *Fenn*: »Für den Beobachtungszeitraum 1984 bis 1988 war in der Folge eine Belastungsziffer (die Gefahrklasse, hierzu oben im Text unter II. 3) von 29,5 berechnet worden. Daraufhin wurde in Übereinstimmung mit der Aufsichtsbehörde in dem Gefahrarif 1990 die Gefahrklasse 15,0 festgelegt, ein »politischer Wert« (im Original kursiv), zu dem auch die Veranlagung im Jahre 1990 erfolgte. Dies zeigt die erheblichen Einflussmöglichkeiten der Aufsicht, die offenbar über eine reine Rechtmäßigkeitkontrolle weit hinausgehen; vgl. auch noch unter III. 2.; das Beispiel der Tarifstellenbildung für Sportvereine wird im Text (passim) im Folgenden zur Illustration aufgegriffen.

25 Eng daher *Stolz*, in: Plagemann (Hrsg.), Münchner Anwaltshandbuch Sozialrecht, 3. Aufl., München 2009, § 29, Rn. 5.

Rechtsprechung der betroffene Unternehmer keinen Anspruch auf rechnerische Nachvollziehbarkeit seiner Beitragsbelastung im Detail hat, so kann eine weitergehende Prüfpflicht der Aufsichtsbehörde hier möglicherweise auch zu einer erhöhten Legitimationswirkung der Satzungsregelungen gegenüber den Betroffenen beitragen.<sup>26</sup> Andererseits folgt im Rahmen der sozialgerichtlichen Überprüfung einer Satzungsregelung<sup>27</sup> aus der Tatsache, dass eine Regelung aufsichtsrechtlich genehmigt wurde, für das SG keinerlei Bindungswirkung dahingehend, dass deren Rechtmäßigkeit allein wegen der aufsichtsrechtlichen Nichtbeanstandung unterstellt werden dürfte.

Aus der Einordnung des Gefahr tariffs als Satzung folgt jedenfalls den Satzungsunterworfenen gegenüber, dass der BG bzw. ihrer normgebenden Vertreterversammlung gem. § 33 SGB IV, wie jedem Satzungsgeber ein weitgehender Gestaltungsspielraum einzuräumen ist. Nach der bisherigen, ständigen Rechtsprechung des BSG ist der Gefahr tariff gerichtlich als autonom gesetztes objektives Recht nur daraufhin überprüfbar, ob er mit dem Gesetz, das die Ermächtigungsgrundlage beinhaltet, also dem SGB VII, und mit sonstigem höherrangigen Recht vereinbar ist. Ähnlich wie dem Gesetzgeber ist den ihre Angelegenheiten selbst regelnden öffentlich-rechtlichen Körperschaften als Stellen der mittelbaren Staatsverwaltung, somit auch der BG, ein nicht zu eng bemessener Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum eingeräumt, soweit sie innerhalb der ihnen erteilten gesetzlichen Ermächtigung Recht setzen.<sup>28</sup> Als gesetzliche Vorgaben sind die in den §§ 152 f., 157 und 162 SGB VII zum Ausdruck kommenden Zielvorstellungen und Wertentscheidungen sowie die tragenden Grundsätze des Unfallversicherungsrechts zu beachten. Eine Prüfung, ob der Gefahr tariff die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Regelung trifft, ist nicht Aufgabe der Gerichte.<sup>29</sup> Die Abwägung zwischen mehreren, jeweils für die eine oder andere Regelung bei der Gestaltung des Gefahr tariffs wesentlichen Gesichtspunkte und die daraus folgende Entscheidung obliegt dem Unfallversicherungsträger. Bei komplexen und sich sprunghaft entwickelnden Sachverhalten ist ihm ein zeitlicher Anpassungsspielraum zuzubilligen, um weitere Erfahrungen zu sammeln, Klarheit zu gewinnen und Mängeln in den Regelungen abzuwehren. Aufgrund dieser eingeschränkten gerichtlichen Überprüfungsbefugnis kann nicht jeder Fehler im Gefahr tariff Beachtung durch die Sozialgerichte finden. Der Verzicht auf eine engmaschigere

gerichtliche Überprüfung der Gefahr tarife entspricht zwar einerseits verfassungstheoretischen Vorgaben aufgrund der Satzungsautonomie von Selbstverwaltungskörperschaften.<sup>30</sup> Andererseits hat das BSG aber auch betont, dass die Bildung des Gefahr tariffs auf gesichertem Zahlenmaterial fußen und versicherungsmathematischen Grundsätzen entsprechen muss. Insofern könnte die Rechtsprechung hier ggf. in Zukunft härtere Anforderungen an die Nachvollziehbarkeit des Zahlenwerks der BG stellen, gerade weil die europa- und verfassungsrechtlichen Angriffe gegen das System der Beitragsbelastung der gesetzlichen UV (insgesamt betrachtet) ins Leere gehen (hierzu iE. unter III.).

## 2. Die Tarifstellenbildung

§ 157 Abs. 2 S. 1 SGB VII enthält als gesetzliche Vorgabe den Grundsatz, dass der Gefahr tariff nach Tarifstellen gegliedert wird. In diesen Tarifstellen sind Gefahrgemeinschaften nach Gefährdungsrisiken unter Berücksichtigung eines versicherungsmäßigen Risikoausgleichs zu bilden. § 157 Abs. 2 S. 1 SGB VII verweist mithin darauf, dass in einer Tarifstelle Unternehmen mit vergleichbarer Schadenswahrscheinlichkeit oder vergleichbarem Risiko zusammenzufassen sind.<sup>31</sup> Folglich sind die meisten Gefahr tarife so gegliedert, dass sie in einem Teil I eine Zuteilung der Unternehmen zu Gefahr tariffstellen enthalten. Beispielsweise kann eine Gefahr tariffstelle lauten: »Sportvereine«,

26 Und zugleich zu einer erhöhten Legitimation des bundesdeutschen Systems UV iS. der Rechtsprechung des EuGH beitragen, vgl. EuGH, 05.03.2009 – C-350/07 – Slg 2009, I-1513 (Kattner Stahlbau).

27 Eine solche Kontrolle durch die Gerichte erfolgt immer nur implizit bei Anfechtung der Veranlagungs- bzw. Beitragsbescheide, eine abstrakte Normenkontrolle des Gefahr tariffs sieht das SGG nicht vor.

28 BSG, 13.12.1960 – 2 RU 67/58 – BSGE 13, 189 – SozR Nr. 2 zu § 915 RVO; BSG, 14.12.1967 – 2 RU 60/65 – BSGE 27, 237, 240 – SozR Nr. 1 zu § 730 RVO; BSG, 29.11.1973 – 8/2 RU 33/70 – SozR Nr. 4 zu § 725 RVO; BSG, 18.10.1974 – 2 RU 31/83 – SozR 2200 § 725 Nr. 10; BSG, 12.12.1985 – 2 RU 49/84 – SozR 2200 § 734 Nr. 5; BSG, 21.08.1991 – 2 RU 54/90 – NZA 1992, 335 f.; BSG, 18.10.1994 – 2 RU 6/94 – SGB 1995, 253, 255; grundlegend gebilligt vom BVerfG, 03.07.2007 – 1 BvR 1696/03 – SozR 4 – 2700 § 157 Nr. 3; zur Satzungsautonomie und der Nichtanwendbarkeit der Kriterien des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG vgl. auch den sog. Facharztbeschluss vom 09.05.1972 – 1 BvR 518/62 – BVerfGE 33, 171, 189.

29 BSG, 12.12.1985 – 2 RU 40/85 – SozR 2200, § 731 Nr. 2; BSG, 21.08.1991 – 2 RU 54/90 – NZA 1992, 335 f. und BSG, 18.10.1994 – 2 RU 6/94 – SGB 1995, 253, 255.

30 Der Widerspruch zu den ggf. weitergehenden Kontrollmöglichkeiten der Aufsichtsbehörde gem. § 158 SGB VII kann aufgelöst werden, wenn man mit Freischmidt die staatliche Aufsicht als Mitwirkung an der Normsetzung selbst konzipiert; nach wie vor maßgebend zu den Grenzen der Satzungsautonomie BVerfG, 05.12.2002 – 2 BvL 5/96 und 2 BvL 6/96 – BVerfGE 107, 59.

31 Vgl. Heldmann, BG 2007, 36.

so dass alle Sportvereine zu einer Gefahrengemeinschaft verbunden werden. Die Tarifstelle könnte sich aber auch aufspalten in 1. Vereine mit Profifußballabteilungen, 2. Vereine mit sonstigen Profisportabteilungen, und 3. Amateursportvereine. Diese Aufspaltung hat jeweils erhebliche finanzielle Auswirkungen, weil für die konkret gebildete Gefahrengemeinschaft eine Belastungsziffer (Gefahrenklasse) aufgrund der von der BG gewährten Leistungen errechnet wird, die neben den Arbeitsentgelten die maßgebliche Stellgröße der konkreten Beitragsberechnung ist (hierzu noch unter II. 4.). Teil II des Gefahr tariffs enthält sodann sonstige Bestimmungen wie etwa Zuordnungsregelungen oder auch Bestimmungen über Zuschläge und Nachlässe gem. § 162 SGB VII (hierzu noch unter II. 5.).

Die BGen haben in der Vergangenheit dabei entweder die jeweiligen Gewerbebranche oder die ausgeübten Tätigkeiten zusammengefasst. Insofern spricht man von einem Gewerbebranche bzw. Tätigkeitstarif,<sup>32</sup> wobei in der Praxis vorherrschend der Gewerbebranchentarif (allenfalls angereichert mit Elementen eines Tätigkeitstarifs etwa für Büroteile)<sup>33</sup> ist. Bei einem Tätigkeitstarif würde Teil I des Gefahr tariffs etwa so aussehen, dass in eine Tarifstelle alle Bürotätigkeiten (ohne Außendienst) zusammengefasst würden, eine weitere Tarifstelle könnte dann lauten: Außendienst unter Benutzung eigener PKWs etc.<sup>34</sup> In einem Gewerbebranchentarif würde man hingegen nach Firmenarten gliedern und etwa Tarifstellen bilden für Finanzdienstleistungen, Rechtsberatung etc.

Der Gewerbebranchentarif dürfte zweifellos den Vorteil der leichteren Handhabbarkeit für sich haben. Der Tätigkeitstarif erfordert bei den betroffenen Unternehmen und der BG einen erheblichen Mehraufwand bei der Erhebung, Verarbeitung und Überprüfung der in einem Unternehmen ausgeübten verschiedenen Tätigkeiten, zumal etliche Versicherte heute unterschiedliche Tätigkeiten in ihrem Beschäftigungsverhältnis ausüben müssen.<sup>35</sup> Zudem hat in der gesetzlichen UV der Begriff Gewerbebranche eine lange Tradition nicht nur im Beitragsrecht, sondern auch im Organisations- und Zuständigkeitsrecht. Grundlage für die Aufteilung der verschiedenen Unternehmen auf die nach dem Unfallversicherungsgesetz vom 06.07.1884 (RGBl. 1884, S. 69) nach »Gegenstand« und »Art« der Betriebe (vgl. § 11 S. 1 Unfallversicherungsgesetz) neu gegründeten BGen war der Bundesrats-Beschluss vom 21.05.1885 (Amtliche Nachrichten 1885, 143).<sup>36</sup> Auch die heutige Zuständigkeitsregelung in § 122 Abs. 1 S. 1 SGB VII, mit der bis-

her nicht genutzten Verordnungsermächtigung zur Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit der gewerblichen BGen, nennt als Kriterien »Art und Gegenstand der Unternehmen« sowie neu und zusätzlich die Prävention neben der Leistungsfähigkeit der BGen.

Die Bildung einer Gefahrengemeinschaft durch den Zusammenschluss von Unternehmen in einer Tarifstelle führt dazu, dass die durch die BG gezahlten Leistungen für die Versicherten aller in die Tarifstelle einbezogenen Unternehmen in die sog. Belastungsziffer (Gefahrenklasse) einfließen, vgl. § 157 Abs. 3 SGB VII. Die Gefahr tariffstelle ist mithin der rechtliche Ausdruck der Solidaritätsvermutung. Die in einer Tarifstelle zusammengefassten Unternehmen haften gemeinsam über die Gefahrenklasse für die von den Unternehmen verursachten Versicherungsfälle. So führte etwa der Ausschluss der Profifußballvereine aus der Tarifstelle Sportvereine im Gefahr tariff der Verwaltungs-BG 1995 zu einer erheblichen Steigerung der Gefahrenklasse für die Profivereine und zu einer Absenkung der Belastungsziffer für die anderen Sportvereine.<sup>37</sup> Die Bedeutung der Gefahrenklassenzuordnung (Tarifstellenbildung) für die Auswirkung auf den konkreten Beitrag wird in Zukunft sogar noch zunehmen, weil durch das Unfallversicherungsmodernisierungsgesetz vom 30.10.2008<sup>38</sup> die Anzahl der BGen im gewerblichen Bereich deutlich verringert wurde. Die Zahl der BGen ist hiernach auf lediglich neun zu reduzieren,<sup>39</sup> so dass die erheblichen Beitragsunterschiede zwischen den früher bis zu 35 gewerblichen BGen<sup>40</sup> in Zukunft keine so große Rolle mehr spielen

32 Becker, BG 2004, 529, 530; grundlegend nach wie vor auch Schulz, Der Gefahr tariff der gewerblichen Berufsgenossenschaften, Sankt Augustin 1999; sowie Schulz, BG 2001, 312.

33 Vgl. Voosen, BG 2009, 541.

34 Vgl. Becker, BG 2004, 528, 529 ff.

35 Heldmann, BG 2007, 36.

36 Dem folgten weitere Beschlüsse des Bundesrats und Entscheidungen des Reichsversicherungsamtes nach, die vom Reichsversicherungsamt wiederholt in einem »alphabetischen Verzeichnis« der Gewerbebranche zusammengefasst wurden (vgl. Amtliche Nachrichten 1885, 254 ff.; Handbuch der Unfallversicherung, 3. Aufl., 1910, Band III, S. 1 ff), in denen die von den BGen umfassten Gewerbebranche aufgelistet und den verschiedenen BGen zugeordnet wurden.

37 Vgl. oben Fn. 24.

38 BGBl. 2008 I, S. 2130.

39 Zur hierdurch entstandenen neuen BG-Welt instruktiv Becker, BG 2011, 25 ff.; zu den beitragsrechtlichen Konsequenzen Rothe, DGUV-Forum 5/09, 18 ff.

40 Vgl. etwa die Anlage zu § 646 RVO in der Fassung des Unfallversicherungs-Neuregelungsgesetzes vom 30.04.1963, BGBl. 1963 I, S. 241, die noch 35 gewerbliche BGen umfasste.

dürfte.<sup>41</sup> Früher war das Begehren von Unternehmen, in eine andere BG überwiesen zu werden (zur Überweisung von Unternehmen an eine andere zuständige BG vgl. noch unter II. 7.) gerade wegen der unterschiedlichen Beitragsbelastung zwischen den BGen relevant. Künftig entscheidet hauptsächlich die Zuordnung zu einer Tarifstelle in einer möglicherweise sehr inhomogenen BG (vgl. etwa die neue BG Holz und – ! sic – Metall) über die Beitragshöhe.

Das BSG hatte sich bereits mehrfach mit der Tarifstellenbildung (nach § 157 Abs. 1 und Abs. 2 SGB VII bzw. nach § 730 RVO) auseinanderzusetzen gehabt<sup>42</sup> und dabei eine klare Präferenz für das Gewerbeprinzip erkennen lassen. Es handele sich insoweit um eine Art Systementscheidung der Unfallversicherungsträger.<sup>43</sup> Das BSG hat aber darauf hingewiesen, dass die Gliederung der Gewerbebranche nach dem klassischen Technologieprinzip, also in Anknüpfung an die Art der erzeugten Güter und die Art und Weise ihrer Herstellung oder Bearbeitung, in der modernen Dienstleistungsgesellschaft zunehmend an Bedeutung verliert und dass deshalb für eine sachgerechte Abgrenzung auch andere Merkmale wie einschlägige berufsrechtliche Regelungen oder bestehende verbandsorganisatorische Strukturen herangezogen werden können. Dennoch bleiben auch unter den veränderten Bedingungen der heutigen Berufs- und Arbeitswelt für den Zuschnitt der Gewerbebranche in erster Linie Art und Gegenstand des Unternehmens maßgebend, da sie den zuverlässigsten Aufschluss über die Unfallgefahren in den Unternehmen geben. Namentlich bei heterogen zusammengesetzten Gewerbebranchen müsse aber geprüft werden, ob die nach technologischen Gesichtspunkten vorgenommene Zuordnung und die daran geknüpfte Vermutung einer gemeinsamen »gewerbetypischen« Unfallgefahr die tatsächliche Risikosituation in den betroffenen Unternehmen zutreffend widerspiegelt. Ergibt sich, dass bei einer bestimmten Art von Unternehmen ein vom Durchschnitt des Gewerbebranchen erheblich abweichendes Gefährdungsrisiko besteht, kann daraus ein Anspruch auf Verselbständigung als eigener Gewerbebranche oder auf Zuteilung zu einem anderen, »passenderen« Gewerbebranchen folgen.<sup>44</sup>

Bekannt wurden in diesem Zusammenhang insbesondere die Angriffe von Arbeitgebern der gewerbemäßigen Arbeitnehmerüberlassung gegen die Tarifstellenbildung.<sup>45</sup> Der beanstandete Gefahrstarif sah insgesamt nur zwei Tarifstellen für die gewerbemäßige Arbeitnehmerüberlassung vor, wobei eine Tarifstelle Beschäftigten rein verwaltender

und kaufmännischer Art umfasste, während die andere Tarifstelle alle weiteren Unternehmen der Arbeitnehmerüberlassung umfasste (mit einer entsprechend höheren Belastungsziffer). Die Unternehmer machten geltend, ein Gefahrstarif sei in Gefahrengemeinschaften nach Gefährdungsrisiken zu gliedern und die Zusammenfassung aller Beschäftigten der Unternehmen der gewerbemäßigen Arbeitnehmerüberlassung, die nicht ausschließlich kaufmännisch oder verwaltend tätig seien, in eine einzige Gefahrengemeinschaft werde dem nicht gerecht. Denn das Gefährdungsrisiko eines von dieser Gefahrklasse umfassten Telefonisten oder Datenverarbeitungsfachmannes sei mit dem eines Elektrikers nicht vergleichbar. Das Risiko bestehe nicht im »Verleih« selbst, sondern sei abhängig von der Tätigkeit, die der Leiharbeiter im Entleihbetrieb ausführe. Die beklagte BG habe es auch unterlassen, weitere Untersuchungen zu einer möglichen Aufgliederung der Gefahrstarifstelle durchzuführen. Das BSG hat demgegenüber im Einzelnen begründet,

41 Dementsprechend war die große Spreizung der Beiträge zwischen den einzelnen BGen eine der Triebkräfte für das UVMG. Nach BT-DrS. 113/08, S. 56 soll durch die Fusion von BGen die Beitragssatzspreizung zwischen den BGen auf höchstens 2 vH. reduziert werden.

42 BSG, 21.08.1991 – 2 RU 54/90 – NZA 1992, 335 – HV-Info 1991, 2159; BSG, 18.10.1994 – 2 RU 6/94 – SGB 1995, 253; BSG, 18.04.2000 – B 2 U 2/99 R – HVBG-Info 2000, 1816; BSG, 11.11.2003 – B 2 U 55/02 R – HVBG-INFO 2004, 62; BSG, 28.11.2006 – B 2 U 33/05 – BSGE 97, 279 – SozR 4–2700 § 136 Nr. 2; BSG, 28.11.2006 – B 2 U 10/05 R – UV-Recht Aktuell 2007, 105; BSG, 20.03.2007 – B 2 U 9/06 R – UV Recht Aktuell 2007, 316; 08.05.2007 – B 2 U 14/06 R – BSGE 98, 229 – SozR 4–2700 § 153 Nr. 2; umfassend referiert die Rechtsprechung zur Tarifstellenbildung Burchardt, in: Becker/Burchardt/Krasney/Kruschinsky (Hrsg.), Gesetzliche Unfallversicherung – SGB VII, Sankt Augustin 2008, § 157 Rn. 17 ff.; umfassend zuletzt auch Eckhoff, Anreizsysteme bei der Beitragsgestaltung in der gesetzlichen Unfallversicherung, Berlin-Münster-Wien-Zürich-London 2010 (zugl. Kiel, Univ., DisS. 2010), S. 54 ff.

43 Historische Ableitungen des Gewerbebranchenprinzips enthält BSG, 24.06.2003 – B 2 U 21/02 R – BSGE 91, 128 – SozR 4–2700 § 157 Nr. 1 Rn. 15 ff.; instruktiv und plastisch: BSG, 05.07.2005 – B 2 U 32/03 R – BSGE 95, 47 – SozR 4–2700 § 157 Nr. 2 Rn. 29; geklagt hatte hier eine private Fachhochschule für Sozialwesen, die in dem Gefahrstarif der Tarifstelle 17: »Einrichtungen zur Eingliederung in Arbeit, Beruf und Gesellschaft für Behinderte, Suchtkranke sowie für Personen in besonderen sozialen Situationen (zB. Berufsförderungs-, Berufsbildungswerke, Werkstätten für Behinderte, Lehrgänge zur Förderung ausländischer Jugendlicher); Aus- und Fortbildungsstätten für soziale Berufe und Hauswirtschaft« mit einer Gefahrklasse in Höhe von 7,1 zugeordnet worden war. Das BSG hat diese Veranlagung – im Gegensatz zu den Vorinstanzen – für rechtmäßig erachtet. Die Gruppe der privaten Fachhochschulen sei zu klein, um empirisch Daten für eine eigene Gefahrengemeinschaft liefern zu können. Die Definition des Gewerbebranchen im Gefahrstarif sei auch inhaltlich hinreichend bestimmt genug.

44 BSG, BSG, 05.07.2005 – B 2 U 32/03 R – BSGE 95, 47, 52 – SozR 4–2700 § 157 Nr. 2, Rn. 16; vgl. auch BSG, 14.12.1967 – 2 RU 60/65 – BSGE 27, 237, 241 ff. – SozR Nr. 1 zu § 730 RVO; ferner: BSG, 22.09.1988 – 2 RU 2/88 – HV-INFO 1988, 2215.

45 BSG, 21.08.1991 – 2 RU 54/90 – NZA 1992, 335 f.; BSG, 24.06.2003 – B 2 U 21/02 R – BSGE 91, 128 – SozR 4–2700 § 157 Nr. 1; aus der Literatur hierzu: Bertram, NZS 1999, 68; Höller, SGB 1999, 661; Fischer, BB 1999, 323; Plagemann, BB 1999, 2618.

inwiefern die Arbeitgeber der Arbeitnehmerüberlassung einen besonderen Gewerbezweig bzw. eine eigene Gefahrgemeinschaft bilden, die zur zulässigen Einrichtung der gesonderten Tarifstelle für alle nicht rein verwaltenden Unternehmen geführt habe. Diese Unternehmen seien durch eine gemeinsame gewerbetypische Unfallgefahr gekennzeichnet, da ihre Arbeitnehmer zu verschiedenen Arbeiten herangezogen und an verschiedene Arbeitsplätze verliehen würden. Der häufige Wechsel des Arbeitsplatzes, die Eingliederung in eine neue Arbeitsumwelt und die damit verbundenen Wegeunfallgefahren rechtfertigten es, von einer gewerbetypischen Unfallgefährdung auszugehen. Damit wurde nicht gesagt, dass diese Unfallgefährdung unbedingt höher sei bzw. verglichen mit bestimmten anderen Arbeitsplätzen als höher unterstellt werde, sondern es wurde nur entschieden, dass sie gewerbetypisch anders ist. Im Übrigen hat das BSG darauf hingewiesen, dass der Begriff der gewerbetypischen Unfallgefahr, der von den eingesetzten Maschinen, Produktionsweisen usw. ausgeht, in der heutigen Dienstleistungsgesellschaft nur noch in Teilbereichen von Bedeutung ist. Gerade die Aufteilung der gewerbmäßigen Arbeitnehmerüberlassung in zwei Gefahrtarifstellen nach Tätigkeiten innerhalb oder außerhalb des büromäßigen Teils wurde vom BSG als rechtmäßig angesehen.

Es dürfte aus Vorstehendem deutlich geworden sein, dass gerade die Zuordnung eines Unternehmens zu einer Tarifstelle erhebliche finanzielle Auswirkungen hat, so dass aus rechtsstaatlichen, aber auch legitimatorischen Gründen für das System UV insgesamt zu fordern ist, dass die einzelnen Gefahrgemeinschaften möglichst klar zu definieren sind.<sup>46</sup> Dabei dürfte insbesondere auch die Frage eine Rolle spielen, welche Größe ein in einer Tarifstelle zusammengefasster Gewerbezweig haben darf. Das BSG hat hierzu klargestellt: Eine Unternehmensart kann nur dann als eigenständiger Gewerbezweig geführt werden, wenn die zugehörigen Betriebe und Einrichtungen zusammengekommen eine Größenordnung erreichen, bei der sich eine gewerbetypische Unfallast nach versicherungsmathematischen Grundsätzen (sic!, der Verf.) errechnen lässt. Ist das nicht der Fall, müssen die in Rede stehenden Unternehmen einem der im Gefahrtarif der BG ausgewiesenen Gewerbezweige zugeordnet werden.<sup>47</sup> Dabei muss ein Mindestmaß an technologischer Vergleichbarkeit der Unternehmen gegeben sein. Ein bloßes Zusammenschließen nach der Unfallgefahr ohne Berücksichtigung technologischer

Zusammenhänge lehnt das BSG aber klar ab.<sup>48</sup> Der in § 157 Abs. 2 S. 1 SGBVII gesetzlich festgeschriebene »versicherungsmäßige Risikoausgleich« setzt mithin schon versicherungsmathematisch zwingend eine bestimmte Größe der Gefahrgemeinschaft voraus. Zugleich ist es wohl im Wege einfacher Inferenzstatistik leicht möglich, risikomäßige Ausreißer zu ermitteln, deren Unfallbelastung so hoch ist, dass diese aus der Gefahrgemeinschaft ausgeschlossen werden müssen.<sup>49</sup> Wäre die Risikogemeinschaft/Tarifstelle äußerst homogen und zahlenmäßig klein, so würde zwischen dieser homogenen Unternehmergruppe aber andererseits kaum ein Risikoausgleich stattfinden, bei dem einzelne Unternehmer die Risiken anderer mittragen.

Allerdings hat sich in der Rechtsprechung bislang keine Anforderung an die Mindest- bzw. Höchstzahl in einer Tarifstelle zu vereinender Unternehmen herausgebildet. Generell steht der Gefahrtarif damit vor der Frage, ob er möglichst zielgenaue, viele Tarifstellen mit kleiner Zahl oder umfassende Tarifstellen mit einem großen Binnenausgleich wählt. Angesichts der in der neuen BG-Welt verminderten Anzahl von Trägern mit teilweise zufällig anmutenden Zusammenschlüssen<sup>50</sup> dürfte hier in der Rechtsprechung das letzte Wort noch nicht gesprochen sein. Jedenfalls hat das BSG – wie ausgeführt – bereits klar-

46 Dies gilt umso mehr nach der Zwangsfusionierung von inhomogenen BGen, S. o. im Text und *Becker*, BG 2011, 25 ff.; *Rothe*, DGUV-Forum 5/09, 18 ff.; ein weiteres Beispiel nach LSG Berlin-Brandenburg, 20.08.2010 – L 3 U 549/08 – UV-Recht Aktuell 2010, 1185: Der Berliner Mieterverein wird aufgrund des Gefahrtarifs 2007 von der Verwaltungs-BG zur Tarifstelle 15 »Zusammenschluss zur Verfolgung gemeinsamer Interessen« veranlagt. Der Gefahrtarif enthält weiterhin die Tarifstellen 11 »wirtschaftliche und politische Interessenvertretung« und 08 »rechts- und wirtschaftsberatenden Unternehmen«. Die Tarifstelle 15 ist mit einer wesentlich höheren Gefährdungsklasse (1,36) versehen als die anderen beiden Tarifstellen (0,44 bzw. 0,59). Tarifstelle 15 umfasst etwa auch Organisationen wie Greenpeace und Robin Wood, mit in der Tat teilweise gefährlicher »Verfolgung gemeinsamer Interessen«. Handelt es sich bei einem Mieterverein hingegen um politische Interessenvertretung, so ist das in der Gefährdungsklasse zum Ausdruck kommende versicherte Risiko offenbar geringer. Immerhin hat das BSG in einer älteren Entscheidung die Einordnung einer Kreidegrube in die Gefährdungsklasse für Kalksteingruben als rechtswidrig angesehen, weil zwar die Gesteinsarten verwandt seien und ihr Abbau demselben Verwendungszweck diene. Die Abbaumethoden und die eingesetzten technologischen Hilfsmittel bedingten aber ersichtlich eine unterschiedliche Gefahrenlage (BSG, 14.12.1967 – 2 RU 60/65 – BSGE 27, 237, 241 – SozR Nr. 1 zu § 730 RVO).

47 BSG, 05.07.2005 – B 2 U 32/03 R – BSGE 95, 47, 53 – SozR 4–2700 § 157 Nr. 2 Rn. 17.

48 BSG, 05.07.2005 – B 2 U 32/03 R – BSGE 95, 47, 53 – SozR 4–2700 § 157 Nr. 2 Rn. 17; kritisch hierzu insb. *Heldmann*, BG 2007, 36.

49 In diesem Sinne wohl *Schulz*, SGB 1999, 172, 174. Zu ermitteln ist dabei statistisch die Wahrscheinlichkeit, mit der ein Unternehmen mit einer bestimmten Unfallast noch zur Grundgesamtheit gehört. Ist diese Wahrscheinlichkeit geringer als 5 vH., so ist es aus der Tarifstelle auszuschneiden.

50 *Becker*, BG 2011, 25.

51 BSG, 28.11.2006 – B 2 U 10/05 R – UV-Recht Aktuell 2007, 105.

gestellt,<sup>51</sup> dass bei heterogen zusammengesetzten Gewerbezeigen geprüft werden muss, ob die nach technologischen Gesichtspunkten vorgenommene Zuordnung und die daran geknüpfte Vermutung einer gemeinsamen »gewerbetypischen« Unfallgefahr die tatsächliche Risikosituation in den betroffenen Unternehmen zutreffend widerspiegelt. Ergibt sich, dass bei einer bestimmten Art von Unternehmen ein vom Durchschnitt des Gewerbezeiges erheblich abweichendes Gefährdungsrisiko besteht, kann daraus mithin auch ein Rechtsanspruch auf Verselbstständigung als eigener Gewerbezeig oder auf Zuteilung zu einem anderen Gewerbezeig folgen.<sup>52</sup>

Die Überlegungen und die Begrifflichkeit zur Bildung von Gefahrgemeinschaften/Tarifstellen nach § 157 SGB VII mit dem Rekurs auf versicherungsmathematische Grundsätze und homogene Risikogruppen unterstreichen den Charakter der gesetzlichen UV als Versicherung, die sich insofern nicht wesentlich von einer privaten Hausratsversicherung unterscheidet, die nach Wohnungslage, Wert der Einrichtungsgegenstände und Einbruchrisiko Prämiengruppen bilden würde. Insofern scheint der soziale Charakter der UV gerade im Bereich des § 157 SGB VII nur homöopathisch verdünnt auf.<sup>53</sup> Das BSG hat bereits in einer sehr frühen Entscheidung deutlich gemacht, dass jedenfalls bei der Bildung der Gefahrklassen zur »Herbeiführung eines sozialen Ausgleichs« kein Anlass bestehe.<sup>54</sup> Von daher geht es zunächst einmal darum, dass der Unternehmer sein individuelles Risiko (die Belastung seines Unternehmens mit Versicherungsfällen) möglichst exakt in der Tarifstelle wiederfinden kann, die zugleich eine technologische Verwandtschaft zu seinen Betriebsvorgängen aufzuweisen hat.

### 3. Die Berechnung der Gefahrklassen

Den jeweiligen Tarifstellen (Gefahrgemeinschaften) wird eine Gefahrklasse zugeordnet, die gewohnheitsrechtlich auch Belastungsziffer genannt wird.<sup>55</sup> Die Gefahrklassen sind nach § 157 Abs. 3 SGB VII aus dem Verhältnis der gezahlten Leistungen zu den Arbeitsentgelten zu berechnen. Gezahlte Leistungen sind die Aufwendungen aus Versicherungsfällen (einschließlich Wegeunfällen und Berufskrankheiten) für Heilbehandlungen, Rehabilitationsleistungen, Verletzten- und Hinterbliebenenrenten, Sterbegeld und Abfindungen aller Versicherten, deren Unternehmen der jeweiligen Gefahrlohnklasse zugeordnet sind. Arbeitsentgelte sind die von den Unternehmen nach § 165 Abs. 1

SGB VII zur Berechnung der Beiträge innerhalb von sechs Wochen nach Ablauf des Kalenderjahres im Lohnnachweis zu meldenden Beträge. Die nach § 157 Abs. 3 SGB VII errechnete Gefahrklasse gibt also nicht das individuelle Risiko des einzelnen Unternehmers wieder, sondern das durchschnittliche Risiko einer Gefahrgemeinschaft, dem das Mitgliedsunternehmen aufgrund seiner Zuordnung zur Tarifstelle angehört. Sie besteht grundsätzlich in einem numerischen Wert mit zumeist zwei Stellen hinter dem Komma, der anschließend bei der Beitragsberechnung nach § 167 SGB VII als entscheidender Wert die konkrete Beitragshöhe beeinflusst (hierzu sogleich 4.).

Dabei wird dem gesetzlichen Präventionsauftrag der UV natürlich umso eher Rechnung getragen, je aktueller die Gefahrklasse der tatsächlichen Unfallgefahr entspricht, denn durch die Abhängigkeit der Beiträge von den Unfallgefahren soll ja auch ein finanzieller Anreiz geschaffen werden, die Unfallgefahren im eigenen Betrieb zu erkennen und zu verhüten. Hier stellt sich also generell die Frage, welche Entschädigungsleistungen aus welchem Zeitraum der Gefahrklassenberechnung zugrundegelegt werden. Der hier maßgebliche, sog. Beobachtungszeitraum, das ist jener Zeitraum, für den Aufwendungen und Arbeitsentgelte in Beziehung zueinander gesetzt werden, ist im Gesetz allerdings nicht ausdrücklich geregelt. Werden von der jeweiligen BG nur die Entschädigungsleistungen aus den Versicherungsfällen der letzten drei Jahre in die Berechnung einbezogen, so spricht man von einem Neulasttarif. Im Gegensatz hierzu stünde ein Gesamlasttarif, der auch die Altlasten berücksichtigt. Ein Neulasttarif führt grundsätzlich dazu, dass ältere Arbeitsunfälle für die Berechnung der aktuellen Gefahrklasse nicht

52 BSG, 05.07.2005 – B 2 U 32/03 R – BSGE 95, 47, 53 – SozR 4–2700 § 157 Nr. 2 Rn.16; dazu BSG, 14.12.1967 – 2 RU 60/65 – BSGE 27, 237, 241 ff. – SozR Nr. 1 zu § 730 RVO; ferner BSG, 22.09.1988 – 2 RU 2/88 – HV-INFO 1988, 2215.

53 BSG, 05.07.2005 – B 2 U 32/03 R – BSGE 95, 47, 51 – SozR 4–2700 § 157 Nr. 2 Rn. 14: »Die Abstufung der Beiträge nach dem Grad der Unfallgefahr ist Ausdruck des Versicherungsprinzips, das im Beitragsrecht der gesetzlichen Unfallversicherung konsequenter als in anderen Zweigen der SV verwirklicht ist« (! sic); zu Recht kritisiert *Eckhoff*, Anreizsysteme bei der Beitragsgestaltung in der gesetzlichen Unfallversicherung, Berlin-Münster-Wien-Zürich-London 2010 (zugl. Kiel, Univ., DisS. 2010), S.120 f., dass der EuGH in seinem Urteil vom 05.03.2009 – C-350/07 – Slg 2009, I-1513 (Kattner Stahlbau) diesen Zusammenhang negiert habe, vgl. noch unter III. 1. a).

54 Vgl. BSG, 29.11.1973 – 8/2 RU 33/70 – SGB 1974, 384.

55 *Burchardt*, in: *Becker/Burchardt/Krasney/Kruschinsky* (Hrsg.), *Gesetzliche Unfallversicherung – SGB VII*, Sankt Augustin 2008, § 157 Rn. 16.

berücksichtigt werden.<sup>56</sup> In der Konsequenz bedeutet dies andererseits, dass die im Umlagejahr bestehenden Unternehmen gerade aufgrund ihres Unfallgeschehens in dem erst kurze Zeit zurückliegenden Beobachtungszeitraum sowie ihrer aktuellen Entgeltsummen die Altlasten aus der Vergangenheit der letzten Jahrzehnte ihrer BG finanzieren.

Das BSG hat in diesem Zusammenhang insbesondere die Einbeziehung von DDR-Altlasten<sup>57</sup> in die Berechnung in Form auch eines Neulasttarifs gebilligt.<sup>58</sup> Dabei hat es insbesondere klargestellt, dass es grundsätzlich nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verstoße, wenn der Finanzbedarf für die Entschädigung der in der früheren DDR eingetretenen Arbeitsunfälle in gleicher Weise wie der übrige Finanzbedarf der Unfallversicherungsträger unter Berücksichtigung des für den jeweiligen Gewerbebranchen ermittelten Grades der Unfallgefahr auf die Mitgliedsunternehmen umgelegt werde und wenn deshalb Unternehmen mit einer höheren Gefahrklasse anteilig stärker zur Tragung der Altlasten herangezogen werden als solche mit einer niedrigeren Gefahrklasse. Die Finanzierung auch der Altlasten-Ost nach dem Verteilungsmaßstab des § 153 SGB VII werde der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 3 Abs. 1 GG gerecht, denn die ungleiche Belastung der Unternehmen lässt sich aufgrund des besonderen Finanzierungssystems der gesetzlichen Unfallversicherung sachlich begründen. Im Rahmen der Rechtfertigung des Eingriffs unter dem Blickwinkel des Art. 3 Abs. 1 GG finden sich sodann Ausführungen des BSG, die für die generelle Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Beobachtungszeitraums bedeutsam sind<sup>59</sup>:

»Da es sich bei der Beitragshebung der Unfallversicherungsträger um ein reines Umlageverfahren ohne Kapitalstock handelt, hatten die Unternehmen, die zB. für das Jahr 1998 beitragspflichtig waren, alle Ausgaben der BG aus diesem Jahr zu finanzieren. Hierzu gehörten auch zB. die Entschädigungen von Arbeitsunfällen aus dem Jahre 1960 – unabhängig davon, ob das für das Beispielsjahr 1998 beitragspflichtige Unternehmen damals schon bestand oder ob das Unternehmen, in dem sich damals der Unfall ereignete, im Jahr 1998 noch bestand und Beiträge zu der BG und damit für »seinen« Arbeitsunfall zahlte. Zwischen den Unternehmen untereinander sowie den Unternehmen (=Arbeitgeber) und den Versicherten (=Arbeitnehmer) besteht eine spezifische Solidaritäts- und Verantwortlichkeitsbeziehung nicht nur hinsichtlich des aktuellen Arbeitsunfalls- und Berufskrankheitsgeschehens, sondern aufgrund des jährlichen Umlageprinzips und der ggf. jahrzehntelang zu erbringenden Entschädigungs-

leistungen über entsprechend viele Jahre und letztlich Generationen hinweg ...«.

Die konkrete Berechnung der Gefahrklasse erfolgt gem. § 157 Abs. 3 SGB VII in der Weise, dass die Entschädigungsleistungen aus dem gewählten Zeitraum für eine Tarifstelle durch die Arbeitsentgelte dieser Tarifstelle dividiert werden, hieraus ergibt sich die sog. Belastungsziffer. Auch bei der Durchführung der Einzelschritte der Berechnung hat sich das BSG hinsichtlich einer zwingenden, mathematisch ins Detail gehenden Nachvollziehbarkeit der einzelnen Rechenschritte bedeckt gehalten.<sup>60</sup> Insgesamt handele es sich nicht um ein Rechenwerk, sondern um ein Zusammenspiel wertender, rechnerischer und gewichtender Faktoren.<sup>61</sup> Eingebürgert hat sich hier die Formulierung, dass

56 Zu den Auswirkungen der Wahl des Beobachtungszeitraums (Altlast- oder Neulasttarif) vgl. *Becker*, BG 2004, 528, 534 ff. und BSG, 26.04.1977 – 8 RU 74/76 – BSGE 43, 289 – SozR 2200 § 731 Nr. 1.

57 Mit diesen so genannten »DDR-Altlasten« oder »Altlasten-Ost« sind die Entschädigungsleistungen der Unfallversicherungsträger für die bis zum 31.12.1990 in der DDR eingetretenen Arbeitsunfälle einschließlich Berufskrankheiten gemeint, die nach Anlage I Kapitel VIII Sachgebiet J Abschnitt III Nr. 1 Buchst. c Abs. 8 Nr. 2 des Einigungsvertrages auf alle Unfallversicherungsträger nach einem Schlüssel verteilt wurden, der sich (vereinfacht) an deren Leistungsaufwendungen für Renten sowie dem der Beitragsberechnung zugrunde gelegten Entgelt im Jahre 1989 orientierte. Die grundsätzliche verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Finanzierung der Altlasten aus den Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten der DDR im Rahmen der gesetzlichen Unfallversicherung und alleine durch die zu ihr beitragspflichtigen Unternehmen hatte das BSG wiederholt bestätigt (BSG, 02.07.1996 – 2 RU 17/95 – BSGE 79, 23 – SozR 3 – 8110 Kap VIII J III Nr. 1 Nr. 1; SGB 2001, 254 ff. mit zustimmender Anmerkung von Ulrich). Grundlegend mit der Übernahme der DDR-Altlasten befasst sich *Fenn*, Verfassungsfragen der Beitragsgestaltung in der gewerblichen Unfallversicherung, Gefahr tariff und DDR-Altlasten als Gleichheitsproblem, Frankfurt 2006 (zugl. Frankfurt, Univ., DisS. 2005).

58 BSG, 24.02.2004 – B 2 U 31/03 R – BSGE 92, 190 – SozR 4 – 2700 § 152 Nr. 1; BSG, 08.05.2007 – B 2 U 14/06 – SozR 4 – 2700 § 157 Nr. 2 – BSGE 98, 229; die Gesetzeslage für die Berechnungsgrundlagen zur Umlegung des auf die Versicherungsfälle des Beitrittsgebiets entfallenden Finanzbedarfs hatte mehrfach gewechselt. Die ursprüngliche Regelung des § 1157 Abs. 1 der Reichsversicherungsordnung (RVO), eingeführt durch Art. 8 Nr. 14 des Rentenüberleitungsgesetzes vom 25.07.1991 (BGBl. 1991 I, S. 1606), erlaubte es den Unfallversicherungsträgern, während einer Übergangszeit bis zum 31.12.1994 zur Finanzierung der Rentenaltlasten aus dem Beitrittsgebiet von der Berücksichtigung des Grades der Unfallgefahr abzusehen. Ab dem 01.01.1995 galten sodann auch für die Verteilung der Altlasten-Ost die allgemeinen Grundsätze des § 725 Abs. 1 RVO bzw. später der §§ 153 Abs. 1, 167 Abs. 1 SGB VII, nach denen sich der von den Unternehmen aufzubringende Beitrag unter Zugrundelegung der im Gefahr tariff ausgewiesenen Gefahrklassen errechnet. Seit dem 01.08.2003 schließlich ist den Unfallversicherungsträgern erneut die Möglichkeit eingeräumt, bei der Berechnung des auf die Rentenaltlasten aus dem Beitrittsgebiet entfallenden Beitragsanteils von der Berücksichtigung des Grades der Unfallgefahr abzusehen (§ 215 Abs. 9 SGB VII idF. des Art. 5 Nr. 14 des Gesetzes zur Änderung des Sozialgesetzbuchs und anderer Gesetze vom 24.07.2003, BGBl. 2003 I, S. 1526).

59 BSG, 24.02.2004 – B 2 U 31/03 R – BSGE 92, 190 – SozR 4 – 2700 § 152 Nr. 1, Rn. 25.

60 BSG, 08.05.2007 – B 2 U 14/06 – SozR 4 – 2700 § 157 Nr. 2 – BSGE 98, 229, 235, Rn. 30.

61 BSG, 18.10.1994 – B 2 U 21/02 R – BSGE 91, 128, 137 – SozR 4 – 2700 § 157 Nr. 1, Rn. 26.

der Gefahrarif nicht im Einzelnen nachrechenbar, wohl aber nachvollziehbar sein muss.<sup>62</sup> Andererseits ist auch hier hervorzuheben, dass aufgrund des Gefahrarifs belastende Verwaltungsakte ergehen, die zu erheblichen finanziellen Nachteilen für den Unternehmer führen können, so dass begründeter Vortrag von Unternehmen zu mathematischen Unstimmigkeiten der Berechnung der Gefahrklasse nicht von vorneherein mit einem Hinweis auf die ungefähre Richtigkeit abgeschnitten werden darf.

#### 4. Die Faktoren der Berechnung des konkreten Beitrags

Nach § 153 Abs. 1 SGB VII sind Berechnungsgrundlagen für die Beiträge der Finanzbedarf (das Umlagesoll), die Arbeitsentgelte der Versicherten und die Gefahrklasse. Nach § 167 Abs. 1 SGB VII ergibt sich der konkrete Beitrag aus den zu berücksichtigenden Arbeitsentgelten, den Gefahrklassen und dem Beitragsfuß. Die Arbeitsentgelte sind der BG nach § 165 SGB VII in Form des Lohnnachweises zu melden. Das Anknüpfen an den Arbeitsentgelten reflektiert zugleich das Entschädigungsrisiko, denn die Geldersatzleistungen des SGB VII hängen ihrerseits zumeist von der Höhe des Jahresarbeitsverdienstes ab. Dabei hat der EuGH<sup>63</sup> der Norm des § 153 Abs. 2 SGB VII, nach der das Arbeitsentgelt der jeweiligen Arbeitnehmer nur bis zur Höhe des Höchstjahresarbeitsverdienstes zugrunde gelegt wird, eine besondere Bedeutung dafür beigemessen, dass die deutsche UV den Grundsatz der Solidarität verwirkliche. § 153 Abs. 2 SGB VII verweist auf § 85 Abs. 2 SGB VII, nach dem der Höchstjahresarbeitsverdienst maximal das Zweifache der im Unfallzeitpunkt maßgebenden Bezugsgröße beträgt. Die Bezugsgröße nach § 18 SGB IV ist das Durchschnittsentgelt der gesetzlichen Rentenversicherung im vorvergangenen Kalenderjahr und betrug etwa im Jahr 2008 29.820 Euro, so dass der Höchstbeitrag in der gesetzlichen UV sich in diesem Jahr nach § 153 Abs. 2 SGB VII auf 59.640 Euro belief. Soweit das Arbeitsentgelt diese Grenze überschritt, bleibt es bei der Beitragsbemessung unbeachtet. Diese Regelung dient in erster Linie dazu, Beiträge und Leistungen aufeinander abzustimmen, denn die Entschädigungsleistungen orientieren sich wiederum am Höchstjahresarbeitsverdienst.<sup>64</sup>

Der Beitragsfuß wird nach § 167 Abs. 2 SGB VII durch eine Division des Umlagesolls durch die Beitragseinheiten berechnet. Beitragseinheiten sind das Produkt aus den Arbeitsentgelten je Tarifstelle und Gefahrklasse. Das Umla-

gesoll ist der Finanzbedarf der jeweiligen BG des Vorjahres (§ 152 SGB VII), das jeweils aktuell gedeckt werden muss. Der Beitragsfuß wiederum ergibt sich aus einer Division des Umlagesolls durch die Gesamtbeitragseinheiten. Mag dies auch kompliziert erscheinen, so ist die Funktion des Beitragsfußes leicht nachvollziehbar. Der Beitragsfuß ist für alle Unternehmer gleich. Wäre für alle Unternehmen die Gefahrklasse gleich 1,0, so könnte mit dem Beitragsfuß multipliziert mit den Arbeitsentgelten der Gesamtbedarf der BG gedeckt werden. Der Beitragsfuß ist mithin der Wert, der auf eine Beitragseinheit entfällt. Beispiel: Der Beitragsfuß betrage 5,0, die zu berücksichtigenden Arbeitsentgelte 5 Millionen Euro und die Gefahrklasse der Tarifstelle des Unternehmens 1,0. Der Beitrag beläuft sich folglich auf 25.000 Euro. Wird der Unternehmer in eine andere Tarifstelle eingeordnet, etwa mit einer Gefahrklasse von 10,0, so verzehnfacht sich auch der Beitrag. Da der Beitragsfuß nach § 167 SGB VII und die Arbeitsentgelte feststehen, ist mithin die Gefahrklasse (und damit mittelbar die Zuordnung zur Risikogemeinschaft der Tarifstelle nach § 157 Abs. 2 SGB VII) die wichtigste und letztlich einzige Stellschraube, die der Unternehmer durch eine gerichtliche Kontrolle selbst beeinflussen kann.

Ist der auf diesem Wege ermittelte konkrete Betrag zu niedrig, so kann auch ein Mindestbeitrag eingefordert werden, wenn die Satzung einen solchen auf der Grundlage des § 161 SGB VII vorsieht. Der Mindestbeitrag ist ex ante für alle Unternehmer gleich festzulegen und greift nur ein, wenn der konkret ermittelte Betrag diesen Mindestbeitrag noch unterschreitet.

#### 5. Zuschläge, Nachlässe, Prämien

Nach § 162 Abs. 1 SGB VII haben die gewerblichen BGen unter Berücksichtigung der anzuzeigenden Versicherungsfälle Zuschläge aufzuerlegen oder Nachlässe zu bewilligen. Dabei bleiben Wegeunfälle außer Betracht. Die wesentlichen Umstände sind in der Satzung/dem Gefahrarif zu regeln. Die Satzung kann dabei Versicherungsfälle, die

62 BSG, 18.10.1994 – B 2 U 21/02 R – BSGE 91, 128, 137 – SozR 4–2700 § 157 Nr. 1, Rn. 26; BSG 28.11.2006 – B 2 U 10/05 R – UV-Recht Aktuell 2007, 105.

63 EuGH, 05.03.2009 – C-350/07 – Slg 2009, I-1513 (Kattner Stahlbau), Rn. 52.

64 Vgl. *Schmitt*, SGB VII, 4. Aufl., München 2009, § 153 Rn. 6; insofern ist es eine gewisse Fehlinterpretation, wenn man davon ausgeht, gerade die Regelung über den Höchstjahresarbeitsverdienst in § 153 Abs. 2 SGB VII sei Indikator dafür, dass die deutsche gesetzliche UV den Grundsatz der Solidarität verwirkliche (siehe unter III.1. a).

durch höhere Gewalt oder durch alleiniges Verschulden von nicht zum Unternehmen gehörenden Personen, sowie Versicherungsfälle auf Betriebswegen sowie Berufskrankheiten ausnehmen. Nach § 162 Abs. 1 S. 3 SGB VII richtet sich die Höhe der Zuschläge und Nachlässe nach der Zahl, der Schwere oder den Aufwendungen für die Versicherungsfälle oder nach mehreren dieser Merkmale. Das Verfahren nach § 162 SGB VII wird auch als Beitragsausgleichsverfahren bezeichnet.<sup>65</sup> Zuschläge, Nachlässe und Prämien sind im Gegensatz zum Gehaltstarif, der sich auf den Gefahrengrad von in Tarifstellen zusammengefassten Gewerbezweigen bezieht, auf die Unfallgefährlichkeit des konkreten, einzelnen Unternehmens anhand der dort realisierten Unfallgefahr bezogen. Es handelt sich mithin zwingend um ein Verfahren bzw. Regelungen zur Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit. § 162 SGB VII erlaubt es nicht, für ganze Tarifstellen oder Risikogemeinschaften die Beiträge zu erhöhen oder nachzulassen.<sup>66</sup> § 162 Abs. 1 S. 1 SGB VII schreibt ein solches Beitragsausgleichsverfahren in der Satzung zwingend vor. Der Gesetzgeber sieht in dem Beitragsausgleichsverfahren eine Möglichkeit, über finanzielle Anreize Unternehmer zur Reduktion der Unfallgefahr und damit letztlich zur Prävention zu veranlassen.<sup>67</sup> So hatte das BSG schon zu der Vorgängernorm des § 725 RVO betont, dass Zuschläge und Nachlässe mit wirtschaftlichem Gewicht vorzusehen seien,<sup>68</sup> um positive Anreize für eine weitere Unfallverhütung durch den Unternehmer in seinen Betrieben zu bewirken.<sup>69</sup> Das BSG hat zuletzt die Grundsätze seiner Rechtsprechung zu § 162 SGB VII prägnant zusammengefasst<sup>70</sup>: Ein Zuschlags-Nachlass-Verfahren als solches ist zwingend vorgeschrieben. Das Verfahren muss Zuschläge und Nachlässe von wirtschaftlichem Gewicht vorsehen. Grenzen sind das Versicherungsprinzip und der aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitende Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.<sup>71</sup> Das Verfahren soll dem Zweck dienen, mit Mitteln des Beitragsrechts positive Anreize für eine verstärkte Unfallverhütung durch den Unternehmer in seinen Betrieben zu bewirken.<sup>72</sup> Nach den im Gesetz vorgesehenen Kriterien für die Höhe der Zuschläge und Nachlässe (»Zahl, Schwere oder Aufwendungen für die Versicherungsfälle«) ist das tatsächliche objektive Unfallgeschehen als Folge der durch den Betrieb bedingten Gefahrenlage ausschlaggebend.

Der Wortlaut des § 162 SGB VII lässt dem Versicherungsträger die Wahl zwischen einem reinen Zuschlags-, einem reinen Nachlass- oder einem kombinierten Nach-

lass-Zuschlagsverfahren.<sup>73</sup> Auch die Frage, auf welche Weise und in welcher Höhe Zu- und Abschläge zu gewähren sind, unterliegt insofern dem Gestaltungsspielraum des Satzungsgebers.<sup>74</sup> Fordert man mit der Rechtsprechung des BSG, dass die Zu- oder Abschläge wirtschaftlich ins Gewicht fallen müssen, so darf nicht übersehen werden, dass eine zu weiträumige Gewährung von Abschlägen auch immer in die Rechte der anderen Unternehmer in der Risikogemeinschaft/der Tarifstelle eingreift. Sieht etwa eine Satzung vor, dass an Unternehmer ein Nachlass von 20 vH. zu gewähren ist, wenn seine Eigenbelastung um 30 vH. unter der Durchschnittsbelastung seiner Gefahrengemeinschaft liegt, so erhöht sich dadurch jeweils mittelbar der Beitrag für die anderen Mitglieder der Risikogemeinschaft, denn durch den Beitragsnachlass erhöht sich das Umlagesoll insgesamt. Andererseits profitieren die Mitglieder der Gehaltstarifstelle, wenn einem Unternehmen ein Zuschlag auferlegt wird, wirkt dieser doch wie eine zusätzliche Einnahme für die BG.<sup>75</sup> Einem an Strukturprinzipien der »reinen« Sozialversicherung orientierten Denken bereitet § 162 SGB VII ohnehin Schwierigkeiten. Übertragen etwa auf die Gesetzliche Krankenversicherung würde eine Regelung wie die des § 162 SGB VII eine zwingende Berücksichtigung der Krankheitskosten für die Prämien/Beitragshöhe fordern, etwa derart, dass ein besonders kranker/teurer Versicherter einen Zuschlag zu seinem Beitrag zu entrichten hätte. Andererseits ist bei einer rein privatversicherungsrechtlichen Betrachtungsweise § 162

65 Vgl. Schulz, Grundfragen des berufsgenossenschaftlichen Beitragsausgleichsverfahrens, Sankt Augustin 1995; vgl. auch von Hoyningen-Huene/Compensio, SGB 1992, 145; Benz, BB 1995, 1901.

66 So explizit BSG, 06.05.2003 – B 2 U 7/02 R – SozR 4–2700 § 162 Nr. 1.

67 Instruktiv mit weiteren Nachweisen Burchardt, in: Becker/Burchardt/Krasney/Kruschinsky (Hrsg.), Gesetzliche Unfallversicherung – SGB VII, Sankt Augustin 2008, § 157 Rn. 13.

68 BSG, 18.10.1984–2 RU 31/83 – SozR 2200 § 725 Nr. 10.

69 BSG, 27.06.1974–8/2 RU 39/72 – BSGE 38, 21,33 – SozR 2200 § 725 Nr. 1; BSG, 11.11.2003 – B 2 U 55/02 R – HVBG-INFO 2004, 62; BSG, 16.11.2005 – B 2 U 15/04 R.

70 16.11.2005 – B 2 U 15/04 R, Rn. 15.

71 BSG, 18.10.1984–2 RU 31/83 – SozR 2200 § 725 Nr. 10.

72 Vgl. Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Sozialpolitik, BT-DrS. 4/938, S. 23 f.

73 Burchardt, in: Becker/Burchardt/Krasney/Kruschinsky (Hrsg.), Gesetzliche Unfallversicherung – SGB VII, Sankt Augustin 2008, § 162 Rn. 30a.

74 Burchardt, in: Becker/Burchardt/Krasney/Kruschinsky (Hrsg.), Gesetzliche Unfallversicherung – SGB VII, Sankt Augustin 2008, § 162 Rn. 30a.

75 Mit genaueren Zahlenbeispielen Brandenburg/Palsherm, in: jurisPK-SGB VII, Saarbrücken 2009, § 162 Rn. 17 ff.

SGB VII aber gerade auch wieder eine Durchbrechung eines reinen Versicherungsprinzips,<sup>76</sup> können doch über § 162 Abs. 2 SGB VII Prämien an Unternehmer<sup>77</sup> erbracht werden, die sich besonders um Prävention bemühen, wobei § 162 Abs. 2 SGB VII lediglich eine »Berücksichtigung der Wirksamkeit« solcher präventiver Maßnahmen fordert. Hierzu wird mit guten Gründen vertreten, dass im Gefahrtarif auch gänzlich unabhängig von dem konkreten Präventionserfolg etwa die Einführung eines Arbeitsschutzmanagementsystems (AMS) berücksichtigt werden könne, auch im Sinne einer reinen Prämierung des Bemühens um Prävention an sich.<sup>78</sup>

Das Beitragsausgleichsverfahren des § 162 SGB VII ermöglicht also die Berücksichtigung der besonderen Umstände (Unfallhäufigkeit, Präventionsbemühungen etc.) des einzelnen Unternehmens. Allerdings stellt sich hier die Frage, ob ein Unternehmen mit einer deutlich abweichenden Unfallgefahr nicht möglicherweise besser einer anderen Gefahrtarifstelle zugewiesen werden könnte. Weiterhin darf nicht übersehen werden, dass letztlich die Risikogemeinschaft gem. § 157 Abs. 2 SGB VII den Beitragsnachlass an den präventiv erfolgreichen Unternehmer mittelbar finanziert. Hier stellt sich sodann die Frage, ob ein Mitglied der Gefahrgemeinschaft den Beitragsnachlass an einen anderen Unternehmer anfechten kann, der sich ja mittelbar auf die eigene wirtschaftliche Belastung auswirkt. Die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit haben sich hier bislang zurückhaltend gezeigt. Nach der Rechtsprechung hatte ein Unternehmer jedenfalls keinen Anspruch auf einen Nachlass gegenüber der Verwaltungs-BG, weil diese ihrerseits einen (großzügigen) Vergleichsvertrag mit einem (großen) Beitragsschuldner (DFB) abgeschlossen hatte.<sup>79</sup> Generell steht einem Zwangsgmitglied einer Körperschaft wohl kein Recht auf Überprüfung des allgemeinen Verwaltungshandelns seiner BG zu.<sup>80</sup> Andererseits kann die Gewährung von Prämien und Nachlässen an andere Unternehmen zumindest inzident ein Prüfgesichtspunkt sein, wenn der eigene Beitragsbescheid angefochten wird und die Nachlassgewährung etc. an den Dritten nicht nachvollziehbar wäre (wohl gemerkt: sie muss nicht nachrechenbar sein).

## 6. Lastenausgleich der gewerblichen BGen

Nach den §§ 176 ff. SGB VII findet in der gesetzlichen UV ein Lastenausgleich statt, insbesondere ordnet § 178

SGB VII eine gemeinsame Tragung der Rentenlasten an. Soweit die Rentenlasten für Arbeitsunfälle bestimmte – nach § 178 Abs. 1 SGB VII zu berechnende – Werte übersteigen, tragen die gewerblichen Berufsgenossenschaften den übersteigenden Betrag unter Berücksichtigung bestimmter Freistellungsfaktoren gemeinsam. Der Ausgleich wird nach § 180 SGB VII vom Bundesversicherungsamt durchgeführt. Die BG kann nun ihrerseits den Lastenausgleich auf ihre Mitglieder umlegen. In den Beitragsbescheiden wird dann ggf. ein weiterer, isolierter Betrag unter der Überschrift »Anteil am Lastenausgleich der gewerblichen Berufsgenossenschaften« ausgewiesen und festgesetzt. Das BSG hat eine solche Umlage des Lastenausgleichs auf die Mitglieder nicht beanstandet und dabei sogar die satzungsmäßige Ausnahme bestimmter gemeinnütziger Unternehmen von der Umlage auch verfassungsrechtlich akzeptiert.<sup>81</sup> Ebenso hatte sich das BVerfG schon früh mit der über den Lastenausgleich nach dem damaligen Art. 3 § 1 des Unfallversicherungsneuregelungsgesetzes vom 30.04.1963<sup>82</sup> realisierten Entlastung der Bergbau-BG auf Kosten der übrigen Gewerbebezüge auseinanderzusetzen gehabt. Das BVerfG hat damals die

76 So wohl auch *Ricke*, in: *Leitherer* (Hrsg.), *Kasseler Kommentar*, München, § 162 SGB VII, Rn. 2.

77 Umfassend hierzu *Bieback*, *VSSR* 2006, 215.

78 So *Eckhoff*, *Anreizsysteme bei der Beitragsgestaltung in der gesetzlichen Unfallversicherung*, Berlin-Münster-Wien-Zürich-London 2010 (zugl. Kiel, Univ., DisS. 2010).

79 LSG Rheinland-Pfalz, 25.06.2001 – L 2 U 317/00 – HVBG-Info 2001, 2611.

80 BSG, 24.02.2004 – B 2 U 31/03 R – BSGE 92, 190, 199–4–2700 § 152 Nr. 1 Rn. 22: »Ein Unternehmer kann – ebenso wie andere Mitglieder einer Körperschaft des öffentlichen Rechts – seine Klage gegen die Heranziehung zu Beiträgen – nicht auf Einwände gegen bestimmte Ausgaben des für ihn zuständigen UV-Trägers stützen«.

81 BSG, 13.08.2002 – B 2 U 31/01 R – SozR 3–2700 § 180 Nr. 1.

82 BVerfG, 05.03.1974 – 1 BvL 17/72 – BVerfGE 36, 383; ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG sollte nach der Ansicht des vorliegenden Gerichts deshalb vorliegen, weil die Bergbau-BG zusammen mit den anderen gewerblichen BGen einschließlich der See-BG zu einer Solidargemeinschaft zusammengefasst worden ist, während sich der Bergbau von der übrigen gewerblichen Wirtschaft wesentlich unterscheidet. Der Verstoß gegen den Gleichheitssatz wurde auch damit begründet, dass das Gesetz ohne hinreichenden Grund mit den Strukturelementen der gesetzlichen UV breche. Es sei systemwidrig, dass einerseits die einzelnen BGen grundsätzlich selbständig seien und die in ihrem Bereich entstehenden Lasten selbst trügen, während andererseits die beanstandete Regelung durch einen nivellierenden Ausgleich die Eigenverantwortlichkeit beeinträchtigt und zur Belastung mit Risiken einer fremden BG führe. Dem ist das BVerfG mit nach wie vor überzeugenden Argumenten nicht gefolgt, so dass es auch nicht verwundern kann, dass das BSG später den Lastenausgleich unter Rekurs gerade auf diesen Beschluss des BVerfG verfassungsrechtlich gebilligt hat; vgl. BSG, 09.05.2006 – B 2 U 34/05 R – BG 2007, 102 Rn. 31; vgl. auch BSG, 20.03.2007 – B 2 U 9/06 R – UV-Recht Aktuell 2007, 1065, Rn. 12: Lastenausgleich als »besonders wichtiges Solidaritätselement«.

Belastung der anderen Gewerbebranche zu Lasten der Bergbau-BG verfassungsrechtlich für zulässig erachtet. Der EuGH hat in dieser Regelung des Lastenausgleichs im SGB VII ein wesentliches Argument dafür gesehen, dass die gesetzliche UV in Deutschland den Grundsatz der Solidarität verwirklicht.<sup>83</sup>

## 7. Zuständigkeit der BG für ein Unternehmen

Nach § 150 Abs. 1 SGB VII sind beitragspflichtig die Unternehmer, für deren Unternehmen Versicherte tätig sind oder zu denen Versicherte in einer besonderen, die Versicherung begründenden Beziehung stehen. Die kraft Satzung gem. § 3 SGB VII oder freiwillig versicherten Unternehmer gem. § 6 SGB VII<sup>84</sup> sind selbst beitragspflichtig (§ 150 Abs. 1 S. 2 SGB VII). Die Frage, welcher UV-Träger von welchem Unternehmer Beiträge erheben darf, ergibt sich nicht direkt aus dem Beitragsrecht, sondern aus dem Organisationsrecht der UV. Dieses regelt die sachliche und örtliche Zuständigkeit eines UV-Trägers für ein beitragspflichtiges Unternehmen. § 114 SGB VII enumeriert zunächst alle UV-Träger. §§ 121 ff. SGB VII enthalten sodann detaillierte Regelungen über die jeweilige Zuständigkeit, beginnend mit den gewerblichen BGen.<sup>85</sup> Nach § 121 Abs. 1 S. 1 SGB VII sind die gewerblichen Berufsgenossenschaften für alle Unternehmen zuständig, soweit sich aus dem SGB VII spezialgesetzlich keine andere Zuständigkeit, etwa der landwirtschaftlichen BGen oder der UV-Träger der öffentlichen Hand ergibt. Unternehmen sind nach der Legaldefinition des § 121 Abs. 1 S. 1 SGB VII alle Betriebe, Verwaltungen, Einrichtungen oder Tätigkeiten. Ein Unternehmen wird immer dann betrieben, wenn planmäßig für eine gewisse Dauer und mit einer gewissen Regelmäßigkeit eine bestimmte Vielzahl von Tätigkeiten ausgeübt wird, die auf ein einheitliches Ziel gerichtet sind.<sup>86</sup> Erfasst werden Tätigkeiten aller Art. Es kommt nicht darauf an, ob sie gewerblich, gemeinnützig etc. sind. So begründet etwa allein die Tätigkeit des regelmäßigen Mähens einer Wiese ein (landwirtschaftliches) Unternehmen.<sup>87</sup>

Die Zuständigkeit wird formell begründet durch den Aufnahme- bzw. Zuständigkeitsbescheid gem. § 136 Abs. 1 SGB VII. Dieser ist aber nicht konstitutiv. Materiell beginnt die Zuständigkeit mit dem Unternehmensbeginn gem. § 136 Abs. 1 S. 2 SGB VII.<sup>88</sup> Materiell endet die Zuständigkeit der BG mit der Einstellung aller Tätigkeiten. Allerdings besteht beitragsrechtlich weiterhin eine Haftung des bis-

herigen Unternehmers. Nach § 150 Abs. 4 SGB VII sind der bisherige Unternehmer und sein Nachfolger bei einem Wechsel in der Person des Unternehmers bis zum Ablauf des Kalenderjahres, in dem der Wechsel angezeigt wurde, zur Zahlung der Beiträge und damit zusammenhängender Leistungen als Gesamtschuldner verpflichtet. Die Rechtsprechung hat diese nicht unproblematische nachgehende Haftung des ausscheidenden Unternehmers gem. § 150 Abs. 4 SGB VII bislang zumindest konkludent verfassungsrechtlich gebilligt.<sup>89</sup>

Hieraus folgt zugleich, dass Adressat des Zuständigkeitsbescheids nach § 136 Abs. 1 S. 1 SGB VII der Unternehmer ist. § 136 Abs. 3 SGB VII enthält zum Begriff des Unternehmers Legaldefinitionen. Nach § 136 Abs. 3 Nr. 1 SGB VII ist Unternehmer zunächst und zuvörderst derjenige, dem das Ergebnis des Unternehmens unmittelbar zum Vor- und Nachteil gereicht. Dem Zuständigkeitsbe-

83 Der EuGH hat am 05.03.2009 – C-350/07 – Slg 2009, I-1513 (Kattner Stahlbau), Rn. 48 ausgeführt, aus der Tatsache, dass die BGen gem. § 176 SGB VII untereinander zum Ausgleich verpflichtet seien, folge, »dass der Grundsatz der Solidarität auf diese Weise auch auf nationaler Ebene zwischen allen Gewerbebranchen umgesetzt wird, da die verschiedenen Berufsgenossenschaften ihrerseits in einer Gefahrengemeinschaft zusammengeschlossen sind«. Hierzu auch noch unter III. 1.

84 Eine eng am Wortlaut dieser Normen erfolgte Kontrolle der Satzungsermächtigung in §§ 3 und 6 SGB VII liegt einem neueren Urteil des BSG zugrunde. BSG, 17.05.2011 – B 2 U 18/10 R – UV-Recht Aktuell 2011, 1015: Keine Satzungsgebungskompetenz für eine zwangsweise Überleitung bisheriger nach Satzung pflichtversicherter Unternehmer in freiwillige Mitgliedschaftsverhältnisse ohne eigenen vorherigen Antrag.

85 Die VO über die sachliche und örtliche Zuständigkeit der gewerblichen BGen, zu deren Erlass § 122 SGB VII das BMA ermächtigt, ist nicht ergangen.

86 BSG, 17.03.1992 – 2 RU 22/91 – SozR 3 – 2200 § 539 Nr. 16 mwN.; eine andere Definition spricht von einer organisatorischen, rechtlichen, wirtschaftlichen, finanziellen und auch sozialen Einheit zur regelmäßigen Erledigung bestimmter Aufgaben; BSG, 25.02.1976 – 8 RU 86/5 – BSGE 41, 214 – SozR 2200 § 653 Nr. 2 – Zuständigkeit der BG für Kurse in privater Handelsschule.

87 BSG, 18.01.2011 – B 2 U 16/10 R – UV-Recht Aktuell 2011, 482: Der Kläger war Eigentümer eines ca. 0,4 ha großen Grundstücks, dessen Gras er zweimal jährlich mähen musS. Durch das Mähen seiner Wiese wird er (nur) im unfallversicherungsrechtlichen Sinne landwirtschaftlicher Unternehmer. Dieser Begriff des landwirtschaftlichen Unternehmens ist nach dem gesetzlichen Schutzkonzept für gefährliche Handlungen (hier zB. das Mähen) nicht auf landwirtschaftliche Betriebe und auch nicht auf die in § 123 SGB VII aufgezählten weiteren Unternehmen begrenzt. Nicht erforderlich ist, dass das Unternehmen nach Art und Größe eine Existenzgrundlage bilden kann. Es reicht jede Tätigkeit (§ 121 Abs. 1 SGB VII) aus, die in irgendeiner Art »Boden bewirtschaftet«.

88 BSG, 09.05.2006 – B 2 U 34/04 R – SozR 4 – 2700 § 122 Nr. 1 Rn. 18.

89 In BSG, 27.05.2008 – B 2 U 19/07 R – SozR 4 – 2700 § 150 Nr. 1 wird die Vorschrift des § 150 Abs. 4 SGB VII angewandt, ohne dass verfassungsrechtliche Zweifel erkennbar würden. Gerade wenn man bedenkt, wie niedrigschwellig der Begriff des Unternehmens angesetzt ist (vgl. BSG, 18.01.2011 – B 2 U 16/10 R – UV-Recht Aktuell 2011, 482), so sind die weitgehenden Risiken, die § 150 Abs. 4 SGB VII den ausgeschiedenen Unternehmern aufbürdet, zumindest eine verfassungsrechtliche Erwägung wert.

scheid gem. § 136 SGB VII wohnt zudem eine erhöhte Richtigkeitsvermutung inne, denn § 136 SGB VII lässt eine Korrektur der Zuständigkeit nur unter sehr engen Voraussetzungen zu. Die Bindungswirkung des Aufnahmebescheids ist insofern gegenüber den §§ 44 ff. SGB X erhöht, weshalb der betroffene Unternehmer diesen im Zweifelsfall nicht in Bestandskraft erwachsen lassen sollte. Nach der Rechtsprechung kann die Bindungswirkung auch dadurch entstehen, dass die Beteiligten in der Vergangenheit einvernehmlich die Zuständigkeit einer bestimmten BG angenommen und die Versicherung durchgeführt hatten.<sup>90</sup> § 136 Abs. 1 S. 4 SGB VII bestimmt, dass eine Überweisung des Unternehmers an eine andere BG nur erfolgen darf, wenn der Aufnahmebescheid von Anfang an unrichtig war oder wenn sich die Zuständigkeit für ein Unternehmen ändert. Diese Voraussetzungen werden durch § 136 Abs. 2 SGB VII weiter konkretisiert. Die Zuständigkeitsfeststellung war nach § 136 Abs. 2 S. 1 SGB VII von Anfang an unrichtig, wenn sie den Zuständigkeitsregelungen der §§ 121 ff. SGB VII eindeutig widersprochen hat oder das Festhalten an dem Bescheid zu schwerwiegenden Unzuträglichkeiten führen würde. § 136 Abs. 2 S. 2 ff. SGB VII enthält sodann Sonderregelungen in Anwendung des § 48 SGB X, wann nachträgliche Veränderungen eines Unternehmens zur Zuständigkeitsänderung der BG führen können.<sup>91</sup> So verlangt § 136 Abs. 2 S. 2 SGB VII gleichsam als Grundsatz, dass das Unternehmen grundlegend und auf Dauer umgestaltet worden ist. Die erschwerten Voraussetzungen einer Überweisung eines Unternehmens an eine andere BG zielen darauf, Kontinuität und Rechtssicherheit in Bezug auf den zuständigen Träger der UV herzustellen (Grundsatz der Katasterstetigkeit).<sup>92</sup> Nach der Rechtsprechung des BSG ist ein Unternehmen nicht schon deshalb an eine andere BG zu überweisen, weil sich herausstellt, dass ein anderer Träger objektiv zuständig gewesen wäre oder aus heutiger Sicht zuständig wäre. Vielmehr setzt die Überweisung voraus, dass die bisher praktizierte Zuständigkeit den materiellen Zuständigkeitsregelungen des SGB VII »eindeutig« widerspricht oder jedenfalls das Festhalten an ihr zu »schwerwiegenden Unzuträglichkeiten« führen würde.<sup>93</sup> Die Frage der Überweisung an eine andere BG dürfte durch die Reduktion der gewerblichen BGen auf neun allerdings an Schärfe verlieren.<sup>94</sup> Aus Vorstehendem dürfte auch deutlich geworden sein, dass eine unterschiedliche Beitragsbelastung jedenfalls kein Grund für eine Überweisung sein kann.

## 8. Die verwaltungsverfahrensmäßige Umsetzung des Beitragsanspruchs

### a) Veranlagungsbescheid

Ist ein Unternehmen durch Zuständigkeitsbescheid gem. § 136 SGB VII einer BG zugewiesen, so ist der nächste bzw. erste Schritt des Beitragsverfahrens der Erlass des sog. Veranlagungsbescheids gem. § 159 SGB VII. Hiernach veranlagt der UV-Träger die Unternehmen für die Tarifzeit nach dem Gefahrarif zu den Gefahrklassen. Der Veranlagungsbescheid konkretisiert mithin den Gefahrarif gegenüber dem Unternehmen, das nunmehr weiß und erkennen kann, welcher Gefahrarifstelle es zugeordnet wird. Angesichts der Bedeutung der Zuordnung des Unternehmens zu einer Gefahrarifstelle für die über die Gefahrklasse errechnete Beitragshöhe muss beachtet werden, dass der Veranlagungsbescheid für nachfolgende Streitigkeiten über Beitragsbescheide Bindungswirkung gem. § 44 Abs. 1 SGB X entfalten kann. Wird der Veranlagungsbescheid nicht innerhalb der Anfechtungsfrist des § 84 Abs. 1 SGG binnen eines Monats angefochten, so wird er gem. § 77 SGG bindend. Dies kann bei Einwendungen gegen den nachfolgenden Beitragsbescheid von erheblicher Bedeutung werden. Gegebenenfalls sind Einwendungen gegen den Gefahrarif bzw. die Zuordnung zu einer Tarifstelle mit einer bestimmten Gefahrklasse ausgeschlossen, wenn nicht auch der Veranlagungsbescheid angefochten wurde.<sup>95</sup> Eine Abänderung des Veranlagungsbescheids sieht insofern nur § 160 SGB VII bei einer Änderung im Unternehmen selbst vor.

90 BSG, 05.09.2006 – B 2 U 27/05 R – UV-Recht Aktuell 2007, 233. Mitgliedschaft in der Kassenärztlichen Vereinigung ohne Vorliegen eines Zuständigkeitsbescheids.

91 Ein wichtiger Teilaspekt der Überweisung betrifft die Frage der Ausgliederung von Unternehmensteilen aus einem Gesamtunternehmen mit dem Ziel, das ausgegliederte Neuunternehmen einer anderen BG zuzuweisen; vgl. hierzu *Mutschler*, SozSich 2010, 355; allerdings ist hier immer § 131 SGB VII zu beachten, nach dessen Abs. 1 Nebenunternehmen dem Hauptunternehmen zuzurechnen sind und für das gesamte Mutterunternehmen die bisherige Zuständigkeit der BG weiter besteht. Maßgebend ist hier auf den Unternehmenszweck abzustellen. Gliedert etwa ein PKW-Hersteller den Vertrieb eigener Fahrzeuge aus, so dürfte für den reinen Vertriebsanteil keine neue Zuständigkeit einer anderen BG begründbar sein.

92 *Mutschler*, WzS 2009, 353, 354; vgl. BSG, 12.12.1985–2 RU 57/84 – SGB 1986, 338; BSG, 12.04.2005 – B 2 U 8/04 R – BSGE 94, 258 – SozR 4–2700 § 136 Nr. 1, Rn. 9, 11.

93 BSG, 08.05.2007 – B 2 U 3/06 R – SozR 4–2700 § 136 Nr. 3; BSG, 02.04.2009 – B 2 U 20/07 R – SozR 4–2700 § 136 Nr. 5.

94 Siehe bereits oben passim im Text.

95 *Mutschler*, WzS 2009, 353, 355.

**b) Beitragsbescheid**

Der Beitragsbescheid findet seine Rechtsgrundlage in § 168 Abs. 1 SGB VII. Adressat ist der beitragspflichtige Unternehmer (§ 150 Abs. 1 S. 1 SGB VII). Der UV-Träger teilt den Beitragspflichtigen den von ihnen zu zahlenden Beitrag schriftlich mit. Der konkrete Beitrag errechnet sich nach § 167 Abs. 1 SGB VII aus den zu berücksichtigenden Arbeitsentgelten der Versicherten, den Gefahrklassen und dem Beitragsfuß, in den das Umlagesoll gem. § 152 SGB VII über den Rechenschritt des § 167 Abs. 2 SGB VII einfließt (siehe oben II. 4.). Der schriftlich zu erlassende Bescheid erfordert gem. § 35 Abs. 1 S. 1 SGB X eine Begründung, aus der der Beitragspflichtige die Berechnung des Beitrags ersehen und auch überprüfen kann.<sup>96</sup> Dabei dürfte zwischen der konkreten Beitragsberechnung in Euro und Cent im Bescheid und den implizit bei der Anfechtung des Beitragsbescheids zu überprüfenden Satzungsregelungen des Gefahrtarifs ein Unterschied zu machen sein.

Der Beitragsbescheid enthält mit seiner Regelung, dass ein bestimmter Betrag X als Beitrag geschuldet wird, zugleich immer auch einen eigenständigen begünstigenden Verfügungssatz, nämlich dass nicht mehr als der ausgewiesene Betrag geschuldet wird.<sup>97</sup> Dieser begünstigende Teil des Beitragsbescheids muss von Seiten des Trägers beseitigt werden, wenn nachträglich eine höhere Beitragsfestsetzung erfolgen soll. § 168 Abs. 2 SGB VII enthält hierzu eine Sonderregelung gegenüber § 45 SGB X. Die Vorschrift ermächtigt und verpflichtet (»ist«) den Träger gegenüber dem Begünstigten, den bislang rechtswidrig zu gering festgesetzten Beitrag zuungunsten des Unternehmers aufzuheben. Dabei kann der Ausgangsbescheid in toto aufgehoben und der Beitrag insgesamt neu festgesetzt oder der falsche Ausgangsbescheid lediglich der Höhe nach korrigiert werden.<sup>98</sup>

Der UV-Träger kann schließlich zur Deckung des Finanzbedarfs des laufenden Jahres gem. § 164 Abs. 1 SGB VII Vorschüsse erheben, die ebenfalls in Form eines Verwaltungsakts erhoben werden und auch gesondert angefochten werden müssen, soweit sich der Betroffene gerade gegen die Höhe des Vorschusses wenden will. Im Übrigen gilt für den Vorschussbescheid aber § 44 SGB X nicht. Mit hin sind in einem gerichtlichen Verfahren ggf. der Zuständigkeitsbescheid gem. § 136 SGB VII, der Veranlagungsbescheid gem. § 159 SGB VII und der Beitragsbescheid gem. § 168 SGB VII zu beachten und jeweils gesondert anzufechten.

**c) Gerichtliche Kontrolle durch die Sozialgerichte****(1). Keine Anwendbarkeit des § 96 SGG**

Hinsichtlich der gerichtlichen Kontrolle der Bescheide ist zunächst zu beachten, dass gegen Veranlagungs- und Beitragsbescheid jeweils gesondert ein Widerspruchsverfahren durchzuführen ist und diese auch gesondert gerichtlich anzufechten sind. Für jeden dieser beiden Bescheide gilt bei Erhebung einer anschließenden Anfechtungsklage gem. § 54 Abs. 1 SGG der Vorverfahrenszwang des § 78 SGG, nach der vor Erhebung einer Anfechtungsklage ein Vorverfahren Klagevoraussetzung ist. Die Vorschrift des § 96 SGG – eine der Besonderheiten des Prozesses vor den Sozialgerichten, nach der weitere Bescheide, die nach Klageerhebung ergehen und die den bereits gerichtlich angefochtenen Bescheid abändern oder ersetzen, automatisch Gegenstand des Gerichtsverfahrens werden – greift nicht ein.<sup>99</sup> So hat das BSG klargestellt, dass nachgehende Beitragsbescheide nicht automatisch Gegenstand einer Klage gegen den ursprünglichen Beitragsbescheid werden.<sup>100</sup> Die gegen diese nachgehenden Beitragsbescheide erhobenen Klagen waren damit wegen eines fehlenden Vorverfahrens unzulässig. Nach dieser Rechtsprechung kommt auch eine entsprechende Anwendung der §§ 86, 96 SGG, die geboten ist, wenn der Versicherungsträger im Rahmen eines Dauerrechtsverhältnisses für Folgezeiträume weitere gleichartige Verwaltungsakte erlässt, nicht in Betracht. Veranlagungs- und Beitragsbescheid bauen zwar aufeinander auf, treffen aber unterschiedliche Regelungen mit der Folge, dass durch eine Einbeziehung des Beitragsbescheides neuer Streitstoff in das Verfahren eingeführt werden könnte und das Ziel der Prozessökonomie in Frage gestellt würde.<sup>101</sup> Für eine gesetzliche Klageerweiterung analog § 96 Abs. 1 SGG im Verhältnis

96 Sehr weitgehend hier *Mutschler*, WzS 2009, 353 unter Hinweis auf BSG 04.11.1981 – 2 RU 60/80 – SozR 2200 § 746 Nr. 2 zum erforderlichen Inhalt eines von der BG ergänzten Lohnnachweises; aber ohne Auseinandersetzung mit der den BGen zustehenden Satzungsautonomie.

97 So bereits BSG, 26.01.1988 – 2 RU 5/87 – BSGE 63, 18, 20 – SozR 1300 § 44 Nr. 31; vgl. auch BSG 12.02.1992 – 10 RA/R 6/90 – BSGE 70, 117, 120 – SozR 3 – 1300 § 45 Nr. 11.

98 iE. *Mutschler*, WzS 2009, 353, 357.

99 Entsprechendes regelt § 86 SGG für das Widerspruchsverfahren.

100 BSG, 05.07.2005 – B 2 U 32/03 R – BSGE 95, 47 – SozR 4 – 2700 § 157 Nr. 2; BSG, 24.06.2003 – B 2 U 21/02 R – BSGE 91, 128 – SozR 4 – 2700 § 157 Nr. 1, Rn. 8; BSG, 09.12.2003 – B 2 U 54/02 R – BSGE 91, 287 – SozR 4 – 2700 § 160 Nr. 1, Rn. 5.

101 BSG, 05.07.2005 – B 2 U 32/03 R – BSGE 95, 47 – SozR 4 – 2700 § 157 Nr. 2 Rn. 20.

Veranlagungs- und Beitragsbescheid ist daher kein Raum. Für das Widerspruchsverfahren und den Anwendungsbereich des § 86 SGG gelten diese Überlegungen sinngemäß.

## (2). Gerichtliche Kontrolldichte

Es wurde bereits mehrfach herausgearbeitet, dass die gerichtliche Kontrolldichte gegenüber Satzungsregelungen einer autonomen Körperschaft wie der BG nicht dazu führen darf, dass das Gericht selbst Zweckmäßigkeitserhebungen anstellt und den Gestaltungsspielraum des Normgebers selbst wahrnimmt. Hieran wird sich für die bei der Anfechtung von Veranlagungs- und Beitragsbescheiden jeweils nur lediglich implizite Normenkontrolle sicher auch in Zukunft nichts ändern. Die Rechts- und Verfassungsordnung geht davon aus, dass der Normgeber einer Selbstverwaltungskörperschaft jeweils sachnäher Regelungen im Interesse aller Mitglieder der Körperschaft treffen kann als ein Gericht. Dieses ist hier lediglich auf die Kontrolle massiver Rechts- und Verfassungsverstöße (etwa auch und gerade des Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG) beschränkt. Andererseits stellt insbesondere der Beitragsbescheid einen belastenden Verwaltungsakt dar, der auch nach der bisherigen Rechtsprechung bereits »nachvollziehbar« sein muss.<sup>102</sup> Hier kann sich in Zukunft ggf. eine Akzentverschiebung der Rechtsprechung ergeben, zumal an der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Zwangsmitgliedschaft und Beitragspflicht der jeweils betroffenen Unternehmer in der zuständigen BG (mit Beitragspflicht) kein Zweifel bestehen dürfte. Insofern könnten die reine Legitimationswirkung aber auch neuere Entwicklungen in der Rechtskultur der Bundesrepublik (Stichwort: Verbraucherinformationsgesetz)<sup>103</sup> zumindest mittelbar dafür sprechen, betroffenen Unternehmern eine weitgehende Nachvollziehbarkeit des Beitragssystems ihrer jeweiligen BG zu ermöglichen.

## (3). Gegenstandswert/Kostenrisiko

Der Prozess vor den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit ist für den betroffenen Bürger grundsätzlich kostenfrei gem. § 183 SGG. Dieses wesentliche Strukturelement des sozialgerichtlichen Verfahrens – die Kostenfreiheit – wird (sozial-) politisch von interessierter Seite immer wieder in Frage gestellt.<sup>104</sup> Tritt bei Rechtsstreitigkeiten vor dem Sozialgericht im Bereich der gesetzlichen Unfallversicherung ein Arbeitgeber auf, so ist dieser allerdings nicht gem. § 183 SGG kostenprivilegiert. Gem. § 197a SGG sind dann die

Regelungen der §§ 154 bis § 162 VwGO entsprechend anwendbar und für den Rechtsstreit ist nach den Vorschriften des Gerichtskostengesetzes (GKG) ein Gegenstandswert festzusetzen, der gerade in Beitragsstreitigkeiten den Prozess ggf. »teuer« machen kann. Die Rechtsprechung des BSG ging dabei tendenziell davon aus, dass der sog. Auffangstreitwert des § 52 Abs. 2 GKG in Höhe von 5.000 Euro bzw. ein Vielfaches hiervon zum Ansatz zu kommen habe.<sup>105</sup> Nach einem neueren Systematisierungsversuch<sup>106</sup> sollte das Vorgehen bei der dann erforderlichen Festsetzung eines Gegenstandswerts auf folgende drei Grundregeln reduziert werden: 1. Zunächst ist gem. § 52 Abs. 1 GKG der konkret streitige Betrag (etwa der im Bescheid festgesetzte Beitrag etc.) zu ermitteln, 2. dieser konkrete Betrag ist zu multiplizieren (maximal mit dem Faktor 3), wenn die wirtschaftliche Bedeutung für den Kläger höher ist, etwa die Beitragspflicht in einer bestimmten BG generell in Frage gestellt wird, 3. nur wenn der konkrete streitige Betrag nicht zu ermitteln ist, ist der einfache Auffangstreitwert von 5.000 Euro gem. § 52 Abs. 1 GKG zu Grunde zu legen.<sup>107</sup> Die Anwendung dieser drei Regeln impliziert zugleich, dass kein Mindeststreitwert von 5.000 Euro mehr festzusetzen ist, das heißt, wenn der konkrete Wert (Regel 1) niedriger als der Auffangstreitwert ist, dann wird dieser Wert nicht auf mindestens 5.000 Euro erhöht. Regel 3 hat zur Konsequenz, dass

<sup>102</sup> Nach der hier immer wiederholten Formulierung muss der Bescheid nachvollziehbar aber nicht nachrechenbar sein; BSG, 18.10.1994 – BSGE 91, 128, 137 – SozR 4–2700 § 157 Nr. 1 Rn. 26; BSG, 28.11.2006 – B 2 U 10/05 R – UV-Recht Aktuell 2007, 105, siehe auch oben zu II. 3.

<sup>103</sup> Hierzu zuletzt *Böhm/Lingenfelder/Voit*, NVwZ 2011, 198 oder *Wollenschläger*, VerwArch 2011, 20; auch die bereits zitierte Entscheidung BSG, 04.11.1981 – 2 RU 60/80 – SozR 2200 § 746 Nr. 2 geht hier ein Stück weiter und steht insofern in einem gewissen Spannungsverhältnis zu den späteren, in Fn. 102 zitierten Entscheidungen.

<sup>104</sup> Vgl. hierzu das umfassende und beeindruckende Gutachten von *Höland/Welti/Braun/Buhr* »Zu den Auswirkungen der Einführung einer allgemeinen Gebührenpflicht im sozialgerichtlichen Verfahren im Vergleich zur geltenden Rechtslage«, Mai 2008 und den Aufsatz *Höland/Welti/Braun/Buhr*, SozSich 2008, 308.

<sup>105</sup> Hierzu jetzt umfassend mwN. *G.Becker/Spellbrink*, Die Streitwertbestimmung in unfallversicherungsrechtlichen Rechtsstreiten, erscheint in NZS 2012.

<sup>106</sup> *G. Becker/Spellbrink*, (Fn 105), erscheint in NZS 2012.

<sup>107</sup> Hierbei darf nicht verkannt werden, dass oftmals auch Personen als Unternehmer behandelt werden, die etwa als Kleingewerbetreibende oder Landwirte zur BG veranlagt werden. So kann es gegenüber einer Tagesmutter, die als Unternehmerin in die BG für Gesundheitsdienst und Wohlfahrtspflege einbezogen wird oder gegenüber einem landwirtschaftlichen »Unternehmer«, der lediglich seine Wiese mähen lässt, sehr hart sein, bei ihrer jeweiligen Klage gegen einen Beitragsbescheid in Höhe von etwas über oder unter 100 Euro von einem dreifachen Auffangstreitwert von 15.000 Euro auszugehen. Richtigerweise ist gem. § 52 Abs. 1 GKG jeweils am möglichst konkreten wirtschaftlichen Interesse anzusetzen.

nur in Fällen der Nichtermittelbarkeit des konkreten Streitwerts der einfache Auffangstreitwert zugrunde gelegt wird, dh. dieser Wert wird dann nicht mehr multipliziert (mit dem Faktor drei oder vier). Eine Multiplikation des Gegenstandswerts ist ausschließlich bei der Regel 2 vorgesehen.

#### (4). Die Folgen eines rechtswidrigen Gefahr tariffs

Zu einem Zeitpunkt, als noch nicht unbedingt abzusehen war, dass das BVerfG die Angriffe der Unternehmer auf die Zwangsmitgliedschaft und Beitragspflicht in der UV zurückweisen würde,<sup>108</sup> wurde eine juristische Diskussion darüber geführt, was die Rechtsfolgen wären, wenn das BVerfG einen Gefahr tariff für rechts- bzw. verfassungswidrig halten sollte. Mit der Nichtigkeit der Satzung wäre damit eine Rechtsgrundlage für die Erhebung von Beiträgen entfallen, so dass nach der Verfassungsordnung der Bundesrepublik, die verlangt, dass jede belastende Verwaltungsentscheidung auf eine wirksame Rechtsgrundlage zurückzuführen ist, möglicherweise mit dem Wegfall des Gefahr tariffs »Beitragsfreiheit« für alle von dem nichtigen Gefahr tariff betroffenen Unternehmer eintreten würde.<sup>109</sup> Teilweise wurde versucht, als Rechtsgrundlage für einen Beitragsanspruch einen allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch zu konstruieren. Ein solcher Anspruch führe wegen des Grundsatzes des Ausgleichs rechtswidriger Handlungen grundsätzlich aber nicht dazu, dass automatisch ein Beitrag in Höhe der dem fehlerhaften Gefahr tariff entnommenen, ursprünglichen Forderung von den Unfallversicherungsträgern geltend gemacht werden könne. Vielmehr müsse in gesteigertem Maße überprüft werden, an welchem Fehler der Gefahr tariff leide, um im Rahmen der Wertermittlung nach § 818 Abs. 2 BGB analog eine zutreffende Aussage über die Höhe des zu fordernden Beitrages treffen zu können.

Das BSG hat zur Weiteranwendung von Satzungsregelungen mehrfach entschieden, dass Satzungsregelungen, die im Falle des Verstoßes gegen höherrangiges Recht nichtig sind, ausnahmsweise für eine Übergangszeit (weiter) angewendet werden dürfen.<sup>110</sup> Voraussetzung für die Weiteranwendung ist nach dieser Rechtsprechung aber, dass der Zustand bei Nichtanwendung der Norm für die Übergangszeit von der gesetz- und verfassungsmäßigen Ordnung noch weiter entfernt ist als ein Zustand, bei dem den Normunterworfenen die Anwendung der rechtswidrigen Norm für eine begrenzte Zeit zugemutet wird. Im Beitragsrecht kommt dies nur bei haushaltsrechtlich bedeutsamen

Normen in Betracht, bei denen eine Rückabwicklung faktisch unmöglich ist und unkalkulierbare Haushaltsrisiken bis hin zu drohender Zahlungsunfähigkeit des Versicherungsträgers vermieden werden müssen. So hat es das BSG als nicht hinnehmbar angesehen, dass bis zum Erlass einer rechtskonformen Satzung alle Beitragsbescheide als rechtswidrig angegriffen und neue Beitragsbescheide aufgrund einer neuen Satzung ggf. rückwirkend hätten erteilt werden müssen. Hiervon ist das BSG in seiner neuesten Entscheidung vom 17.05.2011<sup>111</sup> aber für den Fall abgewichen, dass der Satzungsgeber überhaupt keine rechtliche Kompetenz/Ermächtigung hatte, die Regelung zu treffen. Es machte folglich auch keinen Sinn, die beanstandete Regelung für einen Übergangszeitraum gelten zu lassen, weil die BG mangels Satzungscompetenz diese niemals in ihrem Sinne hätte reparieren bzw. verbessern können.

### III. Europa- und verfassungsrechtliche Probleme des Monopols der gesetzlichen UV

#### 1. Die Rechtssache Kattner Stahlbau und ihre Konsequenzen

Das System der Zwangsmitgliedschaft in der jeweils zuständigen BG sah sich in den letzten Jahren massiven Angriffen seitens der Unternehmer ausgesetzt. Insbesondere wurde vorgetragen, die BGen seien selbst Unternehmen im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts. Da sie die Höhe des Mindestbeitrages selbst bestimmen könnten, hätten sie die Möglichkeit, das für den freien Markt entscheidende Preis-Leistungsverhältnis zu beeinflussen und dadurch mit Unternehmen der Privatwirtschaft zu konkurrieren. Eine solidarische Tragung der Lasten, wie sie der Europäische Gerichtshof (EuGH) für nicht den Wettbewerbsvorschriften unterliegende Sozialversicherungsträger fordere, gebe

108 Immerhin hielt auch der ehemalige BVerfG-Präsident Papier das Beitragsystem für verfassungswidrig, vgl. *Papier/Möller*, SGB 1998, 337; *Papier/Möller*, NZS 1998, 353; vgl. noch unter III. 2.

109 Vgl. hierzu insb. *Janzen*, NZS 2001, 351; vgl. auch *Eßling*, NZS 2005, 359 und *Fenn*, NZS 2006, 237.

110 Vgl. BSG, 07.12.2004 – B 2 U 43/03 R – BSGE 94, 38, 46, Rn. 19 – SozR 4–2700 § 182 Nr. 1 Rn. 18; ebenso BSG, 04.12.2007 – B 2 U 36/06 R – SozR 4–2700 § 182 Nr. 3 Rn. 18.

111 BSG, 17.05.2011 – B 2 U 18/10 R – UV-Recht Aktuell 2011, 1015; hierzu jetzt *Voosen*, BPUVZ 2012, 38.

es schon wegen der großen Zahl von BGen mit ganz unterschiedlichen Risikostrukturen und entsprechend unterschiedlichen Beiträgen nicht.<sup>112</sup> Durch das Monopol der öffentlich-rechtlichen UV-Träger werde auch der im EG-Vertrag besonders betonte freie Dienstleistungsverkehr (Art 49 EGV – heute: Art. 56 AEUV) in unzulässiger Weise eingeschränkt. Der EuGH hatte sich auf eine Vorlage des Sächsischen LSG hin in dem Verfahren Kattner Stahlbau GmbH eingehend mit der europarechtlichen Zulässigkeit des deutschen Unfallversicherungsmonopols zu befassen.<sup>113</sup> Die Firma machte ua. geltend, sie könne den ihr von der zuständigen Maschinenbau- und Metall-BG gewährten Unfallversicherungsschutz auch von einem dänischen Unternehmen zu gleichwertigen Bedingungen erhalten. Das Sächsische LSG hatte zwei Vorlagefragen an den EuGH formuliert, die hier nacheinander dargestellt werden:

1. Handelt es sich bei der zuständigen BG um ein Unternehmen im Sinne der Art. 81 EGV und 82 EGV (heute: Art. 101, 102 AEUV), sogleich a)?, und
2. verstößt die Pflichtmitgliedschaft von Kattner bei der BG gegen gemeinschaftsrechtliche Vorschriften, insbesondere die Dienstleistungsfreiheit nach den Art. 49, 50 EGV (heute Art. 56, 57 AEUV) (sogleich b)?

#### a) Überprüfung nach europäischem Wettbewerbsrecht – Unternehmereigenschaft der BG

Adressaten der EU-Wettbewerbsregeln sind in erster Linie Unternehmen.<sup>114</sup> Der Staat ist nur mittelbarer Adressat, weil er durch Art. 86 Abs. 1 EGV (heute: Art 106 Abs. 1 AEUV) und nach Art. 10 (heute: Art 34 AEUV), Art. 3 Buchst. g) und Art. 81 ff. (heute: Art. 101 ff. AEUV) EGV zur Wahrung des Wettbewerbsrechts verpflichtet wird. Entscheidend ist hierfür aber, dass von der jeweiligen Maßnahme überhaupt »Unternehmen« betroffen sind. Zur Ausfüllung des Unternehmensbegriffs verwendet der EuGH grundsätzlich eine funktionelle Sichtweise. Unternehmen ist danach »eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und Art ihrer Finanzierung«.<sup>115</sup> Allerdings hat der EuGH schon früh zu erkennen gegeben, dass er im Bereich des Sozialrechts das europäische Wettbewerbsrecht der Art. 81 ff. EGV (heute: Art 101 ff. AEUV) nur mit Zurückhaltung zur Anwendung bringen will, insbesondere weil das Gemeinschaftsrecht die Befugnis der Mitgliedstaaten unberührt lasse, ihre Systeme der sozialen Sicherheit auszugestalten.<sup>116</sup> Andererseits verbietet es der funktionale Unternehmensbegriff aber auch,

Sozialversicherungsträger von vorneherein vom EU-Wettbewerbsrecht auszunehmen<sup>117</sup> und so hatte der EuGH beispielsweise auch das deutsche Arbeitsvermittlungsmonopol der BA unter dem Blickwinkel des europäischen Wettbewerbsrechts beanstandet.<sup>118</sup> Als Abgrenzungskriterium für die Frage, ob ein Sozialversicherungsträger »als Unternehmer« in Wettbewerb zu anderen, privaten Unternehmen der Versicherungswirtschaft steht und mithin Wettbewerbsrecht anwendbar ist, hat der EuGH sodann regelmäßig darauf abgestellt, ob der Sozialversicherungsträger einen sozialen Zweck verfolge und damit nach dem »Grundsatz der Solidarität« handle.<sup>119</sup> Der EuGH hatte bereits im Jahre 2000 unter diesem Gesichtspunkt die Unternehmereigenschaft des Trägers der italienischen Unfallversicherung INAIL verneint. Den Grundsatz der Solidarität sah der EuGH darin verwirklicht, dass die Höhe der Versicherungsbeiträge nicht dem versicherten Risiko entsprach. Zwar waren die Beiträge im Grundsatz auf das Unfallrisiko abgestimmt, jedoch gab es Höchstsätze und Mindestbeiträge bei der Rentenauszahlung, so dass auch bei niedrigen Einkommen höhere Leistungen gewährt werden konnten.<sup>120</sup>

Nach alledem konnte nicht wirklich überraschen, dass der EuGH in der Streitsache Kattner Stahlbau die Unternehmenseigenschaft der deutschen UV-Träger verneint hat.

112 Dementsprechend war die große Spreizung der Beiträge zwischen den einzelnen BGen eine der Triebkräfte für das UVMG. Nach BT-DrS. 113/08, S. 56 soll durch die Fusion von BGen die Beitragssatzspreizung auf höchstens 2 vH. reduziert werden; vgl. hierzu *Becker*, BG 2011, 25 ff.; *Rothe*, DGUV-Forum 5/09, 18 ff.

113 EuGH, 05.03.2009 – C-350/07 – Slg. 2009, I-1513 (Kattner Stahlbau); vgl. auch schon EuGH, 22.01.2002 – C-218/00 – Slg. 2002, I-691 (Cisal), Rn. 34; vgl. hierzu *Giesen*, ZESAR 2009, 311; *Fuchs*, Unfallversicherungsmonopol und EG-Vertrag, Eine Erwiderung auf *Giesen*, ZESAR 2009, 365; *Penner*, Die Entscheidung des EuGH zum Monopol der Unfallversicherung – Wird der Schutz sozialer Ziele zu gut gemeint?, ZESAR 2009, 411; zum Beschluss des LSG Sachsen vgl. insb. *Penner*, NZS 2007, 521; eingehend zu EuGH, 05.03.2009 – C-350/07 – Slg. 2009, I-1513 (Kattner Stahlbau) auch *Eckhoff*, Anreizsysteme bei der Beitragsgestaltung in der gesetzlichen Unfallversicherung, Berlin-Münster-Wien-Zürich-London 2010 (zugl. Kiel, Univ., DisS. 2010), S. 113 ff.

114 Zum Unternehmensbegriff nach § 136 SGB VII zur Begründung der Zuständigkeit für eine BG vgl. oben II. 7.

115 EuGH, 11.07.2006 – C-205/03 – Slg. 2006, I-06295 (FENIN).

116 So in der die italienische UV betreffenden Rechtssache EuGH, 22.01.2002 – C-218/00 – Slg. 2002, I-691 (Cisal); vgl. auch EuGH, 17.02.1993 – C-159/91, C-160/91 – Slg. 1993, I-637 (Poucet).

117 *Giesen*, ZESAR 2009, 311, 312; *Giesen*, ZESAR 2004, 151, 152.

118 EuGH, 23.04.1991, C-41/90 – Slg. 1991, I-1979 (Höfer); hierzu etwa *Spellbrink*, SGB 2004, 75.

119 EuGH, 22.01.2002, C-218/00 – Slg. 2002, I-691 (Cisal); EuGH, 17.02.1993, C-159/91, C-160/91 – Slg. 1993, I-637 (Poucet).

120 EuGH, 22.01.2002, C-218/00 – Slg. 2002, I-691 (Cisal), Rn. 38–42; zu dieser Entscheidung *Sokoll*, BG 2002, 319 und *Fuchs/Giubboni*, BG 2001, 320.

Die BGen verfolgen einen sozialen Zweck und handeln in der Umsetzung dieses sozialen Zwecks nach dem Grundsatz der Solidarität. Den sozialen Zweck sieht der EuGH für die UV in deren gesetzlicher Aufgabe nach § 1 SGB VII, dem Vorhandensein von Versicherungsschutz unabhängig von einem individuellen Verschulden des Arbeitgebers oder Arbeitnehmers, der Ablösung der Unternehmerhaftung, sowie auch der Haftung für den Fall, dass überhaupt keine Beiträge entrichtet wurden.<sup>121</sup>

Allerdings genügt der soziale Zweck eines Versicherungssystems als solcher noch nicht, um eine Einstufung der Tätigkeit als wirtschaftliche Tätigkeit auszuschließen. Zu prüfen bleibt nach dem EuGH immer, ob das System als Umsetzung des Grundsatzes der Solidarität angesehen werden kann.<sup>122</sup> Hinsichtlich des letztlich maßgeblichen Grundsatzes der Solidarität enthält die Entscheidung wesentliche Aussagen, die für die Unternehmenseigenschaft aller Sozialversicherungssysteme von Bedeutung sein dürften. Das Gericht betrachtet zunächst die Beitragsseite und kommt zu dem Ergebnis, dass die deutsche gesetzliche UV – ebenso wie das italienische System<sup>123</sup> – durch Beiträge finanziert wird, deren Höhe nicht streng proportional zum versicherten Risiko ist<sup>124</sup>. Als Beleg hierfür wird vom EuGH angeführt, dass die Höhe der Beiträge nicht nur vom versicherten Risiko abhängt, sondern auch vom Arbeitsentgelt der Versicherten und das noch innerhalb der Höchstgrenzen des § 153 Abs. 2 SGB VII.<sup>125</sup> Dies überzeugt nicht recht, ist doch die Begrenzung der Beitragshöhe auf den doppelten Jahresarbeitsverdienst des Versicherten gerade Ausdruck des Korrespondenzprinzips von Leistung und Beitrag, weil die Versichertenrenten etwa auch auf den doppelten Jahresarbeitsverdienst begrenzt sind.<sup>126</sup> Diese Voraussetzungen werden vom EuGH deshalb aber noch als gewahrt angesehen, weil die UV Sachleistungen, wie etwa Präventions- und Rehabilitationsleistungen unabhängig vom Arbeitsentgelt des Versicherten erbringt.<sup>127</sup> Sodann wird ausgeführt, dass unter Umständen die Zahlung hoher Beiträge möglicherweise nur zu begrenzten Leistungen, während umgekehrt die Zahlung verhältnismäßig niedriger Beiträge zu einem Anspruch auf Leistungen führen kann, die nach einem höheren Arbeitsentgelt berechnet werden. Hier stellt sich schon die Frage, ob bei einer an der Rechtswirklichkeit orientierten Betrachtung der EuGH nicht einem Fehlschluss aufsitzt. Die Beiträge zahlt ausschließlich der Unternehmer. Er erhält dafür eine Freistellung von der Haftpflicht. Das ist die Gegenleistung des Systems für die Beitragsleistung,

nicht der inhaltliche Anspruch auf bestimmte Versicherungsleistungen des SGB VII, auf die der Unternehmer ja gerade keinen Anspruch hat, sondern nur sein Arbeitnehmer. Die Leistungen insgesamt sind aber ein maßgeblicher Faktor der Beitragsberechnung, der wesentlich auch das Umlagesoll gem. § 153 Abs. 1 SGB VII,<sup>128</sup> das ist der konkrete Finanzbedarf der BG für alle von ihr erbrachten Leistungen, berücksichtigt. Insofern erhält der Unternehmer für eine anteilmäßige Deckung des Umlagesolls über seinen Beitrag eine Freistellung von der Haftung und insofern stehen Beitrag und Leistung in einem durchaus äquivalenten Verhältnis. Je höher die Leistungen im abgelaufenen Geschäftsjahr der BG, desto höher der Beitrag.

Im übrigen missinterpretiert der EuGH in diesem Zusammenhang auch die Norm des § 157 Abs. 2 SGB VII, wenn er ausführt, dass über nach § 157 Abs. 2 SGB VII festgesetzte Gefahrklassen auf die Gefahren des Gewerbebezugs abgestellt (werde), dem die Mitglieder einer Berufsgenossenschaft innerhalb derselben angehören, »so dass die Mitglieder entsprechend den in diesem Gewerbebezugs bestehenden Gefährdungsrisiken eine Gefahrengemeinschaft bilden.«<sup>129</sup> Wie oben aufgezeigt (II. 2.) handelt es sich bei der Bildung der Gefahrartifstellen aber gerade nicht vorrangig um die Errichtung einer soziologisch miteinander verbundenen Gemeinschaft, aus der Solidaritätsforderungen abgeleitet werden können. Die Bildung der Gefahrengemeinschaften erfolgt wesentlich nach versicherungsmathematischen Gesichtspunkten eines rechnerischen Risikoausgleichs, bei dem auch nach der Rechtsprechung des BSG Aspekte des sozialen Ausgleichs hinter die versicherungstechnischen Aspekte zurücktreten.<sup>130</sup>

Ein wesentlich stärkeres Argument für die Ausprägung des Grundsatzes der Solidarität im Recht der bundesdeut-

121 EuGH, 05.03.2009 – C-350/07 – Slg. 2009, I-1513 (Kattner Stahlbau), Rn. 36 ff.

122 EuGH, 05.03.2009 – C-350/07 – Slg. 2009, I-1513 (Kattner Stahlbau), Rn. 42 f.

123 EuGH, 22.01.2002, C-218/00 – Slg. 2002, I-691 (Cisal).

124 EuGH, 05.03.2009 – C-350/07 – Slg. 2009, I-1513 (Kattner Stahlbau), Rn. 44.

125 Hierzu oben II. 4.

126 Vgl. insb. *Schmitt*, SGB VII, 4. Aufl., München 2009, § 153 Rn. 6.

127 EuGH, 05.03.2009 – C-350/07 – Slg. 2009, I-1513 (Kattner Stahlbau), Rn. 57 f.

128 Vgl. auch oben II. 5.

129 EuGH, 05.03.2009 – C-350/07 – Slg. 2009, I-1513 (Kattner Stahlbau), Rn. 47.

130 Ebenso *Eckhoff*, Anreizsysteme bei der Beitragsgestaltung in der gesetzlichen Unfallversicherung, Berlin-Münster-Wien-Zürich-London 2010 (zugl. Kiel, Univ., DisS. 2010), S.118 f.; vgl. oben II. 2 und insb. BSG, 29.11.1973–8/2 RU 33/70 – SGB 1974, 384.

schen gesetzlichen UV stellt aber der Verweis des EuGH auf das System des Lastenausgleichs dar.<sup>131</sup> Aus der Tatsache, dass die BGen nach § 176 SGB VII untereinander zum Ausgleich verpflichtet sind, wenn die Ausgaben einer von ihnen die durchschnittlichen Ausgaben aller BGen übersteigen, folgert der EuGH, dass »der Grundsatz der Solidarität auf diese Weise auch auf nationaler Ebene zwischen allen Gewerbezeigen umgesetzt wird, da die verschiedenen Berufsgenossenschaften ihrerseits in einer Gefahrengemeinschaft zusammengeschlossen sind, die es ihnen ermöglicht, untereinander einen Kosten- und Risikoausgleich vorzunehmen.«<sup>132</sup> Neben diesem starken Argument ist für den EuGH schließlich auch maßgeblich, dass die UV einer weitgehenden staatlichen Aufsicht unterliegt.<sup>133</sup> Hierbei wird man dem EuGH umso mehr beipflichten können, je mehr die staatliche Aufsicht über die Genehmigung der Gefahrarife sich auch einer Zweckmäßigkeitkontrolle der Satzungsregelungen annähert (hierzu schon unter II. 1.).

Schließlich hat *Eckhoff*<sup>134</sup> zu recht darauf hingewiesen, dass der EuGH einen wesentlichen Aspekt des Beitragsrechts, der gerade für eine Verwirklichung des Grundsatzes der Solidarität spricht, übersehen hat, nämlich die Möglichkeit über die Wahl des Beobachtungszeitraums bei der Gefahrklassenberechnung gem. § 157 Abs. 3 SGB VII<sup>135</sup> eine Verteilung von Altlasten auf die Mitglieder vorzunehmen. Insofern war und ist die Berücksichtigung bisheriger Entschädigungsfälle im Rahmen der Gefahrklassenberechnung nach § 157 Abs. 3 SGB VII eigentlich der Ort, an dem sich Solidarität verwirklicht.

Insgesamt hat der EuGH also wohl zu Recht die Unternehmereigenschaft der deutschen gesetzlichen UV verneint, wenngleich hinsichtlich der Einschätzung der Gefahrengemeinschaft/Tarifstellenbildung nach § 157 Abs. 2 SGB VII als Verwirklichung des Grundsatzes der Solidarität erhebliche Zweifel bleiben. Auch müsste die Beziehung/Äquivalenz von Beitrag und Leistung innerhalb eines Rechtssubjekts betrachtet werden, so dass es maßgeblich darauf ankommt, was der Beitragsleistende für seine Beiträge erhält. Hier strebt die bundesdeutsche UV tendenziell schon Äquivalenz an, was auch im Wortlaut des § 157 Abs. 2 SGB VII zum Ausdruck kommt. Abgesehen davon dürfte aber vollinhaltlich der Einschätzung von *Fuchs*<sup>136</sup> zuzustimmen sein, dass jedenfalls rechtstatsächlich die These, wonach es sich bei den BGen um Unternehmen im Sinne der Art. 81 ff. EG (heute: Art 101 ff. AEUV) handele, endgültig vom Tisch ist: »Das EG-Wettbewerbsrecht ist daher

für die Frage der Pflichtmitgliedschaft von Unternehmen ohne Bedeutung.«<sup>137</sup>

### b) Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit

Nach seiner Ablehnung der Geltung des Wettbewerbsrechts wendet sich der EuGH der zweiten Frage des vorliegenden sächsischen LSG zu, ob das Monopol der BGen mit der Dienstleistungsfreiheit des Art. 49 EGV (heute: Art. 56 AEUV) vereinbar sei.<sup>138</sup> Der EuGH stellt zunächst klar, dass Art. 49 EGV (heute: Art. 56 AEUV) auch dann anwendbar ist, wenn ein System der sozialen Sicherheit zur Diskussion steht.<sup>139</sup> Zu prüfen sei, ob der freie Dienstleistungsverkehr iSd. Art. 49 EGV (heute: Art. 56 AEUV) dadurch beschränkt werden kann, dass ein Mitgliedstaat ein gesetzliches Versicherungssystem wie das der deutschen UV einrichtet, das eine Zwangsmitgliedschaft vorsieht. Zum einen ist danach zu prüfen, ob dadurch die Möglichkeit von in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Versicherungsgesellschaften beschränkt wird, auf dem Markt der Bundesrepublik ihre Dienste hinsichtlich der Versicherung der betreffenden Risiken anzubieten und zum anderen, ob sich in der Bundesrepublik niedergelassene Unternehmer als Dienstleistungsempfänger davon abhalten lassen, sich bei solchen Gesellschaften zu versichern.<sup>140</sup> Eine hierdurch möglicherweise vorliegende Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit kann allerdings gerechtfertigt sein, wenn sie zwingenden Gründen des Allgemeinwohls entspricht und geeignet ist, die Erreichung des mit ihr verfolgten Ziels zu gewährleisten.

131 Hierzu oben II. 6.

132 EuGH, 05.03.2009 – C-350/07 – Slg. 2009, I-1513 (Kattner Stahlbau), Rn. 48.

133 EuGH, 05.03.2009 – C-350/07 – Slg. 2009, I-1513 (Kattner Stahlbau), Rn. 60; zum Umfang der Aufsicht vgl. bereits unter II. 1.

134 *Eckhoff*, Anreizsysteme bei der Beitragsgestaltung in der gesetzlichen Unfallversicherung, Berlin-Münster-Wien-Zürich-London 2010 (zugl. Kiel, Univ., DisS. 2010), S. 120 ff.; S. auch *Fenn*, Verfassungsfragen der Beitragsgestaltung in der gewerblichen Unfallversicherung, Gefahrarife und DDR-Altlasten als Gleichheitsproblem, Frankfurt 2006 (zugl. Frankfurt, Univ., DisS. 2005).

135 Vgl. oben II. 3.: Die Gefahrklassenberechnung über die Wahl von Beobachtungszeiträumen ist einer der Wege, die Solidarität der Unternehmer einzufordern, was etwa bei der Berücksichtigung von DDR-Altlasten geschehen ist und vom BSG und BVerfG gebilligt wurde.

136 *Fuchs*, ZESAR 2009, 365, 366.

137 *Fuchs*, ZESAR 2009, 365, 366.

138 EuGH, 05.03.2009 – C-350/07 – Slg. 2009, I-1513 (Kattner Stahlbau), Rn. 69 ff.

139 Nach *Giesen*, ZESAR 2009, 311, 317 stellt dies eine Premiere dar, wendet der EuGH doch erstmals Art. 49 auf Systeme der sozialen Sicherheit an.

140 EuGH, 05.03.2009 – C-350/07 – Slg. 2009, I-1513 (Kattner Stahlbau), Rn. 77.

Der EuGH weist ausdrücklich darauf hin, dass eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit als solche einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen kann, der eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigt.<sup>141</sup> Hierbei stellt der EuGH die Frage, ob in der gesetzlichen UV Solidarausgleiche existieren, die es mit Blick auf das »finanzielle Gleichgewicht« erforderlich machen, dass die Versicherung aus einer Hand angeboten wird.<sup>142</sup> Hier geht es etwa auch um die Frage, ob gerade Unternehmen mit jungem und gesundem Personal mit ungefährlichen Tätigkeiten sich um die private Absicherung bei privaten Unfallversicherern bemühen würden, was zu einem strukturellen Ausscheiden von »guten Risiken« aus der gesetzlichen Pflichtversicherung führe. Das könnte im Umkehrschluss wiederum zu einer Erhöhung der Beiträge und Absenkung der Leistungen für Unternehmer mit älterem Personal oder besonderer Unfallgefahr führen.<sup>143</sup>

Des weiteren überrascht der EuGH in diesem Zusammenhang mit der Überlegung, der Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit durch das Unfallversicherungsmonopol sei eventuell schon deshalb gerechtfertigt, weil die deutsche UV nur eine »Mindestsicherung« biete, »so dass es den ihr unterliegenden Unternehmen trotz der damit verbundenen Pflichtmitgliedschaft freisteht, diese Abdeckung dadurch zu ergänzen, dass sie zusätzliche Versicherungen abschließen, sofern diese auf dem Markt angeboten werden.«<sup>144</sup> Dies ist nun angesichts des Leistungsumfangs der gesetzlichen UV in der Bundesrepublik<sup>145</sup> kaum mehr nachvollziehbar, wird den Versicherten hier gem. §§ 26 ff. SGB VII doch ein umfassendes Leistungsspektrum zur Verfügung gestellt, das aufgrund seiner Qualität etwa im Bereich der unfallversicherungsrechtlichen Heilbehandlung nach § 27 SGB VII geradezu zu einem Drang von Verletzten in das SGB VII führt. Wie dem auch sei, der EuGH hat jedenfalls insbesondere hinsichtlich des Verstoßes des Unfallmonopols gegen die Dienstleistungsfreiheit des Art. 49 EGV (heute: Art. 56 AEUV) dem LSG aufgegeben, unter der Berücksichtigung der soeben dargestellten Hinweise erst noch zu prüfen, ob das System der bundesdeutschen gesetzlichen UV »im Hinblick auf das damit verfolgte Ziel des finanziellen Gleichgewichts der sozialen Sicherheit erforderlich ist.«<sup>146</sup> Diese Ausführungen haben natürlich zu Spekulationen geführt, ob das Sächsische LSG insofern einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit noch bejahen könne bzw. werde.<sup>147</sup>

Das vorliegende Sächsische LSG hat mittlerweile am 31.08.2011 das nächste Urteil in Sachen Kattner Stahlbau gesprochen<sup>148</sup> und die Berufung des Unternehmers nunmehr insgesamt zurückgewiesen. Dabei hat es insbesondere darauf abgestellt, dass der soeben dargestellte, vom EuGH gegebene, Prüfauftrag betreffend die Rechtfertigung des Hemmnisses für den freien Dienstleistungsverkehr sich nicht mehr als rein juristische Subsumtionsaufgabe fassen lasse. Die Frage, wodurch eine Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit eintrete, stelle eine sehr ins Empirische gehende Frage dar. Der Begriff des Gemeinwohls sei politisch sehr unterschiedlich zu interpretieren.<sup>149</sup> Die vom LSG beauftragten Gutachter kämen folglich auch zu diametral entgegengesetzten Ergebnissen, weshalb es sich letztlich um eine politische Frage handele, die im Sinne der Gewaltenteilung nicht von der Judikative zu entscheiden ist. Die Systementscheidung sei letztlich vom Gesetzgeber zu treffen.

## 2. Verfassungsprobleme des Beitragsrechts der gesetzlichen UV<sup>150</sup>

**a) Die Zwangsmitgliedschaft im Lichte des Art. 2 Abs. 1 GG**  
Zunächst stellt sich unter dem Gesichtspunkt der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG die Frage der

141 EuGH, 05.03.2009 – C-350/07 – Slg. 2009, I-1513 (Kattner Stahlbau), Rn. 84 ff. unter Berufung auf die EuGH, 28.04.1998 – C-158/96 – Slg. 1998, I-1931 (Kohll) – SGB 1998, 586 mit Anm. Gassner.

142 EuGH, 05.03.2009 – C-350/07 – Slg 2009, I-1513 (Kattner Stahlbau), Rn. 89 ff.

143 EuGH, 05.03.2009 – C-350/07 – Slg 2009, I-1513 (Kattner Stahlbau), Rn. 90; ganz zutreffend sind diese Erwägungen des EuGH nicht, denn in Gefahrengemeinschaften nach § 157 Abs. 2 SGB VII werden ja gerade Gewerbebetriebe zusammengefasst, so dass die Betriebe mit geringer Unfallgefahr ohnehin einen niedrigeren Beitrag zahlen (iE. oben II. 2).

144 EuGH, 05.03.2009 – C-350/07 – Slg 2009, I-1513 (Kattner Stahlbau), Rn. 89.

145 Hierzu zuletzt Becker, BG 2011, 568.

146 EuGH, 05.03.2009 – C-350/07 – Slg 2009, I-1513 (Kattner Stahlbau), Rn. 91.

147 So schreibt Giesen, ZESAR 2009, 311, 319: »Daher wird das vorliegende Gericht – gemeint ist das Sächsische LSG – schlussendlich zugunsten eines möglichen Unfallversicherungsschutzes im Ausland entscheiden müssen.«; anders natürlich Fuchs, ZESAR 2009, 365, die jeweils zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen.

148 Sächsisches LSG, 31.08.2011 – L 6 U 51/09 – UV-Recht Aktuell 2012, 91.

149 Sächsisches LSG, 31.08.2011 – L 6 U 51/09 – UV-Recht Aktuell 2012, 91.

150 In einschlägigen Überblicksartikeln besteht Einigkeit, dass das System der gesetzlichen UV auch aufgrund seiner über 125jährigen Tradition weitgehend als »verfassungsfest« bezeichnet werden kann, vgl. Becker, VSSR 2010, 247; Jung, SGB 2006, 125; Gitter/Nunius, in: Schulin (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 2, UV, München 1996, § 4 Verfassungsrechtliche Grundlagen; zu den Grundrechten im Sozialrecht Spellbrink, FS 50 Jahre saarländische Sozialgerichtsbarkeit, 2009, S. 25; ein Beispiel für die Angriffe gegen das System der UV: Tuengerthal/Hagemann, SGB 2002, 372.

Legitimation der Zwangsmitgliedschaft des Unternehmers in seiner BG. Zwar dürfte der insbesondere von Hase<sup>151</sup> hervorgehobene Legitimationsaspekt der Schutzbedürftigkeit des Zwangsmitglieds hier vordergründig keine so entscheidende Rolle spielen. Andererseits hat das BVerfG in seiner Entscheidung zur Zwangseinbeziehung von privat Versicherten in die gesetzliche Pflegeversicherung vom 03.04.2001<sup>152</sup> auch auf den Aspekt abgestellt, dass die Bürger sich ohne Versicherungszwang nicht gegen das Pflegerisiko privat versichert hätten. Von daher rechtfertigt schon der Zweck der gesetzlichen UV – Betriebsfrieden, Absicherung und Verhinderung von Arbeitsunfällen mit allen geeigneten Mitteln – den Versicherungszwang des Unternehmers. Im Spannungsfeld zwischen dem Schutz der individuellen Freiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG und den Anforderungen an eine sozialstaatliche Ordnung hat der Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsfreiraum, der im Hinblick auf den Vorteil der Freistellung der Unternehmer von Schadensersatzansprüchen keinesfalls überschritten ist.<sup>153</sup> Ebenso hat das BVerfG in einigen frühen Einzelfallentscheidungen erkannt.<sup>154</sup> Interessanterweise wurde der Angriff gegen das Unfallversicherungsmonopol der letzten Jahre ja auch nicht über Art. 2 Abs. 1 GG geführt, sondern über die europarechtliche Schiene der Dienstleistungsfreiheit (soeben III. 1.), was zeigt, dass die Zwangsmitgliedschaft auch verfassungsrechtstatsächlich<sup>155</sup> nicht zur Disposition stehen dürfte.

#### b) Die Satzungsermächtigung in § 157 Abs. 1 SGB VII im Lichte des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG

§ 157 Abs. 1 SGB VII ermächtigt als Zentralnorm die BG zum Erlass des Fahrtarifs als Satzung.<sup>156</sup> Der letzte verfassungsrechtliche Großangriff auf die Verfassungsgemäßheit der Regelung des § 157 SGB VII wurde im Jahre 1997 durch *Papier* und *Möller* in einem Rechtsgutachten für den DFB geführt.<sup>157</sup> Die Verfasser bezweifelten, dass so weitgehende Eingriffe wie eine Neufassung der Gefahrklassen mit erheblichen Beitragssteigerungen auf der Grundlage bloß autonomen Rechts (Satzungsrechts) erfolgen dürften. Die Beitragspflicht greife in die Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), jedenfalls in die allgemeine Handlungsfreiheit des Unternehmers (Art. 2 Abs. 1 GG) ein. Deshalb folge angesichts der Intensität des Grundrechtseingriffs, dass dieser auf ein Parlamentsgesetz zurückzuführen sein muss, das den Kriterien der Wesentlichkeitstheorie (Vorbehalt des Gesetzes) genügt.

§ 157 SGB VII genüge jedenfalls nicht den formalgesetzlichen Anforderungen an eine solche Rechtsgrundlage. Denn die wesentlichen Entscheidungen der Gefahrklassenbildung und auch die anderen für die Beitragshöhe maßgebenden Entscheidungen seien vom Gesetzgeber nicht selbst getroffen, ja dem Satzungsgeber noch nicht einmal verbindlich vorgezeichnet worden. Auch habe der Gesetzgeber selbst keine Regelungen darüber getroffen, wie der Solidarausgleich hergestellt werden solle. Dem hat *Schulz*<sup>158</sup> in einem umfassenden Aufsatz widersprochen, in dem er aber den Prozess der Erstellung des Fahrtarifs und der wichtigen Fahrtarifsstellenbildung – entgegen dem oben II. 1.-3. dargestellten rechtstatsächlichen Vorgehen – als quasi algorithmischen Prozess mit mathematischer Genauigkeit und wenigen Freiheitsgraden für den Satzungsgeber darstellt, um den Vorwurf der nichtgesetzlichen Steuerung zu entkräften. Obwohl sich das Verfahren des DFB anders erledigte,<sup>159</sup> hat das BVerfG in seinem Beschluss vom 03.07.2007<sup>160</sup> klargestellt, dass sich der Autonomiegedanke sinnvoll in das System der grundgesetzlichen Ordnung einfüge. Der Gesetzgeber dürfe sich allerdings seiner Rechtsetzungsbefugnis nicht völlig entäußern.<sup>161</sup> Dies gelte insbesondere, wenn der Akt der Autonomieverleihung dem Verband nicht nur allgemein das Recht zu eigenverantwortlicher Wahrnehmung

151 Vgl. insb. *Rolfs*, Das Versicherungsprinzip im Sozialversicherungsrecht, München 2000 (zugl. Hagen, FernUniv., Habil. 1999) und *Hase*, Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich, Tübingen 2000 (zugl. Gießen, Univ., Habil. 2000) sowie die Arbeit von *Bieback*, VSSR 2003, 1; *Schenkel*, Sozialversicherung und Grundgesetz, Berlin 2008 (zugl. Hamburg, Bucerius Law School, DisS. 2007); *Schenkel*, VSSR 2010, 79; zur Diskussion auch *Spellbrink*, JZ 2004, 538.

152 BVerfG, 03.04.2001 – 1 BvR 2014/95 – BVerfGE 103, 197.

153 *Gitter/Nunius*, in: Schulin (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 2, UV, München 1996, § 4 Rn. 58.

154 BVerfG, 16.06.1981 – 1 BvR 534/81 – SozR 2200 § 780 Nr. 4; 30.07.1985 – 1 BvR 282/85 – SozR 2200 § 543 Nr. 6.

155 Vgl. die letzten Beschlüsse des BVerfG, 09.03.2011 – 1 BvR 2326/07 – Bestätigung BSG, 08.05.2007 – B 2 U 14/06 R – BSGE 98, 229; BVerfG, 10.03.2011 – 1 BvR 2891/07 – Bestätigung BSG, 20.03.2007 – B 2 U 9/06 R – UV-Recht Aktuell 2007, 1065; zur verfassungsgerichtlichen Akzeptanz des UV-Systems auch *Spellbrink*, BPUVZ (vormals BG) 2012, 88, 89.

156 Oben II. 1.

157 *Papier/Möller*, SGB 1998, 337; hierzu *Schulz*, SGB 1999, 172. Zum Hintergrund im Text II. 2.

158 *Schulz*, SGB 1999, 172 ff.

159 Vgl. zu dem Befangenheitsantrag gegen den späteren Verfassungsrichter *Papier* wegen des Gutachtens für den DFB: BVerfG, 25.05.2007 – 1 BvR 1696/03 – BVerfGK 11, 232.

160 BVerfG, 03.07.2007 – 1 BvR 1696/03 – SozR 4 – 2700 § 157 Nr. 3.

161 BVerfG, 03.07.2007 – 1 BvR 1696/03 – SozR 4 – 2700 § 157 Nr. 3.

der ihm übertragenen Aufgaben einräumt, sondern ihn zugleich zu Eingriffen in Grundrechte, wie hier durch den Gefahrarif ermächtigt. Das in § 157 SGB VII inhaltlich umschriebene Ermächtigungsprogramm des Gesetzgebers genüge – unter Berücksichtigung der langen Tradition der UV – den verfassungsrechtlichen Vorgaben.<sup>162</sup> Die Ermächtigungsnorm des § 157 SGB VII enthält mithin hinreichend konkrete Vorgaben für die Formulierung des Gefahrarifs.

### c) Die Bildung der Tarifstellen gem. § 157 Abs. 2 SGB VII als Gleichheitsproblem gem. Art. 3 Abs. 1 GG

Die Frage der Zuordnung zu einer Gefahrengemeinschaft/Tarifstelle gem. § 157 Abs. 2 SGB VII entscheidet wesentlich über die Höhe des Beitrags.<sup>163</sup> Berührt ist hier zumeist der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, geht es doch um die Zuordnung zu einer Gruppe, die der betroffene Unternehmer jeweils als wesentlich gleich oder ungleich zu den Voraussetzungen in seinem Unternehmen empfinden mag. Nach der sog. neuen Formel des BVerfG ist hier darauf abzustellen, ob zwischen dem Unternehmer, der einer bestimmten Tarifstelle zugeordnet wurde und den anderen Mitgliedern dieser Tarifstelle Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass eine gemeinsame Risikoveranlagung nicht gerechtfertigt erscheint.<sup>164</sup> Hier kann man einfacher Weise zunächst jeweils auf die Rechtfertigungsfigur einer notwendigen Typisierung bei Massenverwaltung zurückgreifen.<sup>165</sup> Zugleich ist auch der Aspekt der Satzungsautonomie berührt, der der Vertreterversammlung eine gewisse Regelungsprärogative einräumt, die dann auch nicht wieder zu einer vollständigen Normüberprüfung unter dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit etc. führen kann und darf. Das BVerfG hat hierzu ebenfalls den Autonomiegedanken bemüht und darauf abgestellt, dass eine BG einen »einleuchtenden Grund« für eine Tarifstellendifferenzierung haben müsse.<sup>166</sup> Liege ein solcher vernünftiger und einleuchtender Grund vor, so »hat das BVerfG, auch im Hinblick auf den verfassungsrechtlich unbedenklichen weiten Gestaltungsspielraum der BGen«, nicht zu prüfen, ob eine andere Gliederung der Gefahrarifstellen sinnvoller wäre.<sup>167</sup> Allerdings hat das BSG auch angedeutet, dass sich durchaus ein Anspruch auf Zuweisung zu einer anderen Gefahrarifstelle ergeben kann, wenn bei einer bestimmten Art von Unternehmen ein vom Durchschnitt des Gewebezweigs erheblich abweichendes Gefährdungsrisiko besteht.<sup>168</sup> Gerade unter dem

Blickwinkel des Art. 3 Abs. 1 GG bleibt aber in jedem Einzelfall zu prüfen, ob die Gleich- oder Ungleichbehandlung durch eine Tarifstellenzuordnung noch einleuchtend oder schon willkürlich ist.<sup>169</sup> So hat das BSG etwa unter dem Blickwinkel des Art. 3 Abs. 1 GG (Honorarverteilungsgerechtigkeit) immer wieder die Honorarverteilungsmaßstäbe einzelner Kassenärztlicher Vereinigungen aufgehoben,<sup>170</sup> so dass Gesichtspunkte einer richterrechtlichen Beitragsverteilungsgerechtigkeit in der gesetzlichen UV entwickelt werden könnten.

### d) Die Belastung der Beitragshöhe mit Fremdlasten

Die Belastung der Beiträge mit Rentenaltlasten (etwa auch DDR-Altlasten) über die Gefahrklassenberechnung nach § 157 Abs. 3 SGB VII<sup>171</sup> und der Lastenausgleich gem. §§ 176 ff SGB VII<sup>172</sup> stellen zweifellos Eingriffe in Rechte der Unternehmen dar. Allerdings dürften Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG schon deshalb als Prüfgesichtspunkte ausscheiden, weil es sich jeweils – bezogen auf die Unternehmensgröße pp. – um recht geringfügige Beträge handeln dürfte.<sup>173</sup> Bleibt als Prüfmaßstab mithin nur Art. 3 Abs. 1 GG. Doch auch unter diesem Gesichtspunkt wurde in der höchstrichterlichen Rechtsprechung der Lastenaus-

162 Das BVerfG formulierte zwar einschränkend, der Gesetzgeber habe »noch« diesen Vorgaben genügt (BVerfG, 03.07.2007 – 1 BvR 1696/03 – SozR 4–2700 § 157 Nr. 3, Rn. 24), faktisch ist aber seit diesem Beschluss die Satzungsautonomie der BGen über § 157 SGB VII nicht mehr in Frage zu stellen.

163 Oben II. 2.

164 Vgl. zu Art. 3 Abs. 1 GG als Hauptgrundrecht des Sozialrechts mit zwN. Spellbrink, FS 50 Jahre saarländische Sozialgerichtsbarkeit, 2009, S. 41 ff.

165 So insb. Becker, VSSR 2010, 247, 272 unter Verweis auf BVerfG, 04.03.1982 – 1 BvR 34/82 – SozR 2200 § 734 Nr. 2.

166 BVerfG, 03.07.2007 – 1 BvR 1696/03 – SozR 4–2700 § 157 Nr. 3 Rn. 35.

167 BVerfG, 03.07.2007 – 1 BvR 1696/03 – SozR 4–2700 § 157 Nr. 3 Rn. 36 unter Hinweis auf BVerfG, 30.07.1985 – 1 BvR 282/85 – SozR 2200 § 543 RVO Nr. 6.

168 Vgl. im Einzelnen oben II. 2.; BSG, 05.07.2005 – B 2 U 32/03 R – BSGE 97, 47, 52 – SozR 4–2700 § 157 Nr. 2 Rn. 16.

169 Vgl. etwa das Beispiel des Berliner Mietervereins Fn. 46.

170 Vgl. die zahlreichen in SozR 2200 zu § 85 SGB V abgedruckten Entscheidungen.

171 Vgl. oben II. 3.

172 Vgl. oben II. 6.

173 So führt das BSG in seinem Urteil vom 24.06.2003 – B 2 U 21/02 R – BSGE 91, 128, 139 – SozR 4–2700 § 157 Nr. 1, Rn. 31 aus: »Im Übrigen sind die Beiträge der Unternehmen zur gesetzlichen Unfallversicherung in aller Regel so niedrig, dass sie keine Grundrechtsrelevanz hinsichtlich der Artikel 3, 12 und 14 GG haben (vgl. ebenso Papier/Möller, SGB 1998, 337, 341 f.: »Bagatelleingriff«). Ebenso etwa explizit BVerfG, 05.03.1974 – 1 BvL 17/72 – BVerfGE 36, 383 – SozR 5610 Art. 3 § 1 Nr. 1, Rn. 52; Art. 14 GG schützt nicht vor Umlagen, die nur geringen Umfang haben; ebenso Becker, VSSR 2010, 247, 275.

gleich und auch die Beteiligung an den DDR-Altlasten nicht beanstandet.<sup>174</sup>

So bleibt als Fazit zu konstatieren, dass das Beitragssystem der gesetzlichen UV der Bundesrepublik Deutschland allen verfassungs- und europarechtlichen Angriffen standgehalten hat und standhält. Es ist insofern ein auch politikwissenschaftlich interessantes Phänomen, hat es doch unter Erhalt seiner wesentlichen Strukturprinzipien 125 Jahre deutscher Geschichte und zahlreiche Systemwechsel überlebt, ohne im Grundsatz ernsthaft rechtlich in Zweifel

gezogen werden zu können. Von daher ist in dem Beitrag mehrfach angeklungen, dass die gerichtliche Kontrolldichte, etwa der Nachvollziehbarkeit der Gehaltstarifstellenbildung oder der inhaltlichen Begründetheit der Beitragsbescheide hier ggf. als legitimatorisches Ventil für die verfassungsrechtliche Unangreifbarkeit des Systems als solches dienen kann und muss.<sup>175</sup>

174 Vgl. oben im Text II. 3. und II.6.

175 Vgl. oben II. 8 c) (2) zur gerichtlichen Kontrolldichte.

## Der Streik in der Daseinsvorsorge und Die rechtliche Stellung von Arbeitnehmersparbeiteraußenseitern im Spartenarbeitskampf

Dissertation von Lena Rudkowski, 2010, Verlag C.H. Beck, München, 335 S. (ISBN 978-3-406-60717-2), 75 €, und Dissertation von Anne Christin Wietfeld, 2010, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 252 S. (ISBN 978-3-8329-5772-8), 65 €, beide erschienen in der Schriftenreihe des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln.

Beide Dissertationen bestätigen die Aktualität des Arbeitskampfrechts, die von der zunehmenden Zahl der Auseinandersetzungen, wie sie auch *Rudkowski* konstatiert (S. 10), genährt wird. Allein im letzten Vierteljahr des Jahres 2011 drohten die Fluglotsen<sup>1</sup> und Ärzte von Universitätskliniken<sup>2</sup> mit Streiks. Die Nordostseebahn wurde von der GDL weiter bestreikt,<sup>3</sup> die Postbank mit bundesweiten Warnstreiks überzogen.<sup>4</sup> Die Unzulässigkeit von Streikaktionen der Beamten, die für die Gewährleistung der Daseinsvorsorge trotz der Privatisierungen bedeutsam ist, steht nicht mehr so eindeutig fest, wie *Rudkowski* annimmt (S. 2, 23), zumal sich das BVerfG auch in einem anderen Zusammenhang, insbesondere bei der Sicherungsverwahrung,<sup>5</sup> durch den EGMR und dessen Auslegung der EMRK hat korrigieren bzw. beeindrucken lassen.<sup>6</sup> Die Verunsicherung verdanken wir dem EGMR, der nach der Rechtfertigung eines Streikverbots gemäß Art. 11 Abs. 2 EMRK fragt.<sup>7</sup> Deshalb kam

es in jüngster Zeit zu divergierenden Entscheidungen von Verwaltungsgerichten.<sup>8</sup> Gleichwohl hat das Land Schleswig-Holstein unbeirrt gegen rund 1.200 Lehrer Disziplinarverfügungen erlassen.<sup>9</sup> Selbst wenn der Arbeitskampf am Ende ausbleibt, bei den Fluglotsen unter Einsatz des Bundesverkehrsministers Ramsauer, müssen sich die Kampfparteien der rechtlichen Rahmenbedingungen vergewissern, um die Risiken eines Arbeitskampfes abwägen zu können.

Während für *Rudkowski* die Frage der Rechtmäßigkeit von Arbeitskämpfen und damit der kollektivrechtliche Handlungsrahmen im Zentrum steht, geht es *Wietfeld* zwar auch um die Zulässigkeit von Spartenarbeitskämpfen, vor allem aber um deren Rechtsfolgen für Arbeitnehmersparbeiter.

1 FAZ Nr. 237, 12.10.2011, S. 12.

2 FAZ Nr. 259, 07.11.2011, S. 11.

3 Hamburger Abendblatt, 28.10.2011, <http://www.abendblatt.de/region/article/2074091/100-Tage-Streik-ein-Report-ueber-den-Arbeitskampf.html> (14.02.2012).

4 FAZ Nr. 284, 06.12.2011, S. 6.

5 BVerfG, 04.05.2011 – 2 BvR 2333/08 ua. – NJW 2011, 1931 ff.

6 Ganz allgemein zur Bedeutung der EMRK für die Gerichte BVerfG, 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 – BVerfGE 111, 307, 315 ff.; BVerfG, 21.07.2010 – 1 BvR 420/09 – BVerfGE 127, 132, 156 und 163 f.

7 EGMR, 21.04.2009 – 68959/01 (Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei) – NZA 2010, 1423 ff.; zur – selbstverständlichen – Gründung einer Gewerkschaft durch Gemeindebedienstete zuvor EGMR, 12.11.2008 – 34503/97 (Demir und Baykara/Türkei) – NZA 2010, 1425 ff.; weitere Nachweise AuR 2011, 303 ff.; näher zur »Denationalisierung des Streikrechts«: *Niedobitek*, ZBR 2010, 361 ff.

8 Für die Rechtmäßigkeit von Streikaktionen: VG Kassel, 27.07.2011 – 28 K 574/10.KS.D und 28 K 1208/10.KS.D – AuR 2011, 375 f.; jedenfalls bei Tätigkeit außerhalb des in Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK beschriebenen Kernbereichs hoheitlicher Staatsverwaltung: VG Düsseldorf, 15.12.2010 – 31 K 3904/10.0; gegen die Rechtmäßigkeit: VG Osnabrück, 19.08.2011 – 9 A 1/11 und 9 A 2/11 – AuR 2011, 375.

9 Hamburger Abendblatt, 06.11.2011, <http://www.abendblatt.de/region/schleswig-holstein/article2084066/Kieler-Bildungsministerium-geht-gegen-1818-Lehrer-vor.html> (14.02.2012).

Immerhin lässt sich faktisch konstatieren, dass gerade im Bereich der Daseinsvorsorge Spartenarbeitskämpfe zB. in Krankenhäusern durch den Marburger Bund oder im Verkehrssektor durch die GDL, die GdF, die Vereinigung Cockpit bzw. die UFO die Risiken nicht nur für den Arbeitgeber, sondern auch für die Allgemeinheit deutlich erhöhen.<sup>10</sup> Rechtlich und faktisch gibt es daher etliche Berührungspunkte zwischen beiden Arbeiten, die jedoch nicht hinreichen, um die Besprechung beider Arbeiten wirklich zu verzahnen.

### I. Streik in der Daseinsvorsorge

Die von *Bayreuther* und *Säcker* betreute Dissertation will nach den Worten von *Rudkowski* folgende Fragen beantworten: »Wie viel ist hier den Bürgern zuzumuten? Und wie können sie vor Zumutungen geschützt werden?« (S. 2). Es gehe um mehr als wirtschaftliche Schäden, wenn der Ausfall eines Betriebes mit dem Ausfall einer für die Bevölkerung wichtigen Leistung einhergehe. In einigen sensiblen Bereichen, auch als »Daseinsvorsorge« bekannt, stünden in besonderem Maße Rechte der Bürger auf dem Spiel, vor allem, aber nicht nur, das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG.

#### 1. Der Einstieg in die Problematik

Bevor *Rudkowski* sich dem Kern des Themas zuwendet, schildert sie in § 2 kurz die historische Entwicklung des Streikrechts und Streikgeschehens und betont insbesondere das Sonderrecht für lebenswichtige Betriebe in der Weimarer Republik (S. 5 ff.). Hierzu zählte auch die Verweigerung der Arbeitslosenunterstützung für mittelbar betroffene Arbeitnehmer, wenn »die Stilllegung des mittelbar betroffenen Betriebes deshalb als notwendige Folge des Arbeitskampfes eingetreten ist, weil er für seine Weiterarbeit auf die Lieferung von elektrischem Strom, Gas, Wasser oder von Halb- und Fertigwaren durch den unmittelbar betroffenen Betrieb angewiesen ist.«<sup>11</sup> Von Interesse ist die Information, dass die Gewerkschaften und Arbeitnehmer durch die staatlichen Verbote und das Institut der Zwangsschlichtung offenbar wenig beeindruckt waren (S. 7).

Sodann nimmt *Rudkowski* in § 3 eine die nähere Untersuchung vorbereitende Einordnung von Koalitionsfreiheit und Streikrecht vor, die sich ganz überwiegend mit der

herrschenden Meinung deckt, die ihrerseits die Leitentscheidungen des BVerfG zugrunde legt (S. 11–29). Danach gewährleistet Art. 9 Abs. 3 GG nicht nur die individuelle, sondern auch die kollektive Koalitionsfreiheit und damit als Betätigungsmittel jedenfalls das kollektive Streikrecht. Auch das individuelle Streikrecht erkennt sie im Grundsatz an (S. 13), eine Frage, die *Wietfeld* im Detail untersucht hat. *Rudkowski* zählt zur Betätigungsfreiheit weiterhin das Recht, neue Kampfmittel zu kreieren,<sup>12</sup> eine Aussage, die Einschränkungen des klassischen Kampfmittels Streik erschweren dürfte. Hier spielt in der Diskussion durchaus eine Rolle, inwieweit Einschränkungen als Eingriff in ein an sich bestehendes Grundrecht zu verstehen sind oder lediglich als dessen Konkretisierung im Zuge der unvermeidbaren Ausgestaltung durch den Gesetzgeber oder – gesetzvertretend – durch den Richter. Es liegt auf der Hand, dass man dem Gesetzgeber eher einen »Eingriff« gestattet als dem Richter, dass aber eine für die Anerkennung des Streikrechts verfassungsrechtlich gebotene »Ausgestaltung und Konkretisierung« dem Richter erlaubt sein muss, soll nicht das Streikrecht selbst entfallen. So gesehen ist die Einteilung nicht nur »vor allem eine Definitionssache« (S. 15). Zutreffend ist das lediglich, wenn man auf eine solche Differenzierung verzichtet und je nach Art, Ziel und Folgen der Konkretisierung für das Streikrecht in eine umfassende Bewertung eintritt. Hier ist auch zu beachten, dass die Bejahung der Rechtmäßigkeit des Streiks jede individualrechtliche Sanktion außer dem zeitweisen Ruhen des Arbeitsverhältnisses ausschließt. Als mögliche besonders wichtige Schranken nennt *Rudkowski* den Grundsatz der *Verhältnismäßigkeit*, die *Rechte Dritter* und das *Gemeinwohl* (S. 15 ff., 21).<sup>13</sup>

Nach einem Blick auf den öffentlichen Dienst (S. 22 ff.) umreißt *Rudkowski* den kontroversen Meinungsstand für den »Sonderfall Daseinsvorsorge« (S. 30 f.). Die Überlegungen schließen mit einem im Ansatz verdienstvollen, aber doch etwas kurz geratenen Ausblick auf das Streikrecht

<sup>10</sup> Siehe *Rudkowski*, S. 3 f.; *Wietfeld*, S. 26.

<sup>11</sup> Ziff. 5 der Richtlinien der Reichsanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung, 27.03.1928, RABl. 1928 I, S. 97, zu AVAVG, 16.07.1927, RGBl. I, S. 187.

<sup>12</sup> S. 14, einschränkend aber für den Bereich der Daseinsvorsorge S. 6; kritisch zur freien Wahl der Kampfmittel, *Otto*, RdA 2010, 135, 137 f., am Beispiel des *Flashmobs*.

<sup>13</sup> Dies betont auch *Henssler*, ZfA 2010, 397, 417 ff.

in Frankreich, Spanien und den USA (S. 30 f.). Richtig ist sicher, dass der staatliche Handlungsspielraum in den USA – gerade auch mit dem Blick auf die Einzelstaaten – im öffentlichen Dienst besonders groß ist. Hier wüsste man gern etwas über die möglichen Sanktionen bei Rechtswidrigkeit der Streiks. Die Autorin zieht aber später – zB. bei den Überlegungen zu Ankündigung von Streiks (S. 100) oder zum Schlichtungszwang (S. 103 f.) – durchaus ausländische Rechtsordnungen heran.

## 2. Der Begriff der Daseinsvorsorge

Der erste Abschnitt des § 4, der rund Dreiviertel der Arbeit umfasst (S. 33–271), beginnt mit dem Begriff der Daseinsvorsorge, der einen eigenen Paragraphen verdient gehabt hätte. *Rudkowski* verhehlt nicht seine Herkunft aus dem Verwaltungsrecht, versteht ihn indes im Folgenden sehr weit. Die Herauslösung aus dem Öffentlichen Recht ist angesichts der vielfältigen Formen der Privatisierung staatlichen Handelns gut nachvollziehbar (S. 36 ff.). Elektrizität, Wasser und medizinische Versorgung sind sicher unabhängig von der Rechtsform der Leistungserbringer lebenswichtig. Demgegenüber kann eine abschließende Definition auch angesichts der sich wandelnden Realität schwerlich gelingen, wie am Beispiel von Rundfunk und Fernsehen illustriert wird (S. 49). Die entscheidenden Anhaltspunkte sollen sich vielmehr aus rechtlichen Rahmenbedingungen (wie gesetzlichen Eingriffsbefugnissen und staatlicher Aufsicht) ergeben sowie aus der elementaren Bedeutung der regelmäßig nicht zu ersetzenden Leistung für die Lebensführung des Bürgers (S. 57).

## 3. Allgemeine Schranken des Rechts zum Arbeitskampf

Keine generellen Besonderheiten sollen für die Streiks von Sparten- und Spezialistengewerkschaften gelten, abgesehen von der Bewertung der Auswirkungen auf die Bevölkerung (S. 66 ff., 71). In einem *ersten Schritt* schließt *Rudkowski* jedoch die *Wahl anderer Kampfmittel* als den normalen Streik, nämlich Dienst nach Vorschrift, Bummelstreik und sonstige atypische Kampfmaßnahmen, jedenfalls für den Bereich der Daseinsvorsorge *aus* (S. 62 f.).

In einem *zweiten Schritt* geht es um die *Vermeidung von Streiks* (S. 76 ff.). Hier spielt die Autorin eine Vielzahl von

Varianten durch. Dabei betont sie *de lege lata* vor allem die Verschärfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, während mir eine Kontrolle anhand des Rechtsmissbrauchs i.e.S. (§ 242 BGB) vorzugswürdig erscheint.<sup>14</sup> Diese Verschärfung wirkt sich erstens beim Warnstreik in dem Erfordernis aus, das Scheitern der Verhandlungen förmlich zu erklären (S. 97 ff.).<sup>15</sup> Zweitens tritt die Autorin für einen Schlichtungszwang ein (S. 105 ff., 108) – notfalls nach Maßgabe des Kontrollratsgesetzes Nr. 35<sup>16</sup>. Außerdem bejaht sie drittens eine Ankündigungspflicht, wenn eine Vorbereitung auf den Ausfall von Leistungen, die der Bevölkerung nicht jederzeit zur Verfügung stehen müssen, Sinn macht (S. 99 ff.).<sup>17</sup> Hingegen kann sie sich aus guten Gründen insbesondere mit der Zwangsschlichtung (S. 80 ff.), der Verpflichtung zum Dialog (S. 87 ff.)<sup>18</sup> und einer Abkühlungsphase (S. 94 ff.) nicht anfreunden. Weshalb die quantitative Beschränkung der Tarifforderung (S. 76 ff.) – von mir als *Ultima Ratio* bejaht<sup>19</sup> – völlig ungeeignet sein soll, einen rechtsmissbräuchlichen Streik zu verhindern, ist für mich nach wie vor nicht einsichtig, es sei denn, man erklärt jede Tarifforderung für sakrosankt. Denkbar wäre immerhin ein Streikverbot durch einstweilige Verfügung, wenn das Kampfziel offensichtlich rechtswidrig ist.

Der *dritte Schritt* besteht in der *Milderung der Auswirkungen von Streiks* (S. 114 ff.). Der wichtigste Aspekt ist sicherlich die Gewährleistung von Notstands- und Erhaltungsarbeiten (S. 116 ff.). In diesem Bereich entspricht das Verhalten der Gewerkschaften zumindest bei der Krankenhausversorgung nicht immer dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bzw. dem Fairnessgebot (S. 116). Es kann nach

14 *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, München 2006, § 8 Rn. 8 ff.; dem Ansatz zumindest partiell zustimmend *Dieterich*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 12. Aufl., München 2012, Art. 9 GG Rn. 131, wohl auch für den unscharfen Bereich der Daseinsvorsorge (Rn. 134).

15 *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, München 2006, § 7 Rn. 26; ausdrückliche Erklärung. Ebenso Hensler, ZfA 2010, 397, 420.

16 Vgl. dazu *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, München 2006, § 22 Rn. 1 ff.

17 Entgegen *Rudkowski*, S. 100 mit Fn. 541, verneine ich nur eine generelle Ankündigungspflicht, halte aber eine Obliegenheit als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung gerade in den Bereichen der Daseinsvorsorge, Landesverteidigung und inneren Sicherheit für möglich, nur keine starre Frist von drei Tagen (*Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, München 2006, § 8 Rn. 12 und 14).

18 Für einen Verhandlungsanspruch der Arbeitgeberseite *Richardi*, JZ 2011, 282, 291.

19 *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, München 2006, § 8 Rn. 41 ff.; näher *Otto*, FS Konzen, 2006, S. 663, 682 ff.; ablehnend hingegen auch *Deinert*, RdA 2011, 12, 15, Fn. 57.

meiner Auffassung zumindest unverhältnismäßig sein, wenn Menschen, die auf ihre Behandlung bzw. sogar auf ihre Operation warten, kurzfristig abgesagt wird, nur weil die Maßnahmen nicht im medizinischen Sinne genau zu diesem Zeitpunkt erforderlich sind.<sup>20</sup> Zutreffend bejaht *Rudkowski* ein Letztentscheidungsrecht des Arbeitgebers bei der Ausgestaltung der Notdienstarbeiten.

In diesen Zusammenhang ist auch die unter den Rechtsfolgen des Streiks erörterte Frage einzuordnen, inwieweit andere Arbeitnehmer den Arbeitsplatz von Streikenden oder bestreikte Tätigkeiten übernehmen müssen (S. 133 ff.). *Rudkowski* spricht sich gegen unfreiwillige Streikarbeit aus, will hiervon aber den Einsatz im selben Tätigkeitsfeld unterscheiden (S. 135 f.).<sup>21</sup> Das Direktionsrecht sei aber dadurch begrenzt, das Freiwillige bevorzugt einzusetzen seien (S. 137).<sup>22</sup> Mir erscheint die Differenzierung zwischen Arbeitsplatz und bestreikter Tätigkeit nicht handhabbar. Es liegt auch die Ungleichbehandlung von Konstellationen auf der Hand, in denen feste Arbeitsplätze bestehen oder nicht. Dies führt zu nicht überzeugenden branchen- oder berufsbezogenen Lösungen.

#### 4. Branchenspezifische Streikrechtseinschränkungen

Im Folgenden prüft *Rudkowski* einzelne Branchen im Hinblick auf ihre Zugehörigkeit zur Daseinsvorsorge und die Berechtigung besonderer Einschränkungen des Streikrechts (S. 144–271). Diese detailreiche Untersuchung, die einschlägiges Material nicht nur umfassend zusammenträgt, sondern auch bewertet, schließt eine Lücke und hätte erst recht einen eigenen Paragraphen verdient gehabt. Behandelt werden die Versorgung mit Wasser, Elektrizität, Gas und Fernwärme, Öl und Treibstoff, der Schutz der Gesundheit, die Post, die Telekommunikation, der Verkehrssektor (öffentlicher Personennahverkehr, Bahn, Luftverkehr, sonstige Transportleistungen), die Abfallentsorgung, Sicherheit und Ordnung, Medien und sonstiger öffentlicher Dienst bis hin zur Bundeswehr. Herausgegriffen seien hier der öffentliche Personennahverkehr und die Bahn sowie die Abfallentsorgung.

In allen Fällen des *Personennahverkehrs* fordert *Rudkowski* eine Vorankündigung mit einer Frist von fünf Tagen in geeigneter Form (Presse und Internet), die Ort, Beginn und Dauer des Streiks bezeichnet (S. 224 und S. 234 f.). Aus-

gangspunkt der Autorin ist hier die Abwägung kollidierender Grundrechte in Gestalt der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) mit Art. 9 Abs. 3 GG (S. 220). Darüber hinaus sei ein Notfahrplan, vor allem für Schüler, erforderlich (S. 224 ff. und S. 235 f.). Im Fernverkehr sei eine Ankündigungsfrist von zehn Tagen statthaft (S. 236 f.) – damit wohl auch geboten. Das ist durchaus sympathisch, wenn man sich in die Situation des betroffenen Dritten versetzt. Der Gesetzgeber mag solche starren Fristen festlegen können, die Gerichte jedoch nicht. Zutreffend erscheint mir daher de lege lata nur die Aussage, dass eine Obliegenheit zur Vorankündigung besteht und dass diese so rechtzeitig erfolgen muss, dass die Betroffenen überhaupt noch reagieren können. Eine Ankündigung, die bei einem für den nächsten Morgen geplanten Streik erst in Spätnachrichten des Vortags gemeldet werden kann, genügt daher sicher nicht.

Bei der *Abfallentsorgung* bringt *Rudkowski* die Schutzpflichten des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gegen das Streikrecht in Stellung (S. 253 ff.). Unter Berücksichtigung weiterer Vorschriften, die die Abfallvermeidung und -entsorgung betreffen, gelangt sie zu dem Ergebnis, das zur Vermeidung von Müllbergen bei Mülltonnen grundsätzlich nur ein Ausstand von einer Woche rechtmäßig ist (S. 256). Auch hier bestehen gegen eine starre Frist Bedenken.

#### 5. Pflichten des Arbeitgebers

Wenig Neues bietet der so überschriebene § 5 des Werkes. Auszugehen ist davon, dass auch im Bereich der Daseinsvorsorge vom Arbeitgeber nicht erwartet werden darf, dass er zur Vermeidung von Nachteilen für Dritte die Streikforderungen akzeptiert.<sup>23</sup> Richtig ist es daher, dass es für den Arbeitgeber keine allgemeine Schadensminderungspflicht gibt, keine »Pflicht zur Aufrechterhaltung des Betriebes um jeden Preis« (S. 273, 274). Dies gilt im Grundsatz auch für den öffentlichen Dienst (aA. *Rudkowski*, S. 275).

20 AA. *Rudkowski*, S. 181.

21 Anders *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, München 2006, § 12 Rn. 32.

22 Siehe zur Auswahl der Arbeitnehmer auch S. 276 ff.

23 *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, München 2006, § 16 Rn. 90 ff., 98.

## 6. Rechtsschutz

Schon wenn der Arbeitgeber die Unterlassung eines rechtswidrigen Streiks gerichtlich durchsetzen will, sind die bestehenden hohen Hürden unverkennbar.<sup>24</sup> Noch schwieriger ist die Situation eines von einem derartigen Streikgeschehen betroffenen Dritten, der das Kostenrisiko scheuen wird. Daher verwundert der geringe Ertrag der Überlegungen (S. 281 ff.) nicht.

Für die *Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen* wird die gesetzliche Einführung einer Gruppenklage erwogen und die einer Verbandsklage vorgeschlagen (S. 282 ff.). Eine Chance auf Realisierung hat das nicht. Wenig erhellend sind die Überlegungen zu einer Klage auf die Erbringung der Leistung bzw. auf die Unterlassung des Streiks (S. 288 ff.). Eine Klage gegen den Leistungserbringer macht in der Regel wenig Sinn, weil ihn jedenfalls der rechtmäßige Streik auf Zeit entlastet.<sup>25</sup> Bei der Durchsetzung eines Anspruchs auf Unterlassung des Streiks kommt in der Tat nur die Gewerkschaft als »Klage- bzw. Antragsgegner« in Betracht. Die Aussage, jeder, der durch den streikbedingten Ausfall der lebensnotwendigen Leistung in seinen Rechten verletzt wäre, könne dies auch gerichtlich geltend machen, ist in dieser allgemeinen Form zwar nicht falsch. Sie ist aber nicht aussagekräftig, wenn man nicht näher darauf eingeht, welche einklagbaren zivilrechtlichen Ansprüche des einzelnen Bürgers konkret in Betracht kommen. Bei den Überlegungen zur Verbandsklage (S. 289) wird nicht deutlich, dass ein eigener Unterlassungsanspruch des Arbeitgeberverbandes gegen einen rechtswidrigen Streik bereits ebenso anerkannt ist<sup>26</sup> wie die von *Rudkowski* erwähnte Klage einer Gewerkschaft. An einer neuen Figur einer Verbandsklage im Allgemeininteresse in Analogie zu § 2 UklAG besteht in der Tat schon wegen mangelnder Vergleichbarkeit kein Interesse (S. 290).

Die abschließende Erörterung verschiedener, zT. nicht neuer *Vorschläge zur Änderung des Verfahrensrechts* weist keinen spezifischen Bezug zur Gefährdung der Daseinsvorsorge auf. Im Unterschied zu *Rudkowski* (S. 296 f.) halte ich die Öffnung des Instanzenzuges bis zum BAG auch in Verfahren der einstweiligen Verfügung für sinnvoll. Wenn man bedenkt, welche Eilentscheidungen das BVerfG zu treffen hat, müsste dazu das BAG organisatorisch ebenfalls in der Lage sein. Hiervon geht auch die Autorin aus, wenn

sie in Anlehnung an § 146 Abs. 6 SGB III<sup>27</sup> sogar für die Alleinzuständigkeit des BAG sowohl in Haupt- wie in Eilverfahren eintritt, sofern sich ein Streik auf mehr als einen LAG-Bezirk erstreckt (S. 297 ff., 304).

## 7. Fazit

Die gründliche Arbeit endet in § 7 erfreulicherweise mit einer weitgehend in Thesen formulierten Zusammenfassung, die dem Leser sowohl eine nochmalige Vergewisserung ermöglicht als auch einen Einstieg bei besonderem Interesse an bestimmten Passagen erlaubt (S. 303 ff.). Es ist durchaus ein Verdienst von *Rudkowski*, das weite Feld nicht nur staatlicher, sondern auch privater Daseinsvorsorge anschaulich gemacht zu haben. Für ihr Anliegen, die Versorgung mit lebenswichtigen Gütern sicherzustellen, hat sie konkrete Vorschläge unterbreitet, die eine weiterführende Diskussion erlauben. Die Umsetzung in geltendes Recht erforderte indessen überwiegend ein Tätigwerden des Gesetzgebers, mit dem auf dem Gebiet des Arbeitskampfrechts ernstlich nicht zu rechnen ist.

## II. Arbeitnehmernaußenseiter im Spartenarbeitskampf

Die im Jahr 2009 angenommene Bielefelder Dissertation ist von *Sudabeh Kamanabrou* betreut worden. *Wietfeld* will die Besonderheiten der zunehmenden Spartenarbeitskämpfe aufzeigen und Ansätze zur Bewältigung der rechtlichen Probleme liefern. Ein Schwerpunkt liege in der Vertiefung der arbeitskampfrechtlichen Stellung des Arbeitnehmernaußenseiters in einem tarifpluralen System (S. 27). Mit Recht warnt zB. *Deinert* vor einer Überschätzung der Gefahr alternierender Verhandlungen und Arbeitskämpfe<sup>28</sup> sowie vor der realitätsfernen Bejahung einer generellen Paritätsverschiebung.<sup>29</sup> Dies darf aber

24 *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, München 2006, § 19 Rn. 17 ff.

25 S. 288 unter Bezugnahme auf § 4 C III 1. Ein Innenverweis auf die Seite(n) (hier 140 ff.) wäre stattdessen – generell – wünschenswert.

26 BAG, 26.04.1988 – 1 AZR 399/86 – AP Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 101 unter B. II. 1. der Gründe; weitere Nachweise bei *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, München 2006, § 19 Rn. 11 unter Hinweis auf die materiellrechtliche Betroffenheit des Arbeitgeberverbandes (§ 15 Rn. 14 ff. und 53 ff.).

27 Zur Zuständigkeit des BSG bei Entscheidungen des Neutralitätsausschusses der Bundesagentur für Arbeit *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, München 2006, § 18 Rn. 63.

28 RdA 2011, 12, 14 f.

29 RdA 2011, 12, 15 ff., 18.

nicht daran hindern, auch solche Konstellationen zu Ende zu denken, bevor sich die Gefahr verwirklicht.

### 1. Der Begriff des Außenseiters und dessen Kategorien

In der Tat liegt ein Spezifikum der Spartenarbeitskämpfe darin, dass eine jeweils durchsetzungsfähige Gruppe von Arbeitnehmern in verschiedenen Gewerkschaften organisiert ist, aber gerade nicht in derselben Gewerkschaft. Die organisierten Arbeitnehmer sind damit Verbandsmitglieder und Außenseiter in einer Person. Dies macht die Lösung schwieriger, als wenn man es schlicht mit nichtorganisierten Arbeitnehmern zu tun hat. *Wietfeld* entscheidet sich für einen *sehr weiten Außenseiterbegriff*, ohne damit die Antworten vorzeichnen zu wollen. Sie sieht *im Arbeitskampf* nicht nur *Nicht- oder Andersorganisierte*, sondern *alle Arbeitnehmer als Außenseiter an, »die nicht der normativen Wirkung des zu erkämpfenden Tarifvertrags unterfallen«* (S. 34), unter Umständen also auch die *eigenen Mitglieder* (S. 28 ff.).<sup>30</sup> Hier spricht sie von *»innergewerkschaftlichen Außenseitern«* (S. 36). Daher ist es in der Tat eine zentrale Frage, »ob, und wenn ja, auf welcher Grundlage, diese [drei] Arbeitnehmergruppen sich an Spartenarbeitskämpfen beteiligen dürfen« (S. 27 f.). Allerdings ist die Grundkonstellation nicht neu. Auch bei der Konkurrenz um die Stammebelegschaft zwischen einzelnen DGB-Gewerkschaften und der in ver.di aufgegangenen Deutschen Angestellten Gewerkschaft (DAG) war die Frage zu beantworten, ob sich alle Arbeitnehmer unbegrenzt an den Arbeitskämpfen der verschiedenen Gewerkschaften beteiligen durften.

### 2. Der Spartenarbeitskampf und seine Grenzen

Zur Abgrenzung des Spartenarbeitskampfes benötigt *Wietfeld* eine Definition der Sparten Gewerkschaft. Sie versteht hierunter »eine berufsgruppenorientierte Gewerkschaft, deren Mitglieder Arbeitnehmer in Schlüsselpositionen sind, für die sie den Abschluss eigenständiger Tarifverträge anstrebt« (S. 47). Umstürzende arbeitskampfrechtliche Relevanz sollte diesem Begriff jedoch nicht beigemessen werden. Er dient vornehmlich der thematischen Verdeutlichung und Eingrenzung des Themas. Von Interesse ist allerdings, welche besonderen Akzente bei der Erörterung der Zulässigkeit der Arbeitskämpfe solcher Gewerkschaften zu beachten sind (S. 48 ff.).

Mit Recht nimmt *Wietfeld* an, dass die gegenwärtig agierenden Sparten Gewerkschaften (GDL, Cockpit, UFO, GdF, Marburger Bund) tariffähig sind (S. 49 ff.). Bei Neugründungen – von denen gelegentlich berichtet wird (zB. Gründung der Deutschen Feuerwehr-Gewerkschaft<sup>31</sup>) – könnte es allerdings (noch) daran fehlen. In der gelegentlich durchaus erkennbaren Durchsetzungsstärke sieht die Autorin keinen Verstoß gegen das *Gebot der Kampfparität* (S. 55 ff.). Zutreffend ist ihr Argument, dass auch bei dem Streik von Branchengewerkschaften nicht selten die Arbeitsniederlegung gerade dort erfolgt, wo sie die Arbeitgeberseite am wirkungsvollsten trifft. Ob die in der GDL organisierten Lokomotivführer streiken oder das in der Eisenbahn- und Verkehrsgewerkschaft (EVG)<sup>32</sup> organisierte Stellwerkspersonal dürfte auf dasselbe hinauslaufen. Hält man in diesem Bereich der Daseinsvorsorge Beschränkungen des Streikrechts für zulässig oder – so die Autorin – für anerkannt, dürfte das in der Tat nicht nur für Sparten Gewerkschaften gelten (S. 58 f.). Die Entscheidung sei eine Frage des Einzelfalls.

Größere Probleme hat bis vor Kurzem die *Zulässigkeit eines Streiks um einen nachrangigen Tarifvertrag* aufgeworfen (S. 59 ff.). Die Erstreikbarkeit eines Tarifvertrages, der mit Sicherheit nicht zur Geltung kommt, ist in der Tat zweifelhaft.<sup>33</sup> Angesichts der auch von *Wietfeld* gerade mit Blick auf die Koalitionsfreiheit der Sparten Gewerkschaften befürworteten (S. 86) – zutreffenden<sup>34</sup> – Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit in Fällen der Tarifpluralität durch das BAG<sup>35</sup> im Jahr 2010 hat diese Frage allerdings ihre praktische Bedeutung weitgehend verloren. Erheblich ist die Fragestellung nur noch bei Tarifkonkurrenz, die bei Sparten tarifverträgen allenfalls bei den betrieblichen und betriebsverfassungsrechtlichen Normen (§ 3 Abs. 2 TVG)<sup>36</sup> bzw. bei einer Allgemeinverbindlicherklärung vorkommen

30 Anders *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, München 2006, § 6 Rn. 14, wo von »potentiell nicht begünstigten Arbeitnehmern« die Rede ist. Schon mein Sprachempfinden stößt sich an der Bezeichnung des Mitglieds als Außenseiter. Außerdem war mir die Distanz zum Sympathiestreik wichtig (§ 10 Rn. 35).

31 <http://www.dfeug.de/> (14.02.2012); dazu mit einer gewissen Sorge Krause, BB 30/2011, S. I; das BAG scheint die Anforderungen aber wieder zu verschärfen bzw. formuliert sie stringenter (Urteil, 05.10.2010 – 1 ABR 88/09 – NZA 2011, 300 ff.); dazu *Greiner*, NZA 2011, 825 ff.; *Cord Meyer*, DB 2011, 1920 ff.

32 Entstanden 2010 durch Fusion von TRANSNET und GDBA.

33 Vgl. *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, München 2006, § 5 Rn. 12.

34 Vgl. *Otto*, Arbeitsrecht, 4. Aufl., Berlin 2008, Rn. 701.

35 BAG, 07.07.2010 – 4 AZR 549/08 – AP GG Art. 9 GG Nr. 140.

36 Näher dazu *Krebber*, RdA 2011, 23, 25 ff.

kann, wenn sich die persönlichen Geltungsbereiche überschneiden (S. 69 f.). Zurückhaltung ist selbst dann geboten.<sup>37</sup> Der Tarifvertrag könnte etwa nach der Beendigung der normativen Wirkung des verdrängenden Tarifvertrags zur Geltung kommen.

In einem Exkurs (S. 87–101) geht *Wietfeld* dann auf andere, in der Literatur vorgefundene Reaktionsmöglichkeiten der Rechtsordnung auf die drohende Doppelbelastung des Arbeitgebers mit Streiks ein. Ein effektives Mittel sieht sie unter Berufung auf *Greiner*<sup>38</sup> allein in der *Angriffsaussperrung*, wenn es nicht auf andere Weise gelingt, eine Koordinierung der Tarifverhandlungen zu erreichen (S. 101). In der Tat könnte eine Angriffsaussperrung unter ganz besonderen Umständen ein erforderliches und deshalb kraft Richterrecht zuzulassendes Kampfmittel sein.<sup>39</sup> Die Situation ist mit einer Angriffsaussperrung, die die Erstreckung des Kampfes auf ein weiteres Tarifgebiet derselben Gewerkschaft zum Ziel hat,<sup>40</sup> verwandt. Sehr hilfreich ist dieses Kampfmittel für den Arbeitgeber freilich nicht, weil er damit den Betrieb selbst ganz zum Erliegen bringt. Deshalb halte ich trotz der Einwände der Autorin (S. 88 f.) – wie bereits betont – an dem Gedanken fest, dass die kampfwweise Durchsetzung exorbitanter, sich wechselseitig aufschaukelnder Tarifforderungen rechtsmissbräuchlich sein kann.<sup>41</sup> Anscheinend schließt auch die Autorin ein solches Ergebnis im Einzelfall mithilfe der Verhältnismäßigkeitskontrolle nicht aus (S. 89 ff.).

### 3. Die aktive Außenseiterbeteiligung beim Streik

Festzuhalten ist vorweg, dass die Frage nach den Grenzen für die Beteiligung von Außenseitern am Arbeitskampf nach dem Fortfall bisher diskutierter Schranken für die Zulässigkeit des Spartenarbeitskampfes als solchen noch bedeutsamer geworden ist.

Über die Zulässigkeit der Außenseiterbeteiligung bestand bisher im Grundsatz nahezu Konsens. Für die Mitglieder der streikführenden Gewerkschaft rechtfertigt dies *Wietfeld* – überzeugend – mit der Gewährleistung der Arbeitskampffreiheit für die Koalitionen durch *Art. 9 Abs. 3 GG* (S. 104 ff., 118 f.). Aus *Art. 9 Abs. 3 GG* lasse sich ein individuelles subjektives Streikrecht jedenfalls im Wege der Auslegung nicht ableiten; es bedürfe entweder einer Änderung des Grundgesetzes oder einer einfachrechtlichen Normierung

(S. 229). Dem vermag ich nur insoweit zuzustimmen, als es ein von der gewerkschaftlichen Organisation eines Streiks unabhängiges individuelles Streikrecht mit Rechtfertigungswirkung nicht gibt, wohl aber eine »individuelle Kampffreiheit unter kollektivem Vorbehalt«<sup>42</sup>. Im Hinblick auf die Nicht- und Andersorganisierten mustert *Wietfeld* sodann die möglichen Rechtsgrundlagen für ein subjektives Streikrecht des Einzelnen im *internationalen Recht* mit großer Sorgfalt mit negativem Ergebnis durch (S. 119–143). Diese Ansicht ist an sich zumindest gut vertretbar. Indessen ist zweifelhaft, ob sich eine derart generalisierende Position nach der Rechtsprechung des EGMR<sup>43</sup> zum Beamtenstreik noch halten lässt. Die Autorin geht auf die europäische Tendenz namentlich mit Blick auf die ESC – etwas überraschend – erst am Ende ihrer Arbeit unter Hinweis auf eine Bemerkung von *Birk*<sup>44</sup> ein, der die Außenseiterproblematik als rein deutsches Problem bezeichnet hat (S. 228 ff.).

Vorher gerät das *einfache, rein innerstaatliche Recht* auf den Prüfstand (S. 143–169). Hier versagen in der Tat gerade bei Spartenarbeitskämpfen die bisherigen Begründungsmuster, zu denen insbesondere der Partizipationsgedanke und die Funktionsfähigkeit des Streikrechts gehörten. Deshalb vermisst *Wietfeld* jede Rechtsgrundlage für die Beteiligung Nichtorganisierter (S. 168 f.). Nicht ganz deutlich wird, ob das selbst für solche nichtorganisierten Außenseiter gelten soll, die typischerweise vom Tarifergebnis profitieren würden. Dies ginge sicher zu weit.<sup>45</sup> Auf jeden Fall besteht nämlich die richterrechtliche Kompetenz zur Aus-

<sup>37</sup> Zutreffend *Deinert*, RdA 2011, 12, 13 f.

<sup>38</sup> *Greiner*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfluralität, München 2010 (zugl. Köln, Univ., Habil. 2009), S. 448 ff.

<sup>39</sup> *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, München 2006, § 10 Rn. 60, 63.

<sup>40</sup> *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, München 2006, § 10 Rn. 71 f.

<sup>41</sup> *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, München 2006, § 8 Rn. 41 ff.; näher *Otto*, FS Konzen, 2006, S. 663, 682 ff.; ablehnend hingegen auch *Deinert*, RdA 2011, 12, 15, Fn. 57.

<sup>42</sup> *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, München 2006, § 4 Rn. 41 ff.

<sup>43</sup> EGMR, 21.04.2009–68959/01 (Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei) – NZA 2010, 1423 ff.; zur – selbstverständlichen – Gründung einer Gewerkschaft durch Gemeindebedienstete zuvor EGMR, 12.11.2008–34503/97 (Demir und Baykara/Türkei) – NZA 2010, 1425 ff.; weitere Nachweise AuR 2011, 303 ff.; näher zur »Denationalisierung des Streikrechts«: Niedobitek, ZBR 2010, 361 ff.

<sup>44</sup> Laut *Reuter*, FS Birk, 2008, S. 717.

<sup>45</sup> *Deinert*, RdA 2011, 12, 19 f., sieht überhaupt keinen Grund für eine Begrenzung der Streikbeteiligung Anders- und Nichtorganisierter. Nicht deutlich wird, ob er das damit an sich korrespondierende Aussperrungsrecht jedenfalls bei Andersorganisierten verneint (S. 21).

gestaltung des Arbeitskampfes. Den Andersorganisierten versagt die Autorin das Streikrecht insofern konsequent wegen fehlender Rechtsgrundlage ebenfalls (S. 174 f.). Im Ergebnis ist dem jedenfalls nur dann zuzustimmen, wenn deren Gewerkschaft hinsichtlich desselben Gegenstandes bereits Tarifverträge abgeschlossen oder Tarifforderungen aufgestellt hat.<sup>46</sup> Ansonsten sollten Andersorganisierte genauso behandelt werden wie Nichtorganisierte. Den von einer Sparten-Gewerkschaft organisierten – sicher eher theoretischen – Sympathiestreik halte ich im Unterschied zu *Deinert*, der diesen offenbar für unproblematisch hält,<sup>47</sup> nur im Ausnahmefall für zulässig.

Die daran anschließende – negative – Gleichbehandlung sogar der »innergewerkschaftlichen Außenseiter« überzeugt überhaupt nicht mehr (S. 175 ff.). Hier räumt *Wietfeld* ein, dass das auch nach ihrer Ansicht mittelbar über das Kollektiv durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete Streikrecht der Mitglieder eingeschränkt werden müsste. Hierfür fehlt es offensichtlich an einer hinreichenden Legitimation. Die Streikbeteiligung »Richtig-Organisierter« im Kampfgebiet nur nach den gleichen Maßstäben zuzulassen wie den Sympathiestreik, und zwar nach den bisher praktizierten strengeren Regeln, trägt insbesondere dem innergewerkschaftlichen Solidaritätsgedanken zu wenig Rechnung. Zugleich würde die trotz der Wende des BAG<sup>48</sup> von mir unverändert geteilte grundsätzliche Ablehnung des Sympathiestreiks<sup>49</sup> unglaublich, wenn man sogar dem Mitglied der streikführenden Gewerkschaft im Kampfgebiet das originäre Streikrecht versagte.

#### 4. Der Außenseiter als »Opfer« eines Arbeitskampfes

Nunmehr wendet sich *Wietfeld* der »passiven Einbeziehung von Außenseitern in den Arbeitskampf« zu (S. 181 ff.). Ausgangspunkt ist die grundsätzliche Zulässigkeit der suspendierenden Aussperrung. Bei der Einbeziehung der Außenseiter in einen Spartenarbeitskampf unterscheidet sie bei ihrer Suche nach einer eigenständigen Begründung nicht zwischen den drei Gruppen der nichtorganisierten, andersorganisierten und innergewerkschaftlichen Außenseiter (S. 185). Hierzu lässt sich rein tatsächlich vorweg festhalten, dass die Aussperrung gerade von Mitgliedern der Funktionselite ohnehin in der Regel dem Arbeitgeber eher selbst schadet als nützt (S. 203 f.).

Zutreffend ist sicher, dass der Topos der *Einheit der Belegschaft* bei der aktiven Rolle einer Sparten-Gewerkschaft neben einer oder mehreren anderen Gewerkschaften die umfassende Aussperrung nicht allein rechtfertigt (S. 185 f.).<sup>50</sup> Nicht voll überzeugt die Verneinung einer *Partizipation* (S. 186). Einleuchtend ist dies für die Gruppe der Andersorganisierten. Aber bei den potenziell von einem konkreten Kampfergebnis nicht begünstigten eigenen Mitgliedern muss es ausreichen, dass andere Mitglieder derselben Gewerkschaft profitieren. Es gilt also reziprok dasselbe wie für eine Beteiligung am Streik.<sup>51</sup> Noch näher liegt die Vorstellung einer Partizipation bei denjenigen Nichtorganisierten, die den gleichen Beruf ausüben und typischerweise zwar nicht unmittelbar normativ, aber individualrechtlich gleichgestellt werden.

Der zentrale Gesichtspunkt ist aber sicher die *Funktionsfähigkeit des arbeitskampfrechtlichen Systems* (S. 187–211). Der Arbeitgeber soll in die Lage versetzt werden, wirkungsvoll Gegendruck aufzubauen, nutzlosen Aufwendungen vorzubeugen und zu diesen Zwecken zweifelsfrei das Ruhen seiner arbeitsvertraglichen Pflichten, insbesondere seiner Vergütungspflicht, herbeizuführen. *Wietfeld* sieht insoweit den Wegfall der Vergütungspflicht nach Maßgabe der Arbeitskampsrisikolehre<sup>52</sup> als vorrangig an (S. 187 f.). Zunächst zieht sie selbst in Zweifel, ob sich bei den Außenseitern auf der Grundlage der Arbeitskampsrisikolehre eine Ausnahme von § 615 Abs. 1 und 3 BGB legitimieren lässt

46 *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, München 2006, § 6 Rn. 15; zustimmend *Franzen*, ZfA 2011, 647, 656; ebenso *Greiner*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampspluralität, München 2010 (zugl. Köln, Univ., Habil. 2009), S. 431; *Bepler*, in: *Gagel*, SGB II/III, München, Vor § 146 Rn. 34 (Stand: April 2010), jedenfalls bei bestehender Tarifbindung; nach meiner Auffassung gilt das schon de lege lata, bedarf also nicht erst der – wünschenswerten (*Henssler*, ZfA 2010, 397, 414) – gesetzlichen Regelung.

47 RdA 2011, 12, 19.

48 BAG, 19.06.2007–1 AZR 396/06 – AP GG Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 173, Rn. 29 ff.; bei der Bewertung von Rechtsfragen mag der Wissenschaftler dazu neigen, seine eigene Konzeption bei der Konfrontation mit Richterrecht zu wenig zu hinterfragen (vgl. *Deinert*, RdA 2011, 12, 23). Dem Wissenschaftler fällt es jedoch besonders schwer, richterrechtliche Regeln zu akzeptieren, wenn das Gericht sein eigenes Regelwerk ohne überzeugende Begründung ändert.

49 *Otto*, Arbeitsrecht, 4. Aufl., Berlin 2008, Rn. 769; *Otto*, RdA 2010, 135, 143 f.

50 *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, München 2006, § 6 Rn. 12, 15 f.

51 S.o. unter II 3: So verstehe ich im Ergebnis auch *Bayreuther*, RdA 2008, 12, 15 f., *Jacobs*, FS Buchner, 2009, S. 342, 348 f., und *Bepler*, in: *Gagel*, SGB II/III, München, Vor § 146 Rn. 44 (Stand: April 2010); unentschieden *Franzen*, ZfA 2011, 647, 656 f.; *Wietfeld* schließt hingegen – konsequent – jede Aussperrung von Außenseitern aus (S. 211).

52 *Otto*, in: *Staudinger* (Hrsg.), Kommentar zum BGB, München 2009, § 326 Rn. C 38 f. mit weiteren Nachweisen.

(S. 189 ff.). Die Erörterung einer Belastung der Sparten-  
 gewerkschaft hätte sie dem Leser ersparen können. Zutreffend  
 hält sie schließlich die Arbeitskampsrisikolehre zulasten  
 der Außenseiter für anwendbar. Auf eine Partizipation  
 kommt es nicht an, es gilt in der Tat das sogenannte *Kau-  
 salprinzip*.<sup>53</sup> Überzeugend ist der Hinweis auf den Verlust  
 des Vergütungsanspruchs sogar in betroffenen Drittbetrie-  
 ben (S. 193). Die von ihr diskutierte These,<sup>54</sup> der Arbeit-  
 geber könne ja dem Streikdruck auch im Wege des Nach-  
 gebens ausweichen (S. 192), entwertet das Kampfrecht des  
 Arbeitgebers und gefährdet die Kampfparität. Mit diesem  
 Argument könnten erst recht Vertragspartner des Arbeit-  
 gebers ihre Ansprüche einklagen bzw. Schadensersatz ver-  
 langen.<sup>55</sup>

Mit Recht wird sodann hervorgehoben, dass sich eine etwa-  
 ige *soziale Schiefelage* bei einem Verzicht auf die Aussperrung  
 insofern in Grenzen hält, als das Ruhen des Anspruchs auf  
 Arbeitslosen- bzw. (typischerweise) *Kurzarbeitergeld* gemäß  
 §§ 174 Abs. 1, 146 Abs. 3 S. 3 SGB III nur eintritt, »wenn  
 die umkämpften oder geforderten Arbeitsbedingungen  
 nach Abschluss eines entsprechenden Tarifvertrages für  
 den Arbeitnehmer gelten oder auf ihn angewendet würden«  
 (S. 196 ff.).<sup>56</sup> Für die innergewerkschaftlichen Außenseiter  
 könnte bei einem »Pilotabschluss« ausnahmsweise auch  
 das Ruhen gemäß § 146 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB III in Betracht  
 kommen (S. 198). Freilich müssen die sonstigen Voraus-  
 setzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld erfüllt  
 sein. Einen Anlass zur Modifizierung der geltenden Rege-  
 lungen wegen eines Verstoßes gegen die Pflicht des Staates  
 zur Neutralität des Staates im Arbeitskampf, wie sie das  
 BVerfG – allerdings wohl eher zugunsten der Arbeitneh-  
 merseite – für möglich gehalten hat,<sup>57</sup> wird verneint,  
 obwohl die Zahl der nicht partizipierenden Arbeitnehmer  
 innerhalb des Kampfgebietes sehr viel größer sein kann als  
 beim Kampf um einen Branchentarifvertrag (S. 199 ff.).

Nach einem Exkurs auf mögliche andere, aber fragwürdige  
 oder ungeeignete Kampfmittel der Arbeitgeberseite  
 (S. 205 ff.) verneint *Wietfeld* endgültig generell das Recht  
 zur *Aussperrung* aller drei Außenseitergruppen (S. 211 f.).  
 Dies befriedigt schon deshalb nicht, weil die suspendieren-  
 de Aussperrung – wenn sie überhaupt wirtschaftlich Sinn  
 macht – im Verhältnis zu jedem einzelnen Arbeitnehmer  
 den Beweis erspart, dass dieser gar nicht oder jedenfalls  
 nicht wirtschaftlich sinnvoll beschäftigt werden konnte.<sup>58</sup>

Auch beim Kurzarbeitergeld wird dem Arbeitgeber der  
 Nachweis abverlangt, dass der Arbeitsausfall unvermeidbar  
 war (§ 170 Abs. 4 S. 1 SGB III).<sup>59</sup> Diese praktisch bedeut-  
 samen Aspekte werden von der Autorin außer Acht gelas-  
 sen.

Allerdings hätte eine Aussperrung die Konsequenz, dass  
 den Arbeitnehmern der Anspruch auf Kurzarbeitergeld  
 von vornherein verbaut würde, weil den am Arbeitskampf  
 Beteiligten dieser Anspruch gemäß § 146 Abs. 2 SGB III  
 versagt ist. Dies erschien auch mir nicht bei allen Außen-  
 seite eine angemessene Lösung. Eine Ausnahme müsste  
 zunächst für die Andersorganisierten gemacht werden.  
 Diese dürfen nicht uneingeschränkt Lohnneinbußen aus  
 zwei oder gar noch mehr Arbeitskämpfen erleiden, nämlich  
 zum einen wegen eines Arbeitskamps um den eigenen  
 Tarifvertrag (zB. Cockpit), zum anderen als Opfer der  
 Arbeitskämpfe anderer Gewerkschaften (zB. UFO, ver.di).  
 Ist ihr Arbeitseinsatz sinnvoll möglich, haben sie Anspruch  
 auf Vergütung (notfalls wegen Annahmeverzugs), ande-  
 renfalls – in aller Regel – auf Kurzarbeitergeld. Dabei ist es  
 Sache des Arbeitnehmers, seinen Verbandsstatus offenzu-  
 legen, wenn ihm dies Vorteile verschafft. Der Ausübung des  
 Fragerechts in der Arbeitskampsituation bedarf es dazu  
 nicht (anders *Wietfeld* S. 217 ff., 221). Demgegenüber fehlt  
 es an einer hinreichenden Rechtfertigung dafür, den inner-  
 gewerkschaftlichen Außenseiteern das Aussperrungsrisiko  
 zu ersparen. Bei den Nichtorganisierten sollte man diffe-  
 renzieren. Profitieren sie mittelbar von einem erkämpften  
 Tarifabschluss, was dem Arbeitgeber bekannt ist oder

53 *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, München 2006, § 16 Rn. 2 ff.,  
 15 ff.; ebenso im Ergebnis *Deinert*, RdA 2011, 12, 21; *Franzen*, ZfA 2011, 647,  
 657 f.; anders anscheinend de lege ferenda zu Unrecht *Henssler*, ZfA 2010,  
 397, 411 f.; soweit der Arbeitnehmer schutzwürdig ist, sollte die Sicherung  
 nach Maßgabe des SGB III erfolgen.

54 In der auf S. 192 in Fn. 62 zitierten Anm. von *Greiner* zu LAG Sachsen,  
 02.11.2007–7 SaGa 19/07 – LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 80 ist diese  
 These so nicht zu finden; vgl. auch *Greiner*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tar-  
 if- und Arbeitskampspluralität, München 2010 (zugl. Köln, Univ., Habil.  
 2009), S. 445 f.

55 Vgl. *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, München 2006, § 16  
 Rn. 90 ff.

56 Allgemein dazu *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, München 2006,  
 § 18 Rn. 38 ff.; siehe auch *Deinert*, RdA 2011, 12, 21 f.

57 BVerfG, 04.07.1995–1 BvF 2/86 ua. – BVerfGE 92, 365, 397; dazu *Otto*, JURA  
 1997, 18, 28.

58 *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, München 2006, § 6 Rn. 12.

59 *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, München 2006, § 18 Rn. 75 und  
 81 ff.

jedenfalls bekannt sein kann, ist dies ein hinreichender Grund für die Aussperrung. Die weitergehende Anerkennung des Aussperrungsrechts lässt sich im Übrigen zusätzlich damit rechtfertigen, dass nur die Erklärung der Aussperrung eine aktive, kollektiv wirkende Gegenmaßnahme des Arbeitgebers darstellt. Die bloße Verweigerung der Annahme der Arbeitsleistung von Fall zu Fall wegen tatsächlicher oder wirtschaftlicher Unmöglichkeit ist damit nicht vergleichbar.

### 5. Selektive Aussperrung und Aussperrungsquoten

Zwangsläufige Konsequenz jeder auf bestimmte Arbeitnehmergruppen begrenzten Aussperrungsbefugnis ist in der Tat die Akzeptanz *selektiver Aussperrung* (S. 222 f.).<sup>60</sup> Auf die von mir bejahte Frage, ob das Verbot nicht ganz allgemein einen Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit der Nicht- oder Andersorganisierten sowie gegen die positive Koalitionsfreiheit der Arbeitgeberseite darstellt, kommt es deshalb nicht an.<sup>61</sup> Angesichts der Kampfkraft der Sparten Gewerkschaften hält *Wietfeld Aussperrungsquoten*, die ohnehin nur bei Teilstreiks Sinn machten, jedenfalls hier für nicht sachgerecht (S. 223 ff.).

### 6. Übertragung der Ergebnisse auf den Branchenarbeitskampf

Zum Schluss überrascht *Wietfeld* mit der Überlegung, ob angesichts der Funktionsverluste arbeitgeberseitiger Kampfmittel nicht ein Verbot der Außenseiterbeteiligung auch beim Branchenarbeitskampf ein Steuerungsinstrument zur Sicherstellung der annähernden Gleichgewichtslage im Arbeitskampf sein könne (S. 225). Die Autorin meint jedoch, dass die Branchengewerkschaften angesichts des geringen Organisationsgrades auf die Beteiligung der Außenseiter am Arbeitskampf angewiesen seien (S. 226). Da sie den Begriff Außenseiter stets weit versteht, müssten dann auch Andersorganisierte uneingeschränkt mit streiken dürfen.

### 7. Fazit

Die zweispurige Lösung veranlasst am Ende zu der grundsätzlichen Frage, ob und inwieweit ein spezifisches »Spartenarbeitskampfrecht« wirklich Sinn macht. Dies soll das Verdienst von *Wietfeld* nicht schmälern, die ihre in sich stimmigen Ergebnisse in zehn knappen Thesen präsentiert

(S. 233 f.). Nimmt man zB. an, dass im Krankenhausbereich die weit überwiegende Zahl aller Organisierten Mitglied bei ver.di ist, die Ärzte jedoch überwiegend Mitglieder des Marburger Bundes: Müsste man nicht in diesem Fall den von ver.di organisierten Streik als Branchenarbeitskampf bezeichnen? Auch in diesem Fall dürften nach meiner Auffassung jedoch die im Marburger Bund organisierten Ärzte nicht mit streiken, der Arbeitgeber diese nicht mit aussperren – ebenso wenig wie die ver.di-Mitglieder bei einem Streik des Marburger Bundes. Und sollten sich hier alle Nichtorganisierten zwar an einem Streik von ver.di als Branchengewerkschaft, aber in keinem Fall – also selbst bei voraussichtlicher Partizipation am Ergebnis – an einem Streik des Marburger Bundes als Sparten Gewerkschaft beteiligen dürfen? Meine These lautet daher: Die Gewerkschaftskonkurrenz im Arbeitskampf bedurfte von jeher einer gesonderten Betrachtung, selbst wenn es sich um zwei Branchengewerkschaften handelte. Sie hat durch die Aktivitäten der Sparten Gewerkschaften und durch die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit in den letzten Jahren nur eine besondere Brisanz erfahren. In diesem Zusammenhang ist es denkbar, dass die Verhältnismäßigkeitsprüfung bzw. Rechtsmissbrauchskontrolle nach Maßgabe der konkreten Umstände zu modifizierten Ergebnissen führt, etwa zu einer erleichterten Anerkennung der Angriffsaussperrung als Kampfmittel (S. 98) oder zu einer Unzulässigkeit des Streiks oder der Aussperrung Nicht- oder Andersorganisierter. Unabhängig von der Beurteilung dieser oder jener Einzelfrage besteht weder im Hinblick auf die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit noch im Hinblick auf den Streik von Sparten Gewerkschaften Anlass zu einer grundsätzlichen Neujustierung des Arbeitskampfrechts.<sup>62</sup> Denkbar ist jedoch, dass Rechtsfiguren, die bisher nur ein Schattendasein führten, praktisch bedeutsamer werden, zB. wenn es doch zu »Streikkaskaden in der Daseinsvorsorge«<sup>63</sup> kommt.

*Prof. Dr. Hansjörg Otto, Universität Göttingen*

<sup>60</sup> *Deinert*, RdA 2011, 12, 20.

<sup>61</sup> Vgl. *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, München 2006, § 10 Rn. 84 ff.

<sup>62</sup> Dies habe ich – entgegen *Deinert*, RdA 2011, 12, 13, Fn. 17 – auch nicht gefordert, sondern dem BAG darin zugestimmt, dass an die Tarifpluralität ausgleichende Regulierungen im Arbeitskampfrecht zu denken sei (RdA 2010, 135, 146). Der Befund fällt allerdings magerer aus als auch von mir unter dem ersten Eindruck vermutet.

<sup>63</sup> So anschaulich *Schliemann*, FS Jobst-Hubertus Bauer, 2011, S. 923 ff., mit dem Appell an den Gesetzgeber zur Regelung einer begrenzten Arbeitskampfsperre (»doppelten Friedenspflicht« S. 941 ff.).

## Tarifpluralität im System der Arbeitsrechtsordnung

Dissertation von Benedikt Schmidt, 2010, Verlag Duncker & Humblot, Berlin, Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht, 744 S. (ISBN 978-3-428-13495-3), 148 €.

*Benedikt Schmidt* wählte mit dem Thema seiner Dissertation lange vor Abkehr des BAG von der Rechtsprechung zur Tarifeinheit<sup>1</sup> eine mittlerweile hochaktuelle Thematik, wobei er die sich seit geraumer Zeit abzeichnende Aufgabe der Rechtsprechung zur Tarifeinheit durch das BAG als gegeben voraussetzt und somit zur Prämisse seiner Arbeit macht. Untersucht werden in erster Linie die aus der Rechtsprechungsänderung resultierenden Folgefragen in Bezug auf das Arbeitsvertragsrecht, das Tarifrecht, das Betriebsverfassungsrecht und das Arbeitskampfrecht. Die genannten Fragestellungen bearbeitet der Autor mit großer Detailgenauigkeit, die äußerst komplexe Arbeit basiert in sämtlichen Kapiteln auf einer umfassenden Sichtung von Rechtsprechung und Literatur. Allein die inhaltlichen Ausarbeitungen umfassen 677 Seiten, ergänzt durch ein umfassendes Stichwort- und Literaturverzeichnis, abgerundet durch eine Gliederung.

Die komplexe Arbeit von *Benedikt Schmidt* wurde am 09.11.2011 verdienstermaßen mit dem Hugo-Sinzheimer-Preis als herausragende Dissertation prämiert.<sup>2</sup>

### Überblick

#### Zweiter Teil: Auswirkungen der Tarifpluralität auf das Arbeitsvertragsrecht

Nach einem einleitenden ersten Teil identifiziert *Schmidt* in Bezug auf das Individualarbeitsrecht im zweiten Teil vor allem zwei Fragestellungen als besonders relevant: Er setzt sich einerseits mit dem Fragerecht des Arbeitgebers nach der Gewerkschaftszugehörigkeit der bei ihm Beschäftigten auseinander, zudem widmet *Schmidt* sich intensiv der Frage, wie arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln unter der Tarifpluralität zu handhaben sind, sofern diese pauschal auf die für den Betrieb einschlägigen Tarifverträge in ihrer jeweils gültigen Fassung verweisen.

#### Tarifpluralität und arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge

Bei der Verwendung arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklauseln stellt sich das Problem, dass die Klauselverwender eine Tarifpluralität nicht bedacht haben. Kommen in einem Betrieb mehrere Tarifverträge zur Anwendung, weil der Arbeitgeber mit mehreren Gewerkschaften (divergierende) Tarifverträge abgeschlossen hat, so ist nicht mehr klar erkennbar, welches Tarifgefüge in Bezug genommen wurde. Der Autor setzt sich mit den unterschiedlichen Auslegungsgesichtspunkten wie Spezialität und Repräsentativität auseinander, will jedoch keiner Auslegungsregel Vorrang einräumen (S. 168 f.). Davon ausgehend, dass in vielen Fällen weder einfache noch ergänzende Vertragsauslegung zu einem Ergebnis führen, greift *Schmidt* auf die Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB zurück (S. 170 ff.), wonach Zweifel bei der Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen zu Lasten des Verwenders gehen.<sup>3</sup> Den in Bezug genommenen Tarifvertrag ermittelt *Schmidt* aus Sicht des Arbeitnehmers nach dem Kriterium der Günstigkeit (»interpretatorisches Günstigkeitsprinzip«<sup>4</sup>). Welcher Tarifvertrag in diesem Sinne »günstiger« ist, will *Schmidt* durch ein »individuell-konkretes« Verständnis der Unklarheitenregel ermitteln, wobei er aber eine »Rosinentheorie« ebenso ablehnt wie ein Wahlrecht des Arbeitnehmers zwischen den unterschiedlichen Tarifverträgen (S. 180 ff.).

Anschließend setzt sich *Benedikt Schmidt* mit den Spielräumen für eine künftige eindeutige und rechtssichere Gestaltung von Bezugnahmeklauseln auseinander

1 Zuletzt BAG, 23.06.2010 – 10 AS 2/10 und 3/10 – NZA 2010, 778 ff.; AuR 2010, 349 ff.

2 Die Jury setzte sich zusammen aus: Prof. Dr. Ulrike Wendeling-Schröder, Prof. Dr. Ulrich Preis und Prof. Dr. Bernd Waas. Der Hugo-Sinzheimer-Preis wird für herausragende, an einer deutschsprachigen Universität abgeschlossene, arbeitsrechtliche Dissertationen vergeben, 2011 erstmalig durch das Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht in Kooperation mit dem Institut für Zivil- und Wirtschaftsrecht der Goethe-Universität Frankfurt. Für weitere Informationen siehe: <http://www.hugo-sinzheimer-institut.de/hugo-sinzheimer-preis.html> (14.02.2012).

3 Anders BAG, 09.06.2010 – 5 AZR 122/09 – KRS 10.041, das bei nicht vorhersehbarer Tarifpluralität den Weg der ergänzenden Vertragsauslegung beschreitet und BAG, 29.06.2011 – 5 AZR 651/09 – ArbR 2011, 567, wo im Sinne eines »Kontinuitätsprinzips« bei ergänzender Vertragsauslegung ermittelt wird, welcher TV die Systematik des alten TV fortführt (und dieser TV dann als in Bezug genommen gilt).

4 Vgl. Däubler, in: Däubler/Bonin/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, 3. Aufl., München 2010, § 305 c BGB Rn 25.

(S. 195 ff.), insbesondere widmet er sich der Frage, ob ein arbeitgeberseitiges Wahlrecht durch einseitige Leistungsbestimmung nach § 315 BGB vereinbart werden kann, was im Ergebnis bejaht wird.

### Fragerecht des Arbeitgebers nach der Gewerkschaftszugehörigkeit

*Schmidt* kommt zu dem Schluss, dass dem Arbeitgeber im tarifpluralen System das Recht zugestanden werden muss, die bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer im Hinblick auf ihre Gewerkschaftszugehörigkeit zu befragen. Zwar setzt er sich durchaus damit auseinander, dass Arbeitnehmer/innen mit Offenbarung ihrer Gewerkschaftsmitgliedschaft Nachteile erleiden könnten, mithin vom Arbeitgeber diskriminiert werden. Letztlich überwiegt für ihn jedoch das arbeitgeberseitige Argument der Planungssicherheit. Den Schutz vor Diskriminierung wegen Gewerkschaftsmitgliedschaft erachtet er durch das Maßregelungsverbot des § 612a BGB sowie aus weiteren Normen (wie dem KSchG) als ausreichend (S. 148 ff.).

Die von ihm vertretene Lösung überzeugt indes nicht. Vor allem, da bereits die dieser Argumentation vorausgehende Grundüberlegung nicht stimmig ist. So sieht *Schmidt* den Arbeitgeber gehäuften Ansprüchen einer großen Zahl von Arbeitnehmern ausgesetzt, die rückwirkend den ihnen kraft Mitgliedschaft zustehenden Tariflohn einfordern, was dem Arbeitgeber nicht zuzumuten sei (S. 136 ff.). Hier verkennt *Schmidt* die Ausgangslage in der betrieblichen Praxis: Es ist äußerst unwahrscheinlich, dass derart viele gewerkschaftlich organisierte Arbeitnehmer/innen gleichzeitig eingestellt werden, zudem werden Nachforderungen an den Arbeitgeber regelmäßig durch tarifliche Ausschlussfristen begrenzt. Herrscht im Betrieb ein offenes, diskriminierungsfreies Klima, in dem gewerkschaftliche Betätigung tatsächlich zu keiner Diskriminierung führt, werden neu-eingestellte Arbeitnehmer/innen ihre Gewerkschaftsmitgliedschaft ohnehin problemlos zügig offenbaren. Hemmungen sich als Gewerkschaftsmitglieder zu offenbaren, haben Beschäftigte vor allem dann, wenn kein angstfreies Klima im Betrieb herrscht, weil bereits zuvor Gewerkschaftsmitgliedschaft sanktioniert wurde. Nur dann steht zu befürchten, dass es durch spätes »Outing« zu Nachforderungen an den Arbeitgeber kommt.<sup>5</sup> Hat der Arbeitgeber jedoch in der Vergangenheit Arbeitnehmer wegen ihrer

Gewerkschaftsmitgliedschaft diskriminiert und damit in Rechte Einzelner aus Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG eingegriffen, wird die Schutzwürdigkeit der gewerkschaftlich organisierten Beschäftigten ihm gegenüber deutlich überwiegen. Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG ist so auszulegen, dass er nicht nur auf dem Papier besteht, sondern Gewerkschaftsmitgliedern auch in der Praxis den ihnen gebührenden Schutz vermittelt.<sup>6</sup> Dieses verkennt *Schmidt* bei seiner Analyse, in der er zudem von einer diskriminierungsfreien Praxis ausgeht, was nicht der Realität entspricht.

Offenbart der Arbeitnehmer seine Gewerkschaftsmitgliedschaft nicht, so ist es dem Arbeitgeber unbenommen, ihn wie einen Nicht- oder Andersorganisierten zu entlohnen.<sup>7</sup>

### Dritter Teil: Auswirkungen der Tarifpluralität auf das Tariffrecht

#### Veränderter Ausgangspunkt zur Beurteilung der Tariffähigkeit

Ausgehend von der Erkenntnis, dass in einem »pluralistischen Tariffsystem (...) mehr als schon bisher darauf geachtet werden (muss), nicht zu großzügig mit der Verleihung des Prädikats *tariffähig* zu sein« (S. 252), untersucht *Schmidt* in Bezug auf das Tariffrecht im ersten Kapitel, inwieweit Tarifpluralität sich auf die Beurteilung der Tariffähigkeit auswirkt, insbesondere im Hinblick auf Anforderungen an die soziale Mächtigkeit. *Schmidt* arbeitet heraus, dass die Kriterien der sozialen Mächtigkeit auf die Gewährleistung angemessener, die Tarifeinheit hingegen auf die Gewährleistung einheitlicher Arbeitsbedingungen abstellt. Der Autor setzt sich dabei intensiv verfassungsrechtlich mit Positionen auseinander, welche die Tarifeinheit im Betrieb gesetzlich kodifizieren wollen und dieses mit der Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems verfassungsrechtlich zu legitimieren versuchen.<sup>8</sup>

5 Dass die einzelnen Nachforderungen der gewerkschaftlich organisierten Beschäftigten sich bereits aufgrund tariflicher Ausschlussfristen zumeist in überschaubaren Grenzen halten werden, arbeitet *Schmidt* selbst heraus (S. 137).

6 Vgl. *Däubler*, Gewerkschaftsrechte im Betrieb, 11. Aufl., Baden-Baden 2010, Rn. 550 u. 554.

7 *Zimmer*, Von der Tarifeinheit zur Tarifpluralität in Deutschland, in: *Zimmer* (Hrsg.), Tarifeinheit – Tarifpluralität in Europa. Tariffrechtliche Probleme im europäischen Vergleich, Düsseldorf 2011, S. 15, 18.

8 *Kempen*, AuR 2011, 51 ff.; *Kempen*, FS Hromadka, 2008, S. 177–187.

## Abgrenzung von Betriebs- und Inhaltsnormen

Im zweiten Kapitel des tarifrechtlichen Teils geht es um die Abgrenzung von Betriebs- und Inhaltsnormen (S. 305 ff.), die das BAG ausdrücklich von der Rechtsprechungsänderung zur Tarifeinheit ausgenommen hat.<sup>9</sup> Die Kollision von Tarifverträgen über betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen bedarf vielmehr nach wie vor der Auflösung, da diese Normen sinnvollerweise nur einheitlich im Betrieb gelten können.<sup>10</sup> *Schmidt* diskutiert in dieser Frage intensiv und kritisch die Argumente der Befürworter der Tarifeinheitslehre, die auf den vermeintlichen Schwierigkeiten der Abgrenzung von Inhaltsnormen und Betriebsnormen basieren. Den vom BAG praktizierten Betriebsnormenbegriff unterzieht er einer umfassenden Prüfung und charakterisiert als betriebliche Fragen nur solche, die über das einzelne Arbeitsverhältnis hinausreichen (S. 333 ff.). Ein extensives Verständnis des Anwendungsbereiches von Betriebsnormen weist *Schmidt* jedoch zurück, um die aufgegebene Tarifeinheit nicht gleichsam durch die Hintertür wieder einzuführen (S. 310 ff.; 377).

## Tarifliche Öffnungsklauseln

Der tarifrechtliche Teil wird in Kapitel 3 durch Überlegungen abgerundet, inwiefern der Paradigmenwechsel von der Tarifeinheit zur Tarifpluralität auch Auswirkungen auf die Einordnung und Auslegung tariflicher Öffnungsklauseln im Bereich des tarifdispositiven Arbeitnehmerschutzrechts hat (S. 381 ff.). Ausgehend von Sinn und Zweck gesetzlicher Öffnungsklauseln wird unter Berücksichtigung der materiellen Richtigkeitsgewähr von Tarifverträgen das Erfordernis besonderer Repräsentativitätserfordernisse diskutiert.

## Vierter Teil: Auswirkungen der Tarifpluralität auf das Betriebsverfassungsrecht

### Auslösen der Sperrwirkung des § 87 Abs. 1 BetrVG durch jeden TV?

Im vierten Teil der Arbeit beschäftigt sich *Schmidt* mit dem Verhältnis von betrieblicher Mitbestimmung zu tarifvertraglicher Regelungsbefugnis. Er setzt sich differenziert damit auseinander, ob bei Tarifpluralität tarifliche Regelungen bereits eines Tarifvertrages die betriebliche Mitbestim-

mung verdrängen können und verweist zutreffend darauf, dass der im Eingangssatz des § 87 Abs. 1 BetrVG (auch) normierte Schutz der Tarifautonomie von jeder Gewerkschaft in Anspruch genommen werden kann, welche die Anforderungen an die Einordnung als Koalition im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG erfüllt (S. 432 ff.). Dementsprechend führt der Autor aus, dass bei Auslösen der Sperrwirkung (nur) durch einen Tarifvertrag, dieser möglicherweise nicht alle Bereiche umfasst, die jedoch ein zweiter (nicht sperrender) Tarifvertrag abdeckt. Nur wenn auch dieser zweite Tarifvertrag Sperrwirkung in Bezug auf die zweite Thematik entfalten kann, sieht der Autor die Rechte der betroffenen Tarifvertragsparteien aus Art. 9 Abs. 3 GG sichergestellt. Allerdings soll die Sperrwirkung jedes der im Betrieb anwendbaren Tarifverträge nicht umfassend sein, sondern nach der Gewerkschaftsmitgliedschaft der jeweiligen Arbeitnehmergruppen differenziert greifen. Im Überschneidungsbereich der für den Betrieb einschlägigen Tarifverträge will der Autor eine umfassende Sperrwirkung greifen lassen, im Divergenzbereich eine Sperrwirkung nur für die Arbeitsverhältnisse der jeweiligen Gewerkschaftsmitglieder (S. 453 ff.).

Die Lösung des Autors, den Betriebsrat Betriebsvereinbarungen nur für einen Teil der Belegschaft abzuschließen zu lassen, überzeugt jedoch nicht, sondern stellt einen Bruch mit dem System des Betriebsverfassungsrechts dar.<sup>11</sup> Der Betriebsrat wird von der gesamten Belegschaft gewählt und ist folglich auch für das gesamte Kollektiv tätig – diese Prämisse ist auch im tarifpluralen System zu berücksichtigen. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 BetrVG ist daher durch jeden Tarifvertrag gesperrt, der zur Anwendung kommt,<sup>12</sup> sofern es nicht ohnehin um Betriebsnormen geht, wo die Tarifkollision aufzulösen und ein Tarifvertrag als vorrangig zu bestimmen ist.<sup>13</sup>

9 BAG, 27.01.2010–4 AZR 549/08 (A) – NZA 2010, 645, 657; BAG, 07.07.2010–4 AZR 549/08 – AP GG Art. 9 Nr. 140.

10 Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen, Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, § 3 TVG Rn. 67; *Wendeling-Schröder*, in: Kempen/Zachert (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl., Frankfurt 2006, § 4 TVG Rn. 163; *Zimmer*, Von der Tarifeinheit zur Tarifpluralität in Deutschland, aaO. (Fn. 7), S. 21.

11 *Bepler*, FS Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV, 2006, S. 791, 800.

12 *Bepler*, FS Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV, 2006, S. 791, 800; im Ergebnis auch *Nielebock*, FS Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes (ZVK-Bau), 2007, S. 107, 119.

13 Nach hier vertretener Auffassung ist dabei auf die Repräsentativität des Tarifvertrags abzustellen, vgl. *Zimmer*, Von der Tarifeinheit zur Tarifpluralität in Deutschland, a.a.O. (Fn. 7), S. 23.

### Tarifvorbehalt nach § 77 Abs. 3 BetrVG im tarifpluralen Betrieb

In Bezug auf den Tarifvorbehalt aus § 77 Abs. 3 BetrVG hingegen sieht *Schmidt* nach intensiver Erörterung die Sperrwirkung ohne Differenzierung nach Arbeitnehmergruppen durch jeden der im Betrieb geltenden Tarifverträge ausgelöst (S. 469 ff.). Der Autor setzt sich zudem mit der Frage der Kollision tarifvertraglicher Öffnungsklauseln (im Sinne von § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG) auseinander.

### Fünfter Teil: Auswirkungen der Tarifpluralität auf das Arbeitskämpfrecht

Unter umfassender Erörterung der verschiedenen Positionen in der Literatur setzt sich *Schmidt* im 5. Teil mit arbeitskampfrechtlichen Fragen im tarifpluralen System auseinander. Zwar gesteht der Autor zu, dass das Szenario permanenter Tarifauseinandersetzungen im Betrieb unter der Tarifpluralität von einigen Stimmen der Literatur möglicherweise übertrieben dargestellt wird (S. 542 f.). Dennoch betont *Schmidt*, »dass ein Unternehmen nicht ständig von mehreren Streiks konkurrierender Gewerkschaften betroffen sein sollte« (S. 543). Diese Prämisse macht er zum Ausgangspunkt seiner arbeitskampfrechtlichen Überlegungen, will aber dem Arbeitskampf um Tarifpluralitäten prinzipiell Raum belassen. Die Lösung sieht *Schmidt* in der zeitlichen Koordinierung von Friedens- und Verhandlungsphasen durch Harmonisierung der Laufzeiten der Tarifverträge, die im Betrieb zur Anwendung kommen (S. 569 ff.).

In Bezug auf den von *Schmidt* präferierten Weg drängen sich jedoch kritische Fragen auf: Die Gewerkschaft, die den ersten Tarifabschluss getätigt hat, diktiert bei einer Harmonisierung der Laufzeiten der Tarifverträge im Betrieb die Laufzeit des nachfolgenden Tarifvertrages, die ggf. extrem verkürzt sein kann. Den zum Erstreiten (und Erstreiten) eines Tarifvertrages aufgewendeten Ressourcen der »zweiten Gewerkschaft« stehen somit ggf. deutlich geschälerte Früchte gegenüber. Der Vorschlag *Schmidts* stellt daher einen Eingriff in die Rechte der »zweiten Gewerkschaft« aus Art. 9 Abs. 3 GG dar, wenngleich dieser schwächer ist als der Ansatz des Zusammenführens der Verhandlungen verschiedener Gewerkschaften<sup>14</sup> oder als Vorschläge zu einer gesetzlichen Kodifizierung der Tarifein-

heit, wonach nur der Tarifvertrag anwendbar sein soll, an den die Mehrzahl der Gewerkschaftsmitglieder im Betrieb gebunden ist und der nicht repräsentativen Gewerkschaft während der Laufzeit des Tarifvertrags der repräsentativen Gewerkschaft die Möglichkeit des Arbeitskampfes verweigert.<sup>15</sup> Diese Vorschläge verletzen deutlich die grundrechtlich geschützte Arbeitskampffreiheit, die der Tarifautonomie folgt und damit letztlich auch von Art. 9 Abs. 3 GG umfasst ist.<sup>16</sup>

In Bezug auf *Schmidts* Vorschlag ist zu hinterfragen, ob seine Grundannahme trägt, die von der Notwendigkeit einer (gewissen) Begrenzung des Arbeitskampfes im tarifpluralen System ausgeht. Hat sich tatsächlich die Arbeitskämpfparität verschoben, sodass häufig Streiks konkurrierender Gewerkschaften im Betrieb drohen<sup>17</sup>? Untersuchungen zeigen, dass die Zahl der arbeitskampffähigen Akteure überschaubar bleiben wird.<sup>18</sup> Aufgrund der dafür notwendigen Rahmenbedingungen, die nur in sehr speziellen Konstellationen gegeben sind, ist nicht von dem Auftreten weiterer arbeitskampffähiger Berufsgewerkschaften auszugehen.<sup>19</sup> Wird zudem berücksichtigt, dass Deutschland im europäischen Vergleich ein äußerst geringes Streikvolumen aufweist,<sup>20</sup> so zeigt sich, dass sich die Parität der Tarif- und

<sup>14</sup> So zB. *Kamanabrou*, ZfA 2008, 241, 273 mwN.

<sup>15</sup> *Kempen/Schubert*, Informationen zum Vorschlag von DGB und BDA zur Tarifeinheit, 2010, S. 3; kritisch dazu: *Däubler*, Die gemeinsame Initiative von DGB und BDA zur Schaffung einer neuen Form von »Tarifeinheit«. Verfassungsrechtliche und völkerrechtliche Probleme. Rechtsgutachten 2010.

<sup>16</sup> Vgl. *Dieterich*, AuR 2011, 46, 48 mwN. oder *Deinert*, RdA 2011, 12 ff.; siehe auch BAG, 10.06.1980–1 AZR 822/79 – AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 64, in der unter A. I. 2a. formuliert wird, dass Tarifverhandlungen ohne Druckmittel lediglich kollektives Betteln darstellen.

<sup>17</sup> Dieses Szenario wird in der Literatur befürchtet: *Franzen*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 11. Aufl., München 2011, § 4 TVG, Rn. 72; *Franzen*, ZfA 2011, 647, 653 ff.; *Fritz/Meyer*, NZA-Beil. 2010, 111, 114; *Giesen*, NZA 2009, 11, 15; *Melms/Reinhard*, NZA 2010, 1033, 1034; *Meyer*, NZA 2006, 1387, 1390; *Spielberger*, NJW 2011, 264 ff.; *Leuchten*, AuA 2010, 146; v. *Steinau-Steinrück/Brugger*, NZA-Beil. 2010, 127, 132; *Fritz/Meyer*, NZA-Beil. 2010, 111, 114; kritisch in Bezug auf dieses Szenario: *Deinert*, RdA 2011, 12 ff.; *Henssler*, RdA 2011, 65 ff.

<sup>18</sup> Nur der Vereinigung Cockpit, dem Marburger Bund und der GDL ist es bislang gelungen, Tarifverträge zu verabschieden, die das Niveau zuvor vereinbarter DGB-Tarife übertreffen.

<sup>19</sup> *Schroeder/Kalass/Greef*, Berufsgewerkschaften in der Offensive – Auf dem Weg in die Streikrepublik?, Wiesbaden 2011, S. 307 f.; ähnlich auch die Analyse des DIW, *Harasser/Pagel*, DIW-Wochenbericht Nr. 30/2010, S. 10 f.

<sup>20</sup> So gab es nach der offiziellen Statistik der BA im Durchschnitt von 2004–2008 nur 5 Streiktage pro tausend Beschäftigten/Jahr in Deutschland, während es in Dänemark 169 und in Spanien 117 waren. In Finnland kamen immerhin noch 86 Streiktage auf 1000 Beschäftigte, in Norwegen 34 und in Großbritannien 26, s. WSI, Statistisches Taschenbuch Tarifpolitik 2011, Streiks und Aussperrungen im internationalen Vergleich.

Arbeitskampfparteien nicht verschoben hat. Dann aber sind Eingriffe in das Streikrecht nicht notwendig.<sup>21</sup>

### Fazit

Über *Schmidts* Schlussfolgerungen lässt sich trefflich streiten, nicht aber darüber, dass er eine umfassende und wertvolle Arbeit über die Auswirkungen der Tarifpluralität verfasst hat. In seiner großen Stärke, rechtliche Fragen von allen Seiten zu beleuchten, liegt andererseits aber auch eine gewisse Schwäche. Die Ausführungen sind zum Teil etwas langatmig und die Leserin wünscht sich manchmal, der Autor möge rascher auf den Punkt kommen. So wird zB.

die von ihm vorgeschlagene, mehr als eine Seite umfassende, Bezugnahme Klausel nicht nur der Praxis nicht gerecht, sondern ist auch selbst mehr als unübersichtlich.

Dennoch hat *Benedikt Schmidt* ein Werk verfasst, das für alle, die sich mit den Folgen der Tarifpluralität intensiver auseinandersetzen wollen, ein unverzichtbares Buch darstellen dürfte.

*Dr. Reingard Zimmer, Universität Hamburg*

<sup>21</sup> *Zimmer*, Von der Tarifeinheit zur Tarifpluralität in Deutschland, aaO. (Fn. 7), S. 25 ff.

## Zusammenfassungen

### Bryde: Europäisches Grundrecht der Tarifautonomie und europäisches Sozialstaatsprinzip als Schranken europäischer Wirtschaftsregulierung

 SR 1/2012, S. 2–16

Das europäische Grundrecht der Tarifautonomie und das europäische Sozialstaatsprinzip setzen der europäischen wirtschaftspolitischen Steuerung Grenzen. Die Anerkennung der Tarifautonomie als ungeschriebenes Gemeinschaftsgrundrecht und in Art. 28 GRCh bedeutet eine Verteidigung gegenüber einer Anwendung des europäischen Wirtschaftsrechts, die die Funktion des kollektiven Arbeitsrechts nicht berücksichtigt und garantiert den Vorrang der Aushandlung der Arbeitsbedingungen zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern. Die soziale Zielsetzung der Union in Art. 3 EUV, die soziale Querschnittsklausel des Art. 9 AEUV und die Zielvorschrift des Art. 151 AEUV lassen sich als Konstitutionalisierung eines europäischen Sozialstaatsprinzips verstehen, das bei allen europäischen Politiken zu berücksichtigen ist.

## Abstracts

### Bryde: Fundamental European Right to the Autonomy of Collective Bargaining and the Principle of the European Social State as Limits to European Economic Governance

 SR 1/2012, p. 2–16

In the European Union, the fundamental right to autonomous collective bargaining and the principle of the social State together set limits on the European economic policy governance. The recognition of the autonomy of collective bargaining as an unwritten fundamental collective right and as guaranteed in Art. 28 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union implies that collective bargaining must be defended in the application of European economic law. The latter does not take into account the function of collective labour law, nor does it guarantee that priority will be given to the determination of working conditions by (representatives of) employees and employers. The social goals of the EU contained in Art. 3 of the Treaty establishing the EU, the cross-cutting provision of Art. 9 of the Treaty of Lisbon and the aims set by Art. 151 of that Treaty can be understood as a constitutionalization of the principle of the European social State, which must be taken into account by all European policies.

### Zusammenfassungen

#### Spellbrink: Das Beitragsrecht der Gesetzlichen Unfallversicherung

SR SR 1/2012, S. 17–41

Die gesetzliche Unfallversicherung deckt ihren Finanzbedarf ausschließlich über die Beiträge der zwangsversicherten Unternehmer, die dafür von der Haftung für Arbeitsunfälle freigestellt werden. Der Autor stellt dar, wie die Berufsgenossenschaften in Gefahrтарifen (Satzungen) die Unternehmen zu Gefahrengemeinschaften (Tarifstellen) zusammenfassen und sich die Beitragsforderung errechnet. Das Beitragssystem der gesetzlichen Unfallversicherung enthält insoweit Elemente des privatversicherungsrechtlichen Äquivalenzprinzips. Ein Schwerpunkt liegt auf den Rechtsschutzmöglichkeiten der Unternehmer, wobei die verfassungs- und europarechtlichen Angriffe auf das System der Zwangsmitgliedschaft in der gesetzlichen Unfallversicherung als vor dem EuGH und BVerfG gescheitert gelten können.

### Abstracts

#### Spellbrink: The Law governing Contributions to Statutory Accident Insurance

SR SR 1/2012, p. 17–41

Statutory accident insurance is financed exclusively through the contributions paid by enterprises which are required to participate in the scheme. In return, the enterprises are freed from legal responsibility in case of occupational accidents. The author describes how the occupational insurance associations (*Berufsgenossenschaften*) combine enterprises into groups involving hazardous activities (for which hazard rates are payable) and how they calculate the premiums. The system of premiums of statutory accident insurance includes elements of the equivalency principle found in private insurance law. Emphasis is placed on the possibilities for the enterprise to protect itself legally, while it is suggested that challenges to the system of compulsory membership in the accident insurance scheme would fail under both constitutional and European law.

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

#### Abhandlungen

- *Wolfgang Däubler: Überlagerung des Arbeitsrechts durch öffentliches Recht*
- *Eberhard Eichenhofer: Soziales Recht – Bemerkungen zur Begriffsgeschichte*
- *Johannes Heuschmid/Melanie Klauk: Zur Primärrechtswidrigkeit der Leiharbeits-Richtlinie*

#### Rezensionsaufsätze

- *Britta Rehder, Rechtsprechung als Politik (Rüdiger Krause)*